



T.C.
MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMUYÖNETİMİ ANA BİLİM DALI

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İŞKENCE VE
İNSANLIK DIŞI MUAMELE VEYA KÜÇÜLTÜCÜ MUAMELE**

Sedat DEMİR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HATAY/2007

T.C.
MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMUYÖNETİMİ ANA BİLİM DALI

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İŞKENCE VE
İNSANLIK DIŞI MUAMELE VEYA KÜÇÜLTÜCÜ MUAMELE**

Sedat DEMİR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL

HATAY/2007

MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Kamu Yönetimi Anabilim Dalı öğrencisi Sedat Demir tarafından hazırlanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele veya Küçültücü Muamele” başlıklı çalışma,/...../..... tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Tez Danışmanı -----
(Başkan) Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL

Üye -----
Doç. Dr. Mehmet ÖZBİRECİKLİ

Üye -----
Yrd. Doç. Dr. Şenol ADIGÜZEL

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

.../.../.....

Prof. Dr. Cemal YÜKSELEN
Enstitü Müdürü

TEŞEKKÜR

Bu çalıőmanın yűrűtűlmesi sűresi boyunca, saęlamıő olduęu bilimsel destek ve yol gűstericilięinden dolayı tez danıőmanım Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL'a teőekkűr ederim. Ayrıca, tez yazım yűnergesi doęrultusunda eksikliklerin giderilmesine bűyűk katkı saęlayan Doç Dr. Őenol ADIGŪZEL'e ve tezin bilgisayar ortamına aktarılmasında ve yapılan dűzeltmelerde benden yardımını esirgemeyen Dr. Sibel EęRİLMEZ'e sonsuz teőekkűrlerimi sunarım.

ÖNSÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun denetim mekanizması konumundaki organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, medenileşme filtresi olarak Avrupa topraklarında büyük bir fonksiyona sahiptir demek yanlış olmayacaktır. Nerdeyse bütün ülkelerin küreselleşmenin dışında kalamayacaklarını anlamalarıyla, medeniyet trenindeki vagonlardan birinde yer alma zorunluluğu kendini göstermiştir. Çünkü genel kabul gören kıstasların, diğer medeni ülkeler gibi saygın bir yer edinme kaygısı taşıyan ülkelerce es geçilmesi mümkün değildir. İşte, insan hak ve hürriyetlerine gösterilen saygı bu kıstasların belki de en başında gelenidir. İnsan hak ve hürriyetlerine saygı göstermeyen, diğer deyişle bu hakları sürekli ihlal eden ülkelerin, diğer ülkeler nazarında geri kalmış olarak görülmesi kaçınılmazdır.

Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin rolünü, sadece denetleyen ve mahkûm eden bir mekanizmadan ziyade, insan hakları konusunda üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmek isteyen ülkelere bir bakıma yol gösteren ve yaptığı içtihatlarla onların iç hukuk ve idari sistemlerini de bu noktada düzenlemeye yardım eden bir kılavuz olarak okumak daha doğru olacaktır. Nitekim Mahkeme'nin kararlarına bakıldığında, kimi mahkûmiyet kararlarının ülkelerin kasıtlı eylemlerinden çok, bilinçsiz ve eksik tutumlarından kaynaklandığı görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin günün şartlarına göre kendini yenileyen ve düzenleyen bir ulus üstü belge olması da, buna paralellik arz etmektedir. Sözleşme'nin yüklediği sorumlulukların farkında olmak kadar, Mahkeme'nin verdiği kararları sürekli olarak takip etmek de büyük önem taşımaktadır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İŞKENCE VE İNSANLIK DIŞI MUAMELE VEYA KÜÇÜLTÜCÜ MUAMELE

Yüksek Lisans Tezi, Sedat DEMİR
Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans
Danışman: Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL

ÖZET

İnsanın, sadece insan vasfını taşımasıyla doğuştan kazanmış olduğu haklar olarak kabul edilen insan hakları, tarihin ilk çağlarından bugüne sürekli daha baskın olan güçler tarafından engellenmektedir. Zamanla insan, temel hak ve hürriyetleri konusunda mücadeleler vererek, haklarının ihlal edilmesinin önüne geçecek tedbirler aramıştır.

Özellikle, 2. Dünya Savaşı'nın ardından, devletlerin kendi ulusal sistemleri içerisinde aldıkları koruyucu tedbirlerin pek işe yaramadığının anlaşılması üzerine, uluslararası bir gücün varlığına duyulan ihtiyaç artmaya başlamıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve onun daha da ileri bir formu olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu yönde atılan adımlar için birer dönüm noktası olmuşlardır. 20. yüzyılın, “insan hakları çağı” olarak anılmasının sebebi bu uluslararası belgeler olmuştur.

Ancak, ulusal ya da uluslararası düzlemde olsun yapılan bu düzenlemelere rağmen, insan hakları ihlallerinin ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. O nedenle, gelişen insan hak ve hürriyetlerine ayak uyduracak, sürekli bir kontrol mekanizması zaruri bir ihtiyaç haline gelmiştir.

AIHS ve denetim mekanizması halindeki yargı organı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM)”, günümüzde bu ihtiyacı karşılamak üzere önemli bir rol üstlenmektedir. Kamu otoritesince özgürlüklerinden mahrum edilmiş kişilerin durumları ile ilgili herhangi bir ihlal olup olmadığına dair sık sık üye ülkelerde denetimler yapmak suretiyle, “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi”nin de (CPT) benzer bir görevi yerine getirmektedir.

Gerek, AIHM'nin dava kararları, gerekse CPT' nin yapmış olduğu denetimlere ilişkin yayınladığı raporlar, devletlere bu konuda düşen sorumlulukları hatırlatması açısından büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda ülkeler gerekli gördükleri takdirde, ihlallere neden olan hususlarla ilgili olarak uygun düzenlemeler yapmaktadırlar.

Türkiye, üye diğer devletler gibi insan hakları konusunda hukuki ve idari düzenlemeleri yapmaya başlamış, ancak özellikle terör ile mücadele kapsamında yapılan basit hatalardan ve bilinçsizlikten ötürü, aleyhinde açılan çoğu davayı kaybetmiştir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

İnsan Hakları, Temel Hak ve Hürriyetler, İşkence, İhlal, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Belgeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Özgürlüklerden Mahrumiyet, Denetim, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, Dava Kararları, Üye Devletler

TORTURE AND UNHUMAN TREATMENT OR DEGRADING TREATMENT ON THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

Sedat DEMİR

Public Administration Department, Master of Science

Supervisor: Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL

ABSTRACT

Human rights, accepted as those which the mankind had acquired since the birth just for human being, have been violated by the more dominant powers since the very beginning of early ages in history. In the course of time, having struggled for the fundamental rights and freedoms, mankind has been seeking the measures to prevent those violations of rights.

Particularly, after World War II, realising that it has been no use for the states to take protective measures in their own national system, the need of the international power has begun to ascend. Universal Declaration of Human Rights and The European Convention on the Human Rights, the more improved form of it, have been the turning point of these advance-steps. The reason for the twentieth century's being known as human rights era were those international documents.

However, in national or international area, despite those arrangements, it is not possible to say that the violations of human rights are eradicated. For that, the continuous control mechanism that keeps pace with the developing human rights and freedoms has been vital need.

Today, European Convention on Human Rights and as its control mechanism organ "European Court of Human Rights (ECHR)" has taken an important role to supply this need. "European Committee for the Prevention of Torture (CPT)" has also performed such a mission by making audits on the member countries whether any violation related to the situations of people who were deprived of their liberty by the public authority occurred.

Both ECHR's case decisions and CPT's released audit reports, have an importance to remember the responsibilities on that point to the states. If they consider it is necessary, the countries make needful arrangements related respects of the violations.

Turkey, as the other member states, has begun to make some juridical and administrative arrangements, but for the mistakes and oblivion that occurred particularly on the ground of struggle in terrorism, has lost most of the cases in the Court.

KEY WORDS

Human Rights, Fundamental Rights and Freedoms, Torture, Violation, Universal Declaration of Human Rights, European Convention on Human Rights, International Documents, European Court of Human Rights, Deprivation of Liberty, Audit, European Committee for the Prevention of Torture, Case Decisions, Member States

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İŞKENCE VE İNSANLIK
DIŞI MUAMELE VEYA KÜÇÜLTÜCÜ MUAMELE**
Sedat DEMİR

İÇİNDEKİLER

Dış Kapak	
İç Kapak	
Jüri Üyeleri Onay Sayfası	
Teşekkür.....	i
Önsöz.....	ii
Özet ve Anahtar Sözcükler.....	iii
Abstract and Key Words.....	v
İçindekiler.....	vii
Kısaltmalar.....	xi

BİRİNCİ KESİM
GİRİŞ

1. ÇALIŞMANIN KONUSU, ÖNEMİ, DENENCELERİ, AMACI VE YÖNTEMİ.....	1
1.1. Çalışmanın Konusu ve Önemi.....	1
1.2. Çalışmanın Denenceleri.....	2
1.3. Çalışmanın Amacı.....	2
1.4. Çalışmanın Yöntemi	3
1.5. Çalışmanın Bilgi Derleme ve İşleme Araçları.....	3
1.6. Çalışmanın Temel Kavramları.....	3
1.7. Çalışmanın Sunuş Sırası.....	4

İKİNCİ KESİM
İNSAN HAKLARI VE İŞKENCE

2. İNSAN HAKLARI KAVRAMI VE GELİŞİM SÜRECİ.....	5
2.1. Kavram Olarak.....	5

2.2. Gelişim Süreci.....	7
3. İŞKENCE KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ VE İŞKENCEYE KARŞI MÜCADELE.....	11
3.1. İşkence Kavramı.....	11
3.2. Tarihi Gelişimi.....	13
3.3. İşkenceye Karşı Mücadele.....	29
4. İSLAM HUKUKU VE İŞKENCE.....	36
5. OSMANLI HUKUKU VE İŞKENCE.....	58
5.1. Genel Olarak Osmanlı Hukuk Sistemi.....	58
5.2. Reformlar Dönemine Kadar Osmanlı Hukuk Sistemi ve İşkence.....	66
5.3. Reformlar Dönemi Osmanlı Hukuk Sistemi ve İşkence.....	75
5.3.1. Sened-i İttifak.....	76
5.3.2. Tanzimat Fermanı (Gülhane Hattı Hümayunu).....	83
5.3.3. Islahat Fermanı.....	90
5.3.4. Kanun-u Esasi.....	95

ÜÇÜNCÜ KESİM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞME
ÇERÇEVESİNDE KÖTÜ MUAMELE

6. İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI DÜZEYDE KORUNMASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	97
6.1. İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması.....	97
6.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	100
6.2.1. Genel Olarak.....	101
6.2.2. Sözleşme'nin Ortaya Çıkışı.....	102
6.2.3. Sözleşme'nin Özelliği.....	104
6.2.4. Sözleşme'nin Kapsamı.....	109

6.2.5. Sözleşmeye Çekince Konulması.....	116
6.2.6. Sözleşme'nin Denetim Organı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargı Sistemi.....	117
6.2.7. Sözleşme'nin Türkiye Tarafından Onaylanması.....	118
7. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE KÖTÜ MUAMELE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEME KARARLARININ İNCELENMESİ	119
7.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Kötü Muamele.....	119
7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İşkence Yasağı Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi.....	120
7.2.1. Sözleşme'nin İşkence Yasağı Kapsamında Etkili Başvuru Hakkı.....	121
7.2.2. Sözleşme'deki İşkence Yasağının İstisnasız Uygulanması.....	122
7.2.3. Artarak Yükselen Standartlara Paralel Olarak Kötü Muamelenin Sınıflandırılması.....	124
7.2.4. Kötü Muamele veya Cezalara İlişkin Temel Olgular.....	125
7.2.4.1. Minimum Şiddet Eşiği.....	127
7.2.4.2. Minimum Şiddet Eşiğinin Göreceliliği.....	128
7.2.4.2.1. İşkenceye Özel Şiddetin Yoğunluğu.....	130
7.2.4.2.2. Kasıt.....	130
7.2.4.2.3. Amaç.....	132
7.2.4.3. İnsanlık Dışı ve Küçük Düşürücü Muamele veya Ceza Ayrımı.....	132
7.2.4.3.1. İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza.....	133
7.2.4.3.2. Küçük Düşürücü Muamele veya Ceza.....	135
7.2.4.3.2.1. Küçük Düşürme Amacı	135
7.2.4.3.2.2. Küçük Düşürücü Eylem ve Prosedürler.....	137
7.2.5. Kamu Otoritesince Özgürlükten Alıkoyma.....	139

7.2.5.1. Özgürlüğünden Mahrum Edilmiş Kişinin Kendi Hareketinden Dolayı Fiziksel Güç Uygulanması.....	140
7.2.5.2. İspat Yükümlülüğü.....	143
7.2.5.3. Özel İnfaz Rejimi.....	148
7.2.5.4. Tecrit ve Hücre Hapsi.....	149
7.2.5.5. Alıkoyma Koşulları.....	150
7.2.5.5.1. Alıkoyma Koşullarında Yaşam Kalitesi.....	152
7.2.5.5.2. Alıkoyma Yerlerinde Sağlık Hizmetleri.....	153
7.2.5.6. Kötü Muameleye İlişkin Çocukların Durumu.....	154
7.2.5.7. Kötü Muameleye İlişkin Kadınların Durumu.....	161
7.2.5.8. Kötü Muameleye İlişkin Kendi İsteğinin Dışında Alıkonulan Akıl Hastalarının Durumu.....	163
7.2.6. Terör Şartlarında İşkence.....	167
7.2.7. İşkence Yasağı Kapsamında Kayıp Vakaları.....	173
7.2.8. Olası Mağduriyet Durumu ve Sınırdışı Etme.....	175

DÖRDÜNCÜ KESİM GENEL DEĞERLENDİRME

8. BULGULAR, ÖNERİLER VE GENEL SONUÇ.....	180
8.1. Bulgular.....	180
8.2. Öneriler.....	184
8.3. Genel Sonuç.....	186

KAYNAKÇA

KISALTMALAR

AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
CAT	: Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Acımasız, İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi
Çev.	: Çeviren
CPT	: European Committee of the Prevention of Torture (Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi “İÖK”)
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
diğ.	: Diğerleri
ECHR	: European Court of Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “AİHM”)
Ed.	: Editör
EKT	: Elektroşok Konvulsif Tedavi
HUDOC	: İnsan Hakları Belgeleri (Human Rights Documents)
Inf.	: Information (Malumat-Bilgilendirme)
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
No	: Numara(sı)
no.lu	: Numaralı
p.	: Page (Sayfa, Orijinal İngilizce Metinlerde)
§	: Paragraf
s.	: Sayfa
v.	: Versus (Karşı, Orijinal İngilizce Metinlerde)
vb.	: Ve Benzerleri
vd.	: Ve Devamı
vs.	: Ve Saire

BİRİNCİ KESİM

GİRİŞ

1. ÇALIŞMANIN KONUSU, ÖNEMİ, DENENCELERİ, AMACI VE YÖNTEMİ

Bu bölümde genel hatlarıyla, çalışmanın konusu, önemi, amacının ne olduğu, çalışma esnasında hangi temel yöntemlerin kullanıldığı, ne gibi sınırlamalarla karşılaştığı ve araştırmanın esasını teşkil eden kavramların neler olduğu genel hatlarıyla açıklanmaktadır.

1.1. Çalışmanın Konusu ve Önemi

Çalışma en geniş anlamıyla insan hak ve hürriyetleriyle ilgilidir. Bu hak ve hürriyetlerin zamanla toplumların algılamalarında uğradığı evrim ile tarih boyunca bu yönde girilen zorlu mücadeleler çalışmanın başlangıç eksenini teşkil etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve kesin bir dille yasakladığı, insan haklarının belki de en vahşice ihlal şekli olan işkence ise, çalışmanın esas konusunu oluşturmaktadır.

Çalışma, özellikle Türkiye ölçeğinde bakıldığında, medeni bir ülke olma yolunda ilerleyen ve diğer ileri toplumlarla kıyaslandığında kötü bir demokrasi ve insan hakları karnesine sahip Türkiye Cumhuriyeti'nin yumuşak karnını göstermesi açısından önemlidir. Bunca hukuki ve idari düzenlemelere rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nde görülen davalarının çoğunda bir ülkenin mahkûm olması, insanda ister istemez kemikleşmiş bir sistem bozukluğunu akla getirmektedir. Diğer üye ülkeler ile birlikte Türkiye'ye karşı açılan dava kararlarının incelenmesi, bu yönüyle mevcut sıkıntıya da işaret etmektedir.

1.2. Çalışmanın Denenceleri

D.1. Ülkeler, sahip oldukları demokrasi geleneklerinin köklülüğü oranında insan hak ve hürriyetlerine saygı göstermektedirler. Diğer bir deyişle, yeni yeni demokrasi kültürünü benimsemeye çalışan ya da bu kültüre tam anlamıyla adapte olamayan ülkeler, en sık insan hakkı ihlal eden ülkelerdir.

D.2. Hep yukarıdan aşağıya doğru göndermelerle yönetilmiş, devletçi bir anlayışın en yoğun haliyle hâkim olduğu Türkiye’de, insan hakları ihlallerinin ana nedenin, özellikle kolluk güçleri olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapanların kendilerini devletin esas sahibi olarak algılamaları ve suç işleyenlere karşı koruma refleksine bürünmeleridir.

D.3. Ayrıca, terör ile mücadelenin kendine has zorluklarının da, hak ihlallerinin başlıca sebebinin oluşturduğunu söylemek iddialı olmayacaktır. Çalışmada bir başka hipotez ise, insanoğlunun hangi saik ile işkence yaptığıyla ilintilidir. Ülkenin huzur ve güvenliğinden sorumlu olan organların bu kapsamda belki de en zorlandıkları soru: “Şayet işkence yapılarak öğrenilecek bir takım bilgiler ile terör olayları gibi toplumun büyük bir beladan kurtarılması mümkün olabilecekse, bu saik ile yapılacak işkencenin ‘masum’ karşılanıp karşılanmayacağıdır.”

1.3. Çalışmanın Amacı

Çalışmada, insan hakları kavramının AİHS çerçevesinde ne şekilde algılandığı ve özellikle işkence hususunda AİHS’nin üye ülkelere yüklemiş olduğu yükümlülükler ve denetim mekanizması konumunda olan AİHM’nin, bu yükümlülükler konusunda nasıl bir tavır sergilediği vurgulanmak istenmiştir. Böylelikle, aleyhlerinde AİHM’ye başvurulmuş üye ülkelerin, yapmış oldukları

ihlallerin ekseriyetle neler olduğu ve bu doğrultuda, ÷lkelerin ulusal d÷zlemlerinde daha ne gibi idari ve hukuki d÷zenlemelere ihtiyaç duyacağı g÷r÷lebilmektedir.

1.4. Çalışmanın Yöntemi

Çalışma, insan hakları ve tarihsel süreci ile AİHS ve o çerçevede işkencenin ele alınması aşamalarında bir kaynak tarama çalışması şeklindedir. AİHS’de yer alan işkence ile ilgili hükmünün (3. madde) ihlaline yönelik AİHM’ce incelenmesi aşamasında ise, her bir davanın kendi özel durumunun dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğinden dolayı, “vaka analizi” (case study) yöntemi kullanılmıştır.

1.5. Çalışmanın Bilgi Derleme ve İşleme Araçları

Çalışma, vaka analizi kapsamının dışında, konusunda temel kaynak olarak edilen eserlerin uzlaştıkları ve çeliştikleri noktalar vurgulanarak ortaya konulmuş, vaka analizi kapsamında ise, AİHM’nin ele aldığı ilk davalardan itibaren günümüze kadar tüm davaların işkence yasağı ile ilgili bir derlemesi yapılmış, AİHM’nin resmi sitesinin “insan hakları veritabanında” (HUDOC) yer alan davalardan özellikle içtihat teşkil eden ve sıklıkla diğer davalarda göndermede bulunanlar yorumsal olarak işlenmiştir.

1.6. Çalışmanın Temel Kavramları

“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 verdimen ya da işlenmesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedeni veya ruhi zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameleler” olarak adlandırılan işkence, “insanın sadece insan olmak sıfatıyla kazandığı ve her bireyin sahip olduğı hak ve özgürlükler” olarak adlandırılan insan hak ve hürriyetleri, bunların tarih boyunca izlediğı değışim ve gelişim süreci, hak ve hürriyetlerin korunması ve garanti altına alınması noktasında gelinen nokta, insan hakları ile ilgili uluslararası belgelerin belki de en önemlisi konumunda olan ve “ortak idealler ve ilkelerin belkemiğini oluşturan” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun “denetim organı” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu Mahkeme’de işkence yasağı ihlalinin ele alınması çalışmanın temel kavramlarını oluşturmaktadır.

1.7. Çalışmanın Sunuş Sırası

Çalışma dört kesim halinde sunulmuş olup, ilk kesimde araştırmanın nasıl yapıldığına dair, konusu, önemi, amacı, denenceleri, yöntemi gibi bilgiler mevcuttur. İkinci kesimde ise, kaynak taraması sonucunda derlenen bilgiler doğrultusunda araştırma konusunun kuramsal-kavramsal çerçevesi oluşturulmuştur. Burada, tüm yönleriyle insan hakları ve işkence kavramları açıklanacak ve tarih süreci içerisinde uğradıkları değışimlere değınilmiştir. Bu kapsamda, İslam Hukuku’nun ve Osmanlı Hukuku’nun işkence konusundaki tutumu da ele alınacaktır. Üçüncü kesimde, araştırmanın “vaka analizi” ağırlıkta olmak üzere çözümlemesi yapılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın belkemiğini teşkil eden AİHS çerçevesinde kötü muamelelerin AİHM’de incelenmesi ve verilen kararlar, diğere kaynak bilgilere de dayalı bir şekilde bu kesimde gözden geçirilecektir. Son kesim olan dördüncü kesimde ise, çalışmanın genel bir değıerlendirilmesi yapılmıştır.

İKİNCİ KESİM

İNSAN HAKLARI VE İŞKENCE

2. İNSAN HAKLARI KAVRAMI VE GELİŞİM SÜRECİ

Bu bölümde uluslararası belgelere de yansıyan şekliyle insan hakları kavramının tanımlarına değinilmiş, bütün yönleriyle insan hakları kavramı ele alınmıştır. Ayrıca, insanlık tarihi sürecinde bu hakların nasıl bir değişime uğradığı, bugünkü geldiği noktaya gelene kadar hangi dönemlerden geçtiği incelenmiştir.

2.1. İnsan Hakları Kavramı

“Bütün insanlar özgür; onur ve hakları yönünden eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşçe davranmalıdırlar¹.”

“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 gözetilmeyecektir².”

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin ilk iki maddesine de yansıdığı şekliyle insan hakları, genel bir tanımla, insanın sadece insan olmak sıfatıyla kazandığı ve her bireyin sahip olduğu/olması gerektiği hak ve özgürlüklerdir. Bir bakıma insan hakları deyimi ile tüm insanlara tanınması gereken haklar kastedilmektedir.

¹İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, madde 1

²İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, madde 2

İnsan olmaktan kaynaklanan onur ve değer sayesinde, insanlar temel hak ve özgürlüklere hak kazanırlar. Bu hak ve özgürlükler bütün insanların benzer gereksinimleri olduğu düşüncesinden kaynaklanır (Oruka, 2002:356).

Gözübüyük ve Gölcüklü'ye göre (2003:3) insan hakları, “olana değil, olması gerekene” işaret etmektedir ve “hakların devlet organlarına karşı korunmasının yanında, çok boyutlu insan kişiliğinin geliştirilmesini” de içermektedir.

Hak ve özgürlüklerin algılanması hususu coğrafi anlamda değişiklik gösterebildiği gibi, tarihsel anlamda da, kapsam ve içerik bakımından gelişmeler gösterebilmektedir. Örneğin kimi ülkelerde “kadınlara seçme ve seçilme hakkı”nın tanınması uzun yıllar boyunca görmezlikten gelinirken, kimi ülkelerde bu hak demokrasinin olmazsa olmazları arasında görülmüştür. Ya da, eskiden mutlak ve sınırlanamaz bir hak olarak görülen “mülkiyet hakkı”, zamanla kamunun genel çıkarları gözetildiğinde sınırlanabilecek bir hak olarak algılanmaya başlanmıştır. Esasında, “insan sıfatıyla” bireyin kendisine layık gördüğü bir uygulamayı talep etmesiyle hak ve özgürlükler evirilmektedir. Belki de bunun sebebi, insanın yüzyıllar boyunca birikimini bir bütün olarak beraberinde diğer kuşaklara taşıyabilme ve olaylar karşısında biçimlenebilme yeteneğidir. Elbette bu birikimler ve evirilmeler sürecinde, sosyal bir varlık olan insan, kendi içinde bulunduğu yaşam koşullarını da insanca yaşanır hale getirmek için beklentileriyle beraber alabildiğince değiştirmektedir. Böylelikle, demokrasilerin doğasına uygun olarak, insan hak ve hürriyetleri olarak algılanan hususların kapsamı giderek genişlemektedir (Batum, 1996:17).

Yine, başka bir örnek verilecek olursa, yakın tarihte insanoğlunun yaşamına teknolojinin girmesinin ardından, sosyal yaşam içinde daha önceden eksikliği hissedilmemiş bir takım hakların kendini hissettirmeye başladığı görülür. Toplu taşıma, ulaşım, enformasyon, haberleşme gibi ilk başlarda belki bir lüks gibi algılanabilecek hususlar zamanla birer ihtiyaç halini almış ve resmi otoriteden talep edilir haklar olagelmışlerdir. Aynı şekilde teknolojinin yan etkisi denilebilecek çevre

kirliliğinin hayatı tehdit etmeye başlamasıyla, tarihte belki de hiç akla gelmemiş olan “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı”, insanlığın gündemine en temel haklardan biri olarak oturmuştur. Bu örnekten de anlaşılacağı gibi, hak ve hürriyetlerin durağan bir yapıya sahip olmadığı, sürekli değişen ve gelişen toplumsal yapıyla birlikte, yeni hak ve özgürlük kavramlarının ortaya çıkacağı ve insan hakları anlamında asla son noktanın konamayacağı (Pişkinsüt, 2001:441) aşikârdır.

Günümüzde demokrasi ile yönetilmekte olan ülkelerin, medenileşme olarak geldikleri noktayı işaret etmede, insan hak ve hürriyetlerinin kapsamı ve uygulanma kapasitesi anlamlıdır. Demokratik olarak tanınmak isteyen her devlet, artık evrensel nitelikteki bu hakları tanımak ve en önemlisi korumak ve güvence altına almak zorundadır (Batum, 1996:17).

2.2. Gelişim Süreci

İnsan Hakları kavramının kökenini eski Yunan ve Roma medeniyetine dayandırmak mümkündür. Ancak, o dönem filozof ve devlet adamları her ne kadar fikirleriyle insan haklarının gelişmesine katkı sağlamışlarsa da, toplumun bir parçası olarak insanın devletten bir hak bekleyememesi ve tüm bireylerin eşit olduğunun kabul edilmemesi, insan haklarının evrensel niteliğini karşılayamamıştır.

Orta Çağa gelindiğinde insanın karşısında itaat etmesi gereken feodal otoriteler görülmektedir. İnsan, devletin sınırsız yetkileri karşısında son derece aciz ve korunmasızdır. 1215 tarihinde İngiltere’de imzalanan Magna Carta ile kralın yasalara bağlanması ve yetkilerinin diğer feodal otoritelerle (lordlar, baronlar vs.) paylaşılması tabloyu pek de değiştirmemiştir:

“Özgür hiç kimse kendi benzerleri tarafından ülke kanunlarına göre yasal bir şekilde muhakeme edilip hüküm giymeden tutuklanmayacak veya hapsedilmeyecek veya mal ve

mülkünden yoksun bırakılmayacak veya kanun dışı ilan edilmeyecek veya hangi şekilde olursa olsun zarara uğratılmayacaktır¹,”

Hükümden de anlaşılacağı üzere, inisiyatif yine feodal otoritelere ait olup, onların denetiminde olan hukukun üstünlüğüne dem vurulmuştur. Yani anlaşma, insan hak ve özgürlükleri bağlamında pek de tatmin edici bir düzenleme getirmemiştir. Bu durum, efendi olarak itaat edilecek devletin yanında, onun bir takım yetkilerini paylaştığı feodallerin ve kilisenin de olmasından öteye gidememiştir. Çünkü kilise dahi, insana Hıristiyanlığın gereği olarak değer vermesine rağmen, iş hak ve özgürlüklerin kullanılmasına geldiğinde, her zaman keskin bir sınır çizmiştir. Büyük mücadeleler ile devletten elde ettiği yetkileri açıkçası, halkla paylaşmak istememiş ve her zaman korkulan bir güç olarak kalmak istemiştir. Ancak, yine de 1215 yılında imzalanan Magna Carta'nın demokrasinin Avrupa'da, en azından İngiltere'de yeşermesine neden olduğu da göz ardı edilemez. Magna Carta ile başlayan İngiliz Haklar Bildirgeleri (1628 yılında imzalanan “kanunsuz vergi alınamayacağını ve savunması alınmadan hiç kimsenin tutuklanamayacağını” hükme bağlayan Petition of Rights (Haklar Dilekçesi), 1679 yılında imzalanan “kişinin hâkim kararı olmadan hürriyetinden mahrum bırakılmamasına” ilişkin hükümleri düzenleyen Habeas Corpus Act, 1689 yılında imzalanan “vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini koruyan” Bill of Rights (Haklar Bildirgesi), 1701 yılında imzalanan “herkese yargıca başvurma hakkı tanıyan” Act of Settlement), Amerikan ve Fransız Bildirgeleri gibi gerçek anlamda birer haklar bildirgesi kabul edilmese de, insan hak ve özgürlüklerinin gelişiminde ona ışık tutan önemli belgeler olmuşlardır (Kapani, 1993:42).

Kişi güvenliği, vicdan, söz, basın, toplanma özgürlükleri, mülkiyet hakkı gibi klasik hak ve özgürlükleri ilan eden 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve benzer hususlara değinen 1789 Fransız Devrimi'nden sonra imzalanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, insan hak ve özgürlüklerinin seyrinde önemli birer mihenk taşı olmuşlardır. Ancak, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi sadece kendi vatandaşları için değil, tüm insanlık için doğal ve devredilemez hakları

¹Magna Carta, madde 39.

nitelediğinden evrensel bir içeriğe sahiptir. Ayrıca, farklı olarak “ulusal egemenlik ilkesi”, “erkler ayrılığı ilkesi”, “yasanın genel iradenin ifadesi olması ilkesi” gibi bazı siyasal esaslar ve anayasa esaslarına da değinmiştir (Kaboğlu, 1993:37).

Her ne kadar Fransız İhtilali ve sonrasında ilan edilen Bildirge, Amerikan İhtilali ve Bildirgesi'nin ardından gerçekleşmiş olsa da, Kapani'ye göre (1993:45–47) “Fransız Bildirgesi'nin ifade gücü, üslubunun berraklığı ve çekiciliği ve Fransızcanın o dönemde daha yaygın kullanılması” gibi etkenlerden ötürü Amerikan Bildirgesi'nden çok daha fazla etkili olmuştur. O kadar ki; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, bu bildirgenin bir yansımasıdır adeta.

Amerikan Bağımsızlık Hareketi ve Fransız İhtilali gibi siyasal ve toplumsal devrimlerin kaçınılmaz sonucu olarak yeni düzenlerin kurulmasıyla, insan hakları düşüncesi daha çok bireycilik akımı çerçevesinde gelişmeler göstermiştir (Çeçen, 1995:40). Bu yüzyılın sosyal yaşam anlayışında; adalet, eşitlik, özgürlük, güvence, direnme boyutlarıyla birinci kuşak olarak adlandırılan haklar (yaşama hakkı, düşünce özgürlüğü, ibadet özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, eşitlik hakkı, tarafsız yargılanma hakkı, seçme-seçilme hakkı) yeşermeye başlamıştır. Artık insan, devletçe dokunulmaz olan “özel bir alana” ihtiyaç duymaktadır. Hatta bu alanların güvencesini sağlamak da devletin görevleri arasındadır.

Zamanla, devletin bireyler üzerindeki görevlerinin kapsamının genişletilmesine ihtiyaç duyulmuş ve nihayet 19. yüzyılın başlarında, devletin vatandaşlarına sosyal anlamda hizmet sunmasına ilişkin ikinci kuşak haklar (sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı, sağlık, beslenme, kültür, çalışma hakkı) ağırlığını hissettirmiştir.

Sonraki dönemlerde, dayanışma ve katılım kavramlarının anlam kazanmasıyla, daha çok devletin pozitif yükümlülükleri karşısında pasif konumda olan bireylerin, aktif olarak düzen içinde yer almak istemelerine ilişkin üçüncü kuşak haklar (çevre, barış, gelişme, katılım, seçilme, kültürel mirası koruma hakları) dile getirilmeye başlanmıştır.

Artık hak ve özgürlükler, “başkalarına zarar vermeyecek her şeyi yapabilme serbestîsi” ve “her hangi bir otoritenin insana vermediği, ancak insanın insan olmasından dolayı kazandığı haklar” olarak benimsenmeye başlanmıştır. Devletin bundan böyle görevleri, bu temel hak ve özgürlükleri korumak ve çiğnenmemesi için gereken yükümlülüklerini yerine getirmektir.

2. Dünya Savaşı’nda bu hak ve hürriyetlerin fazlasıyla çiğnenmesinin ardından dünya devletleri, 1945 yılında Birleşmiş Milletler Örgütü’nü kurmuşlar ve bu ihlallerin önüne geçmek için tüm ulusların da benimseyeceği, uluslararası bir nitelik taşıyan belge üzerinde çalışmaya başlamışlardır.

10 Aralık 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile tüm insanlığa sunulması gereken hak ve temel özgürlüklerin çerçevesi çizilmiştir. Bu bildirme sayesinde insan hakları kavramının kapsamı tüm insanlığı içine almış, yani hak ve hürriyetler ulusal boyuttan uluslararası boyuta taşınmıştır.

3. İŞKENCE, TARİHİ GELİŞİMİ VE İŞKENCEYE KARŞI MÜCADELE

Bu bölümde çeşitli açılardan işkence kavramının tanımları yapılarak, tarih boyunca geçirdiği değişim ile işkenceyi önlemek amacıyla yapılan mücadeleler ele alınmaktadır.

3.1. İşkence Kavramı

En geniş anlamıyla, amacı her ne olursa olsun, kim tarafından yapılırsa yapılsın, bireye eziyet etmek, ıstırap çektirmek, acı vermek ve zulüm etmek suretiyle yaşatılan sürece “işkence” denmektedir. **Türkçe Sözlükte**¹ “bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet” anlamına gelen işkencenin uluslararası hukuk belgelerinde farklı tanımlarını görmek mümkündür. Buna göre dar anlamıyla işkence,

“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 düzeltirmek, suç ortaklarını ele verdirme ya da işlenmesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedeni veya ruhi zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muamelelerdir” (Demirbaş, 1992:5).

Yani hukuki anlamda bir eylemin işkence olarak değerlendirilmesi için, “yöneten ve yönetilenlerin bulunduğu bir devlet düzenine” (Demirbaş, 1992:9), resmi bir otoritenin yetkisine ve güdülen bir amacın varlığına ihtiyaç duyulmaktadır, aksi takdirde bu eylem saldırı olarak değerlendirilmektedir. Ancak devlet tarafından onaylanan, ya da devletin bir şekilde yetkisine dayanılarak devlet tarafından görevlendirilen kamu görevlileri tarafından, tanımlanmış amaçlar için uygulanan

¹Türk Dil Kurumu **Türkçe Güncel Sözlük**. (www.tdk.gov.tr) sitesinden alınmıştır.

eziyetin işkence olarak nitelenmesi, kabul edilemez bir tanım olup, acı çeken kişiye yapılan uygulamanın, eziyet ya da zulüm derecesi yeterince şiddetli olduğunda, bunun işkenceden başka tanımının yapılamayacağını ifade edilmektedirler. Nitekim eziyetin mağdurunca, yaşadıklarının hukuki anlamda bir işkence olarak kabul edilip edilmemesi çok da bir şey fark etmeyecektir (Scott, 2003:19).

1975 Dünya Tıp Birliği Tokyo Bildirgesi'nde işkence;

“Yalnız başına veya bir yetkilinin emri altında davranan, bir ya da çok sayıda kişinin; bilgi edinmek, itiraf almak, ya da bir başka nedenle, kasıtlı, sistemli ya da kayıtsızca bir başka kişiye zor kullanması, ona fiziksel ya da ruhsal yönden acı çektirmesi” şeklinde ifade edilmiştir.

AİHS'nin 3. maddesinde, “Hiç kimse işkenceye, zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı cezalara veya uygulamalara tabi tutulamaz.” ifadesiyle işkence yasağı belirtilmiş olup; aynı şekilde AİHM de, içtihat hukuku sayesinde işkencenin unsurlarını belirtmekle beraber, herhangi bir kavram tanımlamasına gitmemiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1975 tarihinde kabul ettiği 3452 sayılı Karar'ın 1. maddesinde işkence; “acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şeklidir” denmektedir.

26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nin 1. maddesinde ise şu tanım yapılmıştır:

“Kendisinden veya üçüncü bir kişiden bilgi veya itiraf elde etmek, kendisinin veya üçüncü bir kişinin işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir suç için cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi sindirmek veya baskı altında tutmak amacıyla veya her türlü ayrımcılığa dayalı nedenlerle bir kişiye kasıtlı olarak ister fiziksel, ister ruhsal olarak şiddetli acı verilmesi veya eziyet yapılması eylemidir.”

