



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

**İŞKENCE YASAĞININ TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE AİHM
KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ:
ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU SONRASI
GELİŞMELER**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ESRA GENÇ

ANKARA,2015

**İŞKENCE YASAĞININ TÜRĐ ANAYASA MAHKEMESİ VE AİHM
KARARLARI İŐİĐİNDA İNCELENMESİ:
ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU SONRASI
GELİŞMELER**

**HAZIRLAYAN
ESRA GENÇ**

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

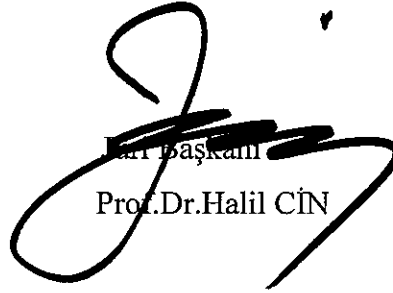
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
YRD. DOÇ. DR. NEZAHAT DOĞAN DEMİRAY**

ANKARA,2015

KABUL VE ONAY

Esra GENÇ tarafından hazırlanan "İşkence Yasağının Türk Anayasa Mahkemesi ve AIHM Kararları Işığında İncelenmesi:Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sonrası Gelişmeler" başlıklı bu çalışma, 12.11.2015 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

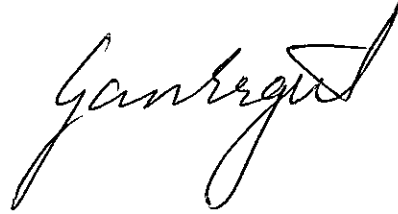

Başkan
Prof.Dr.Halil CİN

Danışman

Yrd.Doç.Dr.Nezahat DOĞAN DEMİRAY


Üye

Yrd.Doç.Dr.Ozan ERGÜL



Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.




Prof.Dr.Mehmet TOMANBAY

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder,tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

† Tezimin 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.



25.12.2015

Esra GENÇ

ÖZET

Tarihsel anlamda çok tartışılan bir kavram olan işkence, günümüzde en genel anlamıyla, şüpheliden ikrar elde etmek için bedensel veya zihinsel acı çektirmek veya suçluyu insanlık dışı bir cezayla insan onuruna aykırı bir şekilde cezalandırmaktır. İşkenceyi meşru gören uluslararası veya ulusal hiçbir kanun yoktur. Savaş ve olağanüstü durumlar da dahil olmak üzere hangi sebeple olursa olsun, işkence istisnasız yasaktır.

İşkenceye karşı uluslar arası hukukta birçok düzenleme yapılmıştır. Türkiye’de bu düzenlemelere uygun çalışmalar yapmış ancak özellikle terörle mücadele kapsamında yapılan hatalardan ötürü AIHM’ de açılan çoğu davayı kaybetmiştir.

Bu çalışmayla amaçlanan; AYM ve diğer mahkemelerin işkencenin esas ve usul yönünden verdiği kararların AIHM içtihatları ile karşılaştırılması ve uygulama birliğini oluşturulmasına az da olsa katkıda bulunmaktır.

Anahtar kelimeler: İşkence, Kötü Muamele, Onur kırıcı, Aşağılama, İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru

ABSTRACT

Historically, torture has been enormously debated and it has been defined in general as a punishment aiming to get cognizance from suspected person via physical or mental suffering, or degrading criminal person. There is no any international or national law that legitimizes torture, even in cases of war and emergency. Torture is banned without any exception.

Regarding prevention of torture, many legal engagements have occurred in international law. Turkey has introduced some provisions in accordance with international law in relation to prevention of torture. Yet in the most of the cases from Turkey regarding torture ECHR has found a violation of ECHR due to some faults made by national authorities during the fight against terrorism.

This study aims to compare the case law of Turkish Constitutional Court (AYM) and other Turkish courts, and ECHR with consideration of their method and principle, and to contribute to the question of how to make compatible AYM's approach with ECHR.

Key words: torture, ill-treatment, degrading, insulting, Human Rights, European Court of Human Rights, the Constitutional Court, the individual application

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
BİLDİRİM	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v.
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BÖLÜM I

İŞKENCE YASAĞI VE HUKUKİ GELİŞİMİ

Ş1. İŞKENCE VE İNSAN ONURU

I. İşkence ile İnsan Onuru Kavramının Birlikte Değerlendirilmesi.....	3
A. İnsan Onuru Kavramı.....	3
B. İnsan Onuru Kavramının Tarihsel Süreçteki Gelişimi.....	6
1. Eski Yunan'da İnsan Onuru.....	6
2. Roma'da İnsan Onuru.....	7
3. Ortaçağda İnsan Onuru.....	8
4. Aydınlanma Çağında İnsan Onuru.....	9
II. İşkence Kavramı ve Tarihsel Süreçteki Gelişimi	10
A. İşkence Kavramı.....	10
B. İşkencenin Tarihsel Süreçteki Gelişimi.....	14
III. İşkencenin İnsan Onuruna Etkisi ve Yargıda Değerlendirilmesi.....	18
A. Uluslararası Hukuk ve Ulusalüstü Hukukta İşkence ve İnsan Onuru İlişkisi.....	18
B. Türk Hukukunda İşkence ve İnsan Onuru Yaklaşımı.....	20

§2. İŞKENCE YASAĞININ ULUSLAR ARASI HUKUKTA DÜZENLENDİĞİ ÖNEMLİ BELGELER

I. Uluslararası Düzeydeki Belgeler.....	22
A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.....	22
B. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi.....	23
C. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi.....	24
II. Avrupa Ülkeleri Bünyesindeki Belgeler.....	25
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	25
B. İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi.....	26
III. Diğer Bölgelerdeki Belgeler	
A. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi.....	27
B. Afrika Şartı.....	27

§3. İŞKENCE YASAĞININ DİĞER HAKLARLA BAĞLANTISI

I. Genel Olarak.....	27
II. İşkence Yasağının Adil Yargılanma Hakkı İle Bağlantısı.....	28
A. Adil Yargılanma Hakkı Kavramı.....	28
B. Adil Yargılanma Hakkı İle Birlikte İşkence Yasağının Değerlendirilmesi.....	30
III. Adil Yargılanma Hakkının Uzantısı Olan Susma Hakkı İle İşkence Yasağının Bağlantısı.....	30
A. Susma Hakkı Kavramı.....	30
B. Susma Hakkı ile Birlikte İşkence Yasağının Değerlendirilmesi.....	32

BÖLÜM II

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE YASAĞI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNCE UYGULANMASI

Ş1. AİHS'NİN 3'ÜNCÜ MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KONU İLE İLGİLİ AİHM KARARLARI

I. Genel Olarak AİHS'nin 3. Maddesinin Anlaşılması.....	34
II. 3. Maddede Yer Alan Bazı Kavram ve Unsurlar.....	38
A. İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza Kavramı.....	38
B. Onur Kırıcı (Küçük Düşürücü) Muamele veya Ceza Kavramı.....	42
III. AİHM'nin İşkence Yasağı İle İlgili Yaklaşımı.....	43
A. AİHM'e Göre İşkencenin Unsurları.....	43
B. AİHM'nin İşkence Olarak Değerlendirdiği Muameleler.....	44
1. Mağdura Uygulanan Tehdidin Derecesi ve İşkence Tehdidinin İhlal Olarak Kabulü.....	46
2. İşkence ve İşkence Tehdidinin Hiçbir Koşulda Meşru Kabul Edilemeyeceği Kuralı	46
3. Mağdurun Fiziksel İşkence ve Kötü Muamele Gördüğüne İlişkin İddiaları.....	47

Ş 2. İŞKENCE YASAĞINDAN DOLAYI DEVLETİN MADDİ VE USULİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Genel Olarak.....	50
II. Devletin Maddi Yükümlülükleri.....	51
A. Yakalama ve Gözaltı Sırasında İşkence Uygulamama.....	51
B. Mahkumiyet Sırasında İşkence Uygulamama.....	61
C. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerini Dağıtma Sırasında İşkence Uygulamama.....	62
Ç. İşkence Yasağı Kapsamında Kayıp Vakaları.....	65
D. Sınır Dışı Etme ve Suçluların İadesi Sırasında İşkence.....	69

III. Devletin Usuli Yükümlülüğü.....	73
--------------------------------------	----

BÖLÜM III

TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE YASAĞI VE ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

§1. TÜRK ANAYASAL SİSTEMİNDE İŞKENCE YASAĞININ GELİŞİMİ

I. İslam Hukukunda İşkence.....	79
II. Osmanlı Yargılama Hukukunda İşkence	80
III. Türk Anayasalarında İşkence Yasağı.....	81
A. 1876 Anayasası	81
B. Cumhuriyetin İlk Anayasalarında İşkencenin Yeri.....	82
C. 1982 Anayasasında İşkencenin Düzenlenmesi.....	82

§2. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU ÖNCESİNDE MAHKEME KARARLARINDA İŞKENCE YASAĞI

I. Ceza Hukuku Alanında Mahkeme Kararlarına Bakış.....	86
II. İdare Hukuku Alanında Mahkeme Kararlarına Bakış.....	96
III. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Öncesi Anayasa Mahkemesi Kararlarında İşkence Yasağının Değerlendirilmesi.....	98

§3. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN KABULÜ SÜRECİ

I. Türkiye’de İnsan Hakları Hukukuna Bakışın Değişmesi.....	102
A. Genel Olarak.....	102
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uyuma Yükümlülüğü.....	103
C. Avrupa Birliği’ne Tam Üyelik Sürecinde İnsan Hakları.....	104
II. Anayasal Çözümler Arayışı.....	106
A. 90. Maddede Yapılan Değişiklik ve Sonrası.....	106
B. Bir Çözüm Yolu Olarak Anayasa Mahkemesi’ne	

Bireysel Başvuru Yolu.....	106
1.Bireysel Başvuru Yolunun Niteliği.....	106
2.Bireysel Başvuru Yolunun Olası Etkileri.....	108
§4. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU SONRASI ANAYASA MAHKEMESİ’NİN İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN YAKLAŞIMI	
I. Türkiye’de İnsan Haklarının Geliştirilme Çabaları ve İşkence Yasağı.....	109
II. Anayasa Mahkemesi’ nin BB Yolunda Verdiği Önemli Kararların Ele Alınması.....	111
III. Değerlendirme.....	116
SONUÇ.....	118
KAYNAKÇA.....	120
ÖZGEÇMİŞ.....	129

KISALTMALAR CETVELİ

ACK	:	Askeri Ceza Kanunu
a.g.e	:	Adı Geçen Eser
AİHK	:	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS :	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	:	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	:	Anayasa
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
AYHD	:	Anayasa Hukuku Dergisi
BB	:	Bireysel Başvuru
B.N.	:	Başvuru Numarası
Bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
C	:	Cilt
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CPT	:	(Comitte for Prevention of Torture) Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi
ÇEV.	:	Çeviren
DN	:	Dipnot
ECHR.COE.İNT	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi
ETCK	:	765 sayılı Türk Ceza Kanunu
E.t	:	Erişim Tarihi
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÖAK	:	İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi
K.T.	:	Karar Tarihi
m.	:	Madde
MSHS	:	Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
PVSK	:	Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
t.y.	:	Tarih yok
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
vb	:	Ve Benzeri
vd	:	Ve Diğerleri/Ve Devamı
Y	:	Yargıtay
YCGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	:	Yargı Dergisi
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK	:	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

İşkence, dünyada ve ülkemizde sıkça karşılaşılan, insan onurunu ve kişiliğini aşağılayan, ağır bedensel ve psikolojik acılara sebebiyet veren davranışları ifade etmektedir. Genel bir kavram olarak işkence kişilere acı ve ıstırap veren tutum ve davranışlardır.

Hukuki bir kavram olarak işkencenin üzerinde uzlaşmış bir tanımı olmamakla birlikte, kamu görevlileri tarafından kasıtlı olarak işlenebilen, kişiye insan onuruyla bağdaşmayan fiziksel veya ruhsal yönden acı verilmesi olarak kabul edilebilir. Özellikle ceza yargılaması açısından da sanığın iradesini etkilemek bakımından özel bir önem arz eden, yasak bir sorgu yöntemidir. İşkence, ulusal kanunlarda, uluslararası sözleşme metinlerinde ve yargı kararlarında insan haklarını ihlal eden ağır bir suç olarak belirtilmiştir. Anayasa ve kanunlarda işkence yasaklanmış olmasına rağmen bu yasağın ihlal edildiği uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerle, kurullarla yasaklanan işkence davranışları, genel olarak bir sorgulama yöntemi olarak veya başka bir çok çeşitli sebeplere bağlı olarak varlığını sürdürmüştür. Menfaatleri gereği işkencenin yanında olanlar olduğu gibi, işkencenin karşısında olanlarda her dönemde olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği bir çok kararında işkence yasağının ihlalden dolayı ülkemizi mahkum etmekte ve yüklü tazminatlar ödenmesine karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, 12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliği referandumu ile yürürlüğe giren 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'la anayasal sistemimize girmiştir. Bireysel başvuru yolunun tanınmış olmasıyla, Anayasa Mahkemesine gidişin yolu kişiler açısından açılmış olup bu doğrultuda kararlar vermeye başlanmıştır.

AYM'nin AİHM tespitiyle kazandığı etkin iç hukuk yolu sıfatını kaybetmemesi için AİHM kriterleri ışığında karar vermesi elbette ki kaçınılmaz olacaktır. Aksi takdirde verdiği kararlar ve uygulamadaki etkileri neticesinde AİHM'nin verdiği etkin iç hukuk yolu olma sıfatını kaybederek Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin düştüğü etkisizleştirilmiş konuma düşecektir.

İşkence suçunu AİHS ve AİHM kararları, Anayasa Mahkemesi Kararları ile TCK ve yüksek yargı kararları açısından inceleyen bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümünde; işkence suçunun insan onuruna karşı işlenen bir suç olması sebebiyle insan onuru kavramı, ortaya çıkışı ve gelişimi, çağdaş hukuktaki yeri ile işkence kavramının tarihsel süreçteki ve uluslararası sözleşmelerdeki yeri ile işkence yasağının bağlantılı olduğu diğer haklara değinilecek olup işkencenin insan onuruna etkisi incelenecektir

İkinci bölümde, AİHM'nin işkence yasağı ile ilgili kararlarına değinilecek olup; işkence yasağını değerlendirirken uyguladığı kriterler, Türkiye'yi ihlal nedeniyle mahkum ettiği kararlardan bahsedilecektir. Bu değerlendirme sırasında Türk hukuk sistemine ilişkin önemli aksaklıklarda ortaya çıkmış olacaktır.

Üçüncü bölümde ise, Türk Anayasalarında ve hukuk sisteminde işkencenin gelişimi anlatılacak olup, konu ile ilgili Türk Mahkemelerinde bireysel başvuru öncesinde ve sonrasında verilen kararlar, Türkiye'nin AB'ye uyum sürecinde yaptığı düzenlemeler ve geldiği nokta değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE YASAĞI VE HUKUKSAL GELİŞİMİ

Ş1. İŞKENCE VE İNSAN ONURU

I.İşkence İle İnsan Onuru Kavramının Birlikte Değerlendirilmesi

A. İnsan Onuru Kavramı

“Bütün insanlar özgür; onur ve hakları yönünden eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşçe davranmalıdırlar.”¹

“Herkes; ırk, renk, cins, dil, din, siyasal ya da her hangi bir başka inanç, ulusal ya da toplumsal köken, varlıklılık, doğuştan ya da her hangi bir başka ayırım gözetilmeksizin bu Bildirge’de açıklanan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Bundan başka, ister bağımsız ülke uyruğu olsun, isterse bağımlı, özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke uyruğu olsun, bir kişi hakkında, uyruğu bulunduğu devlet ya da ülkenin siyasal, adli ya da uluslararası durumu bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”²

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin ilk iki maddesinde de belirtildiği gibi insan hakları, genel bir tanımla, insanın sadece insan olmak sıfatıyla kazandığı ve her bireyin sahip olduğu/olması gerektiği hak ve özgürlüklerdir. Çalışmanın konusu olan işkence ise; AIHS’nin 3. maddesinde, “*Hiç kimse işkenceye, zalimane, insanlık dışı,onur kırıcı cezalara veya uygulamalara tabi tutulamaz.*” şeklinde ifade edilmiştir.

¹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, madde 1. (Erişim) <http://www.tbmm.gov.tr>.19.01.2014

² İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, madde 2. (Erişim) <http://www.tbmm.gov.tr>. 19.01.2014.

Yüzyıllar boyu teoloji ve felsefenin en tartışmalı konuları arasında yer alan insan onuru, modern zamanlarda, ama özellikle de İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, insan haklarının temelini oluşturan bir kavram haline gelmiştir.³

Sözlüklere bakıldığında "onur" sözcüğünün birbiriyle bağlantılı iki anlamda kullanıldığı görülmektedir. Birinci anlamda onur, insanın kendisine duyduğu öz saygıyı, izzetinefsini ifade ederken; ikinci anlamda, bir insana başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değere, gurura ve şerefe vurgu yapar.⁴

Aslında her iki anlamda da onur, çok değerli kılınmış bir varlığın özelliği olarak karşımıza çıkar.⁵ Burada değerli kılınan varlık insandır ve ona değer kazandıran özellik de onurdur. Kuşkusuz insanın değeri denilirken kastedilen, insanın diğer canlılar arasındaki özel yeri ve ona bu yeri sağlayan, yani onu diğer canlılardan ayıran özellikleridir.⁶

Anayasanın başlangıç kısmında “onurlu bir yaşam sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hakkı”na yer verilmekle birlikte Anayasanın 13. maddesinde, *“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.”* hükmünün yer alması, insan onuru kavramının Türk Anayasal sisteminde de öncelikli bir yere sahip olduğunun en önemli göstergesidir.

TCK'nın 94. maddesinde, kişilerin insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına, yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi halinde işkence suçunun

³ Başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olmak üzere, uluslararası belgelerde insan onuruna ağırlık verilmesi bunun kanıtıdır. Bkz. Mehmet Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, s.34–35

⁴ TDK Türkçe Sözlük C: II, s.1111

⁵ Andre Mercier, **İnsan Haklarının Temelleri**, Çev. Ayşe Özberki, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Ankara, 1982, s.14.

⁶ İonna Kuçuradi, **Felsefe ve İnsan Hakları**, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Ankara, 1982, s.49.

oluşacağı düzenlenerek, işkence suçunun maddi unsuruna vücut verecek seçimlik hareketlerin insan onuruyla bağdaşmayan bir nitelik taşıması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında insan onuru kavramını şu şekilde açıklamıştır: *“İnsan onuru kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.”*⁷

İnsan onurundan söz etmek, insanın birey olarak en yüksek akli ve ahlaki değerlerin, dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değer sahibi olduğundan söz etmek demektir.⁸ Bu anlamda insan onuru, insanın özü, öz değeri ve doğasıdır.⁹

İnsanın akli ve ahlaki bir takım özelliklere sahip olması, onu maddi ve manevi açıdan kendine has bir değer sahibi kılar. Bu değer çerçevesinde insan, kendi yaşamını ahlaki olarak şekillendirme ve kendini gerçekleştirme imkanına kavuşur.¹⁰ Dolayısıyla insan onuru, insanın kişiliğine, öz değerine ilişkin bir kavram olup insanın özerkliğinin, varlık nedeninin temelini oluşturur. İnsanın, insan olmasının anlamı ve amacı insan onuruyla açıklanır. İnsan, onurunu doğuştan ve doğal olarak kazanmıştır. Bu yüzden onur, vazgeçilmez ve devredilmez bir niteliğe sahiptir. Onuru içerisinde insan, akli yetisiyle, ahlaki özerkliğe ve özgürlüğe sahip olarak mutlak bir değeri taşımaktadır.¹¹

İnsanın özünü ifade eden insan onuru, her türlü toplumsal, siyasal ve hukuksal müdahaleye karşı herkese karşı öne sürülebilme özelliği taşır.¹² Bu sebepten ötürü insan onuru bütün hak ve özgürlüklerin temelidir.

⁷ AYM, 28.06.1966, E.1963/132, K.1966/29 (anayasa.gov.tr).

⁸ Nihat Bulut, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış" **EÜHFD**, C. XII, S. 3-4 (2008)

⁹ Oğuz Şimşek, "Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi", (Danışman Prof. Dr. Zafer Gören), İzmir, 1999, s.65

¹⁰ Şimşek, **a.g.e.**, s.7-8

¹¹ Şimşek, **a.g.e.**, s.7-8

¹² İlyas Doğan, "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş", **S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005, s.53.

B. İnsan Onuru Kavramının Tarihsel Süreçte Gelişimi

1. Eski Yunan'da İnsan Onuru

İnsanın akli ve ahlaki özellikleri nedeniyle, kendine özel bir değere sahip olduğu fikri, yani insan onuru düşüncesi hukuk alanında yeni olmakla birlikte, kökeni eski medeniyetlere kadar uzanmaktadır.¹³ Devlet kavramının felsefi oluşumuna katkıları nedeniyle özel bir yerde olan Antik Yunan, siyasi olarak insan onurunu tanımıştır.

Eski Yunan'da Polis (site), siyasal, sosyal, ekonomik, askeri ve hatta dini bir birlik olarak kabul edilmiştir. Bu yüzden Polisi oluşturan insanlar, birbirlerine sıkı bağlarla bağlı sayılmışlar ve davranışlarını Polisin çıkarlarına hizmet etmeye yöneltmişlerdir. Dolayısıyla Eski Yunan'da Polis, kişiyi maddi ve manevi değerleriyle kendisine bağlayan bir sistem getirmiş¹⁴ ve ilk bakışta insanın kendine has bir değeri olduğu fikrine uzak durmuştur. Ancak bu durum dikkatli bir şekilde incelenince görünenin tam da böyle olmadığı, yasanın üstünlüğü anlayışının benimsenmesinin polisi baskıcı olmaktan kurtardığı, dolayısıyla insanın değerine önem verildiği anlaşılmaktadır.¹⁵ Hatta Sitenin veya polisin üstünlüğü ve yüceliğini¹⁶ savunan Platon'da bile, her insanın adaleti değerlendirebilmesi ve kendi yolunu çizebilmesi, temel değerler arasında yer almaktadır.¹⁷

Buna karşın Eski Yunan'da, site devletinin çöküş dönemlerine rastlayan Helenistik okulların, özellikle de Epikürcü okul ile Stoacı okul, siteye bağlı insan anlayışı yerine, insanı ön planda tutan bir yönetim anlayışını ön plana çıkarmıştır. Felsefesinin genel amacını insanın nasıl mutlu olacağını gösterme düşüncesine dayandıran ve bu bağlamda hazzı ön plana çıkaran Epikürcü okul, insanı yaratılanlar

¹³ Milton Lewis, "A Brief History of Human Dignity: İdea and Application", in Perspectives on Human Dignity: A Conversation, Editors: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer, 2007, s.94

¹⁴ Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku, Der Y.**, İstanbul, 2006, s.4; Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Y., İstanbul, 2005, s.2.

¹⁵ Bulut, a.g.e., s.4

¹⁶ Akad/Dinçkol, a.g.e., s.20

¹⁷ Doğan, a.g.e., s.53.

arasındaki en yüce değer olarak görüp, insanı onurlandıracak başka bir varlığın olmadığını savunarak, dahası insanı, başlı başına bir amaç olarak saymaktadır.¹⁸

Stoacı okulda ise bugünün liberal insan hakları anlayışının temeli olan klasik liberalizmin insan özgürlüğü anlayışının başlangıcı sayılan Stoa Felsefesi akılcı insanı doğal hakların sahibi olan özel bir değer olarak ele alır. Bu okulun kurucusu Zenon, insanların eşitliği ve kardeşliği temasını işlemiş, her türlü ayrımcılığı reddetmiş, siteyi kutsallıktan arındırarak, barış içinde yaşamının bir aracı olarak algılamış ve böylece insanın değeri kavramının gelişmesine katkıda bulunmuştur.¹⁹ Unutulmaması gereken bir başka nokta ise, Stoacı düşünürlerin insan hakları düşüncesinin temeli olan doğal hukuk alanında yapmış oldukları katkılar insana verilen değer açısından önemlidir.

2. Roma'da İnsan Onuru

Stoa okulunun düşünceleri Roma İmparatorluğunda da kabul görmüş, başta, Çiçero ve Seneca olmak üzere, dönemin ünlü düşünürlerince de benimsenerek savunulmuştur.²⁰

Bu konuda Çiçero, hukukun kaynağının doğada olduğunu belirtmiş ve Tanrının insana yansıttığı temel bir güç olan aklın, yasayı bulabileceğini vurgulamıştır.²¹ Çiçero'ya göre bütün insanlar doğuştan doğal olarak onura sahiptirler ve onların onur sahibi olmaları, "kanun toplumu" olarak tanımlanan devletin de temelini oluşturur.²² İnsanın düşünme ve akıl yürütme yeteneğiyle donatılmış tek canlı yaratık olduğuna vurgu yapan Çiçero, eşit akla sahip olan insanların eşit haklara da sahip olduklarını savunmuştur.²³ Çiçero düşüncelerinde her ne kadar insanın tek olmasına ve insanların eşitliğine vurgu yapsa da Roma'da bu düşüncenin ne denli kabul gördüğü tartışmalı bir konudur. Özellikle kadınlar, çocuklar, yabancılar ve köleler için, yani toplumun güçsüz sayılan kesimi için insanın insan olma değerinden, insan eşitliğinden ve insan

¹⁸ Yasemin Işıқтаç, "**Hukuk Felsefesi**", İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.88.

¹⁹ Işıқтаç, **a.g.e.**, s.91

²⁰ Akad/Vural Dinçkol, **a.g.e.**, s.30.

²¹ Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, Ankara, İmge Kitabevi, 2001, s.51 vd.

²² Ağaoğulları, **a.g.e.**, s.51.

²³ William Ebenstei, **Siyaset Felsefesinin Büyük Düşünürleri**, çev: İsmet Özel, İstanbul, Şule Yayınları, 1996, s.54.

onurundan bahsetmek mümkün değildir.²⁴ Anlaşılacağı üzere Roma’da ön plana çıkan husus, kişinin kamusal yaşam içinde bulunduğu statüdür. Onur kavramı da kişinin bulunduğu statü ile bağlantılıdır.²⁵

3. Ortaçağda İnsan Onuru

Dinin egemen olduğu bu çağda insan onuru kavramı da dinsel düşünce ile tanımlanmaktadır. Buna göre, insan gerekçesini Tanrı’da bulmaktadır.²⁶ Dolayısıyla insan için yapılacak bir değerlendirme ancak Tanrı merkezli olarak yapılabilir. İnsan Tanrının bir aynası biçiminde yaratıldığı için insana saygı aynı zamanda Tanrıya saygı anlamına gelmektedir.²⁷ Tanrının bir görünümü olarak yaratılan insanların hepsi eşit bir onura sahiptir.²⁸

St.Agustin, insanın hafıza, zekâ ve istencinden oluşan kutsal ruhunun, onu yaratan Tanrının kutsal ruhuyla uyum içinde olduğunu belirtir. Ancak akıl ve iradenin davranışlara göre iyi ya da kötü şekillenebileceğini vurgular ve kutsala yönelmenin doğru, bunun dışındaki başka bir yola yönelmenin ise yanlış olduğunu belirtir. Yine St. Thomas, insanın bir kişi olarak özgür ve onur sahibi olduğuna dikkat çekerken,²⁹ günah işlediği zaman onurunu kaybedeceğini de vurgulamadan geçmez.³⁰

Ortaçağın insan onuru kavramı açısından incelenmesi gereken bir diğer yönü de döneme damgasını vuran feodal sistemdir. Feodal sistem; siyasal görünümü itibarıyla, siyasal iktidarın parçalanmış olmasını ifade eder.³¹ Parçalanmış olan bu iktidar, ortaçağın ekonomik yapısının ve bu yapının ortaya çıkardığı toplumsal tabakalaşmanın doğal bir sonucudur. Feodal hiyerarşinin alt tabakasında bulunan insanlar için, otorite karşısında bir değer taşımak, bu insanların hak ve özgürlüklerinden söz etmek mümkün değildir. Feodal düzenin yerleşmesiyle birlikte, feodal toprakların oldukça önemli bir bölümünü dinin arkasına sığınarak eline geçiren kilise, bireyin özgürlüğünü sadece dini

²⁴ Bulut,**a.g.e.**, s.6

²⁵ Şimşek,**a.g.e.**, s.19.

²⁶ Richard Heinzman, “İnsan ve İnsan Onuru-Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak”,(Erişim) www.konrad.org.tr/islam%20tr%202006/07%20heinzmanTR.pdf, s.55 (21.05.2014).

²⁷ Doğan,**a.g.e.**, s.54

²⁸ Lewis,**a.g.e.**, s.94

²⁹ Bulut,**a.g.e.**, s.7

³⁰ Lewis,**a.g.e.**, s.94

³¹ Feodal toplumun siyasal görünümü için bkz. Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, s.67 vd.

alandaki gerçeğe ulaşabileceği inancını yerleştirerek kendi etkinliğini arttırmıştır. Nitekim kilise, zamanla, otorite karşısında vicdan özgürlüğünün savunuculuğunu yapmayı bırakmış ve feodal sistemin özelliklerinden de yararlanarak, dünya işlerine karışmaya başlamıştır.³²

Öte yandan ortaçağda doğan ve hızla yaygınlaşan İslam dini de insanı diğer bütün varlıklardan üstün saymış ve ona değer atfetmiştir. Kuran’da insanın peygamber olarak yaratıldığı belirtilmesi, insana meleklerin de üstünde bir yer verilmesi, insanın yaratılanların en şerefli olarak gösterilmesi gibi hususlar, İslam’ın insana verdiği değerlerin işaretleri olarak sayılmaktadır.³³ Ancak, saltanata dayanan yönetimlerin insanların üstünlüğüne ne kadar sadık kaldıkları ve dolayısıyla bireyin iktidar karşısındaki durumu konusunda ne denli esnek oldukları da tartışma götürür bir gerçektir.

4. Aydınlanma Çağında İnsan Onuru

Özellikle ortaçağ ve öncesindeki batı toplumlarında insan onuru, insanların bulunduğu konumla bağlantılı olduğu için, herkesin sadece insan olmalarından kaynaklı bir eşit onura sahip olmadığı görüşü geçerliydi.³⁴ Rönesans sürecinde ise bilinçlenmeye başlayan toplum için insan onuru, sadece küçük bir elit gruba ait olmaktan çıkarak, herkese ait olarak görülmüştür. Böylelikle önce Rönesans ve ardından aydınlanma hareketi ile birlikte insan, artık başlı başına bir değer olarak görülecektir.

Giannozzo Manetti’ye göre insan, Tanrının yarattıkları arasındaki en öncelikli en nitelikli varlıktır. Manetti, “*insanlar onurla doğarlar ve eşit ölçüde onur sahibidirler*” derken, onurun insanın erdeminden kaynaklandığını vurgulamıştır.³⁵

İtalyan Rönesans düşünürü Mirandola ise, “*İnsan Onuru Üzerine Söylev*”inde insan onurunu, bir yandan insanın kendi kendini geliştirme iktidarı olarak görürken

³² Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s.18.

³³ Şimşek, a.g.e., s.21; Hüseyin Hatemi, **İnsan Hakları Öğretisi**, İstanbul, İşaret Yayıncılık, 1988, s.131 vd.

³⁴ Bulut, a.g.e., s.8

³⁵ Lewis, a.g.e., s.94.

insanın bu güce, Tanrı vasıtasıyla, yaratılıştan sahip olduğunu belirtmiştir.³⁶ Fakat insanı yaratan Tanrının ona özgür irade vererek kendi doğasını gerçekleştirmesini sağladığını da vurgulayarak, insan onurunu; dinsel bir kavram olmaktan çıkarmıştır. Böylelikle onuru bireysel özgürlük olarak tanımlamış ve böylece insan onuru ile özgürlük arasında ilişki kuran ilk düşünür sayılmıştır.³⁷

Aydınlanma düşüncesi içinde insan onuru, en etkili şekilde Kant'la somutlaştırılmıştır. Kant'a göre; insan onuru, insanın kişiliğinden ve doğasından ayrılması olanaksız çekirdek alanıdır. Yine, insan onuru insanın özerkliğinin, varlık nedeninin özünü ve temelini oluşturmakta, insanın insan olmasının anlamını ve amacını anlatmaktadır.³⁸

II. İşkence Kavramı ve Tarihsel Süreçteki Gelişimi

A. İşkence Kavramı

İşkence kavramı genel olarak aşırı eziyet etme³⁹, maddi ve manevi mahiyette eza verici hareket⁴⁰, şiddetli eziyet⁴¹, zulüm, herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı (cismen eza) verici harekette bulunmak⁴², bir kimseye çeşitli yöntemlerle uygulanan bedensel eziyet veya çektirilen ruhsal acı⁴³ gibi anlamlara sahiptir. Farsça kökenli işkence (Şikenc, şikence)⁴⁴ bir kimseye bir şeyi söyletme ya da yaptırma amacıyla maddi ya da psikolojik yöntemlerle acı çektirerek uygulanan baskı ya da eziyettir⁴⁵. Genel anlamdaki bu tür tanımlamaların ortak noktası herhangi bir

³⁶ Bulut, a.g.e.,s.9

³⁷ Sukmasy, a.g.e.,s.11.

³⁸ Şimşek,a.g.e.s.7

³⁹ Hüseyin Özcan, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık. Ankara 1985, s.388.

⁴⁰ Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Sevinç Matbaası, C.III, Ankara 1970, s.264.

⁴¹ D. Mehmet Doğan, **Büyük Türkçe Sözlük**, Pınar Yayınları, 19. baskı, 2005,İstanbul, s.646.

⁴² **Meydan Larousse, Büyük Lugat ve Ansiklopedi**, C.10 Sabah Gazetesi Armağanı (t.y.) Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı, Yetkin Yay. Ankara 1996, s.413.

⁴³ Selahattin Bağdatlı, **Hukuk Sözlüğü**, Derin Yayınları, İstanbul 2002, s.341.

⁴⁴ Ziya Sükün, **Farsça-Türkçe Lugat**, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1984, s.1318.

⁴⁵ **Stanford Encyclopedia of Philosophy, (Erişim)** <http://plato.stanford.edu/entries/torture/>

sebeple, maddi ve/veya manevi kuvvetli acı ve ıstırap vermektir⁴⁶. İşkencenin konusu özgür iradeyi yok etmeyi amaçlayan aktif faaliyetlerdir.⁴⁷

İşkence tarihten günümüze kadar iktidar ilişkilerinin bir parçası olma özelliğini taşımıştır.⁴⁸ İşkence iktidardakiler tarafından muhalif görüşlülere karşı güçlenmek için bir ifade alma metodu olarak kullanılmıştır.⁴⁹ İşkencenin sosyoloji ve tarihi süreçte başlıca iki işlevi vardır: Birincisi ideolojik nedenlere dayalı, politik bir şiddet yöntemi olarak karşıt görüştekileri korkutup sindirmek amaçlı yapılan geniş anlamda işkence, ikincisi teknik-adli anlamda ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından gerçeğe ulaşmak amacı doğrultusunda şüphelilerden ikrar almak ve suçlu bulunanları cezalandırmak için uygulanan ve adli işkence olarak nitelendirilebilen işkence uygulamasıdır.⁵⁰

Tarih boyunca çeşitli amaçlarla başvuru işkencenin uygulamadaki temel amacı, soruşturma sürecinde sanığa suç işlediğini kabul ettirmek, kendisi ya da başkaları hakkında bilgi ve kanıt elde etmektir. Totaliter ve otoriter rejimlerde ise daha çok muhalefeti bastırmak, kişileri yıldırarak ve başkalarına gözdağı vermek gayesiyle bu yönetime başvurulur. İşkence tarihte cezalandırma metodu olarak da kullanılmıştır. Günümüzün liberal demokrasilerinde; ise işkence iktidar tarafından kullanılan sıradan bir yöntem olmaktan çıkarak, insan onuru çerçevesinde ele alınmış ve devletler açısından bir soruna dönüşmüştür. Özellikle AIHM'nin verdiği ihlal kararları neticesinde devletler işkenceyi sorgulama sırasında rahatlıkla kullanabileceği bir vasıta olmaktan çıkarmak durumunda kalmışlardır.

⁴⁶ Nihat İnal, **Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2003, s.457.

⁴⁷ Sinan Kocaoğlu "Susma Hakkı" **Ankara Barosu Dergisi**, 2011-1, s-43

⁴⁸ Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul: BDS Yayınları, 1990, s. 40, Abdulvahap Darendeli,, "İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi", **Adalet Dergisi**, S. 1, s. 5.

⁴⁹ Ayşe Nuhoglu, "İşkence Yasağı ve İşkence Suçu", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, (1999), İstanbul: İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, s. 538.

⁵⁰ İlhan Üzülmöz, "Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK'nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi)", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi", 2001, İstanbul, s. 211; Önok, **a.g.e.**, s. 34; Yılmaz Aliefendioğlu, "Devletin Çirkin Yüzü: İşkence", 2004, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. II (İnsan Hakları), s.357.

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.*"

Doktrinde ise işkence ile ilgili farklı tanımlara rastlamak mümkündür. Dönmezer, işkenceyi tanımlarken zalimane, insani olmayan, insanın haysiyetini kırıcı muamelelerin en şiddetlisi, insan haklarını ihlal eden en ciddi huzursuzluk olarak dile getirmiştir.⁵¹

Centel / Zafer ise, işkencenin uzun süreli ve tekrarlanarak sistematik biçimde uygulanan, fiziksel ve ruhsal acı veren davranışlardan oluştuğunu belirterek tanımlarını bu yönde oluşturmuşlardır.⁵²

Üzülmez'e göre ise işkence, bir kimseden suçları hakkında bilgi, yani delil elde etmek, davacının, davaya katılan kimsenin veya tanığın olayları bildirmesini, şikayet ve ihbarda bulunmasını engellemek yahut şikayet veya ihbarda bulunduğu ve tanıklık ettiği için veya bunların dışında ve fakat yargılama faaliyetiyle ilgili herhangi bir nedenle kişi üzerinde uygulanan fiziki ve manevi nitelikte, şiddetli acı ve ıstırap veren her türlü hareket olarak değerlendirilmiştir.⁵³

Nuhoğlu da işkence ile ilgili olarak, egemen gücün, gücünü kabul ettirmesi olarak nitelendiren, bir yandan bilgi ve ifade alma amacını karakterize eden gayriinsani muamele olarak gören aynı zamanda cezalandırma aracı olarak da uygulanabileceğini öngörerek uygulama alanını genişleten bir tanımlama yapmıştır.⁵⁴

Demirbaş ise, işkenceyi şüphelinin ya da sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, suç ortaklarını ele verdirmek ya da işlenmesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için,

⁵¹ Sulhi Dönmezer; **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası,1984, İstanbul, s.132.

⁵² Nur Centel; Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, 2006, İstanbul, s. 224.

⁵³ İlhan Üzülmez; **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 9.

⁵⁴ Ayşe Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 534,

onda bedeni veya ruhi zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameleler olarak tanımlayarak bu şekilde işlemiştir.⁵⁵

İşkence temelde üç unsurdan meydana gelmektedir. Bu unsurlar; çekilen acının yoğunluğu, kast, kendine özgü bir amacın varlığıdır. İşkencenin en temel belirleyici unsuru ise çekilen acının yoğunluğudur. Bazı durumlarda ise AİHM içtihatlarında; çekilen acının yeterince kuvvetli ve yoğun olması kaydıyla, zihinsel acıya yol açılmasının da işkence sayılan türden ihlale yol açabileceği, bu bakımdan fiziksel bir zararın şart olmadığı vurgulanmıştır.⁵⁶

İşkence esas itibariyle sorgu görünümü altında “*peşin idari ceza*” olarak nitelendirilmektedir.⁵⁷ Gerçekten suçlu olup olmadığı belli olmayan bir şüpheliye yapılan işkence, o kişiyi baştan suçlu kabul edip cezalandırma anlamına gelmektedir. Ancak, genel bir hukuk ilkesi olan ve Anayasamızın 38. maddesinde yer alan suçsuzluk karinesi gereğince, kişi suçu mahkeme kararıyla kesinleşene kadar suçsuz sayılır ilkesi gereğince cezalandırılmaz.

AİHM'nin Türkiye ile ilgili işkenceyi tespit ettiği 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, çıırılçıplak soyularak, elleri arkadan bağlı bir biçimde kollarından asıldığıının tespit edildiğini hatırlatan Mahkemeye göre bu muamele ancak kasıtlı olarak yapılabilir. Bu muamelenin başvuruçudan bir ikrar veya bilgi elde etmek için yapıldığının anlaşıldığı ve bunu yapmak için belirli bir hazırlık sürecine ve güç kullanmaya gerek vardır. 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,

⁵⁵ Timur Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 5,

⁵⁶ Burcu Aykar, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri Işığında İşkence Yasağı ve Türkiye'deki Uygulaması" Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010 (erişim) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>. 19.09.2014 s.48.

⁵⁷ Faruk Erem, “İşkence”, **TBBĐ.**, (1988), 1988/2, s. 198.; nakleden İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, **a.g.e.**, s. 13.

ancak işkence olarak nitelenebilecek ağır ve zalimce bir muamele olduğunu kabul etmektedir.⁵⁸

Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu işkenceyle ilgili önemli ve dikkat çekici E:2002/8-191, K:2002/362 sayılı kararında; “*insan haklarının en üst düzeyde korunması, insan onuruna gereken değerin verilmesi büyük önem göstermekte olup, bu husus ancak adaletin herkesin güven duyabileceği bir şekilde gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilir. İnsan hakları, ayırım gözetilmeksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu insanlığa karşı işlenen bir ‘insanlık suçu’dur*” saptamalarına yer vermiştir.

B. İşkencenin Tarihsel Süreçteki Gelişimi

İşkence, tarihin ilk dönemlerinden günümüze kadar çeşitli devletlerce uygulanmış olan bir sindirme ve bastırma yöntemi olarak kullanılmıştır.⁵⁹ İkel dönemlerdeki bilinçsiz uygulamaları, ortaçağda bilinçli ve sistemli engizisyon yöntemleri izlemiştir. Özellikle otoriter yönetimler için işkence vazgeçilmez bir uygulama olmuştur.⁶⁰

Geniş anlamda işkencenin tarihi, insanlığın tarihi kadar eskidir. İşkencenin tarihi gelişimi üç aşamalı bir süreç izlemiştir. Bu dönemleri işkencenin serbestçe uygulandığı dönem, işkencenin yasaklandığı dönem ve işkencenin suç haline getirilerek cezalandırıldığı dönem olarak saymak mümkündür.⁶¹

⁵⁸ Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.23.