Bir olgu olarak işkenceye baktığımızda, Scott'a göre (2003:22–29) işkencenin temelini; intikam hırsı, iktidar, nefret, toplumun kötüyü kanıksaması ve

buna bağı olarak halkın genel psikolojisi oluşturmaktadır. Şiddetli ıstırapı yaşatarak, “en basit ve en yaygın biçimiyle işkence, intikam hırsının hazır, etkili, tatmin edici bir aracı” durumundadır. Bireysel olabildiği gibi, yığınları da kapsayabilen intikam hırsı, aslında bir nevi otoritenin ve iktidarın uzantısıdır. İktidar, kendisine karşı gelen, inanç ve öğretilerini çiğneyen tüm isyan girişimlerini “baskı altında tutarak ve engelleyerek” kendini de meşrulaştırmaktadır. Zulüm veya acımasızlık, istek ve beğenilere karşıt olan, anlaşılmasa da kayıtsız kalınamayan her şeye karşı duyulan düşmanca nefretin de bir ifadesidir. “Nefretin temel potansiyel olarak varlığı, çoğunlukla kendini koruma adına bilinçsiz ya da yarı bilinçli olarak” toplumu şekillendirmektedir. Toplum, kabullendiği bir durumu zamanla benimsemeye ve hoş görmeye eğilimlidir. Bir cezalandırma sistemi olarak işkence ile tanışıklığın, toplum tarafından onaylanmayı, ardından da onu haklı çıkarmayı beraberinde getirdiği bir gerçektir. “Suçlu, cinsel sapık, nefret edilen düşman” gibi bizden fizyolojik, biyolojik ya da psikolojik olarak farklı olana karşı yapılan eziyetin, zamanla müstahak olarak görülen bir ceza haline gelmesi de bundan ayrı bir şey değildir.

3.2. Tarihi Gelişimi

Tarihi gelişimden kasıt, işkencenin seyridir. Yani, işkence uygulamaları ve işkencenin yaygınlaşması, ardından yasaklamaların getirilmesi, nihayet suç kapsamına alınarak faillerinin cezalandırılmasıdır.

Vahşi ve ilkel ırklar döneminden bu yana işkencenin var olduğundan bahsetmek yanlış bir ifade olmayacaktır. Nitekim, işkenceyi bir dini ritüel ya da cezalandırma biçimi olarak kullanmayan ilkel bir ırk yok gibidir. Tanrıların kurban istemeleri, beraberinde farklı olanların cezalandırılmasını ve kavmin topraklarının genişlemesini de getirmiş, bir taraftan dini anlamda tatmin yaşanırken, diğer yanda iktidar hırsı da doyurulmuştur. Öyle ki, sırf Tanrı’ya kurban ihtiyacının giderilmesi gerekçesiyle, ilkel kavimler sürekli birbirleriyle savaşmışlardır.

Zamanla kölelik gibi, artık ele geçen tutsakların kurban edilmekten daha faydalı işlerde kullanılabileceği gerçeği görülmüştür. Böylelikle farklı olmalarının cezasını özgürlüklerini kaybederek çekecekleri gibi, efendilerine de çok büyük imkânlar sağlayacaklardır. Artık efendi ve köle vardır toplumda. Üzerinde her türlü hakka sahip efendi ve yaptığı herhangi bir hatada cezalandırılacak olan kölesi..

İlkel kavimlerde işkencenin uygulandığının bir diğer görüldüğü ortam da, topluluğa kendine kabul ettirmek isteyen bireyin tabi tutulduğu sınavlardır. Günümüz dünyasında bile, hala bu geleneğin hüküm sürdüğü kabilelerin varlığı bilinen bir gerçektir. Yüzlerce yıldır süren bu geleneğe göre, birey o topluma layık bir fert olabilmek için ne kadar acıya dayanıklı ve sağlam olduğunu ispatlamak zorundadır. Bu da akıl almaz işkencelerin tatbik edilmesi demektir.

Antik Yunan ve Roma medeniyetlerine gelindiğinde, işkencenin uygulanması ile ilgili olarak karşımıza iki insan sınıfı çıkmaktadır. İlkel topluluklardaki gibi köle ve özgür insan vardır, ancak, onlardan farklı olarak, Antik Yunan ve Roma medeniyetlerinde mevcut bir hukuk sistemi de söz konusudur. Bu sisteme bağlı olarak uygulanacak işkence, özgür insan ve köle için aynı şeyleri ifade etmemektedir. Örneğin Eski Yunan ve Roma'da hukuki kişiliğe sahip kabul edilmeyen kölelere işkence yapmak olağandı, hatta o kadar ki; işkence ile pekiştirilmeyen kölenin (sanık ya da tanık olarak) ifadesi geçerli bile değildi. Buna rağmen Roma'da, Eski Yunan'dan farklı olarak, hür kişilere işkence yapılması yasaktı. Bu yasak, sadece Roma vatandaşları için değil, tüm hürler için de geçerliydi. (Demirbaş, 1992:9–10).

Yunanistan'da her ne kadar özgür bir insanın tanıklık ya da itiraf için işkenceye tabi tutulması söz konusu değilse de, “ceza olarak” işkence kölelerde olduğu gibi özgür insanlarda da uygulanmaktaydı. İşkencenin o dönemin hukuk sisteminde, ceza olarak kullanımı ile itiraf ettirmek ya da tanıklık yaptırmak amacıyla kullanımı uygulandığı kişiler olarak bu açıdan değişkenlik gösteriyordu. Aynı şekilde Roma'da da özgür insanlar itiraf ya da tanıklığa zorlanmak üzere işkenceye tabi tutulamamaktaydı. Burada her iki medeniyette de (sonraki

medeniyetlerde de benzer şekilde olduğu gibi), özgür ya da köle olmak gibi asaletin sınıflandırılmasının yanında, işkenceyi belirleyen bir diğer faktör daha söz konusuydu: suçun niteliği, yani kime karşı işlendiği. Özgür insanlara işkence yapmamış olmakla övünen, harika Roma hukukunun yaratıcısı Roma’da bile, eğer işlenen suç “hainlik” olarak tanımlanıyorsa, yani Tanrı’ya ya da devlete karşı işlenmiş bir suçsa, suçlanan kişinin hangi sınıftan olduğunun hiçbir önemi kalmıyordu. Bu durumda, itiraf ya da tanıklık için bile işkence artık kaçınılmazdı (Scott, 2002:62–66).

İmparatorluk’un sonraki dönemlerinde, hür kişilerin statüleri yeniden belirlenerek, alçak ve yüksek şeklinde ikiye ayrıldı. Aristokratlar, şövalyeler, çalışan veya emekli olmuş askerler ile onların çocukları gibi yüksek kesim mensupları hiçbir suretle işkenceye tabi tutulamıyordu. Bunların dışındaki alçak kesim ise hür olmalarına rağmen, adeta kölelerle bir tutulur hale getirilmişti. Buna rağmen Roma’da, Tanrı’ya ve devlete işlenen suçların yanında, büyücülük, kalpazanlık suçları da istisna gözetilmeksizin (yüksek kesim dâhil) işkenceyi gerektirmekteydi. Nerdeyse, “işkence olmadan mahkeme dahi yapılamazdı” (Giuseppe, 1962:430).

Aristoteles², kölelere kabahatlerinden dolayı işkence yapılmasını onayladığını ifade ediyordu. Aynı şekilde bir diğer filozof Platon³, Ütopya adlı eserinde, hukukun özgür insanlar ve köleler için ayrı ayrı olmasının gerekliliğine değiniyordu. Bu noktalardan hareketle Scott (2003:62), birçok yazarın aksine Yunanistan’da ve Roma’da işkencenin, hem köleler için hem de özgür insanlar için yaygın olarak kullanıldığını iddia etmektedir. Yunanlı oyun yazarı Aristophanes⁴’in Lysistrata (Kadınlar Savaşı) adlı eserinde, sıklıkla işkence için kullanılan bir tezgâhtan bahsedildiğini söylemektedir. Yahudilere zulüm etmekle ünlenen Kudüs’ün fatihi Epiphanes, Roma sokaklarında aleni olarak işkence yaptırarak halka korku salan Tiberius, en basit suçları bile işkence ile cezalandıran Caligula, koca şehri içindeki insanlarla birlikte yakmaktan çekinmeyen Neron, Hıristiyanları ve

¹Romalı hukukçu Paulus’un sözleri.

²Görüşleri ile Orta Çağ boyunca birçok filozofu etkilemiş, sonraki dönemleri de şekillenmesine yol açmış Yunan filozof (M. Ö. 384–M. Ö. 322).

³Devlet, Yönetici ve Kanunlar adlı eserleriyle ideal devlet anlayışını dile getiren Yunan filozof (M. Ö. 427–M. Ö. 347).

⁴Emperyalist ve savaşı demokrasi karşısında yer alan demagog Yunan filozof (M. Ö. 445–M. Ö. 386).

Yahudileri kendi putlarına tapmaya zorlayan ve itaat etmeyenleri katleden Traianus, hayatına kastettikleri bahanesiyle 400 insanı zalim yöntemlerle öldürten Maximianus, İznik Kilisesi'nde 20000 Hıristiyanı diri diri yakan ve Hıristiyanlığın kökünü kazımakla övünen Diocletianus, İsa'ya küfretmeyen herkese türlü türlü işkenceler eden Severus, Gallus, Decius, Valerius, yönetimi altındaki halka cinsel işkenceler uygulayan Filistin Valisi Urbanus, Romalı yöneticiler olarak Roma Döneminde işkenceyi yeterince gözler önüne sermektedir (2003:152–155).

Bunun dışında Roma'da, her ne kadar o dönemde spor gibi algılsa da, yapılan gladyatör gösterilerinin de bir bakıma işkence olduğunu söylemek mümkündür. Özgür insanları ve asileri eğlendirmek için çoğunluğu kölelerden oluşan dövüşçülerin ölümüne birbirlerine saldırmalarını spor olarak görmek mümkün değildir. Kaldı ki; sporda ne nihai amaç öldürmedir, ne de mutlak bir zorlama söz konusudur. Oysa bu dövüşlerin neredeyse tamamı ölümle bittiği gibi, bir gladyatörün dövüşmekten kaçması da zaten öldürülmesi anlamını taşıyordu (Scott, 2003:67-68).

Orta Çağ Döneminde işkence doruk noktasına çıkmış, meselelerin çözümünde bir yöntem olarak dahi kullanılmıştır. Hatta öyle ki; o dönemde yapılan işkencelerin, St. Severin Kilisesi'nde olduğu gibi kutsal mekânların fresklerine bile resmedilmesinde bir sakınca görülmemiştir. Asırlar boyunca önceki kuşaklardan öğrenilen işkence metotlarına yenileri eklenmiş, var olanlar ise ızdırabı daha katlanılmaz hale getirecek şekilde mükemmelleştirilmiştir. Örneğin beşinci yüzyıldan itibaren, çarmıha germe yönteminin verdiği azap yetersiz görüldüğünden vazgeçilmiş, onun yerine daha azaplı işkenceler uygulanmaya başlanmıştır. Burada önemli olan etken, gerek barbar olarak adlandırılan kavimler istilasının, gerekse haclı seferlerinin doğal sonucu olarak farklı kavimlerde uygulanan çeşitli işkencelerin görülüp benimsenmesi olmuştur. Ayrıca, korkunç savaşçılardan yıldırım için zalimlikte kavimlerin sınır tanımaması da bir başka etkendir ("Tarih Boyunca İşkence", **Panorama**, 1993:13–14).

Önceki dönemlerde olduğu gibi, Hıristiyanlığın kendini iyiden iyiye hissettirmeye başladığı dönemlere gelindiğinde, yine işkence ve zulüm hususunda

“Tanrı”nın etkin ve belirleyici rolünün değişmediği görülmektedir. İlahi dinlerin hoşgörü ve bağışlama öğretisiyle taban tabana zıt olmasına rağmen, farklı olana sapkın gözüyle bakılarak eziyet edilmesi, aslında kendi içinde bir tutarlılığa sahiptir. Pagan dinlerde bile Tanrılar her zaman korkulan, sakınılan varlıklar olmuşlardır. İnsanların en büyük korkuları, onların gazaplarını üzerilerine çekmektir. Bu nedenle, bir taraftan kendilerince kulluğun gereklerini yerine getirirken, çevrelerindeki tutum ve davranışlarını tasvip etmedikleri sapkınların yüzünden gazaba uğramak, bir kavim için hiç de adil olmayacaktır. Nitekim topluluklar, başlarına gelen her büyük felakette günah keçisi olarak Tanrı düşmanını aramışlardır (Scott, 2003:69-70).

İlahi dinlerin tamamında, yoldan çıkmışlara gönderilecek dehşetli bir gazap haber verilmekte ya da önceki kavimlere gönderilen gazaplardan söz edilmektedir. Bu durumda gazap sahibi bir Tanrı inancı, inanan tarafından kendisi gibi olmayana gazap (zulüm) edilmesini bir şekilde haklı çıkarmaktadır. Örneğin Tevrat’a göre, Musa’nın kavminin içindeki yabancılar, halkın arasında aç gözlülük yapıp hoşnutsuzluk yarattıkları için Tanrı’yı öfkelenmiştir ve Tanrı da bunun üzerine bir yıkım göndermiştir¹. İncil’de de,

“İnsanoğlu meleklerini gönderecektir, onlar da insanları günaha düşüren her şeyi, kötülük yapan herkesi onun egemenliğinden toplayıp kızgın fırına atacaklar. Orada ağlayış ve diş gıcirtısı olacaktır²” denmektedir.

Elbette dinlerin öğretici, düzeltici yönleri öne çıkmaktadır, ancak yukarıdaki ayetler ve benzerlerinden güç alarak, art niyetli veya bilinçsiz bir şekilde sayılamayacak kadar çok insana Tanrı adına işkenceler yapılmıştır. Kendisi de bir işkence kurbanı olan İsa’nın o eşsiz hoşgörüsü, iç rahatlığıyla görmezden gelinmiştir. Kalıba uymayanın ya da farklı olanın kötü ve sapkın olarak algılanması, işkence yapılarak acı çektirilmesi (ağlayış ve diş gıcirtısı) için yeterli görülmüştür. Yine İncil’de, Hıristiyanlığı evrensel bir din haline getiren aziz Paulus’un ağzından;

¹Çölde Sayım (Numbers), 11. Bölüm, 4., 10., 33. ayetler.

²Matta, 13. Bölüm, 42.-43. ayetler.

“Aslında başka bir müjde yoktur. Ancak aklınızı karıştıran ve Mesih’in müjdesini çarpıtmak isteyen kimseler vardır. Biz ya da gökten bir melek bile, size bildirdiğimiz müjdeye ters düşen bir müjde bildirirse, lanet olsun ona!¹” denmektedir. Bu durumda, farklı olanın, aynı zamanda doğru da olabileceğine inanmak mümkün müdür?

Demirbaş (1992:9), “politik temelli soy ve aşiret yapısı olan” Yahudilerde, işkenceye pek rastlanmadığını söylemektedir. Ona göre Tevrat’ta da “işkence” yapılmasına dair bir husus mevcut değildir. Her ne kadar Scott (2003:70) “amansız Yahudi ceza anlayışı” diye bir niteleme yapsa da, Tevrat’taki gazap ve Tanrı’nın intikamı² ile ilgili ayetlerden başka bir veriyi kitabında sunamamaktadır. Oysa Hıristiyanlık, Orta Çağ Avrupasını adeta kana bulamıştır.

Eski Yunan’dan ve Roma’dan kalıtsal olarak devredilen ve Roma hukukundan büyük oranda alınan “hainlere” yapılacak işkence, Hıristiyan Kilisesi’nde “Tanrı’ya karşı hainlik” olarak uyarlanarak iyice benimsenmiştir (Scott, 2003:70). Ayrıca, Roma hukukundaki hainin mal varlığına devlet tarafından el konulması ilkesi de Kilise tarafından benimsenmiş ve oldukça büyük boyutta bir mal varlığı, her sapkın ile birlikte, Kilise’nin envanterine kaynak olarak eklenmeye başlamıştır. Bu bir bakıma iktidar ekonomisini de oluşturmaya yaramıştır.

Aslında, Kilise tarafından sapkınlıkla suçlananlar çok eskiden beri cezalandırılmaktaydı. Mesela M.S. 382 yılında, sapkınlıktan suçlu bulunanların infaz edilmesini düzenleyen bir yasa çıkarılmıştı bile. Ancak, ne o dönemlerde, ne de Engizisyon’a kadar, sapkınların Kilise tarafından cezalandırılması hiç de bu kadar acımasız ve amansız değildi (Scott, 2003:81). Bunun başlıca nedeni, Hıristiyanlığın yeterince güçlü olması ve sayıları oldukça az olan sapkınların bir tehlike olarak görülmemesiydi. 13. yüzyılda Papalık tarafından dinden sapmalarının şeytan eseri olarak algılanıp cezaların öldürme şeklinde infaz edilmesine kadar, Kilise işkenceyi

¹Galatyalılar, 1.Bölüm, 7. ve 8. ayetler.

²Tevrat’ta Yehova, “İnsan kanı dökenin kanı dökülür”, “İntikam bana hastır cezasını veririm”, “Putperestlerden, şimdiye kadar görmedikleri bir kızgınlık ve öfkeyle, intikam alacağım”, “Her günahın için seni yedi kat daha fazla cezalandıracağım. Ve bana karşı gelirsen ve beni dinlemezsen; işlediğin günahların karşılığında, başına yedi türlü bela salacağım. Aranıza vahşi hayvanlar salacağım, çocuklarınızı kaçırıp, sığırlarınızı mahvedecek ve yeryüzünde iziniz kalmayacak” demektedir.

onaylamadığı gibi, Papalar açıkça da işkenceyi lanetlemişlerdir¹. Ama zamanla, sapkınların geniş kitleleri etkilemeleri, Kilise'nin otoritesinin sarsılmasına yol açtığı gibi, Hristiyanlık için de bir tehlike arz etmeye başlamıştır. Artık yasal işkence, itirafa zorlamak için hukukun vazgeçilmez bir vasıtası olmuştur² (Demirbaş, 1992:11).

O dönem işkencesi, gerek suçlunun cezalandırılarak adaletin tesisi, gerekse suça meyilli olanlara gözdağı verilmesi olarak algılandığında, bir başka olgunun da varlığı dikkat çekmektedir; halkın beğenisi. Öyle ki; infazın birkaç saniye gibi kısa bir sürede gerçekleşmesinden dolayı “giyotin” ilk yıllarda oldukça zevksiz bulunmuş ve halk hoşnut kalmamış, adeta hayal kırıklığına uğramıştır. Toplanan halkın infazın ardından dağılması esnasında, “Bana tahtadan darağacımı geri verin, darağacımı geri verin!” diye söyledikleri şarkıyla giyotini protesto etmelerinden, nasıl bir beklenti içinde oldukları rahatlıkla görülmektedir. Bir defasında ise Fransızların bu çok beğendiği “asma” işkencesi, ölüm cezasına çarptırılanların sayısı çok yüksek olduğundan (iki yüz on beş kişi) yapılamamış, ancak suçluların infazı “odunluk” olarak tabir edilen odunların üzerindeki direklere her birinin bağlanıp toplu halde yakılması ile ifa edilmiştir. Halk tarafından büyük ilgi çeken bu infazın benimsenmesi ile birlikte, kan dökerek hareket edilemeyeceğinden, kilise adamlarına yasak olan işkence için de formül bulunmuş olmuştur. Gerçi işkence için formül bulmada kilise zaten oldukça yaratıcı ve başarılıydı. 1357’de Aragon, Valence ve Mayorka’nın genel engizisyon yargıçlığına atanan Nicolai Eymerich, dinsel metinlerden ve analizlerden derlediği “**Directorium Inquisitorum**” (**Engizisyoncuların Kılavuzu**) adlı eserinde dönemin ceza yasasında yasal olmamasına rağmen “Engizisyon mahkemesinin büyük ayrıcalığı buradadır, yargıçlar adli yasayı uygulamak zorunda değildirler...” diyerek işkenceye adeta bir kılıf hazırlamaya çalışmıştır. Buna göre, suçlanan kişi cevaplarında kararsızlık gösteriyorsa ya da aleyhinde tek bir kişi bile tanıklık ediyorsa, kendisine karşı herhangi bir suç kanıtı bulunuyorsa, hiçbir tanık olmasa bile inançsızlıkla suçlanıyorsa ve buna ilişkin kuvvetli emareler mevcutsa, geçmişine yönelik bir tanık

¹Papa III. Innocent 1215’te işkenceye karşı olduğunu beyan etmiştir (Demirbaş, 1992:11).

²Papa IV. Innocent 1252’de çıkardığı “Ad Extirpanda” kararname ile işkenceyi tanıyarak, hem sanık hem de tanıklar için serbest ilan etmiştir (Demirbaş, 1992:11).

ifadesi varsa o kişiye işkence rahatlıkla yapılabilecekti (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:13–18).

Benzer bir düzenleme de 1483’te Aragon, Catille, Leon, Katalonya ve Valence’in engizisyon yargıçlığına atanan Tomas de Torquemada tarafından yapılmıştır. Büyük oranda Eymerich’in eserinden esinlenen Torquemada, “Instructions” (Talimatlar) adlı eserinde yargıca gerçeği aramada yalan ve kurnazlık yetkisini vermekte, istenilen cevabı alamadığı sürece işkenceye başvurabilmesine olanak sağlamaktadır. Şöyle ki; yargıcın elinde kısmi ve tamam olmayan delil varsa ve suçlu ona atfedilen hataları inkâr ediyorsa, gerçeğe ulaşmak için işkence elzendir. Hatta bir ya da iki engizisyoncunun itirafları toplamak amacıyla işkence yapılması şart koşulmuştur (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:17).

Farklı inanç yapısında olan Albi Heretikleri (Heretic Albigenses¹), özellikle Roma Katolik Kilisesi’ni derinden sarsınca, Papa Innocent III, bunların soruşturmalarını yapacak, onları gerekirse cezalandıracak sorgucular (inquisitors) oluşturmaya karar vermiştir. Bu sorgucuların başına (sonradan aziz ilan edilecek olan) Dominik’i atayıp, onu ve diğer sorgucuları Roma Katolik ülkelerine görevli yollamıştır. Ancak, Papa Innocent III’ün hayal ettiğinin, bu şekilde gezgin bir sorgulama olmadığını anlayınca, bu sorgulayıcıları geri çağırarak, daha sabit ve daha düzenli bir sorgulama yapılabilmesi için Engizisyon Mahkemesi’nin kurulmasına karar vermiştir. Böylece, 1233 yılında Toulouse/Fransa’da ilk Engizisyon faaliyetine başlamış, başına da yine aynı sorgucu Dominik, baş Engizisyoncu olarak atanmıştır². Otuz yıl sürecek olan Albi sapkınlarının kökünü kazıma seferberliğinden, takip eden yıllarda, benzeri şekilde sapkın mezhep olarak görülen Apostolik mezhebi üyeleri de nasibini alacaktır.

Başta gelen ya da gelebilecek bir Tanrısal felaketin bertaraf edilmesi için, sapkının suçunu kanıtlamanın toplum adına hayati bir anlam taşımasıyla birlikte, Engizisyon’un içine kaçınılmaz bir şekilde işkence girivermiştir. Suçu kanıtlamak ve

¹Reformcu bir Fransız-Hıristiyan mezhebi.

²<http://www.jesus-is-lord.com/inquist1.htm> sitesindeki metinden alınmıştır.

itirafı elde edebilmek için başvurulacak her yol ve yöntem meşrudur artık. Uygulanacak olan işkenceye hukuki bir zemin de hazırlanmıştır böylece.

Scott (2003:72), burada Engizisyon ile ilgili olarak,

“sokak kanunlarının, Devlet/Kilise kanunlarından önce ortaya çıktığını ve sapkınlığından şüphe duyulan kişiye Engizisyon tarafından işkence yapılmasının onaylanmasının, halkın katkılarıyla ancak mümkün olabildiğini” söylemektedir. Ona göre, Kilise'nin yaptığı sadece, sapkınlığa karşı seferberlik başlatan histerik güruh halindeki halkın kaba uygulamalarının, düzenli bir cezalandırma sistemi tesis edilerek kontrol altına alınmasından ibarettir.

İlk önce Fransa/ Toulouse'da kurulan, ardından Aragon Krallığı, sonraları Almanya, Hollanda, İspanya, Portekiz ve Fransa'da giderek yayılmaya başlayan Engizisyon ile birlikte zamanla yargı sistemlerinde işkenceyi kullanmayan (İskandinavya'nın haricinde) Avrupa ülkesi neredeyse kalmamıştır. Hatta Engizisyon'un gücünün bulunmadığı ülkelerde bile, gerek kilise mahkemeleri, gerekse de medeni mahkemeler işkenceyi sıklıkla sorgulamalarında kullanmışlardır (Scott, 2003:78–82). İşkence, sadece Engizisyon Mahkemesi'nin bir parçası değil, aynı zamanda Avrupa ceza hukukunun da başlıca belirleyicisi olmuş, yasalar¹ artık şüphelilere bile ikrar için işkenceyi gerekli görmeye başlamıştır (Demirbaş, 1992:12).

Papa Innocent III ve Papa Gregory IV'ün zamanlarında olduğu gibi ilk dönemlerinde göreceli de olsa sorgulamaları fazla acımasız olmayan ama şiddet dozu giderek artan Engizisyonların arasında, bu anlamda en zalimi İspanyol Engizisyon'u olmuştur. Hatta o kadar ki; Krallar² bile Engizisyon'un ileri gelenlerin keyfiyetinden çekinir olmuşlardır. Onların bile kendini güçsüz hissettiği bu topraklarda, farklı din

¹1507'de Schwarzenberg tarafından kaleme alınan Constitutio Criminalis Bambergensis (madde 23–29). Daha sonra bu yasa, Imperial Legislation (İmparatorluk'a Ait Yasama) için model olacaktır (Demirbaş, 1992:12).

²II. Philip'in oğlu veliaht Don Carlos, Engizisyon aleyhinde görüş beyan ettiği için ölüme mahkûm edilmiştir (Scott, 2003:101).

veya mezhepten olanların (Protestan, Yahudi, Albi, Apostolik gibi) uğradıkları akıl almaz zulümleri kestirmek zor olmayacaktır¹.

Haziran 1391’de Mesihçi misyonerler tarafından kışkırtılan kalabalık bir halk kitlesi Seville’nin Yahudi bölgesine girerek karşılarına çıkan herkesi katletmiştir. Devamında, Barselona, Valence ve Toledo’da infazlar baş göstermiştir (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:16–17).

Engizisyon, “sapkınlık” terimini öyle geniş boyutta yorumlamaktaydı ki; sadece inanç konusunda değil, düşünce de bile en küçük bir özgürlükten bahsetmenin imkânı yoktu. Engizisyon’un eline düşüp işkenceye uğramadan, bu kurumun eleştirilmesi yahut kötülenmesi söz konusu olamayacağından, meşrulaştırdığı işkenceyle halka korku salan ve bu korkular beslenen kurum nerdeyse 500 yıl boyunca Avrupa ülkelerini kasıp kavurmuştur (Scott, 2003:91–92). Öyle ki, cadı ve büyücü avı sonucunda binlerce insan cezalandırmak üzere işkence ile öldürülmüş², Protestanlar ve Katolikler birbirlerine katliamlara³ varan işkenceler yapmış, adi veya nitelikli suçların nerdeyse tamamında suçlulara işkence uygulanmış ve Avrupa’da işkence hayatın bir parçası haline gelmiştir. İşkence cezasında yapılan düzenlemelerle, infazcıların bütün haklara sahip olarak bir mesleği ifa etmeleri bile sağlanmış, Almanlarda olduğu gibi kimi dönemlerde bu şahıslar soylular katına bile çıkarılmıştır. Ölüm cezasına çarptırılmış bakirelerin kızlığını bozmak⁴ gibi imtiyazlarla, işkence gören mağdurun derisi, kafası, vücut yağı hatta cinsel organı gibi vücudunun parçalarını⁵ satarak ticaret yapmasına izin vermek suretiyle, meslekleri cazip hale getirilmiştir. Böylelikle yüklü kazançların elde edildiği, infazın şekline göre, her bir cellâdın işinin tarifeye bağlandığı bir sektör de ortaya çıkmıştır (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:20–21).

¹<http://www.aish.com/literacy/jewishhistory/> sitesindeki metinden alınmıştır.

²“Auto da fé” denilen Engizisyon kararıyla suçlu ateşe atılarak diri diri yakılırdı (Scott, 2003:72).

³İrlandalı Katoliklerin, İngiliz Protestanlara karşı 1642’de yaptıkları Kilkenny ve Sligo kasabalarındaki katliamlarda olduğu gibi (Scott, 2003:108-110).

⁴ İmparator Tiberius’un bakanı Sejan’ın kızı bu cezaya çarptırıldığında sadece 7 yaşındaydı.

⁵Yirminci yüzyılda Kızıl Kmerlerin, işkenceyle öldürdükleri insanların safra keselerini “güçlendirici” olarak topladıklarını düşününce, o dönemi pek de yadırgamamak gerekiyor. (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:36).

Scott (2003:117), Avrupa'nın dışındaki ülkelerin de işkenceye yaklaşımlarında pek bir farklılık olmadığını söylemektedir. Her ne kadar Kral ya da Danışma Meclisi'nin vereceği özel talimatlar ya da belgelerle istisnai olarak işkence etme yetkisi verilmiş olsa da, yasal işkencenin asla tanınmadığı İngiltere haricinde, Avrupa ve dünyanın diğer kıtalarında sıklıkla işkenceye başvurulduğu görülmektedir. Örneğin Çin, işkence teknikleriyle birlikte adı anılan bir ülke olmuştur. Hakeza Japonya'da mahkemeler, Çin'deki gibi kanıt elde etmek veya ikrar için işkencenin yapılmasını meşru saymışlardır (2003:122). Yine Japonya'da, özellikle on yedinci yüzyılda Hıristiyanlıktan ülkenin arındırılması adına, bu dine mensup insanlara karşı acımasızca işkenceler yapılmıştır (2003:124). Tüm doğulu uluslarda olduğu gibi Japonya'da da, ceza sistemlerinin esasını "kısasa kısas" ilkesi oluşturmuştur. O nedenle verilen cezaların genelini bedensel cezalar teşkil etmiştir. Hindistan'da işkence o kadar yaygın bir gelenek şeklindeydi ki, dini suçlardan başka adi suçlarda bile işkence olarak bedensel ceza sürekli uygulanmaktaydı. Hatta İngiltere Hindistan'ı işgal ettiğinde, işkencenin buradaki insanların yaşamının bir parçası haline geldiği görülerek İngiliz Hükümetince de işkence onaylanmıştır (2003:127). Suçluların cezalandırılmasının yanında, kast sisteminin hâkim olduğu bu ülkede, hizmetçilere sıklıkla efendilerince bedensel cezalar uygulanabilirdi. Aşar vergisi toplamak üzere görevlendirilen devlet memurlarınca bile işkencenin yoğun olarak uygulandığı dönemin parlamento raporlarına¹ yansımıştır (2003:128). Christopher Columbus'tan itibaren uygulanan köle ticaretleriyle insan etinin mal olarak satılmasıyla, Batı Hint Adaları ve Amerika Birleşik Devletleri'nde özellikle kırbaçlama şeklinde zenci ya da melez kölelere işkenceler uygulanmıştır. Çoğu zaman verilen cezanın, efendi tarafından kifayetsiz gelmesiyle sonucu sakatlamalara ve hatta ölüme varan bedensel cezaların verilmesi az görülür vakalar değildi. Louisiana Eyaleti'nin Medeni Hukuku'nda, "köleleri cezalandırma hakkının efendisinin iradesine ait" olduğuna dair bir madde mevcut olup, 1740 tarihli Millet Meclisi Hükmü'nde köleye zalimce bir ceza verilmesi durumunda, bu zalimliği yapan kişinin her suç karşılığında 100 pound para ödeyeceği yazılıdır. Yani, kefaleti ödenmek kaydıyla böylesi bir zalimlik neredeyse serbest bırakılmıştır (2003:144).

¹Madras Eyaleti'ndeki işkence iddialarını araştırmakla görevlendirilen Komisyon'un 1855 yılında Parlamento'ya sunduğu rapor (Scott, 2003:128).

On dokuzuncu ve yirminci yüzyıla gelindiğinde de, bir başka anlatımla Modern Çağda bile devletlerin işkenceden pek vazgeçemedikleri görülmektedir. Sovyetlerin Birliği'nin kurulmasından önce Bolşevikler'e yapılan acımasızca eziyetler, Bolşevik ihtilalinin ardından bu kez Bolşeviklerce yapılmıştır. Kendilerine karşı düzenlenen entrikaların farkında olan Lenin, gerek bu tür saldırı ve sabotajları önlemek, gerek kendi politikalarından farklı bir politika güdenleri (suçluları) yakalamak için görevlendirilecek bir gizli servisin kurulmasını önermiştir. "Tcheka" adı verilen bu servis, Polonya asıllı Dzerjinski tarafından 1917'de oluşturulmuştur. Asıl amacı halkı sindirmek olan Tcheka'nın başında bulunan Dzerjinski'nin, bir basın açıklamasında, "Düzenli bir terör rejimi uygulayacağız. Bu devrimin kaçınılmaz bir sonucu, mutlak bir ihtiyaçtır. Kökleriyle birlikte suçları ortadan kaldırmak için Sovyet Hükümeti'nin bütün düşmanlarına karşı terör uygulayacağız. Tcheka, bir adalet divanı değildir. Tcheka, Kızıl Ordu'nun devrimi koruyan bir uzantısıdır. Çünkü Kızıl Ordu'nun da tek amacı burjuvaziye karşı yapılan devrimin sürekliliğini sağlamaktır. "Bu yüzden Tcheka kendini, Devrim'i korumak için verilen savaşı, kimi zaman bir masumun ortadan kalkmasına yol açsa da, düşmanı yok etmek zorunda hisseder", şeklinde söylediği sözleri, Bolşeviklerin tutumunu gözler önüne sermektedir. Nitekim daha ilk günlerde Ulusal Ekonomi Yüksek Konseyi'nde, Ticaret Komiserliği'nde, hatta meyve, sebze, et bürolarında çalışan onlarca kişi "hain" olmakla suçlanmış ve gizli bir yargılamanın ardından hemen idam edilmişlerdir. Yine, Bolşeviklerin hasımı durumundaki "Menşevik Parti" üyesi olmakla suçlanan birçok kimse tutuklanarak, türlü işkencelere maruz bırakılmıştır. Sonraki dönemlerde, kurtulanların anlatımlarından işkencelerin ne kadar korkunç olduğu, kişiyi "adeta yaşanan bir ölüye" dönüştürdüğü anlaşılmaktadır. En kötüsü ise, mağdurların işlemedikleri suçlardan dolayı düzenlenen sahte itiraflarla suçlu bulunmuş olmalarıdır. Bilinçli ve organize polisler, yıldırım istedikleri herkesi böylelikle işkenceden geçirme fırsatı bulabiliyorlardı ("Tarih Boyunca İşkence", **Panorama**, 1993:31-32). Aynı örnek Çin'de de yaşanmıştır. Komünistler ve anti-komünistler arasında yaşanan vahşet, asla unutulmayacak şekilde tarihte yerini almıştır. 1927'de Kanton kentini ele geçiren komünist birlikler, yöre halkından kendilerine katılmayanları, türlü işkenceler ederek öldürmüşlerdir. Kısa bir süre sonra kent el değiştirince, aynı işkenceler komünistlere ve yandaşlarına yapılmaya

başlanmıştı. Aslında mazlumun, zamanla eline fırsat geçtiğinde acımasız bir zalim olduğu gerçeği tarihin daha birçok döneminde kendini göstermiştir.

Shakspeare'in, her ne kadar diğer eserleri kadar ses çıkarmasa da "**Merchant of Venice**" (**Venedik Taciri**) adlı oyunu, bir bakıma insanların bu yönüne işaret etmektedir. Venedikli Tacir Antonio, Yahudi bir tefeci olan Shylock'tan aldığı borcu ödeyemeyince, Shylock buna karşılık olarak onun vücudundan yarım kiloluk bir et parçası ister ve böylelikle ödeşmiş olacaktı. Ancak, Shylock'un verdiği borcu işkence gibi tuhaf bir yoldan istemesinin ardında başka nedenler vardır. Bu sahneden evvel, modern ve medeni Venedik'te sırf Yahudiliğinden dolayı insanların uğradıkları aşağılanma ve zulüm gözler önüne serilir. Artık bir Venedikli, aşağılanmış bir Yahudinin eline düşmüştür ve zaman onun zamanıdır.

İhtilaller ve savaşları da, işkenceden ayırtırmak mümkün değildir. Düşman, zaten karşı tarafta saf tutarak göreceği zulmü çoktan hak etmiştir. Ya da zaten aynı zulmü daha önceden o yapmıştır. 1917 Bolşevik İhtilali, 1914–1918 Birinci Dünya Savaşı, 1937–1938 Japon-Çin Savaşı, 1939–1945 İkinci Dünya Savaşı, insanlığın Modern Çağda gördüğü en vahşet dolu dönemler olmuştur. Tecavüz, işkence ve terör ayıbı bu yüzyılda da insanlığın peşini bırakmamıştır. Amerika'da çok yakın bir zamana kadar zencilerin linç edilmeleri, İrlanda Cumhuriyetçilerinin terör eylemleriyle masum insanları katletmeleri ve aynı vahşilikte İngiliz Hükümeti'nden karşılık görmeleri Orta Çağ karanlığını aratmayacak niteliktedir (Scott, 2003:278-280).

İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası doktorlarınca bilimsel araştırmalar adı altında binlerce insan üzerinde insanlık dışı deneyler yapılması, tarihin diğer bir kara sayfasıdır. Kimi zaman düşman devletlerin ilerlemesinin önüne geçecek bir çözüm bulmak, kimi zaman "arien" (saf) ırkı yaratmak için özellikle hakir görülen Yahudi, Slav ve Çingeneler ile topluma uymayan homoseksüeller, zihinsel özürlüler ve sakatlar üzerinde en acımasız işkenceleri aratmayacak deneyler yapmışlardır. Böylelikle, insanlığın hizmetinde olan tıp da işkencenin bir parçası

haline getirilmiştir. Dr. Rascher, “organizmanın ileri derecede oksijen azalmasına nasıl bir tepki verdiğini” gözlemleyerek, İngiliz yüksek irtifa uçaklarının kazandığı üstünlüğü ele geçirmek istemiş ve bunun için esirler üzerinde atmosfer basıncını ve oksijeni azaltarak çoğu ölümlerle sonuçlanan deneyler yapmıştır. Benzer amaçla, denize düşmüş Alman pilotların hemen kurtarılmasına rağmen kısa sürede ölmelerinin sebebini anlamak için, buz dolu haznelerde esirleri yüzmeye zorlayarak ne kadar süre ölüme dayanabildiklerini incelemiştir. Dr. Deriny, kısırlaştırma ile ilgili olarak esir kadınların üzerinde yaptığı çalışmalarda, hiçbir anestezi yapmadan ve steril olmayan ortamlarda ameliyatlar gerçekleştirmiştir. Her biri beş-on dakika süren ameliyatlarda, çoğu zaman ellerin yıkanması bile ihmal ediliyordu. Bir başka kısırlaştırma ile ilgili çalışma da Himmler’e aittir. Himmler, 29 Nisan 1944 tarihli X ışınlarıyla erkeklerin hadım edilmesine dair raporunda, “Bu metotla erkeklerin hadım edilmeleri hemen hemen imkânsızdır. Çünkü çok masraflıdır. Oysa cerrahi hadım etme sadece yedi ile on dakika sürer. Yani daha kesin ve çabuktur.” demektedir (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:25–26).

Çektirilen acı kimsenin umurunda bile değildir. Sokaklardaki başıboş köpeklerin kısırlaştırılmasından hiç de farklı görülme, Alman ırkına yakışmayan ucubelerin kısırlaştırılarak tarihten silinmeleri o an için daha önemli olup, ne Hipokrat yeminine, ne de hasta haklarına ayıracak vakit yoktur. “Ölüm Meleği” olarak ünlenen Dr. Joseph Mengele, adı geçen diğer doktorlardan çok daha farklı konumdadır. Tıp bilimini adeta işkencenin emrine sunan Mengele, ırklarla ilgili yaptığı çalışmalarda birçok esirin acılar içinde ölmesine sebep olmuştur. Tıbbi sorumlu olarak, esir kamplarına getirilen esirlerden, çok genç, çok yaşlı, çok hasta veya çok zayıf olanları gaz odalarına gönderilmek üzere ayıklamış, geriye kalan sağlıklılar üzerinde akla gelmeyecek deneyler yapmıştır. Özellikle ikizlik ve irsiyet ile ilgilenen Mengele, cücelerin, biçimsizlerin fiziksel anomalilerini, Yahudi ırkının aşağılığını ve kendi arien ırkına üstünlüğünü gösteren örnekler olduğunun ispatına girişmiştir. Birçok ikiz bu deneylerde Dr. Mengele tarafından, doğrudan kalbine yapılan bir kloroform iğnesi ile öldürülerek her bir parçası anatomik olarak ölçülüp karşılaştırılmak üzere parçalara ayrılmıştır (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:24–25).

Dachau, Mauthausen, Ravensbruck, Birkenau, Treblinka, Auschwitz gibi toplama kamplarında, gerek gaz odalarında, gerek fırınlarda, gerekse tıp işkenceye alet edilerek deney kisvesi altında milyonlarca insana zulüm edilmiştir. Adolf Hitler'in Mein Kampf (Kavgam) adlı eserinde yer alan, "Devlet, vücut yapısı bakımından hasta olan ve kalıtsal olarak risk taşıyanların dünyaya getirilmesinin iğrenç olduğunu açıklamak zorundadır" şeklindeki sözleri, hasta bir zihniyetin nasıl tüm bir toplumu esir alabildiğinin göstergesidir adeta ("Tarih Boyunca İşkence", Panorama, 1993:25).

Yakın tarihte, Kamboçya'da hüküm süren (Nisan 1975-Aralık 1978) Kmerlerin kendi halkına karşı giriştiği vahşet de, yeryüzünden işkencenin silinmesinin ne denli zor olduğu konusunda insanlığı ümitsizliğe sevk etmektedir. Üç yıl sekiz ay kadar süren hükümler boyunca Kmerler, en ilkel işkence yöntemlerini kullanarak kendi halkından iki milyona yakın kişinin ölümüne sebep olmuştur. "Anghar¹" adı verilen bir organizasyon içinde, tamamen farklı olan ve geçiş dönemi olmayan bir toplumun inşası hedefleniyordu. Bunun için bir milyon kişinin yeteceği düşünülerek, safra olarak görülen ülkenin genler haricindeki tüm fazlalıklarının atılmasına çalışılmıştır. Ancak bunu yaparken o kadar acımasız olmuşlardır ki; kendi halkına karşı insanın nasıl bu kadar acımasız olabileceğini anlamak mümkün değildir. Sırf acı içinde kıvrılarak ölmesi için on binlerce insanın boynu palmye yapraklarının tırtırlı kesimi ile yavaş bir şekilde kesilmiş ve yine ölüm hemen gerçekleşmesin diye sayılamayacak kadar çok insan, başlarına naylon poşetler geçirilerek boğulmuştur. Halkını o kadar hakir görmekteydiler ki; değmeyeceği için mermi harcamaya bile gerek duymamışlardır. Süngülenmek, aileleriyle beraber canlı canlı gömülmek ya da boğularak ölmeleri için Hint kenevirinden yapılan çantaların içine diri diri dikilmek yaşamın bir parçası haline gelmiştir. Anghar (organizasyon)'ın gücüne güç katmak için, öldürülenlerin safra keseleri "güçlendirici" olarak sökülmekteydi. Halkın acısını daha çok artırmak için, sahte kıtlık ortamı bile yaratılmış, kendilerine boyun eğenleri hayvan yerine koyup, tarlalarda öküz yerine sabana koştuktan geri kalmamışlardır ("Tarih Boyunca

¹Kamboçya dilinde "organizasyon" olup, Kmerlerin yapmaya çalıştığı organizasyonu ifade etmektedir. ("Tarih Boyunca İşkence", Panorama, 1993:34).

İşkence”, **Panorama**, 1993:34–36). Diğer tüm toplumsal vahşetlerle kıyaslandığında, Kmerlerin adeta birbirleri ile zalimlikte yarışarcasına bu vahşeti hem de kendi öz halkına yapmış olmasının (oto-soykırım) ve ülkeyi “ölüm tarlaları”nı çağrıştıracak kadar çok ceset bırakmasının izahı mümkün değildir (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:34).

Yine Modern Çağda, suçla ile mücadelede devlet görevlilerinin uyguladıkları yöntemler Engizisyon işkencesini aratmayacak nitelikte olmuştur. Sanığa suçunu itiraf ettirmek, delillerin yerini söyletmek ya da suç ortaklarını ele verdirmek için türlü kötü muameleler yapılmıştır. Scott’a göre (2003:281–282), “üçüncü derece” olarak adlandırılan bu muamelelerin en kötü tarafının, yöntem ve amaçlarının resmi olmamasından dolayı keyfi olması ve herhangi bir sınırlama ve düzenlemeye tabi tutulmamasıdır. Psikolojik veya fiziksel anlamda yapılan vahşetin hiç şüphesiz sadistlik parametresi olabileceği gibi, belki de en ürkütücü yanı; bu işkenceleri yapanların aslında yaptıklarının doğruluğuna ve gerekliliğine inanıyor olmalarıdır. Yani, yaptıklarının suç olduğunu bile bile, kamunun ve devletin yüksek menfaatleri için bu riski göze alıyor olmalarıdır¹. Akçam’ın kitabında sunuş bölümünü yazan Jan Philipp Reemstma, insan davranışlarının genelde en az şiddet kullanımına doğru eğilimli olduğunu belirtir ve birey ya da grupların, çıkarları doğrultusunda hareket edeceğinden, çıkarlarını korumak için gerektiğinde şiddeti de kullanacağına değinir ve bu noktada şiddet kullanımı ile çıkarların korunmasına yönelik gösterilen direnişin aynı şey olarak algılanmansa karşı çıkar. Çünkü ona göre, amaca ulaşmak için ne kadar şiddetin “gerçekten gerekli” olduğunu ölçmek mümkün olmadığı sürece “anlamsız bir vahşetten” bahsetmek söz konusu olacaktır (Akçam, 1995:11–12). Yine Reemstma, Theodore W. Adorno², dan yaptığı bir alıntıda benzer bir noktaya değinmiştir. Ona göre, en liberal toplumlarda bile toplumun işleyişinin rekabetle şekillenmesi sadece görünürdeki bir olgudan ibarettir. Toplum, çoğu zaman dolaylı da olsa bedensel şiddet tehdidiyle ayakta tutulur ve

¹Ünlü hukukçu Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Manisa işkencecileri olarak bilinen sanıkların savunmalarını dinlediğinde, “aslında onların bunu devletin menfaati için yapıyor oldukları ve başka da bir art niyetleri bulunmadığı” şeklinde görüş bildirmesi, buna somut bir örnektir. (Alıntı, www.halkinsesi-tv.com/arsiv/2005/12Ocak2005.html sitesinden yapılmıştır).

²Frankfurt Okulu’nun “eleştirel kuramı”nın felsefi mimarlarından olan Alman düşünür, kökenli reaksiyonlara hazır olmanın temelini, kişinin sosyalleşme döneminde atıldığına dair araştırmalarıyla tanınmıştır ve “otoritarizm” biliminin öncülerindedir.

“potansiyel düşmanlıklar” bu olguyla beslenir (Akçam, 1995:12). Kapalı kapılar ardındaki işkencenin kontrol edilemezliği de bu gerçekte yatar.

3.3. İşkenceye Karşı Mücadele

Yüzyıllar boyunca tüm dünyada uygulanmaktan vazgeçilmeyen işkenceye karşı, en başından beri mücadeleler verilmesine rağmen bu kadar geç sonuçlarının alınmasının esas nedeni, toplum olarak insanların işkenceyi aslında bir ihtiyaç olarak görmesidir. Adalet ve hakkaniyet hissini tatmin eder görünmesi onu hep vazgeçilmez kılmıştır.

Scott (2003:295 ve 304), işkenceye karşı çıkılmasının nedenleri arasında, işkencenin suça karşı mücadelede yararsızlığını, cezalandırma biçimi olarak işkencenin, aksine suçu ortaya çıkardığını saymaktadır. Ceza sistemlerinde amacın, suçun önünü kesmek ve suçluyu ıslah etmek olduğu düşünülünce, çoğunlukla ölümle sonuçlanan işkence cezalarında herhangi bir ıslah gayretinden bahsetmek mümkün değildir. Gerçi geçmişte verilen cezaların aleni olarak en acımasız şekilde infazı ile ıslah etmeden ziyade, diğerlerine korku salarak caydırmak daha ön plana çıkmaktaydı; ancak bu bir bakıma o dönemler için mantıklı gibi gelse de; bir anlık öfkeyle ya da kişinin tüm benliğiyle inanarak işlediği suçlarda, bu tür korkuların aslında pek de etkili olmadığı bilinen bir gerçektir. On binlerle ifade edilen infazların devam etmiş olması bunun en somut ispatıdır.

Ceza olarak şiddetin uygulanması, ister istemez suçlunun üzerinde toplumdaki uzaklaştırılmış hissi ile birlikte, cezanın şiddetiyle doğru orantılı olarak vahşileştirici bir etki de yaratmaktadır. Korkunç bir cezalandırma biçiminden korkan suçlunun bunu örtbas etmek amacıyla yeni suçlar işlemesi, yine cezanın şiddetinden dolayı suçlunun, bunu ona reva gören halka karşı daha büyük bir kin beslemesi, ya da cezalandırma süresi ve şiddetine bağlı olarak suçlunun eziyete karşı duyarsızlık geliştirmesi ve suçlunun adeta insanlıktan çıkması buna örnek olarak gösterilebilir.

İşte bu gibi nedenlerin varlığı, en muhafazakâr işkence taraftarları arasında bile, aydın refleksine sahip hümanist kişileri farklı dönemlerde muhalif kimliğine büründürmeye yetmiştir.

Seneca¹, Cicero², Aziz Agustinus³ gibi büyük düşünür, Ulpianus⁴, Tertullianus⁵ gibi ünlü hukukçu Romalılar, dönemlerinde işkencenin bir yargı yöntemi olarak kullanılmasına karşı çıkmışlardır. Yasal işkence, yani devletin yargı sisteminde resmi olarak işkencenin kullanılmasına izin vermesi, nerdeyse tüm dönemlerde aydınlar tarafından olduğu kadar halk tarafından da en çok karşı çıkılan konu olmuştur. Ancak, Scott'ın da üzerinde durduğu üzere, işkenceyle mücadele için sadece bunu ilke olarak benimsemek yeterli olmayacaktır; nitekim Magna Carta (1215)'dan itibaren çıkan tüm yasalarda, hangi koşullarda uygulanırsa uygulansın işkencenin hukuka aykırı olduğunun benimsenmesi ve yasaklanması, yüzlerce yıl boyunca İngiltere'de cezalandırma aracı olarak kullanılmasına engel olamamıştır (2003:146–147).

Elbette yukarıda da değinildiği üzere, Magna Carta, Petition of Rights, Habeas Corpus Act, Bill of Rights, Act of Settlement gibi yasalar, dönemlerindeki insanların hiç alışık olmadığı kadar ilerici yapıları sayesinde, insan hak ve özgürlükleri konusunda toplumlarda bilinçlenmesindeki rolü göz ardı edilemez. Onların etkileriyle, diğer devletler de vatandaşlarına buna benzer haklar tanıma konusunda kendilerini baskı altında hissetmişlerdir.

Yine, Almanya'da 1532 yılında V. Charles tarafından ilan edilen “Constitutio Criminalis Carolina⁶” ile 1670 yılında Fransa'da yürürlüğe giren

¹İmparatorluk politikasına yol veren, Romalı filozof, devlet adamı, hatip ve tragedya yazarı (M.Ö. 4–M. S. 65).

²Batı dünyasının felsefeyi öğrenmesini sağlayan, Roma'nın siyasi tarihinde Konsül sıfatıyla büyük bir rol oynayan Romalı yazardır (M. Ö. 106–M. Ö. 43).

³Ruhun vücuttan ayrı olduğunu ve bu nedenle onunla beraber yok edilemeyeceğini belirten Patristik Dönem'in en önemli Hıristiyan düşünürü (354– 430).

⁴Adaleti herkese hakkı olanı vermek ve verilen zararı öde(t)mek olarak tanımlayan ünlü Romalı Hukukçu. Kudüs fatihi olarak bilinen Romalı yönetici Antiokhos Epiphanes tarafından kırbaçlanmış ve sonra da bir köpek ve zehirli yılanla aynı torbada denize atılmıştır (bilinmiyor– 228).

⁵Hıristiyan filozof ve teorisyen. “İnanıyorum, çünkü saçma!” sözleriyle, dinin mantıktan ziyade, inancın üzerine kurulu olduğuna yaptığı vurguyla tanınmıştır.

⁶Almanya'nın ilk Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunu.

“Kararname¹” ile işkence ile ilgili olarak yargılama hukuku üzerinde yapılan bir takım düzenlemeler, mutlak yasağa giden süreçte başlangıçlardan biri olmuştur. Gerçi 1670 Kararnamesi, “aynı ceza için yinelemeyi” yasaklayarak ve “bir saat ya da bir saat on beş dakika” gibi işkence süresini sınırlandırarak işkenceyi insanileştirmiş görünse de, uygulamaların avukatsız gerçekleştirilmesi nedeniyle, bir aldatmacadan öteye gidememiş, üstelik işkencenin ince ayrıntılarını belirleyerek bir bakıma legalleştirilmesine de yardımcı olmuştur (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:19).

Özellikle, Rönesans ile birlikte çağın önemli düşünürlerinin işkencenin karşı tarafında saf tutmaları, işkencenin kaldırılmasına yönelik girişimlerin şüphesiz en etkili olanlarıdır. İlk kez karşı tavır alanların arasında en tanınanları, İspanyol bilgin Juan Luis Vives², Johann Graefe³, Montaigne⁴ olmuştur (Scott, 2003:147). Montaigne, acımın insana yalan söylediğini, binlerce insanın işlemedikleri suçları yüklenerek öldüğünü, yargıcın masum olarak öldürmemek için, kişiye işkence sayesinde suçu yükleyebildiğini ifadelerinde net bir şekilde belirtmiştir⁵. Yine başka bir eleştirisinde,

“Adalet içinde bile, basit bir ölümün ötesine geçen her şey, bana son derece zalimce görünüyor; özellikle ruhlarını iyi ve sakin koşullar altında teslim etmelerini sağlamamız gerekirken onları tahammül edilmez işkencelerle altüst ederek bunu yapamayız... Kendi gözlerimle görmeden önce, yalnızca katletme zevki için bir diğerinin uzuvlarını parçalayan, koparan, kesen zalim ruhlar olabileceğine inanamıyordum; zekâlarını, kin duymadan, bir kazanç veya başka bir amacı olmaksızın yalnızca mimik ve hareketleri seyretmek, ağrılar içindeki bir adamın acıklı iniltilerinden ve haykırışlarından zevk almak için, olağandışı işkenceler, yeni ölüm çeşitleri icat etmede kullanıyorlardı. Bu zalimliğin varabileceği en uç noktadır” demektedir⁶.

¹Ceza Muhakeme Usulü'nün Fransız Devrimi'ne kadar olan genel yapısını oluşturmuştur.

²Engizisyon vahşetinden ötürü ülkesini terk etmiş, İspanyol hümanist ve filozof (1492–1540).

³1624'te yayınladığı, Yargı Reformu (Tribunal Reformation) adlı eseriyle, yargı sistemini eleştiren Alman hukukçu ve yazar (Scott, 2003:147).

⁴Entelektüel spekülasyon yeteneği sayesinde Fransız Rönesans'ını en çok etkileyen yazarlardan biri olup, edebiyatın deneme türünü popülerleşmesine yol açan kişidir (1533–1592).

⁵Denemeler, “Vicdan Üstüne”, Kitap 2, Bölüm 5, s. 48-51. (<http://www.anadolusanat.org/kitaplar/edebiyat/MONTAIGNE.pdf> sitesinden alınmıştır.)

⁶Denemeler, “Ruh ve Beden Hazları”, Kitap 3, Bölüm 5, s. 55-57. (<http://www.anadolusanat.org/kitaplar/edebiyat/MONTAIGNE.pdf> sitesinden alınmıştır.)

La Bruyere¹, işkenceyi “vücut yapısını mahvetmek ve güçlü bir suçluyu kurtarmak için güvenilir bir araç” olarak hicvederek kötölemiştir. Beccaria², 1764'te yayınladığı “Dei delitti e delle pene” (Suçlar ve Cezalar Hakkında) adlı eserinde işkenceyi şu şekilde lanetlemiştir:

“Suçlu bulunana kadar hiç kimsenin suçluluğuna karar verilemez; ne de yasaları çiğnediği kanıtlanana kadar toplum onu tanınmış haklarından yoksun bırakıp korunma hakkını elinden alabilir. Suçlu olduğundan hiçbir kuşku kalmayana kadar, iktidardan başka kimin bir yurttaşı cezalandırma yetkisi olabilir? Bu ikileme çok sık karşılaşıyoruz. Ya suçludur ya da suçsuz. Suçluysa yasalarca belirlenmiş cezalara çarptırılmalıdır ve bu durumda itiraf etmesi gerekmediği gibi işkence de yararsızdır. Suçlu değilse masuma işkence ediyorsunuz demektir, çünkü suçu kanıtlanmadıkça yasa önünde herkes masumdur. Ayrıca bir insanın hem suçlayan hem de suçlu olmasını beklemek ve gerçeği, işkence gören biçarenin kaslarında ve hücrelerindeymiş gibi, acıyla sınamak bütün dengeleri altüst eder. Bu yöntemle güçlü olan kurtulacak, zayıf olan mahkûm olacaktır. Bunlar gerçeği sınama iddiasının olumsuzluklarıdır ve yalnızca yamyamlara yakışır. Romalılar birçok açıdan barbarken ve vahşi erdemleri hayranlık toplarken, işkenceyi yalnızca kölelere layık görmüşlerdir.” (Beccaria, 2004:188 vd.).

Voltaire³, dinsel ve siyasal kurumlara çattığı eleştirilerinde, özellikle de *Prix de la Justice et de L'humanité* (Adaletin ve İnsanlığın Bedeli) adlı eserinde, Fransız kanunlarında, sanki birer cellât tarafından kaleme alınmışçasına çok yoğun olarak işkence (hazırlayıcı işkence, geçici işkence, olağanüstü işkence vb.) usullerinin yer almasını iğneleyici bir dille eleştirmiştir (Demirbaş, 1992:14). Montesquieu⁴ da, İngilizlerin medeni bir millet olarak işkenceyi reddetmesinin ardından herhangi bir zarara uğramadığına, bu nedenle işkencenin mahiyeti gereği zaruri olmadığına dikkat çekmiştir (Demirbaş, 1992:14)

Aydın ve düşünürler arasında, işkenceyle mücadele alanında Voltaire'in çok müstesna bir yeri vardır. O, bir tabu haline gelen işkence konusunu, edebiyatın içine

¹Fransız denemeci ve moralist (1645–1696). (Demirbaş, 1992:13).

²“Suçluyu kazıyın, altından insan çıkar” sözleriyle tanınan ünlü İtalyan ceza hukukçusu. Aynı kişi, işkence aleyhtarı beyanlar verirken, saatini çalan uşağı için işkence yapılmasını hatta asılmasını salık vermekten çekinmemiştir (1738–1794). (Demirbaş, 1992:14).

³Fransız Devrimi'ne ve Aydınlanma hareketine büyük katkıları olan filozof ve yazar. Eserlerinde özellikle kilise dogmalarını hicvederek, düşünce özgürlüğünün önemine vurgu yapmıştır (1694–1778).

⁴Kuvvetler Ayrılığı prensibinin fikir babası olarak ünlenen Fransız politik düşünür (1689–1755).

sokarak geniş halk kitlelerinin bilinçlenmesine öncülük etmiştir. Ancak ondan sonra, diğer edebiyatçılar eserlerinde¹ işkence konusuna yer verebilmişlerdir.

Aydınlanma düşünürlerinin kuvvetli lobi çalışmaları ve popüler eserler sayesinde, eleştirisel zekâ, kanıt, hoşgörü ve terbiye gibi yeni değerler yaratılmış, kendini aydınlanmış düşünce kimliği içinde tanımlamak isteyen idareciler ve ileri gelenlerce de bu değerler yavaş yavaş benimsenmiştir. Bunlarla birlikte, Amerika’da 1776’da Virginia Meclisi’nce kabul edilen “Haklar Bildirgesi”², Fransız İhtilali’nin ardından 1789’da ilan edilen “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi”, kitlelerin iyice bilinçlenmesine ve yönetimler üzerinde baskı unsurları oluşturmasına yol açmıştır. Sonuç olarak da, devletler işkencenin resmi olarak kullanımını birer birer yasaklamaya başlamışlardır. Prusya 1754’te, Almanya’nın Baden eyaleti 1767’de, İsveç 1773’te, Fransa 1780’de, Avusturya 1781’de, Tuscani 1786’da işkence yasaklanarak, uygulamasına son verilmiştir³. 1799’da Seylan, 1801’de Rusya, 1812’de İspanya, 1873’te Japonya, işkenceye son vermişlerdir (Scott, 2003:122–127 ve 148).

Ancak, hükümetlerin resmi olarak işkenceyi yasaklamasının, işkencenin tamamen ortadan kalkmasını sağladığı şüphelidir. Çünkü uzun yıllar boyunca uygulama haline gelen işkenceyi, geleneklerin bir yasa ile göz ardı edip unutmaları kolay değildir. Kaldı ki; alışkanlıklarla ilgili olarak yasaklayıcı bir hüküm söz konusu olduğunda, bunun benimsenmesi ve uygulamaya geçirilmesi uzun zaman alabilmektedir. Yirminci yüzyılın ikinci yarısına kadar, yapılan yasal düzenlemelere rağmen ikinci sınıf insan olarak gördükleri zencilerle aynı ortamı paylaşmaktan bile tiksinen, onlara her fırsatta eziyet eden Amerikan halkının tutumu bundan farklı bir şey değildir. Daha öncesinde de belirtildiği üzere, yasal işkence ile cezalandırma aracı olan işkenceye yaklaşım aynı olmamıştır. Buna bağlı olarak, ülkeler işkenceleri resmi olarak kaldırmalarına rağmen, sonrasında uzun süre işkence cezasının uygulamasına sessiz kalmışlardır. Dönemin siyasi yapılarına bakıldığında, gerek

¹Örnek olarak şunlar verilebilir: Chateaubrian (Şehitler), Flaubert (Salammö), Henri Beraud (Kayıp Şövalyenin Ormanı), Maurice Druon (Lanetlenen Krallar), Goethe (Edebiyat ve Gerçek), Karl Philipp Moriz (Andres Hartknopf) gibi.

²“Hiç kimse kendi aleyhinde delil göstermeye zorlanamaz” şeklinde ifadeyle işkenceyi yasaklamıştır, madde 8.

³<http://www.logosjournal.com> sitesindeki Torture in Our Time, Lawrence Davidson, adlı metinden alınmıştır.

siyasi, gerekse dini gücü elinde tutan, böylelikle dine karşı işlenmiş bir suçu aynı zamanda devlete karşı da işlenmiş kabul eden yönetimler söz konusuyken ve işkence adeta “ilahi bir delil” sistemi yaratırken (Özek, 1976:7), bunun farklı olması düşünülemezdi.

İngiltere, Fransa ve Rusya gibi ülkelerin işkenceyi yasak etme süreci bunun iyi birer örneğidir aslında. İngiltere’de 1640 yılında sona eren yasal işkenceye rağmen, 1789 yılına kadar kazığa bağlayarak yakma cezası, 1834 yılına kadar damgalama cezası, 1837 yılına kadar da teşhir tahtası cezası sürdü. Hatta kırbaçlama cezası, işkence olarak dahi kabul görmediğinden tam olarak kaldırılması 1930’ların sonlarına kadar sürmüştür¹. İskoçya’da resmi kayıtlara göre en son 1722’de bir kadının yakılarak infaz edilmiştir. Fransa’da kızgın yağ cezası 1791, demirle dağlama cezası da 1832 yılına kadar sürmüştür. Rusya da mahkûmlara 1863 yılına kadar damgalama cezası vermeye devam etmiştir (Scott, 2003:148–149).

İşkenceye karşı mücadele nihayetinde, müşterek bir çağdaş ceza hukuku anlayışının gerçekleşmesiyle tam anlamıyla başarıya ulaşılabilmiştir. Sosyal müdafanın, insan hak ve hürriyetlerine tercih edildiği, şiddetli ve ağır cezaların hâkim olduğu otoriter ceza hukuku anlayışının, 2. Dünya Savaşı’nın ardından yerini liberal ceza hukuku anlayışına terk etmesiyle (Aydın, 1997:179), günümüz adalet sisteminde çok daha çağdaş bir ceza hukuku hâkim olmaya başlamıştır. Cezaların kanuniliği ve kişiselliğinin prensip edinildiği, şiddetin olmadığı, genel, şahsi ve keyfi olmayan kuralların uygulandığı çağdaş ceza hukuku anlayışının doktrin haline gelmesiyle, İnsan Hakları Hukuku kavramı gelişerek özerkleşmiştir (Aydın, 1997:180).

1948 yılında imzalanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin ardından, 1950 yılında imzalanan ve ilk defa yaptırım gücü ve denetim mekanizmasına sahip bir uluslararası belge niteliği taşıyan AİHS, mücadelede atılan en büyük adım olmuştur şüphesiz. 1984 tarihli “Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane,

¹1881 yılında kabul edilen Askeri Yasa ile ordu içinden kaldırılması sağlanmışsa da, 1937 yılında İçişleri Bakanlığı’nın oluşturduğu soruşturma komitesi, çocukların her koşulda dövülmesine son verilmesini ve “cat” olarak adlandırılan kırbağın sadece ağır mahkûmlarla sınırlandırılmasını önermiştir (Scott, 2003:148).

Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi”, 1987 tarihli “İşkencenin ve Gayri İnsani veya Küçültücü Ceza Muamelesinin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”, işkenceye karşı girişilen mücadelede geline son noktalar olmuştur. Bu noktaya nerelerden gelindiğine bakmak için, Roma Hukuk Mahkemelerine ya da Engizisyon Mahkemelerine kadar gitmeye bile gerek yoktur. Medeniyetin beşiği olarak kabul edilen İngiltere’de bile, daha düne kadar kırbaçlama cezasının kaldırılmasına karşı gelişen muhalefete bakmak bunun için yeterlidir¹. Şimdiyse, suçluların iadesi anlaşması dahi imzalanmış olsa, bir suçlunun şayet iade edileceği ülkede kötü muamele görme ihtimali dahi olsa iade edilmesi, yine işkence kapsamında ele alınabilmektedir. Geline nokta inanılır gibi değildir ve görünen o ki; insan hakları anlayışının varacağı son nokta da burası olmayacaktır.

¹1930’ların sonunda, belirli ağır hapisane suçları dışında bedensel cezanın kaldırılmasına ait “**Ceza Hukuku Bildirgesi**” (**Criminal Justice Bill**) Avam Kamarası’nda görüşülürken, kırbaçlamanın kaldırılması hususu, popüler basın dâhil toplumun birçok kesiminden tepki almıştır (Scott, 2003:149).

4. İSLAM HUKUKU VE İŞKENCE

İslam Hukuku'nun temel dayanaklarını Kuran hükümleri¹, peygamberin sünnetine ilişkin hadisler ve fıkıh âlimlerinin günümüze kadar edindiği içtihatlar oluşturmaktadır. Bu nedenle, İslam'ın insan hak ve hürriyetlerine olan bakışını anlamak için bu dayanakların kapsamlı olarak incelenmesi gereklidir. Yüzeysel ya da kısmi bir inceleme genel durum hakkında yanıltıcı olabilir. Nitekim insanlar ancak “görmek istediklerini görmeye” eğilimli oldukları için, İslam ideolojisinin kendi iç yapısında, istedikleri takdirde ön yargılarını tatmin edebilecek veriler rahatlıkla bulabileceklerdir. Akçam (1995:23), tarihin her döneminde egemen sınıfların, benimsedikleri ideoloji işkenceyi kabul etsin ya da etmesin, zor da kaldıkça işkenceye siyasal ve sosyal koşullar çerçevesinde başvurduklarını belirterek, işkencenin toplum içindeki nedenlerini sadece ideolojinin iç yapısında aramanın doğru bir yöntem olmayacağını savunmaktadır.

Oysa Aydın'a göre (1997:71), İslam Hukuku'nun dayanaklarına göz atmak bile, İslam'ın insan hak ve hürriyetlerine saygılı olduğunu ve bu doğrultuda işkenceye uzak durduğunu anlamak için yeterlidir. Örneğin; Ahzap Suresi 48. ayet “Allah'ın Resûl'üne” eziyetten bahseder ve onun Allah'a tevekkül etmesini öğütler. Benzer bir ayet de En'am Suresi'nde mevcuttur. 34. ayetinde yine “peygamberlere yapılan” eziyetten ve onların sabretmelerinden bahseder. Ahzap Suresi'nin 57. ayetinde, “Allah ve Resûl'üne kötü davrananların” dünya ve ahirette lanetleneceğini, sonrasındaki 58. ayette, “müminleri suçsuz yere incitenlerin” günah işlediklerini bildirir. Tevbe Suresi 71. ayette “Allah'ın Resûl'ünü incitenler” elem dolu azap ile tehdit edilir.

Al-i İmran Suresi'nin 195. ayetinde ise, “Allah yolunda savaşanlar, ölenler ve eziyet görenler”, cennet ile müjdelenmektedir.

¹Aksi belirtilmedikçe, çalışmalarda alıntı yapılan bütün Kuran ayetleri <http://www.diyenet.gov.tr> sitesinden yapılmıştır.

Ankebut Suresi 10. ayette, “Allah uğruna eziyete uğrayanlardan bazılarının, insanlardan gördükleri bu zulmü” Allah’ın gazabıyla bir tutmalarına kızar.

İbrahim Suresi 12. ayet, “insanların kendisine işkence etmesine sabreden bir peygamberden” bahseder ve insanların Allah’a tevekkül etmesini tavsiye eder.

Nisa Suresi’nin 135. ayetinde ise “adaleti yerine getirmede” kesinlikle nefse yenik düşülmemesi ve yakınlarının bile aleyhine olsa “doğru şahitlik etmeleri” insanlara buyrulur.

Aydın (1997:72–76)’ın Kuran’dan derlemiş olduğu bu ayetlerin meallerine bakıldığında, işkence olarak belirtilen hususların, genellikle manevi boyutta yapılan eziyetlerden ibaret olduğu görülür. Nitekim kendisi de bunun doğruluğunu kabul etmiş, “manevi eziyeti yasak eden Allah’ın, elbette maddi işkenceye de izin vermediğini” belirtmiştir. Bir başka dikkat çeken husus, ayetlerde ekseriyetle peygamberlere yapılan zulüme değinildiğidir. Ya da inananlara ve iman edenlere.

Bu ayrımcılığı da dikkate alarak Akçam (1995:23–29), İslam’ın işkenceye olan yaklaşımına dair iki farklı düşüncenin mevcut olduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilkinde, İslam işkenceyi reddetmediği gibi aksine savunmaktadır da. Bu görüşün çıkış noktası, bizzat Kuran’ın kendisinde işkence olarak kabul edilebilecek hükümlerin var olduğudur. “Yakıtı insan olan ateşler”, “inkârcılar için ateşten giysiler”, “başlarının üstünde dökülen ve karınlarının içindekilerle derileri eriten kaynar sular”, “demir zincirler, demi halkalar ve aevli ateş”, “kaynar su katılmış, kusuntu ve irinden içkiler” şeklinde kıyamet gününe dair ifadeler¹ Kuran’daki ayetlerde sıklıkla yer almaktadır. Üstelik “öbür dünya” için ifade edilen bu işkencelerin benzerlerine, bu dünya ile ilgili anlatımlarda da rastlamak mümkündür. Örneğin Maide Suresi’nin 33. ayetinde, “Allah ve Resûl’üyle savaşanların ve yeryüzünde bozgunculuk yapmaya kalkanların cezası, ya boyunları vurularak

¹Bakara Suresi ayet 24, Nisa Suresi ayet 56, Furkan Suresi ayet 13–14, Fatır Suresi ayet 37, Mümin Suresi ayet 70–72, Hac Suresi ayet 19–22, Saffat Suresi ayet 60–67.

öldürülmeleri ya asılmaları, ya elleri ve ayaklarının çapraz kesilmeleri, ya da buldukları yerden sürülmeleridir. Bu onların dünyada çekecekleri rezilliktir. Ahirette ise, onlara daha büyük azap hazırlanmıştır.” denmektedir. İşte “boyun vurmak”, “asmak”, “elleri ayakları çapraz kesmek”, bu dünyada insanları bekleyen işkence cezalarından bazılarıdır.

Bu görüşün taraftarlarının diğer bir dayanağı da, İslam’daki cihat kavramıdır. Çünkü “Tanrı yolunda, kâfirlere karşı İslam’ı üstün ve yenilmez duruma getirmek için canla ve malla birlikte savaşmak” olarak tanımlanan cihat, bazı İslam âlimlerine göre “kesintisiz” olup, kıyamet gününe kadar süreceğinden kâfir ve bozguncu olarak adlandırılanların öldürülmesi, mallarının ve mülklerinin yağmalanması İslam’da her zaman yer alacaktır. Burada önemli olan asıl nokta, böyle bir icazetin Müslüman bir kültür üzerinde yaratacağı düşmanca etkidir. Akçam (1995:26), böyle bir etkinin özellikle çatışma dönemlerinde katliam veya yağma yapanlara, sadece dinin vecibelerini yerine getirmiş olmalarından dolayı verebileceği vicdani rahatlığa dikkati çekmektedir.

Diğer görüşün sahiplerine göre ise, İslam işkenceyi kesinlikle yasaklamıştır. Bu görüşlerini dayandırdıkları kaynak da yine Kuran’ın hükümleridir. Örneğin Furkan Suresi’nin 19. ayetinde, “...sizden kim zulmederse ona büyük bir azap tattırırız.”, 68. ayetinde ise, “...Allah’ın haram kıldığı nefsi haksız katletmezler ve zina yapmazlar, her kim de bunları yaparsa ağır cezaya çarptırılır.” denmekte, yine Bakara Suresi’nin 190. ayetinde, “..haksız yere saldırmayın, çünkü Allah haksız yere saldırıyı sevmez.” denmektedir. Yine bir başka ayette (Nisa 92–93),

“Bir mümin, bir mümini öldürmesi olamaz... Her kim de bir mümini kasten öldürürse, artık onun cezası cehennemde ebedi kalmaktır. Allah ona gazap etmiş, lanet etmiş, büyük bir azap hazırlamıştır.” denmektedir.

Ama tüm bu ayetlerin arasında, İslam’ın işkenceyi kesinlikle reddettiği görüşünü savunanların asıl dayanağı Ahzap Suresi’nin 58. ayeti olmuştur. Ayette, “Mümin erkek ve kadınlara sebebiyet vermedikleri bir veçhile eziyet edenler de

şüphesiz açık bir vebal yüklenmişlerdir.” denmekte olup, buradan da anlaşılacağı üzere, eziyet etmek dahi İslam’da günah sayılmıştır. Cihat hususunda ise, Kuran’da şu şekilde bir dayanak vardır: “Eğer müşriklerden biri aman dilerse, ona aman ver¹.”

Akçam (1995:23)’ın yukarıda da değinilen savı tekrar edilecek olursa, inanç ve ideolojilerin işkenceye karşı tutumlarını değerlendirirken, sebeplerini sadece iç yapılarda aramak, Kuran örneğinde olduğu gibi uygun bir metot olmamaktadır. Çünkü “insan gerçekte görmek istediğini göreceğinden”, gerek İslam’da işkencenin varlığını iddia edenlerin, gerekse karşı görüşü savunanların kendilerini haklı çıkartacak birçok veriyi aynı kaynaktan bulabilmesi mümkündür. Cihat ile ilgili ayetleri, sadece savaş zamanı için algılayanlarla, kıyamete kadar kesintisiz devam edeceğini söyleyenler, aslında bir bakıma aynı ayetlerden beslenmektedir. Nitekim yukarıda geçen Maide Suresi’nin 33. ayetinde belirtilen cezalandırma şekilleri, kimilerince düpedüz işkence olarak kabul edildiği gibi, karşıt görüşte olanlar içinse söz konusu ayet, “göz oyma cezasına²” yer verilmemiş olması nedeniyle İslam’ın işkenceye karşı olmasının en bariz örneklerinden biridir.

Mutlak bir delil olarak aldığımız Kuran hükümleri, ne günlük toplumsal yaşamın her alanını düzenleyen bir kanunname, ne de geçmişte yaşananları derleyen bir tarihçedir. O nedenle, buradaki hükümleri “salt yüzeysel anlamlarıyla” algılamamak yerinde olacaktır. Özellikle, inmeye başladığı andan itibaren Kuran ayetlerinin hangi olayla ilintili olarak indirildiği, ayette kastedileni yorumlamak açısından çok büyük önem arz etmektedir. Diğer taraftan, gerek ayetlerin ifade şeklindeki müphemlik, gerekse Kuran’ın indirildiği dönemin ve toplumun da tahliline ihtiyaç duyulması, Kuran hükümlerinin haricinde başka kaynaklara da bakmayı zorunlu kılmaktadır. Yazılı esas kaynak olan İslam dininin kutsal kitabında buyrulanlarla, bunların nasıl yorumlanıp yaşandığına dair aktarımlar, İslam’ın işkence konusundaki genel tutumunu daha netleştirecektir:

¹Tevbe Suresi, 6. ayet

²Hz. Muhammed döneminde, “mesule” denilen işkencede, el kol kesildiği gibi gözler diri diri oyulurdu. Yani, cezanın işkence (mesule) olabilmesi için mutlaka göz oyma eyleminin yapılmış olması gerekmektedir (Akçam, 1995:24).

İslam Peygamberinin yaşantısına ve öğretisine ilişkin hadislere bakıldığında (Aydın, 1997:76–85), yaratılanların en şerefli (eşref-i mahlukat) olarak nitelendirilen insana verilen değer ön plana çıkmaktadır. Kuran’da da değinildiği üzere, insan o kadar değerlidir ki; şeytan onun önünde eğilmediğinden Allah katından kovulmuş, onu öldürmek tüm insanlığı öldürmekle bir tutulmuştur. İslam değil insana, hayvanlara bile şefkat gösterilmesini, merhamet edilmesini istemiştir. Ebu Hümeire’den rivayet edilen bir hadise göre, “Peygambere, hayvanları sulamada da bize bir sevap var mıdır? diye sorulduğunda, hayvanlara bile şefkat gösterenlerin günahlarının affedileceği ve sevap kazanılacağı” belirtilmiştir (Aydın, 1997:81–82). Yine Abdullah b. Ömer’den rivayet edilen hadiste, “ölünceye kadar aç olarak bir kediyi hapseden kadının cehenneme atıldığından” bahsedilir (Aydın, 1997:81). Görüldüğü gibi, bir kediyeye yapılan işkence için İslam bu kadar müsamahasızken, “yaratılanların en şerefli” insana işkence edenler için durum çok daha vahimdir elbette.

Affetme, şefkat ve merhamet konusuna gerek Kuran’ın kendi hükümlerinde, gerekse hadislerde o kadar sık rastlanmaktadır ki; sadece bu bile başlı başına bir gösterge kabul edilebilir. Bilindiği gibi İslam inancında Allah’ın isimleri (esma-ül hüsnâ), onun mevcut vasıflarını nitelemekte olup, kendisinde “külli” olan bu sıfatlar, kullarında “cüzi” de olsa mevcuttur. Onun doksan dokuz isminin arasında da, “merhamet eden”, “bağışlayan”, “şefkat sahibi” sıfatları hiç de az değildir. Nitekim ileride de değinileceği üzere, Allah, “kısas” yapmayı mağdura hak olarak vermekle beraber, “affetmenin” kendi katında çok daha makbul karşılanacağını da eklemiştir¹. Örnek olsun diye İslam dini peygamberi olarak görevlendirdiği Hz. Muhammed’in de ne kadar “affedici” ve “şefkatli” olduğunu,

“Yemin olsun ki; kendi içinizden size gayet izzetli bir Resûl geldi. (Azap ve işkence etmek bir tarafa) zahmet çekmeniz bile onu son derece üzer. O, size çok düşkündür (ve adeta üzerinize titrer, üzerinize toz kondurmaz). Müminlere gayet ince bir şefkati ve merhameti de vardır. Onlara da çok fazla acıyıcıdır²” ayetinde belirtir.

¹Bakara Suresi 237.ayet, “Affetmeniz takvaya daha yakındır. Aranızda faziletle muamele etmeyi de unutmayınız.”

²Tevbe Suresi, 128. ayet

Ahmet b. Hanbel'den alınan bir hadiste Hz. Muhammed, “Kıyamet günü azabı en ağır olacakların, dünyada çok azap ve işkence edenlerin” olduğunu belirtmekte ve yine ondan alınan bir başka hadiste, “Kullarıma işkence etmeyiniz” demektedir (Aydın, 1997:77 ve 79). Fakat yine Kuran yorumundaki farklı algılamalarda olduğu gibi, burada da “kullarım”dan kastedilenin sadece müminler mi olup olmadığı sorgulanabilir. Bu konuda ayet¹ de olduğu üzere, İslam inancında Hz. Muhammed'in sadece İslam âlemi için değil, tüm âlemlere rahmet olarak gönderildiği düşünülünce kastedilenin tüm dünya halkı olduğu yorumu yapılabilir. Buhari'den alınan bir hadiste Hz. Muhammed'in, “Her kim dünyada halka meşakkat ve zahmet verirse (işkence ederse), Allah da kıyamet gününde o kimseyi azap ile cezalandırır.” (Aydın, 1997:77–78) demesi de bu yorumu desteklemektedir. Yine benzer bir hadiste (Müslim), “Allah'ın muhakkak dünyada insanlara işkence edenlere kıyamet gününde azap edeceği”nin (Aydın, 1997:79) yer alması tüm dünya halkını ilgilendirmektedir. Ancak, Abdullah b. Ömer'den rivayet edilen “..Müslümanlara eziyet etmeyiniz, onları kötüleyip ayıplamayınız” (Aydın, 1997:78) hadisi, Taberani'den alınan “Bir Müslüman'a eziyet eden bana eza etmiş, bana eza eden de Allah'a eziyet etmiş olur” hadisi (Aydın, 1997:79) açıkça Müslümanları kayırır gözükmektedir belki. Ama İslamiyet'in doğuşundan itibaren, İslamiyet'i seçenlere yapılan türlü eziyetler dikkate alındığında, onların bu şekilde kayrılmasını ayrımcılık olarak algılamamak gerekir. Aksine, Müslim'den alınan bir hadiste, cizyelerini veremeyen gayri Müslim tebaadan bazı çiftçilere eziyet edilişi şiddetle lanetlenmiştir. Taberani'den alınan şu hadiste de hangi dinden olursa olsun, masum hiçbir insan için kesinlikle ayırım yapılmamasının emredildiği anlaşılmaktadır: “Haksız yere, Müslüman olmayan tebaadan zimmîye kim işkence ederse, ben onun hasmıyım ve ben kime hasım olursam, ceza günü olan kıyamette onunla hesaplaşırım.” (Aydın, 1997:79–80).

Aydın (1997:80), hadislerden haberi olan veya hadisleri söyleyen, sünneti yaşayan Peygambere inanan kimsenin, hiç kimseye işkence ve kötü muamele edemeyeceğini dile getirir. Hadislerin ve yaşanmışlıkların önemi de işte tam bu

¹Enbiya Suresi, 107.ayet

noktada yatar. Çünkü İslam'ı benimseyen idarecilerden tebaaya kadar, genel olarak insana ve onun hak ve hürriyetlerine karşı tutumunu, ayetlerin müphem yorumlarından ziyade, peygamberin yaptıkları ve yasakladıklarının toplum içinde tekrarlanması belirlemektedir.

Aydın'a göre (1995:23), İslam Hukuku'nun en çarpıcı yanı, diğer medeniyetlerin hiç birinde olmayan şeffaflığı ve eşitliğidir. Mahkemelerin herkese açık, gizli yargılamanın yasak, davacı ve davalının statüsü ne olursa olsun hâkim nazarında eşit olması ve davanın mutlak suretle delil ve şahit ispatıyla sonuçlandırılma zorunluluğu her türlü işkenceyi önleyici bir rol oynamaktadır. Ayrıca aleniyet, yargıcın töhmet altında kalmasını da önlemektedir. Hâkimin töhmet altında kalmasını önleyen bir diğer tedbir de, kendi lehlerine şahitliği caiz olmayan kimselerin lehine hüküm verememesidir.

Hz. Muhammed ve onun ashâbı tarafından ortaya konan ve hâkimlerin uymak zorunda oldukları "Muhakeme Usulü" incelendiğinde, mahkemede dava açmak ve açılan davayı ispat yükünün davacıya ait olması, tek yanlı hüküm vermenin yasağı, davalı tarafların her zaman müdafaa haklarını kullanabilmeleri ve hak sahiplerinin veya varislerinin rahatlıkla dava açabilme kolaylığı en göze çarpan hususlardır. Halife Ömer'in düzenlediği "Kazai (yargıya dair) Talimatname", tüm bu özellikleri muhafaza ederek İslam Hukuku'nda belirleyici belgelerden biri olmuştur (Aydın, 1997:205).

Dönemi ile kıyaslanmayacak kadar sanık lehine düzenlenmiş bir hukuk sisteminden bahsedilebilir. Herkese açık bir yargılamanın varlığı ve yargılamanın sözlü olması, sanığın ikrarının kabul edilebilmesi için zorlamanın yapılmamış olma şartının aranması, hatta zorlama neticesinde alınan ifadelerin tamamen geçersiz sayılması, şüphenin sanık lehine kullanılması, sanığa olduğu gibi şahitlere de herhangi bir zorlamanın yapılmaması çok açık biçimde işkencenin yasaklanmasının bir hukuk ilkesi olarak İslam Hukuku'nda benimsendiğinin göstergesidir (Akçam, 1995:28).

Ancak Rönesans aydınlarının zamanında gündeme gelebilen, işkenceye karşı çıkışın temel savlarından olan “insanın kendini zora sokacak mahiyette aleyhinde ifade vermeye zorlanması” çelişkisi, Hz. Ömer’in “İşkence, tehdit, hapis yoluyla kendi aleyhine ikrarda bulunan adamın bu aleyhine itirafına güvenilmez.” hadisinde ta o dönemlerde vücut bulmuş ve içtihatlarda kaynak teşkil etmiştir.

İslam Hukuku’nda dikkat çeken bir diğer yön, hâkimlerin tamamen bağımsız olmaları ve idarecilerce kesinlikle baskı yapılamamasıdır. Bunda gözetilen husus, tamamıyla adil olması beklenen hâkimlerin kararlarını gönül ve vicdan huzuru içinde yapabilme imkânı sağlanmasıdır. Yargı görevi, Halife Ömer Döneminde bütünüyle idarecilerden ayrı ve bağımsız hâkimlere devredilmeye başlanmakla beraber, Abbasiler Döneminde günümüzdeki hukuk sistemlerine benzer bir kurum olan “Kadı’l Kutadlık” teşkilatının kurulmasıyla, yürütme ve yargının tam olarak ayrılma süreci tamamlanmıştır¹.

İslam Hukuku’nun ilk dönemlerinden bu yana yargıya yapılabilecek her türlü tesirin önüne geçerek onu arındırması, gerek Kilise Hukuku, gerekse Roma Hukuku mukayese edildiğinde, bu yönüyle de hukuk dünyasının hiç de aşına olmadığı bir durum olduğunu söyleyebiliriz.

Bağımsızlıklarının teminatının yanında İslam, adaleti sağlayacak hâkimlerin nasıl olmaları gerektiğiyle de ilgili düzenlemelere gitmiştir. Buna göre hâkimler, gayet akıllı, bilgili, derin anlayışlı, dürüst, emin, varlı, şerefli, metin ve tamamen tarafsızdır (Aydın, 1997:215). Bir hadiste Hz. Muhammed, “Sizden biriniz kızgın iken iki kişi arasında asla hüküm vermesin.” diye buyurur. Diğer bir hadiste,

“Hâkimler üç sınıftır. Bunlardan ikisi Cehennem’de, biri Cennet’tedir. Cehennem’de olanlar, bile bile haksız hüküm verenlerdir. Bilmediği halde hâkim olup, hüküm vererek insanların haklarını zayi edenler de Cehennem’dedir. Hak ile hükmeden hâkim de Cennet’tedir.” diyerek, adaletli bir hâkim olmanın İslam dinince ne denli

¹<http://www.akademi.nl/sayi3/dos2.htm> sitesinde Dr. Nedim Bahçekapılı’nın “Gündem-İslam Hukuku’nda Yargı Bağımsızlığı ve Bir Mukayese” adlı makalesinden alınmıştır..

önemli olduğuna vurgu yapmaktadır (Aydın, 1997:225). Bir başka hadiste ise, “Verdikleri hükümlerde, aileleri arasında ve tayin edildikleri herhangi bir görevde adil davranan kimseler, Rahman olan Allah’ın sağında olan nurdan tahtlar üzerinde oturacaklardır.” Diyerek (Aydın, 1997:95), benzer şekilde adil davranan kimseler yüceltilmektedir.

Müslim’den ve Tirmizi’den alınan şu hadislerde (Aydın, 1997:206), hâkimlerin ancak delillere dayanarak ve her iki tarafı dinledikten sonra karar vermeleri salık verilir:

“Ben ancak bir insanım, bana davacı davasını getirir. Belki biriniz diğerinden daha güzel konuşur, delilini ikame eder ve davasını savunur. Ben de onun doğru olduğunu zanneder ve onun lehine hükmederim. Şurası kesindir ki; ben bir müslümanın herhangi bir hakkını bu şekilde bir diğerine vermek üzere hükmedersem, bu hak onun için Cehennem ateşinden bir parçadır. İster onu alsın, isterse bıraksın.”

“Davacı ve davalı, karşında yerlerini alınca, birinin söyleyeceklerini duyup dinlemeden, diğeri hakkında hüküm verme. O zaman nasıl hüküm vereceğini daha iyi anlarsın (bu, verilmesi gereken kararı doğru vermende, senin için daha uygundur).”

Adalet hissi, İslam’da üzerinde fazlasıyla durulan konulardan biridir. En başta Allah’ın kendisi adildir ve elbette kullarından da bunu istemektedir. Kuran’ın hükümlerinde,

“Ey iman edenler! Allah için dimdik duran hâkimler, adalet örneği şahitler olunuz ve sakın ola bir kavme olan kininiz ve düşmanlığınız sizi adaletsizliğe sevk etmesin. Adil olunuz ki, takvaya en yakın olan odur. Allah’tan korkun, muttaki olun. Çünkü Allah, her yaptığınızdan haberdardır. Allah, iman edip de Salih amelleri yapan kulları için bir af ve büyük bir mükâfat vaat etti¹,”

¹Nisa Suresi, 135. ayet.

“Öyle ise emir olunduğu gibi dosdoğru ol. Beraberindeki tövbe edenler de dosdoğru olsunlar. Hak ve adalet ölçülerini aşmayın. Şüphesiz O yaptıklarınızı hakkıyla görür¹”,

“Ey kavmim! Ölçüyü ve tartıyı adaletle tam yapın. İnsanların eşyalarını (mallarını ve haklarını) eksiltmeyin. Yeryüzünde bozgunculuk yaparak karışıklık çıkarmayın²”,

“Eğer inananlardan iki grup, birbirleriyle savaşırlarsa aralarını düzeltin. Eğer biri ötekine karşı haddi aşarsa, Allah’ın buyruğuna dönünceye kadar haddi aşan tarafa karşı savaşın. Eğer (Allah’ın emrine) dönerse, artık aralarını adaletle düzeltin ve (onlara) adaletli davranın. Çünkü Allah, adaletli davrananları sever³”,

“Şüphesiz Allah, adaleti, iyilik yapmayı, yakınlarla yardım etmeyi emreder; hayâsızlığı, fenalık ve azgınlığı da yasaklar. O, düşünüp tutasınız diye size öğüt veriyor⁴” demek suretiyle hak ve adalet olgusu sürekli vurgulanmaktadır.

Adaletin yerine getirilmesi için hâkimlerin vereceği kararlarda, yukarıda da değinildiği üzere kesin delillerin varlığı şarttır. Aksi olduğu durumlarda, İslam Hukuku şüphenin sanık lehine olduğunu kabul etmiştir. İspatı imkânsız olan davaları neticelendirmek üzere sanığa zorla itiraf ettirmek hiçbir zaman benimsenmemiştir. Ebu Yusuf’tan alınan şu hadisler (Aydın, 1997:207), şüphe konusundaki hassasiyeti ifade etmektedir:

“Elinizden geldiğince Müslümanlardan cezaları kaldırmaya çalışınız. Elinizde beraat etmesi için delil varsa, maznunu serbest bırakınız. Çünkü hâkimin afta yanılması, cezalandırmada yanılmasından daha iyidir.”

“Şüpheli hallerde cezaları kaldırınız.”

¹Hüd Suresi, 112. ayet

²Hüd Suresi, 85. ayet

³Hücurat Suresi, 9. ayet

⁴Nahl Suresi, 90. ayet

Davayı netleştirecek delillere gelince, bunlar doğru şahitlerin şahitliği, yemin, yeminden dönme, yazılı belge ve vesikalar, suçlunun kendi rızasıyla ikrar veya itirafı, diğer delillerle birlikte hâkimlerin şahsi bilgileri, her türlü karine ve emarelerdir. Delillerin arasında yer alan itirafların ne şekilde kabul göreceği ve hükme dayanak gösterilebileceği hususu, İslam Hukuku'nda yerleşmiştir. Buna göre, mutlaka rıza şarttır. Çünkü yalana da doğruya da ihtimali olan ikrarın, rıza ile yapılmasıyla doğruluk yalana tercih edilecektir. Bu nedenle, hiçbir zorlama yargı sürecinde kabul edilemez. İtirafta bulunanlar, daha sonra bu itiraflarından cayarlarsa, bu itiraf delil olmaktan çıkarılır. Hâkim, inkâr halinde inkâr eden davacıya en fazla yemin teklif edebilir, ama kesinlikle üzerinde bir baskı kuramaz (Aydın, 1997:208–211).

Yine modern hukukta ancak yer alabilen, hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmayan sanığın masum kabul edileceği “masumiyet karinesi”, İslam Hukuku'nun esaslarından bir diğeridir. Bu sanıkların hayatlarının dokunulmazlığı, mahkeme sonuçlana kadar koruma altına alınmıştır. Öyle ki; dava sonuçlanmadan sanığa bir ceza verildiğinde, cezayı uygulayana kısas uygulanmaktadır (Aydın, 1997:226).

Buraya kadar gelinen noktada İslam'ın, hak edilen cezanın haricinde kötü muameleyi kesinlikle yasakladığı ve mazur görmediği rahatlıkla söylenebilir. Ancak, bu durumda da, hak edilen cezalar olarak, Müslüman toplumlarda kabul görmeyen suçlar karşısında hangi kötü muamelelerin mazur görülebileceği sorusu ön plana çıkmaktadır. Yani, ceza olarak hangi haddeye kadar eziyet edilebilir?

Buhari'den alınan bir hadiste, “Muhakkak Allah size miktarları belli cezalar dışında, birbirinizin kanlarını akıtmayı, mallarını almayı ve ırzlarına tecavüz etmeyi kesinlikle haram kılmıştır.” denilerek (Aydın, 1997:216), cezalandırmada keyfiyetin önüne geçildiği görülmektedir.

Yine Kuran hükümleri olarak, En'am Suresi 119. ayette, “Allah size neleri haram kıldığını (suç saydığını) ayrı ayrı bildirmiştir.” ve Nisa Suresi 24. ayette,

“..bunun dışındakiler size haram kılındı.” denilerek, nelerin suç olup olmadığı belirtilmiştir. Ancak modern hukuk sistemlerinde görülebilecek “kanunsuz suç olmaz prensibi”, İslam Hukuku’nun esaslarından biri olmuştur.

Cezaların genel niteliğine bakıldığında, mutlaka özlerinde suçluyu ıslah etmeye yarayan bazı kısıtlamaların mevcut olabileceği ortak bir kabuldür. En basitinden bir hapis cezası, kişinin toplumsal yaşam alanını sınırlamaktan ibarettir ve o kişi için başlı başına elbette bir eziyettir. Aksi takdirde, bu uygulamaların ceza niteliği taşıdığı söylenemezdi. Ancak, burada asıl önemli husus, günümüzdeki cezalar ile İslami Hukuk Sistemi’ndeki cezaların kıyaslanmasından çok, işkenceye karşı tam bir tavır alan İslam’ın kendiyle çelişip çelişmediğidir.

İslam Hukuku’nda verilen cezalar, esas olarak Kuran’da kesin olarak belirtilmiş “had cezaları” ve ne Kuran’da ne de hadislerde yer alan “tazir cezaları”dır. Yine İslam Hukuku’nda yer alan cezalara “kisas cezaları” da dâhil edilebilir. Ceza Hukuku’nun Kitabı’l-Hudud, Kitabı’l-Kisas veya Kitabı’l-Cinayat adı verilen bölümlerde nelerin suç sayıldığı ve cezalarının neler olduğu ayrıntılarıyla belirtilmiştir (Aydın, 1997:216).

Kuran’da had cezaları kesin bir şekilde belirtilmiş olup, bunlar yol kesme, iftira atma, hırsızlık, zina, şarap içme, sarhoşluk suçlarıdır. Bu suçları işleyenlere verilecek cezalar da yine ayetlerde belirtilmiştir. Bunların uygulanmasıyla ilgili olarak, yönetici veya hâkimin fazla bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Yukarıdaki ayetlerden da anlaşılacağı üzere, keyfiyet olarak algılanabilecek takdir hakkı bu suçlarda tanınmamıştır. Ancak, Kuran’da ve hadislerde yer almayan tazir cezaları için bu keyfiyet, İslam Ceza Hukuku’nun adeta yumuşak karnını oluşturmaktadır. Miktarı ve şekli tanımlı olan had cezalarından farklı olarak, tazir cezaları tamamen hâkim takdirine bırakılmıştır. Tazir cezalarının kapsamının genişliği ve hukuki bir düzenleme içine alınmamış olması, döneminde hiçbir medeni hukuk sistemiyle kıyaslanamayacak kadar üstün özelliklere sahip İslam Hukuku’nun olumlu özelliklerini anlamsız hale getirmiştir (Akçam, 1995:326). Tazir cezası kapsamına giren suçlarda, suçun şüphe ile bile ispat edilebilir olması ve bunu takdir etme

yetkisinin hâkime verilmiş olması, “masumiyet karinesi”, “kanunsuz suç olmaz prensibi”, “şüphenin sanık lehine kullanılması”, “zorla ikrarın kabul edilmemesi” ve “soruşturulma ve yargılama olmadan ceza verilememesi” gibi İslam Hukuku’nun temel esaslarını işlevsizleştirmiştir.

Yine, bazı durumlarda özel kişilere verilen suçluyu cezalandırma yetkisi, İslam Hukuku’nun çelişkilerinden biri olmuştur. Haram bir eylemin işlenmekte olduğunu gören bir Müslümana, cebir kullanarak o kişiyi bu işten uzaklaştırma hakkı ve yetkisi verilmiştir. Bu durumda, “baba çocuklarını, koca karısını, efendi kullarını, öğretmen öğrencilerini” haram bir eylemden vazgeçirmek için sınırları içinde olmak üzere cezalandırma hakkına sahiptir. Bu cezaları uygulayanlar, ancak sözü edilen sınırı aştığında eylemlerinden ötürü cezalandırılmaktadır (Akçam, 1995:326).

Bir hadiste, “(Had) cezasının dışındaki cezalarda (tazir), kim sınırı aşarsa, o aşırı gidenlerden sayılır” denilmiştir. Bu hadis, miktarı belirlenmiş cezaların dışında tayin edilmiş cezaların daha fazla olmasını engellemiştir. Yani, tazir cezaları kapsamına giren suçlarda verilecek cezanın Kuran’da had cezası olarak verilen en düşük cezadan (zina iftirası¹ için 80 değnek) asla daha fazla olamayacağını belirlemiştir. Akçam’a göre (1995:326) bu husus, tazir kapsamına giren suçların çoğunda sopa ile cezalandırmanın ve dolayısıyla ceza hukukunda sopanın adeta yer etmesine sebep olmuştur. Ancak tayin edilmemiş diğer suçlar için verilecek cezalar, yukarıdaki hadisçe yasaklanan kapsama girmediğinden, hâkimin içtihadına bırakılmıştır ya da başka bir deyişle takdirine bırakılmıştır.

İslam Ceza Hukuku’nda en sık rastlanılan cezalar, yukarıda değinilen dayak, özellikle zina suçunda uygulanan recm (taşlama), hırsızlık vakalarında uygulanan el-ayak kesme, genellikle cinayet durumunda uygulanan ölüm cezalarıdır. Bu cezaların uygulanmasında da, genellikle İslam kolayın tercih edilmesini tavsiye etmişti. Örneğin, kısas cezalarında, mağdur ya da yakınına “kısas” hak olarak verilmişse de, affetmenin daha Allah katında daha makbul olduğu vurgulanmıştır. Yine, ölüm

¹Nur Suresi, 3. ayet (Namuslu kadınlara zina isnat edip, sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte bunlar fasık kimselerdir)

cezası uygulanacaksa, bunun keskin bir kılıç¹ ile baş kesme şeklinde yapılması ve kesinlikle acı çektirmeden infaz edilmesi emredilmiştir. Yani, bu kısas cezası bile olsa, suçlunun mağduru nasıl öldürdüğü dikkate alınmaksızın ceza sadece keskin bir kılıç ile baş keserek infaz edilecektir. Aksi şekilde davrananlar ise mutlak şekilde tazir cezasına çarptırılırlar (Aydın, 1997:228). Bir başka kolaylık ise, cezası infaz edilecek suçlu hamileyse, çocuğunu doğurup, büyütene kadar bu cezasının askıya alınmasıdır. Burada İslam Hukuku'nun bir diğer özelliği olan "suçların şahsiliği" ortaya çıkmaktadır. Masum olan çocuğun, suçlu anneye birlikte cezalandırılmasına, İslam Hukuku izin vermemektedir. Yine benzer bir başka kolaylık, hasta olan suçluların cezasının iyileşinceye kadar ertelenmesidir.

Nitekim kolaylık Kuran'da, "Allah size adaleti, ihsanı ve akrabaya vermeyi emrediyor; fuhuştan, dinde ve adalette olmayan kötülükten, haddi aşırılık ve kötü muamele etmekten de men ediyor²", Müslim'den alınan bir hadiste (Aydın, 1997:228), "Allah, her şeye karşı ihsanı (en güzelin, en iyinin yapılmasını) emredip, vacip kıldı. Öyleyse, öldüreceğiniz zaman, öldürmeyi de en güzel ve yumuşak bir şekilde yapınız..." şeklinde yer almaktadır. Buhari'den alınan benzer bir hadis de (Aydın, 1997:230), "Allah Resûl'ü, müsleyi (el, ayak, burun, kulak keserek ve göz oyarak işkence cezası) yasak etti." şeklindedir.

Kisas ile ilgili olarak, Bakara Suresi'nin 178. ayetinde:

"Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı. Hüre karşı hür, köleye karşı köle, kadına karşı kadın kısas edilir. Ancak öldüren kimse, kardeşi (öldürülenin varisi, velisi) tarafından affedilirse, aklın ve dinin gereklerine uygun yol izlemek ve güzellikle diyet ödemek gerekir. Bu Rabbinizden bir hafifletme ve rahmettir. Bundan sonra tecavüzde bulunana elem dolu bir azap vardır." hükmü mevcuttur.

Kisas, aynıyla karşılık vermek demektir. İslam Hukuku'nda ise, kasten ve haksız yere bir kimsenin canına kıyma ya da bedenine veya uzvuna zarar verme suçlarını işleyen kimselerin, verdikleri zararın aynıyla cezalandırılmaları demektir.

¹İbn-i Mace'den alınan bir hadiste, "Kisas, ancak kılıçla yerine getirilir." denmektedir.

²Nahl Suresi, 90. ayet.

Bu ayette kısas “cana can” kuralını ifade etmektedir. Maide Suresi’nin 45. ayetinde, kısasa tabi suçların tamamı belirtilmektedir:

“Onda (Tevrat) üzerilerine şunu yazdık: Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş kısas edilir. Yaralar da kısasa tabidir. Kim de bu hakkını bağışlar, sadakasına sayarsa o, kendisi için kefarettir. Allah’ın indirdiği ile hükmetmeyenler zalimlerin ta kendileridir.”

Ayetten de anlaşıldığı üzere, kısas cezaları, özellikle insan vücuduna karşı işlenen suçlar için verilmekte olup, mağdurun kendisi ya da yakınları kabul ettiği sürece, bu suçlar affedilmekte ya da mali yaptırımlar uygulanmaktaydı. Yani, bedene yapılan suçların karşılığında mağdur, suçluyu affetmediği takdirde ya söz konusu eylemin aynen suçluya da uygulanmasını isteyebilir, ya da diyetini talep edebilirdi. Özellikle bedene yapılan suçların cezalarına bakıldığında, Şeriat’ın belirlediği bir meblağ (diyet hakkı) söz konusudur. Böyle bir belirlemenin yapılmadığı suçlarda ise, takdir hakkı yine tamamen yöneticiye bırakılmıştır. Hıristiyanlıkta adam öldürenin affedilmesi, Yahudilikte ise mutlaka kısasa tabi tutulması esas olup, İslam diyet uygulaması ile orta yol bulmuştur. “Allah, her şeye karşı ihsanı vacip kılmıştır. Bunun için öldürürseniz, o öldürmeyi güzel yapın.” hadisinde de belirtildiği üzere, “ihsan” edilmeyip, suçlunun öldürülmesine karar verilse de, infazın güzel yapılması istenmiştir. Yani, İslam Hukuku’nda idam cezaları infaz edilirken de, en kolay ve en acısız yöntem şart koşulmuştur.

İslam, ölüm cezalarını had ve kısas cezaları ile oldukça sınırlamıştır. Mahkeme kararı olmak şartıyla, sadece yol kesmenin cezası Kuran’da ölüm olup, kısas cezası olarak ölüme izin verilmiş olsa da, illa bu cezanın uygulanması istenmemiş, diyet cezasına da çevrilmesi mümkün kılınmıştır. Yanlışlıkla öldürmede, kısas yapılmaması, bu durumda suçlunun bir köle azat ederek ya da diyet ödeyerek kendini affettirmesi buyrulur¹. Bilerek öldürmelerde ise, öncelikle affedilmesi tavsiye edilir². Affedilmeyecekse;

¹Nisa Suresi, 92. ayet.

²Nahl Suresi, 126. ayette, “Bir kimseye ceza verecekseniz, size uygulanan cezanın benzerini uygulayınız. Fakat sabrederseniz sizin için daha hayırlıdır” buyrulmaktadır.

“Allah’ın haram kıldığı canı, haklı bir sebep olmadıkça öldürmeyin. Kim haksız yere öldürülürse, velisine hakkını arama hususunda tam bir yetki vermişizdir. O da öldürmede aşırı gitmesin, çünkü o, yardıma erişirilmiştir.” ayetinde¹ olduğu gibi, mağdurun velisi tarafından suçlunun acı çektirilmeden öldürülmesi emredilir.

Özellikle engizisyon mahkemeleriyle kıyaslandığında, nerdeyse acı çekmenin ve işkencenin adeta infazın bir şartı gibi algılandığı döneminin hukuk sisteminden apayrı bir anlayışa sahip İslam Hukuku’nda, cezaların infazında özellikle yakarak işkence edilmemesi, merhametli olunması sık sık vurgulanmıştır. Aşağıdaki hadisler, bunların bazılarıdır:

“Falancayı bulursanız, derhal öldürünüz. Fakat onu yakmayınız. Çünkü ateşle ancak ateşin sahibi olan Allah azap eder.”

“Allah’ın azabı olan ateşle azap etmeyiniz.”

“İşkencesiz öldürme bakımından insanların en merhametlisi ehli iman olan Müslümanlardır.”

İslam Hukuku’nda, dikkat çeken tartışmalı cezalardan bir diğeri de, özellikle zina suçu işleyenle uygulanan recm cezasıdır. Recm cezasında, suçun failleri göğüslerine kadar gelen çukurun içine dik bir şekilde gömülüp, topluluk tarafından öldürülene kadar taşlanırlar. Ancak, din âlimlerinin bir kısmı böyle bir cezanın sonradan türetildiğini, İslam’ın ilk yıllarında ceza hukukunda recm cezasının olmadığını dile getirmektedir. Buna da gerekçe olarak, Nur Suresi’nin 2. ayetini göstermektedirler. Bu ayette,

“Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine 100’er değnek vurun. Allah’a ve ahiret gününe inanıyorsanız, Allah’ın dini(nin koymuş olduğu hükmü uygulama) konusunda onlara acıyacağınız tutmasın. Müminlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.” buyrulmaktadır.

¹İsra Suresi, 33. ayet.

Onlara göre ayette, çok net bir şekilde cezanın 100'er değnek şeklinde ifade edilmesi ve Kuran'da zina suçu ile ilgili başka da bir ceza yöntemine değinmemesi, İslam'da recm cezasının olmadığı somut bir kanıttır. Arapça sopa anlamına gelen “asa”, “minse” gibi kelimeler yerine, deriyi incitecek değnek manasında “celde” kelimesinin ayette geçmesini ve bir grubun cezaya şahitlik etmesinin istenmesi, suçlunun canını acıtmaktan çok toplum önünde teşhir edilerek cezalandırılmasının asıl hedeflenen olduğunu göstermektedir¹.

Recm cezasının var olduğunu savunanlar ise, Müslim'den, Buhari'den, Ebu Davut'tan alınan hadisleri dayanak göstermekte, “recm” ile ilgili ayetlerin kaybolduğuna inanmaktadırlar. Hz. Ömer'in söylediği rivayet edilen hadiste²,

“İleride bazı kişiler çıkacak ve recm cezasını Kuran'da bulmuyoruz diye recmi inkâr edeceklerdir. İşte bu kişiler okun yaydan çıktığı gibi dinden çıkacaklardır. Eğer halkın, “Ömer, Kuran'a ilave ediyor” demesinden korkmasam, bu recm ayetini³ Kuran'a yazardım.” denmektedir.

Aydın da (1997:238), zina suçu için, recm yerine değnek cezası ile ilgili olarak, zina edenlerin “bekâr” olması ibaresini kullanmıştır. Bu durumda evli olanlara recm cezasının uygulanması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Nisa Suresi 25. ayetteki,

“Sizden kimin, hür mümin kadınlarla evlenmeye gücü yetmezse sahip olduğunuz mümin genç kızlarınızdan (cariyelerinizden) alsın. Allah sizin imanınızı daha iyi bilir. Hepiniz birbirinizdensiniz. Öyle ise iffetli yaşamaları, zina etmemeleri ve gizli dost tutmamaları halinde sahiplerinin izniyle onlarla evlenin, mehirlerini de güzelce verin. Evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa, onlara hür kadınların cezasının yarısı uygulanır. Bu (cariye ile evlenme izni), içinizden günaha düşmekten korkanlar içindir. Sabretmeniz ise sizin için daha hayırlıdır. Allah çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.” ifadesine dikkat

¹<http://www.kurandakidin.net/bolumler/26birbuyukuydurma.htm> adresinden alınmıştır.

²<http://www.kurandakidin.net/bolumler/26birbuyukuydurma.htm> adresinden alınmıştır.

³Halk arasındaki yaygın bir söylentiye göre, Kuran'ın eski halinde recm cezası ile ilgili bir ayet mevcut olup, Peygamber'in evinde bulunan Kuran sayfaları, onun vefatının ardından yok edilmiştir.

edilecek olursa, “evlendikten sonra fuhuş (zina)” suçunu işleyen bir cariye verilecek ceza için hür kadına verilecek cezanın yarısından bahsedilmektedir. Bir bakıma bu ayet bile, zina suçu için verilecek cezanın mahiyeti hakkında fikir vermektedir.

Hukukta bir prensip olan “normlar hiyerarşisinde” olduğu gibi, İslam Hukuku’nda da, Kuran ayetleri bu hiyerarşinin en başında gelmektedir. Ayetlerin dayanak teşkil ettiği bir hususta şüphenin hâsıl olması söz konusu olmamalıdır. Tüm inanç ve ideolojilerde olduğu gibi, zamanla bunların içeriği değiştirilmeye çalışarak iktidar sahiplerinin menfaat elde etmeye çalışması olası bir durumdur. Tarih boyunca, inanılan din adına işlenen suçların ve sapkınlıkların varlığı da bir vakıadır.

İslam Hukuku, değnekle dövmenin ne şekilde yapılması gerektiğinden, değneğin özelliklerine kadar ayrıntıya girmiştir. Bu, cezalandırmada keyfiyetin önüne geçme konusunda İslam’ın ne denli hassasiyet gösterdiğinin bir işaretidir. Mesela, değnek vurulduğunda acı deri üzerinde hissedilecek şekilde vurulmalı, ete geçmemelidir. Cezanın gayesi, her zaman olduğu gibi ıslah etmek olduğu için, vücut bütünlüğünü bozacak sakatlamalardan sakınılmalıdır. Vücutta kalıcı iz bırakacak şekilde vurulmamalı, hassas bölgelere gelmemesine dikkat edilmelidir.

Cezaların topluluk karşısında infaz edilmesi ile ilgili olarak sonraki İslam yönetimlerinde de bir farklılık olmadığı görülmektedir. Özellikle dayak, recm, ölüm cezası “şahitler” karşısında infaz edile gelmiştir. Cezaların infaz edilmesi esnasında topluluğun şahit gösterilmesi ile ilgili olarak, Aydın (1997:133) iki hususa işaret etmektedir: “bu sayede; şahit bulundurma işkence ve kötü muameleye karşı bir teminat oluşturmakta ve ibret yoluyla toplumda ahlak hissiyatı aşılanmaktadır”.