⁵⁹ Camille Giffard, İşkencenin Rapor Edilmesi, çev.Orhan Kemal Cengiz, İzmir, Essex Üniversitesi Yayınları,2001, s. 45

⁶⁰ Anıl Çeçen, **İnsan Hakları**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995, s. 101

⁶¹ Timur Demirbaş, "Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu", Ankara, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları**, 1992, s.8; Murat Önok, a.g.e.,s.43

Eski Yunan'da, işkence için “*basanos*” kelimesi kullanılmıştır. Dar anlamıyla işkence, yapılan sorgulamayı; geniş anlamıyla ise, bir kişinin gerçek ya da dürüst olup olmadığını test etmeyi ifade etmekteydi.⁶²

Eski Yunan ve Roma'da köleler hukuki kişiliğe sahip olmadıklarından, hukuki bir ilişkinin tarafı olamayacaklarından ve sahibinin malı olarak görüldüklerinden kölelere işkence yapmak mümkün ve yasaldı. Sahibi ise kölenin hareketlerinden sorumlu tutulmuştu. Kölenin ifadesi ancak işkence ile pekiştirilmesi durumunda geçerli olmaktadır.⁶³ Buna karşılık, işkence sırasında köleye zarar verilmesi durumunda, onun malikine tazminat ödenirdi.⁶⁴

Bunun yanı sıra Yunanlılar hür insanlar söz konusu olduğunda bir kanıt bulmak veya güvenliğin sağlanmasında yararlı olacak bilgiyi elde etmek için yapılan işkenceyi, insan onuruna saldırı olarak kabul etmişlerdi.⁶⁵ Ancak kabul edilen bu ilke köle ve yabancılar söz konusu olduğunda uygulanmamıştır.⁶⁶

Ortaçağın başlarında işkence uygulaması sıklıkla görülürken Hıristiyanlık dininin yaygınlaşmasıyla, hak ve özgürlük anlayışı yeni bir boyut kazanmıştır. Tanrı karşısında insanların eşit olduğu kabul edilerek, kölelik reddedilmiş ve özgürlük anlayışı, insana ve onun haklarına saygı ön plana çıkmıştır.⁶⁷

Papa III. Innozenz, 1215'te işkenceye karşı olduğunu ifade etmiştir. Ancak kilisenin, işkence karşısındaki bu tavrı, 13. yy. da değişmiş ve itirafa önem verilmeye başlanmıştır.⁶⁸ 1252 'de, Papa IV. Innonenz tarafından yayınlanan “*Ad Extirpanda*” kararname ile kilisenin yargı yetkisine giren suçlarda (dini inançlara aykırı eylemler vs.), itirafı sağlamak için yapılacak işkencenin meşru sayılacağı ilan edilerek Roma

⁶² İlhan Üzülmüş, Türk Hukukunda İşkence Cürmü, **a.g.e.**, s.22-23.

⁶³ Demirbaş, **a.g.e.**, s.9

⁶⁴ Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 539.

⁶⁵ Emine Gök, "Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Ceza Adaleti Anabilim Dalı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'deki İşkence Suçu Üzerindeki Etkileri" Yüksek Lisans Tezi, 2011, s.12

⁶⁶ Mehmet Emin Artuk, “Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı”, *Argumentum*, 1990, S. 2, İstanbul, s.1-6.

⁶⁷ Mahmut Koca, "Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1998, İstanbul, s. 60.

⁶⁸ Mert Başer, A.Caner Yenidünya, , “Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Koruma Yolu. İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1996, Y. 61, S. 4, s. 30

Hukuku'nda geçerli olan olağanüstü yargılama usulünün dini mahkemeler tarafından da uygulanmasına karar verilmiştir.⁶⁹ Engizisyon döneminin başlamasıyla da işkence ceza muhakemesinin en etkin aracı haline gelmiştir.⁷⁰

XIII. yüzyıldan itibaren tahkik sisteminin laik mahkemeler tarafından da uygulanmaya başlanmasıyla işkence laik mahkemeler tarafından da tatbik edilmeye başlanmıştır.⁷¹ Bununla birlikte, işkence uygulaması artmış ve hatta yeni teknikler keşfedilmeye başlanmıştır.⁷²

Almanya'da, Ortaçağ'ın ikinci yarısından itibaren şehirlerde, itham sisteminin yerini tahkik sistemi⁷³ almıştır. Bu sistemde hakim, sanığa isnat edilen her şeyi araştırmakla görevliydi. İkrar en önemli delildi, bu yüzden sanığa suçunu ikrar ettirmek için her yol kabul edilirken buradan çıkan doğal sonuç olarak işkence meşruydü.⁷⁴

Aydınlanma Çağı dönemine girildiğinde işkence uygulamalarına tepki doğmuş çağın düşünürlerinin katkısıyla zamanla doğal hukuk devreye girmiş ve bu uygulama terk edilmeye başlanmıştır.⁷⁵

Bu dönemde Montaigne, La Bruyere, Beccaria, Montesquieu, Voltaire, Cizvit Papazı Friedrich von Spee, Christian Thomasius, Bentham, Servan, Diderot, d'Alembert, Helvetuis, d'Holbach gibi düşünürler yayınladıkları eserlerinde dönemin ceza düşüncelerini ve cezaların uygulanmasını şiddetle eleştirmişler ve bu eleştiriler ceza hukukunda bir devrime yol açmıştır.⁷⁶

⁶⁹ Sami Selçuk, "Kanıtların Toplanması Yasallık, Dürüst ve Total Ceza Adaleti", (Ceza Adaleti), 1977, **Yargı Dergisi**, C. 3, S. 1977/2, s. 63

⁷⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 12.

⁷¹ Artuk, **a.g.e.**, s. 1

⁷² Önok, **a.g.e.**, s. 44.

⁷³ Bahri Öztürk, "Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları) (2010)", (erişim) www.iku.edu.tr/TR/usrfiles/huk/66.pdf, 21. Mayıs 2014, s. 2

⁷⁴ Mehmet Emin Artuk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı", 2004, **Güncel Hukuk**, S. 5, s. 18.

⁷⁵ Önok, **a.g.e.**, s. 46.

⁷⁶ Başer, Mert ve Yenidünya, A.Caner, , **a.g.e.**, s. 33.

16. Yüzyılın sonlarında kaleme aldığı “Denemeler” isimli eserinde Montaigne, işkence uygulamalarına yönelik şunları yazmıştır; “*Acı masuma da yalan söyler. Bundan ötürü yargıcın masum olarak öldürmemek için işkence ettirdiği insanı, hem masum, hem de işkence görmüş olarak öldürttüğü olur. Binlerce insan işlemedikleri suçları yüklenip başlarını vermişlerdir.*”⁷⁷

Beccaria da, işkenceyi “*ortada bir suç ya vardır ya da yoktur. Eğer varsa o suçta ancak kanunun öngördüğü ceza verilecektir ki, bu takdirde işkence faydasızdır. Fakat suç yoksa, masum bir kişiye acı çektirmek, büyük bir vahşet olmaz mı? Sanığın kendisini itham etmesini istemek çok korkunç ve gülünçtür. Çünkü sanki gerçek onun adale ve sınırları içine gizlenmiş gibi onu işkence ile çıkarmaya çabalamak, vahşet ve budalalıktır. İşkence genellikle zayıf bünyelilerin mahkûm olmasına, güçlü ve dayanıklı katillerin kurtulmasına yarayan kötü bir araçtır*”⁷⁸ şeklinde eleştirmiştir.

İşkencenin yasaklanması ile ilgili olarak, ilk hükme 1215 tarihli Magna Carta Sözleşmesinde rastlanmaktadır. İngiltere’de krala ilan ettirilen bu sözleşme, ilk insan hakları beyannamesi niteliğindedir. Bu sözleşmenin 39. Maddesinde, “*kişilerin herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılmayacağı*” hükmü yer almıştır.⁷⁹

Montesquieu, “*Bugün çok medeni bir milletin (İngilizlerin) işkenceyi ret ettiğini ve bundan da bir zarara uğramadığını görüyoruz. Demek ki, işkence mahiyeti itibarıyla zaruri değildir*”⁸⁰ şeklindeki düşüncesi ile işkencenin gerekli olmadığını örnek vererek vurgulamıştır.

1688 tarihli İngiltere İnsan Hakları Bildirisinde (Bill of Rights) “*kişilere zalimane ve olağan olmayan cezaların uygulanamayacağı*” hükmüne yer verilmiştir.⁸¹ 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisinde de zalimane ve mutad olmayan ceza

⁷⁷ Montaigne, **Denemeler**, çev. Sabahattin Eyüboğlu, İstanbul, Cem Yayınları, 1999, s. 114

⁷⁸ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar**, Çev. Muhiddin Göklü, Nurgök Matbaası, İstanbul, 3. Bası, 1964, s.154

⁷⁹ Eralp Özgen, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 2, 1988, s. 209

⁸⁰ Aktaran:., Vasfi Rıza Sevig, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, AÜHFD, Cilt 18, Sayı 1-4, 1961, s. 32

⁸¹ Halil İbrahim Dursun, "Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasanın 90.Maddesinin 5.Fıkrası", (erişim) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m.2014-112-1388>, s. 298

verilemeyeceği hükmü getirilmiştir. Bununla birlikte kişinin kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı dile getirilmiştir.⁸²

Fransa'ya baktığımızda, “aydınlık felsefeyi” temsil eden düşünürlerin etkisiyle özgürlük fikri doğmuş, bu da diğer faktörlerle birleşerek 14 Temmuz 1789'da Fransız Devrimi'ni ortaya çıkarmıştır. Fransız Devrimi'nden sonra kurucu meclis, “*İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*”ni ilan etmiştir. 17 maddelik bu bildiri, kişi güvenliği ve dokunulmazlığı ile ilgili hükümlerinin yanı sıra, kişilerin suçlandırılması, tutuklanması, alıkonulması ile her türlü kötü muamele ve sert davranışı yasaklamıştır.⁸³ Bu gelişmelerin sonucu kanunlarda görülmüş, tahkik sistemi yerini itham sistemine terk etmiş ve o zaman işkence yasaklanmaya başlanmış, bunun sonucu olarak 19. Yüzyılın ortalarına doğru işkence tamamen yasaklanmıştır.⁸⁴

Bahsedilen tüm bu gelişmelerin ve yasal düzenlemelerin sonucunda işkencenin suç olarak kabul edilerek cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Daha sonra 14.4.1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu 319. maddesinde zorla ifade almayı (işkenceyi) suç olarak düzenlemiştir. Bu gelişmelerin doğal bir sonucu olarak işkence yasağı uluslararası sözleşmelerde de yer almaya başlamıştır.

III. İşkence Suçunun İnsan Onuruna Etkisi ve Yargıda Değerlendirilmesi

A. Uluslararası Hukuk ve Ulusalüstü Hukukta İşkence ve İnsan Onuru İlişkisi

İnsan onuru kavramı, sahip olduğu ve insanlığa atfettiği değer gereği önce uluslararası hukuktaki ilgili anlaşmalarda daha sonra ise ülkelerin anayasalarında yer bulmuştur.

⁸² Dursun, a.g.e.,s.298

⁸³ Toktamış Ateş, **Demokrasi Kavramı-Tarihi Süreç-İlkeler**, Ankara, Ümit Yayıncılık,1995, s. 64.

⁸⁴ Timur Demirbaş, "Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması", İzmir, **DEÜHF Yayınları**, (1996), s.16

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin gerek önsöz kısmında⁸⁵ gerekse maddelerinde⁸⁶ insan onuru kavramına sıkça yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde insan onuru kavramına, işkence yasağı başlığı altında yer verilmiştir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesinin ilk kısmında “Birleşmiş Milletler Andlaşmasında ilan edilmiş olan ilkelere uygun olarak, insan topluluğunun tüm üyelerinin doğuştan sahip oldukları onurun ve onların eşit ve vazgeçilmez haklarının tanınmasının dünyada özgürlük, adalet ve barışın temel olduğunu göz önünde tutmuştur. Bu hakların, kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığını kabul eder” ifadesine yer verilmiştir.

İnsan onuru kavramı, devletlerin en temel yasaları olan anayasalarında da yerini alan önemli bir kavramdır. Alman Anayasasının 1. maddesinde, “*insan onur ve haysiyeti dokunulmazdır, tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür, Alman milleti bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder*” ifadesini içermektedir. Belçika Anayasasının 23. maddesinde ise insan onuru “*herkes, insan onuruna yaraşır bir hayat sürme hakkına sahiptir*” şeklinde vücut bulmuştur. İspanya Anayasası. 10. maddesinde “*...insan onuru ihlal edilemez...*” ifadesi ile bu kavramın ne kadar değerli olduğunu açıkça belirtmiştir.

Uluslar arası yargının en önemli karar mercii olan AİHM’de kararlarında insan onuruna değinmiştir. Akkum ve diğerleri/Türkiye davasında,⁸⁷ başvuran Zülfü Akkum, “*PKK operasyonu sonucu öldürülen oğlunun kulaklarının öldürülmesinden sonra askerler tarafından kesildiği*” iddiasında bulunarak, bu davranışın AİHS’nin 3. maddesine aykırı olan insanlık dışı muameleyi gösterdiğini savunarak mahkemeye başvurmuştur. AİHM, oğlunun parçalanmış cesediyle karşılaşan bir baba olarak Zülfü Akkum’un, AİHS’nin 34. maddesi uyarınca yasal bir biçimde mağdur olduğunu iddia edebileceğini, ayrıca, oğlunun cesedinin parçalanması sonucu Zülfü Akkum’un çektiği

⁸⁵ Beyannamenin önsözü “*insan ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına*” ifadesini içermektedir.

⁸⁶ Beyannamenin 1. maddesi, *bütün insanların hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğduğu* şeklindedir. İnsan haysiyeti kavramına birçok maddesinde de yer vermiştir.

⁸⁷ B.N: 21894/93, K.T.: 24.03.2005, (Erişim) Kararın tam metni için bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmr/akkumvedigerleri.doc>, 28 Ağustos 2014

acının, AİHS'nin 3. maddesine aykırı olan "onur kırıcı" davranış olduğunu ve başvuran açısından AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁸⁸

Mahkemenin onur kırıcı davranışı 3.maddeyi değerlendirirken kriter olarak alması bu kavrama ne kadar önem verdiğinin açık bir göstergesidir. Gerek uluslar arası gerekse yerel mahkemelerin kararlarında bu kavram büyük bir öneme haizdir.

B. Türk Hukukunda İşkence ve İnsan Onuru Yaklaşımı

T.C. Anayasası'nın 17. maddesinin 3. fıkrası "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz*" hükmünü amirdir. İnsan haysiyeti ve insan onuru insanın öz değeri ile ilgili kavramlardır. Anayasa başlangıç kısmında insan onurundan bahsetmişse de 17.madde de insan haysiyeti kavramından bahsedilmiştir. Onur kelimesi, sözlük tanımı ile "insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, özsaygı, haysiyet, izzetinefis" ve diğer bir tanımlama ile de "başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar" olarak anlandırılmıştır⁸⁹. Kanımızca onur ve haysiyet kavramları birbirlerini tamamlayan tanımlamalar olduğuna göre anayasa koyucunun iki farklı yerde birbirlerini tamamlayan iki kavrama yer vermiş olması hukuki bir boşluk olarak değerlendirilmemelidir.

17.maddeye göre korunması gereken bir değer olarak belirtilen insan onuru, işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli hareketlerin ortak noktasıdır. Söz konusu seçimlik hareketlerin "insan haysiyetiyle⁹⁰ bağdaşmayan" bir nitelik taşımaları gerekir.⁹¹

⁸⁸ Dalkılıç, a.g.e., s.56

⁸⁹ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (06/06/2015)

⁹⁰ Değer, saygınlık, itibar, öz saygı anlamına gelmektedir. www.tdk.gov.tr.(06.06.2015)

⁹¹ Narin Boran, "Türk Ceza Hukuku'nda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence Yasağı" Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Şubat 2010, s.99

İnsan onuru soyut bir kavram olduğu için ne zaman ihlal edildiği ancak somut olaya bağlı olarak tespit edilebilir. Bunu yaparken faydalanılabilecek en ideal kriter, “*obje formülü*” olarak ifade edilen, *insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu ve devletten önce de geçerli olan özünün, öz değerinin, suje niteliğinin hiçe sayılması, kamusal tasarrufların ve işlemlerin basit bir objesi olarak alçaltılması*” kriteridir.⁹²

İnsan onurunun ihlal edilip edilmediği her somut olayda insanın *obje haline getirilme* veya *özgür irade* kriterlerinin⁹³ yanında, *keyfi riayetsizlik (eşitlik)* ve *ölçülülük* gibi diğer kriterler⁹⁴ dikkate alınarak incelenebilir. Bir kimseyi obje haline getiren sorgulama teknik ve taktikleri insan onurunu ihlal eden hareketler olduğu gibi; iradesine etki etmek suretiyle bir kişinin yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanması da insan onurunu ihlal eden hareketlerdir.⁹⁵

Örneğin Yargıtay kararlarında “*sanık olarak gözaltına alınan mağdurlara ‘bilgi ve itiraf’ elde etmek için, erkeklerin makatlarından cop sokmak, kızlara cinsel tacizde bulunmak, göğüslerini elleyip sıkmak, aç bırakmak, hakaret ve tehdit etmek*”⁹⁶ “*gözaltı sürecinde sorgulanırlarken suçlarını söyletmek için hakaret, tehdit, göz bağlamak, yüksek volümlü marş dinletmek, çınlıplak 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*”⁹⁷ gibi davranışları insan onuruna aykırı davranış olarak görmüştür.

TCK md. 94’teki işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli “bedensel ve ruhsal yönden acı çektirmek” veya “algılama ya da irade yeteneğini etkilemek” veya “aşağılamak” şeklindeki seçimlik hareketlerin ortak noktası insan onuruyla bağdaşmayan bir nitelik taşımalarıdır.

⁹² Şimşek, **a.g.e.**,s.86.

⁹³ Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.S.390-391

⁹⁴ Şimşek,**a.g.e.**, s. 76 vd.

⁹⁵ İlhan Üzülmöz, Yeni Türk Ceza Kanunu’ unda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2, S:2, 2005, s.235

⁹⁶ YCGK, 15.06.1999, 109/164

⁹⁷ Yargıtay 8.CD, 12.10.1998, E. 1998/10667, K. 1998/12819

İnsan onuruna aykırı her davranış işkence suçu kapsamına girmez. Buna karşılık, işkencenin maddi unsurunu oluşturmaya elverişli herhangi bir hareket insan onuruna aykırıdır. Kısacası uygulanan her işkence, insan onuruna aykırıdır.⁹⁸

AYM, bireysel başvuru sonrası vermiş olduğu bir kararında⁹⁹ insan onuruna; “gözetiminde oldukları için zaten çok kırılabilir bir durumda olan başvuru sahiplerinin, kendi davranışlarından kaynaklanmadığı ve zorlayıcı bir neden de bulunmadığı halde sözlü ve fiziksel saldırıya maruz kalmaları, ayrıca bu güce başvuranların gözetiminde hastanelere sevk edilmeleri ve bu kişilerin yönlendirme ve etkileri ile doktor raporlarının düzenlenmesi şeklindeki eylemlerin, başvuru sahiplerine yönelik tehdidin varlığını devam ettirdiği, bunun da insan onuruna bir müdahale oluşturduğu açıktır.” şeklinde değinmiştir.

Görüldüğü üzere; AİHM’de, AİHM’nin kararlarında dikkat çektiği noktaları kriter alan Türk Mahkemeleri de işkence ve kötü muameleyle vücut veren her türlü davranışı insan onuruna aykırı bir davranış olarak görmüştür. İnsan onuru insanın en yüce değeri, vazgeçilmez ve devredilemez çekirdek alanı, özü olduğuna göre insan onuruna aykırı olabilecek her türlü davranış hak ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Ş2. İŞKENCE YASAĞININ ULUSLARARASI HUKUKTA DÜZENLENDİĞİ ÖNEMLİ BELGELER

I. Uluslararası Düzeydeki Belgeler

A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948'de kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, insan hakları hukukunun temel kaynaklarından biridir. Sözleşmenin 5. maddesine göre, *"Hiç kimseye işkence ya da zalimane, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz"*.

⁹⁸ Boran, a.g.e., s.100

⁹⁹ AYM Kararı B.N:2013/293, K.T.:17/07/2014, p.103.

Bildiri uluslararası hukuk açısından bir sözleşme niteliği taşımadığından, katılımcı devletler için tek başına hukuki bağlayıcılığı yoktur. Her ne kadar hükümleri yol gösterici nitelikte olsa da bildirgenin siyasi ve ahlaki bakımdan önemi oldukça büyüktür. Bildiri insan hakları hukuku kurallarının kapsamının belirlenmesinde standart ölçü olarak Birleşmiş Milletler nezdinde ve dışında yapılan benzer uluslararası sözleşmeler, ulusal anayasalar ve mevzuatlar ve de mahkeme kararları üzerinde etkisini göstermiştir.¹⁰⁰

Bu bildirin bir sözleşme olmaması nedeniyle, devletleri hukuken bağlayıcılığı olmasa da, siyasi ve ahlaki olarak bağlayıcılığı göz ardı edilemez.¹⁰¹ Sonuç olarak Bildirge insan hakları alanında yeni bir çığır açan, bir dönüm noktası teşkil eden ve hayati önemi yadsınamayacak temel bir insan hakları kaynağıdır.¹⁰²

B. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

BM Genel Kurulu'nca 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23 Mart 1976'da yeterli sayıda devlet tarafından onaylanarak yürürlüğe giren bu sözleşmeyi Türkiye 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme henüz TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmamıştır. Sözleşmenin 7.maddesinde; *“Hiç kimseye işkence ya da zalimane, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz. Özellikle, hiç kimse, kendi özgür iradesi olmadan tıbbi ya da bilimsel deney konusu olamaz”* şeklinde belirterek işkenceyi yasaklamıştır. Sözleşmeyle öngörülen hakları koruma altına almak için dönemsel raporlara ve devletlerarası şikâyetlere dayanan, taraf devletlerin sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere saygılı davranıp davranmadığını denetlemek için “İnsan Hakları Komitesi” kurularak bir denetim sistemi oluşturulmuştur.¹⁰³ Komitenin görevleri arasında; devletlerin sunmakla yükümlü

¹⁰⁰ Önok, a.g.e., s. 63-64.

¹⁰¹ Demirbaş, a.g.e., s. 20

¹⁰² Münci Kapani, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, İstanbul: Bilgi Yayınevi 3. Basım, 1993, s. 25 vd.

¹⁰³ Gök, a.g.e., s.21

oldukları raporları incelemek, devletlerarası şikâyet başvuruları ve bireysel başvuruları kabul etmek vardır.¹⁰⁴

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

Bu sözleşmenin temelinde BM Genel Kurulu'nca 9 Aralık 1975 tarihinde kabul edilen, “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Tabi Tutulan Kimselerin Korunmaları Hakkında Bildiri'yi” etkinleştirmek amacı yatmaktadır. Bu çerçevede adı geçen sözleşme 10 Aralık 1984'te BM Genel Kurulunca kabul edilmiştir. Türkiye bu Sözleşme'yi, 21 Nisan 1988'de onaylamış, 10.08.1988 tarihinde RG'de yayımlayarak yürürlüğe konmuştur.¹⁰⁵

Sözleşme işkence ve kötü muamelenin önlenmesi konusunda önemli güvenceler içermektedir. Sözleşmenin ilk maddesinde işkencenin tanımı yapıldıktan sonra 2 ve 16'ncı maddelerinde taraf devletlerin üstlendiği yükümlülükler sıralanmış, akabinde 17 ve 24'üncü maddelerde ise koruma ve denetim yöntemleri düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 1. maddesinde işkence tanımlanmasına rağmen, işkence düzeyine varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ve ceza uygulamaları sözleşmede tanımlanmamıştır. Buna karşın Sözleşmenin 16. maddesiyle, “*işkence derecesine varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ve ceza gibi fiilleri*” önleme yükümlüğü sözleşmenin taraf devletlerine yüklenmiştir.¹⁰⁶ Gerekli ağırlık düzeyine varmayan ya da belirli saiklerle gerçekleştirilmeyen fiiller, 1. maddedeki işkence yasağı kapsamında değil de 16. madde kapsamında değerlendirilecektir.¹⁰⁷

Sözleşmenin 17. maddesine uygun olarak, İşkenceye Karşı Komite (İKK) kurulmuştur. Komite, taraf devlet ülkesinde işkencenin sistematik bir şekilde

¹⁰⁴ Önok, **a.g.e.**, s. 65-66

¹⁰⁵ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁰⁶ Osman, Doğru, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, İstanbul, Beta Yayınları, 1998, s. 119 vd.

¹⁰⁷ Önok, **a.g.e.**, s. 72.

uygulandığına dair inandırıcı bilgi aldığıında, ilgili taraf devleti, bu bilginin incelenmesinde işbirliği yapmaya ve bu amaçla alınan bilgi bağlamında gözlemlerini sunmaya davet etme yetkisine sahiptir. Taraf devletlerin ve bireylerin Komiteye başvuru hakkı vardır. Türkiye, gerek devletler gerekse bireyler tarafından yapılan şikâyetlerin Komite tarafından incelenmesi yetkisini kabul etmiştir.

II. Avrupa Ülkeleri Bünyesindeki Belgeler

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Türkiye, 6366 sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmesinden sonra, 18 Mayıs 1954 tarihinde sözleşmeye ilişkin onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne vermesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmuştur.

AIHS'nin 1.maddesi; *“kendi yetki alanında bulunan herkese AIHS'nin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri tanıyacağı”*, 13.maddesi; *“herhangi bir ihlal durumunda, mağdur olan herkesin ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkı olduğu”*,46.maddesi ise; *“taraf devletlerin taraf oldukları davada AIHM'nin kesinleşmiş kararlarına uyacağı”* hükümleri ile devletler sözleşmenin bağlayıcılığını kabul etmiş olurlar.

İşkence ile ilgili olarak AIHS'nin 3. maddesi, *“Hiç kimse, işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleye veya cezaya maruz bırakılmayacaktır”* hükmünü haizdir. Gerek Sözleşmenin üye ülkeleri bağlayıcılığı gerekse işkencenin uluslar arası sözleşmelerde istisnasız yasaklanmış olması sebebiyle Türkiye konu ile ilgili tüm yasal düzenlemeleri yapıp uygulamaya geçirmekle yükümlüdür.

B. İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi

İşkencenin Ve Gayri İnsani Ya Da Küçültücü Ceza Veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, 26 Kasım 1987'de imzaya ve onaya açılmıştır. 23 maddeden oluşan Sözleşme, 01.02.1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye açısından, Sözleşme 25.02.1988 tarihinde 3411 sayılı kanunla onaylanmış, 27.02.1988 tarihli RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu belgeyi diğer devletlerle birlikte imzalamamasına karşın, Sözleşmeyi onaylayan ilk devlet olmuştur.¹⁰⁸

Sözleşmede işkencenin tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık “Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin işkenceye ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya karşı korunmasının, ziyaretlere dayanan ve yargısal nitelikte olmayan önleyici vasıtalarla güçlendirilebileceğine” inanıldığı vurgulanarak “İşkencenin Önlenmesi Komitesi” kurulmuştur. Komite gerekli gördüğü hallerde, dilediği yerlere önceden haber vererek veya özel ziyaretler düzenleyerek aykırılıkları yerinde denetlemek ve gerekli önlemlerin alınması konusunda uyarılarda bulunmak gibi görevleri vardır.

Bu Sözleşme, AİHS'den farklı olarak 3. Maddesiyle ilgili mağdur olduklarını ileri süren kişilerin korunmasını ve işkencenin önlenmesini amaçlamaktadır. Bu koruma, önleyici niteliktedir. Korumanın temel yöntemi, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bulunduğu her türden yerlere yapılacak ziyaretlerdir.¹⁰⁹

Komitenin görevi, devleti yapılanlardan ötürü eleştirmek veya kınamak değil, devletle işbirliği yaparak ilgili devlete yol göstermek ve yardımda bulunmaktır.¹¹⁰

¹⁰⁸ Önok, a.g.e., s. 85; Mehmet Semih Gemalmaz, "İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler", İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 353.

¹⁰⁹ Mesut Gülmez, "İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi ve Türkiye'ye Yönelik Açık Bildirimleri" Amme İdaresi Dergisi, TODAİE Yayınları, 1991, C. 31, S. 1, s. 20.

¹¹⁰ Gülmez, a.g.e., s.21

III. DİĞER BÖLGELERDEKİ BELGELER

A. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) tarafından hazırlanan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 22 Kasım 1969'da imzaya açılarak, 18 Temmuz 1978'te, yeterli sayıda devletçe onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir.

İşkence ile ilgili olarak Sözleşmenin 5. maddesi; *“hiç kimse işkence ya da zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza ya da muameleye maruz bırakılamaz”*. hükmünü; haizdir.¹¹¹

B. Afrika Şartı

Afrika şartı (şart), özellikle Afrika Birliği Örgütü tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda, 21 Haziran 1980 tarihinde imzaya açılarak, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlük kazanmıştır.

Afrika Şartı'nın 5. maddesinde kişinin her biçimi ile istismarı ve aşağılanması ve özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı ceza ve muamele yasaklanmıştır.¹¹²

§3. İŞKENCE YASAĞININ DİĞER HAKLARLA BAĞLANTISI

I. Genel Olarak

Kişilerin işkence görmeme hakkı tek başına değerli olmakla birlikte birçok vakada yasalarla koruma altına alınan bazı haklarla birlikte ihlal edildiği görülmektedir. İşkence ile alınan ifadeler kişinin susma hakkına müdahalenin yanında bu hakkın da için de bulunduğu adil yargılanma hakkına vurulan en büyük darbedir. Aşağıda da

¹¹¹ Mehmet Semih Gemalmaz; **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, 3.Baskı, İstanbul, 1994, s.75-205.

¹¹² Demirbaş, a.g.e., s.21.

işkence yasağı ile ilgili daha yakın gördüğümüz haklar AİHM kararlarına da yer verilmek suretiyle anlatılacaktır.

II. İşkence Yasağının Adil Yargılanma Hakkı İle Bağlantısı

A. Adil Yargılanma Hakkı Kavramı

1982 Anayasası'nın 36. maddesinin birinci fıkrası; *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* hükmünü haizdir.

Adil yargılanma hakkının açık bir şekilde Anayasa'da ifade edilerek güvence altına alınmasıyla birlikte, 5271 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da adil yargılanmanın gerçekleştirilmesi amacıyla birçok hükme yer verilmiştir. Örneğin; 160'ncı maddenin 2'nci fıkrasında *"Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür"* hükmü ile adil yargılamanın önemine dikkat çekilmiştir.

Adil yargılanma hakkı, Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce ve Anayasa tarafından tanınmış; kişinin yargılanması sürecinin adil ve hakkaniyete uygun olabilmesi için uyulması gerekli ilke ve kuralların bir bütünü olarak tanımlanabilir.

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya

taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

Adil yargılanma hakkı uluslararası sözleşmelerin tümünde ve hukuk literatüründe yaşam hakkından sonra gelen en önemli haklardan birisi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca AİHM’ne de en çok ihlal edilen hak olarak gidilmektedir.

B. Adil Yargılanma Hakkı İle Birlikte İşkence Yasağının Değerlendirilmesi

Adil yargılanma hakkı sözleşmede düzenlenen diğer tüm hakların güvencesi durumunda bulunan önemli bir haktır.

Adil yargılanma hakkı ile kişilerin muhakeme sürecindeki hakları düzenlenmiş olmakla birlikte; düzenlemenin uygulama alanı sadece “yargılama süreci” değildir. Bunun yanında yargılamaya hazırlık ve hükmün uygulanması aşaması ile hükmün uygulanmaması da 6. maddenin kapsamı dâhilindedir.

Adil yargılanma hakkı, ceza davalarında sanıktan zorla elde edilmiş olabilecek malzemelerin kullanılmasını kapsamakla birlikte, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan veya hukuka uygun arama emri sonucu elde edilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılması mümkündür. Yani özellikle işkence veya kötü muamele sonucu elde edilen delilerin kullanılması bu kapsamda değerlendirilerek yasaklanmıştır.

III. Adil Yargılanma Hakkının Uzantısı Olan Susma Hakkı İle İşkence Yasağının Bağlantısı

A. Susma Hakkı Kavramı

Anayasa’da susma hakkını doğrudan düzenleyen bir madde yer almamakla birlikte, “*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*” başlıklı Anayasa’nın 38. maddesinin 5. fıkrasında “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan maddede ki diğer bir anlam, isnadı ileri süren devletin ispat yükümlülüğüne işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle, burada suçlanan kişiye suçsuzluğunu ispat külfeti değil, suçlayan makama iddiasını ispatlama yükümü getirmektedir.¹¹³

¹¹³ Deniz Erol ER, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları”, Ankara, 2002, s. 195, 200.

MŞHS'nin 14. maddesinin 3. fıkrasının g bendinde *"hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin bu isnadın karara bağlanmasında, tam bir eşitlik içinde asgari olarak kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanamayacağı hakkına sahip olduğu"* belirtilmiştir.

AİHS'nde susma hakkı kavramı açıkça belirtilmemekte ise de mahkeme, sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkını genel kabul gören uluslararası standartların özünde ve 6. maddenin kapsamında adil yargılanma hakkının esasını oluşturan bir ilke olarak kabul eder.

Mahkeme, bir şirket sahtekârlığına ilişkin yasal soruşturmada başvuruçunun yasa gereği ifade vermek zorunda kaldığı *Saunders v. Birleşik Krallık*¹¹⁴ davasında verdiği kararında; *" her ne kadar Sözleşme'nin 6. maddesinde özellikle belirtilmemiş olsa da sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının 6. madde kapsamındaki adil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslar arası standartların özünde bulunan bir hak olduğunu anımsatır. Bu hakkın gerekçeleri arasında sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlamaya maruz kalmaya karşı korunması yoluyla adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları önlemek ve 6. maddenin hedeflerini yerine getirmek bulunmaktadır. Kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, özellikle bir ceza davasında savcılık makamının sanığın iradesi dışında tehdit veya tazyik yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan sanığa karşı iddiasını kanıtlamaya çalışmasını öngörür. Bu bağlamda söz konusu hak Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrası kapsamında bulunan masumiyet karinesi ile yakından bağlantılıdır."* şeklinde görüş bildirerek susma hakkının 6.maddenin esasını oluşturduğunu belirtmiştir.¹¹⁵ AİHM ayrıca *Saunders v. Birleşik Krallık* davasında sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının sadece hatalı davranışın ikrarını ya da doğrudan suçlamayı üstlenen ifadeleri kapsamadığını; görünüşte suçlayıcı kapsamda olmasa bile baskı altında elde edilen ifadelerin de bu bağlamda düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹¹⁴ AİHM kararı, *Saunders v. Birleşik Krallık* davası, B.N.:19187/91, K.T.:17.12.1996

¹¹⁵ Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayını, 2005, s.240-241.

Türk hukukunda şüpheli ve sanık susma hakkına da diğer haklarla birlikte sahiptir.¹¹⁶ CMK ifade ve sorguyu esas itibarı ile şüpheli ve sanığın kendini savunma aracı olarak kabul etmiş ve bunun sonucu olarak da susma hakkını tanımıştır. Susma hakkının yanı sıra kanun, CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının b ve e bentlerinde bu hakkın şüpheli veya sanığa hatırlatılacağını da hüküm altına almıştır.¹¹⁷ Bu hakkın devamı olarak ifade vermek istemediğini belirten şüpheliden hukuka aykırı birtakım yöntemlerle ifade alınmamalıdır. Aksi takdirde bu yöntemlerle elde edilecek beyan hukuka aykırı olacaktır.¹¹⁸

B. Susma Hakkı İle Birlikte İşkence Yasağının Değerlendirilmesi

Anayasanın 38'nci maddesinin içeriğinden, bir yandan susma hakkının varlığı, diğer taraftan da sanığın işkenceye maruz kalmasının dolaylı olarak önlenmesi sonucu çıkmaktadır. Anayasanın 15'nci maddesinin 2'nci fıkrası "*....suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*" hükmünü amirdir. Dolayısıyla bu durumda masum bir insana işkence yapılmasındansa, suçlu bir insanın ceza almaması daha doğru bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır.

AİHS işkence yasağını belirterek bir kimseye, kendi isteğine rağmen zor kullanarak açıklama yaptırmayı yasaklamıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde de masumiyet karinesi ile birlikte hiç kimsenin işkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı işleme tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Birleşmiş Milletlerin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmesinde de aynı hüküm mevcuttur.

Susma hakkı ve işkence yasağı, adeta birbirini tamamlayan hak ihlalleri olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Susma hakkının konusu, özgür irade ile ifadenin verilmesini veya verilmemesini koruyan pasif bir faaliyet iken; işkencenin konusu özgür iradeyi yok

¹¹⁶ Çağrı Kan Aydın, "Adil Yargılamanın Bir unsuru olarak Susma Hakkı", **TBB Dergisi** (2010), s.173

¹¹⁷ Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006, s.135

¹¹⁸ Bu anlayışla paralel olarak CMK m.206'da kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin duruşmada ortaya konulması yasaklanmış, CMK m. 207'de yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini belirtilmiş, CMK m. 148 f.3'te ise yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği hükümleri yer almaktadır.

etmeyi amaçlayan aktif bir faaliyettir.¹¹⁹ Bu yüzden susma hakkının düzenlenmesiyle kişiler hem ceza hukuku hem de ceza usul hukuku çerçevesinde işkenceye karşı koruma altına alınmıştır. Kişinin ifadesi tamamen kendi özgür iadesine dayanarak alınmalıdır. Kaldı ki CMK'nın 148'nci maddesinin 3'üncü fıkrası; *"yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez"* hükmünü amirdir.

¹¹⁹ Kocaoğlu, a.g.e, s.43

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE YASAĞI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNCE UYGULANMASI

Ş1. AİHS'NİN 3. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KONUSU İLE İLGİLİ AİHM KARARLARI

I.Genel Olarak AİHS'nin 3. Maddesinin Anlaşılması

AİHS'nin 3. maddesi "*Hiç Kimse, işkence, gayri insani ya da küçük düşürücü muameleye ya da cezaya tabi tutulamaz*" hükmünü amirdir. Madde metni oldukça sade ve uygulamada yoruma yer vermeyecek derecede nettir. İşkenceye veya benzeri muameleye tabi olmama, her insan için vazgeçilemez ve mutlak olarak korunması gereken bir haktır. Bu suçun oluşumunda mağdurun kendi rızasının olması hali bile maddenin ihlali olarak görülmüştür.¹²⁰ Daha açık bir anlatımla; mağdurun rızasıyla işlenen davranışlar ve yaşanan ihlaller dahi bu yasağın kapsamına girmektedir. Çünkü işkence, insan onuruna ve dolayısıyla insanlığın onuruna karşı işlenen bir insan hakkı ihlalidir.

Her insanın kendi vücudu ve dokunulmazlığı üzerindeki haklar doğuştan insan olmakla kazandığı haklar olduğundan, kendiliğinden mevcut olup, hiç bir kimse ve bu arada devlet tarafından insanlara bahşedilmiş değildir. Bu nedenden dolayı, bu hak ve hürriyetlere devlet ve hatta bireyin kendisi de dahil olmak üzere hiç kimsenin müdahale etme yetkisi bulunmamaktadır.¹²¹

AİHS'nin sistematığı incelendiğinde işkence yasağı ile ilgili maddenin yaşam hakkından hemen sonra geldiği ve dolayısıyla bu madde ile kişinin fizik bütünlüğünün ve onurunun korunmasının amaçlandığı, sonuç itibarıyla bu maddeye ne kadar önem

¹²⁰ Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995. S.38

¹²¹ Akıllıoğlu, **a.g.e.**,s.38

verildiği görülmektedir. Bizim Anayasamız da dahil olmak üzere Avrupa’da ki birçok Anayasa’da yaşam hakkından sonra işkence yasağı düzenlenmiştir. AİHM'nin birçok kararında da ifade edildiği gibi işkence yasağı, demokratik toplumun temel değerleri ile ilgili bir düzenlemedir. Demokrasinin olmazsa olmaz koşulları arasında insan hakları yatmaktadır. İnsanların maddi varlığı kadar manevi varlığı da çok değerlidir. Fiziki varlığımız manevi varlığımıza özgülünmüş ve onunla aynı değerdedir.¹²²

AİHS'nin tanıyıp güvence altına aldığı hakların hangi şartlarda ve ne oranda kısıtlanabileceği yine Sözleşmenin 15. maddesinde gösterilmiştir. AİHS 15/1. maddesinde;¹²³ *“Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.”* şeklindeki madde ile sınırlamanın sınırları çizilmiş ve şartları gösterilmiştir.

Yine aynı maddenin 2. fıkrasında; *“Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.”* şeklinde Sözleşmeye taraf olan hiçbir devletin, sayılan hakları, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike durumunda bile askıya alınamayacağını belirtmektedir.¹²⁴

Yukarıda açıklanan maddeler incelendiğinde 15. maddenin 1. fıkrasının üye devletlere olağanüstü hallerde, sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabileceğinden bahsederken; 2. fıkrasında 3. madde ile ilgili düzenlemenin hiçbir surette sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir. AİHS terminolojisiyle işkence yasağı, sözleşmenin “sert çekirdek”¹²⁵ alanı içine girmektedir. Dolayısıyla bu hakka hiçbir nedenle, hiçbir kimsenin dokunulmasına izin verilmemektedir. 1982 Anayasa’sının aynı hükümleri incelendiğinde de AİHS’ne paralel düzenlemelerin olduğu görülmektedir. 17.

¹²² Örn; TCK’nın 91.maddesinin 2.fıkrası “Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmünü haizdir. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere insan o kadar değerli bir varlık ki; öldükten sonra bile onun bedeni üzerinden hukuka aykırı olarak tasarrufta bulunması yasaklanmıştır.

¹²³ AİHS’nin tam metni için bkz <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/sozlesme.html> 02.03.2014

¹²⁴ bkz.AİHM kararları, Selmouni/Fransa, B.N:25803/94, K.T.:28/07/1999, p.95; Labita/İtalya, B.N:26772/95,K.T.:06/04/2000, p.119

¹²⁵ Coşar,**a.g.e.**, s.24 “Genel nitelikli uluslararası sözleşmelerle gerçek anlamda ve etkili biçimde güvence altına alınan, taraf devletlerin dokunmadığı haklar insan haklarının sert çekirdeğini oluşturmaktadır.”

madde ile düzenlenen işkence suçuna olağanüstü dönemlerde dahi kişinin maddi ve manevi varlığına müdahale edilemeyeceği belirtilmiştir. Yani Anayasa terminolojisiyle işkence maddi ve manevi varlığın içinde, dokunulamayacak “çekirdek alanı”¹²⁶ oluşturmaktadır. Her ne kadar Anayasa bu konu ile ilgili AİHS’ne paralel düzenlemeler içerse de; yerel yargıçlar tarafından verilen bazı kararlarla hala bu konunun öneminin kavranamadığı görülmektedir.¹²⁷

İşkence yasağının mutlak olmasını değerlendiren Mahlman’da; “*Bir kişiye işkence yapılması, şüphesiz onun insan onurunun ihlal edilmesidir. İşkence ne amaçla yapılmış olursa olsun insanlık dışı olma özelliğinden hiçbir şey kaybetmez. İşkence, kökeni çok eskilere dayanan bir kötü muameledir; bunun yok edilmesi gittikçe artan bir ihtiyaç haline gelmiştir; bu yolda ilerleme kaydetmenin tek yolu da bütünüyle yasaklamaktır.*” şeklinde ifade etmiştir.¹²⁸

Konu ile ilgili, AİHM’nin *Selçuk ve Asker* kararında; “*3. maddenin amacının, demokratik toplumun temel değerlerinden birini koruma altına almak olduğunu, organize terör ve suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile Sözleşmenin işkenceyi, insanlıkdışı ya da alçaltıcı muameleyi ve cezayı mutlak terimlerle yasakladığını, Sözleşme ile 1 ve 4 numaralı Protokollerin maddi hükümlerinin çoğundan farklı olarak 3.maddenin istisna öngörmeyeceğini ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile 15.maddeye göre yükümlülüğün sınırlanması (derogation) yoluna gidilemez*” şeklinde hüküm kurmuştur.¹²⁹

¹²⁶ Kemal Gözler, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, Sayı 4, Ağustos 1990, s.561-590. (Erişim) www.anayasa.gen.tr/olaganustuhal.htm 02.06.2015

¹²⁷ Beyoğlu 20’nci Ağır Ceza Mahkemesi; karakolda bar çalışanın copla dövüldüğü bir davada işkenceyle yargılanan polis memuruna “*işkence suçunun koşullarının oluşması için bir suçu itiraf ettirme ve bilgi edinme amacının olması gerektiği, olayın sanığın şikâyetçiye tokatla vurması üzerine buna tepki olarak şikâyetçinin sanığı ittirmesi üzerine ani gelişen bir olay olduğu*” gerekçesiyle basit yaralamadan ceza vermiştir. İtiraz üzerine davaya bakan Yargıtay 8. Ceza Dairesi 12 Aralık 2013’te oybirliğiyle verdiği bozma kararıyla: “*Sanığın şikâyetçiye copla vurması, küfür, hakaret ve tehditte bulunması, belli bir süreçte süreklilik gösteren ve dolayısıyla sistematik bir şekilde işlenen, insan onuru ile bağdaşmayan, mağdurun bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine neden olan, algılama ve irade yeteneğini, buna bağlı olarak özgür iradesiyle ifade vermesini etkileyen, aşağılanmasına yol açan davranışlar olup işkence suçunun oluştuğu...*” şeklinde hüküm kurmuştur. <http://www.radikal.com.tr/> erişim: 02.06.2015

¹²⁸ çev. Oya Boyar, İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları. 2.Baskı, Haziran 2013, İstanbul, s.154

¹²⁹ AİHM kararı, B.N: 12/1997/796/998-999, K.T.: 24.04.1998, p.68. (erişim) www.tohav.org. 11.04.2014.

AİHM, terörizm ve örgütlü suçlarla mücadele gibi en zor koşullarda bile Sözleşme'nin işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da cezaları, mağdurun davranışı ne olursa olsun, kesin ifadelerle yasakladığını bir çok kararında tekrarlamıştır.¹³⁰ Bu madde, Sözleşmenin sert çekirdeğinin bir parçasıdır, yani 3. madde her zaman, her koşulda, herkese uygulanabilir özelliğe sahip; mağdurun izni dahi olsa ihlali yasaklayan bir maddedir.

Mağdurun failin kişiliğine ağır hakaretler içeren sözler sarf etmesi veya tahrik içeren hareketlerde bulunması failin uyguladığı işkence ve kötü muamele eylemini hukuka uygun hale getirmez. Çünkü 3. maddenin hiçbir durum ve şartta ihlal edilemeyecek olması, bu maddeye haksız tahrik¹³¹ hükümlerinin uygulanmasına da elverişli olmaması sonucunu doğurur.

AİHS'nin 3. maddesi, kendisine atfedilen önem gereği devletlere bu konu ile ilgili sadece negatif bir yükümlülük yüklemekle yetinmemektedir. Her ne kadar madde metninden devletlere pozitif yükümlülük yükleyen bir anlam çıkmasa da, AİHM içtihadıyla bu yükümlülüğü oluşturmuştur.¹³² Bu madde hükmüne göre, devletler aynı

¹³⁰ bkz. yukarıda geçen Labita/İtalya, p.119; Chahal/Birleşik Krallık, B.N:22414/93, K.T.:15/11/1996, p.79

¹³¹ Timur Demirbaş: Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, İstanbul 1985, sh: 13, 38; Başka bir tanıma göre, haksız tahrik, “failin kendi kusuru olmaksızın başkalarının haksız hareketleri sonucunda kapıldığı hiddet veya elemin tesiriyle bir tepki suçu işlemesi, işlediği tepki suçunun cezasının da bu nedenle bir miktar indirilmesidir”

Bir yargılama sırasında suçun niteliğinin doğru belirlenmesi çok önemlidir. Örneğin; eğer suç yaralama ise sanık “haksız tahrik” indiriminden yararlanarak daha az ceza alabileceken; işkence suçu ile yargılanan sanığın “haksız tahrik”ten yararlanması AİHM'nin yerleşmiş içtihatları gereği mümkün değildir.

Ancak İzmir'de polislerin elleri kelepçeli bir kadını karakolda dövmeleleri sonucu işkence suçu ile yargılandıkları davada savcı mütalaasında; “*sanık polislerin, alkollü olan ve polislerin görevini yapmasına direnip onlara hakaret eden Fevziye Cengiz'e duydukları kızgınlıktan ve ani olarak gelişen bir çok kez vurarak hayati tehlike geçirmeyecek şekilde yaralanmasına sebebiyet vermişlerdir. Sanık polisler tarafından ani kararlar polis merkezindeki bir odadaki görevlilerin dışarıya çıkartılarak hızla ortamın uygun hale getirilmesi ve burada Fevziye Cengiz'in dövülmesi, olayın sistematik bir şekilde gerçekleştiği anlamına gelmez. Olayımızda sanık polislerin işkence kastı ile değil, kendilerine hakaret edilmesinden duydukları kızgınlıkla bu suçu işlemişlerdir*” gerekçelerine değinerek polis memurlarının haksız tahrik altında işledikleri suçu sistematik olmadığı gerekçesiyle işkence kapsamından çıkarmıştır. [http://www.sozcu.com.tr/erisim\(02.06.2015\)](http://www.sozcu.com.tr/erisim(02.06.2015))

¹³² Assenov-Bulgaristan kararı. B.N:90/1997/874/1086,K.T: 28.10.1998.p.102. Kararda AİHM; “*Bir kimsenin, polis veya Devletin diğer görevlileri tarafından Sözleşmenin 3. maddesine aykırı bir muameleye maruz bırakıldığına dair savunulur bir iddia ileri sürmesi halinde, Sözleşmenin 3. maddesi, Sözleşmede ... tanımlanan hak ve özgürlükleri egemenliği altında bulunan herkes için güvence altına alır*” diyen Sözleşmenin 1. maddesi ile birlikte okunduğunda, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zimnen gerektirir. Sözleşmenin 2. maddesiyle ilgili bir soruşturma gibi bu tür bir soruşturmanın da sorumluların belirlenmesine ve cezalandırılmasına yol açacak yeteneğe sahip olması gerekir. Aksi takdirde işkence,

zamanda yetki alanları altında bulunan herkesin bu tür bir muameleyle ve haysiyet kırıcı davranışlarla karşılaşmamasını sağlamak, 3. maddeye aykırı muameleleri önleyecek ve cezalandıracak mevzuat hükümlerini oluşturmak, mevzuat hükümlerinin uygulanabilirliğini takip etmek ve bütün önlemlere rağmen engelleyemedikleri ihlalleri ise etkin bir şekilde gerekli kurum ve teşkilatı kullanarak kovuşturmak, sonuçta ihlali olanları ise tatmin edici bir ceza ile cezalandırmakla yükümlüdürler.¹³³

II. 3. Maddede Yer Alan Bazı Kavram ve Unsurlar

AİHS'nin 3. maddesinde üç türde düzenlenmiş ihlale yer verilmiştir. Bu madde kapsamında düzenlenmiş başlıca ihlal türleri işkence, insanlık dışı muamele ve onur kırıcı muameledir. Madde metni incelendiğinde işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı¹³⁴ (küçük düşürücü) muamele kavramlarının soyut olarak sayılmasıyla yetinildiği ve bunların içeriğinin tespitinin AİHM'nin içtihadına bırakılmış olduğu görülmektedir. AİHM ise her olayı özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirerek karar vermektedir.

3. maddede sayılan suçlardan ister işkence, ister insanlık dışı muamele veya ister onur kırıcı muamele olsun bu madde kapsamına girebilmesi için asgari şiddet düzeyine ulaşması gerekmektedir.

A. İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza Kavramı

AİHM zaman içerisinde insanlık dışı davranışın tanımıyla ilgili bir içtihat oluşturmuştur.¹³⁵ Tanıma göre insanlık dışı davranışın etkileri göz önüne alındığında, ya gerçek bedensel zarara ya da büyük ölçüde fiziksel/ruhsal acıya sebep olunması

insanlık dışı ve onur kırıcı muamele konusundaki genel hukuki yasak, temel bir öneme sahip olmasına rağmen uygulamada etkisiz kalır ve bazı durumlarda Devlet görevlilerinin, kontrolü altında tuttukları kişilerin haklarını fiili bir muafiyetle ihlal etmeleri mümkün olur.” şeklinde gerekçe oluşturmuştur.

¹³³ Önok, a.g.e, s.163.

¹³⁴ AİHM bazı kararlarında “küçük düşürücü” bazı kararlarında “onur kırıcı” ifadesini kullanmış ise de; çalışmamızın temel felsefesini işkence suçunun insan onuru üzerinde ki etkileri oluşturduğundan; çalışmada bu tip ihlaller “onur kırıcı muamele” olarak belirtilecektir.

¹³⁵ AİHM Kararı, Gäfgen-Almanya, B.N.:22978/05, K.T.:1.6.2010 , p.88-91.

gerekmektedir. Ayrıca davranış, “*minimum düzeyde ciddiyete*” ulaşmış olmalıdır. Söz konusu minimum düzey, her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir: *Acı çektirme niyeti, davranışın amaçları, davranışın süresi ve içeriği, davranışa maruz kalan kişinin durumu* gibi unsurlar bunun tespitinde dikkate alınmaktadır. Sonuç olarak insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin “*asgari ağırlık düzeyine ulaştığı halde, işkence olarak nitelendirilmek için gerekli unsurlardan en az birini taşıyan bir muamele*” olarak tanımlanması mümkündür.¹³⁶

AİHM, bir çocuk suçluya uygulanan fiziksel cezanın – üç sopa darbesi – 3.madde anlamında onur kırıcı ceza olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.¹³⁷

Kaldı ki kötü muamelenin Devlet görevlileri dışındaki kişiler tarafından uygulandığında bile 3.madde kapsamına girdiğine dair AİHM kararları mevcuttur. Türkiye'de ki güncel konulardan biri olan aile içi şiddetle ilgili AİHM, Türkiye'yi yaşam hakkının yanında, 3.maddeyi de ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum etmiştir.¹³⁸ Mahkeme kararından da anlaşılacağı üzere, Devlet görevlileri herkesi işkence ve kötü muameleye karşı korumalıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin 3.maddesi ve 1.maddesini birlikte yorumlayarak çıkardığı devletin işkence konusundaki pozitif yükümlülüğünü bu kararda uygulamıştır. Bireyi, aile içi şiddeti içerecek şekilde üçüncü kişinin fiziksel ve ruhsal yaralanmalarına, cinsel saldırılarına ve istismarına karşı koruyamayan devletin, sözleşmenin 3.maddesini ihlal etmiş olacağı açık ve net bir şekilde ifade edilmiştir. Devletin bu bağlamda koruma yükümlülüğünü; 1)yasak muameleleri iç hukukta yaptırım altına almış olması; 2)pratikte bu korumayı sağlayabilecek adli mekanizmayı kurmuş olması; 3)yetkililerin bireye yönelik riskin varlığını bilmeleri halinde veya

¹³⁶ Doğru, **İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence**, s.19.

¹³⁷ AİHM Kararı, Tyrer-Birleşik Krallık davası, B.N:5756/72, K.T.:25.04.1978 tarihli karar.

¹³⁸ AİHM'nin Opuz-Türkiye kararı, B.N: 33401/02, K.T.: 09.06.2009 “*Somut olayda başvuran pek çok defa şiddet, yaralama ve ölüm tehditlerine maruz kaldığını ancak yetkililerin durumuna ilgisiz kaldığını ileri sürerek şikâyetçi olmuştur. Mahkeme vermiş olduğu kararda " ... AİHM, başvuranın fiziksel bütünlüğünün eşi tarafından ciddi biçimde ihlal edilmesine rağmen devlet yetkililerince caydırıcı koruma önlemlerinin alınmamış olması sebebiyle AIHS'in 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varır."* şeklinde hüküm tesis etmiştir. (erişim) www.kazanci.com.tr. 09.03.2015. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan “2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporunda” söz konusu dava ile ilgili; “*Aile içi şiddete ilişkin olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Opuz/Türkiye davasında verdiği karar henüz uygulanmamıştır. Aile mahkemeleri, aile içi şiddet ve töre cinayetlerine ilişkin davalarda sert yaptırımlar uygulamaktadır. Ancak, bu uygulamanın tutarlı biçimde tatbik edilmesi gerekmektedir. Yargıtay, töre cinayetine ilişkin bir davada -haksız tahrik- nedeniyle cezayı indirmiştir.*” şeklinde tespitlerde bulunmuştur. (s.26)

bilmeleri gerektiği zaman bu riski gidermek için makul bütün tedbirleri almış olmaları halinde yerine getirebilecektir.¹³⁹

Tekin-Türkiye davasında¹⁴⁰ başvuran, nezarethanede çektiği acıların işkence teşkil ettiğini, Derinsu Jandarma Karakolunda gözleri bağlı olduğu halde tecavüzkar şekilde sorgulanırken, tacize uğradığını ve ölümle tehdit edildiğini, elbiseleri çıkarılarak soğuk suya tutulduğunu, ayaklarının tabanına ve vücuduna copla vurulduğunu, el ve ayak parmaklarına elektrik verildiğini, dört gün boyunca sıfır derecenin altında, yataksız, battaniyesiz, yiyecek ve içecek verilmeden ve bütün bunların jandarmaca tek böbrekli olduğunun bilinmesine rağmen yapıldığını iddia etmiştir. Mahkeme, dayanılan bu iddiaları 3.maddenin getirdiği standartlara aykırı bulmuştur. Mahkeme, içtihatlarıyla oluşturduğu gerekçeler çerçevesinde hürriyetinden mahrum bırakılan ve kendi hareketleriyle güç kullanımına sebep olmamış bir kişiye karşı güç kullanmanın insan onurunu zedelediğini ve prensip olarak da bu durumun 3.maddeyle getirilen hakkın ihlalini teşkil edeceğini hatırlatarak başvuranın tutulduğu şartları ve vücudunda yara bere bırakacak şekilde davranılmış olmasını, “gayriinsani ve aşağılayıcı muamele” olarak değerlendirmiştir.

Aydın-Türkiye davasında¹⁴¹ başvuran, gözaltında tutulduğu esnada gözlerinin bağlandığını, gözlerinin kapatılmasının, alıkonulan kişinin yönünü kaybettirdiğini, bu durumun, kişiyi alıkoyan ve sorguya çekenlerin önünde savunmasız duruma soktuğunu, ayrıca, işkence yapılırken kocasının çığlıklarını dinlemek zorunda bırakıldığını, kendisine tokat atıldığını, kocasına baskı yapmak amacıyla polislerin kendisini çırılçıplak soymakla tehdit ettiğini, bütün bunlar kendisine yapılırken, altı aylık hamile olduğunu iddia etmiştir. Başvuran, gerek kendisinin gerekse kocasının serbest

¹³⁹ Osman Doğru, Anayasa İle Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü” XII.Baskı, Leyha Yay. s.8vd.

¹⁴⁰ AİHM Kararı, B.N:52/1997/836/1042, K.T.:09.06.1998, p.49-53 (Erişim) Kararın tam metni için bkz. <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihmtr/tekin.htm>, 02.03.2014

¹⁴¹ AİHM kararı, B.N:25660/94, K.T.:24.05.2005, p.187. Kararın tam metni için bkz. (Erişim) http://www.yargitay.gov.tr/aihm/suheyla_aydin.htm, 28 Ağustos 2014. AİHS 34’üncü madde; “Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları başvurabilir.” hükmünü içermektedir. Mahkeme 2. ve 3.madde açısından; “Sözleşmenin bir veya daha fazla hükümünün ihlali nedeniyle mağdur olduğunu iddia eden kişiler tarafından ya da bu kişiler adına, şikâyetçi olunabileceğini” belirtmiştir. “Bu kişilerin şikâyetçi oldukları durumdan ‘doğrudan etkilendiklerini’ göstermeleri gerekmektedir.”(Bkz.İlhan/Türkiye davası B.No:22277/93, K.T:27.06.2000, p.52. Mahkeme taraf açısından 2.ve 3. Madde ihlaline dayanan davalarda istisna getirerek kişilerin yakınlarının da dava açmasının önünü açmıştır.)

birakılmasından sonra hazırlanan ve ikisinde de yara bere izine rastlanmadığının ifade edildiği tıbbi raporların herhangi bir değerinin olmadığını, zira bunların düzgün bir tıbbi muayene yapılmadan hazırlandığını, doktorun sadece, polislerin de bulunduğu ortamda, kendisine herhangi bir şikayetin olup olmadığını sorduğunu belirtmiştir. AİHM, bir kişinin sağlığı yerindeyken polis tarafından gözaltına alınıp serbest bırakıldığında sağlığının zarar gördüğünün tespit edildiği durumda, bu tahribatın nasıl meydana geldiğine dair makul açıklamayı yapmak görevinin, sorumlu devlete ait olduğunu tekrarlamıştır. Mahkeme, işkenceyi, diğerlerinin yanı sıra “bilgi almak, cezayla tehdit etmek ve korkutmak amacıyla kasıtlı olarak büyük acı ve sıkıntı verilmesi” şeklinde tanımlayan Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Küçük Düşürücü Muamele ve Cezaya Karsı Sözleşme’ye atıfta bulunarak kötü muamelelerin niteliği ve derecesini de göz önüne alarak, bunun, AİHS’nin 3. maddesi kapsamında en azından “insanlık dışı muamele”ye ulaştığını tespit etmiştir. Dolayısıyla AİHM, başvuranın kocasının ölmeden önce maruz kaldığı muameleden ötürü, AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme bir başka kararında ise¹⁴²; başvuruların göz altına alınmalarının başlangıcında herhangi tıbbi veya yasal bir zorunluluk olmaksızın gerçekleştirilen bakirelik kontrolü¹⁴³, her iki başvuranın da maruz kaldıkları post travmatik strese bağlı bozukluğu ve Fatma Deniz Polattaş’ın geçirdiği ciddi depresyona bağlı bozukluğu, bütün olarak ise davanın koşullarını göz önünde bulundurduğunda, AİHM, başvuruların on altı ve on dokuz yaşlarındayken gözaltında ağır kötü muameleyle maruz kaldıklarına ikna olduğuna dair karar vermiştir.

¹⁴² Salmanoğlu ve Polattaş-Türkiye kararı, B.N:15828/03, K.T.: 17.03.2009 s.14..(erişim) Kararın tam metni için bkz. www.kazancı.com.tr. (05.03.2015)

¹⁴³ TCK 287.maddesinin 1’nci fıkrası “ Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

B. Onur Kırıcı Muamele (Küçük Düşürücü) veya Ceza Kavramı

AİHM birçok kararında bir davranışın 3. madde kapsamında küçük düşürücü olup olmadığını değerlendirirken, davranışın temel amacının bireyi küçük düşürmek ve alçaltmak olup olmadığı ile sonuçları bakımından, bu davranış ve ihlal türünün, mağdurun kişiliğini ve manevi bütünlüğünü 3. maddeyle uyumlu olmayan bir şekilde olumsuz yönde etkileyip etkilemediğinin göz önünde bulundurulacağını belirtmiştir. Davranışı gerçekleştiren kişinin böyle bir amacının bulunmaması, maddenin ihlal edilmediği sonucunu çıkarmaz.

Onur kırıcı muamele ile ilgili önemli kararlardan bir tanesi 12 Mayıs 2005 tarihli *Öcalan-Türkiye* kararıdır.¹⁴⁴ Mahkeme Büyük Dairesi Öcalan kararında başvurucunun tek başına cezasının infaz edildiği İmralı Cezaevinde tutulma koşullarını ve izolasyonunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁴⁵ Mahkeme gerekçeli kararında; *"Başvurucunun 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 başvurucunun kaldığı cezaevini de ziyaret eden İşkenceye Karşı Komite temsilcilerinin tespitlerine göre başvurucunun 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. Başvurucunun çok titiz ve düzenli olarak sağlık gözetimi altında tutulduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme bu şartların Sözleşme'nin üçüncü maddesi bakımından mesele doğurmadığını düşünmektedir. Mahkeme ayrıca başvurucunun duyuşal izolasyon altında tutulan veya hücreye kapatılmış bir kişi olarak görülemeyeceğini düşünmektedir. Başvurucunun 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 başvuruca da sağlanmasını, kendisini*

¹⁴⁴ Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence*, s. 107.

¹⁴⁵ AİHM kararı, B.N: 46221/99, K.T.:12.05.2005.

kısmi sosyal izolasyonunun uzun süredeki etkileri hafifletebileceği yönündeki İşkenceyi Önleme Komitesini tavsiyelerine katılmakla birlikte, başvurucunun tutulduğu İmralı Cezaevindeki genel koşulların Sözleşme'nin 3.maddesi anlamında insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele oluşturması için gerekli asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı..." şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur.

AİHS'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilen ihlal türlerinden olan üç kavram arasındaki en büyük fark derece ve ağırlık farkına dayanmaktadır. Bu kavramlar arasında nitelik değil ancak nicelik ve yoğunluk farkı bulunmaktadır.¹⁴⁶ Çünkü bu üç kavram, en hafifi olan onur kırıcı muameleden, en ağırı olan işkenceye varacak şekilde, aşamalı olarak değerlendirme altına alınmıştır.

Mahkeme onur kırıcı muamelede küçük düşürme kastını aramamakla birlikte bu muamelenin aleni bir şekilde yapılması şartını da aramamıştır. Kişinin sadece kendi gözünde küçük düşmesi suçun oluşumu için yeterli olmaktadır. *Raninen-Finlandiya* davasında AİHM'nin alenilik konusundaki tespiti, "*Bu bağlamda, ceza veya muamelenin aleni olup olmadığı önem kazanabilir. Yine de muamelenin aleni olmamasının, söz konusu muamelenin bu kategoriye girmesini mutlaka engellemeyeceği unutulmamalıdır: mağdurun, başkalarının gözünde olmasa bile, kendi gözünde aşağılanması pekâlâ yeterli olabilir*" şeklinde olmuştur.¹⁴⁷

III. AİHM'nin İşkence Yasağı İle İlgili Yaklaşımı

A. AİHM'e Göre İşkencenin Unsurları

AİHM 3. maddede belirtilen işkence yasağı ile demokratik toplumun temel değerlerinden birini korumakta ve ihlal edilmesini engellemektedir.¹⁴⁸

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ *Raninen-Finlandiya*, B.No:20972/92, K.T:16.12.1997,

¹⁴⁸ Cengiz Başak, "AİHM Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri", (Erişim), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2591.pdf>, 30 Haziran 2014, s.48.

Terörizm veya örgütlü suçla mücadele gibi en zor şartlarda dahi Sözleşme işkence ve insanlıkdışı yahut haysiyet kırıcı muamele veya cezayı kesin bir ifadeyle yasaklamaktadır.¹⁴⁹ Sözleşmenin ve Ek Protokollerin diğer temel hükümlerinde olduğunun aksine, burada herhangi bir istisnai durum tanınmamıştır ve bu hükmün uygulanmasını AİHS 15.maddeye uygun olarak askıya almak da mümkün değildir.

AİHM'e göre 3. madde kapsamındaki ihlaller, ciddi insan hakkı ihlalleri olarak değerlendirilmektedir. İşkence teşkil eden 3. maddenin ihlali kararı, *Selmouni* davasında, Fransa aleyhine verilmiştir. AİHK, başvuru sahibinin tekmelendiğini, yumruklandığını ve çeşitli darbelere maruz kaldığını, üç ayrı doktor raporunda gözaltı süresinde oluştuğunun ispat edildiğini belirlemiştir. Bunun sonucunda özellikle sol gözünden defalarca ameliyat olduğunu ifade ettikten sonra, AİHM bu muameleyi ciddi ve zalimane bulmak suretiyle işkence teşkil ettiğine karar vermiştir.¹⁵⁰ Bu bağlamda, Gözaltına alındığında sağlıklı olan bir şahıs, salıverildiğinde sağlığını yitirmiş olarak bulunursa, devletin bu durumun nasıl gerçekleştiğini ikna edici bir şekilde izah etme yükümlülüğü vardır.¹⁵¹

B. AİHM'nin İşkence Olarak Değerlendirdiği Muameleler

Avrupa hukuk sistemi bir fiili işkence olarak sınıflandırmak için yeterli şiddette sayılabilecek fiillerin bir listesini ortaya koymaktan kaçınmaktadır. Mahkeme her olayı kendi içinde değerlendirerek; yasak fiillerin göz önüne alınmasında kendisine bir esneklik hakkı tanımakta, sözleşmeyi günümüz koşulları ışığında yorumlamaktadır.

Mahkemeye göre, işkence türü ihlaller artık “*idari pratik kazanmış*”¹⁵² (idari uygulamaya dönüşmüş) hale gelmiş veya buna karşı resmi hoşgörü gösterilmekte ise,

¹⁴⁹ Ribitsch - Avusturya, B.No:18896/91, Karar Tarihi: 04 Aralık 1995, p.32 (erişim) hudoc.echr.coe.int. (e.t: 03.05.2014)

¹⁵⁰ Selmouni - Fransa, p.62-71.

¹⁵¹ Bkz. Tomassi - Fransa, p.108-11.

¹⁵² Osman Doğru, Atilla Nalbant; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar)**, 1.Cilt., Legal Yay.,2013, s.125. İdari pratik şu şekilde tanımlanmıştır: *Sözleşmeyle bağdaşmayan bir idari pratik, sadece birbirinden kopuk ve istisnai olaylar şeklinde kalmayıp, bir model veya sistem meydana getirecek şekilde birbirleriyle bağlantılı ve yeterli sayıda özdeş veya benzer aykırılıkların birikiminden meydana gelir.*

AİHS md. 35 uyarınca mahkemeye yapılacak başvuruların kabul edilebilirlik aşamasında iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmaz.¹⁵³

AİHM, dava sırasında “şiddetli acı tehdidinin, insanlık dışı davranış olarak mı işkence olarak mı nitelendirileceği” ve “buna genel geçer bir kurala göre mi yoksa somut olaya” göre mi karar verileceği şeklinde iki soruya yanıt aramak zorunda kalmış ve kararını bu sorulara verdiği yanıt çerçevesinde oluşturmuştur.¹⁵⁴

Mahkemeye göre, herhangi bir muamelenin Sözleşmenin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bu ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara bağlı olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁵. Muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik¹⁵⁶, ayrıca heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği¹⁵⁷, dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.¹⁵⁸

AİHK, 1969 tarihli Yunan davasında göz altında bulunan kişilere ağır dayak atılması falakaya tutulmaları, elektrik şoku verilmesi ve öldürme tehditleri gibi uygulamaları işkence olarak kabul etmiştir.¹⁵⁹

AİHM, *İrlanda-Birleşik Krallık*¹⁶⁰ kararında İngiltere'nin Kuzey İrlanda'daki terörist eylemleri önlemek için aldığı tedbirler ve sorgulamalar sırasında uyguladığı “beş tekniği” işkence olarak görmüştür. Bunlar: 1. Duvar dibine dikme: Birkaç saat süreyle eller havaya kaldırılmış, ayaklar açılmış kollar ve ayaklar gergin, ayak parmakları üzerine kalkılmış dolayısıyla bedenin ağırlığı ayak parmaklarına yüklenecek şekilde gergin pozisyonda durmaya zorlanma, 2. Başlık geçirme: Başa siyah veya koyu renkli bir torba geçirme ve bunu sorgulama süresi dışında sürekli başta tutma, 3.

¹⁵³ Aksoy-Türkiye kararı, B.N:21987/93, K.T.:18.12.1996. p.51-52

¹⁵⁴ Murat Volkan Dülger, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu" **TBB Dergisi**, s.340.

¹⁵⁵ İrlanda- Birleşik Krallık, p.162.

¹⁵⁶ Aksoy-Türkiye, p.64.

¹⁵⁷ Selmouni-Fransa, p.104.

¹⁵⁸ Gäfgen- Almanya, p.88.

¹⁵⁹ Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, 2001.s.12-13

¹⁶⁰ AİHM Kararı, B.N:5310/71, K.T.:18.01.1978

Gürültü verme: Sorgulamayı bekleyenleri bir odaya alıp sürekli biçimde yüksek tonda ıslık ve yuhalama sesi verme, 4. Uyumama: Sorgulanmayı bekleyenleri uykudan yoksun bırakmak, 5. Yiyecek ve içecek vermeme: Merkezde kaldıkları süre içinde ve sorgulamayı beklerken sadece az bir yemek verme eylemleri şikâyet konusu edilmekteydi.

Yukarıdaki örneklerden de görüleceği gibi AİHM, fiziksel şiddetten uyutmamaya uzanan birçok fiili işkence olarak nitelendirmektedir. Ancak fiillerin belli bir sıralamasını vermekten kaçınarak her olayı ayrı ayrı değerlendirmektedir.

1.Mağdura Uygulanan Tehdidin Derecesi ve İşkence Tehdidinin İhlal Olarak Kabulü

AİHM içtihatlarına göre; ortada kastla gerçekleştirilen bir eylem ve sert baskı ile yoğun fiziksel acı veya ruhsal acı gibi ağırlaştırıcı sebepler varsa, insanlık dışı davranışın, işkence halini aldığı kabul edilmektir.¹⁶¹ Bunun yanında işkence olarak tanımlanan bir davranışın amacı, genel olarak kişiden bilgi elde etmek, kişiye ceza uygulamak veya kişinin gözünü korkutmaktır¹⁶². Ancak bu tanım AİHM tarafından ve sözleşmenin yorumlanması çerçevesinde yapılmaktadır.¹⁶³ AİHM, işkencenin fiilen uygulandığı durumlarda ihlal kararı vermekle birlikte işkence tehdidinde bulunulmasını bile ihlal olarak değerlendirmede yeterli saymıştır.¹⁶⁴

2. İşkence ve İşkence Tehdidinin Hiçbir Koşulda Meşru Kabul Edilemeyeceği Kuralı

Devlet organları, AİHM'nin önüne giden bir davada başvuruca meydana gelen hasarla kendilerinin ilgisinin olmadığını ispatlaması durumunda mahkeme

¹⁶¹ İrlanda- Birleşik Krallık, p167; Gäfgen-Almanya, p.90.

¹⁶² Akkoç-Türkiye, p.115; Gäfgen-Almanya, p.90.

¹⁶³ TCK'nın 94. maddesinde yer alan işkence suçu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: Önok, a.g.e.,s.273 vd

¹⁶⁴ Gäfgen-Almanya Kararı

Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmediğine dair karar verir. Böylelikle bir eylem başta işkence gibi görünse de sağlam ispat vasıtalarıyla Sözleşmenin 3.maddesini ihlal etmez.

AIHM'e göre işkence, işkence tehdidi ve insanlık dışı davranışlar hiçbir zaman ve koşulda meşru olarak kabul edilemezler ve meşru bir zemine dayandırılmazlar.¹⁶⁵ Bunun en ileri noktasını ise devlet otoritesi tarafından gerçekleştirilen işkence tehdidinin, bir çocuğun hayatını kurtarmak da dahil olmak üzere, düşünülebilen her koşulda insanlık dışı davranış olarak kabul edilmesidir.¹⁶⁶ Mahkeme, terör veya organize suçlar gibi devlet aleyhine işlenen suçlarda dahi, kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşmenin işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını üstüne basarak vurgulamaktadır¹⁶⁷. AIHM bu noktada korunan hukuksal değerleri kabul edilebilir görmemektedir.¹⁶⁸ Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence yasağının hiçbir istisnaya yer vermediği açık ve kesindir¹⁶⁹. Aynı kural işkence tehdidi yasağı için de geçerlidir. Dolayısıyla meşru işkence ve meşru olmayan işkence ayrımı veya işkencenin kovuşturma ve güvenlik için yapılma amaçlarına göre ayırım yapmak Mahkeme içtihatlarına göre mümkün değildir¹⁷⁰. Unutulmaması gerekir ki yerel makamlara işkenceyi gerekli gösteren durumlar, şüpheliler açısından şüphenin bulunduğu durumlardır ve şüphenin yanlış olma ihtimali vardır. Ayrıca işkencenin kabul edilmesi durumunda da bu uygulamanın belirli bir sınırının olmayacağı da kabul edilmesi gereken bir gerçektir.

3. Mağdurun Fiziksel İşkence ve Kötü Muamele Gördüğüne İlişkin İddiaları

Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair kararını dayandıracığı delilleri değerlendirirken, “makul kuşku kalmayacak” şekilde bir kanıtama ölçütünü benimsemektedir. Söz konusu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve

¹⁶⁵ Gäfgen -Almanya, §107.

¹⁶⁶ Dülger, **a.g.e.**,s.345.

¹⁶⁷ Labita- İtalya, p.119.

¹⁶⁸ Gäfgen-Almanya, p.87, 176.

¹⁶⁹ AIHS m. 15/2 ve İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 2/2'de açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.5, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi m.7, Cenevre Sözleşmesi m.3/1a, m.3/1c.

¹⁷⁰ Dülger, **a.g.e.**,s.345

tutarlı açıklamalardan veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelere de ulaşılabilir¹⁷¹. Mahkeme, özellikle sağlığı iyi durumdayken gözaltına alınan kimsenin, salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun görülmesi halinde, bu yaraların nasıl oluştuğuna dair makul bir açıklama yapmanın devletin görevi olduğunu, devletin bunu yapmamasının Sözleşmenin 3. maddesi bakımından açık bir ihlal oluşturacağı düşüncesindedir.¹⁷²

Bu bağlamda *Çolak ve Filizer-Türkiye* kararında¹⁷³, 6 gün boyunca gözaltında tutularak işkenceye uğradıklarını iddia eden başvuru sahiplerinin iddialarını incelemiş, sağlık durumu iyi bir şekilde gözaltına alınan bireyin serbest bırakıldığında vücudunda darpcebir izlerine rastlanması halinde devletin bu izlerin nedenine ilişkin mağdurların iddialarını çürütecek kanıtları ileri sürme yükümlülüğü taşıdığına hükmetmiştir. Davalı devlet söz konusu yaraların başvuru sahibinin gözaltına alınmasından önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğini ya da başvuru sahibinin kaçmaya teşebbüs etmesinin bir sonucu olduğunu veya kendisinin yaptığı eylemlerden kaynaklanmış olabileceğini ileri sürmemişse mahkemenin oluşan yaralara devlet görevlilerinin sebebiyet verdiği sonucuna varmaktan başka bir seçeneği kalmamaktadır.¹⁷⁴ Kaldı ki mahkeme söz konusu savunmaların ileri sürülmesinde dahi devletin savunmasını her zaman yeterli ve ikna edici bulmayabilir.¹⁷⁵

Sözleşmenin 3. maddesi bakımından iddialarda bulunulduğunda, Mahkeme karar verirken çok titiz ve ayrıntılı bir inceleme yapmaktadır. Ancak Mahkemenin benzer durumlarda ısrarla belirttiği üzere iç hukukta bu konuda bir dava görülmesi ise kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek¹⁷⁶, ulusal mahkemelerin işi olduğundan Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini oluşturmak değildir¹⁷⁷. Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitleriyle bağlı olmamakla birlikte, normal koşullarda kendisini

¹⁷¹ Jalloh-Almanya, p.67; Ramirez Sanchez- Fransa, p.117.

¹⁷² Tomasi- Fransa, p.110; Aksoy-Türkiye, p.61; Selmouni-Fransa, p.87.

¹⁷³ AİHM kararı; B.N:32578/96-32579/96, K.T.:08.01.2004

¹⁷⁴ Doğru, Nalbant; **a.g.e.**,s.133.

¹⁷⁵ Örn; Berkay-Türkiye davasında evde arama sırasında polisin gözetiminde olan başvuru sahibinin evinin balkonundan düşmesi sonucu yaralanması olayında, kendisinin polisler tarafından atıldığı iddiasında bulunması sebebiyle açılan davada polislerin beraat etmesi AİHM'ni ikna edememiş ve 3.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁷⁶ Dülger, **a.g.e.**,s.349

¹⁷⁷ Klaas-Almanya,p.29

ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin ulaştığı tespitlerden ayrılmaya götürecektir sağlam unsurların bulunması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁸.

Kanıtları değerlendirirken mahkeme genellikle “makul şüphenin ötesi”¹⁷⁹ kanıt standardını uygulamaktadır. Bu tür bir kanıtlama, yeterince güçlü, açık, belirgin ve uyumlu emareler toplamı ile çürütülmemiş karinelere oluşmalıdır. Söz konusu olaylar, gözaltında tutulan şahısların durumunda olduğu gibi bütünüyle ya da büyük ölçüde yetkililerin münhasır bilgisi dahilinde meydana geliyorsa, gözaltında meydana gelen fiziksel ve ruhsal zedelenmelere güçlü karinelere ortaya çıkacaktır. Bu durumda kanıt yükü, tatminkar ve inandırıcı bir açıklama getirmek zorunda olan yetkililer üzerinde olduğundan, gözaltında iken işkence ve kötü muamele görülmesi iddialarında kanıt yükünü devlete yüklemiştir.¹⁸⁰

Mahkeme *Matyar-Türkiye*¹⁸¹ kararında, kanıtların değerlendirilmesinde kanıt olarak "makul şüphenin ötesini" benimsediğini yinelemiştir. Bu tür bir kanıtın, yeteri kadar güçlü, açık ve tutarlı çıkarımların ya da olgulara ilişkin çürütülemez varsayımların bir arada bulunmasını gerektireceğini, bu bağlamda tarafların kanıt toplanırken takındıkları tutumların dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸²

*Yaman-Türkiye*¹⁸³ kararında da Mahkeme, kanıtların değerlendirilmesinde genel olarak, şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıt ilkesini uygulamıştır. Ancak bu tür bir kanıt, yeterince güçlü, açık ve birbiriyle bağlantılı çıkarımların veya kanıtlara ilişkin çürütülmemiş karinelere bulunması halinde elde edilebilir. Dava olaylarının tamamının ya da bir kısmının, gözaltında bulundurulmuş şahıslara ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere, yetkili makamların münhasır bilgileri dahilinde olduğu durumlarda, gözaltı sürecinde meydana gelen mağduriyete ilişkin maddi karinelere söz konusu olacaktır. Bu hususta yetkili makamların yeterli ve inandırıcı açıklama yapma yükümlülüğü

¹⁷⁸ Gäfgen-Almanya, p.92, 93.

¹⁷⁹ İrlanda-Birleşik Krallık Davası. p.147

¹⁸⁰ Salman-Türkiye kararı, B.N: 21986/93, K.T.:27.06.2000

¹⁸¹ AİHM kararı, B.No:23423/94,K.T.: 21 Şubat 2002, p.107.

¹⁸² Dalkılıç, a.g.e., s.79

¹⁸³ AİHM Kararı, B.N: 32446/96, K.T.: 02.11.2004

doğacaktır. Mahkeme bu kararında olayları değerlendirirken kullandığı kanıt sistemini, açıklayıcı ve net ifadelerle anlatarak olaya uygulamıştır.¹⁸⁴

Mahkeme son dönemde, vermiş olduğu kararlarda, “*darp cebir izine rastlanmamıştır*” gibi çok kısa ve yüzeysel doktor raporlarına itibar etmeme eğilimine girmiştir. Örneğin Mahkeme, *Akkoç-Türkiye*¹⁸⁵ kararında; Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesi Komitesi’nin standartlarına atıfta bulunarak gözaltı sonrası sanıkların detaylı doktor muayenesinden geçirilmelerinin, muayene sırasında kolluk kuvvetlerinin odada bulunmamasının ve sanıkların doktora yaptıkları anlatımların rapora aynen geçirilmesinin, gözaltında iken kötü muameleyi önlemeye yönelik önlemler teşkil edebileceğini belirtmiştir.

Ş2.İŞKENCE YASAĞINDAN DOLAYI DEVLETİN MADDİ VE USULİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Genel Olarak

AİHM, sözleşmenin özellikle 2. ve 3. maddeleri ile ilgili ihlal başvurularında, maddi ve usuli yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediği ile ilgili ayrı ayrı ve detaylı inceleme yapmaktadır. Mahkeme bazı kararlarında maddi yönden işkence olmadığı kararı verirken usul yönünden mahkumiyet kararı verebilmektedir.¹⁸⁶

Devlet yetki alanında bulunan herkesin maddi ve manevi varlığını gerek kamu idarelerine karşı gerek 3. kişilere karşı gerekse kendi eylemlerine karşı korumakla yükümlüdür. Mahkeme maddi yönden verdiği kararlarında başvurucunun işkenceye uğrayıp uğramadığını, asgari eşiğin aşıp aşılmadığını, doktor raporları, tanık ifadeleri vb. delillerle değerlendirmeye almaktadır. Yeterli ve inandırıcı delillerin olması durumunda ihlal kararı vermektedir.