İslam Ceza Hukuku’nda yer alan bir diğer ceza, özellikle hırsızlık suçunda uygulanan “el kesme” cezasıdır. Bu cezanın da infazı belirli kurallara bağlanmıştır. İlk defa yapılan hırsızlıktan dolayı sağ el bileği kesilir. Şayet bu kişi, aynı suçu tekrar işlerse bu kez sol ayağı eklem yerinden kesilir. Sonraki hırsızlığında ise, herhangi bir organı kesilmeyip, ıslah edilmesi için hapis cezası uygulanır. Aydın (1997:235),

burada da yine İslam'ın merhametine dikkat çekmektedir. Zira medeni hukuk sistemlerinde olduğu üzere, cezanın amacı acı çektirmek ya da vücut bütünlüğünü ortadan kaldırmaktan ziyade, suçluyu ıslah etmektir. Önce sağ elin kesip, ardından işlenen suç da sol ayağın kesilmesi tamamen tekrar suç işlenmesini önlemek içindir. Sonrasında başka bir uzvun kesilmeyip hapis cezasının verilmesi, kesilen uzva infazın ardından tıbbi müdahalelerin yapılması, hırsızın el ve ayaklarından zaten birinin sakat, çolak veya kesik olması durumunda diğer uzvun kesilmemesi amacın eziyet vermek değil, ıslah etmek olduğunu pekiştirmektedir.

Diğer tüm suçlarda olduğu gibi İslam Hukuku, verilecek cezanın öncelikle hak edilip edilmediğine baktığından “şüphe ve mazeretten” uzak olmasını şart koşmaktadır. Medeni hukuklarda, “zorunluluk hali” olarak adlandırılan mazeret hususu söz konusuysa, İslam Hukuku bu durumda cezalandırmaya başvurmamakta, diyetinin ödetilmesini şart koşmakta, hatta suçlunun imkânları yetersizse, tövbe etmesini bile yeterli görmektedir.

El kesme cezası ile ilgili olarak Kuran'da Maide Suresi 38. ayette, “Yaptıklarına karşılık ve Allah'tan caydırıcı bir müeyyide olmak üzere hırsız erkek ile kadının ellerini kesin. Allah mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir.” denmektedir. Ancak uygulama şekli olarak dayanak Ebu Hanife'den alınmış bir hadistir. Hz. Ali'den rivayet edilen hadis (Aydın, 1997:236), bir teamül oluşturduğu gibi, bunun dışına çıkanların, cezalandırma gayesinden sapsmalarından ötürü cezalandırılmasını beraberinde getirmiştir:

“Hırsız (ilk defa) hırsızlık yaparsa, sağ elini keserim. Tekrar hırsızlık yaparsa, sol ayağımı keserim. Fakat üçüncü defa hırsızlık yaparsa bu defa (tövbe edip) iyi hal sahibi oluncaya kadar hapsederim. Bunun dışında, tuvaletini yapacağı eli ve yürüyebileceği bir ayağı olmaksızın hırsızı bırakmaya şüphesiz Allah'tan utanırım.”

İslam dininin sürekli olarak vurgu yaptığı “affetme” ve “merhamet gösterme” olgusunun, topluma karşı işlenmiş suçlarda pek yer almadığı görülmektedir. Kısas şeklindeki cezalar direk mağduru hedef almasına rağmen,

hırsızlık, zina gibi bazı suçlar toplumun ahlaki değerlerini ve nizama duyulan güven hissini yaraladığından genellikle affedilmemektedir. Hatta zina suçunda olduğu gibi cezanın infaz edilmesi, imanın bir gereği kabul edilmiştir. Ancak, burada asıl önemli nokta, kanunlar karşısında herkesin eşit olduğudur. Şahısların toplumdaki sosyal statülerine göre bir cezalandırma yoluna gidilmiş olması, adalet hissini varlığından bahsetmek mümkün kılamayacaktı. O nedenle, bu tür suçlarda herhangi bir şekilde “af” kapısı aralanarak, “eşitlik” prensibi delinmek istenmemiştir. Buhari’den alınan bir hadis, bunu açıklayan iyi bir örnektir. Hadise göre, toplumun ileri gelenleri, hırsızlık suçu işleyen saygın biri için Peygamberden af talep etmiş, ancak bu talepleri kesinlikle kabul edilmemiştir. Peygamber, bu suçu kendi öz kızı bile işlemiş olsa, onun da tereddütsüz elinin kesilmesini emredeceği bildirmiştir (Aydın, 1997:236–237).

Ancak, Nisa Suresi’nin 25. ayetinde, farklı bir uygulamanın mevcut varlığından bahsedilmektedir. Ayette,

“Sizden kimin, hür mümin kadınlarla evlenmeye gücü yetmezse sahip olduğunuz mümin genç kızlarınızdan (cariyelerinizden) alsın. Allah sizin imanınızı daha iyi bilir. Hepiniz birbirinizdensiniz. Öyle ise iffetli yaşamaları, zina etmemeleri ve gizli dost tutmamaları halinde sahiplerinin izniyle onlarla evlenin, mehillerini de güzelce verin. Evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa, onlara hür kadınların cezasının yarısı uygulanır. Bu (cariye ile evlenme izni), içinizden günaha düşmekten korkanlar içindir. Sabretmeniz ise sizin için daha hayırlıdır. Allah çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.” denilmektedir.

Evlendikten sonra fuhuş yapan cariyeler için verilecek olan cezanın, hür kadınlar aynı suçu işlediğinde verilecek olan cezanın yarısı olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda İslam’ın eşitlik ilkesine verdiği önemden bahsederken, farklı sosyal statüdeki kişilere farklı ceza uygulamamaya özen gösterildiğine değinilmişti. Ancak buradaki durum, her ne kadar eşitlik hissine aykırı gibi algılsa da, genelde eşitliğin düşük sosyal statüdekilerin aleyhine bozulduğunda adalet kavramının zedelendiği düşünülecek olursa, hür insanlardan daha zor şartlara sahip cariyelerin lehine bir uygulama rahatsızlık yaratmamıştır.

Uygulanan diğ er bir ceza şek li de hapis cezasıdır. Bu, daha çok idari ya da siyasi bir cezalandırma şek li olup, suç lu kiş inin Müslümanlara zararının dokunmaması için tedbir niteliğ inde bir izolasyondur. Hırsızlık suç unu üçüncü kez işleyen suç lunun baş ka bir uzvu kesilemeyeceğ inden, ıslah olana kadar hapsedilmesi en sık rastlanılan hapis sebeplerinden biridir. Aydın (1997:241–247), hapis cezalarının medeni, beledi ve hukuki nizam için verilebileceğ ini belirtir ve İslam’ın insana yaklaşımı gereğ i, hapis hane şartlarının da insana yaraş ır bir şek ilde olmasına ve kötü muamele yapılmamasına özen gösterildiğ ine değ inir. Hatta öyle ki; mahkûmların rencide olmaması için, elleri kelepç eli halde halka teş hir edilmeleri dahi yasaktır. Zaten İslam’ın genel tutumunda, insanları tahkir etmek yoktur. Cezasını çeken her Müslüman, bir diğ erinden farksızdır ve dış lanması kesinlikle kabul edilmez.

Cezaların infazına ilişkin rivayet edilen hadislerde dikkat çeken bir husus, İslam’da cezasını çeken kiş i için söz konusu infazın toplumun olduğ u kadar, kendi iyiliğ i için de olduğ unun belirtilmesidir. Mesela Peygamber, hadislerde bu şek ilde öldürülen kiş ilerden bahsederken, onların hakarete uğ ranmasına ve kötü bilinmesine asla izin vermemiş, aksine onların “cennetin ırmaklarında yüzdüğ ünü”, “Allah katında kokularının misk kokusundan güzel olduğ unu”, “ettikleri tövbelerle Allah katında çok büyük sevaplar kazandığ ını” belirtmektedir¹. Bu durum, söz konusu cezaların yoğun bir şek ilde uygulanmasıyla beraber, cezalar ne denli ağır olursa olsun, toplum tarafından bu gerekç eyle kabul görmesine, cezayı verenlerin ve uygulayanların da büyük vicdan rahatlığ ı duymasına sebep olmuştur. Belki de recm gibi hala Kuran’da bir dayanağ ı bulunamayan cezaların, Peygamber’den sonra İslam Hukuku’nu uygulayan yönetimlerce bu kadar çok taraftar toplamasının bir sebebi de budur.

Genel olarak İslam Hukuk Sistemi’nde, yargılama herkese açık olup, sanığ ın suç u zorlama ile kabul etmesi itiraf olarak kabul edilmemiştir. “İşkence altında alınan ifade ve delillerin kabul edilmemesi”, “kanunsuz suç ve ceza

¹Müslim ve Ebu Davut.

olmaması”, “şüphenin sanık lehine kullanılması” prensipleri, o zamanlarda İslam Hukuku’na benimsenmiştir. Sanığa olduğu gibi aynı şekilde tanıklara da baskı yapılması kesinlikle yasaklanmıştır. Hatta hâkim, suçu ispat etmek için tanıklara telkinde dahi bulunması söz konusu değildir.

Yukarıda da değinildiği gibi, İslam Hukuku’nun bir zayıf noktası varsa, o da tazir cezalarının, “şüphe ile ispat edilebilirliği” ve “yargılamaksızın” ceza verilebilmesi özelliği oluşturmuştur. Sosyal yaşama dair suçların çeşitliliği elbette, tazir cezalarının kapsamını ister istemez geniş tutmuş, bu da idareye ve yargıya keyfiyet derecesinde yetki serbestisine olanak vermiştir. Ancak, uygulamalar dikkate alındığında, İslam’ın ilk yıllarında bu keyfiyetin işkenceye varacak ölçüde kesinlikle uygulanmadığı, sonrasındaki İslam devletlerinin yöneticileri tarafından bazı sosyal veya siyasal gerekçelerle bu şekilde uygulandığı görülmektedir.

Sonraki İslam ülkeleri, İslam’ın genel hukuk prensiplerinden bir bakıma uzaklaşmış dahi olsa, uygulamadaki suiistimaller dışında İslam Ceza Hukuku’nun Hıristiyan kültürle kıyaslanamayacak kadar, “eşref-i mahlûkat” (yaratılanların en şerefli) olarak kabul ettiği insanı önemseydiğini ve başta yaşam hakkı olmak üzere haklarına ve beden bütünlüğüne saygı gösterdiğini kabul etmek gerekir. Bir insanı öldürmenin, bütün insanlığı öldürmekle eş tutulduğu İslam anlayışıyla, Hz. Muhammed zamanında (1622) Medine Anayasası şeklinde hazırlatılan “**Sahife**” adlı 47 maddelik metin, yine birçokları tarafından ilk hak ve hürriyetler beyannamesi olarak kabul edilen Veda Hutbesi, Kuran’ın bizzat kendisi ve hadisler, günümüz dünyasının bile birçok hak ve hürriyetlerini ta o zamanlarda karşılamaya çalışmıştır¹. Batıda çağdaşı olan gayri Müslimlerin, benzeri haklara kavuşmaları ise hem de çok sancılı olacaktır, hem de yüzlerce yıl sürecektir.

¹<http://www.osmanli.org.tr> sitesindeki Prof. Dr. Ahmet Akgündüz’ün “Osmanlı Devletinde ve Çağdaşı Olan Diğer Devletlerde İnsana ve Hukuka Saygı” adlı makalesinden alınmıştır.

5. OSMANLI HUKUKU VE İŞKENCE

Osmanlı Hukuku'nda işkencenin bulunduğu yerin tahlil edilebilmesinde, hiç şüphesiz Sened-i İttifak ile başlayan modernleşme süreci öncesi ve sonrasının milat olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Gerek Osmanlı'nın kendi ihtiyaçlarından, gerekse güçlü batının çıkar ilişkilerinden kaynaklanan bu reform sürecinin, genel olarak insan hak ve hürriyetleri üzerinde izdüşümünün olduğu kimse tarafından yadsınamaz. Ancak, çağının diğer medeniyetleriyle kıyaslandığında, oldukça ileri ve pragmatik denilebilecek bir hukuk sistemine sahip olan Osmanlı'nın, işkenceye olan mesafesinin daha yukarıdan bakılabilmesi amacıyla, bu hukuk sisteminin evvela genel anlamda ele alınması faydalı olacaktır.

5.1. Genel Olarak Osmanlı Hukuk Sistemi

Osmanlı Hukuk Sistemi'nin genel yapısına bakıldığında esas dayanağını İslam Hukuku'nun oluşturduğu görülmektedir. Saf ırk kaygısı hiçbir zaman taşımayan, hatta eşlerini farklı ülkelerden seçmekten çekinmeyen Osmanlı hükümdarları, bir taraftan Müslüman ve Türk kimliğiyle Anadolu Selçukluları ve sonrasında kurulan beyliklerin yerleştirdikleri sistemi özümseyip, diğer taraftan İslam Hukuku geleneğinden apayrı bir yapıya sahip Balkan ülkelerinin fethedilmesiyle onların sahip oldukları gelenek ve görenekleri birleştirerek “nevi şahsına münhasır” hibrit bir hukuk sistemi oluşturduklarını söylemek yanlış olmayacaktır.

Devletin işlerliği için ister istemez ödün vermek zorunda kaldıkları bu hukuki düzenlemelerde, Balkanlar için Balkan örf ve adet hukukuna, Mısırlılar için Memlukların yayımladığı kanunlara halkla çatışmaya girmemek adına başvurmuşlardır. Yani, İslam Hukuku'ndan hayli farklı bir hukuk sistemini dönemin şartlarına göre sık sık referans olarak almaktan çekinmemişlerdir. Bunun asıl

nedenine gelince, daha önce karşılaşılmayan hukuki boşlukların kendini göstermesidir. Örneğin, Balkanların fethi ile birlikte, orada mevcut olan madencilik ile ilgili olarak hiçbir bilgi ve tecrübeye sahip olmayan Osmanlının karşılaşılabileceği sorunları Şeriat hükümleri ile çözebilmesi mümkün olamayacaktır. Oysa yılların madencileri olarak Balkanlar’da hazır bir “maden hukuku” onları beklemektedir. Diğer bir neden ise, Osmanlının bilmediği bazı kurumların yararlı bulunarak ithal edilmesidir. Hafif süvari birlikleri ve kale garnizonları gibi yapılanmalara sahip Hıristiyan askeri kurumları gerekli görülüp, bunları düzenleyen örf ve adetlere olduğu gibi hukuk içinde yer verilmiştir. Genel olarak, idari, mali, hukuksal ve askeri kurumlardan devletin çıkarımı zedelediğine inanılanlar, İslam Hukuku’na oldukça yabancı bile olsalar benimsenmiştir. N. Beldiceanu, bu konuda İslam Hukuku’yla bağdaşmayan bir tutum izleyen Osmanlının, bunu yaptığında sapkın bir mezhep durumuna düşmediğinin altını özellikle çizmekte ve İslam Hukuku’nca öngörülemeyen sorunların çözümlerini yeni bir kanun yayımlayarak üretme serbestisini Şeriat’ın kendisinin hükümdarlara tanıdığını belirtmektedir (Mantran, ve diğ., 1995:145–146).

Bundan dolayıdır ki; esas dayanak İslam Hukuku (Şeriat) olmakla beraber, Osmanlı Devleti’nin hukuk temelini oluşturan diğer sütun, fetihler boyunca topraklarına kattıkları ülkelerin “örf hukuku” (örf ve adetleri) olmuştur. Burada ilginç olan, nasıl olur da Hıristiyanlığa karşı fethi çıkan bir devletin, kendi hukukunun büyük bir bölümünü oluşturacak yasaları, yine Hıristiyanlığın kendisinden alıyor olmasıdır. N. Beldiceanu, hükümdarların uyruklarına giren halkların hukuklarına kök salmış gelenek yapılarını bozmama isteğini, yukarıda da değinildiği üzere çoğu zaman ekonominin belli bir yasal düzenlemeyi dayatmasının ve halkların karışıklıklarından devletin özellikle kaçınma kaygısının bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Şeyhülislamın verdiği fetvaları ve bazı kırmızı çizgileri gözetmek koşuluyla, nerdeyse sınırsız “uygulama” serbestisine sahip olan hükümdarın, örf konusuna geldiğinde pek de yapabilecek bir şeyi yoktur. Doğaları gereği örflerin değiştirilmesi imkânsızdır. İşte bu gibi nedenlerden dolayı, Osmanlı hükümdarının iktidarı keyfi olmaktan çok uzaktı (Mantran, ve diğ., 1995:147).

Hükümdar, Osmanlının Müslüman topraklarında dinsel bir nitelik taşımaktaydı ve halife olarak “Tanrı’nın yeryüzündeki gölgesi” konumundaydı. O nedenle fermanları, altına bastığı tuğrası halk tarafından kutsaldı. Yalnız müftülerin yorumlayabildiği Şeriat üzerinde herhangi bir düzenleme yapma yetkisi bulunmayan hükümdarlar için, etkin Hanefi mezhebinin liberal yaklaşımı, Şeriat’a ters düşmeden kamu hukuku, anayasa, idare, maliye, ceza hukuku gibi dinden bağımsız alanlarda hükümdarlara kanun yapma imkânı sağlayan önerme hakkı tanımaktaydı. Buna rağmen, yine de ne hükümdar, ne de emrindeki kamu görevlileri kanunun üstünde değillerdi. Kendi kamusal ve özel yaşamlarını bile düzenleyen Şeriat’ın buyruklarına uymak zorundaydılar. Hükümdar, İmparatorluk’ta yargının en üst makamında, yüce adalet divanı konumunda yer almasına rağmen, uyruklarından herhangi biri tarafından, yerel bir hükmün adaletsizliğini ya da görevlilerden birinin işlemiş olduğu suçu ona iletebilmekteydi. Ona müracaat o kadar kolaydı ki; divanına dilekçe verilerek yapılabileceği gibi, yolda önüne çıkıp doğrudan kendisine söyleyerek de yapılabilmekteydi müracaatlar. Hükümdar, İmparatorluk ideolojisini göz önünde tutarak, ülküsel bir hükümdar modeli oluşturmaktaydı. İslam’ın kendisi bu ideolojinin öğelerinden biriydi. Müslüman olan veya olmayan halk, Tanrı’nın ona emanet ettiği uyruklardı ve onların arasındaki hakkaniyeti korumak için bunca kanunnamelerin çıkartılmış olması ülküsünün gereği idi (Mantran, ve diğ., 1995:207–208).

Hükümdarın kişiliği kimi zaman şiddetle tartışma konusu edilse bile, hedef alınan devlet kurumundan ziyade insan olduğuna dikkat çekmektedir. Nitekim ayaklanma ve darbelerde, bir hükümdar tahttan indirildiğinde, hatta öldürüldüğünde, yerine yeni bir siyasal sistemin yandaşı değil, her defasında yeni bir sultanın getiriliyor olması bunun bir ifadesidir. Bundaki sebep, hükümdarın yalnız cismani iktidarın başı değil, aynı zamanlarda bütün Müslümanların başı olduğu ve Hıristiyan devletler karşısında İslam’ın koruyucusu olduğu gerçeğidir (Mantran, ve diğ., 1995:337–338).

Yine Mantran, Hıristiyanlara karşı ilk yıllarından beri herhangi bir baskı ve zulmün olmamasından, Bizans ileri gelenlerinden bazılarının hür iradeleriyle

Osmanlı saffına katılmalarından ve her zaman gösterilmiş olan geniş “hoşgörünün” hâkim olmasından ötürü, Osmanlının hükümdarlarını ve yöneticilerinin, hiçbir zaman “ilkesiz barbarlar” olarak görülemeyeceğini ifade eder. Sonraki dönemlerinde de, güçlenen otoritesiyle hükümdarların, her ne kadar Müslüman niteliği ön plana çıkarmalarına rağmen, eyaletlerin kendine has özerk yapılarını kucaklayan bir anlayışla yönettiklerini belirtir. Osmanlı İmparatorluğu’nda gayri Müslimlere karşı haklı ya da haksız bir baskı olduysa da, hükmü altında bulunanlara karşı bunu yapmayan egemen ülke bulunmadığını özellikle belirtir. İspanya’daki ve Orta Avrupa’daki zulümden kaçan Yahudilerin, Osmanlı ülkesini sığınacak bir liman olarak görmeleri, baskı ve zulümden bu anlamda bahsedilemeyeceğinin bir işaretidir (Mantran, ve diğ., 1995:13).

Tarihi anlatımlar ve destansal eserlerin, özellikle kuruluşun ilk yıllarındaki hükümdarları, inancı uğruna mücadele eden, tek amacı İslam dinini yaymak olan, İslam’ın üstünlüğünü kabul etmeyen kafirlerin kökünü kazımayı ülkü edinen “gaziler” gibi göstermesini I. Beldiceanu, “iman adına savaşan” rolünün yüceltilerek, Müslüman dünyanın öncüsü durumundaki Osmanlıya bir bakıma yardım çağrısı anlamını taşıdığını ve bu ifadelerin Osmanlı hükümdarlarının üstünlüğünü haklı göstermek için özellikle kaleme alınmasından başka bir şey olmadığını belirtmektedir (Mantran, ve diğ., 1995:35–36).

Üç kıtayı hâkimiyeti altına almış ve onlarla son derece uyum içinde altı yüzyıl gibi uzun bir süre, egemen unsur olarak yaşayabilen Osmanlı iktidarında, azınlık unsurların asli unsurlara göre olan konumunu Mantran, “daha az yüksek” olarak tanımlamaktadır (Mantran, ve diğ., 1995:13). Hakikaten, Osmanlının diğer unsurlara, özellikle de “zımmi” olarak adlandırılan uyruğundaki Müslüman olmayan unsurlara karşı yaklaşımında “ikinci sınıf” muamelesi hiçbir zaman görülmemiştir. Bazı görevlere gayri Müslimlerin alınmasının yasaklanması bu görüşe aykırı gibi görülse de, “devşirme” sistemi bu sınırlamayı bir bakıma hafifletiyordu. Çünkü bu sistem ile eğitilip yetiştirilen kişi, sultana doğrudan bağlı bir ordunun mensubu ya da devlet idaresinin seçkin bir ferdi olarak, artık Osmanlının asli unsurlarından biri gibi tüm hak ve olanaklara sahip olabiliyordu.

Mantran, Anadolu ve Balkanlardaki “devşirme” uygulamasını aynı zamanda, meşhur İslam hoşgörüsüne karşıtlık oluşturan belki de tek olumsuzluk olarak göstermektedir. Çünkü devşirilen Hıristiyan gençler, zorla sünnet ettiriliyor ve İslamlaştırılıyordu. Ama yine de, yukarıda da vurgulandığı gibi yapılanların söz konusu kişilerin ilerlemelerine olanak sağlamak için yapılan ritüellerden ibaret olması ve Hıristiyan uyruğun çok küçük bir bölümünü etkilemesinden dolayı bunu tam olarak hoşgörüsüzlük ya da zulüm olarak görmek yanlış olacaktır. Bunların haricinde İslamiyet’e geçen bazı gayri Müslimlerin de olduğu doğrudur, ancak bunlar, ya sosyal bakımdan daha yüksek statüye erişmek, ya da vergi konusunda çıkar elde etmek için bunları gönüllü olarak benimseyenlerdi (Mantran, ve diğ., 1995:363).

Benzer bir yaklaşımla, devletin sadık birer hizmetkârı olarak hazırlanan “kapıkulları” için Vatn, bunun kesinlikle ne Hıristiyan gençlerin beyinlerini yıkama, ne de kökenlerinden koparıp alma olmadığını, kapsamına bakıldığında meslekte yürüyüşlerinin sadece hükümdara bağımlı, ona sadık hizmetkarlar sağlama olduğunu ifade etmektedir (Mantran, ve diğ., 1995:65).

Osmanlı Hukuk Sistemi’nin, gerek dönemin ekonomik dayatmaları, gerekse devletin işlerliğine ters düşmedikçe toplumsal çatışmalardan kaçınmak için uyruğundaki diğer unsurların alışkanlıklarını, geleneklerini, yaşam biçimlerini, sosyal koşullarını koruma, uyarılama, hatta düzeltip iyileştirme fırsatları sunan bir yapıya sahip olduğuna yukarıda değinilmişti. Osmanlı hukukçularınca, darphanelere, paraya, tuzlalara, toprak rejimine, vergilendirmeye, gümrük rejimine, pazar ve limanlara ilişkin kurallar bir araya getirilerek bir bütün halinde birleştirilmiştir. Ancak, devlet yapısının içinde mevcut olan karmaşıklık öylesine genişti ki, ayrıca yeni bir örfi yasa ile ancak bunun giderilmesi söz konusu olabilecekti. Bu yasa; ceza hukukunu, tımar sahiplerinin statüsünü ve uyrukları (köylüleri, göçebeleri, kimi Balkan bölgelerinde oturanları) konu alan kitaplardan oluşmaktaydı (Mantran, ve diğ., 1995:146). Kanunnameler ile sağlanan bu sistemin en farklı yanları, özellikle Hıristiyan eyaletlerde yerel dilleri, dinleri, hatta siyasal ve sosyal yapıları korumuş olmasıdır (Mantran, ve diğ., 1995:13). Bunun doğal bir yansıması olarak da, Osmanlı

Ceza Yasası'nın dışında, tüm ahaliyi kapsayacak bir yasanın olmadığı görülmektedir. Çünkü gerek eyaletler üzerinde yaşayan unsurların kendi eyaletlerine has kanunlarının (Örneğin, 1528 tarihli Kütahya Kanunnamesi, 1539 tarihli Bosna-Hersek Kanunnamesi, 1545 tarihli Pozega Kanunnamesi gibi), gerekse dini unsurların kendi din grubuna has hukuk sistemlerinin olması tek bir kanunun tamamını aynı şekilde kapsamasını imkânsız hale getirmiştir. Hukuk, günün şartlarına göre çeşitli dönemlerde padişahların çıkarttığı kanunnameler ve ceza hukukuna da kaynaklık eden Fıkıh âlimlerinin eserlerinin Osmanlı kadılarınca uygulanmasından ibaret hale gelmiştir (Akçam, 1995:325).

Osmanlı İmparatorluğu'nun eyaletleri, vezir düzeyinde ve paşa unvanını taşıyan valilerce yönetilmekteydi. İdare, valiler (paşalar), yargıçlar (kadılar) ve yeniçerilerden oluşan milis güçlere dayanmaktaydı. Osmanlı adliye teşkilatı ise, hiyerarşik bir yapı içinde, en başta veziri azama denk düşen şeyhülislam ve İmparatorluk divanına katılan iki kadıaskerden (Rumeli ve Anadolu kadıaskerleri) oluşmaktaydı. Altlarında büyük merkezlerde görev yapan başkadılar, onların altındaysa kadılar yer almaktaydı. Kadılar genelde Türk olup, Hanefi mezhebine bağlı kalmışlardır. Ancak, yerel mahkemelerde ve ikinci kademe yargıçlığının genellikle yerli halktan seçilmesi de söz konusuydu. Yargılama alanı, eyalet mahkemesi, kent mahkemesi, yerel mahkeme, ilçe mahkemesi gibi sorumluluk alanlarına dağılmış durumdaydı. Ayrıca bölge insanının etnik yapısına göre (Arap bölümü gibi), işlenen suçun niteliğine göre (askeriye bölümü gibi) kısımlara ayrıldığı görülmekteydi (Mantran, ve diğ., 1995:427). Akçam ise (1995:179–181), Osmanlı topraklarındaki mahkemeleri Tanzimat ilanına kadar üç çeşit olarak belirtir. Bunlar, Şeriat Mahkemesi, Cemaat Mahkemesi ve kapitülasyondan faydalanan devletlerin mahkemeleridir. Tanzimatın ilanı ile birlikte ise, Ticaret ve Asliye olmak üzere Karma Mahkemeler kurulmuştur. Sonra ihtiyaçlar doğrultusunda Karma Ceza Hukuk Mahkemesi, istinaf mahkemeleri sıfatıyla Nizamiye Mahkemeleri ve en üst mahkeme sıfatıyla Divan-ı Ahkâm-ı Adliye teşkil edilmiştir. Laik hukuk ilkelerinin ilk defa, ticaret alanında Osmanlı Hukuk Sistemi'nde yer almaya başladığını belirtmekte fayda vardır. Ayrıca, Nizamiye Mahkemeleri de laik sisteme geçişte zemin oluşturmuştur. Bu kadar çok mahkeme çeşidinin bir arada bulunduğu hukuk

sisteminde yetki karmaşasını yaşamamak mümkün değildir. Hele bu mahkemelere ilave olarak bazı il meclislerinin mahkeme gibi faaliyet gösterdiğini düşününce, içinden çıkılması oldukça güç bir sistemin ağırlığı çökektedir. Bu kaosu ortadan bir nebze olsun kaldırabilmek için yapılan yürütme ile yargı arasındaki ayırım ancak 1876 Anayasası ile mümkün olabilmıştır. Esas ve mutlak belirleyici olarak, gözaltı, soruşturma ve yargılama esnasında İslam Hukuku'nun temel prensiplerine sadık kalınmış, tüm şer'i ve hukuki meseleler, Hanefi mezhebi esaslarına göre halledilmiştir.

Yargının ilgi alanına bakıldığında, halkın neredeyse tüm işlerini kapsadığı görülmektedir. Miras, boşanma gibi şahsi işlerden, din ve örfle ilgi işlere kadar her şey kadının sorumluluğundaydı. Özel hukuk ve ceza davaları gibi adli işler, ticaret ve taşınmaz mal işlemleri, lonca örgütleri gibi iktisadi meseleler, kent ve vakıf idaresine ait yönetimle ilgili sorunlar da dâhil olmak üzere neredeyse tüm yetkiye kadılar sahip durumdaydı (Mantran, ve diğ., 1995:427–428). Onlar aynı zamanda Şeriat'ın ve kutsal İslam Yasası'nın saygın yorumlayıcıları ve savunucularıydı. Dinin hizmetindeki bu güç, başvuru kaynağı niteliğindeydi aynı zamanda (Mantran, ve diğ., 1995:438).

Osmanlı yönetiminde kadılar, diğer Müslüman rejimlerdeki kadılardan farklı olarak, örgütlenmiş ve kurumsallaşmış bir yapıya sahiptiler. Yine diğer farklılık, onların devletin işleyişinde söz sahibi olma ayrıcalıklarıydı. Sancaklardan daha küçük olan idari yapılanmalarda (kaza ya da kadılık), Şeriat'ın uygulanmasının yanında bütün kamu ya da özel işlerde adaleti yerine getirme yükümlülüğü onlara aittir. Müslüman olmayan uyuşa devlet tarafından kimi medeni ve cezai konularda adli özerklik tanınmış olmasından dolayı, kadılar öncelikle Müslüman topluluk için adalet sağlamaktaydı. Ama her zimmînin kadıya başvurma hakkı da mevcuttu. Uyuşmazlıkların söz konusu olduğu hallerde taraflardan biri şayet Müslüman ise, bu durumda kadıya başvuru zorunluluk haline geliyordu. Kısacası kadılar, hukuk düzeninin yanında, noterlik de dâhil olmak üzere birçok yetkilerle donatılmış adeta birer yerel idareciydiler. Devletten aldıkları gündelik ödemelerin yanında, yaptıkları işler doğrultusunda bir takım paralar alıyor olmaları ve geçimlerini de bunlarla

sağlıyor olmaları, çok sık rüşvet iddialarını beraberinde getirmiştir. Bunun önüne geçebilmek için padişah tarafından sıklıkla uyarılmaktaydılar ve şikâyet mekanizması sayesinde suç işledikleri ortaya çıktığında derhal cezalandırılmaktaydılar (Mantran, ve diğ., 1995:256).

Özellikle Gerileme Döneminde, İmparatorluk'un taşra idare sisteminde istikrarsızlığın doğal bir sonucu olarak, yöneticilerin harcadıklarını çabucak elde edebilmek ve tüm imkânları kendi menfaatlerine kullanabilmek için adeta birbirleriyle yarıştığı görülmektedir. Özellikle valilerin oldukça geniş yetkilere sahip olması (kamu düzeni ve güvenliği, vergileri toplama ve Babiâli'ye ayrılan verginin hazırlanması, genel idare), bu yolsuzlukları daha da derinleştiriyordu. Burada adli işlemlerde söz sahibi olan kadının, yapılanlar hakkında İstanbul ile doğrudan yazışma yetkisinin bulunması ile baskı grupların çıkarlarına göre davranan eyalet divanının valiyi kontrol edebilmesi, çarpık bir kontrol mekanizması oluşturmaktaydı (Mantran, ve diğ., 1995:425–429). Valiye gönderilen emirlerin ve yaptığı işlerin, Şariat çerçevesi dâhilinde yerine getirilip getirilmediğini denetleyen kadılar, aynı zamanda valinin davranışları hakkında da raporlama yaparak hükümete bilgi verme yetkisine sahiptiler. İktidar tartışması yapan başlıca güçlerin uyuşmazlıklarında kadının ağırlığını koymasıyla dengeler o tarafın lehine değişiyordu.

Gerileme Dönemine doğru, adliye sisteminde genel anlamıyla sıkıntılar baş göstermeye başlamıştır. Önceleri ömür boyu görev yapmak üzere atanan kadıların (yargıçlar), belirsiz bir zaman için aynı kentte bulunuyor olmaları sakıncalara yol açmaktaydı. Sonraları bu sakıncaların giderilmesi için atamaların yıllık bir niteliğe büründürülmesi, sorunu ortadan kaldırmadığı gibi adalet mekanizmasında hiç olmaması gereken siyasi mücadeleleri de beraberinde getirmiştir. Nitekim kimi zaman bir yıl içerisinde iki atamanın yapılması, hiç de nadir rastlanan bir durum değildi (Mantran, ve diğ., 1995:415).

Burada kurumların kendi yapılarından öte asıl sistemik sorun, değişen koşullara göre Osmanlı hukuk ve yönetim sisteminin kendini ayarlaması gerekirken, statükocu bir yaklaşımla sorunların çözümüne gidilmiş olmasıdır. Yani,

kanunnamelerde düzenlenmiş hususların revize edilmesi zorunluluk halini alırken, ilgili halklar (uyruklar), sosyal ya da mesleki çevreler, kendileri için bir güvence oluşturan hukuksal metinlerin değişmesine sıcak bakmamış olmasıdır. Aynı şekilde görevliler de, yetişme şekillerinin, alışkanlıklarının, hatta çıkarlarının yeniden düzenlenmesini kesinlikle istememiş, bu da zamanla, kemikleşmeyi ve köhneleşmeyi beraberinde getirmiştir.

İmparatorluk'un sonlarına doğru, o övgü dolu, meşhur "hoşgörü" anlayışında da bir takım değişimlerin kendini göstermeye başladığı görülmektedir. Özellikle Balkan ülkelerinde durum farklı bir noktaya sürüklenmiş, dünyadaki gelişmelere paralel olarak devlete karşı bir başkaldırının ve düşmanla yapılan gizli anlaşmaların varlığından bahsedilir olmuştur. Bu durum, gerek Osmanlı iktidarı ile Hıristiyan uyruk arasındaki ilişkileri, gerekse Müslümanlarla gayri Müslimler arasındaki bağları olumsuz etkilemeye başlamıştır. Artık zimmîler Şeriat'ın koruması altından kalkarak, onun özellikle gözleme aldığı noktaya gelmiştir. Görece ahenkli bir arada yaşamının yerine de, hınç ve korkunun tahrik ettiği aşırılıklar görülmeye başlamıştır.

Devletin aleyhine dönüşmeye başlayan gelişmeleri yeniden tersine çevirmek için, yükselen milliyetçilik akımının önü kesilmeye çalışılmış, hatta Avrupa'da Müslüman ögenin güçlendirilmesi için özellikle Bosnalılar ve Arnavutlar arasında olmak üzere İslam'ı benimsetme politikasının genişletilmeye başlanmıştır. Aynı şekilde Giritliler için de benzer bir İslamlaştırma söz konusu olmuştur (Mantran, ve diğ., 1995:386–392).

Bakıldığında Bosnalıların, Arnavutların, Doğu Makedonların ve Lazların dilleri koruyarak İslam'a geçtikleri de bir gerçektir. Ama burada şunun da vurgulanması gerekmektedir ki; dönemin Osmanlı yönetimi için, haçlı zihniyetine benzer bir zorlama yaptığından bahsetmek mümkün değildir. İslam'ın bu ülkelerde yayılma şekli ve hızına bakıldığında, bir süre sonra halk çoğunluğunun özümsemesi şeklinde bunun gerçekleştiği görülmektedir.

5.2. Reformlar Dönemine Kadar Osmanlı Hukuk Sistemi ve İşkence

Kuran ayetlerinden ve hadislerden düstur alan İslam Ceza Hukuku'nun, içinde tazir gibi takdir hakkının keyfiyete varacak derecede geniş tutulduğu bir ceza sistemi mevcut olsa da, kapsamının genel ilkelerden ziyade somut olaylarla sınırlı kalması, boşluğun Osmanlı Kanunnameleriyle doldurulmasını kaçınılmaz kılmıştır (Akçam, 1995:29). Nitekim sonraki dönemlerde başa geçen Müslüman yöneticilerin de, önceki İslami uygulamalara pek sadık kalmadığı söylenebilir.

İslam Hukuku, zamanının diğer hukuk sistemleri ile kıyaslanmayacak kadar çağının ilerisinde hümanist bir yapıya sahip olduğu yukarıda belirtilen ayet ve hadislerden anlaşılmaktadır. Ancak, “Size tokat vurana diğer yanağınızı dönünüz”, diyecek kadar hoşgörü sahibi Hz. İsa'nın dinini benimseyenlerin, zaman içinde Allah ve din adına yaptıkları akıl almaz vahşet ve zulmü düşününce, aynı tehlikenin İslam dini için de söz konusu olduğu rahatlıkla söylenebilir. Nitekim İslam Hukuku'nda kesinlikle yasak olan işkencenin, başka bir takım faktörler de söz konusu olsa, zamanla Halifeyi de içinde barındıran Osmanlıda yaygın bir yanlış uygulama haline gelmesi başka türlü açıklanamazdı. Osmanlı Devleti'nin, İslam kültürünün de etkisi ile benimsediği insana ve hukuka saygı anlayışını giderek terk etmesinin, kendi sonunu da getiren bir etkisinin olduğu konusunda birçok tarihçi hemfikirdir.