¹⁸⁴ Dalkılıç, a.g.e., s.78

¹⁸⁵ AİHM Karar, B.N: 22947/93, K.T.: 10.10.2000.

¹⁸⁶ AİHM kararı, Tüzün-Türkiye. B.N:24164/07, K.T.:05.11.2013. Kararda esas yönünden polislerin gözaltına direnmeye karşı orantılı güç kullanması gerekçesiyle ihlal olmadığı kararı verilirken; usul yönünden etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.

Devletin usûli yükümlülüğünü AYM bir kararında¹⁸⁷; “*Anayasa’da belirtilen hakların teorik ve hayali olmayıp etkili ve uygulanabilir olmasının doğal bir sonucudur.İşkence yönünden verdiği kararlarda ise; devletin gerekli ve etkili soruşturmanın yapıp yapmadığını, sorumluların cezalandırılıp cezalandırılmadığı gibi kriterleri inceleyerek karar vermektedir.*” şeklinde tanımlamıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere; devlet işkence veya kötü muamele iddiasında bulunan başvuru sahibinin iddiaları üzerine etkili resmi bir soruşturma yapmakla yükümlüdür. Yapılan bu soruşturma amaç; başvuru konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve sorumluların hesap verilebilirliğini sağlamaktır.

II. Devletin Maddi Yükümlülükleri

AİHS ile, devlete işkence ve kötü muameleyle maruz bırakmama yükümlüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülük, maddi nitelikte negatif bir yükümlülüktür. 3. maddenin kenar başlığı olan “yasak” sözcüğü ile hiç kimsenin söz konusu muamelelere tabi tutulamayacağını belirten madde metni devlete yüklenen maddi yükümlülüğü açıkça ifade etmektedir.¹⁸⁸ Devletin egemenliği altında bulunan kimseye yakalama/gözaltı sırasında veya mahkum olduktan sonra cezasını çekerken işkence ve kötü muamele yapmama ve hatta bireyleri 3.kişilerin işkence ve kötü muamelelerinden korumak gibi görevleri vardır.

A. Yakalama ve Gözaltı Sırasında İşkence Uygulamama

3. maddeye dayalı ihlal iddialarının yoğun alanlarından birisi kişinin yakalanmasından itibaren başlayıp gözaltından çıktığı zamana kadarki geçen süreçte gerçekleşmektedir. Bu nedenle, 3. maddenin ihlal edilip edilmediğini saptayabilmek için, en çok incelemeye tabi tutulanlar polis teşkilatı ile silahlı kuvvetler mensupları ve

¹⁸⁷ AYM Kararı; B.N:2013/3924, K.T.:06.01.2015

¹⁸⁸ Doğru;Nalbant, **a.g.e.**, s.141.

cezaevi personelinin eylemleridir. Bununla beraber, tıbbi ve özellikle de psikiyatrik hastalardan sorumlu olan görevliler de sorumluluk taşımaktadırlar.

Kişiler devlet görevlileri tarafından yakalandıkları sırada işkenceye maruz kalabilmektedirler. Eğer kolluk görevlileri yakalamak amacıyla orantısız biçimde şiddet kullanma yoluna gitmiş¹⁸⁹ ve bireyler de bu nedenle yaralanmışlarsa eylemin işkence suçu yönünden 3. maddeyi ihlal etmesi için asgari bir eşik düzeyine ulaşmış olması gereği göz önünde bulundurulacaktır.¹⁹⁰

Bir kişiye karşı kaba kuvvete başvurulduğunun en bariz göstergesi fiziksel yara izleri ve psikolojik travmaya ilişkin gözlemlerdir. Eğer alıkonulan bir kişi, serbest bırakıldıktan sonra veya alıkoyma süresinin herhangi bir aşamasında yara izleri taşıyor ve sağlığı bozulmuşsa, söz konusu izlerin ve semptomların alıkoyma süresi ile ilgili olmadığını ispat yükü kişiyi alıkoyma işlemini uygulayan yetkililerindir.¹⁹¹

Yakalama işleminin gerçekleştirilmesi veya kaçmanın önlenmesi için devlet görevlilerinin olayın “mutlak gerekli” kıldığı düzeyi aşmayan bir kuvvet kullanımı sonucunda sebebiyet verdikleri kasıtlı olmayan yaralama ve öldürmeler AİHS 2. maddesinin açık hükmü karşısında Sözleşme’ye uygundur.¹⁹² Buradaki hukuka uygunluk sebebinin, zorunlu hallerde ve aşırı olmamak kaydıyla 3.madde açısından da geçerli saymaktadır.¹⁹³ Çünkü, başvurucunun maruz kaldığı yaralanmanın gözaltına alınırken direnmesi nedeniyle meşru bir zor kullanmanın sonucunda meydana geldiği yönündeki makul bir savunmanın varlığı durumunda, devlete sorumluluk

¹⁸⁹ 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.231

s. 237. (Ribitsch-Avusturya davası. B.N.:18896/91, K.T.:04.12.1995, p.38. Mahkeme, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, kesinlikle kendi davranışının gerekli kılmadığı bir fiziksel güç kullanılmasının insan onurunu zedelediğini ve 3.madde bakımından ihlal doğuracağını vurgular.)

¹⁹⁰ Örneğin Mahkeme 27.06.2000 tarihli İlhan-Türkiye kararında, başvurucunun jandarma tarafından yakalanması sırasında kafasına G3 dipçığıyle 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 olduğundan işkence olarak değerlendirmiştir.

¹⁹¹ Aisling, a.g.e., s. 22.

¹⁹² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, a.g.e., s. 144, Gölcüklü,Gözübüyük,, a.g.e., s. 164 vd.

¹⁹³ Doğru, Nalbant, a.g.e., s.145. “Yakalama sırasında kötü muamele yapıldığı şikayeti incelenirken; 1- Güç kullanmayı gerektirecek bir sorun var mı? 2- Kullanılan güç orantılı mı? Şeklindeki iki sorunun cevabı aranmalıdır.”

yüklenemeyecektir.¹⁹⁴ Benzer hususlara dikkat çekilen *Subaşı ve Çoban-Türkiye*¹⁹⁵ davasında da AİHM, güç kullanımının ancak kaçınılmaz olması halinde ve aşırı olmamak kaydıyla kullanılabileceğini hatırlatarak, 3. maddenin esas bakımından ihlâl edildiğini belirlemiştir.¹⁹⁶ Bunun için de güç kullanımında zorunluluk, elverişlilik ve orantılılık öğelerinin varlığı aranmaktadır. Şayet bu unsurlardan birisi yoksa mahkeme kullanılan gücü 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmektedir.¹⁹⁷

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 durumlarını ortaya çıkartabilir.

Gözaltına alınırken tartışmalara yol açan bir başka sorun ise, şüphelinin kelepçelenmesi meselesidir. AİHM, *Öcalan-Türkiye*¹⁹⁸ kararında; yakalanan kişinin gereksiz yere kelepçelenmemiş olması, önlemin yasada belirtilen usul çerçevesinde hukuka uygun bir yakalama ve tutuklama işlemi sonucunda uygulanmış olması ve durumun gerektirdiği şekilde makul düzeyi aşacak şekilde kuvvet kullanılmamış olması şartıyla, söz konusu tedbir işleminin 3. maddenin ihlaline yol açmayacağına hükmetmiştir.

¹⁹⁴ Önok, a.g.e., s. 215.

¹⁹⁵ AİHM Kararı, B.N: 20129/07, K.T.: 09.07.2013.

¹⁹⁶ AYM'nin benzer yöndeki kararı; B.N:2013/6319, K.T.:16.07.2014, p.50. "*kolluk güçlerinin ancak Anayasa'da belirtilen amaçlara ulaşmak adına başka bir çarenin kalmadığı "zorunlu durumlarda" ve (silah kullanarak ulaşılmak istenen amaç ile karşı karşıya kalınan güce nispeten) "ölçülü" bir biçimde silah kullanabilmelerine izin verdiği söylenebilecektir.*"

¹⁹⁷ AİHM *Güneş-Türkiye* Kararı, B.N.: 28490/95, K.T.:19.06.2003, p.70. AİHM; başvuru sahibinin yaralarının kendi eyleminden kaynaklandığını, evinin aranması esnasında yakalanmamak için yatağın altına girmeye çalıştığı esnada bu yaraların oluştuğunu ileri süren hükümetin ifadesinin karşısında, Dosyada ki belgelerden yakalanmayı takiben düzenlenen tutanakta, başvuru sahibinin jandarmalara direndiği veya yakalama anında yaralandığı ile ilgili bilgi bulunmadığından, soruşturmayı yürüten yetkililerce, jandarma görevlilerinin kullandığı gücün orantılı ve mutlak suretle yakalamak için zorunlu olup olmadığının araştırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

¹⁹⁸ *Öcalan-Türkiye*, B.N.: 46221/99, K.T.:12.05.2005, Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.III, Sayı 11, s. 343. 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. Aksi yönde ki karar için bkz. Ahmet Özkan ve diğerleri-Türkiye, B.N: 21689/93, K.T.:06.04.2004, Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.IV, Sayı 13, s. 61. (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." şeklinde karar vermiştir.

Türkiye'ye karşı AIHS'nin 3. maddesinin ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların büyük bir kısmı, gözaltında işkence ve kötü muamele uygulamaları nedeni ile olmuştur. Bazı vakalarda falaka, elektrik şoku, Filistin askısı, tecavüz gibi özel ve en kötü seviyedeki işkence tekniklerinin uygulandığı, hatta bazılarında işkencenin ölüme neden olduğu birçok mahkeme kararıyla kanıtlanmıştır.

İşkence konusunda Strazburg organları tarafından verilen ilk karar, İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun 05 Kasım 1969 tarihli *Yunanistan* kararıdır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu 1967 yılında başlayan Albaylar Cuntası döneminde özgürlüğünden yoksun bırakılan bazı kişilere yapıldığı iddia edilen kötü muameleleri incelemiş; falaka, elektrik verme, kaba dayak, sahte infaz, darp veya ölüme tehdit gibi birçok kötü muamelenin varlığını saptamış ve bunları işkence olarak nitelendirmiştir.¹⁹⁹

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, tespit edildiğini hatırlatan Mahkeme, bu muamelenin ancak kasıtlı olarak yapılabileceğini, bunu yapmak için belirli bir hazırlık sürecine ve güç kullanmaya gerek olduğunu belirtmiştir. Yapıldığı zaman ağır acı vermiş olmasının yanı sıra, tıbbi belgeler bunun her iki kolda bir süre devam eden felce yol açtığını göstermektedir. Bu muamelenin başvurucudan bir ikrar veya bilgi elde etmek için yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkeme söz konusu davranışları ancak işkence olarak nitelenebilecek ağır ve zalimce bir muamele olduğu sonucuna varmıştır.²⁰⁰

Mahkemenin işkence konusunda Türkiye ile ilgili verdiği bir başka karar ise *Aydın-Türkiye* kararıdır.²⁰¹ Babası ve yengesi ile birlikte jandarmalar tarafından gözaltına alınıp Deril ilçe jandarma merkezine götürülen 17 yaşındaki genç kızın, çırılçıplak 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

¹⁹⁹ Doğru: **İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence**, s.18.

²⁰⁰ Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence**,s. 23.

²⁰¹ Aydın-Türkiye kararı, B.N:57/1996/676/866, K.T.:25.09.1997

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. Bu olayda, güvenlik güçlerince 3.maddenin ihlal edilmesinin temel nedeni, terör örgütü PKK üyelerinin başvuran ve ailesince barındırılmaları konusunda, başvuran ve ailesinden “bilgi almak”tır.²⁰² Ancak mahkemenin içtihatlaşmış kararlarından da anlaşılacağı üzere terörü önlemek gerekçesiyle dahi işkence yasağının ihlal edilmesi mümkün değildir.

Yaman-Türkiye davasında ise;²⁰³ başvuran gözlerinin bağlandığını, çıırılçıplak soyulduğunu ve soğuk suya sokulduğunu belirtmiş, kollarından tavan borularına asıldığını, sandalyede ayakta bekletildiğini ve özellikle cinsel organlarına olmak üzere elektrik kablolarının vücuduna bağlandığını, daha sonra üzerinde durduğu sandalyenin çekildiğini ve asılı halde vücuduna elektrik verildiğini iddia etmiştir. Polis memurlarının zaman zaman elektrik verip mağdurun hayalarını sıktığını ifade etmiştir. Son olarak, yerel makamların başvuranın kötü muamele iddialarını etkin bir biçimde araştırmadığını belirtmiştir. AİHM, dosya kapsamından; başvuranın alıkonulma süresinin başlangıcında sağlık muayenesinden geçirilmemiş olduğuna ve polisin gözetiminde bulunduğu sürede kendi iradesi ile bir avukat veya doktor seçemediğine işaret etmiştir. Gözaltından alınıp nakledilmesinin akabinde, başvuran iki sağlık muayenesinden geçirilmiş, sağlık raporu

²⁰² Hükümet, alıkonma esnasındaki tecavüz ve kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak; “*ne Dr. Akkuş ve ne de Dr. Çetin’in başvurusunun vücudunda tecavüz ve şiddet kullanma ile tutarlı olan herhangi bir çürük ya da yara bulamadıklarını belirtmiştir. Başvurucu, tecavüz esnasında karşı koyduğunu ileri sürmüştür. Ancak, karşı koymadan kurtulmak için şiddet kullanmayı göstermiş olması gereken bileklerde, sırtta, veya genital bölgede herhangi bir çürük izi bulunamamıştır. Bacaklarının iç tarafında bulunan çürük izleri, cinsel zor kullanma için bacaklarının zorla açılması dışındaki sebeplerden kaynaklanmış olmalıdır. Ashında, Hükümet’in Komisyon’a sunduğu Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi raporu, bu izlerin başvurusunun eşeğe binmiş olmasından dolayı kaynaklanabileceğini vurgulamıştır. Tıbbi incelemeler sonunda belirlenen, başvurusunun kızlık zarının bozulmuş olması, bunun bir tecavüz sonucu olduğu sonucunu çıkartmayabilir. Gerçekte, tıbbi olarak, kızlık zarının ilk yırtulmasından sonra geçen 7 günden sonra, kızlığın bozulduğu tarihi belirlemek imkansızdır. Eğer, başvuru savcıya gitmeden önce bu kadar zaman beklememiş olsaydı, tıbbi kanıtlar daha ileri sonuçlar verebilirdi. Ancak, başvurusunun bunu yapmadaki gecikmesi, hayati bir kanıtın kaybına yol açmış ve açıklamasının tıbbi doğruluğunu yok etmiştir. Buna ilave olarak, başvurusunun tecavüz iddiası, başvurusunun iddia edilen olaydan kısa bir süre sonra evlenmesi ve hamile kalmasını engellemiştir. Hükümetin görüşüne göre, başvurusunun evlenme kararı ve iddia ettiği sarsıcı deneyimden hemen sonra aktif olarak seks yapabilme kabiliyeti, bir tecavüz kurbanının davranışlarıyla oldukça tutarsızdır. Kültürel bağlamda, aynı derecede şaşırtıcı olan bir olay da başvurusunun kaybettiği iddia edilen bekaretinin evliliği için hiçbir engel teşkil etmemesidir.” şeklinde savunma yapmıştır.*

²⁰³ AİHM Kararı, B.N: 32446/96, K.T.: 02.11.2004.

alınmış, ayrıca bir tıbbi not cezaevi hasta muayene defterine işlenmiştir. Gerek rapor gerekse tıbbi not başvuranın vücudundaki yara, bere ve eziklere işaret etmiştir 1997, 2000 ve 2001 yıllarında bağımsız tıbbi uzmanlar tarafından hazırlanan tıbbi raporlarda adı geçen bulgular başvuranın kötü muamele iddiaları ile uyumludur. Bu bağlamda, Hükümet başvuranın vücudunda tespit edilen izler ve hasar karşısında “makul” bir açıklama getirememiştir. Dosya bir bütün olarak ele alındığında, AİHM, davanın olayları ve Hükümet'in makul bir açıklama sunamaması göz önünde bulundurulduğunda, sağlık raporunda ve cezaevi hasta defterine işlenen notta bahsi geçen yaraların Hükümet'in sorumlu olduğu kötü muamelenin bir sonucu olduğu kanısı taşıyarak 3.maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Dikme-Türkiye başvurusunda²⁰⁴ ise; Mahkemenin, doktor raporlarını da içeren maddi delilleri değerlendirmesi sonucunda, başvurucunun poliste alıkonulduğu sırada bir dizi darbe aldığını, gözlerinin bağlandığını, poliste alıkonulduğu 16 gün boyunca avukatıyla, doktorla, akrabalarıyla ve arkadaşlarıyla görüşemediğini ve bu süre içinde mahkeme önüne de çıkarılmadığını saptamıştır. Mahkeme *Dikme*'ye uygulanan muamelenin öncelikle “insanlık dışı ve onur kırıcı” olduğunu aynı zamanda “işkence” olduğuna hükmetmiştir.²⁰⁵

Tanlı- Türkiye davasında²⁰⁶ başvuran, oğlunun ölümünden önce işkence görmesi nedeniyle 3. maddenin ihlali nedeniyle AİHM'e başvurmuştur. Başvuran, oğlunun gözaltında iken işkence gördüğünü, kendisine yeterli tıbbi yardım sunulmadığını iddia etmiştir. Oğlunun gözaltına alınmadan önce sağlıklı olduğunu, hiçbir sağlık probleminin ve kalbiyle ilgili bir rahatsızlığının olmadığını, sorgulamadan sonra ise öldüğünü belirtmiştir. Başvuran, yetkililerin işkence iddialarını araştırmaması ve oğlunun ölümü karşısında yetkililerin tepkisiz ve ilgisiz davranmaları ve çektiği sıkıntı sebebiyle 3. maddenin ihlal edildiğini savunmuştur. Mahkeme, *Tanlı* davasını incelerken, ilgili uluslararası raporlar ve metinler başlığı altında İÖAK'nin Türkiye'deki incelemelerine de detaylı bir şekilde yer vermiştir.²⁰⁷ Hükümetin Mahmut *Tanlı*'nın sağlıklı halde

²⁰⁴ AİHM Kararı, B.N.: 20869/92, K.T.:11.07.2000.

²⁰⁵ Yasemin Özdek, "Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye", Ankara, **TODAI Yayınları**.s.166.

²⁰⁶ *Tanlı/ Türkiye* Kararı, B.N:26129/95, K.T.:10.04.2001.

²⁰⁷ Burada varılan çarpıcı bulguların İÖAK'nin 1999'un sonu itibarıyla Türkiye'ye gerçekleştirdiği 8 ziyaretteki tespitleri esas alınarak hazırlandığı ifade edilmektedir. Değişik kaynaklardan özellikle polis gözetimi altında tutulan hürriyeti kısıtlanmış kişilere kötü muamele ve işkence yapıldığına dair dikkate

girdiği halde gözaltında ölmesine ikna edici bir açıklama getiremediğini, ceset üzerinde işkence tekniklerinin uygulandığını gösteren iz olmadığını, başvuran ve diğer tanıkların vücut üzerinde birtakım izler gördüklerini söylemelerine rağmen, bu izlerin post mortem değişikliklerden değil de, işkenceden kaynaklandığını tıbbi olarak kanıtlamanın mümkün olmadığını, bu sebeple ölüm nedeninin açıklanamaması dışında işkence yapıldığını gösteren kanıt mevcut olmadığını, başvuranın, oğlunun ölümü ile çok acı çektiği konusunda şüphe olmadığını, ancak 3. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığını, bu maddeye ilişkin iddianın 13. madde bağlamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

değer miktarda raporlar gelmeye bağlayınca, İÖAK 1990 ve 1991 'de ilk olarak 2 *ad hoc* ziyaret gerçekleştirmiştir. 1992'nin sonunda üçüncü periyodik ziyaret gerçekleştirildi. Diğer ziyaretler Ekim 1994, Ağustos ve Eylül 1996, Ekim 1997 ve Şubat-Mart 1999'da gerçekleşti. İÖAK'nin bu ziyaretlerle ilgili raporlarından ikisi dışında diğerleri kamuya açıklanmamıştır. Çünkü bu tür yayın yapılabilmesi için ilgili devletin rızasını gerektirmesinden ve Türkiye buna rıza göstermediğinden diğerleri açıklanmamıştır. 15 Aralık 1992'de düzenlenen kamu açıklamasına göre, İÖAK işkence ve diğer kötü muamele şekillerinin, gözaltına alınmalarda sıkça başvurulan bir uygulama olduğu sonucuna vardı. 1990'daki ilk ziyaretinde, Filistin askısı, elektrik şoku, falaka, tazyikli su, karanlık, küçük ve havalandırması olmayan hücrelere hapis gibi kötü muamele çeşitleriyle ilgili bir hayli suçlamayla karşılaştı. Doktor raporlarında fiziki ve psikolojik çok yeni işkence ve ciddi kötü muamele türlerinin uygulandığı tespit edildi. Yerinde yapılan incelemelerde emniyet binalarındaki gözaltında bulundurma şartlarının çok yetersiz olduğu tespit edildi. 1991'deki ikinci ziyaretinde, emniyetteki işkence ve kötü muameleyi ortadan kaldırmada hiçbir ilerleme kaydedilmediğini tespit etli. Birçok kişi benzeri kötü muamele çeşitlerinden şikayet etmişti. Mesela vücudun çeşitli bölgelerine cop ve sopanın zorla sokulduğu şikayetlerinde özellikle artış gerçekleşti. Bu şikayetlerde bulunan kişilerin suçlamalarıyla ilgili bulgu ve izler İÖAK tarafından tespit edilmiştir. 22 Kasım - 3 Aralık 1992'deki ziyarette delegeler kötü muamele ve işkence suçlamalarının yoğunluğuyla karşılaştılar. Doktorlar tarafından tetkik edilen birçok kişi de suçlamalarını tasdik eden iz ve bulgular tespit edilmiştir. Bu durumların bir kısmı not edilmiştir. İÖAK'nin bu ziyaretinde emniyette gözaltındayken falakaya yatırıldığını ve sırtına copla vurulduğunu iddia eden Adana hapisanesindeki bir mahkum, alt tarafı kan toplanmış olan ayaklarını, üst tarafında 2 cm genişliğinde 10 cm uzunluğunda dikey morluk olan sırtını göstermiştir. Ankara ve Diyarbakır polis karakollarında yapılan incelemelerde mevcudiyetine hiçbir makul açıklama getirilemeyen ve işkencede kullanılan aletler bulundu. İÖAK Türkiye'de poliste gözaltındayken işkence ve ciddi kötü muamele çeşitlerinin yaygınlığı olarak uygulandığı neticesine vardı. 6 Aralık 1996 tarihinde 2. kamu açıklamasını yaptığında, geçen 4 yıl içinde biraz ilerleme kaydedildiğini belirtti. Ancak 1994'teki ziyaretten sonraki bulgular işkence ve ciddi kötü muamelenin hala gözaltının önemli özelliklerinden olduğunu göstermekte olduğu sonucuna vardı. 1996'daki ziyaret sırasında İÖAK delegeleri poliste işkence ve diğer kötü muamele çeşitlerine dair açık delilleri yine tespit etmişlerdir. 1996 Eylül'ünde İstanbul, Adana ve Bursa'daki Emniyet binalarına en son yaptığı ziyaretlere, Adana ve İstanbul'da üç hapisanede son zamanlarda emniyette gözaltında tutulan şahıslarla yapılan mülakatlara raporunda atıf yapmıştır. Delegelerin gözetiminde adli tıp doktorları tarafından tetkik edilen ciddi sayıda kişi, polis tarafından kendilerine yapıları kötü muameleye ilişkin iz ve kanıtları özellikle falaka, ellerde avuç içinde darbe izleri ve kollardan asılmaya ait izleri göstermişlerdir. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi'nde gözaltında bulundurulmuş 7 kişinin durumu İÖAK delegelerinin Türkiye'de bulunduğu en belirgin işkence örnekleri olarak not edilmiştir. Uzun süreli kollardan asılmaya ait izler belirlenmiş ve bunlardan ikisinin eski haline döndürülemez tehlikesiyle karşı karşıya olan iki kolda hissetme ve hareket ettirme kabiliyetinin kaybedildiği durumlar tespit edilmiştir. Raporda İÖAK, Türkiye'deki polis birimlerinde işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine başvuranın ortak bir olgu olarak devam ettiği neticesine ulaşmıştır.p.105-106.

Türkmen-Türkiye davasında²⁰⁸ mahkeme delilleri değerlendirirken; başvuranların, 17 Ocak 1994 tarihinde gözaltı süresinin sonunda İstanbul Adli Tıp Kurumu tabibi tarafından muayene edildiğini, ve aynı gün hazırlanan raporda ilgililerin bedenlerinde herhangi bir şiddet izine rastlanılmadığı sonucuna varıldığı, buna karşın başvuranları iki gün sonra muayene eden Sağmalcılar Cezaevi doktoru özellikle her iki başvuranın kol bölgesinde ve Can Ali Türkmen'in ayak tabanlarında olmak üzere bir çok yara izine rastlanıldığının bildirildiği, Adli tıp Kurumunun bu sonuçları onaylayarak bir hafta istirahat raporu verdiğini, ilgililerin gözaltına alınmasından itibaren her hangi bir tıbbi muayeneden geçirilmedikleri, dolayısıyla yaraların yakalanmalarından önceki bir dönemde gerçekleştiği savunmasında bulunulamayacağını, böylesi bir gözaltı sürecinde meydana gelen her türlü yaralanmanın Hükümet aleyhinde ciddi şüphelere yol açtığını, bu nedenle başvuranların iddiaları ile ilgili ortaya çıkan şüpheler noktasında uygun deliller temin ederek söz konusu yaralara ilişkin makul bir izahatta bulunma görevinin Hükümet'e düştüğünü, hükümet tarafından makul izahatta bulunulmaması üzerine, 3. maddede istenilen kanıtın yeterince ciddi, belirli ve tutarlı göstergeler demetinden kaynaklanması mümkün olabildiğinden AİHM, 17 Ocak 1994 tarihli raporun gerektiği gibi düzenlenmediğini ve sonraki iki raporda tespit edilen izlerin, sorumluluğunu Türkiye'nin taşıdığı bir muamelenin eseri olduğunu, bir kimsenin kollarından asılması gibi kötü muameleler sonucunda kol bölgesinde duyu yitimi ve karıncalanmadan kol sinirlerinde lezyonların oluşmasına kadar giden semptomların meydana gelebildiği benzer durumlarla daha önce de karşılaşıldığını, ayak tabanına sopayla vurulması anlamına gelen falaka sonucunda gözlemlenebilecek semptomlardan da haberdar olduğunu, bu husustaki ölçütler dikkate alındığında böylesi bir şiddet “işkence” olarak değerlendirilebileceğinden ihlal kararına hükmetmiştir.

Batı ve Diğerleri-Türkiye davasında²⁰⁹ AİHM, başvuranların göz altı sırasında birçok kötü muamelelere maruz kaldıklarına yönelik yaptıkları şikayetleri belirterek özellikle asma (M. Gedik, Erhan İl, Ö. Öktem, Kaya Altun, Kablan, D. Öktem, Kemanoglu, Şahin, Karahancı); devamlı darbeler (M. Batı, Erhan İl, Kaya, Altun, Tokur, Kablan, D. Öktem, Şahin, Karahancı); su fişkirtme (Şahin, Kaya, Kemanoglu, Karahancı, M. Tokur, Altun) falaka (Öktem, Kaya). Başvuranlar ayrıca uykusuz

²⁰⁸ Türkmen-Türkiye davası, B.N:43124/98, K.T.: 19.12.2006.

²⁰⁹ AİHM Kararı, B.N:33097/96,57834/00,K.T.:03.06.2004.

birakıldıkları, aşağılandıkları ve ölüm veya tecavüzle tehdit edildikleri yönünde şikayetçi olduklarına değinmiştir. Hükümet iddia edilen olaylar hakkında nihai karar verilmediğinden dolayı 3. maddeye ilişkin hiçbir ihlalin ortaya çıkmadığını savunmuştur. AİHM ise bu savunma karşısında elinde bulunan unsurlar ışığında, olayları kendi içinde değerlendirme serbestisinin bulunduğunu belirttiği değişmeyen içtihadını hatırlatmıştır (Selmouni-Fransa). AİHM bu davada doktorlar tarafından düzenlenen raporların başvuranların göz altından sonra ciddi yaralarının bulunduğunu ortaya çıkardığını, başvuranların birbiriyle uyuşan sözleri ve dosyanın tümü göz önünde bulundurulduğunda AİHM, başvuranların aşağılandığının, günlerce uykusuz bırakıldıklarının ve tıbbi tespit gerektirecek fiziksel iz bırakmayan nitelikteki şiddet gibi kişinin akli dengesini bozacak psikolojik şiddete maruz kaldıklarının doğruluğunu kabul edebilir. AİHM, dosya kapsamını bütünüyle ele alındığında ve süresiyle beraber amacı da göz önünde bulundurduğunda başvuranlara uygulanan şiddetin, "şiddetli" acı ve ıstırap yaratan ciddi ve acımasız nitelikte olduğu kanaatine vararak uygulanan şiddetin AİHS'nin 3. maddesine göre işkence olarak nitelendirilebileceğine karar vermiştir.

Kararda görüldüğü üzere; AİHM olayla ilgisi olan polisler hakkında suç duyurusunda bulunulduğu ve polisler aleyhine açılan davanın yerel mahkemeler önünde askıda olmasını göz önünde bulundurarak esas ile birleştirme kararı almış, ceza davasında nihai kararı beklemeden benzeri kötü muamelelere ilişkin kanıt toplamanın güçlüğü nedeniyle diğer fiziki ve psikolojik saldırı iddialarının doğruluğunu araştırmaya gerek olmadığına kanaat getirerek ihlal kararı vermiştir.

Yakalama ve gözaltı sırasındaki işkence 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 ile başvuruçuların gözaltı sırasında işkenceye maruz kaldıkları konusunda yaşanan sorunlar açısından çözüm getirici nitelikte olan yararlı bir düzenlemedir. Bu düzenleme hem bireyi hem de devleti korumaktadır. Bir taraftan işkenceye maruz kaldığını iddia eden kişilere işkence iddialarını resmi belgelerle ispat etme ve ortaya çıkarma olanağı sağlanırken; diğer yandan da bizzat devlet, kötü niyetli olarak isnat edilen asılsız işkence iddialarından korunmuş olmaktadır. Ayrıca bu uygulama kamu görevlilerine

işkence, insanlık dışı muamele veya küçük düşürücü muamelede bulunma konusunda caydırıcılık getirmektedir.

Ancak söz konusu değişikliklerin uygulamada etkinlik göstermesi için ciddi tedbirlerin alınması gerekmektedir. Aksi halde göstermelik yasal düzenlemeler ve bilimsel nitelik arz etmeyen eksik raporlarla ne maddi gerçeğe ulaşmak ne de AIHM önünde Türkiye'yi mahkumiyetten kurtarmak mümkün olabilecektir.²¹⁰

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Dair İstanbul Protokolünde²¹¹ de sağlık muayenelerinin tarafsız, bağımsız ve konusunda uzmanlaşmış tıp uzmanları kontrolünde mağdurun bilgilendirilmiş onayının alınarak gizli yapılması, muayenenin ardından tıp uzmanı tarafından hemen doğru bir raporun yazılması ve söz konusu raporun gizli tutulması gibi 3 ayrı ilkeye yer verilmiştir.²¹²

İfade edildiği üzere, söz konusu düzenlemelerin başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için hekim incelemesinin, konusunda uzman kişilere, her türlü baskıdan uzak ve bilimsel bir ortamda yaptırılmasının devletçe sağlanması gerektiği ön plana çıkmaktadır.²¹³

²¹⁰ Nur Centel, "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları", s.16.vd.

²¹¹ İşkencenin önlenmesinde BM tarafından onaylanmış bir kılavuz olarak en önemli araçlardan birisidir. 3 yıllık bir analiz, araştırma ve yazım süreci sonucunda; 75 hekim, psikolog, hukukçu ve insan hakları çalışanları 40 kurum ve örgüt 15 ülkenin görev aldığı bir çalışma ürünüdür ve 2000 yılında bu yana BM belgesi olarak uluslararası ve ulusal alanda yürürlüktedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işkence ve kötü muamele iddialarının belgelenmesi ve soruşturulması konusunda İstanbul Protokolünü bir uluslararası standart olarak kabul eder ve Türkiye de dahil olmak üzere devletlere sorumluluklar yükler. (Erişim)www.izmirtabip.org.tr. 05.06.2015

²¹² Adem Uğur, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Dair İstanbul Protokolü" Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Hukuk Bilimleri Bilim Dalı, (erişim) <https://tez.yok.gov.tr/ulusalTezMerkezi/tezSorguSonucuYeni.jsp>. (10.01.2015) s.79.

²¹³ İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, Ankara 2003, s.238

B. Mahkumiyet Sırasında İşkence Uygulamama

Özgürlüklerinden yoksun tutulan ve bu nedenle tamamen yetkililerin denetiminde olan kişiler, devlet gücünün kendileri aleyhine kullanılması riskine karşı en hassas durumda olan bireylerdir. Dolayısıyla, AİHS standartlarına uygunluk açısından, bu kontrolün kullanımı sıkı bir denetime tabi olmalıdır. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT)'nin yetkisinin özellikle özgürlüklerinden yoksun tutulan kişilere yönelik olması ve onlara yapılan muameleyi incelemesi de bunun göstergesidir.²¹⁴

Cezaevinde tutuklu ve hükümlülere güç kullanılması durumlarında AİHM, ilk olarak bir olayda kullanılan gücün iç hukuk hükümlerine uygun olup olmadığını, daha sonra ise kullanılan gücün gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olup olmadığına bakmaktadır.²¹⁵ *Gömi ve Diğerleri- Türkiye*²¹⁶ davasında mahkeme başvuruçuların koğuş kapılarını kırarak koridorlara çıkmış olmalarını ve görevlilere karşı direnmelerini bir isyan olarak görmüş, kullanılan gücün amacını meşru savunma, ayaklanma ve isyanı bastırma olarak kabul etmiştir. Ayrıca, görevlilerin silah kullanmamış olmalarını, göz yaşartıcı gaz, basınçlı su ve cop kullanma sonucu yaralanmaların meydana gelmiş olması sebebiyle davalı devletin kötü muameleden dolayı 3.maddeyi ihlal etmediğine hükmetmiştir.

AİHM, kişilerin sadece tutuklu veya hükümlü olmasını sözleşmenin 3.maddesine aykırı bir durum teşkil etmeyeceğini belirtmiş ancak tutulma koşullarının ihlal oluşturabileceğini belirterek, bu yönde kararlar vermiştir. 19.04.2001 tarihli *Pers-Yunanistan*²¹⁷ davasında; bir mahkumun en az iki ay havalandırma penceresi olmayan, zaman zaman tahammül edilemeyecek derecede sıcak olan; tuvalete aynı hücreyi paylaştığı mahkumun önünde gitmek ve diğer mahkum tuvaleti kullanırken de onu seyretmek durumunda bırakılan koşulların mahkumun onurunu kırdığı, kendisine aşağılık duygusu oluşturduğu, muhtemelen de ruhsal ve fiziksel direncini kırdığını kaydederek, cezaevinin tecrit kısmında maruz bırakıldığı koşulları 3.madde ihlali olarak değerlendirmiştir.

²¹⁴ Aisling, a.g.e., s. 22

²¹⁵ Doğru; Nalbant, a.g.e., s.148.

²¹⁶ AİHM Kararı, B.N.:35962/97, K.T.:29.04.2003

²¹⁷ Anayurt, a.g.e.,s.247.

AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği en son güncel kararında,²¹⁸ Filistinli ve engelli olan başvuruçunun Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde 7 gün gibi kısa sürede tutulmuş olsa da; tutulma koşullarının onur kırıcı muamele olduğuna hükmetmiştir.

Kararlardan görüleceği üzere AİHM, tutuklu ve hükümlüler cezaevlerinde fiziki olarak işkenceye uğramasa bile cezaevi koşullarının kişilerde meydana getireceği küçük düşürücü durumları onur kırıcı muamele olarak görerek 3.maddenin ihlaline karar vermektedir.

C. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerini Dağıtma Sırasında İşkence Uygulamama

*Ataman-Türkiye*²¹⁹ davasında AİHM, devletin toplantı düzenlemesini bazı gerekçelerle bildirim tabi tutmasını AİHS'nin 11.maddesine²²⁰ aykırı görmemiş, bildirimde bulunulmayan gösterinin yasadışı kabul edilebileceğini belirtmiş ancak bildirimde bulunmadan gösteri yapan gruba devletin müdahale etmesini ise haklı görmemiştir.

*Arpat-Türkiye*²²¹ kararında AİHM, polislerin başvuruçuyu gözaltına alırlarken orantısız güç kullandıklarını belirterek, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Hem Avrupa Birliği'ne tam üyelik müzakerelerini sürdüren bir ülke hem de AİHS'nin bir imzacısı olarak Türkiye'nin karşı karşıya bulunduğu bu sorunu kalıcı kurumsal çözümlere kavuşturması kaçınılmaz görünmektedir. Müzakere başlıkları altında bulunan 23. fasıldaki yargı ve insan hakları konusu nedeniyle iyileştirmeler

²¹⁸ Asalya/Türkiye Kararı; B.N:48375/09, K.T.:15.04.2014

²¹⁹ AİHM kararı; B.N:74552/01, K.T.:05.03.2007, p.37-39.

²²⁰ AİHS'nin 11.maddesi; "1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir. 2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncaya yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir." hükmünü haizdir.

²²¹ AİHM Kararı, B.N:26730/05, K.T.:15/06/2010.

yapmamız gerekmiş ve hala gerekmektedir.²²² Hatta Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun getirilme sebeplerinden biri de bu zorunluluktur. Son dönemde dikkat çeken önemli bir başka gelişme ise 01.03.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planında²²³ gerçekleştirilecek hedefler arasında işkence yasağına ilişkin bir çok iyileştirme hedeflenmektedir. Eylem Planında işkence yasağına yönelik çalışmaların yoğunluğu ancak Türkiye'nin özellikle yürütme organı bağlamında bu konudaki zayıf noktalarını kabul etmiş olmasından kaynaklanabilir. İlgili Eylem Planı 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun AİHM içtihatlarında belirlenen standartlar doğrultusunda gözden geçirilmesi ve gerekli değişikliklerin yapılmasına da yer vermiştir. Türkiye bu konudaki aksayan yönlerin farkına vararak bunları düzeltereğini ilan etmiştir. Kaldı ki AYM'nin de AİHM tarafından etkin iç hukuk yolu olarak tanınmasıyla birlikte²²⁴ söz konusu düzeltmeler yapılmaz ve AYM, AİHM içtihatları doğrultusunda kararlar vermezse AYM yeni süreçte bireysel başvuru ile kendisine yüklenen sorumluluğa rağmen etkisiz bir konuma düşecektir.

²²² 23.fasılın kapsamı;“ Yargı ve temel haklar alanındaki AB politikaları birliği bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı olarak koruma ve daha da geliştirmeyi amaçlar. Bağımsız ve iyi çalışan bir yargının kurulması çok önemlidir. Bu,yargı üzerinde dış etkilerin giderilmesi ve yeterli mali kaynakların ve eğitimin ayrılması konusunda ciddi bir kararlılık gerektirir. Adil yargılama prosedürleri için yasal garantiler bulunmalıdır. Aynı şekilde üye devletler yolsuzlukla etkin bir şekilde mücadele etmelidir çünkü bu konu demokratik kurumların istikrarı ve hukukun üstünlüğü için bir tehdit oluşturmaktadır. Yolsuzluğun engellenmesi ve caydırılması için uyumlu bir politikayı desteklemek adına sağlam bir yasal çerçeve ve güvenilir kurumlar gereklidir. Üye Devletler müktesebat ve Temel Haklar Şartı ile garanti edilen temel haklara ve AB vatandaşlarının haklarına saygı gösterilmesini sağlamalıdır. (Erişim) <http://www.ab.gov.tr>. 04.06.2015

Eylem Planı ile ilgili Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Türkiye'nin 2014 yılı İlerleme Raporu'nda; Söz konusu Eylem Planının 14 temel insan hakkı alanında düzenlemeyi içerdiği, hazırlanma sürecinde sivil toplum kuruluşlarına yer verilmediği, temel haklara ilişkin genel bir eylem planına duyulan ihtiyacın devam ettiği, AİHM'nin tüm kararlarının uygulanması konusundaki çabaların arttırılması yönünde telkinlerde bulunulmuştur.(s.47) [http://www.abgs.gov.tr/ files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf)

²²³ <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>. 03.02.2015 Çalışmanın diğer bölümlerinde “Eylem Planı” olarak anılacaktır.

²²⁴ AİHM kararı, Hasan Uzun-Türkiye kararı. B.N:10755/13, K.T.:14.05.2013, p.52. “T.C. Anayasası'nın, 13 Mayıs 2010 tarihinde değiştirilen 148.maddesinin 3.fıkrası, AYM'ne Anayasa ve AİHS tarafından korunan hak ve özgürlüklere dair bireysel başvuruların da, olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra kesinleşmiş kararlar, bireysel başvuruya konu olabilmektedir. Hasan Uzun'un başvurusuna ilişkin iç hukuk yolunun 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen kararlar için açık olduğu hususları dikkate alınarak, Hasan Uzun'un AYM'ne bireysel başvuruda bulunmuş olması gerektiğine hükmedilmiştir. Böylelikle, iç hukuk yolları tüketilmediğinden, başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı verilmiştir.”

Özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde kolluk güçleri tarafından kullanılan ve son günlerin önemli gündem maddesi olan biber gazı ile ilgili düzenlemelerin ivedi olarak yapılması ve bu konuda kolluk güçlerine gerekli hizmet içi eğitimin verilmesi gerekmektedir.

Biber gazı kullanımı özellikle Taksim Gezi Parkı olayları²²⁵ sırasında polisin keyfiyete varan ölçüde kullanılması sonucu gündemde oldukça tartışılmıştır. Tartışmaların odağında ise polise mukavemet göstermeyen küçük grupların, kapalı mekanlarda bulunan kimselerin ve gösteriye katılmayan kimselerin de yoğun bir şekilde biber gazına maruz kalması bulunmaktadır.²²⁶ Bu eylemlerle ilgili kamu makamlarının etkili bir soruşturma yürütmesi gerekmektedir. Aksi takdirde Türkiye'nin konu ile ilgili ihlal kararları alması kaçınılmaz olacaktır. Gezi parkı olaylarından dolayı hak ihlalleri için henüz AİHM veya AYM'den bir karar çıkmamıştır. Ancak yakın tarihte Türkiye'de yaşanan toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında polisin kullandığı biber gazından dolayı AİHS'nin 3.maddesinin ihlali ile AİHM'e başvurulması sonucu Türkiye aleyhine ihlal kararları çıkmıştır.

AİHM bu konu ile ilgili, *İzci-Türkiye* kararında²²⁷ kötü muameleden dolayı 3.maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme kararında 15 Şubat 2008 tarihinde İçişleri Bakanlığının biber gazı kullanımına ilişkin 19 numaralı genelgesine değinerek, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 16. Maddesinin 3. Fıkrasının (b) bendinde biber gazının polis memurlarının görevlerini yerine getirirken kullanabilecekleri silahlar arasında sayıldığını, biber gazının direnmeyi bırakan kişilere karşı kullanılmaması koşulu belirtilerek, güvenlik güçlerinin gazdan etkilenen kişilere ilk yardım yapabilecek hazırlığa sahip olması gerektiğini vurgulanmıştır. Kararda sağlık kuruluşlarının biber gazı ile ilgili uyarılarına yer verilerek polis tarafından başvurucuya orantısız olarak biber gazı sıkılmasını ihlal olarak değerlendirilmiştir. Yine kararda polislerin kask numaralarını gizlemeleri sonucu teşhis edilmelerinin uzun zaman sürdüğü ve sonuçta açılan ceza davalarının zamanaşımından düşmesini de etkili bir

²²⁵ 27 Mayıs 2013 günü Taksim Gezi Parkındaki ağaçlarının Topçu Kışlasının yeniden inşası için kesilmesine tepki olarak başlayan ve siyasilerin sert demeçleri ve güvenlik güçlerinin orantısız eylemleri sonucu büyüyen tüm yurda yayılan gösterilerdir.

²²⁶ Erkan Duymaz, "Gezi Parkı Çıkmazında Demokrasi ve İnsan Hakları" s.278, AYHD - Cilt: 2 / Sayı:4 / Yıl:2013 (erişim) <https://anayasader.files.wordpress.com/2015/07/anayasa-hukuku-4.pdf>. 08.07.2015

²²⁷ AİHM'nin *İzci-Türkiye* kararı, B.N:42606/05 K.T.:23.07.2013.

soruşturma yürütülmemesi olarak değerlendirmiş ve 3. maddenin usul yönünden de ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Yine Güneş-Türkiye kararında²²⁸ mahkeme polis tarafından yakalanmış olan başvurucuya biber gazı sıkılmasını 3.maddenin esas yönden ihlal edilmesi olarak değerlendirirken, sorumlu polisler tarafından savcılığın soruşturmayı 48 saat içinde kapatması ve herhangi bir dava açılmamasını ise 3.maddenin usul yönünden ihlali olarak görmüştür.

Yaşa-Türkiye²²⁹ kararında da 26 Mart 2006 tarihinde Diyarbakır'da yapılan gösterilerin dağıtılması sırasında biber gazı kapsülünün 14 yaşındaki başvurucuya isabet etmesi sonucu yaralanması olayında mahkeme; maruz kalınan güç kullanımının, içinde bulunulan duruma uygun bir karşılık olmadığını ayrıca, barışçıl olmayan bir gösterinin dağıtılması hedefi ile de orantılı olmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir. Mahkeme kararında ayrıca olayın meydana geldiği dönemde Türkiye'de gösteri yürüyüşleri sırasında biber gazı kullanımını düzenleyen herhangi bir kanun veya kullanımı ile ilgili güvenlik güçlerine yönelik herhangi bir yönergenin bulunmadığını tespit ederken, 15 Şubat 2008 tarihinde biber gazı kullanımına ilişkin bir genelgenin çıkarıldığını kaydeder.

Ç. İşkence Yasağı Kapsamında Kayıp Vakaları

Yakalama ve gözaltı sırasındaki kayıp vakaları, kişinin Devlet görevlileri veya onların yetki verdiği kişilerce herhangi bir kaydı olmadan tutulması durumunda ortaya çıkar. Çoğunlukla kayıp kişinin herhangi bir nedenden ötürü öldüğünün doğrulanması veya akıbeti hakkında yetkililerce hiçbir bilginin verilmemesi neticesinde kişinin yakınlarının o kişinin öldüğüne inanmaları ile sonuçlanır.²³⁰

²²⁸ AİHM'nin Ali Güneş-Türkiye kararı, B.N:9829/07, K.T:10.04.2012.

²²⁹ AİHM'nin Abdullah Yaşa ve diğerleri-Türkiye kararı: B.N: 44827/07, K.T: 16.07.2013.

²³⁰ Gök,**a.g.e.**,s.106

AİHM, kayıp kimselerin devlet makamlarınca kayıt dışı tutulmaları sırasında işkence veya insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye maruz kaldığına ilişkin kanıtların bulunması durumunda bu kişi bakımından 3. madde ihlalini de değerlendirmektedir.

Mahkeme içtihatlarında genel ispat kuralı uyarınca kaybolan kişi bakımından ihlal kararı verilebilmesi için, kişinin gerçekten de devlet gözetimi altındayken ortadan kaybolduğunun kesin olarak ispatlanmasını aramaktadır. Devlet makamları bir kimsenin gözaltına alınmadığını iddia ediyorsa, başvuru sahibinin böyle bir yakalama olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Buna karşılık, bu kişinin gözaltına alındığı resmi makamlarca kabul ediliyorsa, bu durumda söz konusu kişinin ne zaman ve nerede salıverildiğinin inandırıcı bir şekilde açıklanması gerekir. Bu yüzden hem gözaltı kayıtlarının çok titiz tutulması, hem de özellikle terör suçlarından gözaltına alınan kişiler salıverilirken ailesinden birinin veya bir avukatın hazır bulunmasının sağlanması her hangi bir başvuruya karşı kanıt oluşturmaktadır.²³¹

Mahkeme, aile bireylerinden birinin “*kaybolmasının*” Sözleşmenin 3. maddesine aykırılık teşkil edebilmesi için, aile bireylerinden birisinin insan hakları ihlalinin dolaylı mağdur olduğunda çekilen üzüntüden farklı olarak başka bir nitelik kazandıracak özel unsurların varlığına dayanması gerektiğini vurgulamıştır.²³²

Mahkemenin içtihatlarıyla ortaya konulan söz konusu unsurlar; 1-Aile bağlarının yakınlığı, "bu bağlamda ebeveyn/çocuk bağına ağırlık verilecek", 2- Bu bağın kendine özel şartları, 3- Aile bireyinin söz konusu olaylara tanık olması, 4- Kayıp kişi hakkında bilgi toplama çabalarına katılım, 5-Bu çabalar karşısında yetkililerin tavır ve davranışları. olarak sıralanabilir.²³³ Mahkeme, ayrıca söz konusu ihlal bulgusunun kayıp

²³¹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s. 141

²³² Taş-Türkiye kararı, B.N.:24396/94, K.T.:14.11.2000, p.79. “*Bir aile bireyinin mağdur olup olmaması, başvuranın çektiği sıkıntı ve üzüntüye farklı bir boyut kazandıran bazı özel faktörlerin varlığına bağlı olacaktır. Aile bağlarının yakınlık derecesi de önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, aile çocuk bağına özel bir önem verilecektir, bireyin söz konusu olaylara ne kadar tanık olduğu, kayıp kişi hakkında bilgi edinmek için gösterdiği çaba ve bu çabalara karşılık yetkililerin ne şekilde cevap verdiği önemlidir. Mahkeme, böyle bir ihlalin özünü, aile bireyinin kayboluşunun değil, kayıp olayı yetkililerin dikkatine sunulduğunda gösterdikleri tepkinin oluşturduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda söz konusu kimsenin yakını, yetkililerin olay karşısında gösterdikleri tepkiden dolayı doğrudan mağdur olduğunu iddia edebilir.*”

²³³ Dalkılıç, a.g.e., s.64

olayından değil, daha çok yetkililerin olay karşısında takındıkları tavır ve davranışlardan kaynaklanması gerektiğini içtihatlarıyla ortaya koymuştur.²³⁴

Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü, AİHM, bir kişinin kaybedilmesi olayını kendi başına bir insanlık dışı veya onur kırıcı muamele olarak değerlendirmek yerine, bunu AİHS'nin 5. maddesi²³⁵ kapsamında ele almayı tercih etmektedir.²³⁶ Ancak AİHM'ye, 3. madde açısından Türkiye aleyhine yapılan kayıp başvurularında, kaybolan kişilerin yakınları bakımından 3. maddenin uygulanma ihtimali vardır. Çünkü kaybolan kişinin akıbetini araştırmak ve konu ile ilgili yakınlarını bilgilendirmek, devletin üzerine düşen bir sorumluluktur.²³⁷

²³⁴ Çakıcı-Türkiye kararı. B.N.:23657/94, K.T.:08.07.1999, p.98.

²³⁵ AİHS 5.madde; "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;
b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

d) Bir çocuğun gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınırdışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır." hükmünü içermektedir.

²³⁶ Çakıcı-Türkiye kararı,p.107.

²³⁷ Örneğin 1998 tarihli Kurt-Türkiye davasında, Komisyon ve Mahkeme, davacı annenin, oğlunu en son güvenlik güçlerince yakalandığı sırada görüldüğünü, daha sonra kendisinden bir haber alınmadığını belirterek yaptığı başvurusunda, oğlu kaybolan annenin resmi makamların duyarsızlığı, hatta rahatlığı karşısında duyduğu acıyı, şikâyet sahibinin, insan hakları ihlali mağdurunun annesi olması ve kendisinin de acı ve sıkıntısı karşısında yetkililerin sergilemiş oldukları rahat tutum nedeniyle mağdur olduğunu dikkate alarak, davalı devletin başvuran açısından Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiğini kabul etmiştir.

Çakıcı-Türkiye kararında²³⁸ AİHM, 1993'te Diyarbakır'da gözaltına alındıktan sonra kaybedilen Çakıcı'nın gözaltında işkence gördüğü sonucuna varmıştır. Çakıcıyla aynı odayı paylaşan tanıklar, Komisyona verdikleri ifadelerde, Çakıcı'nın dayak yediğini, kaburga kemiklerinden birinin kırıldığını, başının yarıldığını, elektrik şokuna maruz kaldığını bildirmişlerdir. Komisyon tanık beyanlarının güvenilir olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme de Komisyonla aynı sonuca ulaşarak Çakıcı'nın gözaltında işkence gördüğüne karar vermiştir.

AİHM'nin Türkiye hakkında baktığı 27.02.2001 tarihli *Çiçek-Türkiye* davasında, başvurunun çocukları ve torunu²³⁹ gözaltına alındıktan sonra kaybolmuş ve resmi makamlar tarafından öldürüldüğü iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur. Başvurucu, tüm ısrar ve başvurularına rağmen hükümet yetkililerinin kendisine bu konuda destek olmadığını, adli makamlarca da gerekli soruşturmanın yapılmadığını, bu durumda 3. maddenin ihlalini doğuracağını iddia etmiştir. AİHM'ne göre, 3. maddenin uygulanmasında, Sözleşme organlarının yerleşmiş içtihadı, makul şüphenin de ötesinde kesinlik düzeyine varan bir ispat vasıtasına gereksinim olduğudur. Kişinin kaybolması hususunda hiçbir bilgi bulunmuyorsa, kişinin ölü veya sağ olduğu veya 3. maddeyi ihlal edici kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı sadece asılsız bir iddiadan ibaret olabilir. Başvurucu, ne çocuklarının kötü muameleye veya işkenceye uğradığına ne de idari pratik olan bir uygulamaya maruz kaldığına ilişkin deliller ve iddialarına dayanak oluşturacak ispat vasıtaları sunamamıştır. Sonuç olarak, bu yönden 3. maddenin ihlaline hükmedebilecek bir kanıt ve iddiayı somut olarak ispat edecek asgari eşik düzeyini aşmış belirti bulunmamaktadır.²⁴⁰

Ancak AİHM kayıp kişilerin aile fertleri açısından 3. madde ihlalinin genel bir ilke olmadığını altını çizmiştir. Destekleyen karar için; Bkz.Çakıcı/Türkiye davası.

²³⁸ Gölcüklü, Feyyaz, ve Gözübüyük, Şeref, **a.g.e.**, s. 209.

²³⁹ Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence**, s. 163.

²⁴⁰ Fakat, kişilerin resmi kayıt tutulmadan yakalanmış olması ve bu suretle temel adli güvencelerden mahrum bırakılmaları, bu madde bakımından olmasa da AİHS md. 5 (kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı) açısından incelemeye değer bir durumdur.

D. Sınır Dışı Etme ve Suçluların İadesi Sırasında İşkence Yasağı

1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 3. maddesi, “bir kimsenin diğer bir devlette işkence tehlikesine maruz kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunması halinde, Sözleşmecî Devletin bu kimseyi sınırdışı etmesini, geri göndermesini veya geri vermesini” yasaklamaktadır.

AİHM, bir kişinin 3. maddeyi ihlal anlamına gelecek türde muameleye maruz kalabileceği bir ülkeye gönderilmek üzere sınır dışı edilmesi durumunda, kendisini ihraç veya sınır dışı eden devletin, AİHS çerçevesinde sorumluluğunun doğacağı yönünde önemli ve giderek yaygınlaşan bir içtihat oluşturmuştur. Mahkeme 3. maddenin sağladığı korumayı ve Sözleşmede açıkça ifade edilmeyen bazı hakları içtihatlarıyla genişletmiştir.

Mahkemenin bu konuda ki ölçütü, söz konusu kişinin bu maddede yasaklanan davranışlara maruz kalacağına inanmak için güçlü sebeplerin var olması durumunda, sınır dışı ve başka bir ülkeye iade etme Sözleşmeye ve özellikle 3. maddeye aykırı olabilir. Bu nedenle ilgili kişinin gönderileceği ülkede maruz kalabileceği riskleri de gözden geçirmek Mahkemenin yetki alanı içerisinde yer alır.²⁴¹

Maddenin, bireylerin ülkeden uzaklaştırılması ve sınır dışı edilmesi olaylarına uygulanan birçok örneği vardır. Bu örneklerde, ülkeler arasında suçluların iadesi anlaşmasının varlığı, sınır dışı eden ülkenin yetki alanı veya terör zanlılarının adalete teslim edilmesi gibi faktörler söz konusu olsa bile, devletin bir kişiyi işkence görmesi konusunda gerçek bir riskin bulunduğu 3. bir ülkeye göndermeme sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir.²⁴²

AİHM içtihatlarına göre devletler arasında bir kişinin geri verilmesinin 3. maddenin ihlali sayılabilmesi için, ilgilinin iade edileceği devlette işkenceye veya kötü muameleye uğrayacağı tehlikesinin mevcut ve bu tehlikenin de özellikle ilgili kişiye yönelik olması aranmaktadır. Bu bakımdan başvuru, kendi durumunun, gönderileceği

²⁴¹ Cengiz, Orhan. Kemal, v.d., a.g.e., s. 78.

²⁴² Ergül, Ergin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı”, *Adalet Dergisi*, 2004, S. 11

devlette bulunan diğer kişilere göre daha kötü olacağını ortaya koymadığı sürece genel bir tehlike durumu yeterli sayılmamaktadır. Ancak, kişi iade edilmesi halinde işkenceye maruz kalabilecek bir grubun üyesi olduğunu iddia ettiği olaylarda, grubun üyesi olduğunu ispatladığı ve işkenceye uğrayacağına ilişkin ciddi sebeplerin bulunduğunu ortaya koyması halinde, mahkeme sözleşmenin 3.maddesini devreye sokar.²⁴³

Mahkeme ölüm cezası tehdidiyle yargılanmak üzere İngiltere'den ABD'ne iadesi istenen *Soering-Birleşik Krallık*²⁴⁴ davasında, İngiltere'nin iadeye karar vermekle 3. maddeyi ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Mahkeme, ABD'deki ölüm cezasının yasallığını kabul etmekle birlikte, çok genç olan sanığın, ölüm cezası infaz edilinceye kadar ölüm hücresinde geçireceği uzun ve korkulu günlerin (ölüm koridoru²⁴⁵) üzerinde yaşatacağı korku ve endişeyi göz önüne alarak, İngiliz hükümetinin sanığı iade ederek böyle bir sorumluluğu üstlenemeyeceğini belirtmiştir.²⁴⁶

AİHM'nin *Jabari-Türkiye*²⁴⁷ davasında verdiği karar, suçluların iadesiyle ilgili örnek oluşturacak nitelikte bir karardır. Mahkeme, başvuruçunun İran'a sınırdışı edilmesi kararının AİHS 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme başvuruçunun İran'da isnad olunan suçtan dolayı taşlanarak öldürülme tehlikesi olduğu için bu ülkeye gönderilmesini AİHS'nin 3.maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir.²⁴⁸

²⁴³ Saadi-İtalya Davası. B.N:37201/06, K.T.:28.02.2008.

²⁴⁴ AİHM Kararı, B.N:140/38/88, K.T.:07.07.1989. Mahkeme kararında “ölüm cezasının infazını beklemenin yarattığı çok büyük üzüntüyle ölüm koridorundaki böylesi ağır koşullar altında çok uzun bir süre geçirilmesi ve başvuruçunun özellikle yaşı ile suçun işlendiği tarihteki zihinsel durumu gibi kişisel durumu dikkate alındığında, başvuruçunun Birleşik Devletlere iade edilmesi, kendisini Sözleşme'nin 3. maddesinin eşiğinin ötesine geçen bir muamele riskine maruz bırakacaktır. Dikkate alınması gereken bir husus da, mevcut olayda suçlunun iadesinin meşru amacının, bu denli yoğun ve uzun bir ıstırapı gerektirmeyen başka vasıtalarla gerçekleştirilebilecek olmasıdır.” gerekçesiyle 3'üncü maddenin ihlaline karar vermiştir.

²⁴⁵ Ölüm koridoru, idam mahkumunun cezaevinde sıkı ve katı güvenlik tedbirleri altında tutulduğu, temyiz sürecinin çok uzun süre devam etmesi nedeniyle mahkumun uzun süre bu rejime katlanarak akıbetini beklediği, sürekli olarak ölüm korkusu ile yaşadığı bir süreçtir.Bkz. Ready, Aisling, (2002), İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, Ankara: Ankara Açık Cezaevi, No. 6.s. 32.

²⁴⁶ Ünal, a.g.e., s. 110-111, Ergin, a.g.e., s. 12.

²⁴⁷ AİHM kararı, B.N:40035-98, K.T.:11.07.2000.

²⁴⁸ Jabari- Türkiye kararında Mahkeme; “BMMYK'nin başvuruçunun sınırdışı edilseydi yüzyüze kalacağı tehlikeye ilişkin yaptığı değerlendirmeye gereken önemi vermelidir. BMMYK başvuruçunun görüşmüş ve korkularının sağlamlığını ve zina suçu nedeniyle İran'da kendisine yönelik olarak başlatılan cezai kovuşturma iddiasının gerçekliğini değerlendirme fırsatı yakalamıştır. Hükümet'in başvuruçunun güvenilirliğini Uluslararası Af Örgütü'nün İran'da zina suçu işleyen kadınlara verilen cezalarla ilgili

12 Eylül döneminde Türkiye’de terör suçlarını işledikten sonra Batı Avrupa Ülkelerine kaçan Türk vatandaşlarının, suçluların iadesi Sözleşmeleri çerçevesindeki iade edilmesi talepleri, iade edecek ülke mahkemeleri tarafından, Türkiye’de sanıklara işkence yapıldığı, iade edildikleri takdirde sanıkların işkenceye maruz kalabilecekleri gerekçesiyle geri çevrilmiştir. Örneğin; Kürt militanı M.İncedursun Hollanda Hükümetince Türkiye’ye sınır dışı edilmesi işlemi AİHM tarafından durdurulmuş ve adı geçene Hollanda’da süresiz ikamet izni verilmiştir.²⁴⁹

AİHM'nin, başvuranın iade edileceği ülkede 3.madde tarafından yasaklanan bir muameleye tabi tutulacağına ilişkin gerçek bir risk olmadığını tespit ettiği durumlarda herhangi bir ihlalin oluşmayacağı yönünde kararları da mevcuttur.²⁵⁰

Mahkeme, ülkesinde bulunan yabancıların diğer ülkede işlediği suçun derecesi ne kadar ağır olursa olsun, bir devletin, bir kaçağı işkence, insanlık dışı muamele ya da küçük düşürücü muameleye maruz kalma tehdidi altında olduğu diğer bir ülkeye, sığınmacının ileri sürdüğü iddia ve sunduğu delilleri ile iade edileceği ülkedeki genel durumu bilmesine rağmen teslim etmesini üçüncü maddenin ihlali olarak kabul etmektedir.²⁵¹

bulgulara dayanarak değerlendirmedeği gözlemlenmektedir (bkz. 34. paragraf). Başvuranın karşı karşıya kaldığı tehlikenin davaya bakılma zamanındaki tehlike olduğunu gözönünde bulunduran Mahkeme, başvuranın ülkesinin zina suçuna hala çok kötü bir biçimde ceza verdiği ve daha insancıl bir ceza verme yönünde bir gelişim kaydetmediği kanaatindedir. Mahkeme İran’daki mevcut durumu ve zina suçuna verilen recm cezasının hala kanunlarda yer aldığını ve bu cezaya yetkililerin başvurabildiğini göz önünde bulundurmaktadır (bkz. 31. ve 32. Paragraflar)” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. (p.41)

²⁴⁹ Ünal, **a.g.e.**, s. 111.

²⁵⁰ AİHM Kararı, B.N: 46827/99 ve K.T.:46951/99, Somut olayda;" Özbekistan Cumhuriyeti'nin iade isteği üzerine hareket eden Türk polisi, başvuranları gözaltına almıştır. Avukatları, "Özbek hapishanelerinde bulunan kötü şartları ve işkence uygulamalarını" bildirmişlerdir. İddialarını desteklemek için, insan hakları alanındaki "uluslararası araştırma kurumları" tarafından hazırlanmış, hem siyasi muhaliflerin işkenceye ve başka biçimlerdeki kötü muamelelere maruz kalmasını kapsayan idari tutumdan, hem de Özbek rejimin muhaliflere yönelik baskıcı politikalarından şikayetçi olan raporlara atıfta bulunmuşlardır. AİHM ise yerleşik içtihatlarıyla, başvuranların iade edilmesi halinde, kendisini teslim alan ülkede 3. maddeye aykırı muamelelere maruz kalacağına dair gerçek bir risk bulunduğuna inanmak için somut kanıtların sunulması söz konusu olduğunda, Sözleşmecî devletin, şüpheliyi iade etmesinin 3. madde kapsamında bir soruna neden olabileceğini, dolayısıyla da Sözleşme uyarınca bu devlete sorumluluk yükleyeceğini belirtmiştir. Kendisine sunulan belgeler ışığında AİHM, iade tarihinde, başvuranların 3. madde tarafından yasaklanan bir muameleye tabi tutulacağına yönelik gerçek bir risk bulunmadığını beyanla 3.madde açısından bir ihlal bulunmadığına dair hüküm verilmiştir."

²⁵¹ Önok, **a.g.e.**, s. 224.

Mahkeme bu konuda 3.maddedeki hakkı başlı başına değerli bulmakta, hakkı onunla çatışan hak ve menfaatlerle dengeleme yoluna gitmemektedir.²⁵² AİHM, *Abdolkhani ve Karımnia/ Türkiye* davasında başvuruçuların İran ya da Irak'a sınırdışı edilmeleri halinde AİHS'nin 3. maddesini ihlal edici muamelelerle karşı karşıya kalacaklarından bahisle şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme başvuruların mensubu oldukları grubun iade edildikleri ülkede maruz kalacakları işkence ile ilgili kesin bilgilere ulaşamamışsa da BM'e bağlı uluslar arası raporların verilerini dikkate almış, bu raporları delil kabul etmiştir. Ayrıca hükümetin başvuruların da aralarında bulunduğu grup üyelerinin Türkiye'de kalmalarına izin verilmesinin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve güvenliği için de tehdit oluşturacağına ilişkin iddiası için ise; 3.maddenin mutlaklığı hatırlatılarak, kötü muamele görme riski ile sınırdışı etme nedenlerini karşılaştırmanın mümkün olmadığını belirterek hükümetin bu itirazını reddetmiştir.²⁵³

²⁵² Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa:Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Yayınları, 2.Baskı, Haziran 2013, İstanbul, s.145.

²⁵³ *Abdolkhani ve Karımnia-Türkiye Kararı*, B.N: 30471/108. K.T.:22.09.2009. Somut olayda mahkeme "AİHM bu hususta öncelikle İngiltere Sınır Ajansı'nın İran'a ilişkin 21 Nisan 2009 tarihli raporunda (Menşe Ülke Bilgi Raporu) yer alan bilgileri ("İçişleri Bakanlığı Raporu") ve BMMYK'nın, eski ve yeni HMÖ mensuplarının Türkiye'den doğrudan İran'a iade edilme vakalarının mevcut olduğuna ilişkin görüşlerini göz önüne almaktadır. İçişleri Bakanlığı Raporu'nda Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün, Türk makamlarınca 2003'te İran'a iade edilen bir HMÖ mensubunun, 7 Şubat 2006'da idam edildiğine ilişkin verdiği bilgi kaydedilmektedir. Aynı raporda ayrıca, İran'da, diğer suçlamalar yanında HMÖ sempatisini olmakla suçlanan birçok kişinin yıllardır cezaevinde tutulduğuna ilişkin bilgi içeren 2007 tarihli ABD Dışişleri Bakanlığı Raporu'ndan alıntılara da yer verilmektedir. BMMYK Yeniden Yerleştirme Birimi Raporu'na göre, İran'da HMÖ mensuplarının idam edilmeleri, yabancı ülkelerdeki yargısız infazları da kapsayacak şekilde, düzensiz aralıklarla devam etmektedir. Bu bağlamda BMMYK, Uluslararası Af Örgütü'nün, bir HMÖ yandaşının İran'da bir cezaevinde şüpheli koşullar altında hayatını kaybettiğine ilişkin 7 Eylül 2006 tarihli basın açıklamasına değinmiştir. Uluslararası Af Örgütü'nün 20 Mart 2009 tarihli diğer bir basın açıklamasına göre, farklı bir HMÖ yandaşı da 30 Ekim 2008'de şüpheli koşullar altında cezaevinde hayatını kaybetmiştir. Buna karşılık, İngiltere Sınır Ajansı Raporu'nda, 2005'ten bu yana, daha önceleri Eşref Kampı'nda kalan bir takım HMÖ mensuplarının, Uluslararası Kızılhaç Komitesi ("UKK") denetiminde gönüllü olarak İran'a iade edildiği belirtilmektedir. Ancak, BMMYK Yeniden Yerleştirme Birimi Raporu'na göre, ne BMMYK ne UKK iade edilenlerin durumunu takip edebildiği için, söz konusu kişilere (200 kişi) ne olduğuna ilişkin olarak, bağımsız kaynaklardan elde edilmiş az miktarda bilgi mevcuttur. BMMYK'ya söz konusu şahıslar hususunda çelişkili ifadeler verilmiştir. Bilgi kaynaklarının bir kısmı iade edilen kişilerin hiçbir sorunla karşılaşmadıklarını belirtirken, bazı güvenilir kaynaklar da iade edilenlerden bazılarının, kamu önünde HMÖ aleyhinde ifade vermeye ve suçlamada bulunmaya zorlandığını kaydetmiştir. AİHM, bu koşullar altında, İran'a iade edilen HMÖ mensuplarının akibeti hususunda kesin sonuçlara varamamaktadır. Bununla birlikte, kamu nezdinde, bu denli büyük bir insan grubuna ilişkin olarak güvenilir bilgi bulunmaması dikkat çekicidir. Ayrıca, AİHM, BMMYK'nın İran'a iade edilen kişilere ulaşamamış olduğunu ve İran Hükümeti'nin HMÖ mensupları için verdiği af sözünün hiçbir zaman yerine getirilmemiş olduğunu göz ardı edemez. AİHM, İran'a iade edilmeleri durumunda başvuruların karşı karşıya kalacağı riske ilişkin değerlendirmede bulunmadan önce, BMMYK'nın başvuruların iddiaları hususunda vardığı sonuçları da dikkate almalıdır. AİHM bu bağlamda, BMMYK'nın, Türk makamlarının

01. 06. 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK'nın 18. maddesinin 3. fıkrasında kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talebin kabul edilemeyeceği hükmü getirilerek AİHM içtihatlarından çıkan kural ulusal düzeyde yasalaştırılmıştır. Bu yasalaştırma, AİHM kararlarının üye ülkelerin hukuk sistemlerindeki iyileştirmelere ne derece katkı sağladığının en somut örneklerinden biridir.

III. Devletin Usûli Yükümlülüğü

İşkence suçu kapsamında devlet maddi yükümlülüğünün yanında bir de usûli yükümlülüğe sahiptir. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, açıklanamayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkin bir soruşturma yürütmek zorundadır.²⁵⁴ Bu soruşturmanın temel amacı, hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu kurumları ya da görevlilerinin karıştığı olaylarda, hesap verilebilirliği mümkün hale getirmektir.

AİHM *Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan*²⁵⁵ davasında; “somut olayda bir bireyin, polis ya da bir başka devlet görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve

aksine, başvuranlarla görüşüğünü; endişelerinin inanılabilirliğini ve menşe ülkelerindeki duruma ilişkin ifadelerinin doğruluğunu sına fırsatına sahip olduğunu gözlemler. BMMYK söz konusu görüşmeleri müteakiben, başvuranların menşe ülkelerinde keyfi olarak yaşamlarından mahrum bırakıldıkları, tutuklandıkları ve kötü muameleye maruz bırakıldıkları sonucuna varmıştır. AİHM yukarıda kaydedilenler ışığında, önceki ve şimdiki HMÖ mensupları ve sempatanlarının İran'da öldürülebileceklerine ve kötü muameleye maruz bırakılabileceklerine ve başvuranların daha önce bu örgüt ile ilişkili olduklarına inanmak için önemli nedenlerin mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca, BMMYK'nın yaptığı değerlendirme ışığında, başvuranların, İran'a iade edilmeleri durumunda, siyasî görüşleri nedeniyle 3. madde kapsamındaki haklarının ihlal edilmesi riski ile karşı karşıya kalacaklarını kabul etmek için esaslı gerekçeler mevcuttur. Irak'a iade edilmeleri halinde 3. madde kapsamındaki haklarının ihlal edileceğine inanmak için esaslı gerekçelerin mevcut olduğu kanaatine varmıştır. AİHM, bu koşullar altında, başvuranların ve BMMYK'nın sunduklarıyla birlikte AİHM tarafından elde edilen delillerin, Irak'a ya da İran'a iade edilmeleri halinde başvuranların AİHS'nin 3. maddesine aykırı bir muameleye maruz bırakılmaları yönünde gerçek bir riskin bulunduğu sonucuna varmak için yeterli olduğu kanaatindedir.

²⁵⁴ AİHM Kararı, Batı ve Diğerleri-Türkiye kararı.p.102.

²⁵⁵ AİHM Kararı: B.N: 24760/94, K.T.:28.10.1998,p.102.

sözleşmenin 3. maddesini ihlal eder biçimde ciddi bir kötü muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, sözleşmenin 3.maddesi, 1.maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasını zımni olarak gerektirmektedir. Bu soruşturma 2.maddede olduğu gibi sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Şayet bu mümkün olmazsa, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele/ceza yasağı sahip olduğu büyük öneme rağmen pratikte etkisiz hale gelecek ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili dokunulmazlıktan yararlanarak, kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır.” şeklinde belirttiği hükmünde usuli yönden devletlere verdiği ihlaller için gerekçesini oluşturmuştur.

Bu konu aynı zamanda, devletin işkence ve kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 12.maddesindeki; “her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul sebepler bulunması halinde, yetkili makamlar tarafından derhal ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.” şeklindeki düzenlemeyle değerlendirilmektedir.²⁵⁶ Her ne kadar AİHS'nde konu ile ilgili bir düzenleme olmamasına rağmen AİHM kararlarında 3.maddeyi sözleşmenin 13.maddesi veya bazen de 1.maddesiyle beraber yorumladığında devlete tam ve etkin bir soruşturma yükümlülüğü getirmektedir.

Buna göre kişinin, bir kamu görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Anayasa'nın 17.maddesi "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5.maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya yönelik olmalıdır. Eğer böyle bir soruşturma ile hakları ihlal edilen kişilerin mağduriyetlerini giderecek bir cezalandırma uygulanamazsa, Anayasanın ilgili maddesi, sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hale gelecek ve bazı durumlarda kamu görevlilerinin fiili

²⁵⁶ Doğru, Nalbant; a.g.e. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi”, s. 172.

dokunulmazlıktan yararlanarak, kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmelerinin önünü açacaktır.²⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu devletin bu iddialardaki tutumunu “*resmi müsamaha*” olarak tanımlamaktadır. Resmi müsamahada, yetkililer işkenceye yönelik iddialarından haberdar edilmelerine rağmen, bu iddiaları araştırmamaktadırlar. Resmi müsamaha sonrası iki olasılık doğmaktadır. Bunlardan birincisi gerekli araştırma yapılmadığından failerin mevcut görevlerine devam etmesi durumudur. Bunun yanı sıra ikinci olasılık ise, failer hakkında adli veya idari soruşturma açılmış olmasına ve yargılama yapılmış olmasına rağmen bunların cezalandırılmaması sonucu eski görevlerine geri dönmeleri ve işkence niteliğindeki fiillerine kaldıkları yerden devam etmeleridir.²⁵⁸

İşkence veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm ya da yaralama olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17.maddesi gereğince devletin, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına olanak sağlayacak nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve görülen davalar sonucunda sadece tazminata hükmedilmesinin, bu hak ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli olmayacağı açıktır.²⁵⁹ Kaldı ki bu durumun hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı ve bu ilkeye aykırı olacağı da tartışılmaz bir gerçektir.

Temyiz incelemesinde olan davalarda, işkence yaptığı iddia edilen kamu görevlileri hakkında ceza mahkemesinde dava açılıp açılmadığının Danıştay tarafından ara kararla sorulduğu, bu hususlara ilişkin bilgi ve belgelerin istenildiği uygulamada görülmektedir.²⁶⁰ Ayrıca, uygulamada Danıştay'ın kamu görevlileri hakkında ceza davasıyla birlikte disiplin soruşturması açılıp açılmadığının sorulması yönünde de kararlar verdiği davalar bulunmaktadır.²⁶¹

²⁵⁷ AYM Kararı B.No:2012/969, 18/09/2013, p.25

²⁵⁸ Ergin Ergül, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2003,s.140

²⁵⁹ AYM Kararı,B.No:2012/752, 17/09/2013, p.55

²⁶⁰ Danıştay 10.D., 11.04.2006, E:2006/1212; 27.11.2008, E:2008/10556, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

²⁶¹ Danıştay 10.D., 27.11.2008, E:2008/10556, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Yürütülecek ceza soruşturmaları, bağımsız soruşturma organlarınca; etkili, makul bir özen ve hızla yapılmalı, soruşturma şeffaf ve kamu tarafından denetime açık olmalı, ve soruşturma sonucunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân vermelidir.²⁶² Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle yetkililer, olay ve olguları ciddiyetle öğrenmeye çalışmalı ve soruşturmayı sonlandırmak ya da kararlarını temellendirmek için çabuk ve temelden yoksun sonuçlara dayanmamalıdır.²⁶³ Bu kapsamda yetkililer diğer deliller yanında görgü tanıklarının ifadeleri ile kriminalistik bilirkişi incelemeleri dahil söz konusu olayla ilgili kanıtları toplamak için alabilecekleri bütün makul tedbirleri almalıdırlar.²⁶⁴

Dolayısıyla, şartlar ne olursa olsun, yetkililer resmi şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmelidirler. Şikâyet yapılmadığında bile işkence olduğunu gösteren yeterli belirtiler olduğunda re'sen soruşturma açılması sağlanmalıdır.²⁶⁵ Ayrıca kamu görevlileri hakkında açılacak soruşturmalar için ile ilgili amirden izin alma usulü 4483 sayılı kanunun 2.maddesine eklenen son fıkra ile kaldırılmıştır.²⁶⁶ AİHM güncel bir kararında bu konu ile ilgili usuli yönden ihlal kararı vermiştir. Mahkeme kararında²⁶⁷; “*başvuranın ifadesini aldıktan sonra, şüpheli polis memurları hakkında soruşturma başlatılması için izin talep ettiğini dikkate almaktadır (yukarıdaki 11. paragraf). Valiliğin bu talebi reddetmesi üzerine, savcılık, ilk olarak 12 Temmuz 2007 tarihli takipsizlik kararını vermiştir. Hâlbuki mevcut davada savcılık, bundan sadece beş yıl sonra, 19 Ocak 2012 tarihinde, soruşturmayı yeniden başlatmış ve polis memuru M.Ök. aleyhinde ceza soruşturması açmıştır. Mahkeme diğer taraftan, 2 Ocak 2003 tarihli 4778 sayılı Kanun tarafından öngörülen değişiklikten bu yana, kötü muamele iddialarına ilişkin suç duyurularının, soruşturma açma izni talebine tabi tutulmak zorunda olmayacağını tespit etmektedir” demek suretiyle şikâyet*

²⁶² Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, s. 173.

²⁶³ AİHM Kararları, Batı ve diğerleri-Türkiye, p.136.

²⁶⁴ AİHM Kararları, Tanrıkulu-Türkiye, B.N:23763/94,K.T.:08/07/1999,p.104; Gül-Türkiye, B.N:22676/93, K.T.:14/12/2000, p.89)

²⁶⁵ AYM Kararı, B.No:2012/969, 18/09/2013, p.25

²⁶⁶ İlgili hüküm; “765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.” şeklindedir.

²⁶⁷ AİHM kararı, Çoraman/Türkiye davası, B.N:16585/08, K.T.: 15 temmuz 2014.p.40.

tarihi ile soruşturmanın açıldığı tarih arasında geçen süre için usul yönünden ihlal kararı vermiştir. Ayrıca izin verilmemesi neticesinde soruşturmanın açılmamasını bu olaydan daha önce çıkarılan yasal düzenleme ile geçersiz olduğunu kararında belirtmiştir. Mahkeme yasal düzenlemeleri Türkiye'deki işin bizzat içinde olan uygulayıcılardan daha iyi bildiğini kararında ders verir nitelikte göstermiştir.

Kamu görevlileri tarafından yapılan işkence hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olması için, soruşturmada sorumlu ve gerekli incelemeleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden tamamen bağımsız olmaları gerekir.²⁶⁸

Etkin olabilmek için; yürütülen soruşturma ve kovuşturmanın ancak bir hak ihlali iddiasını önleyebilmesi, devam etmekteyse sonlandırabilmesi veya sona ermiş bir hak ihlali karara bağlayabilmesi ve bunun için tatmin edici bir tazminat sunulabilmesidir. Yine, meydana gelmiş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda, tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usulî güvencelerin sağlanması gerekir.²⁶⁹

Mahkemelerin özellikle işkence niteliğindeki bir olayın zamanaşımına uğramaması için ellerinden gelen tüm gayreti göstermeleri ve tüm araçlara başvurmaları gerekir.²⁷⁰ AİHM, bir kamu görevlisinin işkenceyle suçlandığı durumlarda "*etkili başvuru*"nın amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir.²⁷¹ Ayrıca AİHM birçok kararında, soruşturması veya davası süren kamu görevlisinin görevinin askıya alınmasının ve şayet mahkumiyet alırsa meslekten men edilmesinin önemine dikkat çekmiştir.²⁷²

²⁶⁸ benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. yukarıda geçen Oğur-Türkiye, p.91-92; Mehmet Emin Yüksel-Türkiye, B.N:40154/98, K.T.:20/07/2004, p.37; Güleç-Türkiye, B.N:21593/93, K.T.:27/07/1998, p.81-82

²⁶⁹ AYM Kararı, B.N:2012/969, K.T:18/09/2013

²⁷⁰ AİHM kararları için bkz.Hüseyin Esen-Türkiye, B.N:49048/99,K.T.:08/08/2006; Özgür Kılıç-Türkiye, B.N: 42591/98,K.T.:24/09/2002.

²⁷¹ AYM Kararı, B.N:2013/293, K.T:17/07/2014,p.121.