Osmanlı Hukuku ve onun insan haklarına karşı yaklaşımı ile ilgili olarak Akgündüz, yukarıdaki kanaate katılmakla beraber, bu yöndeki yanlış uygulamaların çoğunlukla son dönemlere ait olduğunu belirterek, öncesindeki uygulamaları ise, istisna olarak değerlendirmektedir. Ve “gerçekte Osmanlı Hukuku'nun insana ve onun hak ve hürriyetlerine olan saygısının, çağdaşı olan devletlerle mukayese edilemeyecek derecede mükemmel olduğunun”, devletin toprakları üzerindeki gayri Müslimlere ait mabetlerin, mekteplerin ve mülklerin çokluğundan, binlerce sayfayı bulan şer'iyeye sicillerinden (mahkeme kayıtları), sayıları 120 milyonu bulan Osmanlı Arşivlerindeki belgelerden rahatlıkla anlaşılabilceğini dile getirmektedir. O, her ne kadar birçok tarihçi tarafından ilk defa hak ve hürriyetlerin Tanzimat Reformları ile

gündeme geldiği kabul edilse de, söz konusu reformlarla zaten var olan hak ve hürriyetlerin sadece yazı haline getirilmiş olduğunu iddia etmektedir¹.

İslam Hukuku'nun yetersiz kaldığı sorunları halletmek ve boşluklarını doldurmak üzere pragmatik bir şekilde çıkartılan söz konusu kanunnamelere bakıldığında, bunlar Fatih Kanunnamesi, Yavuz Selim Kanunnamesi, ve Süleyman Kanunnamesi gibi tüm tebaayı kapsayan genel nitelikteki ceza kanunnameleriyle; Kütahya İl Kanunnamesi, Dülkadir Türkmen Beyliği Kanunnamesi, Bozok Kanunnamesi gibi yerel nitelikte ve cezanın haricinde müteferrik hususları da düzenleyen kanunnamelerden oluşmaktadır. Bu kanunnamelerle şekillenen Osmanlı Ceza Hukuku, İslam Ceza Hukuku'ndan farklı olarak sınırlı da olsa soruşturma esnasında işkencenin kullanılmasına izin verdiği görülmektedir. Oysa aynı İslam Hukuku'ndaki gibi soruşturmalarda zor kullanmak, işkence yapmak yasaktır ve işkence altında alınan ifadeler geçersiz sayılmaktadır. Ancak Osmanlı Kanunnameleri, padişahın emriyle kuvvetli delil bulunması ve inkâr durumlarında suçun faillerine, ikrar için işkencenin yapılmasına izin vermiştir. Mesela hırsızlık suçu bunlardan biridir.

Yine Osmanlı Hukuku'nun, İslam Hukuku'ndan ayrıldığı bir diğer nokta ise, İslam Hukuku'nda kesin ve belirgin bir hükme bağlanmış olmasına rağmen bazı “had” cezalarının da başta para olmak üzere farklı hükümleri içermesidir. (Akçam, 1995:31–32) Hatta birçok had cezası için sadece para cezasını içerdiğini düşününce, Osmanlı Kanunnamelerinin çok da gaddar bir ceza sistemine ve teamüllere sahip olmadığı söylenebilir. Özellikle, recm (taşlanarak öldürme) cezasının verildiği zina suçu başta olmak üzere, Osmanlı tarihi boyunca “had cezalarının” genelde para cezası şeklinde ödetildiği bilinmektedir. Ancak tarihçiler, zina suçunu işleyen bir gayri Müslim ise, yani Müslüman bir kadınla gayri Müslim bir erkek zina yapmışsa, para cezasının değil de recmin uygulandığını belirtmektedirler. Bu durumda, “şer’i şerif” denilen Osmanlı Hukuku'nun, devletin hâkimiyetini kabul etmiş “zimmî” adı verilen gayri Müslimlere de hiçbir ayırım gözetilmeksizin uygulandığını söylemek

¹<http://www.osmanli.org.tr> sitesinde Prof. Dr. Ahmet Akgündüz'ün “Osmanlı Devletinde ve Çağdaşı Olan Diğer Devletlerde İnsana ve Hukuka Saygı” adlı makalesinden alıntı yapılmıştır.

doğru olmayacaktır. Akgündüz, Osmanlı Arşivlerinde çok miktarda emsalleri bulunan müslümana karşı gayri Müslim'in kazanmış olduğu mahkeme kayıtlarını delil göstererek, tamamen eşit ve taraf tutmayan bir hukuk anlayışının hâkim olduğunu ifade etmektedir. Yine konuyla ilgili olarak, Galata mahallinde yaşayan gayri Müslimlere, Fatih Sultan Mehmet'in vermiş olduğu Ahitname ile tanınan inanç özgürlüğüne atıfta bulunarak, Osmanlı devlet anlayışındaki hoşgörüyü dikkat çekmektedir¹.

Hırsızlık suçuna ilave olarak, Osmanlı Ceza Hukuku'nda ağır şekilde cezalandırılan bir başka suç da “vergi kaçırma” suçudur. Aslında bunun da bir bakıma hırsızlık olduğu elbette söylenebilir. Osmanlının vergi konusunda göstermiş olduğu hassasiyet ve tahammülsüzlüğü anlayabilmek için vergi sistemine ayrıntılı olarak bakmak da fayda vardır:

Osmanlı Devleti, gerek büyük devlet çıkarları, gerek hâkimiyet alanı genişliği nedeniyle muazzam boyuttaki giderlerini karşılamak zorundaydı. Özellikle askeri seferler, bütçe üzerinde oldukça tüketici bir etkiye sahipti. İdarenin ve asayişin sürdürülmesi, kamu çıkarlarının, zorunlu giderlerin karşılanması için toplanacak olan vergi şartı, devletin sürdürülebilirliği, uygulanan askeri politikaya bağlı olduğundan vergiye mutlak suretle ihtiyacı vardı. O nedenle toplanacak olan vergiler hayati anlam taşıyordu. İmparatorluk topraklarında yaşayan insanların büyük bölümü, zanaatçılıkla değil, toprağı işlemekle geçimini sağladığından genellikle alınan vergilerin ağırlığını buradan ödenen vergiler oluştururdu. Ayrıca, tarımdaki üretimin, kentteki üretime nazaran daha iyi bilinmesi ve kontrol altında tutulabilmesi, topraktan alınan vergi konusunda devletin hassasiyetini belirlemiştir. Hükümdarın, Şeriat gereği toprağın hem altının hem de üstünün sahibi olduğundan, köylüler sadece yararlanma hakkına sahipti. Özellikle 18. yüzyılın sonlarına doğru, gerek ayrılma eğilimi gösteren eyaletlerin takındığı tavır, gerekse kötü yönetim nedeniyle taşra idarecilerinin vergi toplama ve İstanbul'a gönderme konusunda ayak sürümeleri, büyük sıkıntılara yol açmış, bu da doğal olarak, merkezi otoritenin söz

¹<http://www.osmanli.org.tr> sitesindeki Prof. Dr. Ahmet Akgündüz'ün “Osmanlı Devletinde ve Çağdaşı Olan Diğer Devletlerde İnsana ve Hukuka Saygı” adlı makalesinden alınmıştır.

konusu vergi üzerindeki yaptırımının sertleşmesi ile sonuçlanmıştır. Akçam, Müslüman ve Hıristiyan tebaanın her ikisinin de çoğu zaman ayaklanmalarının sebebi olarak, vergi toplarken uygulanan zulümleri göstermektedir. Hatta kimi zaman ne etnik kökeni, ne de milliyetçiliği bile aklında yokken, sırf verginin ağırlığına, uygulanan zulme tepki göstermek için ayaklanan azınlık unsurların, idarece gösterilen direnç nedeniyle, bağımsızlık yolunda kendilerini ilerler buldukları da görülmüştür¹. Nitekim Akçam'a göre (1995:221), özellikle Osmanlının son dönemlerinde, tüm tebaayı canından bezdirecek kadar ağır olan verginin kendisi başlı başına bir zulümdü. Ürünün onda birine denk gelen “aşar” vergisinin birçok yörede neredeyse üçte bir olarak toplanması, vergi toplayıcıların keyfi uygulamaları ve ürünün çürümeye terk edilmesi ile köylüye şantaj yapılması gibi birçok örnek yüzünden, toprak kullanıcılarının ürünlerini yok ederek, sırf vergi derdinden kurtulmaya çalıştıkları görülmüştür.

Reaya olarak adlandırılan çiftçilikle uğraşan bu Hıristiyan ve Müslüman köylüler, tımar sahiplerine topraktan yararlanmak için bir giriş hakkı ödemek zorundaydılar. Ayrıca, ürününün onda birini ve çiftlik hayvanları üzerinden bir dizi haraç verme de yükümlülükleri arasındaydı. Hıristiyan köylüler baş vergisi ve ispenç vermekle yükümlü olup, her işlenen suç karşılığı ödenen para cezaları, evlenmeler karşısında alınan vergiler diğer gelir kaynaklarından bazılarını oluşturmuştur. Hıristiyan çiftçilerden alınan ispençenin Müslüman köylülerde karşılığını çift vergisi oluşturmuş olup, miktar olarak birbirine denkti (Mantran, ve diğ., 1995:157). Tüm bunlardan anlaşılan, Osmanlı Devleti'nin uyruklarından aldığı verginin hiçbir suretle Türk unsurlarla kıyaslandığında bile adaletsizlik oluşturmamış olmasıdır. Vergi toplama hakkına sahip tımar sahipleri açısından bakıldığında bile, bu durum değişmemektedir. Nitekim Müslüman tımar sahiplerinin yanında, Sırp, Rum, Ermeni, Rumen, Sakson, Macar, Eflak, Arnavut tımar sahiplerine de sıklıkla rastlamak mümkündür.

¹1860'larda ağır vergi ve zulümlerden dolayı ayaklanan Sırp, “Padişaha değil, zulüm yapan paşalara karşı ayaklandıklarını” özellikle belirtmişlerdir. Bağımsızlıklarını kazanmalarını müteakip, Sırp Prens Miloş'un, “Zulüm edenlere dua edin! Onlar olmasaydı, hiçbir zaman Sırbistan isyan edip reyalıktan kurtulamazdı” sözleri, konuyu daha da açık hale getirmektedir.

Veinstein'a göre, İmparatorluk'un genelinde oldukça yoğun sayıda bulunan Gayri Müslim halkın vergi vermek zorunda oluşu, Müslüman egemenliğe boyun eğişlerinin bir işareti olması açısından Şeriat'ça öngörölmüş bir husustur bir yandan da (Mantran, ve diğ., 1995:202).

İşte tüm bu şartların neticesinde, vergisini zamanında ve tam olarak ödemeyenlerin, toplanan vergiyi ilgili makamlara teslim etmeyenlerin işkence edilmeleri kanunlarla emredilmiş olup, bunun için padişah ya da kadı emrine bile gerek yoktur. Hatta bu kişileri yargılama bile olmaksızın cezalandırmaya ilgili devlet memurları doğrudan yetkilendirilmiştir ve malların yerleri öğrenildikten sonra verilecek ceza da idam cezasıdır (Akçam, 1995:36). Devletin bekası ve tebaanın devletine olan saygısı yitirmemek için bu tür suçlara izin vermemesi ve ağır şekilde cezalandırmasını, o dönemin devlet anlayışında makul karşılanmalıdır. Nitekim Fatih Kanunnamesi¹ ile sırf devletin bekası için kardeşin kardeşi öldürmesine bile icazet verilmek zorunda kalınmıştır. Elbette burada şöyle bir tezat da söz konusu olmaktadır: Yargıç önüne çıkarılmadan kişinin tutuklanmasına ve cezalandırılmasına izin vermeyen, işkence altına verilen ikrarı geçerli saymayan kanunnameler; hırsızlık ve onun bir benzeri sayılan vergi kaçırma suçunda, hiç de merhametli davranmamaktadır.

Genel ve yerel olarak Osmanlı Kanunnamelerinin işkenceye yönelik tutumu irdelendiğinde, yerel nitelikli kanunnamelerin yukarıda da değinildiği gibi nadiren bedensel cezaya yer verildiği, ekseriyetle para cezalarının tercih edildiği görölmektedir. Genel nitelikli kanunnamelerin ise, özünde bir öncekilerin esaslarını koruduğu, ama işkence olarak algılanabilecek cezalara nispeten daha fazla yer verdiği görölmektedir. Ama yine de, hemen hemen tüm kanunnamelerde, işlenen suçların faillerinin, bu suçu alışkanlık haline getirmedeği sürece suçun karşılığı bir bedeli, diyet olarak (cerime) ödemek suretiyle işkenceden kurtulabildiğini göz ardı etmemek gerekir.

¹http://tr.wikipedia.org/wiki/Fatih_Sultan_Mehmet sitesinden alıntı yapılmıştır.

İstanbul’u fethinden sonra ele geçen esirlerin tamamına yakını azat edip şehrin belirli bölgelerine yerleştiren Fatih, yaptığı düzenlemelerle (Fatih Kanunnamesi), kilisenin manevi bağımsızlığının korunması, Rumların arasındaki sorunların Ortodoks mahkemelerle çözümlenmesi, ayin özgürlüğünün tanınması gibi, inanç özgürlüğü ve toplumların yerleşik sistemlerinin bozulmadan yapılandırılmasını sağlamıştır (Mantran, ve diğ., 1995:108). Fatih Kanunnamesi için Vatin, “dinden bağımsız kanunlar derlemesidir” ifadesini kullanır. Nitekim İslam Hukuku ile kıyaslama yapıldığında büyük farklılıkların olduğu göze çarpmaktadır. İslam Hukuku’nun dar çerçevesine rağmen, kanunnamede ceza hukuku, mali rejim, tımar sahiplerinin yükümlülükleri, uyrukların statüleri gibi sosyal yaşama ait birçok düzenlemenin olduğu görülmektedir (Mantran, ve diğ., 1995:128).

Fatih Kanunnamesi’nin bugün bile eleştirilen en çarpıcı yanı, iç savaşları önlemek üzere, kendisinden sonra gelenleri öldürme yetkisini tanıyan olmasıydı. Vatin, hayli ayıplanan bu yasanın aslında mevcut olan durumu onaylıyor olmaktan başka bir şey yapmadığını belirtmektedir (Mantran, ve diğ., 1995:128). Veinstein de benzer bir ifadeyle, kardeş öldürme yetkisinin, çok eski Türk anlayışının gereği olarak, hükümdarın kendi başarısının, sonuçlarını elleriyle topladığı bir tanrısal yeğleyişi onaylamaktan başka bir şey olmadığına değinmektedir. Şehzadelerin babalarına, kardeşlerine karşı ayaklanma olasılığı, hele yeniçerilerin sevgisini kazanmışlarsa, devletin devamı için oldukça büyük bir tehlike arz ettiği görmezlikten gelinemeyecek bir gerçektir (Mantran, ve diğ., 1995:203).

Kanuni Sultan Süleyman’dan sonra tahta geçenler tarafından taşraya şehzade yollama uygulaması yavaş yavaş terkedilmiş, III. Mehmet’ten itibaren ise bütün şehzadelerin sarayda “kafes” denilen gizli bir bölümde tüm dünyadan soyutlanmış vaziyette kapatılması benimsenmiştir. Bununla birlikte, her ne kadar bazı kardeşlerin kafeste de olsa öldürülme vakaları sayılmazsa, kardeş öldürme uygulaması da gerilemeye başlamıştır (Mantran, ve diğ., 1995:204).

Osmanlı Hukuk ve İdari sisteminde işkencenin yaygın hale gelmesinde başlıca etken, günümüz modern hukuk sisteminin yeni yeni benimsediği “kanunsuz

suç ve ceza olmaz”, “şüphe sanık lehine kullanılır” gibi prensiplere sahip İslam Hukuku’nun tazir cezaları ile işkenceye bir bakıma açık kapı bırakmasıdır. Vergi kaçırma suçunda olduğu gibi yargılama olmaksızın cezalandırma, ya da hırsızlık suçunda olduğu gibi işkence altında ikrarın kabulü, tazir kapsamına giren suçların çokluğundan ötürü işkenceyi örfi idarenin de bir parçası yapmıştır. Kanunnamelerde kesinlikle yasak olmasına rağmen, örneğin idamların sıklıkla işkence ile infaz ediliyor olması, bu zafiyetin bir sonucudur. Akçam’a göre (1995:37), Türkiye’de kesinlikle yasak olmasına rağmen işkencenin alışkanlık haline getirilmiş hukuki bir uygulama olması, yazılı olmayan ve yöneticilerin davranışları ile şekillenen zihniyetin Osmanlıdan bu yana devam ettiğinin bir göstergesidir.

Osmanlı Kanunnamelerindeki yargılama ve yaptırım yetkilerine bakıldığında, kadınlara çok geniş takdir alanı bırakıldığını ve bu yetkilerini kadınlara kimi zaman işkenceye varan davranışlara kadar genişlettiğini görürüz. Örneğin, ev ve harman yakanlar bir kümese kapatılarak diri diri yakılması, ya da ailesinden izin almadan kaçan kızların cinsel organlarının dağlanması, askerden kaçanların burunlarının yarılması veya kulaklarının kesilmesi, profesyonel fahişelerin alınlarının dağlanması gibi.. Kadılar, “kamu yararına olmak ya da suçun işlendiğine dair güçlü emareler bulunmak koşuluyla” uyarmak, azarlamak gibi en hafiften, sürgüne gönderme, mallarına el koyma, hapsedme ya da kafa kesme gibi en ağıra kadar cezalarda padişahların verdiği yetkiyle takdir hakkını kullanmışlardır. Akçam’a göre (1995:38), kadınlara işkenceden yana takındıkları tavrın esas sebeplerinden biri, yukarıda da değinildiği gibi kadınlara belli maaşlarının olmamasıdır. Çünkü bu durum, rüşvet ve yolsuzluk kapısını araladığından, kanun çerçevesinde yapılan işkencelerin sorumlusu olan kadının tarafsız olmasını güçleştirmektedir.

Yine o dönemlerde, idamlara sıklıkla rastlanılmış, işkence de genelde uygulanmıştır. Özellikle, İslam Hukuku’ndan farklı olarak, tehdit ve korkutmak amacıyla idamların açık alanlarda teşhir edildiği görülmektedir. Ayrıca, en yaygın idam şekli olan kafa kesme cezasında olduğu gibi suçlunun Müslüman olup olmamasına göre de uygulamada farklılıklar söz konusu olmuştur. Suçlu Müslüman ise, kesilen başı koltuk altına, değilse şayet, baş bacak arasına konması gibi.

Kadınlarınsa idamı, mahremiyete saygı göstermek amacıyla, bir çuval içerisinde infaz edilirdi. Sarayda görevli şahıslara verilen idam cezasında ise, şahsın başı bulunduğu mevkiinin yüksekliğine göre, gümüş tepside ya da tahta tepside teşhir edilirdi. Düşük rütbelilerin başları ise yere konulurdu (“Tarih Boyunca İşkence”, **Panorama**, 1993:42–43).

Kadınların bir diğer yetkisi de, tutuklama ve arama izni vermesiydi. Aynı günümüz modern yargı sisteminde olduğu gibi, tutukluluk süresi ise bir zamanla (üç gün) sınırlandırılmış ve bu süre bitiminde mahkeme edilme şartı konulmuş olması dikkat çekicidir. Ayrıca, kadı hükmü bulunmadığı takdirde kimse tutuklanamayacağı gibi, evi de aranmazdı. Nur Suresi’nin 27. ve 28. ayetlerinde, “Ey iman edenler! Kendi evinizden başka evlere, geldiğinizi fark ettirip ev halkına selam vermedikçe girmeyin. Bu sizin için daha iyidir. Herhalde (bunu) düşünüp anlarsınız. Orada kimse bulamazsanız, size izin verilinceye kadar oraya girmeyin. Eğer size, “geri dönün!” denilirse, hemen dönün. Çünkü bu, sizin için daha temiz bir davranıştır. Allah, yaptığınızı bilir¹” denmektedir. İşte bu ayetlerdeki ifadeler dayanak gösterilerek, hukuki konularda olduğu gibi şer’i konularda da söz sahibi olan kadının hükmü olmadıkça (mahremiyet hakkına saygı gözetilerek) evlerin aranmasına izin verilmediği görülmektedir.

Modern yargı sistemi ile diğer birçok konuda paralellik sergileyen Osmanlı Hukuku’nun, İslam Hukuku’ndan sapma gösterdiği bir başka konu da “suçların şahsiliği” prensibidir. İslam Hukuku’na göre, herkes kendi amelinden sorumludur. Yani, hiç kimse bir başkasının işlediği suçtan/günahtan mesul tutulamaz. Ancak, Osmanlı Hukuk Sistemi’nde, hem işlenen suçtan bir başkalarının sorumlu tutulması, hem de bazı durumlarda sanıkların yakalanması sorumluluğu sıklıkla görülen bir durumdur (Akçam, 1995:39). Örneğin, ölüm, soygun, hırsızlık, yangın çıkarma gibi suçların işlendiği yöre halkının, suçluları bulmak ve mahkeme önüne getirmek gibi sorumluluğu vardı. Aksi halde, diyet ödemek veya ziyarı ödemek zorundaydılar.

¹<http://www.kuranikerim.com/telmali/nur.htm> sitesinden alınmıştır.

Yine farklı olarak, hukuken İslam Hukuk Sistemi'nde bir üst mahkeme sistemi olmamasına rağmen, fiiliyatta doğrudan merkeze (sultana), ya da eyalet kadılığına (kazaskerlere) hatta merkezdeki yüksek rütbeli yöneticilere yeniden mahkeme edilmek için müracaatların kabul edildiği görülmektedir. Bizzat Sultanın kişisel olarak verdiği kararların çokluğundan da, her kişinin kanunen Sultana başvurma hakkına sahip olduğunu anlamak mümkündür. Akçam (1995:41), Şeriat'a aykırı olmasına rağmen, yeniden yargılama için yapılan bu müracaatların kabul görmesini ve yine İslam Hukuku'na aykırı olmasına rağmen, (özellikle ağır cezaları gerektiren hususlarda) idarenin yargı üzerinde sıkı bir denetim uygulamasını, Osmanlının "daha adaletli bir yönetimi sağlama" girişimi olarak değerlendirmektedir.

Daha adil olmak adına, İslam Hukuku'ndan bir başka farklılaşma ise, tazir cezalarında "kanun önünde eşitlik" prensibinin Osmanlı Ceza Sistemi'nde benimsenmesi olmuştur. İslam Hukuku, tazir cezalarını sosyal durumu en iyi olana en az ceza verilecek şekilde uygularken, Osmanlı bunun tam tersini yaparak yoksulların daha az parasal cezaya çarptırılmasını sağlamıştır (Akçam, 1995:42). Benzer bir durum, Nisa Suresi'nin 25. ayetinde de belirtildiği üzere İslam Hukuku'nda "zina" suçu ile ilgili olarak görülmektedir. Evli bir cariye fuhuş yaparsa, buna verilecek cezanın, hür kadınlara verilecek cezanın yarısı kadar olması gerektiği belirtilmektedir. Bu da, "aynı suça aynı ceza" ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Oysa, Osmanlı Hukuku'nda, yoksula verilecek olan cezanın nispeten azlığı, tamamen onun ekonomik durumuyla ilintili bir ölçü olup, yukarıdaki zina örneğinden farklı olarak değerlendirilmelidir.

5.3. Reformlar Dönemi Osmanlı Hukuk Sistemi ve İşkence

Birçok tarihçiye göre Osmanlı Reformlar Dönemini, Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı ve Kanuni Esasi olarak ayırmak mümkün olup, böylelikle birbirlerine olan etkilerini de görmek olası olacaktır.

5.3.1. Sened-i İttifak¹

1807 yılında II. Mahmut'un tahta geçirilmesinin ardından, sarsılan devlet otoritesinin taşrada yeniden hâkim kılınması için devletin ileri gelenleriyle yapılan toplantının kararlarından oluşmaktadır. Senet'in giriş bölümünde zaten bu husus amaç olarak belirtilmiştir.

Senet'in hükümleri (şartları) incelediğinde, devlet iktidarının sınırlandırılabilceği, devletin de dokunamayacağı sahaların olduğu hususunun yer aldığı görülmektedir. Bu belge sayesinde ilk defa halka sınırlı da olsa bir takım haklar tanınmaktadır. Mesela 4. şartında, "Sadrazamın kanuna aykırı işlere girmesi" yasaklanarak keyfiyet kanunla engellenmiştir. 5. şartında, "fukaraya zulüm edenlerin" cezalandırılacağı, yine benzer şekilde 7. şartında, "Şeriat'a aykırı zulüm etmenin" men edildiği hüküm olunmuştur.

Sadece bu maddelerden bile anlaşılacağı üzere, Sened-i İttifak, Türk Demokrasi tarihinde aslında bir başlangıç niteliğindedir. Çoğu tarihçilere göre Senet, şekli olmasa da maddi anlamda bir anayasal belge olarak ilktir (Gözler, 2000:3-12).

Merkezi yönetimin giderek gücünün taşrada azalması ile taşradaki idareciler neredeyse bağımsız birer küçük hükümdarlık halini almaya başlamışlardı. Teşkilatlı siyasi güçler arasında, yani merkezi otorite ile taşradaki ayanlar, ulema ve yeniçeriler arasında yaşanan bir iktidar kavgası söz konusuydu. Neredeyse bir iç savaş yaşanmaktaydı. Yaşanan çatışmaların sonucunda ölen insanlar binlerle ifade edilmekteydi. Sened-i İttifak böyle bir dönemin meyvesidir.

Sened-i İttifak'ın insan hak ve hürriyetleri ile ilintili olabilecek maddelerine bakıldığında, 1. maddesinde "padişaha karşı girişilecek her hareketin, herkese ibret olacak şekilde elbirliği ile cezalandırılacak olması", 5. maddesinde "fukaraya zulüm

¹Sened-i İttifak'ın Türkçe çevirisi <http://www.anayasa.gen.tr> sitesinden alınmıştır.

ve baskı yapanların, Şeriat'ın uygulanmasına karşı çıkanların cezalandırılarak yola getirilecek olması, 6. maddesinde “herhangi bir ayaklanma veya kargaşa anında bunun bastırılacak ve sebebi olan ocağın kaldırılacak olması”, 7. maddesinde “vergi toplama konusunda yönetimlerin, fukaraya ve Hıristiyan halka karşı adil davranma zorunluluğu” ifadelerini sayabiliriz. Buradaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, senette “zulüm ve baskı yapılmaması” ve “adil davranılması” konusunda sıklıkla vurgu yapılmaktadır. Oysa ileride de değinileceği üzere, tüm bu ifadeler uygulamaya dökülemeyip lafta kaldığı gibi, aksine yöneticiler tarafından gözdağı ve korku salmak ve muhalifleri bastırmak için sıklıkla işkenceye varan eziyet ve zulümlere başvurulmuştur.

II. Mahmut'un tahta çıkış öncesinde merkezle neredeyse tüm bağı koparmış durumdaki ayanların, iktidara bir bakıma ortak olmak şartıyla yeniçerilere karşı padişahın yanında saf tutmaları sonucunda başıbozukluğun asıl sebebi olarak gösterilen yeniçeri ocağı da tarihe karışmıştır (Vaka-i Hayriye). Oysa padişahın nazarında, merkeze adeta kafa tutan ve her biri küçük birer hükümdarlık kuran ayanların yaptıkları da başıbozukluktan farklı değildi. Bu yönüyle, devleti toparlamak ve düzenlemek adına imzalamaya mecbur kalınan ittifak, Avcıoğlu (1987:71)'nce “eşkıyalığın meşrulaştırılması”ndan başka bir şey değildir. Çoğu tarihçi tarafından Magna Carta'ya benzetilen “senet” için, Berkes (1978:152) karşı görüş bildirir ve batıdaki aristokrat derebeylerinden ayanların çok farklı olduklarını belirtir. Ona göre, Osmanlı ayanları kapitalizmin gelişmeye başladığı bir dönemde merkezin gücünü köreltmeye çalışması tamamen gerici bir adımdır, hatta eşkıyalıktır.

Akçam (1995:108–110), merkezi otoritenin iktidarı bir başkasıyla (dolaylı da olsa halk ile) ilk defa paylaşıyor olması açısından bu belgenin siyasi tarihimizde büyük bir önemi olduğuna değinir. O, hukuk devleti olma yönünde atılmış bir ilk adım, anayasalı devlet rejimine geçişte bir temel oluşturmuştur. Batının gözünde meşrutiyet yolunda atılan önemli bir adımdır. Vergi hususunda padişahın yetkilerine bir takım sınırlamalar getirmek, padişahı sorumlulukları ve yükümlülükleri konusunda hükümete hesap verir hale getirmek, dönemi için az şeyler değildir.

Akçam (1995:109), bazı tarihçi ve hukukçuların nazarından bakarak, II. Mahmut'un Sened-i İttifak'ı uygulamayarak tarihi bir fırsatı kaçırdığını belirtmektedir. Prof. Reşat Kaynar'dan yaptığı "Sultan, Sened-i İttifak'a bağlanarak, devlet idare etmenin feyzini idrak edemedi." alıntıya yer vermektedir. Ancak görmezden gelinen nokta, köklü bir devlet geleneğinden gelen bir hanedanın, elindeki iktidarı kendisine baş kaldırmış muhalif güçler (ayanlar) ile paylaşarak nasıl bir fırsatı kaçırdığıdır. Burada ancak, padişahın tekrar gücüne kavuştuktan sonra, senedi uygulamak yerine bahaneler yaratarak ayanların yönetimlerine teker teker son vermiş olmasından dolayı tutulmayan bir söz ya da çiğnenen bir anlaşmadan bahsedilebilir. Kaldı ki, anlaşmanın tarafları, zamanında kendisine kafa tutmuş ve kargaşanın temelini oluşturan muhaliflerdir.

Gerek II. Mahmut Döneminde, gerekse öncesinde idarenin halk üzerindeki sert tutumu ve kötü yönetimi, halkı, merkeze kafa tutan ayanlara yaklaştırmada çok büyük rol oynamıştır. O nedenle, ayanları sadece eşkıya boyutuyla görmek mümkün değildir. Bugün tarihçilerin çoğu, iktidar ve halk arasında ayanların halkın hamisi ve temsilcisi olma özelliğine işaret etmektedirler. Özellikle vergilerin toplanması sırasında, valilerin zulme varan kötü muamelelerine ayanların karşı çıkmış olması, onları bir bakıma merkezi idarenin keyfi hareketlerine muhalif bir güç haline getirmiştir. Gerçi halk cephesinde değişen pek bir şey olmamıştır. Otoriteyi padişah ile paylaşmaya başlayan ayanların bir kısmı, edindikleri güç yardımıyla halka olmadık eziyetler etmeye devam etmişlerdir. Belki de bunların içinde en dikkat çeken Tepedelenli Ali Paşa'dır. Yanya Eyaleti'nin yöneticisi olan bu Paşa, en küçük bir suçta insanların kellelerini kesmek ve kazıklara asarak sarayında teşhir etmekle meşhurdu. Bir Arnavut köyü olan Gardiki'yi, ayaklanma tehlikesi sezindiğinden tamamen imha etmekle tarihe geçmiştir. Benzer şekilde, evleri basan, vergi vermeyenlere işkenceler eden, usulsüz vergi toplayan ayanlar "olağan yönetici zulümleri" olarak halk tarafından algılanır olmuştur (Akçam, 1995:125–126). Ulema, yeniçeri ve ayan üçlüsü ile aynı anda başa çıkamayan padişahın, yeniçeri ocağı gibi asırlık bir sorundan kurtulur kurtulmaz, ayanların üzerine yürümesinin bir sebebi de budur. Onun istediği reformlardan ve yenileşmeden çok, "mutlak bir iktidar" idi (Akçam, 1995:116).

Osmanlı tarihine “gâvur padişah¹” olarak geçmiş II. Mahmut’un yenilik ve reformları, şüphesiz kötüye giden bir seyri tersine çevirmekten ibaretti. Ancak, zamanın köhneleşmiş zihniyeti için elbette değişimlerin her biri can sıkıcı ve rahatsız edici olarak algılanmaktaydı. Üstelik iç kargaşadan kendini henüz kurtarmış bir iktidar için, devletin bekası için yaptığına inandığı bu reformları baskıyla kabul ettirmekten başka bir yol yok gibiydi. Bir taraftan güvenlik ve emniyeti sağlamak, diğer taraftan dışarıdan gelen ve sözde azınlık haklarının savunuculuğuna soyunmuş güçlü devletlerin kışkırttığı diğer uyrukları susturmak için, ister istemez halkın gözünü korkutmaya mecbur kalınıyordu. Alışık olmadığı şeyleri tecrübe etmek zorunda kalan Müslüman tebaanın ve biraz daha özerklik isteyen gayri Müslim uyrukların canı, reformlarla birlikte tanınan haklara rağmen, bu dönemde epeyce yanmıştır.

Devletin içinde bulunduğu sıkıntının ve hazinenin çarçur olmasının ana sebebi olarak gördüğü Yeniçeri Ocağı’nı kaldırmasıyla beraber, II. Mahmut’un reformları yapacak vakit ve cesareti de bulmuş olduğu görülmektedir. Bunlar, işkencenin kaldırılması ve akabinde modern devletin kurulmasına giden yolda atılan önemli adım niteliğindeki yeniliklerdir bir bakıma.

Bir mahkeme kararı olmaksızın, sadece padişahın emri ile Hristiyan reaya ya da Müslüman tebaanın malları için müsadere cezası verilmesinin kaldırılması (1826) bunlardan biridir örneğin. Çünkü “siyaseten katl²” gibi bir devlet geleneğinin doğal sonucu olan müsadere, devlet görevlilerinin ve zenginlerin sadece mallarına el konulmasından ibaret olmayıp, aynı zamanda onlara ağır işkenceler yapılmasını da beraberinde getiriyordu (Akçam, 1995:119). Müsaderenin kaldırılması demek, beraberindeki işkencelerin de önleneyeği anlamı taşımaktaydı. Nitekim Tanzimat ile beraber işkencenin yasaklanması yoluna gidilmişse şayet, bu sayede olmuştur.

¹Reformlarını zoraki benimsetmeye çalışması nedeniyle, özellikle Müslüman halka zulüm etmekle suçlanan II. Mahmut’un bir gün önüne çıkan derviş, atının yularından tutarak, “zulme doymayacak mısın gâvur padişah?” diye kendisine bağırarak, neticesinde padişahın adamlarınca tutuklanarak idam edilmiştir. Öldürüldüğü yerin halk tarafından hemen bir türbe yapılması da halkın bakış açısını gösterir bir örnektir.

²Herhangi bir mahkeme kararı zorunluluğu olmaksızın padişahın mutlak otoritesine dayanarak verdiği idam cezalarına verilen addır (Akçam, 1995:47)

Yine hukukun iyileştirilmesine yönelik bir gelişme de, 1838 yılında yayımlanan Ceza Yasası olmuştur. Bu yasada, Şeriat tarafından had ve kısas cezası olarak verilecek idam cezalarının haricinde, mahkeme kararı olmaksızın örfi hukuk gereğince devlet görevlilerine verilebilen idam cezaları kaldırılmıştır. Kanunsuz kimseye ceza verilemeyeceği prensibi böylelikle benimsenmiştir. Hatta haksız yere cezalara başvuranların idam edileceği hususu belirtilerek, devlet görevlileri bir bakıma güvence altına alınmışlardır (Akçam, 1995:120) Yine aynı yasada, halka yönelik de bazı güvenceler verilmiştir. Örneğin, yöneticilerin yapmış oldukları zulümler teker teker sınıflandırılarak, bunları uygulayan yöneticilere verilecek cezalar da beraberinde sayılarak halk koruma altına alınmıştır.

Tüm bunlar olurken, yapılan bu yeniliklerin merkezde ve taşrada bazı yansımaları da görülmeye başlanıyordu. Mesela, güvenliğin sağlanmasından da sorumlu olan yeniçerilerin varlığına son verilmiş olması, beraberinde asayişin bozulmasını ve başıbozukluğu getirmeye başladı. Akçam (1995:120)'ın, “geleneksel polis örgütünün” başlangıcı olarak kabul ettiği bir teşkilat¹, yeniçeri yetkilerine benzer yetkilerle donatılarak güvenliğin sağlanması için görevlendirilmiştir. Ancak bu teşkilatın sorumluluk alanının sadece İstanbul ve yakınındaki köylerle sınırlı olması, gerek merkezi denetimin, gerekse güvenliğin sağlanması için daha etkili bir adımın atılmasını gerekli kılmıştır. Bunun için askerlik sisteminin düzenlenmesi uygun görülmüş ve hizmet süresi olarak da, günümüz şartlarıyla kıyaslanmayacak kadar uzun bir süre (on beş yıl kadar) belirlenmiştir. Zamanla bu hizmet süresi kısaltılmış, asli görevi askerlik olan subaylara sivil görevlerin yüklenmesinin sakıncaları görülerek, sonralarında ordunun iç güvenlik işlerinde de görev almasından tamamıyla vazgeçilmiştir. Gerçek anlamda ilk polis teşkilatı 1845 yılında kurulmuş olup, ülke içinde seyahati güvenli kılmak için yolların emniyetini almak esas görevlerinden biri olmuştur. Akabinde Zaptiye Mareşalliği (1846) 1879 yılına kadar faaliyet göstererek, bu tarihten sonra Zaptiye Nezareti adıyla faaliyetlerine devam etmiş ve 1909 yılında da tamamen feshedilmiştir. Akçam'a göre (1995:182), güvenlik örgütlerinin yapısı ve sistemi, dönemin adalet mekanizmalarında da olduğu

¹1826'da kurulan “Asakiri Muntazamai Hassa”

gibi tamamen kaotik bir yapıdadır. İşte bu nedenle gerçek anlamda bir güvenlik teşkilatının yapılanması ancak 20nci yüzyılın başlarına sarmıştır. Diğer yandan, demokratikleşme yolunda atılan her adımın arkasından bir geri çekilmenin de söz konusu olduğuna şahit olmaktayız. Örneğin, dönemin yerel yöneticilerince (özellikle valiler ve mütesellimlerce), merkezi denetimden uzak olmanın verdiği keyfiyetle yapmış oldukları kanunsuz uygulamalar da 1846 yılından itibaren yetkilerinin kısıtlanması ile kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Ancak bu kez de, güvenliği sağlamaya çalışan unsurların asayişini sağlamadaki takip ve kontrolleri, yetkisizlikten dolayı aksamaya başlamış ve nihayetinde 1852 yılında bir yetki genişletilmesi ile tekrar benzer yetkilerle donatılmaları sağlanmıştır (Akçam, 1995:121). Jandarma vazife ve yetkileri üzerine 1869 yılında çıkartılan kararname örneğinde olduğu gibi, ilk önce tutuklu ve mahkûmlara nasıl davranılacağı ve ne şekilde nakledileceğine kadar, konunun üzerine hassasiyetle gidilmişken, sonrasında (1870) yapılan düzenlemede zaptiyeye geniş arama yetkisi vererek (adli makamdan herhangi bir müsaade belgesi almaya dahi gerek duyulmadan) her yere girebilme imkânı tanınmıştır. Tabii, burada bir kötü niyetten ziyade, böyle bir sistemin oluşturulmasında köklü bir geleneğe sahip olunmamasının etkisi daha çok ön plana çıkmaktadır. O nedenle, gerek sırf batılı devletlerin dayatmasıyla gündeme geldikleri için, gerekse sonradan “öncesinde kestirilemeyen aksaklıkların” kendini göstermesiyle sık sık buna benzer hak ve hürriyetlerin kapsamının genişletilmesi ve sonrasında tekrar daraltılması söz konusu olabilmektedir. Mesela, batı hukuk sistemi esas alınarak kurulmaya çalışılan adalet sisteminin işleyişini sağlayacak eğitimli kadrolardan eser yoktur. 1876’da avukatlık, 1880’de savcılık kurumu uygulanmaya konmuştur ama bu kadroları yetiştirecek kurumların varlığı zamanında öngörülememiştir. Zaten okuma yazma bilen kişi sayısı ortadayken, bunun nasıl başarılacağı da meçhuldür. Kanuni yollarla asayiş ve emniyetin içinden çıkılamayınca, kanunun dışına çıkılarak işin haline bakılması nadir görülen durumlardan biri değildir. Nitekim Akçam (1995:228), İstanbul sokaklarında güvenliğin sağlanamayacak derecede bozulmasının ardından, ne kadar azılı suçlu ya da zanlı varsa, bunların Tunus’a sürgüne götürülme bahanesiyle gemilere bindirilip, çuvallara doldurularak Akdeniz’e atıldığına değinmektedir.

II. Mahmut'un tarihe geçmiş şu sözü oldukça bilindikdir: "Uyruklarım arasında ancak Müslümanlar camide, Hıristiyanlar kilisede, Yahudiler havradayken ayırım yapabilirim, başlıca aralarında bir fark yoktur." İşte bu felsefeyle, padişahın reformlar çerçevesinde, devlet görevlilerine gayri Müslimlere iyi davranılmasına ve eşitliğin gözetilmesine yönelik sıkı sıkıya tembihleri söz konusu olmuştur.

Ancak, II. Mahmut ve öncesi dönemlerde yaşamış yabancı gözlemciler, kaleme aldıkları eserlerde, iktidarın hukuken gayri Müslimlere adil davranmasının yanında, bir taraftan da egemen (asli) unsur olarak ısrarla aradaki farkı kabul ettirmeye çalıştığını iddia etmektedirler: Feslere gayri Müslimlerin takmasının zorunlu olduğu siyah şerit gibi kıyafetlerde yaratılmaya çalışılan fark, çan çalmanın yasaklanması, kilise inşaatının özel izne tabi olması, devlet memurluğuna alınmama gibi sosyal yaşamda da dayatılmaya çalışılmıştır (Akçam, 1995:123). Bu gibi gerekçelerle kimi tarihçilerce, aslında II. Mahmut'un yapmaya çalıştığı şey, eşitliği tüm unsurlar içinde sağlamaya yönelik çalışmalardan çok, artan milliyetçi akımlardan korkarak toprak bütünlüğünü sağlamaya dair tedbir almaktır. Ama şunu da inkâr etmemek lazımdır ki; II. Mahmut'un bu konudaki reformları sayesinde eski Osmanlı geleneğinde olduğu gibi Hıristiyan eyaletlerinin ya da cemaatlerinin kendi kendilerini yönetmelerine dayalı itaat ve huzurun korunması sağlanabilmiştir. Eğer genel anlamda reformlarda tam bir başarıya ulaşılamamışsa, Batının zorlamaları ile gayri Müslim uyruğa tanınan hakların, gerek iktidarda, gerekse halkta son derece tepkiyle karşılanması neticesinde taviz olarak algılanması nedeniyle olmuştur.

Akçam (1995:134), II. Mahmut Dönemi için, tüm bu yenilik ve reformlara rağmen, siyasi soruşturma metodu olarak işkencenin sıklıkla kullanıldığı bir dönem diye bahseder. Asırlardır süren ve kangren hal almış Yeniçeri Ocağı gibi çok köklü bir sistemi tek bir hamle ile kaldırmak, elbette mümkün olmamıştır. Sistem bu kadar köklü olunca, ister istemez eski yeniçerileri ve taraftarlarını bertaraf etmek başlı başına bir sorun teşkil edecektir. Nitekim en büyük reform olarak addedilen bir değişikliği, bir takım siyasi dikkatsizliğe kurban etmek içten bile değildir. İşte, özellikle bunun için, II. Mahmut ve devletin ileri gelenleri, siyasi anlamda böyle bir hizipleşmeye girilmesini önlemek amacıyla sorgusuz idamlara, işkenceye

başvurmuşlardır. Ama burada dikkat çekmesi gereken bir nokta ise şudur: İktidarın eli bu kadar güçlenmişken, tutuklama ve soruşturmalarda işkenceye uğrayan ve öldürülen bazı muhaliflerin, kayıtlara “intihar” olarak geçmesidir. Oysa öncesinde sorgusuz sualsiz idamlar, kimseye hesap verilmeden infaz edilmekteydi. Şimdiyse bir “hesap verilirlik” ve devlet görevlisi de olsa “cinayet” suçlamasının varlığı söz konusudur. Sadece bu açıdan bile bakılacak olsa, II. Mahmut Döneminin işkenceye ve dolayısıyla insan hak ve hürriyetlerine açmış olduğu ufku anlamak mümkündür.

5.3.2. Tanzimat Fermanı (Gülhane Hattı Hümayunu)

Hıristiyan azınlıkların haklarının ihlal edildiği bahanesiyle, büyük devletler Osmanlıyı kendi menfaatlerine yönelik sürekli tavize zorlamışlardır. Büyük devletler ile Osmanlı arasındaki ilişkiler, genelde Osmanlı'nın aleyhine gelişen hep bir döngüden ibaret olmuştur: Gerek Müslüman, gerekse gayri Müslim halk, yönetimin kötülüğünden dolayı sık sık başkaldırılmış, Osmanlı söz konusu bu isyanı çoğu zaman zor kullanarak bastırmıştır. Bunun üzerine büyük devletler, özellikle gayri Müslim unsurların hamiliğine soyunarak, onlara tavizler veren düzenlemeler yapmaya Osmanlıyı zorlamıştır. Osmanlı ise her defasında zoraki de olsa bu yönde düzenlemeler yapmaya çalışmış, tabii sonrasında, reform ya da yenilik niteliğindeki bu düzenlemelerde ya kendisi ayak sürümü, ya da halk uyum sağlayamadığından büyük devletlerin yeniden müdahalesine açık kapı bırakılmıştır. İşte Tanzimat Fermanı da, böyle bir döngünün içinde ortaya çıkan baskının ürünüdür.

1839 yılında, padişah Abdülmecit tarafından, devletin kuruluşunun yeniden düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır. Ferman, Sened-i İttifak'a bezer bir şekilde halka bir takım haklar vermekte ve iktidarı içeriğindeki ilkelerle sınırlamaktadır. “Suç işleyenlerin durumları Şeriat yasaları gereğince açıkça incelenip bir karara bağlanmadıkça kimse hakkında, açık veya gizli, idam ve zehirleme işlemi yapılmayacağı” ifadeleri ile “adil bir yargılanma hakkı” tanınmış ve mutlak yetkiye sahip Padişahın bu yetkileri mahkemelere devredilmiştir. Aynı şekilde Ferman'da

“haklardan, Müslümanlar gibi diğer tebaaların da yararlanacağı” belirtilerek, eşitlik ilkesi sağlanmıştır. Yine, “din adamı ve vezirlerin yasalara aykırı davranmaları durumunda” cezasız kalmayacağı ve “can, ırz, namus ve mal konularında Şeriat yasaları gereğince” garanti verileceği hükme bağlanmıştır. Yalnız burada “can, ırz, namus ve mal güvenliği” konularını dar anlamda almamak gerekir. Nitekim Ferman’ın uygulanmasına diğer batılı devletlerin de tanık olması amacıyla İstanbul’daki tüm büyükelçiliklere resmen bildirilen yabancı dile çevrilen metinlerinde, “No one shall be allowed to attack the honor of any other person whatever¹.” (Kimsenin, her ne şekilde olursa olsun, bir diğerinin onuruna/şerefine saldırmasına izin verilmeyecektir) ifadesinde olduğu gibi “onur ve şeref” gibi kavramların da girmesiyle en geniş anlamda algılanması gerektiği açıktır.

Sened-i İttifak ile kıyaslandığında, tanınan hakların daha kapsamlı ve ayrıntılı olduğu görülmektedir. Düşünce, basın, dernek, toplanma, çalışma, sözleşme, ticaret ve sanayi özgürlüklerin düzenlemediği görülse de; yaşama hakkı, mülkiyet hakkı, insan onuruna saygı ilkesi, kişi dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlüklerin yer aldığı bir haklar fermanı niteliğindedir adeta. Yine şeklen olmasa da, maddi anlamda anayasal nitelikli olup, Türk Anayasacılık çalışmalarında önemli bir yere sahiptir (Gözler, 2000:3–12).

3 Kasım 1839 günü, Gülhane Parkı’nda Mustafa Reşit Paşa tarafından halka okunarak ilan edilen Ferman için bir medeniyet, bir yönetim anlayışı değişikliği demek yanlış olmayacaktır. Her ne kadar diğer reformlarla kıyaslandığında, ortaya çıkış gerekçesi ve uygulanabilirliği hemen hemen aynıysa da, yeni bir sürecin dönüm noktası olması açısından tartışılmazdır.

Osmanlı İmparatorluğu’nun geldiği noktaya bakıldığında, zayıflamanın ve gerilemenin sebebi olarak, halk gibi yönetim kadrosu da devlet görevlilerinin görevlerini layıkıyla yapmamasını görüyordu. Şeriat kurallarının neredeyse terk edilmiş olması, Osmanlıyı ayakta tutan geleneklerden uzaklaşılması, hatta dine olan

¹Tanzimat Fermanı’nın metni <http://www.anayasa.gen.tr> sitesinden alınmıştır.

bağlılığın azalması, sorunun nedenleri arasında görülmekteydi. O nedenle Tanzimat Fermanı'nın ilan ediliş sebebi olarak, yukarıdaki aksayan hususların giderilmesi için yeniden Şeriat hükümlerine uygun bir düzenin tahsis edilmeye çalışılması söylenebilir. Ferman'da¹ yer alan,

“...Şeriat yasalarına eksiksiz olarak uyulduğu için yüce devletimizin gücü ve bütün uyruklarının refah ve mamuriyeti doruk noktasına ulaşmışken, yüz elli yıl var ki; birbirini izleyen dertler ve türlü nedenler dolayısıyla ne kutsal Şeriat'a, ne de yüce yasalara uyulmaması ve bunlara göre davranılmaması yüzünden eski güç ve bayındırlık, yerini güçsüzlük ve yoksulluğa bırakmıştır. Oysa Şeriat yasalarına göre yönetilmeyen ülkelerin ayakta kalmayacağı aşikârdır.” ifadelerden bunu rahatlıkla anlamak mümkündür.

Bu yönüyle bakınca, en azından Müslüman çoğunluğun bir itirazının söz konusu olmaması beklenebilirdi belki. Ancak, Ferman'ın geri kalan bölümlerinde, özellikle,

“..Yüce Devletimizin uyruklarının ister İslam olsun, ister başka dinlerden olsun, ayırım gözetilmeksizin bu haklara sahip olmaları için can, ırz ve namus ve mal konularında, bütün Osmanlı ülkesi halklarına, Şeriat kuralları gereği olarak, Padişahlığımız katından tam güvence verilmiştir.” ifadesinin geçtiği kısımda, İslam'ın özüne aykırı olarak, gayri Müslimlerle bir müslümanın eşit statüde olması, uygulamalara geçme safhasında kırılmayacak kadar sert bir direnç oluşmasına sebep olmuştur. Bu kadar köklü bir değişimin öngörüldüğü reformun karşıtlarının da olması elbette tabiidir.

Kimi hukuk ve siyaset tarihçilerimizden, hukuki niteliğinden dolayı Ferman'ı, “Türlere özgü İnsan Hakları ve Hürriyetleri Beyannamesi” olarak yorumlayanlar olmuştur. Onlara göre bu ferman, tüm Avrupa'yı saran 1789 Fransız İnkılâbı'nın Osmanlıdaki yansımalarıydı. Hatta bu iddiayı bir adıma götürüp fermanı, “hükümdarın mutlak yetkilerini kayıt altına alan ve devlet görevlilerinin keyfiyetlerine son veren” yönüyle ilk anayasa olarak kabul edenler de çıkmışlardır. Akçam (1995:151), bu her iki görüşe de karşı çıkar. Ona göre, Ferman kanun olma vasfından çok uzaktır. Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, onda kanunun

¹Kaynaktan alıntı yapılmıştır (Akçam, 1995:444–445).

mutlak hüküm içeren maddelerinden ziyade verilen tavsiyeler ağırlıktadır. Aynı şekilde Berkes de (1978:208), Ferman'ın anayasa olmaktan çok sadece kendini sınırlayan ve değişiklikleri vadeden senet niteliğinde bir belgeden ibaret olduğunu ifade eder. Nitekim kanunlarda, belirtilen maddelerin ihlali durumunda bunu kontrol edecek bir denetim mekanizmasının yokluğu düşünülemez. Oysa Ferman'da, “fermanın uygulanması için ayrı bir ceza yasaının yapılması” hükme bağlanmıştır. Yani ortada bir denetim merci o an için bulunmamaktadır. Ayrıca bir diğer konu da, batının baskısı sonucu yapılmak zorunda kalınan bir nevi göstermelik düzenlemeler için, sanki Fransız İnkılâbı'ndan esinlenerek yapıldığını söylemek gerçekte bağdaşmasa gerektir. Akçam (1995:153) aksine, Fransız İnkılâbı'nın siyasi ve düşünsel alandaki etkilerinden Osmanlı yöneticileri ve aydınlarının zıt istikamette etkilendiğini iddia etmektedir. Sürekli toprak kaybetmekte olan bir ülke için, güçlü devlet fikrini aşıl原因, merkezi otoriteyi güçlendiren akımlar, insan hak ve hürriyetlerinden çok daha elzemdi. Üstelik bu hak ve hürriyetler, zamanla özerklik ya da toprak talebi gibi hiç istenmeyen durumlara da sebep olabilmektedir.

İşte bu noktada, Tanzimat Fermanı'nın hangi amaçla hazırlandığı ve ilan edildi hususu, ülkenin tarihçi ve aydınları arasında görüş ayrılıkları oluşturmuştur (Akçam, 1995:153). Şerif Mardin, Ferman'ın baş mimarı olan Reşit Paşa'nın, bunu hazırlamaktaki gayesinin, aslında ülkenin dibini oyan keyfiyetlere bir son vermek olduğunu ifade eder. Devletin tekrar güçlendirilmesinin, keyfiyetten uzak değişmez sabit kurumlar üzerinde oturtulmasından başka da bir yolu yoktur. O, Batıdan alınacak kurumlara bu nedenlerden dolayı ihtiyaç olduğuna inanmaktadır. Reşit Paşa hem bu ihtiyaca, hem de Fransız İnkılâbı korkusuna binaen hazırlamıştır Ferman'ı. Günümüz tarihçilerin çoğunun uzlaştığı nokta ise, kendisini adeta kurtlar sofrasında gören ve en küçük bir mütecaviz saldırıya bile karşılık vermekten aciz Osmanlı'nın, ihtiyaç duyduğunda Batıdan yardım isteyebilmesi ve türlü bahanelerle, özellikle azınlık hakları konusunda üzerinde kurulan baskıdan kurutulmak için bu fermanın hazırlanması şarttı. Neticede bu amaçla hazırlanmış diğer fermanlardan özünde pek bir farklılığı da yoktu. Ancak dönemin resmi tarihçilerine ve hukukçularına bakıldığında, ortak görüş tam tersi bir hal almaktadır. Onlar ise, Ferman'ın gayesinin ülkeyi Batıya bağlamaktan, ekonomiyi alt üst etmekten başka bir şey olmadığını

ifade etmektedirler. Namık Kemal Tanzimatçıları, “yalan yanlış düzenlemelerle bir takım yapmacık ıslahatlarla, Avrupa’ya hoş görünmekten başka bir şey düşünmemiş” olmakla suçlamıştır (Akçam, 1995:156).

Aslında dönem o kadar hassas bir hal almıştır ki; bir yandan Osmanlının avucunda sıkı sıkıya tutmaya çalıştığı toprakları kaybetmemesi için, o topraklarda yaşayanlar lehine istemeye istemeye de olsa, bir takım düzenlemeler yapması gerekmektedir. Aksi halde Fransız İnkılâbı’nın da etkisiyle gelişen milliyetçilik ve bağımsızlık akımları Demokles’in kılıcı gibi Osmanlının tepesinde sallanmaktadır. Diğer yandan verilen bu tavizler, beraberinde daha başka ve daha büyük tavizleri getirdiğinden, bölünmeye ve nihayetinde kopmaya da sebep olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, yenilik ve reform peşinde çabalayan Tanzimatçıların işlerinin hiç de kolay olmadığı aşikârdır. Halka rağmen, tüm bu yenileşme çalışmalarını, dağıtılmak istenen devleti korumak ve kurtarmak gayreti şeklinde algılamak daha uygun düşmektedir. Tanzimatçılık, büyük devletlerin giderek artan baskısı altında gizli bir direnç oluşturma ve bir orta yol iradesiydi (Akçam, 1995:157).

Reformlar, halk tarafından yeni bir vergilendirme sebebi ve yönetici zulümlerinin şekil değiştirmiş hali olarak görülüp sahiplenilmemiş, aksine direnişe uğramıştı. Yenileşme çalışmaları halka rağmen yapılmış, ama çalışmaların çatısını belirleyen de yine halkın tepkileri olmuştur. Oluşum içindeki yeni kurumlarla, eski kurumların yan yana durması yine bunun bir sonucudur. Halkın göstereceği tepkilerden sakınılarak Şeriat’ın belirlediği eski kurumlar varlığı sürdürmeye devam etmesi bu açıdan incelemeye değerdir. Mesela Batıdan yeni kanunlar ve yeni muhakeme usulleri bir taraftan benimsenirken, hukuk sisteminde Şeriat uygulamalarından uzaklaşmak göze alınamamıştır. Zaten Ferman’ın içeriğinin şekillenmesi de, halktan gelecek tepkileri azaltmak adına, Şeriat ve İslam’a olan bağlılığa atıfta bulunulmasıyla oluşmuştur. Ama bu da demek değildir ki; Osmanlı Hukuk Sistemi ve adalet olgusu Tanzimat’a rağmen aynı kalmıştır. Yargılama olmadan cezanın verilemeyeceği, yargılama sonucu verilen cezanın asla aşılamaması, ölüm cezası verilirse bile Padişah onayı olmadan bunun infaz

edilemeyeceği, cezanın infazında keyfiyete kaçanların cezalandırılacağı ve kanun önünde herkesin eşit oluşu hukuk sistemine yeni bir soluk getirmiştir.

Sonrasında 1838 Ceza Yasası'nın yetersizliği nedeniyle, 1840'ta yeni bir Ceza Yasası yürürlüğe girmiş, ancak bu ve sonrasında yürürlüğe giren 1851 ve 1858 tarihli Ceza Yasaları çoğunlukla Şeriat hükümlerinin etkisinde kalmıştır. Bu yönleriyle laik hukuk sistemine geçildiğini söylemek doğru olmayacaktır. Buna rağmen, Fransız hukukunun etkilerini bu kanunlarda görmek de mümkündür. Yukarıda değinilen eski-yeni birlikteliği hala söz konusudur. 1858 tarihli Ceza Yasası, her ne amaçla olursa olsun “değnek” cezasının artık verilemeyeceğini bir ilke haline getirmesiyle, ayrıca 103. maddesinde “işkenneyi” ilk defa resmen yasaklamasıyla (Akçam, 1995:177) işkenne tarihimizde farklı bir noktada durduğunu söyleyebiliriz. Ama Ferman'ın getirdiği yenilikler gibi, Ceza Yasaları da çoğunlukla uygulanmamıştır. Laik bir hukuk düzenlemesinin içinde Şeriat'a dair hükümler ne sebeple yer alabiliyorsa Ceza Yasalarında, yeniliklerin veya kanuni düzenlemelerin uygulanması da o sebeple askıya alınıyordu. Toplum değişiklikleri istemiyor, yönetimse (bir bakıma işine gelen) bu tepkileri dikkate alarak, attığı adımlara çeki düzen veriyordu.

İdari sistemde yapılan değişikliklerle mevcut sistemin aksayan yönlerinin de giderilmesinin, büyük devletlerin baskısını boşa çıkarmak kadar önemli olduğuna yukarıda değinilmişti. Örneğin, ülke topraklarını elde tutabilmek için ve İmparatorluk'un içine girdiği buhranlara karşı bir tepki olarak gündeme getirilen Tanzimat'ın, esasta yapmaya çalıştığı şey, gelirleri artırarak ve tutarlı bir iradeyi yerleştirerek merkezi otoritenin yerel yapılar üzerinde gücünü tahsis etmek ve “eşitlik” gibi aslında Avrupa'nın da çok aşına olmadığı bir takım haklar vererek, ulusal ve dinsel azınlığı yeniden bu topraklarda bağlı kılmaktı. Aslında o dönemlerde Avrupa, özellikle dini özgürlükler konusunda eşitliği savunacak ya da öncülük edecek bir konumda bulunmamaktaydı. Aksine, birçok Avrupa ülkesinde dini fraksiyonlara olmadık engellerin çıkartıldığı, bir takım sınırlamalara tabi tutuldukları bir gerçektir. İspanya'da Katolik Kilisesi'ne bağlı olmayanların dini ibadetlerini serbestçe yapmalarına izin verilmemesi, aynı şekilde Napoli'de Protestanların,

İsveç'te Katoliklerin, Yunanistan'da Ortodoksların aleyhine kanuni düzenlemelerin yapılması, özellikle Yahudilere karşı net bir önyargının hâkim olması (Akçam, 1995:163), aslında Osmanlının azınlık haklarından ziyade, bunu bahane ederek kendi çıkarlarını düşündüklerinin hukuken belgeleridir. Aslında Osmanlı yöneticileri ve halkının da, her ne kadar İslam'ın genel yapısında diğer dinden birinin bir müslümanla eşit (en azından Şeriat anlamında) tutulamayacağı gerçeği mevcut olsa da, Hıristiyanların eşitlik ve özgürlüğüne karşı çıkmasının bir diğer sebebi Avrupa'nın bu ikiye bölünmüş tutumu olmuştur. Ancak Akçam bu düşüncenin, işkence tarihi açısından son derece önemli olan bir kültürün oluşup yerleşmesini de sağladığını ifade etmektedir. Ona göre, her türlü demokratik talep, her türlü haklı istek (özellikle dinsel ya da ulusal bir azınlık tarafından savunuluyorsa) dış mihrakların ülkeyi bölmek için oynadığı bir oyunun parçası olarak görülmektedir. Toplumun demokratikleşmesi ve buna bağlı olarak işkencen ortadan kaldırılması, bu nedenle engellenmektedir (Akçam, 1995:163).

Tarihimize “şark meselesi” olarak da geçen, kendi ülkelerindeki azınlıkların hak ve özgürlükler sorununu tam anlamıyla çözememişken, hatta bunu çözmek adına net bir girişimde bulunmamışken, her fırsatta Osmanlının bünyesinde bulunan unsurlara, çoğunun yabancı olduğu kimi akımları aşlamak, Akçam (1995)'in değindiği kadar masumane bir talep olarak algılamak da saflık olacaktır. Osmanlının ilk yerel yönetimlerinden biri olarak gördüğümüz, Avrupa'nın baskısıyla Beyoğlu ve Galata'da oluşturulan Altıncı Daire-i Hümayun (16 Ocak 1858), talep edilenin bir haktan ziyade büyük bir ödün olduğunu göstermek açısından iyi bir örnektir. Buralar yabancıların ve gayri Müslimlerin çok yoğun olarak yaşadıkları yerler olup, merkezce atanan daire müdürünün yanında teşkil olunan yedi kişilik meclis için, 100.000 (yüz bin) kuruş taşınmazı olmak, üyelik şartı olarak getirilmiştir. Ancak, Müslüman halkın o dönemdeki durumuna bakıldığında bu kadar büyük bir taşınmaza sadece gayri Müslimlerin ve yabancıların sahip olduğu görülmektedir. Osmanlının kalbinde oluşturulmaya çalışılan belediyenin resmi dilinin de Fransızca olması çok çarpıcıdır (Erten, 1999:102).

5.3.3. Islahat Fermanı

Tarih kitapları, Kırım Savaşı'nda Rusya'ya karşı İngiltere, Fransa ve Avusturya'nın Osmanlı İmparatorluğu'nu desteklemesi üzerine, bu ülkelerin verdikleri desteğin diyeti olarak ileri sürdükleri şartların dikkate alınmasıyla Islahat Fermanı'nın ortaya çıktığını yazmaktadır. Yani bu yönüyle, “dış baskı” sonucu bir zorlama söz konusudur.

Yine Padişah Abdülmecit tarafından 1856'da onaylanan Ferman, Tanzimat Fermanı ile kıyaslandığında daha kapsamlıdır. Maddeler incelendiğinde, özellikle azınlık durumunda bulunan halklara geniş hak ve özgürlüklerin sunulduğu ve aradaki kısmi eşitsizliklerin bu şekilde giderilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Farklı olarak, “işkence ve eziyet ve bunlara benzer muamelelerin yapılmasının yasaklanması, bunları emreden amirlerin ve yapan memurların cezalandırılması”, “hapishane şartlarının iyileştirilmesi” ile ilgili düzenlemelerin yer alması bir diğer dikkat çeken noktadır:

“Mümkün olduğu kadar az bir gecikmeyle, tutuk, ceza ya da ıslah evi ve diğer benzeri kuruluşlarla uygulanan hapishane sisteminin, insan hak ve özgürlükleriyle uyumlu bir şekilde yeniden düzenlenmesi için yargılama usulleri belirlenecektir. Bab-ı Ali tarafından getirilen disipline edici düzenlemelere uygun olarak verilenler hariç, hapishanelerde bile, bedeni cezalar uygulanmayacaktır ve işkenceyi çağrıştıran her şey tamamen kaldırılmıştır¹.”

Yine şekli anlamda olmasa da, maddi anlamda Islahat Fermanı'nın anayasal bir nitelik taşıdığı söylenebilir (Gözler, 2000:19–23).

Kırım Savaşı'nda Rusya'ya karşı Fransa ve İngiltere'nin Osmanlı'nın yanında yer almasıyla, İmparatorluk biraz nefes alma fırsatı bulmuş, bir teşekkür

¹<http://www.bilkent.edu.tr/~genckaya/documents1.html> adresindeki Islahat Fermanı'nın metninden alınmıştır.

borcu olarak da, daha savaş sürerken Hıristiyanlara çeşitli haklar veren bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. II. Mahmut Dönemi reform hareketlerinde, genel eşitliğin sağlanmasına yönelik atılan adımlarda, yerel gayri Müslim tabakaya tek tek verilen haklara rağmen, genel prensipler içerisinde onlara yönelik idari tedbirlerin olmaması bu tür genel bir düzenlemeyi zaruri kılmıştır. Gerçekte ise, savaş ve savaşta Osmanlının safında yer almak, büyük devletlerin Osmanlının iç işlerine müdahale edebilme fırsatı sunan bir planın parçasıdır zaten. 1699 yılından bu yana nerdeyse tüm anlaşmalarda topraklarını teker teker kaybetmeye başlayan İmparatorluk için, Fransa'nın ve İngiltere'nin uzattıkları yardım eli, böyle bir zamanda geri çevrilemezdi. Nitekim 28 Şubat 1856'da fermanın ilan edilmesinin ardından Mart 1856'da imzalanan Paris Anlaşması'nda umulan çok az bir zararla bu savaşı atlattığı olmaktadır. Bu anlaşmayla beraber Osmanlı, Avrupa devletlerinin bir parçası haline gelmiş, böylelikle bir süreliğine¹ parçalanma korkusundan da kurtulmuşlardır.

Birçok tarihçi için Ferman, ticari, sanayi, madensel, ulaşımsal tavizleriyle beraber, Osmanlının Avrupa camiasında yer almasının bir diyeti olmuştur (Akçam, 1995:193). Daha da kötüsü, bu tavizler beraberinde, bu devletlerin olmadık bahanelerle iç ve dış politikamıza müdahale etme bahanelerini de getirmiştir. Zoraki olarak hazırlanmış görünümüyle fermanın, daha ilk başlarda içeride kimsenin kabul etmeyeceği aşikârdı. Hatta reformların mimarı olarak kabul edilen Reşit Paşa bile, söz konusu fermanın Müslüman ahali tarafından, özellikle eşitlik hususunun, benimsenmesinin mümkün olamayacağını dile getirmiştir. Öyleyse, kabul görmeyeceğini bile bile, batılı devletlerce böyle bir düzenlemeyi yapması için Osmanlıya neden baskı yapılmıştır? Aslında bu sorunun cevabı, büyük devletlerin Osmanlıya her fırsatta müdahale etme isteğinde saklıdır biraz da. Çünkü tutulamayan her vaat, askıya alınan her reform, Osmanlıya müdahalede haklı birer gerekçeyi teşkil etmektedir.

¹1871 Fransa Komünü sonrasında Fransa'nın Almanya'ya yenilmesi ve zamanla güç kaybetmesinin ardından, Almanya'nın Rusya ile birlikte Paris Anlaşmasının koşullarını yeniden gözden geçirilmesini istemeleri ile Avrupa'daki güç dengeleri bozularak (1875), sonrasında Osmanlının paylaşılma süreci başlamıştır.

Gerçi kimi batılı gözlemcilerin, Müslim-gayri Müslim eşitliği ile ilgili olarak çıkan sorunları, güçlü devletlerdeki benzer etnik, dini veya milli unsurlarla yaşanan sorunlara atıf yaparak anlayışla karşılamaya çalışmaları da yok değildir. Gerçekten de, söz konusu dönemde Avrupa ve Amerika'da çoğunluğu oluşturan Hıristiyanların ne siyah nüfus ile ne Yahudilerle, ne de İrlandalılarla bir tutulmaya tahammülü vardı. Ancak, maalesef ki bu gözlemcilerin Osmanlının içinde yaşanan gerginlikle ilgili kurmaya çalıştıkları empati, güçlü devletlerin mazur görmesi için asla yeterli olmayacaktır. Mazur görme gibi bir niyetin olmayışının kanıtı ise, adeta Hıristiyan anti-semitizmine dönüşen Müslüman tepkilere karşı önlem olarak, gayri Müslimlere hakaretin ve kötü muamelelerin kesin bir şekilde bu fermanla yasaklanmış olmasıdır.

Eşitlik temelinde çıkan karşıtlığı, sadece İslam'ın diğer unsurların dinine göre kendini üst bir noktaya koymasından ya da egemen konumların kaybedilerek, buraların başkaları tarafından doldurulmasını çekememezlikten ibaret değildir. Elbette, asli ve egemen unsur olarak kendini gören halkın, kendini hem kurucu, hem de hak din mensubu olarak konumlandırmasının tahammülsüzlükte payı büyüktür. Ama Ferman'la birlikte azınlık, özellikle Hıristiyan unsurlara sağlanan ayrıcalıklara bakılacak olursa, adeta ayrımın yaratılması için bir çaba harcanmış olduğu görülecektir: “kendilerine ait bir yerel bir meclise sahip olmak”, “kendi dillerinde eğitim yapabilmek”, “askerden muaf olmak”, “yabancı konsoloslukların doğrudan himayesi altında yer alabilmek”, “pasaport sahibi olduktan sonra vergi ödememek”, “ticaret yapacaklar için vergi kolaylığına sahip olmak”, bunlardan sadece bazılarıydı. Savaşların tüm yükünün ve acısının Müslüman ahalice çekilmesi, askere giden Müslümanların toprak ve ticaret gibi, boşalttıkları her alanda hâkimiyeti Hıristiyanlara kaptırması, zamanla ekonomik alanda onlara muhtaç duruma düşmesi (Akçam, 1995:200) zaten kötü yönetilen, zulüm ve baskı gören, hiçbir koruma güvencesine sahip olmayan Türklerin, düşmanlık tohumlarının neden bu denli derinlere atıldığını anlamaya yetecektir. Sonuçta da, beklendiği gibi adeta bir iç savaşı andırır ayaklanmalar ve karşılıklı katliamlar yer almaya başlamıştır.

Akçam (1995:210–215), bu katliamların varlığı ve niteliği konusunda batılı gözlemcilerin yanlı¹ olabileceğine, hatta bazılarının Türk düşmanı olabileceğine dikkat çekmekle beraber, köy basmaların, yağmaların, Hıristiyan kızları kaçırarak onları Müslüman etmeye zorlamaların, Şeriat önünde Müslüman ile aynı suçu işleyen gayri Müslimi farklı şekilde cezalandırmaların hiç de azımsanmayacak kadar sık rastlandığına değinmektedir. Bu noktada yapılan bir başka tahlil de, yapılan zulüm ve katliamların neden bu kadar vahşice olduğudur. Bilhassa Balkanlar’da ve devamında azınlık unsurların yoğun olarak bulunduğu bölgelerde görülen karşılıklı boğazlamaların temelinde, kolektif kimliğin belirlediği sınırları çizmede “şiddetin” son derece belirleyici rolünün olmasıdır (Akçam, 1995:216). Etnik grupların, bağımsızlıklarını ilan edecekleri devletin sınırlarını çizmek, bu kadar iç içeyken hiç de kolay değildir. O nedenle, kendisine ait gördüğü coğrafyayı, yabancı olarak algıladığı unsurlardan kökten temizlemenin en kolay, en etkili yolu olarak şiddet, yıldırıcı özelliğiyle hep sahnede kalmıştır.

Ayaklanmaları bastırma adına uygulanan şiddetin de yansıması pek farklı olmamıştır. Osmanlının “reformcuları” olarak tanınan şahısların bile ayaklanmaları bastırma konusunda benzer yöntemler izlediği görülmektedir. Fuat Paşa 1860 ayaklanmalarını bastırmak için idam ettirdiği birçok insandan ötürü “ip babası” lakabını almış, yine diğer bir reformcu olan Mithat Paşa ise Bulgar ayaklanmasında sergilediği tutum nedeniyle “Bulgar Cellâdı” olarak anılmaya başlamıştır. Ancak, her ikisinin de uyguladığı bu sert tutumlar, ayaklanmaları daha keskin bir hale sokmuş, isyancı hareketin güçlenmesine bile sebep olmuştur (Akçam, 1995:240).

Ferman’ın en öne çıkan özellikleri, daha önceki Tanzimat Fermanı’nda da söz edilmesine rağmen bir türlü temel hukuk ilkesi haline getirilemeyen Müslüman-gayri Müslim eşitliğini resmen ilan etmiş olmasıdır. Ayrıca, herkesi kucaklayan bir vatandaşlık kavramının da adının konulmasıdır. 15 Ocak 1848 sayılı Eyalet Meclisleri Talimatnamesi’nde, “hiçbir neden ve gerekçeyle işkence ve eziyet

¹Yunanistan örneğinde olduğu gibi, bağımsızlığını yeni kazanmış ülkelere ve sıradaki ülkelere güçlü devletlerin hamiliğini sağlayabilmek amacıyla, kamuoyunun tepkisini toplayacak şekilde abartılı ve uydurma haberlere sık sık başvurulduğu bir gerçektir.

yapılamayacağı” ifadesinin, işkencenin yasaklanmasına ait ilk resmi belge olma özelliğiyle beraber, “işkence ve buna benzeyen cezaların kesin suretle yasaklandığı, uymayanların Ceza Kanunu¹’nce cezalandırılacağı..” ifadelerinin yer aldığı Islahat Fermanı da, işkence tarihimizde yasağa ilişkin ikinci resmi belgeyi teşkil etmiştir.

Ferman’da demokratikleşme adına idari sistemde yapılanmaların varlığı dikkat çekmektedir. Vilayet Nizamnameleri ile idare meclislerinin oluşumları sağlanmış ve bunların ne şekilde bir seçim sistemine tabi tutulacağı hükme bağlanmış ve tebaanın tüm unsurlarından temsilcilerin katılımı zorunlu tutulmuştur. Basın ve yayın organlarının da bu süreçte ortaya çıkıp gelişmesi, demokratikleşme sürecinde önemli etkenlerden birisi olmuştur şüphesiz. Zulüm ve işkencelerin artık sürekli takibi yapılmakta ve yayınlanmaktadır. Her ne kadar günümüz anlamda bir muhalefet fonksiyonu görmemiş olsa da, yine de iktidarı sınırlayan değişik bir muhalefet şekli oluşturmuştur. Asıl muhalefet hareketi ise, her ne kadar insan hak ve hürriyetlerini birincil olarak ele almamışlarsa da, hürriyet fikrinden oldukça etkilenen Yeni Osmanlıların başlattığını söyleyebiliriz. Kendilerinden derinden etkilenen İttihat ve Terakki, muhalefet sırasını devraldığında, öncekilerden çok daha fazla ses getirecektir.