²⁷² Erdal Aslan-Türkiye, B.N: 25060/02- 1705/03, K.T.: 02/12/2008.Somut olayda mahkeme; "*AİHS'nin 3. maddesinin usule ilişkin bölümü AİHM'e göre, 3. maddenin usuli yükümlülükleri, bu başvuruda olduğu gibi ceza davası açıldığı durumlarda ön soruşturma yapmadan daha fazlasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, 3. madde tarafından yasaklanan eylemler kapsamında suçlanan bir kamu görevlisinin, hakkında yürütülen dava sürerken görevde kalması; yine aynı şekilde böyle bir davanın, böyle bir*

AİHM'nin işkence ile ilgili olarak Türkiye aleyhine verdiği birçok kararda AİHS'nin 3. maddesine aykırı durumun idari pratik şeklinde süreklilik kazandığı ve devlet makamlarının buna gösterdikleri resmi müsamaha iç hukuk yollarının tüketilmesinin gereksiz ve etkisiz olduğu gerekçesiyle Mahkeme'ye bireysel başvuru yapılabilmesi için gerekli olan iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını Türkiye açısından aramamaktadır.²⁷³ Ayrıca mahkeme hükümetin atıfta bulunduğu iç hukuk yollarının, suçluların tespiti ve cezalandırılmasından ziyade tazminat ödenmesine yönelik olması sebebiyle de bu iddialara itibar etmemektedir.²⁷⁴

durumda olması beklenen özen ve çabukluk gerekleri ile uyuşmayan yargı organlarının beceriksizliği neticesinde cezasız sonuçlanması kabul edilemez. Bu davayla ilgili olarak AİHM, başvuranın 13 Mayıs 1996'da suç duyurusunda bulunmasından sonra, suçlanan şahısların İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin önüne çıkarılması için sekiz aydan fazla bir süre geçtiğini tespit etmektedir. Yine AİHM'nin gözlemlerine göre, 3 Haziran 1997 tarihli duruşma ile 9 Temmuz 2002 tarihli karar duruşması arasında sadece iki oturumda dava esaslan görüşülmüştür: bu dönemde, polis memurlarının vekili olan avukatın talebi üzerine onlarca duruşma ertelenmiş, şikâyetçilerin sadece adreslerinin belirlenmesi için – üstelik de bilindiği halde – yedi ay gerekmiş, şikâyetçi M.T.'ye mahkeme çağrı tebligatı ulaştırmak için beş duruşma feda edilmiş ve nihayet bu son şikâyetçiye elektromiyogram testi yapılması için bir hastane aranması da tam bir yıl sürmüştür. Diğer taraftan hakimler, ihtilaflı yara izlerinin kaynağını öğrenmek üzere Adli Tıp Kurumu'na danışmak için üç buçuk yıl beklemişlerdir. Esas hakimlerinin şikâyetçilerle yüzleştirmeyi gerçekleştirememeleri dolayısıyla, sanıkların yeni çekilmiş fotoğrafları gerekmiş ve bunlar ancak dört oturum sonra elde edilebilmiştir. Yukarıda açıklanan beceriksizlik ve özensizliklerin tek sorumlusu yargı organlarıdır ve bu durum pozitif yükümlülüklerle aykırıdır. Tüm bunlara bir de dava süresince sanık polisler tarafından serbestisi eklenmektedir: İçlerinden üçü polis olarak görevlerine devam etmişler, bir diğeri askerliğini yapmıştır. İl disiplin kurulu, devam eden davanın sonucunu beklemeye bile gerek görmeden bunlar hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Bütün bu gelişmeler çerçevesinde AİHM, bu olayda, ulusal yargı organlarının, Devlet görevlilerinin yasal olmayan eylemlerine müsamaha göstermemek ve kamu davasını zamanaşımına uğramadan sonuçlandırmak amacıyla koşulların elverdiği özen ve iradeyi göstermedikleri kanaatine varmıştır. Son olarak AİHM, davanın zamanaşımına uğradığına dair kararın 9 Temmuz 2002 tarihinde açıklandığını ve itiraz için yetersiz bir süre bırakılarak şikâyetçi tarafa 29 Temmuz günü tebliğ edildiğini gözlemlemektedir. Başvuranın bu tarihten itibaren altı aylık süre içerisinde AİHM'ne dava açması dolayısıyla, AİHM'ne göre başvurunun bu bölümüyle ilgili olarak hiçbir gecikme sorunu bulunmamaktadır. Kısacası AİHM, Hükümet'in altı aylık süre içerisinde başvurulmadığı yönündeki iddiasını reddetmekte ve 3. maddenin usule ilişkin bölümünün ihlâl edildiğini tespit etmektedir.” şeklinde karar vermiştir.

²⁷³ Bkz. Fazıl Ahmet Tamer-Türkiye davası, B.N:19028/02, K.T.:07.02.2006.

²⁷⁴ AİHM Kararı, Atalay-Türkiye, B.N:1249/03, K.T.:18/09/2008., AİHM Kararı, Ümit Gül-Türkiye, B.N: 7880/02, K.T.:29/09/2009.,

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE YASAĞI VE ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

Ş1. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE İŞKENCE YASAĞININ GELİŞİMİ

I. İslam Hukukunda İşkence

İslamiyet'ten önceki Türkler'de geçerli olan ceza hukuku hakkında, kesin bilgiler içeren yazılı hukuki kaynaklar günümüzde mevcut olmamakla birlikte bu döneme ilişkin Çin kaynaklarından ve Türkler arasında yüzyıllardır uygulana gelen Kanunnameler'den anlaşıldığı kadarıyla, eski Türkler'de suç işleyen kişileri cezalandırmak devletin görevleri arasındaydı.²⁷⁵

İslam hukukunda temel hak ve özgürlükler, Batı Toplumlarındaki gibi aşama aşama kazanılmış olmayıp, insanın doğuşu ile birlikte kazandığı doğal haklar olarak kabul edilmektedir.²⁷⁶ Ancak bu hakların kişilere karşı uygulanma koşulları iktidardan iktidara farklılık göstermiştir.²⁷⁷

İşkencenin yasaklanması ile ilgili İslâmın temel kaynağı olan Kur'an-ı Kerim hükümlerinden özellikle Ahzap süresinin 58'inci ayeti: "Mümin erkek ve kadınlara sebebiyet vermedikleri bir veçhile eziyet edenler de şüphesiz açık bir vebal yüklenmişlerdir." demek suretiyle eziyet etmenin bile İslam hukukunda yasaklandığı görülmektedir. Yine Furkan suresinin 19'uncu ayeti ise , "...sizden kim zulmederse ona büyük bir azaplatırız.", 68. ayetinde ise, "...Allah'ın haram kıldığı nefsi haksız katletmezler ve zina yapmazlar, her kim de bunları yaparsa ağır cezaya çarptırılır." demek

²⁷⁵ Sadri Maksudi Arsal, **Türk Tarihi ve Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul,1947, s. 206-207.

²⁷⁶ Ahmet Akgündüz, **İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi**, 2. Baskı, Timaş Yay. İstanbul 1993 s.6; Ahmet Akgündüz, **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasa'sı**, İstanbul 1989 s.13

²⁷⁷ Servet, Armağan, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. Ankara 1992 s.75;

suretiyle işkence yasağını destekler nitelikte başka ayetlerdir. Dolayısıyla İslam dini işkence ve eziyeti açıkça yasaklamaktadır.

İslam hukukunda yargılama sözlü ve alenidir. Sanık sadece hakim veya onun atayacağı naip tarafından sorgulanabilirdi.²⁷⁸ Sanığı itirafa zorlamak, zorla ifadesini almak yasaklanmış olup bu tür ifadelerin geçerliliği bulunmamaktaydı.²⁷⁹ İtiraftan dönen sanığa ceza verilmemekte, en küçük şüphe sanık lehine değerlendirilmektedir. Bu nedenle İslam hukukunda suçluluğu ispatlamak ya da kişiyi cezalandırmak amacıyla zor, baskı ve de işkence uygulanmamıştır.

II. Osmanlı Yargılama Hukukunda İşkencenin Yeri

Osmanlıda uygulanan yargılama hukuku alanında, İslam Hukuku'na bağlı kalınması neticesinde işkence genel bir uygulama alanı bulamamıştır. Tanzimat öncesi dönemde şer'i hukukun yanı sıra askeri ve idari yetkililerin keyfi cezalar vermesi, dilediği gibi vergi koyması ve para cezası uygulamasının önüne geçmek ve benzeri kötü davranışlara engel olmak; kısacası yöneticilerin halka zulmetmesini önlemek amacıyla “*örfi hukuk*” olarak da adlandırılan çeşitli kanunnameler çıkarılmıştır.²⁸⁰ Kanunnamelerde de genel olarak İslam Hukukunun esaslarına bağlı kalınmış ancak bazı alimler, hırsızlık suçunda işkence yasağına istisna getirerek, hırsızlık ve benzeri suçları işlemiş kişilere suçlarını itiraf ettirmek için işkence uygulanabileceğini kabul etmişlerdir.²⁸¹

1808 tarihli Senedi İttifakta kimseye haksızlık yapılmaması, suçluluğun önce teyit edilmesi gibi madde metinleri düzenlenmiştir.²⁸² İşkence ile ilgili hükme yer verilen 5. Maddesinde ise “*Her kim fukaraya zulüm ve baskı yapar ve şeriatın*

²⁷⁸ Halil Cin, Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, 1989, C. I, Konya, s. 33.

²⁷⁹ Taner Akçam, **Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2.Baskı, 1995, s. 28-29, İşkenceyi yasaklayan Kur'an hükümleri ve hadisleri için bkz. İlhan Üzülmez, **Türk Hukukunda İşkence Cürmü**, **a.g.e.**, s.41 vd.

²⁸⁰ Feridun Yenisey, **Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku**, İstanbul, 1983, s. 41

²⁸¹ Gök, **a.g.e.**, s.16

²⁸² Zehra, Arslan, Senedi İttifakın Ortaya Çıkışı ve İnsan Hakları Bakımından Değerlendirilmesi, Recep Tayyip Üniversitesi Tarih Bölümü, (Erişim) <http://www.jasstudies.com/makaleler/> 27.05.2014

uygulanmasına karşı çıkarsa onun da cezalandırılıp yola getirilmesine el birliği ile çalışılacaktır." denilerek kişi güvenliğinin devletçe korunacağı garanti altına alınmıştır.²⁸³ 1839 tarihli Tanzimat Fermanında suçluların çıkartılacak kanunlara göre yargılanacağı ve kimsenin işkenceye uğramayacağı belirtilmiştir.²⁸⁴ 1856 tarihli Islahat Fermanına gelindiğinde ise, işkence yapmak, fiziksel ceza vermek, eziyet etmek ve işkence benzeri uygulamaların yasak olduğu, bu yasağa rağmen işkence yapanların veya yaptıran memurların, ceza kanununa konacak yeni maddelere göre şiddetle cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Islahat Fermanında, sadece işkence suçunu işleyenlerin değil, aynı zamanda bu suça dolaylı yollardan katılanlarında sorumluluğu getirilmiştir.

Tanzimat döneminde yürürlüğe giren 1840 (1256) tarihli Kanun-ı Cezanın 3. faslının 1. ve 1851 (1256) tarihli Kanun-ı cedidin 2. faslının 4. maddelerinde, kamu görevlilerinin kişilere karşı kötü muamele etmeleri suç olarak düzenlenmiş ve suçu işleyen kamu görevlileri cezalandırılmıştı.²⁸⁵ 1875 tarihli Ferman-ı Adalet metninde de yasal dayanağı olmayan ve mahkeme kararına dayanmayan hapis uygulaması ile işkencenin yasak olduğu belirtilerek aksine davranışın şiddetle cezalandırılacağı belirtilmiştir.²⁸⁶

III. Türk Anayasalarında İşkence Yasağı

A. 1876 Anayasası'nda İşkencenin Gelişimi

1876 tarihli Kanuni Esasi'nin 26. maddesinde "*işkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur*" hükmü yer almaktadır. Madde hükmüne göre işkence ve diğer her türlü eziyetin kesinlikle ve tamamen yasak olduğu hüküm altına alınmıştır.²⁸⁷

²⁸³ Boran, a.g.e., s.17

²⁸⁴ Murat, Bardakçı, Yeni Ulusal Program:3.Tazminat Fermanı, (Erişim) <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/printnews.aspx?DocID:-233939.,27.05.2014>

²⁸⁵ Ahmet Gökçen, **Tazminat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989, s.97-110.

²⁸⁶ Tekin Akıllıoğlu, "İşkencenin, İnsanlık dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", **İnsan Hakları Yıllığı**, C.10-11, 1988-1989, s.20.

²⁸⁷ M.Semih Gemalmaz,"Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı", **İnsan Hakları Yıllığı**, (Erişim) <http://yayin.todaie.gov.tr/>, 08 Aralık 2014, s.80

10. maddede de “Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahaneyle mücazat olunamaz.” denilerek kişi özgürlüğünün korunacağı ve kanunsuz ceza olunamayacağı vurgulanmıştır.²⁸⁸

Osmanlı hukuk düzenindeki aksaklıkları düzeltmeye yönelik yapılan yukarıda bahsi geçen yenilik hareketleri ile kişi özgürlüğü ve işkence yasağı konusunda önemli değişiklikler getirilmeye çalışılmış ve Tanzimat dönemiyle birlikte işkence Anayasal düzeyde yasaklanmış olmasına rağmen, uygulamada işkenceye sıkça rastlanmıştır²⁸⁹.

B. Cumhuriyetin İlk Anayasalarında İşkencenin Yeri

Kurtuluş Savaşı döneminde hazırlanıp, Cumhuriyetin ilanından önce kabul edilen “1921 Anayasası” (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu) toplam 24 maddeden oluşmaktadır. Olağanüstü dönemde hazırlanmış olan anayasada milli egemenlik ve meclisin çalışması gibi yönetsel konulara yer verilmiştir.²⁹⁰ İşkence ve benzeri kişi hak ve özgürlükleri içeren konular ise dönemin şartları gereği düzenlenmemiştir.

20 Nisan 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanununun 73. maddesinde işkence, “*işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur*”. şeklinde düzenlenmiştir.

9 Temmuz 1961 tarihli Anayasada ise (md.14/3 ve 4'üncü bentleri) “*kimseye eziyet ve işkence yapılmaz; insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz*” hükmü ile işkenceye yer verilmiştir.

C. 1982 Anayasasında İşkencenin Düzenlenmesi

7 Kasım 1982 tarihli ve halen yürürlükte bulunan Anayasada işkence yasağı, “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesinde düzenlenmiştir.

²⁸⁸ İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.50

²⁸⁹ Akçam, **a.g.e.**, s.284-288.

²⁹⁰ Ali Fuat Başgil, **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1940 s.107

“MADDE 17.– Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

(Değişik: 7.5.2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

1982 Anayasasında işkence yasağına, 1961 Anayasa'sında olduğu gibi *"kişi dokunulmazlığı"* bağlamında yer verilmiştir. 1982 Anayasa'sının 17. maddesinin 1. fıkrasında *"kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı"*, 2. fıkrasında *"vücut bütünlüğü hakkı"*, 3. fıkrasında *"işkence yasağı"* düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 13. maddesi; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* hükmü ile olağan dönemlerde ki sınırlama sebeplerini düzenlemiştir.

1982 Anayasası'nın 15. maddesinin *“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*

Birinci fıkroda belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...)dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi

varlığının bütünlüğüne dokunulamaz²⁹¹; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” düzenlemesi ile devlete olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlükleri sınırlanması gerektiği durumları bildirmiştir. Ancak 2. fıkra ile olağanüstü durumlarda dahi sınırlanamayacak olan haklar sayılmış ve devletin bu haklara hiçbir suretle müdahale edemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasanın sistematiğine bakacak olursak olağan ve olağanüstü sınırlama maddelerinin dışında madde metinlerinde ilgili maddenin içeriğine göre devlet tarafından sınırlanması gerektiği haller bildirilmiştir.²⁹²

1982 Anayasası'nın 17. Maddesinin 1. Fıkrası ile düzenlenen yaşama hakkı, aynı maddenin 4. Fıkrasında sayılan istisnai durumlarda meydana gelebilecek ölüm olayları istisna tutularak düzenlenmiştir. 17.maddenin 2.fıkrası ile de kişinin vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki haklarının temel haklardan biri olduğu belirtilerek, tıbbî zorunluluklar²⁹³ ve kanunda yazılı haller²⁹⁴ dışında, kişinin vücut bütünlüğüne

²⁹¹ İlgili yerin altı tarafımcı çizilmiştir.

²⁹² Örneğin; Haberleşme hürriyeti başlıklı 22.Madde; “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.” hükmünde, ilgili hak açıklanmakla birlikte hangi durumlarda sınırlamaya gidileceği de madde içinde düzenlenmiştir.

²⁹³ Tıbbî zorunluluk halleri iki gruba ayrılır. Birincisi; hekimin hastaya tıbbî müdahalede bulunması, "zaruret hali" sebebiyle ortaya çıkar. Bu durumda genellikle, bilinç kaybına uğramış ve derhal tıbbî müdahalede bulunulması gereken bir hasta söz konusudur. Bu tip olaylarda, hekimin tıbbî müdahalede bulunmak için hastanın rızasını beklemesi telafisi güç ve imkansız bir zararın doğmasına ve en kötü ihtimalle hastanın kaybedilmesi sonucu ile karşılaşma ihtimalini doğuracağından rıza olmadan tıbbî müdahalenin gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde hekimin sorumluluğuna gidilebilir. İkinci tıbbî zorunluluk hali ise; ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır. Hasta bayıltılıp ameliyata başlandıktan sonra, karşılaşılan beklenmedik bir durum ile ilgili ameliyatın genişletilmesi ya da hasta ile kararlaştırılandan tamamen farklı bir ameliyat yapılması tıbbî bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir. Böyle durumlarda kural, ameliyatın genişletilmesi veya değiştirilebilmesi için de hastanın rızasının alınmasıdır. Ancak, ameliyat esnasında hastanın bilinci yerinde olmadığından ona gerekli açıklamanın yapılarak ve muvafakatinin istenmesi fiilen mümkün olamayacaktır.(Bu konuda bkz.Mustafa Çeker; “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”s.3-4.

²⁹⁴ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 18.maddesi “Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini

dokunulamayacağı ve rızası olmaksızın bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. 17.maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan işkence ve eziyet görmeme hakkı hiçbir durumda hiç kimsenin dokunamayacağı, istisnası olmayan, çekirdek hak olarak gözetilen, ilgili bulunduğu maddede düzenlenen diğer haklardan bu yönüyle de ayrılan tek haktır.

1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 3. Fıkrasında işkence görmeme hakkını anlatan ifade ile işkenceyi geniş anlamda ele aldığı, sadece cezaların değil, muamele veya davranışların da bu kapsama girdiği, işkence yasağında maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı ile insan onuruna saygı ilkesinin ölçü alınması gerektiği benimsenmiştir.

1982 Anayasası'nın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde de "kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı" şeklindeki düzenleme ile işkence yasağının olağanüstü dönemlerde de devam edeceği kabul edilmiştir.²⁹⁵ Çünkü bu grup, insan haklarının hiçbir zaman ihlali ve sınırlaması düşünülemeyecek olan "çekirdek alanını" oluşturmaktadır.²⁹⁶

veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır." hükmünü amirdir. Bu hüküm gereğince ilgilinin rızası olmasa bile mahkeme kararı olmaksızın, savcının kararı ile bedensel muayene veya vücuttan örnek alınması bir yönetmelik hükmü ile mümkün hale getirilmiştir. Vücut bütünlüğü Anayasada koruma altına alınan ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulmasına izin verilmeyen bir hak olarak düzenlenmişken, yönetmelikte belirtildiği gibi kişilerin rıza göstermemesine rağmen mahkeme kararı olmadan, sadece savcı kararıyla, kaldı ki savcının kararını mahkemeye sunma yükümlülüğü dahi bulunmadan bu kararı alabilmesi anayasaya aykırı bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Başka bir örnek ise; Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü'nün 3.maddesi "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir.*" hükmünü içermektedir. Hüküm gereği bir kadın 10.haftaya kadar rıza gösterdiği takdirde vücut bütünlüğüne kanun gereği müdahale edilebilir.

²⁹⁵ Akıllıoğlu, İnsan Hakları Yıllığı, s.21-22; Nuhoglu, a.g.e.,s.548; Özgen, a.g.e.,s.227.

²⁹⁶ Akıllıoğlu, İnsan Hakları Yıllığı, a.g.e.,s.22-23.

Ş2.ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU ÖNCESİNDE MAHKEME KARARLARINDA İŞKENCE YASAĞI

I. Ceza Hukukunda İşkence Yasağı ve Mahkeme Kararlarına Bakış

İşkence suçunu ve bu suça karşılık gelen yaptırımını düzenleyen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesi 1858 tarihli (1274 tarihli) Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 103. maddesinden alınmıştır.²⁹⁷

1924 Anayasası'nın 73. maddesinde yer alan "işkence yasaktır" hükmünün cezai yaptırımını teşkil etmek üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinin ilk hali; "*Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri, maznun bulunan kimselere cürümlerini söyletmek için işkence ederse beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mahkum olur. Bunu, maiyet memurları, mafevkinde bulunan amirlerinin emir ve teşvikiyle yapmış olsa dahi cezadan kurtulamaz. Amirler, cürümde fer'an zimethal sayılır. İşkence olunan kimse, bundan müessiren ölürse, fail 452. madde ile cezalandırılır Ve eğer bir uzvun kat'ı veya amelden sukutunu veya diğer daimi bir maluliyet veya mayubiyeti mucip olursa, 456. madde mucibince cezalandırılır*"²⁹⁸ şeklindeydi.

İşkencenin tanımına Yargıtay 1. Ceza Dairesinin TCK'nun 243. maddesine göre verilen bir kararında yer verilmiştir.²⁹⁹ Mahkeme kararında, "*işkence, adi mahiyetteki müessir fiilden, mağdura yaptığı tesir ve verdiği azap ve eziyet itibariyle farklı ve daha vahim olup, oluşa ve kabule göre sopa ve elle dövmekten ibaret bulunan Hasan, Kamer ve Aziz'in hareketlerinde bu mahiyet ve 243'üncü maddedeki suç unsuru mevcut*

²⁹⁷ 1858 tarihli (1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 103. maddesine göre; "*Mehakım ve meclis erbabından vesair mernurin-i devletten biri müttchem olarak eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeği hüküm ve icra eder ise muvakkaten mahrumiyet cezaları ile mücazat olunur. Ve bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan amirlerinin emri ile yapmış ise bu cezalar emri eden kimse hakkında icra kılınır ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güne zarar ve noksan isabet eyler ise buna cüret eden memur hakkında katil veyahut carin cezası dahil icra edilir.*" Timur Demirbaş, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, a.g.e.s.17-18

²⁹⁸ Kayhan İçel, Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Baskı, İstanbul. 1994, s.582.

²⁹⁹ Yargıtay 1.Ceza Dairesinin, 12/06/1956 tarih ve 1893/1410 sayılı hükmü için bkz:Nejat Özütürk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1966, cilt:1, s.838-840.

olmadığı gözetilmeden yazılı madde ile ceza tayini yolsuzdur." şeklinde hüküm vermiştir.

Yargıtay başka bir kararında³⁰⁰ ise işkencenin tanımına ilişkin olarak; "*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 5. maddesi ile de, "hiç kimsenin işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muameleye tâbi tutulamayacağı" kabul edilmiştir. İşkence olarak, bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedir. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiiline nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir.*" şeklindedir.

Hangi fiillerin işkence niteliğinde olduğu her somut olayda değerlendirilmekle birlikte, Yargıtay ETCK³⁰¹ m.243 ile ilgili içtihatlarında "*çırılçıplak soymak, elektrik vermek, haya sıkmak, dayak atmak, tazyikli su sıkmak, falakaya yatırmak, askıya almak, koltuk altına kaynamış yumurta koymak; gözlerini bağlayıp yüksek volümlü marş dinletmek, çırılçıplak soymak, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sardıktan sonra elektrik vermek, diğerine yapılan işkenceyi seyrettirmek*"³⁰² gibi fiillerin işkence suçu oluşturduğunu belirtmiştir.

TCK'nun 243 ve 245. maddeleri, 1961 yılında yapılan değişikliğe kadar uygulanmıştır. Madde metni 235 sayılı kanunla yeniden düzenlenerek, 1948 tarihli

³⁰⁰ Yargıtay 8.Ceza Dairesinin, 26.03.2014 tarihli, 2013/15223E.- 2014/7877K. sayılı kararında; "*Somut olayda; jandarma görevlisi olan sanığın bir suç nedeniyle yakalanan şikayetçiye önce suçunu söylemek amacıyla tokat atması, akabinde de Jandarma Karakolunda falakaya yatırarak ayaklarının altına copla vurması, belli bir süreç içerisinde süreklilik gösteren ve dolayısıyla sistematik bir şekilde işlenen, insan onuru ile bağdaşmayan, mağdurun bedensel ve özellikle ruhsal yönden acı çekmesine neden olan, algılama ve irade yeteneğini ve buna bağlı olarak da hiçbir şekilde etkilenmeden, özgür iradesiyle ifade vermesini etkileyen, aşağılanmasına yol açan davranışlar olup işkence suçunun oluştuğu gözetilmeden yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hüküm kurulması,*" belirtmiştir.

³⁰¹ Eski Türk Ceza Kanunu. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde "ETCK" olarak adlandırılacaktır.

³⁰² YCGK 15.6.1999 tarih 1999/8-109 E. – 1999/164 K. **YKD** C.25, S.8, Ağustos 1999 s.1122,1126

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden örnek alınarak işkence terimine "*zalimane, gayri insani ve haysiyet kırıcı*" terimleri eklenerek suçun maddi unsurları arttırılmıştır.³⁰³

Madde metnine eklenen terimlerle ilgili Yargıtay 8. Ceza Dairesi verdiği bir kararında³⁰⁴ TCK m.243'ü TCK md.228³⁰⁵ ve 245³⁰⁶ den ayıran başlıca öğelerine şu şekilde yer vermiştir. TCK m.243'deki suçun oluşması için, 1) hakkında ceza davası kovuşturmasına girilmiş bir sanık bulunmalı; 2) bu sanığa, mahkeme başkanı veya üyelerinden ya da hükümet memurlarından biri, suçunu söyletmek için işkence ya da onur kırıcı muameleler yapmalıdır. O halde, ortada zora sokulacak herhangi bir kimse değil, (suçlu) bir sanık bulunacaktır.

ETCK'da işkence suçu, devletin ajanları aracılığıyla kamu gücünü kullandığı durumlarda bu güce maruz kalan ve savunmasız durumda bulunan bireyin, bu işlemlerin sonucuna ulaşma adına sadece belirli kişilerle yapılabilen hareketler sonucu işlenebilen özgü bir suçtur.³⁰⁷

³⁰³ Gemalmaz, "Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı", s.80

³⁰⁴ Yargıtay 8.Ceza Dairesinin 19/01/1981 tarih ve E.1981/2821, K.1981/4069 sayılı hükmü için bkz.:İsmail Malkoç-Aytaç Malkoç, Memurlar ve suçlar memurlar ve kamu görevlilerinin hukuki sorumlulukları, Ankara, 1988, s.89

³⁰⁵ **Madde 228** - (Değişik madde: 05/01/1961 - 235/2 md.) Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.

Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.

- Memuriyeti sebebiyle kendisine tevdi kılınan veya ittilama müsadif olan vesikalar, kararlar ve emirleri ve sair tebligatı başkasına ifşa veya neşir ve ilan eden yahut her nasıl olursa olsun başkalarının yukuf ve ittilamı kolaylaştıran memur, altı aydan iki seneye kadar hapis olunur.

³⁰⁶ - **Madde 245**(Değişik madde: 05/01/1961 - 235/2 md.)

Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalde başka surette bir kimse hakkında suimuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylese üç aydan beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

(Ek fıkra: 02/01/2003 - 4778 S.K./1. md.) 243 üncü madde ile bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.

Hükümet memurları tarafından bir kimsenin emval ve emlaki cebren iştirâ ve fuzuli iddia ile haksız yere zaptolunmak veyahut sattırılmak ve menafii amme için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince behası peşin verilmedikçe tasarruf hakları iptal olunmak gibi haller vukubulursa o emval ve emlak aynen ve mevcut olmadığı halde kıymeti nakden sahibine reddettirilip buna mütecasir olan memur cürmünün derecesine göre üç aydan iki seneye kadar hapis ve memuriyetten muvakkaten mahrumiyet cezasıyla cezalandırılır.

³⁰⁷ Aykar, **a.g.e.**,s.105

12.10.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanunu’nda işkence suçu 94. maddede³⁰⁸ ağırlaştırılmış halleri ise 95.madde de³⁰⁹ düzenlenmiştir.

94.maddenin metninde Uluslararası sözleşmelerde geçen kavramlara yer verilmeyişi uygulamada işkence suçunun daha dar anlaşılmasına sebebiyet verebilmektedir. İnsanlıkdışı muamele ve insan onuruna aykırı muamele kavramlarının madde metnine taşınması uluslar arası hukuka paralellik gösterecek bir düzenleme olacaktır. Kaldı ki işkence suçunun madde metninde tanımlanmamış olması da uygulamada suçu nitelendirirken zorluklarla karşılaşılacak başka bir noktadır.

94.maddede en dikkat çekici fıkra ise, Türkiye’nin sürekli mahkum olduğu zamanaşımı konusunun dahil edilerek bu suçtan dolayı zamanaşımının işlemeyeceği hükmüdür. AİHM içtihatları doğrultusunda yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak bu maddenin uygulamada daha etkin olarak kullanılması ve sorumluların cezasız

³⁰⁸ **Madde 94-** (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 oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

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

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

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

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

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

(6) **(Ek: 11/4/2013-6459/9 md.)** Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.

³⁰⁹ Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence

Madde 95- (1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

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

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

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

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

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

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

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

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

kalmaması için gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde Türkiye hem AYM tarafından hem de AİHM kararları ile 3.maddenin usul yönünden ihlali ile mahkum olmaya devam edecektir.

Ayrıca 94.maddenin 5.fikrasındaki düzenlemenin gerekçesinden³¹⁰ de anlaşılacağı üzere amir durumunda olan kamu görevlisi emri ve gözetimi altında yapılan

³¹⁰ 94.maddenin gerekçesi; “Türkiye, taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde işkencenin yasak olduğunu kabul ederek, işkencenin önlenmesiyle ilgili gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir. Türkiye'nin üyesi olduğu Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen “İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi”nin 5 inci maddesine göre; «Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tâbi tutulamaz.»Bu uluslararası metinlerden 4 Kasım 1950 tarihli “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme”nin 3 üncü maddesine göre; «Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tâbi tutulamaz.»10 Şubat 1984 tarihli “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 1 inci maddesinde işkence kavramı tanımlanmış ve kapsamı belirlenmiştir. Buna göre;«“İşkence” terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevî ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.»(f. 1)«Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya millî mevzuata hâlel getirmez.» (f. 2)Sözleşmenin 2 nci maddesinde, hiçbir hâl ve şartta işkencenin meşru ve mazur gösterilemeyeceği hüküm altına alınmıştır:«Hiç bir istisnai durum, ne harp hâli ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hâl, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez.» (f. 2)«Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.» (f. 3) Sözleşmenin 4 üncü maddesinde taraf devletlere işkence fiillerinin suç olarak tanımlanması yönünde bir yükümlülük getirilmiştir:«Her Taraf Devlet, tüm işkence fiillerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde, işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiili suç sayılacaktır.» (f. 1)İşkence ile ilgili olarak bu Sözleşmede taraf devletlere yüklenen yükümlülüklerin “işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiiller” açısından da geçerli olduğu kabul edilmiştir (madde 16).Türkiye, ayrıca, 26 Kasım 1987 tarihli “İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”ni onaylamıştır.Bu milletlerarası yükümlülüklerle paralel olarak Anayasada da işkencenin yasak olduğu kabul edilmiştir:«Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.» (madde 17, fıkra 3). «Hiç kimse kendisini suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.» (madde 38, fıkra 5).Bu taahhütler karşısında ve özellikle insan haysiyetinin tecavüzlerden korunması için, işkence teşkil eden fiillerin cezasız kalmaması gerekmektedir. Bu düşüncelerle, işkence fiilleri bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.İşkence suçu ile korunan hukukî değer, karma bir nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algılama yeteneği etkilediği için, duyduğu acı ve elemi etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulmuş işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.İşkence olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde

işkenceye müdahalede bulunmaması durumunda da ihmali davranışla yargılanacak ancak bu durumda herhangi bir indirim alamayacaktır. Bu çok yerinde bir düzenlemedir. Çünkü fiilen işkence yapılmaya bile yapılmasına göz yumulması da suçta bizzat iştirak etmektir ve bu kişinin de cezalandırılması büyük önem arz etmektedir.

Nitekim konu ile ilgili Yargıtay'ın kamuoyunda oldukça konuşulan Engin Çeber davası³¹¹ için yerel mahkemenin "Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence" suçundan verdiği müebbet hapis cezalarını suçun sabit olması gerekçesiyle onarken; cezaevi müdürü hakkında verilen kararı da "Amir konumundaki kamu görevlisinin kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülen bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabileceği" gerekçesiyle onamıştır.

işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir. Madde metninde, işkence suçunun mağduru, sadece suç şüphesi altında olan kişi ile sınırlı tutulmamıştır. Tanık ve hatta bir kamu görevlisi de bu suçun mağduru olabilir. Bu suçun faili bir kamu görevlisi olabilir. İşkence, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmektedir. Ancak, suçun işlenişine kamu görevlisinin yanı sıra diğer kişiler de iştirak etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla, maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Buna göre, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır. Maddenin ikinci fıkrasında, işkence suçunun nitelikli unsurları belirlenmiştir. Bu unsurlara ilişkin açıklama için, kasten yaralama suçunun gerekçesine bakılmalıdır. Üçüncü fıkraya göre, fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Dikkat edilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdur üzerinde gerçekleştirilen fiillerin cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olması gerekir. Aksi takdirde, işkence suçunun yanı sıra, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekecektir. İşkence suçunun işlenişine kamu görevlisi olmayan kişiler de iştirak edebilir. Dördüncü fıkra hükmüne göre, bu durumda kamu görevlisi olmayan kişilerin de kamu görevlisi gibi sorumlu tutulmaları gerekecektir. İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımni muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır." şeklindedir.

³¹¹ Mahkeme gerekçeli kararında; "Kasten yaralama fiili birkaç dakika, işaret veya sözle tehdit bir dakika veya daha az, cinsel taciz bir veya birkaç dakika sürmektedir. Bu fiillerin devamlılığı halinde örneğin bir kişiye gidip gelip tokat atılması, tekme vurma da 10 dakikada bir küfredip vurma da tek ayak üstünde tutma da yüzünü duvara döndürüp elleri hava da veya tek ayak üstünde duvara yapışık bekletme de uyutmamak için geceleri sık sık soru sorma da kızıp bağırma da vurma da sorguya alma da yüksek sesle sürekli müzik dinletme de soğukta soyup betona yatırma da elektrik verme de sıcakta su içmeyi önleme de giyinik veya soyunukken su sıkıp seyretme de, tuvalet ihtiyacını gidermeye engel olma da ve benzeri olaylar da bir anlık fena muamele olmayıp fiiller belli bir süreç içinde sistematik biçimde işlendiğinden işkence suçu tartışılmalıdır." Şeklinde hüküm kurarak işkence niteliğindeki suçlara değinmiştir. www.radikal.com.tr.

Dolayısıyla Yargıtay'da TCK'daki düzenlemeye yer vererek işkence suçuna ihmali surette katılanların bile cezasız kalmayacağını içtihatlaştırmıştır.

YTCK'da³¹² da işkence suçu özgü bir suçtur, sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilecektir.³¹³ Ama ETCK'dan farklı olarak hareketin özel bir saikle yapılması gerekmemektedir; herhangi bir kamu görevlisi herhangi bir sebep, amaç veya saikle bu suçun faili olabilecektir. Söz konusu değişiklikle işkenceye özelliğini veren ve bu suçun ancak belirli şartlar ve belirli amaçlar uğruna işlenebilmesi şartlarını taşıyan gerekçe de çürümektedir.

Diğer bir değişiklik ise işkence ve kötü muameleye maruz kalabilecek kişilerle ilgili düzenlemelerdir. Değişiklik öncesi, bu suçun mağduru yalnız şüpheli/sanık/mahkum olarak kabul edilmekte iken, yapılan değişiklikle bu kapsam genişletilerek tanıklar, şikayet veya ihbarda bulunanlar, şahsi davacılar ve müdahilleri de işkencenin mağdurları arasına eklenmiştir.³¹⁴

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 06.03.2014 tarihli kararında³¹⁵ *"suç tarihinde müşteki M.'ın, tanık G. ile birlikte ... istikametinden ... Caddesine yürürken 34 A ... kod nolu araçta görev yapan sanık A.' in 'Sen gel bakım buraya' diyerek seslenip çağırması üzerine müştekinin üslûbun düzgün olmadığı şeklinde uyarması sonrasında, sanık A.' in şikayetçinin yakasını tutarak tekme attığı, daha sonra diğer sanıklar M. ve M.'nin gelerek ellerindeki joplar ile müştekiye vurdukları ve akabinde şahsın ellerini kelepçeleyerek araç içerisine alıp yaklaşık 20-25 dk dolaştırdıkları, bu arada her üç sanığında şikayetçiyi araç içerisinde darp etmek suretiyle raporda belirtilen şekilde yaralamaları ve hakaret etmeleri eylemlerinin bir bütün halinde işkence suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulmasını"* usul ve yasaya aykırı bularak bozmuştur.

Yargıtay bir içtihadında kamu görevlisi sanıkla birlikte işkence eylemini gerçekleştiren kamu görevlisi olmayan kişi hakkında da işkence suçunu işlediğine dair

³¹² Yeni Türk Ceza Kanunu. Çalışmanın bundan sonraki kısmında YTCK olarak adlandırılacaktır.

³¹³ Hakan Hakeri, "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", editör İlyas Doğan, **İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009, s.344.

³¹⁴ Coşar, a.g.e., s.71

³¹⁵ Yargıtay 8'inci Ceza Dairesinin 06.03.2014 tarihli, 2013/7707E.-2014/5504K. sayılı kararı.

karar vermiştir. Söz konusu kararda³¹⁶ "İşkence suçunun faili bir kamu görevlisi ise de, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, TCK'nın 94/4. maddesi uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırılır." şeklinde hüküm kurulmuştur.

Yargıtay diğer bir kararında ise kamu görevlisi olmayan kişinin gerçekleştirdiği eylemleri işkence suretiyle müessir fiil olarak nitelendirmiştir.³¹⁷

Yargıtay kararları genellikle "dönemi için" işkenceye müsamaha göstermeyen yönde olsa bile, "vicdani delil sisteminden" yola çıkarak, işkence altında alınmış ifadeleri geçerli sayan bir Sıkıyönetim Mahkemesi kararı³¹⁸ "Bir an için işkence

³¹⁶ Yargıtay 8'inci Ceza Dairesinin 13.12.2012 tarihli, 2012/29994E.- 2012/38227K. sayılı kararı. "Somut olayda; sanık A.Z.'nin olay tarihinde Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinde askeri savcı olarak görev yaptığı ve Kayseri ilinde meydana gelen bir olaya ilişkin olarak mahallinde yürüttüğü soruşturmada 04.03.2009 tarihinden önce katılan A.'yi daha sonra 07.03.2009 tarihinde diğer katılanları gözaltına aldırıldığı, katılanların önce K... ardından M... İlçe Jandarma Komutanlığı nezarethanelerinde ayrı ayrı tutuldukları, sanık A. Z. ve kimliği belirlenemeyen kişilerce sorgulandıkları, sanık A. Z.'nin katılanları isteği doğrultusunda ifade vermeye zorladığı, bunu temin etmek için çeşitli vaatlerde bulunduğu, istediği ifadeyi vermemeleri halinde ise meslekten attıracağını söylediği, katılanların istediği yönde ifade vermemesi üzerine bunu sağlamak amacıyla kendi beyanına göre hipnoz ve zihin kontrolü konusunda çalışmaları olan emekli sanık G.'u tüm yol ve konaklama masrafları Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nca karşılanmak üzere İzmir'den çağırıldığı, Kayseri'ye gelen sanık G.'un katılanların sorgulanmasına ilişkin hiç bir resmi görevi olmamasına rağmen geceleri sabaha kadar süren zaman dilimi içinde yakın mesafeden gözlerine bakmalarını isteyerek katılanlara sorular sorduğu, ayakta tutarak ve uyutmayarak iradelerini zayıflatmak suretiyle kendilerine atılı suçu ikrara zorladığı, katılanların 11.03.2009 tarihine kadar gözaltında, bu tarihten sonra da 17.03.2009 tarihine kadar oda hapsinde tutuldukları, 17.03.2009 tarihinde ilk kez Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinin huzuruna çıkarıldıkları, katılanların gözaltında kaldıkları süre içerisinde geceleri sanık G., gündüzleyin de sanık A. Z. ve kimliği belirlenemeyen kişiler tarafından sorgulandıkları, geceleri uyumalarına izin verilmediği, uzun süre uykusuz bırakıldıkları, uyuduklarında ise kısa sürede tekrar uyandırıldıkları, düzenli yemek verilmeyerek aç bırakıldıkları, kendilerine ve ailelerine yönelik tehdit ve hakaret sözlerine maruz bırakıldıkları, asgari koşullara sahip olmayan tuvaleti taşmış pis kokulu nezarethanelerde tutuldukları, hipnoz³¹⁶ yöntemiyle iradelerinin etki altına alınmaya çalışıldığı, CMK'nın 91 vd. benzer düzenleme içeren 353 sayılı Yasanın 80. maddesine aykırı olarak gözaltı sürelerinin uzatılmasına ilişkin kararların katılanlara tebliğ edilmediği ve gözaltına alındıkları hususunun yakınlarına bildirilmediği, sanık A. Z. tarafından şikayetçilere müdafî olarak Ankara'dan iki avukat çağırıldığı, böylece katılanların insan onuruyla bağdaşmayan bedensel ve özellikle ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açan davranışlara maruz kaldıkları, bunun sonucunda katılan A. hakkında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun verdiği raporda atipik psikotik reaksiyon tablosunun geliştiği, müdahil İ. ve O.'a ilişkin de korku duyma, uykudan uyanma, kâbus görme, geleceğinin kalmadığını düşünme gibi ruhsal etkilenme bulgularının belirlenmesi ile ruhsal travmanın oluştuğunun tespit edildiğinden kamu görevlisi sanık A. Z. ile G.'un 5237 sayılı TCY.nin 94/1-4 maddesi kapsamında işkence suçunu birlikte işlediklerinin kabulü gerekmektedir.

³¹⁷ YCGK'nun 14.01.1985 tarihli, 1984/2-393E- 1985/5K. sayılı kararı. Kararda; "Müşteki Melike'nin, kocası Nevzat'ın bir trafik kazasında ölümü üzerine onun kardeşi sanık Fevzi ile olaydan üç sene önce evlendiği, evliliklerinin başlangıcından itibaren sanığın, müşteki Melike ile onun Nevzat'tan olma çocukları 6 yaşındaki Okan ve 3 yaşındaki Demet'e iyi davranmadığı, onları dövüp sövdüğü, kızdırılmış ekmek bıçağıyla çocukların kalçalarını dağladığı, bu hareketlerine uzun süre katlanan müştekinin, çocuklarını alıp akrabası Hasan'ın yanına sığındığı ve bundan sonra sanıktan şikayetçi olduğu....sanığın eylemi, işkence suretiyle müessir fiil olup..." şeklindedir.

³¹⁸ Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi:E.1984/107 K.1984/375,K.T.4.7.1984. aktaran; Coşar, a.g.e., s.166.

yapıldığı kabul edilse bile, işkence sanıktan (doğrudan) cevap almak için yapılmaktadır. Eğer doğru olmayan, uydurma cevaplar verilirse, işkencecinin gayesi doğru cevap almak olduğuna göre, işkence daha da artırılacaktır. O halde, bu durumun sanıklarca (mağdurlar) da bilinmesi tabii olduğuna göre, bu önermenin mantıki sonucu, işkenceye maruz kalanın doğru cevap vermesidir. Aksi takdirde, işkenceye artırılarak devam edilecektir. Öyleyse, ifadelerin işkence altında alındığı sabit görülse bile, bu ifadenin gerçek dışı olduğunu, itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. Şu halde, işkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir." hükmünü kurmuştur.

Askeri Yargıtay, "Eğer baskı ile temin edilen itiraflar ve ifadeler hakikat ise, bu ifadelerin baskı neticesi temin edilmiş olması hükümsüzlüğünü gerektirmeyecektir"³¹⁹ yolundaki görüşünü, sonraki kararlarında da sürdürmüştür. "İkrarın elde edilmesinde işkence yapıldığı doğrulansa bile, bu tür davranışlar görevlilerin sorumluluğunu gerektiren ayrı bir husus olacağından, eğer ikrar başka yan deliller ve maddi olaylarla teyit ediliyorsa, bunun değerlendirilip hükme dayanak yapılmasında hukuki bir sakınca bulunmamaktadır"³²⁰ şeklinde verilen bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, yargı mercilerinde işkencenin bazı durumlarda kabul görmesi, yakın zamanlara kadar ülkemizde işkence uygulamasının ne kadar ciddi boyutlarda olduğunun göstergesidir. Kaldı ki, hem 1412 sayılı CMUK³²¹, da hem de yeni düzenlemeleri içeren 5271 sayılı CMK³²² ile işkence yoluyla alınan ifadeler kesin bir dille yasaklanmıştır. İlgili maddelerden işkence yolu ile alınan ifadelere itibar edilmeyeceği ve sıkça kullanılan bir terim olan "hukuka aykırı delil (yasak ağacın meyvesi)" olarak adlandırılacağı anlaşılmaktadır.

³¹⁹ Mehmet Yavuz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Ceza Hukukunda İşkence Yasağı" Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s.111. (erişim) www.yoktez.gov.tr. E.t:07.05.2015,

³²⁰ Yavuz, a.g.e.,s.111

³²¹ Yasak Sorgu Yöntemleri başlıklı 135/A maddesinde "İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

³²² 148.maddesinin 1. fıkrasındaki "Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz." hükmünü amirdir.

Ancak; Askeri Yargıtay daha sonraki dönemde işkence ile ilgili olarak verdiği bir kararında³²³ "*Sanığın, eylemlerini ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde gerçekleştirdiği, bilerek ve isteyerek hareket ettiği, ayrıca söz konusu fiillerin insan onuruyla bağdaşmayan, katılanın bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına yol açan davranışlardan olması nedeniyle asta müessir fiili aştığı anlaşıldığından*" şeklinde belirlediği kriterlerle işkence ile asta karşı müessir fiil arasındaki farkı da ortaya koymuştur.

Askeri Yargıtay'ın yeni tarihli başka bir kararında ise;³²⁴ "*Dosya içeriğine göre; 2003 yılı Eylül ayı ortalarında, Bozüyük ilçesi Dodurga Jandarma Karakol Komutanlığında, bir adet MP-5 marka tabanca, kütüklük ve şarjör kaybolduğunun belirlenmesi üzerine, olayla ilgili soruşturma yapmak üzere oluşturulan heyetin başkanı olan sanığın; bu amaçla Karakola gelip yaptığı soruşturma işlemleri sırasında, silahın kaybolmasıyla ilgisi olduğunu düşündüğü katılan Uzm.J.Çvş. Sedat KÖSEM'i; bir kova suyu üzerinden dökmek suretiyle ıslattıktan sonra, "seni donuna kadar soyacağım, askere sinkaf ettireceğim" diyerek üzerindeki her şeyi çıkarttırarak çıplak hâle getirdiği, bu vaziyette leğene oturarak üzerinden bir kova su döktüğü, kalçasına, ellerine, parmak uçlarına, basenine ve sağ omzuna copla vurmak suretiyle dövdüğü, diz çöktürerek sol omzuna tekme attığı, bir kova su daha döktükten sonra ayağa kaldırdığı, eline aldığı tahta bir sopayla ayak parmaklarına ve cinsel organına vurduğu, yüzü koyun yere yatırarak makatına plastik copu sokmaya çalıştığı, daha sonra sabunladığı*

³²³ Askeri Yargıtay'ın 12.11.2014 tarihli, 2014/945E.-2014/941K. sayılı kararı. "*Yapılan incelemede; Dairemizin 16.5.2012 tarihli, 2012/706-700 Esas ve Karar sayılı onama ilamında; ... sanığın, çarşı izninden alkollü olarak döndüğünü iddia ettiği katılana, "Sen kimsin lan?" dedikten sonra kafasına yumrukla vurduğu, kulağından tutup götürerek konteynırların arasındaki demir direğe elleri havada olacak şekilde bağladığı, bu şekilde içtima ettirdiği 60-70 kadar bölük personeli önünde teşhir edip "Göt veren" diyerek hakaret ettiği ve işten atacağını söyleyerek tehdit ettiği, başına nöbetçi koyup iki saate yakın bir süre elleri bağlı vaziyette beklettiği, ardından beton zemine oturup başından aşağıya üç kova su döküp kovayı kafasına geçirdiği, elbiseleri ıslak ve kafasında kova olduğu hâlde başına nöbetçi koyup bir saate yakın beklettiği anlaşılmaktadır. Suç tarihlerinde katılanın amiri konumunda olan sanığın, bu eylemleri gerçekleştirirken Bölük Komutanlığı görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullandığı konusunda kuşku bulunmamaktadır. Diğer yandan, eylemlerin bir bütün hâlinde, ruhsal yönden acı veren ve aşağılayıcı hareketler olduğu ve hiçbirinin insan onuruyla bağdaşmadığı açıktır. Nitekim, soruşturma aşamasında bilirkişi mütalaası doğrultusunda Diyarbakır Asker Hastanesinde gözlem altına alınan katılan hakkında, "Kendisine karşı işlenen suçtan dolayı ruhsal yönden etkilenmiştir" şeklinde Sağlık Kurulu Raporu düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, sanığın, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir plan ve süreç içinde gerçekleştirdiği eylemlerin, insan onuru ile bağdaşmadığı, katılanın bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine sebep olduğu, aşağılanmasına yol açtığı ve bir bütün hâlinde işkence suçunu oluşturduğunda kuşku bulunmamaktadır." (erişim) TSK Net.*

³²⁴ Askeri Yargıtay'ın 09.01.2013 tarihli, 2013/196E.-2013/2 K. sayılı kararı. (erişim) TSK Net.

copu makatına soktuğu, bir süre sonra katılandan kendi makatına copu sokmasını istediği, getirttiği buz kalıplarının üzerinde ayakta beklettiği, saat 04:00'e kadar devam eden bu eylemlerden sonra mağduru kapı arkasında ayakta beklettiği ve böylece işkence yapmak suçunu işlediği anlaşılmalı; kanıtlara ve hukuka uygun gerekçelerle, suçun işleniş şekli ve suç kastının yoğunluğu kapsamında gösterilen sebeplerle temel cezanın artırılarak belirlenmesi suretiyle mahkûmiyetine karar verilmiş olmasında, bir isabetsizlik bulunmamaktadır." üstün asta karşı gerçekleştirdiği eylemleri işkence olarak değerlendirdiğinden hükmün onanmasına karar vermiştir.

Mahkeme kararları incelendiğinde Yargıtay'ın işkence konusunda tavrının net olduğu hatta vermiş olduğu kararların kamu görevlilerinin dışındaki kişilerin işlemiş olduğu fiillerin dahi işkence olarak nitelendirildiği, kişilerin hiçbir durumda işkence görmeme hakkının ihlal edilemeyeceği gözetilmiştir. Ancak Askeri Yargıtay'ın özellikle sıkıyönetim dönemlerinde vermiş olduğu kararlarında işkence sonucu alınan ikrarın kabul edilebileceği, işkenceyi yapan memurun davranışının ayrı olarak değerlendirileceği gibi bir yaklaşımla işkenceye göz yumulmuştur. Mahkeme bu kararıyla yasak delil kavramını göz ardı ederken; işkence görmeme hakkının Anayasal güvenceye alınmasına rağmen Anayasaya ve Uluslararası sözleşmelere aykırı olarak verilen bu kararlar delillerin kanuniliği ilkesine de vurulan büyük bir darbedir.

II. İdare Hukukunda İşkence Yasağı ve Mahkeme Kararlarına Bakış

Danıştay, işkenceden kaynaklı tam yargı davalarında verdiği kararlarında, işkencenin sabit olduğu yolunda her türlü şüpheden uzak kanıtların bulunması ve zararlı idari eylem arasında illiyet bağının kurulması gerektiğini vurgulamıştır.³²⁵

Danıştay'ın 29.04.1998 tarihli kararında³²⁶ *"İzmir 2'nci İdare Mahkemesince; idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle bireylerin uğradığı zararı tazmini gerektiği, dosyanın incelenmesinden, davacının gözaltında bulunduğu süreler içinde düzenlenen Adli Tıp Kurumunun 25.03.1992 tarih 1441 sayılı raporunda sağ elmacık bölgesinde ve sağ omuz üst yüzünde saptanan ekimozlar nedeniyle 2 gün*

³²⁵ Aydın Akgül, "İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri" (Erişim): <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-112-1385>, 22 Ocak 2015,s.213.

³²⁶ Danıştay 10'uncu Dairesinin 29.04.1998 tarihli, 1996/8578E.- 1998/1734K. sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz. (Erişim): <http://www.kazanci.com./kho2/ibb/files/10d-1996-8578.htm>, Tarih:22.01.2015

süreyle mutad iştigaline engel bulunduğunun, 20.04.1992 tarih ve 3228 sayılı raporunda ise burunda şişlik ve burun mecrasında kan bulaşığı saptandığının ve kesin raporunda ise burunda şişlik ve burun mecrasında kan bulaşığının saptandığının ve kesin raporun devlet hastanesi kulak burun boğaz kliniğinde muayenesi ve radyolojik incelemeden sonra verilebileceğinin belirtildiği, bu raporlardan sonra düzenlenen 30.04.1992 tarih ve 3553 sayılı raporda burunda subjektif ağrı dışında başka bir bulguya rastlanmadığı belirtilirken 04.06.1992 tarih ve 749 sayılı raporda davacının 10 gün süreyle mutad iştigaline engel olacak şekilde burun kemiği uç kısmında kırık olduğunun devlet hastanesince düzenlenen rapor ve burun filminden anlaşıldığının belirtildiği, davacının gözaltına alınmasından kısa bir süre sonra saptanan arazların davacının gözaltına alınmasından kısa bir süre sonra saptanan arazların davacının göz altına alınmasından önce de bulunduğu hususunun idarece bir raporla tespit edilemediği gibi, böyle bir savunmada da bulunmadığı, bu nedenle davacının uğradığı zararın hizmet kusuru bulunan idarece tazmini" gerektiği yönünde verdiği kararı onamıştır.

İşkence iddiasıyla açılan davalarda; “dosyada, işkencenin sabit olduğu yolunda her türlü şüpheden uzak kanıtların bulunmadığı; bu durumda, davalı idareye atfedilebilecek bir kusurdan söz edilemeyeceği, zararlar idari eylem arasında illiyet bağının kurulamadığı”³²⁷ gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararı onanmıştır.

Davacının, gözaltında tutulduğu sırada işkence gördüğü iddiasıyla açtığı davada; “davacının yaralanma olayının davacının yakalanarak etkisiz hale getirilmesinden sonra polis memurlarının kötü muamelesi sonucu oluştuğu yolunda gerek dava dosyasında, gerekse ceza davasına ait dosyada herhangi bir bilgi, belge ve tanık ifadesinin bulunmadığı” gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar onanmıştır.³²⁸

Danıştay vermiş olduğu kararlarda AİHM'nin içtihatlarını esas almıştır. AİHM'de Erdagöz-Türkiye kararında³²⁹ başvuranın çelişkili ifadelerde bulunduğu,

³²⁷ Danıştay 10.D., 20.11.2007, E:2005/8721, K:2007/5293, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

³²⁸ Danıştay 10.D., 04.02.2009, E:2006/165, K:2009/5646, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

³²⁹ AİHM Kararı, B.No: (127/945/74), 22 Eylül 1997 tarihli kararı. (Erişim) www.yargitay.gov.tr. 28.05.2015

almış olduğu raporların gerçeği yansıtmadığı, savcının huzurunda herhangi bir şikayette bulunduğu dair bir delil bulunmadığı belirtilerek 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Danıştay 8. Dairesi yeni tarihli bir kararında "işkence" suçundan mahkum olan Hukuk Fakültesi mezunu polisin emekli olduktan sonra avukatlık yapmasına izin vermedi. Kararda "*İşkenceden mahkum olan davacının bu fiilinin hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumakla görevli avukatlık mesleğinin ilke ve amaçlarıyla bağdaşmayacağı açıktır*" denildi. Mahkumiyetin adli sicilden silinmesinin de bu sonucu değiştirmeyeceği kararda vurgulandı.³³⁰

III. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Öncesinde Mahkeme Kararlarında İşkence Yasağının Değerlendirilmesi

1961 Anayasası zamanında işkence yasağına ilişkin AYM'nin, 27/12/1965 tarihli kararı³³¹ ile Askeri Ceza Yasasındaki katıksız hapis³³² cezasını düzenleyen hükmün işkence yasağı normuna aykırı düştüğü savını yadsımıştır. Mahkeme söz konusu hükmü kurarken; "*katıksız hapsin askerlik hizmetinin ve topluluğunun bünyesinin doğurduğu bir gereksinim, askerliğe özgü bir ceza olduğundan bahisle bir cezalının üç gün yalnız ekmek ile yetinmek zorunda bırakılmasının, halkının büyük çoğunluğunun başlıca gıda*

³³⁰ (erişim) www.memurlar.net. 31.05.2015

³³¹ AYM'nin 27/12/1965 tarih ve E:1963/57, K:1965/65, D.4/3-9 sayılı hükmü için bkz:RG, 6/2/1967, SAYI:12520

³³² Askeri Ceza Kanununun 165'nci maddesinin B Bendinin 3.fikrasında 3 haftaya kadar katıksız hapis cezasının verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanununun 168.maddesinde düzenlenen hükme göre her amir emri altındakilere disiplin cezası vermeye yetkilidir. Kanun, hürriyeti bağlayıcı bir cezanın mahkeme kararı olmaksızın disiplin amiri tarafından uygulanabilmesine olanak sağlamaktadır. AİHM'nin söz konusu uygulama ile ilgili olarak verdiği *Pulatlî-Türkiye* kararında "*AİHM, AİHS'nin 5/1 a) bendi hükümlere riayet edilebilmesi için hürriyetten yoksun bırakma işleminin yargı kararının bir sonucu olması gerektiğini anımsatır. Bahse konu uygulama yetkili, hukuki güvencelerin sunulmasında ve icrasında bağımsız hareket eden bir yargı merci tarafından yerine getirilmelidir (Bkz. Medvedyev vd.-Fransa no: 3394/03 ve Dacosta Silva- İspanya no: 69966/01). Mevcut başvuruda AİHM, başvuranın Diyarbakır Jandarma Komutanlığı'nda yedi günlük bir cezaya çarptırıldığını saptamaktadır. Başvuran AİHS'nin 5. maddesi uyarınca hürriyetinden yoksun bırakılmış ve tutukluluk kararı askeri üstü tarafından verilmiştir. Bu kişi orduda yüzbaşı rütbesiyle görev yapmakta, askeri hiyerarşik düzende yetkili bulunmakta ve bu düzenden bağımsız hareket edememektedir. Ayrıca disiplin müeyyidesine karşı askeri mahkemede yapılacak bir itiraz AİHS'nin 5. maddesi ile öngörülen güvenceleri sağlamamaktadır. 5 Sonuç itibarıyla başvuranın tutukluluğu «yetkili bir mahkeme tarafından verilen mahkumiyet» kararı ile gerçekleşmiş, yasal bir uygulama değildir.*" şeklinde hüküm kurarak hürriyetten yoksun bırakılma gibi bir cezanın mahkeme kararı ile verilmemesi gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

maddesinin ekmek olması nedeni ile EZİYET ve İŞKENCE SAYMANIN GERÇEKÇİ BİR GÖRÜŞ SAYILMAYACAĞINI vurgulamıştır. Devamla mahkeme katıksız hapis cezasının insan haysiyet³³³i kavramına göre ölçüye vurulduğunda, cezaevlerindeki olağan yiyip içme disiplininin kısa süreler için biraz daha daraltılmasından ileri gitmeyen bir cezanın, insanın sırf insan olma değerinin hak ettiğiinden daha aşağı bir davranış sayılmayacağı” gerekçelerine dayanmıştır.

AYM'nin 15/06/1967 tarihli bir başka kararında³³⁴, 1412 sayılı CMUK (md.116)'da yer alan “hükümlünün, cezaevinde ciddi bir tehlike teşkil etmesi halinde ve diğer hükümlülerin emniyeti için zarurî görüldüğü veya intihara veya kaçmaya teşebbüs ettiği yahut bu hususta hazırlıkta bulunduğu takdirde demire vurulabilir...” hükmünü anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme gerekçeli kararında; “bugünkü mevzuatımızda demire ya da prangaya vurma cezaları bulunmadığından ve iptali istenen fıkra da demire vurmanın nasıl yapılacağı gösterilmediğinden, ceza ve tevkifevlerinde bu tedbirin alınışında değişik usullerin uygulanması ve uygulama şekli bakımından bu tedbirin işkence³³⁵ halini alması mümkündür. Kaldı ki, 116/2. maddede yazılı hallerde başka tedbirlere başvurulması mümkün olduğundan demire vurma gibi uygulamada eziyet ve işkence niteliğini alabilecek ağır bir tedbirin hem de uygulama şekli gösterilmeksizin bir emniyet tedbiri diye devam ettirilmesi genel ceza esaslarına ve hukuk anlayışına aykırı düşer” yorumunu yapmıştır.

Mahkemenin sadece iki yıl arayla vermiş olduğu bu kararlar, işkencenin kavranması ve insan onuruna etkisinin anlaşılabilmesi bakımından önemlidir. Çünkü mahkeme katıksız hapis cezasında sanığa sadece ekmek verilmesini “halkın büyük çoğunluğunun ekmekle besleniyor olması sebebiyle işkence olarak görmediğini” belirtmiştir. Ancak özgürlüğünden mahrum bırakılmış bir kişinin zor şartlarda yaşamına devam ettiğini ve “zaten halkın çoğu da ekmek yiyor bu da işkence midir?” anlayışının insan onuruna yakışmadığını fark edemeyen yüksek mahkeme, demire vurulmaya olanak veren kanun maddesinde, bu uygulamanın ne şekilde yapılacağını açıkça belirtilmemesinin keyfiyete yol açıp, işkenceye dönüşebileceğini ve bu şekilde demire

³³³ İnsan haysiyeti ve insan onuru kavramlarının birbirini tamamladığı ve anayasanın başlangıç kısmında “onur”, 17.maddede “haysiyet” kavramının geçtiğine daha önce değinilmiştir.

³³⁴ AYM'nin 15/06/1967 tarih ve E.1971/2, K.1967/18, D.5/129-133 sayılı hükmü için bkz: RG, 26/01/1968, sayı:12810.

³³⁵ İfadenin altı tarafımca çizilmiştir.

vurulan kişinin onurunun zedelenebileceğini fark etmiş ve iptal kararı vermiştir. AİHM de yerleşmiş içtihadında³³⁶; *“Kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasına neden olan tedbirlerin uygulandığı hallerin Sözleşmenin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için, başvuranın maruz kaldığı acı ve aşağılanmanın, özgürlükten mahrum bırakma önleminin kaçınılmaz olarak içerdiği acı ve aşağılanmanın ötesine geçmesi gerekir. Devlet tüm tutuklu ve hükümlülerin insan onuruna uygun şartlarda tutulmalarını sağlamak durumundadır. İlgili tedbirin uygulanma şekli ilgiliyi sıkıntıya sokmamalı ya da tutulmanın verdiği kaçınılmaz acıyı aşan yoğunlukta bir deneyime maruz bırakmamalıdır. Hapsolünmanın pratik gereklilikleri de göz önünde bulundurularak hapsolünen kişinin sağlığının ve esenliğinin uygun biçimde korunması gerekir”* gerekçelerini oluşturmuştur. Dolayısıyla AYM'nin katıksız hapis cezası için *“cezaevlerindeki olağan yiyip içme disiplininin kısa süreler için biraz daha daraltılmasından ileri gitmeyen bir cezanın, insanın surf insan olma değerinin hak ettiğiinden daha aşağı bir davranış sayılmayacağı”* şeklindeki gerekçesi AİHM içtihatlarına tamamen ters düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi işkence suçunun af kanunu kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin olarak eşitlik ilkesine aykırılığı gerekçesiyle önüne gelen bir davada verdiği kararda³³⁷ *“1982 Anayasası'nın, AİHS'nin 3.maddesine koştur 17.maddesinin üçüncü fıkrasında –Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamaz- denilmiş, bu kuralı hayata geçirmek için de en çok korunmaya layık insan yaşamı ve onurunu güvenceye almak amacıyla “işkence” suçuna ilişkin Ceza Yasası'nın 243. Maddesi yeniden düzenlenmiştir.(...) -İşkenceye ve Diğer Zalimane; İnsanlık Dışı ya da Küçültücü (Onur Kırıcı) Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 1.maddesinde işkence, “bir şahsa veya bir üçüncü şahsa bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken her hangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakati ile uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan tabiatında olan veya*

³³⁶ AİHM Kararı, Popov-Rusya, B.N.:26853/04, K.T.:13.07.2006, p.208.

³³⁷ AYM kararı, E:2001/004, K:2001/332, K.T.: 18.07.2001.

arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez- biçimde tanımlanmış; Sözleşme'nin ikinci maddesinde, işkencenin engellenmesi için tüm önlemlerin alınması taraf devletler için yükümlülük olarak getirilmiş, işkencenin uygulanması ve haklılığının hiçbir gerekçesinin olmayacağı vurgulandıktan sonra 4.maddesinde, sözleşmeye taraf her devletin tüm işkence eylemlerini kendi ceza kanununa göre suç sayacağı ve fiillerin ağırlıklarını dikkate alarak uygun yaptırımlarla cezalandırılacağı belirtilmiştir. Koruduğu hukuki yarar bakımından diğer tüm suçlardan farklı nitelikte olan işkence suçunun, kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi amaçlarla 4616 sayılı yasa kapsamı dışında bırakılmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık yoktur” şeklinde hüküm vermiştir. AYM söz konusu suçun işkenceye dayalı olması sebebiyle af kanunu kapsamından çıkarılmasında eşitliğe aykırı bir durum görmemiştir. Çünkü işkence suçu olağanüstü dönemlerde dahi sınırlandırılmayan mutlak bir haktır. Dolayısıyla işkence suçunun failinin af kapsamına alınması başta Anayasa olmak üzere Uluslararası sözleşmelere de aykırı bir düzenleme olacaktır.

Yine Anayasa Mahkemesinin 1632 sayılı Kanununun 35.maddesinin son fıkrasında geçen “...cezalının rütbesinin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir.” hükmünü insan haysiyetiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir³³⁸. Mahkeme gerekçesinde; “Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz “ denilerek, bireyi başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerini tanımasını ve sayılmasını anlatır. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda, örneğin, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz.

³³⁸ AYM Kararı, E:2000/34, K:2005/91, K.T.:25.11.2005.

Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa, suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu yasa kuralı Anayasa'ya aykırıdır, iptali gerekir.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Mahkeme rütbe sökme cezasının kıt'ası önünde gerçekleştirilmesini insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza olarak gördüğünden iptaline karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde hem insan haysiyeti hem de insan onuru kavramlarını birlikte kullanarak iki kavramın birbirine yakın olduğunu bir kez daha göstermiştir. AYM kararlarının özellikle “katıksız hapis” kararından sonra insan hakları yönünde olumlu bir grafik çizdiği görülmekte ve BB yolu ile de çizmeye devam etmesi gerektiği de büyük önem arz etmektedir.

§3. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN KABULÜ SÜRECİ

I. Türkiye’de İnsan Hakları Hukukuna Bakışın Değişmesi

A. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2.maddesi insan haklarına “saygılı” olmayı Cumhuriyetimizin temel nitelikleri arasında belirtmiş ve 14.maddesi ise “insan haklarına dayanan devlet” anlayışını açıkça ifade etmiştir. Bu ilkeleri gerçekleştirmek amacıyla, bugüne kadar çok önemli düzenlemeler ve çalışmalar yapılmıştır. İnsan haklarıyla ilgili uluslararası belgelerin hemen hepsine imza atılmaya ve bu belgeler AY.90.madde uyarınca Türk hukukunun birer parçası olmuştur.

Türkiye’de özellikle 1980 darbesine gelinen süreç ve darbe sonrasında insan hakları ihlalleri en üst seviyeye ulaşmıştır. Tez konusunu oluşturan işkence ile ilgili olarak karakollarda uygulanan işkenceler hatta bu işkenceler sonrası ölümler, gözaltında kaybolmalar sıkça karşılaşılan vakalar olmuştur. Ancak daha sonra gerek AİHM’nin verdiği ihlal kararları gerekse AB’ye tam üyelik için çıkarılan uyum yasaları ve verilen eğitimlerle bu sorunun önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Tüm bu çalışmalar sonrasında gözle görülür bir azalma olsa da kolluk güçlerinin AİHS’nin 3. maddesinin ihlaline yol açacak davranışlarını daha çok gösterileri dağıtma ve gözaltına alma esnasında uyguladıkları da son dönemlerde sıkça karşılaşılan bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.³³⁹

B. AİHS’ne Uyma Yükümlülüğü

Türkiye, AİHK’na bireysel başvuru hakkını 28 Ocak 1987 tarihinde, İnsan Hakları Divanı’nın zorunlu yargı yetkisini ise 22 Ocak 1990 tarihinde tanımıştır. Böylelikle, Türkiye’nin yetki alanında bulunan kişiler, vatandaş olsun olmasın insan hakları ihlali iddiası ile Türkiye’yi AİHK’na şikayet edebilme imkanına kavuşmuştur.

AİHS, temel hak ve özgürlükler ile ilgili bir sözleşme olduğundan Anayasanın 90. maddesine göre kanun hükmündedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, sözleşme kanun gibi aynen uygulanabilir. Sözleşme sadece insan haklarını gösterip bu haklara saygı gösterme zorunluluğunu belirtmekle yetinmemiş, hakların koruma altına alınmasının gerekliliğini de vurgulamıştır.

AİHS’nin 19.maddesi Sözleşme ve protokollerle taraf devletlere yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, devamlı görev yapacak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kurulduğunu belirtmiştir. Devamla Sözleşme’nin “kararların bağlayıcılığı ve infazı” başlıklı 46. maddesinin ilk fıkrasında ise, Sözleşmeye taraf devletlerin, tarafı buldukları davalarda Mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara

³³⁹ Güneş-Türkiye Kararında (B.N:9829/07, K.T.:10.04.2012) “Mahkeme, gazların neden olduğu etkiler ve yol açabilecekleri potansiyel sağlık risklerini göz önünde bulundurarak (bkz. 37.paragraf), yukarıda bahsedilen durumlarda başvurucunun yüzüne önceden uyarı yapılmaksızın gaz sıkılmasının, kendisini yoğun fiziksel ve ruhsal acıya maruz bıraktığını ve korku, elem ve aşağılanma hislerine neden olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle bu durumlarda başvurucuya gaz sıkın polis memurlarının kendisini, AİHS md.3’teki anlamıyla insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyle maruz bıraktığına karar vermiştir.”

uymayı taahhüt ettikleri; ikinci fıkrasında da, Mahkemenin kesinleşen kararının, infazı denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderileceği belirtilmektedir.

Hakların ihlali durumunda başvuru alan AİHM'nin kararları kesin olup, mahkeme hem karar veren hem de kararının uygulanması denetlenen bir mekanizmaya sahiptir. Mahkeme ihlal olup olmadığını değerlendirmekle birlikte gerekli koşullar oluşmuşsa tazminat³⁴⁰ ödenmesi yönünde karar da verebilir. Türkiye, Divanın zorunlu yargılama yetkisini kabul ettiği ilk dönemlerde Anayasa'nın Sözleşmeye uygun olmayan maddeleri nedeniyle sık sık ihlal kararları almıştır. Bunun üzerine birçok değişiklik yapılarak Anayasa sözleşmeye uygun hale getirilmiştir. Özellikle AB'ye uyum sürecinde Türkiye'nin en çok başını ağrıtan "insan hakları" konusu da sözleşmeye uyma yükümlülüğünde en önemli kriter olmuştur. Bu yükümlüğün içinde gerekli yasal düzenlemelerin yapılması, bu düzenlemelerin uygulanmasının takip edilmesi ve uygulayıcılara gerekli eğitimlerin verilmesi büyük önem arz etmektedir.

C. Avrupa Birliği'ne Tam Üyelik Sürecinde İnsan Hakları

AB'ye üyelik sürecinde "*Yargı ve Temel Haklar*" konulu 23. fasıl AB Konseyi'nde görüşülmesi süren fasıllar arasındadır.³⁴¹ Özellikle Doğu ve Güneydoğu bölgelerinde terör zamanında meydana gelen ve AİHM kararlarıyla da hükmedilen insan hakkı ihlalleri AB'ye tam üyelik sürecinde Türkiye'nin önüne sürekli sorun olarak çıkmaktadır.

AB'ye tam üyelik için başvuruda bulunan tüm ülkelerde belirli kriterlere uyma zorunluluğu aranırken, demokratik bir yönetim ve insan hakları konuları bu zorunluluğun en üst seviyesindedir.³⁴² Çünkü devletlerin hakimiyeti altında bulunan kişilerin sahip oldukları insan haklarını koruması en birincil görevidir.

³⁴⁰ Mahkeme, AİHS m.41; "*Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.*" hükmüne göre tazmine hükmedebilir.

³⁴¹ erişim: <http://www.abgs.gov.tr/index.php?l=1&p=65> . 12.06.2015

³⁴² Veysel Bozkurt, **2000'li Yıllarda AB İle İlişkilerde Engeller, Endişeler ve Beklentiler; 21.Yüzyıl Eşiğinde Türk Dış Politikası**, İstanbul: Alfa Yayınları , 2001,s.172

İnsan Hakları konusunda gelinen durum neticesinde özellikle AB'ye üye ya da üye olmak için girişimlerde bulunan ülkelerde herhangi bir insan hakkı ihlali o ülkenin iç sorunu olarak görülememektedir. Dolayısıyla bu ihlâlâ derhal son verilmesi, ihlâlâ yol açan etkenlerin ortadan kaldırılması istenilmektedir. Bu istemler ülkelerin iç işlerine müdahale olarak algılanmamaktadır.

Türkiye 1999 yılında Avrupa Konseyi kararıyla üyelik statüsünü elde etmekle birlikte, aksayan yönlerini iyileştirme yönünde çok büyük bir sorumluluğun altına girmiştir. Özellikle her platformda karşısına çıkan ve en büyük insan hakkı ihlallerinden biri olan işkence konusunda “sıfır tolerans” politikasını yürüterek bu ihlalin önüne geçebilmek için bir çok düzenleme yapmıştır.

AB'ye uyum sürecinde Avrupa Komisyonu Türkiye ile ilgili her yıl ilerleme raporları yayımlamaktadır. Bu raporlarda, o yıl içinde meydana gelen olaylar, yapılan yasal düzenlemeler ve uyum sürecinde yapılanlar kamuoyuyla paylaşılmaktadır. Ayrıca yetkililere de aksayan yönlerle ilgili gerekli tedbirlerin alınması yönünde tavsiyelerde bulunmaktadır. Bu ilerleme raporları bir anlamda Türkiye'nin karnesidir ve bu karne ne kadar iyiye AB'ye girebilme şansı o kadar yüksektir. Kaldı ki AB'ye girilme bile Türkiye'nin uluslar arası standart kazanmış birçok konuda yaptığı düzenlemeler kendi başına olumludur. Çünkü sadece AB'ye girebilmek için değil ülkesini belirli bir düzeye getirmek isteyen devletlerin bu standartları içselleştirip uygulaması gerekmektedir.

Komisyonun 2014 yılı “*Türkiye İlerleme Raporunda*” işkence ile ilgili olarak; Hükümetin, işkence ve kötü muamelenin önlenmesine yönelik yasal güvencelere uyum sağlanması konusundaki çalışmalarını sürdürdüğünü ve resmi gözaltındaki kötü muamele vakalarının sayısı ve şiddetindeki azalma eğiliminin devam ettiği belirtilerek; gösteriler ve tutuklamalar sırasında, sıklıkla aşırı güç kullanımının endişe yarattığı ifade edilmiştir.³⁴³ Türkiye’de son dönemlerde 17.maddenin ihlali daha çok gösterilerin dağıtılması sırasında ve bu esnada gözaltına alınmalarda polis tarafından uygulanan orantısız şiddet olarak ortaya çıkmaktadır.

³⁴³ Bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf. (s.14)

II. Anayasal Çözümler Arayışı

A. 90. Maddede Yapılan Değişiklik ve Sonrası

7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 7. maddesiyle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.”* kuralına aşağıdaki cümle eklenmiştir: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”*³⁴⁴

Söz konusu düzenleme ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalarda geçen hüküm ile ilgili kanunda farklı hüküm içermesi durumunda anlaşma hükmü esas alınacaktır.³⁴⁵ Dolayısıyla en çok uygulama alanı bulan AİHS’de md.90 gereği kanun hükmünde sayılacak ve gerek ilk derece mahkemesi hakimleri gerekse yüksek dereceli mahkemelerin hakimleri hüküm tesis ederken sözleşme hükümleri ile de bağlı olacaklardır. Hatta sözleşme ve kanun maddesi arasında çelişki olması durumunda da sözleşme hükmüne göre karar vereceklerdir.

B. Bir Çözüm Yolu Olarak Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolu

1. Bireysel Başvuru Yolunun Niteliği

Bireysel Başvuru³⁴⁶ kurumunun kabul edilmesindeki en önemli amaç, insan hakkı ihlallerinin AİHM’nin önüne gitmeden iç hukukta karara bağlanmasıdır. Türkiye,

³⁴⁴ 7. maddenin gerekçesinde, *“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir”* denilmektedir.

³⁴⁵ İlgili düzenleme ile ilgili görüşler için bkz.Ozan Ergül, *“Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir”* Yıldırım Uler’e Armağan, s.72. Doktrinde genellikle bir hiyerarşi ilişkisinin olduğundan bahsedilerek temel hak ve özgürlükler ile ilgili olan anlaşmalar kanunlardan üstün tutuluyor.

³⁴⁶ Çalışmanın bundan sonraki kısmında Bireysel Başvuru “BB” şeklinde kısaltılacaktır.

AİHS’ni 1954 yılında imzalamış, AİHM’e bireysel başvuru yolunu 1987’de; AİHM’in zorunlu yargılama yetkisini ise 1990 yılında kabul etmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) sayılı Tavsiye Kararında, AİHM’deki dava yükünün azaltılabilmesi için BB yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiştir. Bu kapsamda 19 Şubat 2010 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Interlaken Deklarasyonu³⁴⁷ ile taraf devletler iç hukuklarında Sözleşme’yi uygulayıcı ve temel hak ihlallerini etkin bir şekilde ortadan kaldıracak mekanizmaları en kısa sürede kurma taahhüdünde bulunmuşlardır.³⁴⁸ Aynı zamanda, Venedik Komisyonunun 85. Genel Kurul toplantısında kabul edilen Anayasa Yargısına Bireysel Erişime İlişkin Rapor’un 82. paragrafında bu etkili mekanizmalardan en önemlisinin Anayasa Mahkemelerine bireysel başvuru hakkının tanınması olduğu vurgulanmaktadır.³⁴⁹

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 148. Maddesiyle³⁵⁰ bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkisi verilen Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun 45 ila 51. maddeleri 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³⁵¹ Bu düzenleme ile birlikte, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden AİHS kapsamındaki birinin ihlal edilmesi durumunda 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen kararlar aleyhine, AİHM’e gitmeden önce AYM’ne başvurulması gerekmektedir.

6216 sayılı Kanununun 45/2 maddesi gereği bireysel başvuru yapılmadan önce idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekmektedir. 46/1 maddesindeki hüküm uyarınca da bireysel başvuru ancak güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir

³⁴⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İsviçre Dönem Başkanlığının girişimiyle 18-19 Şubat 2010 tarihlerinde Interlaken’de toplanan üst düzey Konferans.

³⁴⁸ Dr.Hüseyin Ekinci, Dr.Musa Sağlam; “66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru” Ankara Barosu, Kasım 2012, s.10.(Erişim: 06.06.2015)

³⁴⁹ Ekinci;Sağlam,**a.g.e.**,s.11

³⁵⁰ 148.maddenin 3.fikrası; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” hükmünü haizdir.

³⁵¹ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarihi: 03.04.2011, Sayısı: 27894.

AYM, BB’de istinaf veya temyiz mahkemelerinin bir üst yargılama safhası olarak işlem yapmayacak, sadece Anayasa’da güvence altına alınan haklardan AİHS kapsamına giren hakkın kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmediğini inceleyecektir.³⁵²

2. Bireysel Başvuru Yolunun Olası Etkileri

BB ile Türkiye’de meydana gelen hak ihlallerinin uluslar arası makamlara ulaşmadan sorunlara kendi içinde çözüm bulunması amaçlanmaktadır. AYM başvuru sahipleri tatmin edecek kararlar verdiği sürece bireyler kendi ülkelerini uluslar arası bir mahkemeye şikayet etmeyeceklerdir. Türk hükümeti ise bu durumu ihlale yol açan aksayan yönleri düzelterek lehine çevirme şansına sahip olabilecektir. Yetkili organların üzerine düşen bir diğer görev ise mahkemenin vermiş olduğu kararları süratle yerine getirmektir. Aksi takdirde bu durum bile AYM’ni etkin olmayan iç hukuk yolu haline getirebilecektir.

İspanya ve Almanya gibi devletlerde BB yolu etkin bir şekilde uygulama alanı bulduğundan AİHM ikincil bir yargı yolu olarak kabul edilmektedir.³⁵³ Umut edilen Türkiye’deki AYM’nin de bu ülkelerde ki gibi halkın güven duyduğu saygın bir yere gelmesidir.

Kaldı; iş yükü çok ağır olan AİHM’de, BB yolu ile biraz daha hafiflemiş olacak ve kararlarını verirken daha kısa sürede inceleme şansına sahip olacaktır. Böylelikle daha kısa sürede kararlarını açıklayabilecektir.

³⁵² 148.maddenin 4.fıkrası; “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.” hükmünü haizdir.

³⁵³ Işıl Karakaş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Etkili Başvuru Yolu: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Çerçevesinde Gözlemler” s.257, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 4 / Sayı:7 / Yıl:2015, (erişim) <https://anayasader.files.wordpress.com/2015/07/anayasa-hukuku-dergisi-7.pdf>, 08.07.2015.

Ş4. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU SONRASI ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

I. Türkiye'de İnsan Haklarını Geliştirme Çabaları ve İşkence Yasağı

Türkiye'nin AB'ye katılım sürecinde 23.yargı ve temel haklar faslı'nda kaydetmiş olduğu ilerlemeleri gösteren “Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Yargı ve Temel Haklar Faslı” konulu el kitapçığı ile gerek ilerleme raporları gerekse AİHM içtihatları doğrultusunda yapılan değişiklikler kamuoyu ile paylaşılmıştır.³⁵⁴ İşkence ile ilgili olarak yapılan düzenlemelerden bazıları;“2002 yılında İkinci Uyum Paketi ile işkence, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeni ile AİHM nezdinde Türkiye'nin tazminat ödemeye mahkûm olması hallerinde sorumlu devlet görevlilerine rücu imkânı getirilerek caydırıcılık artırılmıştır³⁵⁵. 2003 yılında Dördüncü Uyum Paketi ile işkence ve kötü muamele suçlarından dolayı verilen cezaların para cezası veya diğer tedbirlere çevrilmesi ve ertelenmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca, işkence ve kötü muamele suçlarını işleyen kamu görevlilerinin soruşturulması için mülki amirden izin alınması gerekliliği kaldırılmıştır. 2003 yılında Yedinci Uyum Paketi ile Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'na Ek Madde 7 ilave edilmiş ve işkence ve kötü muamele suçlarının soruşturma ve kovuşturmasının acele işlerden sayılması ve öncelikle ve ivedilikle ele alınması sağlanmış; bu suçların yargılama sürecinde duruşmalara 30 günden fazla ara verilmeyeceği ve adli tatilde de görülmeye devam edileceği kararlaştırılarak bu konuda davaların zamanaşımı sebebi ile sonuçsuz kalması engellenmek istenmiştir. Yeni TCK'da işkence ve kötü muamele suçları için öngörülen cezalar artırılmış, işkence yapılan kişinin ölümü durumunda failin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması düzenlenmiştir. Kanunla işkence ve kötü muamele suçlarının zaman aşımına uğraması zorlaştırılmıştır.³⁵⁶ Türkiye, 23 Şubat 2011 tarih ve 6167 sayılı Kanun ile İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya

³⁵⁴ Bkz. <http://www.abgs.gov.tr/files/pub/yayinlar/AB-MuzakereSurecindeYargiveTemelHaklarFasli.pdf>.

³⁵⁵ 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13.maddesine 26.03.2012 tarihinde;“(Ek: 26/3/2002-4748/3 md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” 2.fikrası eklenmiştir. www.mevzuat.gov.tr.

³⁵⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “İşkence” başlıklı 94'üncü maddesine 11.04.2013 tarihinde eklenen 6'ncı fıkra hükmü “(Ek: 11/4/2013-6459/9 md.) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.” şeklindedir.

Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokolü'nü (Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Tre- Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Yargı ve Temel Haklar Faslı 95 atment or Punishment - OPCAT) onaylamış ve 27 Eylül 2011 tarihi itibarıyla ilgili Protokole taraf olmuştur. Öte yandan, işkence ve kötü muamele gibi şikâyetleri, kolluk kuvvetlerinden bağımsız olarak incelemek ve soruşturmak üzere kolluk gözetim komisyonu kurulmasını düzenleyen Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı TBMM'ye sevk edilmiştir.³⁵⁷” şeklindedir. Tüm bu gelişmeler işkence karşısında “sıfır tolerans” politikasını uygulayan Türkiye'nin, ne kadar kararlı adımlar attığını göstermektedir. Ancak bu konuda daha çok düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü işkence ve kötü muamele artık polislerin gösteri dağıtırken veya 3. kişilerin birbirlerine yaptığı muameleler olarak ağırlık kazanmakta olduğundan, bu konuların önüne geçilmesi için acil düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Resmi Gazetede yayımlanan Eylem Planı ile de devlet birçok konuda olduğu gibi işkence konusunda da; kısa, orta ve uzun vadeli olarak tedbirler alınması yönünde hedefler ortaya koymuştur. Bunlardan bazıları,³⁵⁸ işkence ve kötü muamele yaptığı iddia edilen kamu görevlileri için yürütülen soruşturma prosedürünü AİHM içtihatları doğrultusunda belirlenen standartlar çerçevesinde gözden geçirilerek, kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmetleri olumsuz etkilemeyecek şekilde gerekli değişikliklerin yapılması, CMK'nun 172'nci maddesi³⁵⁹ ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğine ilişkin AİHM'nin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmesi halinde, kararın kesinleşmesinden itibaren 3 ay içinde talep edilmesi üzerine yeniden soruşturmanın açılacağına ilişkin getirilen düzenlemenin uygulamadaki etkilerinin gözlenmesi, işkence ve kötü muamele ile ilgili yapılan soruşturma, kovuşturma ve tazminat davalarında AİHM'de belirtilen standartlar çerçevesinde hakim ve savcılar ile kolluk mensuplarının konu ile ilgili farkındalık

³⁵⁷ Söz konusu kanun tasarısı 12.06.2015 tarihi itibarı ile TBMM'de beklemektedir. www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=102780

³⁵⁸ Eylem Planı, s.10-12

³⁵⁹ “Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar” başlıklı 172'nci maddeye 11.04.2013 tarihinde “Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde yeniden soruşturma açılır” fıkrası eklenmiştir.

arttırıcı faaliyetlere işlevsel olarak devam edilmesinin sağlanması, işkence ve kötü muamele suçlarında soruşturmayı yöneten savcılar için, AİHM içtihatlarında öne çıkan soruşturma eksiklikleri ile ilgili olarak, etkin soruşturma yöntemleri içeren el kitapçığı dağıtılması belli başlı önlemler arasındadır.

Türkiye insan haklarını özellikle AB'ye uyum sürecinde geliştirme yönünde önemli adımlar atmaktadır. İyileştirmeler yönünde daha kalıcı ve etkili adımlar atmaya da devam etmelidir. Ancak bu adımların uygulamadaki etkinliği takip edilmediği sürece sadece kağıt üstünde kalmaya devam edecek ve bu durum Türkiye'nin karnesine olumsuz yansıtacaktır.

II. AYM'nin BB Yolunda Verdiği İşkence İle İlgili Önemli Kararların Ele Alınması

AİHM'nin 30 Nisan 2013 tarihinde verdiği *Uzun-Türkiye* kararı ile birlikte AYM etkin bir iç hukuk yolu olarak tanınmıştır. Yani AİHM'ne gidebilmek için AYM'ne başvurulması gerekmektedir. AYM bu sıfatı kaybetmemek için önüne gelen dosyalarda AİHM içtihatlarını verdiği kararlarda yol gösterici olarak kullanılmalıdır.³⁶⁰

İşkence yasağı ile ilgili olarak AYM'den BB sonrası verilen ilk karar 30 Mart 2013 tarihli *Cezayirli Başvurucu* için verilen tedbir kararıdır. Cezayir vatandaşı olan başvurucu, sığınmacı statüsü verilmesi için Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'ne (BMMYK) yaptığı başvurunun sonucu beklenmeksizin, pasaportu bulunmadığı gerekçesi ile sınır dışı edilmesine ilişkin işlem nedeniyle iade edileceği ülkesinde yaşam hakkının ihlal edilmesi, işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunduğunu iddia ederek anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştü ve tedbir talep etmiştir. Mahkeme kararında işkence ve maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehdidin ciddi olduğu gerekçesiyle başvuranın sınır dışı edilmemesi ile ilgili tedbir kararı vermiştir.³⁶¹ Yüksek mahkeme tedbir kararından sonra verdiği esas kararında³⁶²

³⁶⁰ Bu çalışmada AYM'nin 01.07.2015 tarihine kadar Resmi Gazetede yayımlanan işkence yasağı ile ilgili kararlarına yer verilmiştir.

³⁶¹ (Erişim) <http://www.anayasagundemi.com>.17.07.2014

³⁶² B.N.: 2013/9673, K.T.: 21/1/2015.

11.04.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6458 sayılı Kanun'un 53.maddesine³⁶³ atıf yaparak başvuruçunun etkili bir iç hukuk yolu olmadığı gerekçesiyle doğrudan AYM'ne başvurması iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Çünkü ilgili madde ile sınır dışı edilmek istenen kişilerin ulaşabileceği etkin bir hukuki yol tanınmıştır. Mahkeme başvuruçunun; idari gözetim altında tutulduğu yerin fiziki ortamının kötü olması ve bunun kendisinde var olan astım ve bronşit rahatsızlığını ağırlaştırdığı iddiası ile ilgili olarak, asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde özetle, ilgili fiziki koşulların başvuruçunun sağlığını etkileyecek derecede asgari eşiğe ulaşmadığını ayrıca başvuruçunun hastalanması üzerine gerekli tıbbi desteğin verildiğini belirtmiştir. Ancak mahkeme gerekçesini oluştururken şikayet edilen fiziki ortama detaylı olarak değinmemiş, bu ortamın mağdur üzerindeki etkileri yüzeysel olarak belirtilmiştir.

AYM gözetiminde işkence ile ilgili bir başvuruda,³⁶⁴ “*gözetiminde buldukları üç gün boyunca kolluk görevlileri tarafından vücutlarının çeşitli yerlerinde cop ve yumruk ile darba maruz kaldıklarını, gözlerinin bağlandığını, soyularak çıplak vaziyette soğuk bir garaj-depo gibi yerde geceleri ayrı olarak beklettirildiklerini, hortum ile üzerlerine su püskürtüldüğünü, saçlarından sürüklendiklerini, tuvalet ihtiyaçlarını karşılamalarına izin verilmediğini, bir aletle cinsel organlarının sıkıldığını, organlarına cop sokulmaya kalkışıldığını, aç-susuz bırakıldıklarını, kendilerine ve ailelerine yönelik ağır küfür ve tehditler sarf edildiğini Savcılık ve Mahkeme aşaması ile bireysel başvurularında ileri sürmüşlerdir.*” şeklinde verdiği karar ile, başvuruçuların birbiri ile uyuşan ifadeleri, doktor raporları ve tanık anlatımları ile mahkemenin gerekçeli kararının aynı nitelikte olmasından dolayı 17.maddenin maddi yönden ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AYM'de BB sonucu verilen bir kararında³⁶⁵ kötü muameleye uğradığı gerekçesiyle yetkililer hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz etmeden mahkemeye başvurmuş olmasına “... *hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yapılan itirazların etkili bir başvuru yolu olup olmadığı değerlendirildiğinde, uygulamada bu kararlara*

³⁶³ İlgili madde “... *yabancıнын rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilemez....*” hükmünü içermektedir.

³⁶⁴ AYM Kararı B.N:2013/293, K.T.:17/07/2014, p.99.

³⁶⁵ AYM Kararı. B.N: 2013/6359, K.T.:10.12.2014, p.111.

itiraz sonucu bir üst mahkeme tarafından işin esasına girilerek yapılan inceleme sonucu verilen farklı bir karara rastlanmadığından, başvurusunun itiraz etmeme gerekçesi yerinde görülerek bu husus kabul edilmezlik olarak ileri sürülemez...” şeklinde oluşturduğu gerekçeyle, aynı yöndeki AİHM kararları doğrultusunda hüküm vermiştir. Böylelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda itiraz edilmemesi durumunda etkin bir yol olmadığı için iç hukuk yollarının tüketilme zorunluluğu aranmayacaktır. AYM de bu kanun yolunun etkisiz olduğunu kararında açıkça belirtmiştir.

AYM devletin usuli yükümlülüğü ile ilgili verdiği bir kararında³⁶⁶ " *...Esasen devlet görevlilerince mağdurun ölümüne sebebiyet verecek şekilde kasten kötü muamele uygulandığı durumlarda, yetkililerin olaya ilişkin sorumluları kovuşturmaksızın ve cezalandırmaksızın sadece tazminat ödemekle sınırlı kalması halinde; bu görevliler bazı durumlarda cezalandırılmayarak fiilen kendi kontrollerine tabi kişilerin haklarını ihlal edebileceklerdir. Aynı zamanda işkence ile insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelerin yasal olarak yasaklanması da özel önemine rağmen bütün anlamını kaybedecektir."* hükmünü oluşturarak 17.maddenin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.

AYM yaşam hakkı ile işkence ve eziyet yasağının usul yönünden ihlal edildiği gerekçesiyle incelediği bir başka BB'de,³⁶⁷ "*Başvuru konusu olay açısından, yaşanan olayın hangi aşamasında ne şekilde Ç.D.'nin vücudunda otopsi raporunda ifade edilen kırık ve yaraların meydana geldiğini, iddia edildiği şekilde Ç.D.'nin gerçekten polislerin bir muamelesine maruz kalıp kalmadığını, olası böyle bir muamelenin ağırlık derecesini, herhangi bir cezai sorumluluk gerektirip gerektirmediğini olayı ilk elden inceleyen soruşturma ve kovuşturma makamları inceleyecekler ve bu konularda bir karara varacaklardır. Başvuru konusu olayda, savcılığın ve mahkemenin verdikleri kararlarında, başvurusunun işkence ve kötü muameleye ilişkin ciddi nitelikteki iddialarını ne reddettikleri, ne makul görüp gereği gibi bir işlem yürüttükleri ne de bu yöndeki iddiaları ölümün gerçekleşme koşulları içerisinde değerlendirdikleri görülmektedir. Bu açıklamalar ışığında, başvurusunun işkence ve kötü muameleye ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunmasına rağmen, somut olayda bu konuda etkili*

³⁶⁶ AYM kararı, B.N:2012/1258, K.T.:19.11.2014, p.36.

³⁶⁷ AYM Kararı, B.N: 2013/6319, K.T.:16.07.2014, p.134.

resmi bir soruşturmanın yürütülmemesi nedeniyle Anayasanın 17.maddesinin üçüncü fıkrasının usulî yönünün ihlal edildiğine..." karar verilmiştir.

Usuli ihlalle ilgili AYM'nin başka bir başvuruda;³⁶⁸ *"sonuç olarak yukarıda belirtildiği gibi soruşturma ve davaların uzaması, bazı sanıklar hakkındaki suçlamaların zaman aşımına uğramasına, bazı sanıklar hakkındaki cezaların ise çok geç kesinleşmesine neden olmuş, işkence uygulayan veya uygulanmasına göz yuman kamu görevlilerinin hiç ceza almaması ya da çok geç alması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda soruşturmanın etkili olduğundan söz edilemez."* şeklindeki kararıyla uzun yargılamanın 17.maddenin usul yönünden ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Yüksek Mahkeme verdiği bu kararla AİHM'nin, Türkiye aleyhine ihlalle sonuçlanan usulî yönden ihlal kararlarına paralel bir karar vererek içtihadını bu şekilde oturtmuştur. AİHM'nin yıllardır Türkiye'yi mahkum ettiği kararlar ve AYM'nin güncel kararı göz önüne alınarak eylem planında belirtilen hususlar dahilinde en kısa zamanda yasal ve gerekli düzenlemelerin yapılması ve uygulamanın da takip edilmesi büyük önem teşkil etmektedir.

AYM'ne yapılan bireysel başvuru sonrası verilen 15.04.2014 tarihli, 2013/2284 B.No'lu mobbing³⁶⁹ ile ilgili kararında işkence ile ilgili: *"Başvurucu tarafından esasen,*

³⁶⁸ AYM Kararı, B.No:2013/293, K.T.:17/07/2014, p.137.

³⁶⁹ Mobbing'in, Türk Dil Kurumunda karşılığı **-bezdiri-** "iş yerlerinde, okullarda vb.topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme" anlamına gelmektedir. <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi, 29.05.2015)

Mobbing kavramını literatüre kazandıran İsveçli psikolog Dr. Heinz Leymann mobbingi, "bir işletmede veya başka bir organizasyon içinde çalışanların, çoğu zaman tek bir iş arkadaşlarını, astlarını veya üstlerini düşmanca ve ortaklaşa bir tutumla, yoğun bir biçimde ve uzun süre boyunca taciz etmeleri ve haksızlığa uğratmaları durumudur" şeklinde tanımlamıştır. Leymann'a göre işyerinde psikolojik tacizden söz edebilmek için, bu eylemlerin sık yapılması (en az haftada bir kere) ve uzun bir zaman dilimine (en az altı ay) yayılması ve bu eylemler nedeniyle mağdur olan kişinin ruhsal, psikosomatik ve sosyal açıdan derin bir mutsuzluk içine girmesi gerekmektedir (Pınar Tınaz, Fuat Bayram, Hediye Ergin; **Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.4)

Çalışmanın konusu olan Anayasa'nın 17. maddesi, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağını düzenlemektedir. İşyerindeki psikolojik taciz, insan onuruyla bağdaşmadığından, Anayasa'nın bu hükmünün açıkça ihlali niteliğindedir.

19.03.2011 tarihli ve 27879 sayılı Resmi Gazete'de, "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" başlıklı ve 2011/2 sayılı bir Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır. Genelgeye göre mobbing; *"kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması,*

görev yaptığı okulun yönetim kadrosunda yer alan ve okulda çalıştığı belirtilen kişilerce, kendisinin de eserleriyle iştirak ettiği bir resim sergisinde izinsiz olarak sağlık durumu hakkında sorular sorulduğu, sergiye dahil olan eserlerin fotoğraflarının çekildiği, toplanan kişisel bilgilerinin okul idaresine iletilmesi sonucunda hakkında disiplin soruşturması başlatılması suretiyle manevi zarara uğratıldığı ve bu kapsamda Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır. Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; başvurucunun da iştirak ettiği bir resim sergisinde, resimlerinin fotoğraflanması ve sağlık durumu hakkında sorular sorulmasının sistematik bir muamele tarzına işaret etmeyip münferit hadiselerden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Belirtilen eylemlerin kişilik haklarını ihlal ederek, başvurucu üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte, özellikle kamu görevlisi olan başvurucu hakkında bir disiplin soruşturması yürütülmesinin, muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından, başvurucunun yaşı ve mesleki statüsü de nazara alındığında, Anayasa'nın 17.maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli asgari eşiği aştığı söylenemez³⁷⁰ şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Gerçektende başvurucunun iddia ettiği olayların 17 maddenin 3.fıkrası gereği asgari eşiğin aşılması ile ihlal durumu söz konusu olamaz.

AYM'ne yapılan bir başka BB'de, başvurucunun hükümlü bulunduğu Bandırma M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz koruma memuru olarak görev yapan M.T.'nin kendisine karşı kasten yaralama suçuna teşebbüs ettiği ve hakaret suçunu işlediği iddiasıyla başvuruda bulunması nedeniyle incelenen dosya da; "görevli memurun başvurucuya yönelik eylemin anlık geliştiği, sürdürülmediği ve daha sonra da haksız eylemin devam ettiğine ilişkin bir iddianın bulunmadığı anlaşılmıştır. Her ne kadar başvurucu bir mahkum ve fail bir infaz koruma memuru ise de anlık bir tepkiden öte geçmeyen ve herhangi bir fiziksel müdahale içermeyen eylemin, Anayasanın

kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleyle tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde" ortaya çıkmaktadır.

Mobbing ve manevi işkence kavramının sistematik biçimde, ruhsal sağlığı hedef alan hareket ve davranışlar ile hayata geçirilebileceği, TCK veya diğer özel yasalarda açık ve özel hüküm bulunmayan hallerde, Mobbing teşkil eden davranışların TCK'nın 94/1.maddesi dairesinde, manevi işkence kapsamında değerlendirilebilir.. (www.turkhukuk sitesi.com)

³⁷⁰ AYM Kararı, B.N.: 2013/2284, K.T.:15.04.2014, p.36.

17.maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli asgari eşiği³⁷¹ aştığı söylenemez" şeklinde karar vermiştir.³⁷²

Şimdiye kadar BB sonucu verilen kararlarda görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme işkence ile ilgili karar verirken AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarını kendine kriter olarak almıştır.

III. Değerlendirme

Gerek Eylem Planı gerekse AB uyum sürecindeki İlerleme Raporları dikkate alındığında Türkiye'nin işkence konusunda düzenlemesi ve bu düzenlemeleri uygulamaya geçirmesi gereken bir çok konu vardır. Özellikle işkence faillerinin ceza almaması veya çok düşük cezalar alması Türkiye'nin bu konuda sürekli karşısına çıkan en sorunlu alandır. AYM'ne BB'nin getirilmesi ile AİHM içtihatlarına uygun kararlar verilmesi büyük önem arz etmektedir.

Bu konuda merak edilen herhangi bir davanın AYM'nin önüne soyut norm, somut norm veya BB şeklinde gelmesi durumunda tutumunun değişip değişmeyeceğidir. Soyut normda ayrı, somut normda ayrı BB'de ayrı tür kararlar mı verecektir? AİHM kararları içtihatlarını uygulamaya devam mı edecek yoksa siyasi iktidarın etkisinde kalıp bu doğrultuda mı karar verecek? Ya da BB ile önüne giden bir kararda farklı, soyut/somut norm denetimi ile ilgili yasa iptali için önüne giden bir

³⁷¹ AİHM kararlarında da sıkça belirtildiği üzere bir eylemin Anayasanın 17.maddesinin 3. fıkrası kapsamına girebilmesi için asgari ağırlık düzeyine ulaşmış olması şartını aramıştır. Asgari ağırlık düzeyi için ise her somut olay kendi içinde değerlendirilerek, muamelenin süresi, fiziksel ve manevi etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörlerin incelenmesi gerekmektedir.

³⁷² AYM Kararı, B.N.: 2012/969, K.T.:18.09.2013.p.24. Başvurucu; "hükümlü olarak bulunduğu Bandırma M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda, koğuşun bahçe kapısını açan infaz koruma memurları M. T. ve O. İ. ile karşılaşarak kendilerine "günaydın" dediğini, M. T.'nin "ne var lan" diyerek elinde bulunan metal kapı kolu ile üzerine yürüdüğünü, ancak diğer görevli memur O. İ.'nin araya girip, kendisine saldırmasını engelleyerek koğuştan çıkardığını; kendisine karşı kasten yaralama suçuna teşebbüs ettiği ve hakaret suçunu işlediği iddiasıyla M. T. hakkında yaptığı şikâyet üzerine yürütülen yargılama sonucu verilen kararın sorunu çözmekten uzak olup, hasta bir adamın eylemini önlemeye yetmediğini, şahsın tedavi edilmesine de karar verilmesi gerektiğini, yaptığı eylemleri hatırlamayan kişinin tedavi görmeyerek görevine devam ettiği sürece kendisi ve diğer mahkûmların can güvenliğinin tehlikede olduğunu, şikâyetlerine rağmen yeterli önlemin alınmaması" nedeniyle AYM'ne başvurmuştur.

davada farklı mı karar verecektir. Aynı mahkemenin farklı bölümlerinin vereceği farklı kararları değerlendiren AİHM tanıdığı iç hukuk yolu sıfatını geri mi alacaktır?

AYM'nin özellikle kamuoyunda çok tartışılan yasal düzenlemeler veya kararlar için tavrı ne olacaktır? Örneğin; 04 Nisan 2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “6638 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet, Jandarma Teşkilat, Görev ve yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”³⁷³ ile getirilen yasal düzenleme iptal davası olarak yüksek mahkemenin önüne gelmiştir. Söz konusu yasal düzenlemenin Anayasaya aykırı bir düzenleme olduğunu; görsel ve yazılı medya ile sivil toplum kuruluşları, üniversiteler, akademik çevreler her platformda dile getirmişlerdir. Son olarak Anayasa-Der /Türk Ceza Hukuku işbirliği ile hazırlanan 6638 sy.lı Kanun hakkındaki bilimsel rapor³⁷⁴, 25 Mayıs 2015 günü AYM'ne sunulmuştur. Raporda ceza hukukunun cezalandırma hukuku olmadığı ile birlikte, yeni düzenleme ile getirilen maddeler Anayasa³⁷⁵ ve Ceza Muhakemeleri hukuku açısından değerlendirilmiştir.

Netice olarak AYM, kendisine yüklenen BB göreviyle verdiği kararların AİHM içtihatları standardında olmasının yanı sıra, kararların yerine getirilmesi ve ihlali doğuran olayların giderilmesi için yasal düzenlemelerin süratli bir şekilde yapılmasıyla etkin bir iç hukuk yolu olarak kalmaya devam edecektir. Aksi takdirde BB sadece mahkemenin iş yükünü artıran etkisiz bir başvuru yolu olarak kalacaktır.

³⁷³ www.resmigazete.gov.tr. (erişim: 04.04.2015)

³⁷⁴ Çalışmanın bundan sonraki kısmında “rapor” olarak adlandırılacaktır.

³⁷⁵ Raporda; “6638 sayılı Kanunun en önemli problemlerinden biri, aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, kamu düzeninin nasıl korunacağını belirleme yetkisini yasama alanından alıp, büyük oranda İçişleri bakanlığına ve bazı durumlarda da valiye (ve hatta kolluk görevlilerine) bırakmasıdır. Kanunun bir diğer problemi, valinin adli kolluk yetkilerine sahip kılınmış olmasıdır. Ayrıca kolluk kuvvetlerine anayasadan kaynaklanmayan yetkiler verilmekte (bkz. PVSK, md. 13'teki “koruma altına alma” ve “uzaklaştırma” yetkileri gibi) ve anayasal bir koşul olan yazılı emir şartına riayet edilmeksizin aramaya imkan tanınmaktadır. Bu şekilde kolluk makamları kamu düzenini koruma işlevini üstlenmiş görünmektedir. Oysa kolluk makamları kamu düzenine yönelmiş tehditleri ortadan kaldırmak için ve ancak Anayasanın ve kanunun gösterdiği sınırlar çerçevesinde hareket eder.” ifadelerine yer verilmiştir.

SONUC

İşkence yasağının AIHM kararları ışığında Türk hukuk sisteminde değerlendirmeye çalıştığımız tezimizde AYM'ne Bireysel Başvuru yolu bir milat olarak değerlendirilmiştir. İşkence gibi felsefi, sosyolojik, psikolojik ve dini açıdan zor ve yoğun çalışılmış bir kavramı anayasa hukuku ve insan hakları açısından anlayıp neden yasaklandığını temellendirmek için “insan onuru” anahtar kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle AIHM'nin yaklaşımını ve bununla AYM'nin değerlendirmelerinin de insan onuru merkezli olduğundan tüm insanlığı bir değer olarak görüp kapsamlı ve geliştirici bir yorum dili peşinde olduğunu ve özellikle AYM için olması gerektiğini tespit ettik.

Türkiye'nin kurumsal Avrupa'nın bir parçası olmak için girdiği uzun yol doğal olarak Türkiye'yi bugünkü insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma noktasına getirmiştir. 1977'de AIHS'nin içinde yer alan Bireysel Başvuru yolunun tanınması ile hem Uluslararası hem de Anayasal anlamda köklü bir değişime girmiştir Özellikle dönemsel olarak zorlu geçen yıllar bizi insan hakları konusunda ağır eleştiri içeren AIHM kararları ile tanıştırmıştır. Ama bu kararların sistemin dönüşmesi için çok yavaş da olsa olumlu etkileri olmuştur. Hatta bu etkiler bizi AYM'nin bireysel başvuru sürecine kadar getirmiştir. Özellikle Türkiye'nin çok mahkumiyet aldığı ve eleştirildiği işkence yasağı bu bağlamda olumlu anlamda değişim yaşayan haklardan biridir. Günümüz itibari ile AIHM içtihatlarına atıf yaparak terim ve kavramlarını kullanan bir AYM'ne gelmiş bulunmaktayız. Artık sadece işkence değil, kötü muamele, onur kırıcı muamele gibi kavramlar derecelendirme yapmak suretiyle sistemimize girmiştir.

Çalışmada birçok kez değinildiği üzere, AIHM'nin işkence ile ilgili olarak Türkiye aleyhine verdiği birçok kararında Mahkeme'ye bireysel başvuru yapılabilmesi için gerekli olan iç hukuk yollarını tüketilmesi şartını Türkiye açısından aramamaktadır. AYM'nin de güncel kararlarında bu içtihat doğrultusunda kararlar verdiği görülmektedir. AIHM'nin işkence ile ilgili olarak Türkiye'ye esas yönünden ihlal kararı vermekle birlikte kararlarının çoğunda sorumlu kişilerin ya cezasız kalmaları ya da çok az ceza almaları gibi sebeplerden usul yönünden ihlal kararları verdiği görülmektedir.

Hatta esas yönünden ihlal kararı vermese bile usul yönünden mahkum ettiği birçok kararına da rastlamaktayız.

AYM'nin işkence ile ilgili vereceği kararların AİHM'nin söz konusu içtihadını değiştirip değiştirmeyeceği ile birlikte AYM'nin yeni kazandığı etkin iç hukuk yolu sıfatını kaybedip kaybetmeyeceği de verilen kararlarla netleşecektir. Bu zamana kadar AYM bireysel başvuru sonrası hem esas hem de usul yönünden AİHM içtihatları doğrultusunda kararlarını şekillendirmiştir. AYM'nin cezaevindeki koşulları işkence olarak görmeyen kararından bireysel başvuru sonucu vermiş olduğu kararlar arasında insan hakları bağlamında sürekli yükselen bir grafiğin olması ne kadar çok yol kat edildiğinin bir göstergesidir.

Devletin işkenceye karşı “sıfır tolerans” politikası neticesini uygulamada göstermeye yavaşta olsa başlamıştır. Türkiye işkence yasağı konusunun da içinde olduğu eylem planı ile kısa, orta ve uzun vadeli olarak tedbirler alınması yönünde hedefler ortaya koymuştur. İşkenceyi uygulayan veya uygulanmasına göz yumanların ağır cezalarla karşılaşması ve bu suçlarla ilgili zamanaşımının uygulanmaması gibi yapılan düzenlemeler Türkiye'nin bu konudaki olumsuz karnesini iyileştirme yönünde atılan olumlu adımların başlıcalarıdır.

Bütün bu gelişmelerle özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin dağıtılması ve gözaltına alınması sırasında uygulanan orantısız şiddetin her geçen gün artması bu konuda kaygı verici başka bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar henüz AYM'den konu ile ilgili çıkan bir karar olmasa da AİHM'nin bu konu ile ilgili Türkiye'yi mahkum ettiği birçok kararı mevcuttur.

Aksaklıklar olsa da AYM, AİHM içtihatlarından doğrudan etkilenen ve Bireysel Başvuru yolunda işkence yasağı bağlamında toplumu dönüştürdüğü kararlarla bize umut veren bir grafik çizmektedir.

KAYNAKÇA

Ağaoğulları Mehmet Ali; Köker, Levent "**İmparatorluktan Tanrı Devletine**", Ankara, İmge Kitabevi, 2001, s.51.

Aisling, Ready, İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, Ankara: Ankara Açık Cezaevi, No. 6., 2002, s. 32.

Akçam, Taner: "**Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence**", İstanbul: İletişim Yayınları, 2.Baskı, 199,s.41

Akgül, Aydın: "İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri" (Erişim): <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-112-1385>., 22 Ocak 2015, s.213.

Akagündüz, Ahmet. **İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi**, 2. Baskı, Timaş Yay. İstanbul 1993,s.6;

Akagündüz, Ahmet. **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasa'sı**, İstanbul 1989 s.13

Akıllıoğlu, Tekin "İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", **İnsan Hakları Yıllığı**, C.10-11, 1988-1989,s.20

Akıllıoğlu, Tekin, **İnsan Hakları**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları,No:17, Ankara 1995.,227

Aliefendioğlu, Yılmaz: "Devletin Çirkin Yüzü: İşkence",2004, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, C. II (İnsan Hakları), s.357.

Ana Britannica Ansiklopedisi, C.17, İstanbul 1994,

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.s.231

Andre Mercier, **İnsan Haklarının Temelleri**, Çeviren: Ayşe Özberki, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Ankara, 1982, s.14.

Armağan, Servet, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. Ankara 1992 s.75.

Arsal, Sadri Maksudi: **Türk Tarihi ve Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul,1947, s. 206-207.

Arslan, Zehra:"**Sened-i İttifakın Ortaya Çıkışı ve İnsan Hakları Bakımından Değerlendirilmesi**", Recep Tayyip Üniversitesi Tarih Bölümü,

http://www.jasstudies.com/makaleler/230056760_05arslan%20zehra-77-91.pdf
E.T.27.05.2014

Artuk, Mehmet Emin: “**Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı**”, Argumentum, sayı:2, İstanbul,1990, s.1-6.

Artuk, Mehmet Emin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, 2004, **Güncel Hukuk**, s. 18.

Ateş, Toktamış: “**Demokrasi Kavramı-Tarihi Süreç-İlkeler**”, Ankara: Ümit Yayıncılık,1995, s. 64.

Aydın,Yaşar: **İşkence ve Kötü Muamele 2010**, İstanbul Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, 2010.

Aydın, Çağrı Kan "Adil Yargılamanın Bir Unsuru olarak Susma Hakkı", **TBB Dergisi**, 2010, s.173.

Aykar, Burcu "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri Işığında İşkence Yasağı ve Türkiye'deki Uygulaması" Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara,2010

A.Kadir, ÇÜÇEN: "İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi", (Erişim) <http://felsefethome.uludag.edu.tr/kaygi/dergi002/1-4pdf.>, s.3.

Bağdatlı, Selahattin: **Hukuk Sözlüğü**, Derin Yayınları, İstanbul, 2002, s.341.

Bardakçı, Murat: **Yeni Ulusal Program:3.Tazminat Fermanı**, <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/printnews.aspx?Doc>

Başak, Cengiz: "AİHM Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri", (erişim) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2591.pdf>, 30 Haziran 2014, s.48.

Başer, Mert; Yenidünya, A.Caner. “Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Koruma Yolu. İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1996, Y. 61, s. 30

Başgil, Ali Fuat: **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1940 s.107

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

Boran, Narin: "Türk Ceza Hukuku'nda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence Yasağı" Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, **Yüksek Lisans Tezi**, Şubat 2010, s.99

Bulut, Nihat: Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış, **EÜHFD**, C. XII, S. 3-4 (2008)

Centel, Nur: "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları", **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1-2, Erzurum 2000, s.8.

Centel, Nur; Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, 2006, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 224.

Cin, Halil; Akgündüz, Ahmet: **Türk Hukuk Tarihi**, 1989, C. I, Konya, s. 33.

Coşar, Hasan: "AİHS'de İşkence Yasağı" Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Aralık-2010

Çeçen, Anıl: "**İnsan Hakları**", Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995

Çor, Yaşar : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme hakkına bakış açısı, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2008,(75)

Darendeli, Abdulvahap: "İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi", **Adalet Dergisi**, (1999), S. 1, s. 5.

Demirbaş, Timur: **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992, s.8

Demirbaş, Timur: "Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması", İzmir: **DEÜHF Yayınları**, 1996, s.16.

Demirbaş, Timur: "Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu", Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 5.

Demirbaş, Timur: **Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri**, İstanbul 1985, s:13, 38

Demirel, Kemal: **Demokrasinin Garantisi= İnsan Onuru ve İnsan Hakları**, İstanbul: Henrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2008

Doğan, İlyas: Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş, **S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005, s.53.

Doğan, İlyas: "Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu", **Polis Dergisi**, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos- Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36, s.228.

Doğan,D. Mehmet: **Büyük Türkçe Sözlük**, Pınar Yayınları, 19. baskı, 2005,İstanbul, s.646

Doğru, Osman: Nalbant; Atilla: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1.Cilt., Legal Yay.,2013, s.133.

Doğru, Osman: **İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, İstanbul, Legal, 2006, s.23.

Doğru, Osman: "**İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**", İstanbul, Beta Yayınları,1998, s. 119 vd.

Doğru, Osman: "**Anayasa İle Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İÇtüzüğü**" XII.Baskı, Leyha Yay. s.8

Dönmezer, Sulhi: **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası,1984, İstanbul, s.132.

Dursun, Halil İbrahim: "Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasanın 90.Maddesinin 5.Fıkrası", (erişim) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m.2014-112-1388>, s. 298

Duymaz, Erkan: "Gezi Parkı Çıkamazında Demokrasi ve İnsan Hakları" s.278, AYHD - Cilt: 2 / Sayı:4 / Yıl:2013, (erişim)<https://anayasader.files.wordpress.com/2015/07/anayasa-hukuku-4.pdf>. 08.07.2015

Dülger,Murat Volkan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu" **TBB Dergisi Y.** s.340.

Ebenstein, William: "Siyaset Felsefesinin Büyük Düşünürleri", Çev: İsmet Özel, İstanbul, Şule Y., 1996

El-Mafrey, İhsan Hamid: "İslam ve İnsan Hakları", in İslam ve İnsan Hakları, İstanbul, Endülüs Y., 1995, s.17

Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara, 2002, s. 195, 200.

Ergül, Ergin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı", **Adalet Dergisi**, 2004, s.11.

Ergül, Ergin; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2003.

Ergül, Ozan; "*Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir*" Yıldırım ULER'e Armağan, s.72

Ertan, İzzet Mert: Toplumsal Olaylara Müdahalede Biber Gazı Kullanılmasının AİHS'ne Uygunluğu,**Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel hukuk Bülteni**, 2012, 32 (1)

Erzurumluoğlu, Bayram: Gözaltılarının İnsan Hakları Ve Demokratik Şeffaflık Çerçevesinde Denetimi, **Ankara Barosu Dergisi**, 2009,(1)

Feyzioğlu, Metin "Açlık Grevi", **AÜHFD**, C. 43, Sayı 1-4, 1994,

Gemalmaz, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Belgeleri**,İstanbul:Boğaziçi Üniv.Yayınevi, 2003

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ulusalüstü Rejim Standartları**, 199, s.18.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku**, Kavram Yayınları, 1993

Gemalmaz, Mehmet Semih : **İşkence Yasağına İlişkin Uluslararası Belgeler: Bildiri, Sözleşme Protokol,Şart,Karar,Tavsiye Kararı,Görüş**,2002, s. 353

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında AİHS madde:3/İşkence Yasağı Analizi**, Ankara Barosu, 2006

Gemalmaz,Mehmet Semih : **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, 3.Baskı, İstanbul, 1994, s.75-205.

Gemalmaz, Mehmet Semih "İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler", İstanbul, **İstanbul Barosu Yayınları**.2002

Gemalmaz, Mehmet Semih: "Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı", İnsan Hakları Yıllığı, (Erişim) <http://yayin.todaie.gov.tr/>, 08 Aralık 2014, s.80

Giffard, Camille: **İşkencenin Rapor Edilmesi**, çev.Orhan Kemal Cengiz, İzmir, Essex Üniversitesi Yayınları,2001, s. 45.

Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayını, 2005, s.240-241.

Gök, Emine: "Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Ceza Adaleti Anabilim Dalı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'deki İşkence Suçu Üzerindeki Etkileri" **Yüksek Lisans Tezi**,2011, s.12

Gökçen, Ahmet: **"Tazminat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri"**, İstanbul, 1989, s.97-110.

Gören, Zafer: **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1999

Göze, Ayferi: **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Y., İstanbul, 2005.

Gözler, Kemal; “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, Sayı 4, Ağustos 1990, s.561-590. <www.anayasa.gen.tr/olaganustuhal.htm> (Konuluş Tarihi: 24 Kasım 2005). Erişim(02.06.2015)

Gözübüyük, Abdullah Pulat: **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Sevinç Matbaası, C.III, Ankara,1970, s.264.

Gözübüyük, Şeref; Gölcüklü, Feyyaz: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, 2001.s.12-13

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

Gültaş, Veysel: **İnsan Hakları Odağında İşkence**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005

Hakeri, Hakan: “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, editör İlyas Doğan, **İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009, s.344.

Hatemi, Hüseyin: **İnsan Hakları Öğretisi**, İstanbul, İşaret Y., 1988, s.131 vd.

Heinzman, Richard “İnsan ve İnsan Onuru-Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak”,(Erişim) www.konrad.org.tr/Islam%20tr%202006/07_heinzmanTR.pdf, (21.05.2014), s.55

Işıқтаç, Yasemin: "**Hukuk Felsefesi**", İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.88.

İçel Kayıhan, Yenisey Feridun, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Baskı, İstanbul, s.582.

İnal, Nihat: **Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2003, s.457.

İnal, Tamer: AİHM nezdinde kişisel başvuru hakkı, yaşama hakkının ihlali ve aile içi şiddet, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2010,(73-74)

İnceoğlu, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa:Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Yay.2.Baskı, Haziran 2013,İstanbul,s.145.

İonna Kuçuradi, **Felsefe ve İnsan Hakları**, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Ankara, 1982, s.49.

Kapani, Münici: "**Kamu Hürriyetleri**", Ankara, Yetkin Y1993, s.19.

Kapani, Münci: "**İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**", İstanbul: Bilgi Yayınevi 3. Basım, 1993, s. 25 vd.

Karakaş, Işıl; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Etkili Başvuru Yolu: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Çerçevesinde Gözlemler" s.257, *Anayasa Hukuku Dergisi* - Cilt: 4 / Sayı:7 / Yıl:2015, (erişim) <https://anayasader.files.wordpress.com/2015/07/anayasa-hukuku-dergisi-7.pdf>, 08.07.2015.

Koca, Mahmut: "Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış **Doktora Tezi**, 1998, İstanbul, s. 60.

Kocaoğlu, Sinan; "Susma Hakkı" **Ankara Barosu Dergisi**,2011-1, s-43
Malkoç İsmail, Malkoç Aytaç, **Memurlar Ve Suçlar Memurlar Ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, 1988, s.89

Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol: **Genel Kamu Hukuku, Der Y.**, İstanbul, 2006, s.2.

Milton Lewis, "A Brief History of Human Dignity: İdea and Application", in *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Editors: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer, 2007, s.94

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

Nal,Sebahattin: **AİHS Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza**, İstanbul,2001

Nuhoğlu, Ayşe: "**İşkence Yasağı ve İşkence Suçu**", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1999, İstanbul, s. 538.

Osmanoğlu, M. Kerem: Avrupa insan hakları mahkemesi içtihatlarında işkence yasağı ve polisin zor kullanma yetkisi, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011,6(1-2)

Önok, Murat: **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006

Özdek, Yasemin, (2004), *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Ankara: TODAİ Yayınları,s.166.

Özcan, Hüseyin: **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 6. Bası, Seçkin Yay. Ankara 1985, s.388.

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

Özgenç, İzzet : **İşkence Suçu**, Cilt 4, sayı 1-2 (Haziran-Aralık 2000)

Özman, M.Aydoğan: Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/.../AUHF-1978-35-01-04-Ozman

Öztürk, Bahri "Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları (2010)", www.iku.edu.tr/TR/usrfiles/huk/66.pdf, (E.T: 21. 05. 2014), s. 2

Özütürk, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1966, cilt:1.

Rayyıs, M. Ziyauddin: İslamda Siyasi Düşünce Tarihi, Çev.: Ahmet Sarıkaya, **Nehir Y.**, İstanbul, 1990, s.87.

Ready, Aisling, (2002), *İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları, Ankara: Ankara Açık Cezaevi, No. 6.

Selçuk, Sami: "Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüst ve Total Ceza Adaleti", (Ceza Adaleti), 1977, **Yargı Dergisi**, C. 3, S. 1977/2, s. 63.

Sevük, Handan, Yokuş: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında işkence suçu, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009,(1)

Seviç, Vasfi Rıza: "Engizisyon Muhakeme Usulü", Aktaran:, **AÜHFD**, Cilt 18, Sayı 1-4, 1961

Soyaslan, Doğan "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 1990

Sukmasy, Daniel P. "**Human Dignity and Human Worth**", in Perspectives on Human Dignity: A Conversation, Editors: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer, 2007, s.11.

Sükün, Ziya: **Farsça-Türkçe Lugat**, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul,1984, s.1318.

Şahin, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara 2003, s.238.

Şimşek, Oğuz: **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi**, (Danışman Prof. Dr. Zafer Gören), İzmir, 1999, s.65

Tanör, Bülent: "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu", İstanbul: BDS Yayınları, 1990, s. 40

Taşkın, Ahmet **Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri**, Ankara 2005

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara: Ankara Açık Ceza Evi. (2004),

Tezcan, Durmuş; Erdem, Ruhan; Sancakdar, Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Ankara 2004, s.249.

Tınaz Pınar, Bayram Fuat, Ergin Hediye; **Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.4.

Tohav,Haz:**İşkence ve Kötü Muamele 2010**, İstanbul Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, 2010

Toroslu, Nevzat; Feyzioğlu, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006, s.135

Uğur, Adem: "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Dair İstanbul Protokolü", **Yüksek Lisans Tezi**,Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Hukuk Bilimleri Bilim Dalı, (erişim) <https://tez.yok.gov.tr/ulusalTezMerkezi/tezSorguSonucuYeni.jsp>. (10.01.2015). s.103

Ülgen, Veysi: **İşkence ve Kötü Muamele 2010**, İstanbul Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, 2010

Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara,Turhan Yayınevi, 2003, s.235

Üzülmez, İlhan: "Türk Ceza Kanunu' unda İşkence ve Eziyet Suçu", **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl:2, 2005, s.235.

Üzülmez, İlhan: "Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK'nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi", 2001, İstanbul, s. 211.

Yavuz, Mehmet: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Ceza Hukukunda İşkence Yasağı" **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2007, s.111. (erişim) www.yoktez.gov.tr. E.t:07.05.2015,

Yenisey, Feridun: **"Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku"**, İstanbul, 1983,s. 41.

Yıldırım, Ali: "Yargılama Hukuku ve İşkence Olgusu" , **Ankara Barosu Dergisi**, 1989/1, [http:// www.ankarabarusu.org.tr/siteeler/ankarabarusu/tekmakale/1989-1/4.pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/siteeler/ankarabarusu/tekmakale/1989-1/4.pdf). 02.02.2014, s.31

Yıldırım, Mehmet Zelkifli: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatlarına Göre İşkence Yasağı** , Ankara Yayın, 2004

Yılmaz, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı, Yetkin Yay. Ankara 1996, s.413.

Zeren, Mehmet : **İşkence**, Hazen,1991

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı :ESRA GENÇ
Doğum Yeri ve Tarihi :DEVELİ/13.07.1985

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi :KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Yüksek Lisans Öğrenimi :UFUK ÜNİVERSİTESİ
Bildiği Yabancı Diller :İNGİLİZCE

İş Deneyimi

Stajlar :AVUKATLIK STAJI
Çalıştığı Kurumlar :AVUKATLIK BÜROSU, MİLLİ SAVUNMA
BAKANLIĞI HUKUK MÜŞAVİRLİĞİ

İletişim

E-Posta Adresi :esra1377@hotmail.com
Tarih :25.12.2015