Sonuç olarak Osmanlının son dönemlerine doğru yapılan ve reform olarak adlandırılan düzenlemelere bakıldığında, Osmanlı için birçok şeyin artık eskisi gibi olmadığı görülmektedir. Özellikle Tanzimat ile beraber, laik, demokratik ve hukuk devleti olma yolunda önemli adımların atıldığı bir gerçektir. Kelimenin tam anlamıyla kayalar artık düşmeye başlamış, bunun önüne geçilmesi neredeyse imkânsız bir hal almıştır. Düzenlemelerin çoğunun güçlü devletlerin baskısıyla yapılmış olması, halkın reformları sindirecek bir yapıya sahip olmaması, yöneticilerin en az halk kadar reformların uygulanmasına sıcak bakmaması ya da baskılardan kurtulmak için uyguluyor görünmesi, batılı anlamda devlet yönetimine erişmemizi geciktirmiştir elbet. Ama tüm aksaklıklara rağmen reformlar sayesinde kazanılanlar hiç de küçümsenecek boyutta değildir. Esas olarak yasağın olmasına

¹Ceza Mahkemelerince soruşturmalarda, sanık, tanık ya da belge sisteminin yokluğundan dolayı mutlak belirleyicinin sanık ve tanık ifadeleri olmalarından dolayı mahkeme, ifade almak için sık sık işkenceye izin vermektedir (Akçam, 1995:251). Bu da bir bakıma kendiyile gelişmesi anlamına gelmektedir.

rağmen her fırsatta yapılmasından çekinilmeyen işkencenin, kesin bir şekilde yasaklanması bile bu anlamda söz konusu dönem için büyük bir başarı olarak algılanmalıdır. Hakeza hukuk siteminin, derme çatma haliyle bile olsa insan hak ve hürriyetlerini korumaya yönelik olarak batıya uyarlanması, yeni bazı kurumların ihraç edilmesi günümüz Türkiye Cumhuriyeti'nin arkaik yapısını da teşkil etmiştir.

5.3.4. Kanun-u Esasi¹

II. Abdülhamit tarafından 1876 yılında onaylanmıştır. Cemiyet-i Mahsusa adı verilen asker ve sivil bürokratlardan meydana gelen bir kurul tarafından hazırlanmış olup, ağırlıklı olarak yabancı devletlerin anayasaları (Belçika, Polonya, Prusya) örnek alınmıştır.

Yasanın 8., 9. ve 10. maddelerinde “kişisel özgürlükleri ve güvenliği” ile ilgili düzenlemeler yer almış, 14. maddesinde “dilekçe hakkı”, 17., 18., 19. maddelerinde “yasalar ve kamu görevleri önünde eşitlik” ilkesi, 22. maddede “konut dokunulmazlığı”, 81.- 95. maddeler ile de yargılama usulleri düzenlenmiştir. Anayasal nitelikli önceki diğer belgelerle kıyaslandığında, Kanun-u Esasi'nin onlardan çok ileride olduğu, hatta temel hak ve özgürlüklerin yargısal güvencesi açısından günümüz anayasalarından hiç de geri olmadığı görülmektedir (Gözler, 2000:19–23).

Yasa'nın 26. maddesinde, “Her ne şekilde olursa olsun, işkence ve (bu yöntemlerle) sorgulama tamamen ve kesin bir şekilde kaldırılmıştır.” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, Kanun-u Esasi'de de, işkence ve benzeri muameleler yasaklanmıştır.

¹<http://www.bilkent.edu.tr/~genckaya/documents1.html> adresindeki Kanuni Esasi'nin metninden alınmıştır.

Bizdeki duruma bakıldığında, İslam Hukuku'nun içinde hiçbir zaman işkencenin hukukileşmemesi nedeniyle Osmanlı Devleti'nde işkencenin en azından sorgu tekniği olarak yargısal hukukun bir vazgeçilmezi haline gelmediği görülmektedir. Gülhane Hattı Hümayunu (1838) ve 1856 Islahat Fermanı'nda işkence men edilmiş, Ceza Kanunu (1840)'nun 3. Faslı'nın 1. maddesinde ve Kanun-i Cedit (1851)'in 2. Faslı'nın 4. maddelerinde kamu görevlilerinin kötü muamelelerde bulunmaları açık bir şekilde yasaklanmış ve Ceza Kanunname-i Hümayunu (1858)'nun 103. maddesinde ise özel olarak işkence suçu ve cezası düzenlenmiştir¹ (Demirbaş, 1992:17). Yine aynı şekilde, 1876 Anayasası'nın 26. maddesinde işkence kati suretle yasaklanmıştır.

¹Bu madde, Türk Ceza Kanunu'ndaki işkence ile ilgili düzenlemenin mehzarını da oluşturmaktadır.

ÜÇÜNCÜ KESİM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞME
ÇERÇEVESİNDE KÖTÜ MUAMELE

6. İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI DÜZEYDE KORUNMASI VE
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

İnsan hakları kavramının ifade ettiği anlamın ve bu hak ve özgürlüklerin bugüne kadar izlediği sürecin ortaya konulmasını müteakip, burada insan haklarının ulusal düzlemden çıkarak, nasıl bir uluslararası korumaya alındığı incelenmiştir. Bu bağlamda, sağladığı ulus üstü garanti ve beraberinde yerleştirmiş olduğu denetim mekanizmasıyla, diğer tüm uluslararası belgelerden ayrılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özellikle de farklılıkları vurgulanarak ayrıntılarıyla bu bölümde ele alınmıştır.

6.1. İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması

Ülkelerin küreselleşen dünya üzerinde yalnız kalmaması ve diğerlerinin nazarında medeni bir ülke olarak algılanması, ancak medeniyetin yüksek değerlerini benimsemek ve onlara sahip çıkmakla mümkündür. Demokratik ve insan haklarına saygılı bir ülke olarak dünya üzerinde saygın bir yer edinmek isteyen ülkelerin birçoğu, elbette kendi iç hukuk sistemlerinde hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelerini yapmışlardır. Yani, hak ve özgürlüklerden benimsenenler, anayasalara dâhil edilmiş ve çıkarılan yasalarla da ayrıntıları belirlenmiştir. Bunlar evrensel nitelikte olmalarına rağmen, ancak ulusal hukuk düzenlerince tanındığı, korunduğu ölçüde faydalanma imkanı bulunan hak ve özgürlükler olmuşlardır (Batum, 1996:18).

Kaldı ki; ne kadar iyi niyetle yaklaşılsa yaklaşılsın ve ne kadar köklü bir demokrasi geleneğinden gelirse gelinsin, insan hak ve hürriyetlerinin ulusal düzeyde korunuyor olması, zamanla değişen durumlarda, ortaya çıkan olağanüstü gelişmelerde (Nazi Almanyasında ve İtalya’da totaliter rejimlerin baş göstermesi gibi) şayet etkin bir şekilde korunamıyor ise, hiçbir şey ifade etmeyecektir ve hakların güvencesi sadece kağıt üzerinde kalacaktır (Gündüz, 1993:28). Nitekim ülkenin mevcut gücü, her zaman bu güvencenin bir garantisi de değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 2. Dünya Savaşı ile birlikte, insan haklarının sadece bulunduğu ülkenin bir iç meselesi olmaktan ziyade, devletlerin kendi kaderlerine bırakılmayacak kadar önemli ve uluslararası (küresel) bir mesele olduğu (Anayurt, 2004:17) anlaşılmıştır.

Diğer bir ifadeyle, savaşın doğurduğu korkunç ihlallerin tekrarlanmaması için, insan haklarının ulusal hukuk düzenlerindeki mevcut şekliyle yetinmeyip, ayrıca uluslararası düzeyde de korunması anlayışına geçilmesi (Soysal, 1986:9) gerekmiştir.

Bu çerçevede, ilk belge niteliğindeki İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948) ve Bildirge’ye ve uluslararası hukuk düzenine katkı sağlayan, yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (1976) ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (1976) bu doğrultuda uluslararası hukuk düzenini oluşturmaya katkı sağlayan belge ve sözleşmeler olmuşlardır.

Ancak, her ne kadar bu belgelerle, insan haklarını “uluslararası planda hukuksal koruma ve güvence altına almak” amaçlansa da, niteliklerinden dolayı, büyük ölçüde ideali temsil eden, yol gösterici belgeler olmaktan öteye gidememişlerdir. Çünkü bu belgeler, özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, “insan hakları hukukunu” yaratabilecek doğrudan uygulanabilir kurallara ve devletleri hukuksal bir yükümlülük altına sokacak hukuksal anlamda bağlayıcı bir yaptırım gücüne sahip değildiler. (Batum, 1996:19)

Asıl gayenin evrensel nitelikteki insan haklarının etkin bir şekilde korunması olduğu düşünülünce, taraf devletleri uluslararası düzeyde hukuken bağlayıcı bir sözleşmenin varlığı ve sözleşmeye ilişkin ihlalleri sürekli kontrol altında tutacak bir denetim mekanizmasının oluşturulması elzemdir. Nitekim, Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın ilgili maddeleri (Başlangıç Metni, 1., 13., 55., 56., 60. maddeleri) incelendiğinde, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün böyle bir faaliyet planını öngördüğü görülmektedir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:5).

Taraf devletleri hukuki yükümlülük altına sokan sözleşmenin hazırlanmasıyla ilgili olarak Birleşmiş Milletler çalışmalarına başlamış; fakat kapsama ekonomik, sosyal ve kültürel nitelikteki hakların da alınıp alınmayacağı ve yargısal nitelikte uluslararası bir denetim mekanizmasına (Uluslararası İnsan Hakları Mahkemesi) ihtiyaç olup olmadığı hususlarında, Doğu ve Batı Bloğu ülkeleri arasında görüş ayrılıklarının doğması neticesinde sözleşmenin hazırlanması geciktiği gibi, ileride Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle, asıl etkin korumanın sigortasını oluşturacak olan yargısal merciden vazgeçilmiştir. Buna göre, sözleşmelerde tanınan hak ve özgürlüklerin ihlali söz konusu olduğunda, Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 40. ve 41. maddelerinde düzenlendiği üzere "İnsan Hakları Komitesi" devreye girecek, ancak dostane bir çözüm yoluyla bu Komite bir nevi arabuluculuk görevini üstlenecektir.

Yaşanan fikir ayrılıklarından dolayı, tüm ulusları (en azından Birleşmiş Milletler ülkelerini) kapsayan evrensel nitelikteki birlik ve barışı sağlayacak sistemler üzerinde uzlaşamadıkça, Birleşmiş Milletler Örgütü ancak bölgesel yapılanmalarla bunun sağlanabileceğini görmüş ve bir yandan da bunu teşvik etmiştir. 1948 yılında on altı Avrupa ülkesinin katılımıyla bir kongre toplanmış ve onun ardından örgütlenen Avrupa Hareketi, 1949 yılında "bütün Avrupa halklarının özgürlük içinde birlik teşkil etmesini" amaçlayan Avrupa Birliği İlkeleri Bildirgesi'ni yayımlamıştır.

Bildirge'nin ardından aynı yıl (5 Mayıs 1949) imzalanan Avrupa Konseyi Statüsü ile Avrupa Konseyi'nin kurulmasına karar verilmiştir¹. Amaç genel olarak, “siyasi, ekonomik ilerlemeleri sağlamak amacıyla sıkı bir birlik meydana getirmektir².” Her taraf devletin, “hukukun üstünlüğü prensibini ve yasal yetkisi altında bulunan her şahsın insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini kabul ettiği” taahhüt altına alınmıştır³. Yargısal anlamda bir denetim mekanizması kurulamasa da, insan haklarına ve temel özgürlüklere uyulmaması durumunda, “üye devletlerin Konsey'den çıkarılmasına varan yaptırımlar⁴” söz konusu olacaktır.

Görüldüğü gibi hala tam olarak etkin bir koruma sağlayacak ve bunun yargısal denetimini üstlenecek mekanizma oluşturulmuş değildir. Konsey ilk fırsatta bu mekanizmanın kurulabilmesi için çalışmalara başlamış, iki organından⁵ biri olan Danışma Meclisi (üye hükümetlerin dışişleri bakanlarının haricinde tayin ettiği temsilciler⁶), bu hususta “ortak güvence” sistemini amaçlayan bir sözleşme tasarısı hazırlaması için, diğer organ olan Bakanlar Komitesi'ne (üye hükümetlerin dışişleri bakanları⁷) öneride bulunmuş ve yapılan hazırlık çalışmalarının ardından tamamlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmıştır.

6.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Burada AIHS'nin insanlığın nasıl bir gereksiniminden dolayı ortaya çıktığı tarihsel süreciyle incelenmiş, AIHS'nin en çarpıcı özellikleri, diğer bir deyişle, “nevi şahsına münhasır” yönleri ayrıntılarıyla ortaya konulmuştur.

¹Avrupa Konseyi Statüsü, Giriş Metni

²Avrupa Konseyi Statüsü, 1. madde

³Avrupa Konseyi Statüsü, 3. madde

⁴Avrupa Konseyi Statüsü, 8. madde

⁵Avrupa Konseyi Statüsü, 10. madde

⁶Avrupa Konseyi Statüsü, 25. madde

⁷Avrupa Konseyi Statüsü, 14. madde

6.2.1. Genel Olarak

Avrupa'nın insan hakları konusunda geldiği nokta ile ilgili olarak ünlü düşünür Noam Chomsky'nin, Avrupa uygarlığının öz imajı ile dünya tarihinin en korkunç uygarlık biçimi olması arasındaki çelişkiye dikkat çekmesi anlamlıdır (Akçam, 1995:14). Gerçekten de “karanlık Orta Çağ” engizisyonunu, haçlı seferlerini düşününce, tarihinde gerçekleştirdiği sömürgelerinde kitle katliamları, dünya savaşlarını, Nazi vahşetini ister istemez Orta Çağ karanlığına geri dönüş gibi algılamamak olası değildir.

“İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi”ne ilişkin bölümde de vurgulandığı üzere, her ne kadar insan hak ve temel hürriyetleri konusunda bilinçlenme yüzlerce yıl öncesine gidiyor olsa da, 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar tam anlamıyla somut adımların atılmış olduğu söylenemez. Birçok tarihçi tarafından bu dönemin, “İnsan Hakları Çağı” olarak adlandırılması da bu yüzdendir. Bu döneme kadar sadece kuramsal boyutta kendine yer bulmuş olan hak ve hürriyetler, ancak bu dönemle ete kemiğe bürünebilmiştir. Hak ve hürriyetler kendine bir uygulama alanı bulabildiği gibi, etkin bir güvence sistemine de böylelikle kavuşmuştur.

Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında net bir şekilde görülmüştür ki; insan hak ve hürriyetleri sadece bir ulusun iç siyaseti olmaktan öte, tüm ulusları ilgilendiren, uluslararası bir meseledir. Yoksa söz konusu devletin toprakları üzerindeki hak ve hürriyetler, daha baskın bir devlet tarafından engellenebildiği sürece, o devletin hükümrانlığından bile bahsetmek söz konusu değildir ki; bunlar hala bir iç mesele ya da anayasal bir konu olarak algılanabilsin. Güçlü olanın kuralları belirlediği ve aleni bir şekilde hak ve hürriyetleri gasp edebildiği ya da kendini referans alarak yeniden belirleyebildiği bir anlayışa karşı, pozitif bir hukuk sistemi olarak uluslararası bir yargısal güvencenin sağlanması etkin bir çare olarak görülmüştür. Böyle bir güvence, farklı gelenek, görenek, değer yargıları ve özellikle siyasal felsefeleriyle değişiklik gösteren uluslarda ortak bir

hukuk kültürü yaratarak “Avrupa Kamu Düzeni” de sağlayacaktır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:VII).

Uluslararası hukuk düzenini oluşturan ilk belge olarak, 10 Aralık 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi’ni görmek pekâlâ mümkün olsa da, hakların uluslararası düzeyde tanınıp güvence altına alınmasının en önemli, ideolojik araçlarından biri olmakla beraber, bir takım ilkelerin, değerlerin ve bu amaçla tanınması gerekli görülen “ideal hak ve özgürlüklerin” yer aldığı bir belge niteliğinde olmaktan öteye gidememiştir. Çünkü bir hukuk kuralı olarak uygulanmak için, gerekli açıklığa, kesin, ayrıntılı, herhangi bir hukuk kuralı gibi doğrudan uygulanabilirliğe ve devletleri bağlayacak hukuksal bir yaptırım gücüne sahip değildir. Oysa hukuk kurallarının, bir takım ilkelerden, program niteliğindeki kurallardan farklı olarak, açık, kesin hükümlerden oluşması gerekmektedir ve hepsinden önemlisi, bu kurallar bağlayıcı olmalıdır. Üstelik yaptırım ve denetim gücünü elinde bulundurmayan bir hukuk kuralının bağlayıcı olması da söz konusu değildir (Batum, 1996:19–20).

Ulusal bir koruma mekanizmasının yetersizliğinin ortaya çıkmasıyla beraber, Avrupa Konseyi bağlamında ulus üstü bölgesel bir koruma mekanizmasını yaratabilmek için, kısa adı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olan “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme” hazırlanmıştır. Avrupa topraklarında, ortak idealler ve ilkeler ışığında insan haklarının korunmasının bel kemiğini (epine dorsale), işte bu Sözleşme oluşturacaktır (Anayurt, 2004:18).

6.2.2. Sözleşme¹’nin Ortaya Çıkışı

AİHS, bir bakıma 2. Dünya Savaşı’nın Avrupa’da yarattığı siyasal, sosyal ve ekonomik buhranın bir meyvesidir denilebilir. Çünkü Savaş’ın beraberinde

¹ Diğer ara başlıklarda da geçecek olan Sözleşme’den kastedilen AİHS’dir.

getirdiği sıkıntılar o kadar katlanılmaz hal almıştı ki; yeniden böylesi bir buhranı hiçbir Avrupa ülkesi göze alacak durumda değildi. Henüz Savaş sırasındayken, özellikle Nazi Almanyası gibi saldırgan devletlerin Avrupa'ya yine benzer şeyleri yapmasının önüne geçebilmek için bir örgütlenmeye ihtiyacın olduğu dillendirilmeye başlanmıştı.

Savaş sonrasında, tüm dünyayı etkileyen Savaş'ın kaybettirdiklerine evrensel bir çözümü ilk önce Birleşmiş Milletler Örgütü aramaya başlamış, ancak evrensel bir boyutta huzurun ne denli ütopyik olacağını görülmesi üzerine, bunun ancak bölgesel örgütlenmelerle mümkün olabileceğine karar verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Örgütü, bu nedenle ülkeleri bölgesel alanda bir birliği¹ teşvik etmeye başlamış, nihayetinde Avrupa Birliği'nin çatısını oluşturmak üzere 16 Avrupa ülkesinin katılımıyla 1948 Mayıs'ında La Haye'de Avrupa Kongresi toplanarak, insan hak ve temel hürriyetlerini güvence altına alan bir yasanın ve bu yasanın etkin bir şekilde uygulanmasını denetleyen, yaptırım gücüne sahip bir yargı divanına olan ihtiyaç deklere etmiştir.

Kongre'nin deklarasyonu sonuç vererek, müteakibinde “Avrupa Hareketi”nin doğmasına ve “Avrupa halkların özgürlük içinde birlik olmalarına” çağrı yapan ve bu birliğin ilkelerinin neler olacağını vurgulayan bir bildirgenin² yayımlanmasına sebep olmuştur. 5 Mayıs 1949 tarihinde ise, Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İngiltere, Danimarka, Norveç, İrlanda, İtalya ve İsveç Londra'da bir araya gelerek Avrupa Konseyi'ni oluşturacak Statü³'yü imzaladılar. Şüphesiz ki Konsey; Avrupa Hareketi'nin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:8).

¹Birleşmiş Milletler Örgütü (BM)'nin, barış ve huzurun sağlanması için çözümü bölgesel örgütlenmelerde görmesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AIHS) model teşkil ettiği diğer bölgesel yapılanmalar şunlardır: Amerika Devletleri Örgütü, Afrika Birliği Örgütü, İnsan Haklarına Dair Amerika Sözleşmesi, İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı (Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:10–11).

²Avrupa Birliği İlkeleri Bildirgesi (Şubat 1949).

³Avrupa Konseyi Statüsü (Türkiye, 12 Aralık 1949 tarih ve 5456 sayılı Yasa ile Avrupa Konseyi'nin bir üyesi olmuştur).

Daha sonra Konsey, Birleşmiş Milletler Bildirgesi'nde yer alan on hakkın etkin bir şekilde koruyacak olan güvence sistemi sağlayacak bir sözleşmenin hazırlanmasını ve bu amaca hizmet edecek Avrupa İnsan Hakları Divanı ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK)'nun kurulması yönünde çalışmalar yapmaya başlamış, 4 Kasım 1950 tarihinde İtalya'nın Roma şehrinde imzalanması nedeniyle Roma Sözleşmesi olarak da anılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ortaya çıkarmıştır. AİHS¹'nin yürürlüğe girmesi, yaklaşık iki yıl daha bekleyecektir (3 Eylül 1952).

AİHS'nin yürürlüğe girmesi ve sonrasında Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 21 Ocak 1959 tarihinde teşkil edilmesiyle, insan hak ve hürriyetlerini koruyan mekanizma, tüm organlarıyla birlikte hayata geçmiştir ve bu haliyle de 31 Ekim 1998 tarihine kadar uygulanmıştır. 1 Kasım 1998 tarihinde, denetim mekanizmasının kurumsal yapısında değişiklikler öngören 11 no.lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle, sistemde çok köklü yapılanmalar meydana getirilmiştir.

6.2.3. Sözleşme'nin Özelliği

AİHS'nin en öne çıkan ve diğer uluslararası sözleşmelerde bulunmayan özelliği, ancak ulusal hukukun öznesi olan bireyi ilk defa uluslararası hukukun bir öznesi haline getirmiş olmasıdır. Ülke olarak kişisel ve siyasi hakları düzenleyen AİHS, bu hakları güvenceye almak için ihlalciler devletlere karşı diğer taraf devletlere başvuru imkanı sağladığı gibi, kişilere de korunma mekanizması harekete geçirmek üzere başvuru imkanı sağlamaktadır (Anayurt, 2004:18). Bireysel başvuru hakkı, AİHS ile getirilen denetim mekanizmasının en önemli parçasını oluşturduğu gibi, AİHS'nin de bel kemiğidir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:14). 11 no.lu Protokol yürürlüğe girmeden evvel, eski 25. maddeyle bireysel başvuru hakkı "seçimlik" hüküm olarak kabul edilmekteyken, sonrasında 11 no.lu Protokol ile yapılan

¹AİHS, Türkiye tarafından 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı Yasa ile kabul edilmiş, 18 Mayıs 1954 tarihinde ise onaylanmıştır.

değişiklikle, tüm taraf devletlerin AİHS ile birlikte kabul etmeleri zorunlu bir hak haline getirilmiştir:

“AİHS ve Protokollerinde tanınan hakların taraf devletlerden biri tarafından ihlalden mağdur olduğu iddiasında bulun her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları AİHM’ye başvurabilir. Taraf devletler bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt eder.” (madde 34).

Yani birey, maddenin bu şekliyle doğrudan AİHM’ye başvurabilir ve bunda hiçbir suretle taraf devletlerin istek ve takdiri söz konusu değildir.

AİHS öncesinde, ülkelerin kendi aralarında yapmış oldukları iki taraflı anlaşmalar, “grupların hakları”nı korumayı vaat ederken, 2. Dünya Savaşı’nda yaşananların da ortaya koyduğu gibi “bireylerin hakları”nın korumasında aciz kalmışlardır. İşte AİHS buradan yola çıkarak, her bireyin sadece insan olmaktan mütevellit, devredilemez, vazgeçilemez olan ve ırkı, dili, dini, rengi ne olursa olsun sahip olduğu hakları da korumayı amaçlamıştır.

AİHS’nin taraf devletlere yüklediği, kendi yetki alanında bulunan herkese tanıdığı hak ve hürriyetleri güvence altına alma sorumluluğu ihlal edildiğinde, mağdur olan devletin ya da bireyin şikâyeti ile harekete geçen bu denetim mekanizması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹’dir. AİHS, taraf devletlerce doğrudan uygulanacak bir ulusal yasa hükmünde² olup, AİHS organlarının kararlarının ulusal yargı kararlarında olduğu gibi dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. Öyle ki; ulusal makamlar, iç hukukun AİHS’nin hükümleri ile çeliştiği hallerde önceliği AİHS’ye tanımakla yükümlüdürler.

Bir taraftan da AİHS, ilgili devletin mahkûm olması durumunda, mağdurun ihlal edilen hakkının da telafi edilmesini sağlamaya çalışmaktadır. Bu açıdan

¹11nci Protokol’ün 11 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, Sözleşme’nin kurumsal hükümleri büyük değişikliğe uğramış, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adıyla tek organ olarak birleşmiştir.

²Türkiye açısından bakıldığında, 1982 Anayasası’nın 90. maddesi “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.” denmekte olup, Sözleşme’nin zorunlu kıldığı hususları iç hukukuna ithal etmiş durumdadır.

bakıldığında, AİHS'nin sadece hak ve hürriyetlere yer vermenin ötesinde, onların “etkin” bir şekilde korunması ve güvenceye alınması amacıyla hem denetleyen, hem de yargılayıp taraf devletlere yaptırımlar uygulayabilen sistemiyle de diğer uluslararası sözleşmelerden ayrılmaktadır. Denetim mekanizması o kadar etkin ve bağlayıcıdır ki; birçokları tarafından “taraf devletlerin insan hakları anayasası” olarak bile nitelenmektedir (Kaboğlu, 1998:125). AİHS, aykırılığı öne sürülemeyen bir anayasa gücünde olabildiği gibi, bazı taraf devletler için de yasa düzeyinde olabilmektedir. Ama her halükarda, bir “yasa anlaşma” (law making treaty) olarak taraf devletlerin ulusal hukukların bir parçası olup, Avusturya'nın Ceza Usul Yasası'nı, Almanya'da geçici tutuklamaya ilişkin yasayı, Norveç'in din özgürlüğü ile ilgili olarak Anayasası'nı değiştirdiği gibi, onlara iç hukuklarını düzenlemeleri yönünde bir baskı unsuru da oluşturmaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:16).

AİHS'nin taraf devletlerin iç hukuklarındaki yerini alması ile ilgili olarak, iki farklı hukuk anlayışının hâkim olduğu görülmektedir. Bunlardan biri, “ikili düzen” anlayışı olup, uluslararası anlaşmaların sadece devletlerarası ilişkileri düzenleyen hukuki belgeler olduğu ve kamusal ve bireysel hukuktan tamamen ayrı olarak algılandığı yaklaşımdır. Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk birbirinden ayrı olmakla beraber, yukarıda da değinildiği üzere, bu yaklaşımı benimseyen ülkeler¹, AİHS gereği sorumlu oldukları hususları kendi ulusal hukuklarında düzenlemektedirler. Diğer yaklaşım ise “tekçi” yaklaşım olup, uluslararası anlaşmaların iç hukukla bir bütün oluşturduğudur. Bu yaklaşımı benimseyen ülkeler, uluslararası kuralları, ulusal kurallar içinde de düzenlemektedirler. AİHS'ye taraf diğer tekçi olmayan devletler, iç hukuklarını AİHS doğrultusunda düzenlemekte, Türkiye örneğinde olduğu gibi, bu düzenlemelerin ulusal hukuklarına aykırılığına² hükmetmemektedirler.

Bireysel başvurunun yapılabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmiş olma şartı, çok istisnai haller dışında aranmaktadır. Ancak burada, yanlış algılamının önüne geçmek için şu açıklamanın yapılmasına ihtiyaç vardır: AİHS ile oluşturulan

¹Danimarka, İzlanda, Malta, Norveç ve İngiltere, bu ülkelere örnektir.

²1982 Türkiye Anayasası madde 90 örneğindeki gibi.

denetim organları, iç hukukun tüketilmesi esnasında ulusal yargının yasaları doğru uygulayıp uygulamadığını denetleyen organlar değil, AİHS ile güvence altına alınan hakların ulusal mercilerce ihlal edilip edilmediğini saptayan organlardır. Yani, Gözübüyük ve Gölcüklü'nün deyimleriyle, ulusal merciiler üzerinde ikinci bir “temyiz yeri” değildir (2003:15).

Bireysel başvuru hakkının yanında, taraf devletlerin birbiri üzerinde de bir denetim oluşturması, yani devletlerin de başvuru hakkına sahip olması, AİHS'nin bir diğer özelliğidir. Gözübüyük ve Gölcüklü, AİHS'nin 1950 tarihli ana metninin Başlangıç Bölümünde yer alan:

“Aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildirge’de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmayı kararlaştırarak..” cümlesindeki “collective enforcement” (ortak güvence) ifadesi ile, her taraf devleti güvence altına alınan hak ve özgürlükleri korumakla mükellef kılmak ve diğer devletlere de her bir devletin bunu sağlayıp sağlayamadığını kontrol etme, hatta ihlal durumu söz konusuysa şikayet etme hakkının verilmek istendiğini ifade etmektedirler (2003:14). Öyle ki; bu hakkın devletlerce kullanılabilmesi ne devletlerin öznel hakkına, ne de mütekabiliyet ilkesine bağlıdır¹. Hatta hak ihlali yapılan kişi veya kişilerin kendi vatandaşları olması ya da kendi çıkarları söz konusu olma şartı da aranmaz. Her ne kadar uygulamada diğer devletler üzerinde bir baskı oluşturmak suretiyle siyasal bir amaç güdüyor olsa da, asıl hedeflenen noktanın, “ortak bir Avrupa kamu düzeni” olduğu, yine cümledeki “aynı inanç”, “ortak siyasal miras” ifadeleriyle de anlaşılmaktadır.

AİHS'nin 1. maddesinde, “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanınır.” ifadesinin kastettiği anlama bakıldığında, devletin sadece kendi ülke sınırları içerisinde bulunanlara bu hakları tanımadığını, egemenliğinin söz

¹Application No. 8007/77, *Cyprus v. Turkey*, 10 July 1978, Yearbook:21, p. 226; Application No. (joined) 9940/82, 9941/82, 9942/82, 9943/82, 9944/82, *France, Norway, Denmark, Sweden, Holland v. Turkey*, 6 December 1983, p. 143, 169); Application No. 5310/71, *Ireland v. U.K.*, 18 January 1978: § 239; Application No. 14038/88, *Soering v. U.K.*, 7 July 1989: § 87; Application No. 15318/89, *Loizidou v. Turkey*, 23 March 1995: § 93 davaları.

konusu olduğu her yerde¹ insan hakları ihlalleri açısından sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. AİHS kuralları sadece devletin kendi vatandaşlarına değil, kendi yetki alanında bulunan herkeşe uygulanmak zorundadır. Yani, “kişi bakımından” ve “yer bakımından” yetki mevcuttur ve yukarıda da değinildiği üzere vatandaşlık bağı, hakların korunmasının bir ön koşulu kesinlikle değildir. Burada, sadece devletleri bağlayıcı bir terim olan “tanımayı üstlenirler” yerine, bu Sözleşme’nin 1. Bölümü’nde yer alan hak ve özgürlükleri “tanırlar” gibi, devletlerin kişilere doğrudan haklarını tanımasına yönelik bir düzenlemeyi kasteden ifadenin kullanılması tesadüf değil, bilinçli bir tercihtir.

AİHS hükümlerinin, iç hukukta, mahkemeler önünde başka bir hukuk işlemine gerek duyulmaksızın uygulanmasına “doğrudan uygulanırlık” denmekte olup, doğrudan uygulanırlık, tarafların amacını da yansıttığından, üye devletlerin yargı yetkisi içinde kalan herkese bu hak ve özgürlükleri doğrudan tanıyacağını ve bu yönde iç hukuk sistemlerinde düzenlemelere gideceğini ifade etmektedir (Batum, 1996:22). Nitekim AİHM, verdiği kararlarda² devletlerin bu sorumluluğuna dikkat çekmektedir. Taraf devletlerin AİHS’ye aykırı olarak yasalarında mevcut bir hüküm şayet mevcutsa, AİHS’nin belirlemiş olduğu kurallar doğrultusunda bunu düzeltmek ve kendi iç hukukuna bu şekliyle ithal etmek zorunluluğu mevcuttur. Batum’a göre (1996:22), “amaçtan” başka, AİHS’nin doğrudan uygulanırlığını belirleyen bir diğer unsur da, içerdiği kuralların “konusundan” kaynaklanmaktadır. Özellikle 1. Bölüm’de yer alan kurallara bakıldığında, başka uygulanma kurallarına ihtiyaç duymayan subjektif hakları kişilerin lehine tanıyan hükümlerdir. Haliyle, kişi ile devlet arasındaki ilişkiyi ve “kişisel durumları” doğrudan ilgilendiren kuralları konu itibarı ile içermektedir.

Diğer uluslararası anlaşmalar güvence altına aldığı hususları, yazıldığı andaki şekliyle korurken, AİHS’de durumun çok daha farklı olduğu görülmektedir. Koruma mekanizmasının revize edilmesinden, hak ve hürriyetlerin geliştirilmesi,

¹Nitekim 1974 yılında gerçekleştirilen Kıbrıs Barış Harekâtı sonrasında Türkiye’nin ülke sınırları dışında yer alan Kuzey Kıbrıs’ta bir egemenliği söz konusu olduğundan dolayı, yaptıkları ihlallerden dolayı AİHM tarafından yargılanmıştır.

²Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978; Application No: (joined) 2832/66; 2835/66; 2899/66, **De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium**, 18 June 1971; **Syndicat Suedois de Conducteurs de Locomotives v. Sweden**, 6 February 1976 davaları

yenilenmesi ve güncellenmesine kadar sürekli bir değişime uğramaktadır. Her dava, mevcut durum göze alınarak, benzer davalardan ayrı ayrı yorumlanarak karara bağlandığından, AİHS'nin kapsamı yapıldığı dönemin değil, güncel yaşamın koşullarının sonucunu yansıtmaktadır.

6.2.4. Sözleşme'nin Kapsamı

AİHS, Birleşmiş Milletlerce kabul edilen sözleşmelerde “Medeni ve Siyasi Haklar” olarak nitelendirilen klasik-liberal (birinci kuşak) hak ve özgürlüklerin bir kısmını içermekte, “Sosyal Haklar” ise Avrupa Konseyi tarafından 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe sokulan “Avrupa Sosyal Şartı” ile güvence altına alınmaktadır.

AİHS ile koruma altına alınan haklar ve bunlara ilişkin hukuk sisteminin dayanağı, ilk başlarda “anayasa hukuku”, “uluslararası kamu hukuku”, “uluslararası hukuk” iken, sonraki dönemlerde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Divan'ın genişleyen “içtihatlarına” paralel olarak, hukuk alanlarının sınırlarını giderek zorlamaya başlamıştır (Anayurt, 2004:18; Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:11). Nitekim güvence altına alınan haklara ilave olarak, çoğu sonradan yürürlüğe sokulan Ek Protokollerle¹ genişletilmiş bir takım haklarda zamanla bu kapsam içinde yerini almıştır. Yine benzer şekilde, AİHS'nin giderek geniş bir alana yayılmasıyla, kendine özgü konusu, tarafları, amacı, normatif yapısı, yargılama süreçleri, kuralları ve özgün yanları, söz konusu koruma sistemini diğer hukuk sistemlerinden ayırarak ona ayrı bir özerklik² kazandırmaya başlamıştır (Anayurt, 2004:19).

AİHS metninde yer alan hak ve özgürlükler; yaşama hakkı (madde 2), işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışta bulunma ve ceza verme yasağı (madde 3), kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve angarya yasağı (madde 4), kişi özgürlüğü ve

¹1., 4., 6. ve 7. Ek Protokoller

²“Avrupa İnsan Hakları Hukuku” adı altında çoğu eğitim-öğretim programlarına bir hukuk dalı olarak dâhil edilmiştir. Batum (1993:2), böyle bir tanımlamaya, sanki insan hakları olgusunun sadece Avrupa'ya aitmiş şeklinde algılandığını ve bunun da insan haklarının evrensel boyutunun gözden kaçırılmasına neden olabileceğini, ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile kavram uyumunun sağlanabilmesi için böyle bir tanımlamanın da zaruri olduğuna değinmektedir.

güvenliği (madde 5), adil yargılanma (madde 6), suç ve cezaların kanuniliği (madde 7), özel hayata ve aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (madde 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (madde 9), düşünceyi açıklama özgürlüğü (madde 10), toplantı ve örgütlenme özgürlüğü (madde 11), evlenme ve aile kurma hakkı (madde 12), hak arama özgürlüğü (madde 13), şeklinde olup, sonradan 1 no.lu Protokol (yürürlük tarihi: 18 Mart 1954, Türkiye için: 18 Mayıs 1954) ile “mülkiyet hakkı (madde 1, 1982 Anayasası madde 35)”, “eğitim ve öğrenim hakkı (madde 2, 1982 Anayasası madde 42)”, “yasama meclisin gizli oy ve kamuoyunu yansıtır şekilde serbest seçimle oluşturulması (madde 3, 1982 Anayasası madde 67)” şeklinde üç önemli hak daha AİHS’ye ilave edilmiştir. “Özel hukuk ilişkilerinden doğan yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı (madde 1)”, “serbestçe dolaşma ve konutunu seçme hakkı (madde 2, 1982 Anayasası madde 23/6)”, “vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı (madde 3)”, “yabancıların topluca sınır dışı edilmesi yasağı (madde 4, 1982 Anayasası madde 16)” hakları 4 no.lu Protokol (yürürlük tarihi: 2 Mayıs 1968, Türkiye için: 23 Şubat 1994 gün ve 3975 sayılı Yasa ile uygun görülmüş ancak yürürlük işlemleri tamamlanmamıştır) ile yine aynı şekilde “ölüm cezasının çok sınırlı haller dışında kaldırılması” 6 no.lu Protokol (yürürlük tarihi: 1 Mart 1985, Türkiye için: henüz bu Protokol’e katılmamıştır) ile “bir ülkede yasal olarak bulunan bir yabancıya keyfi surette sınır dışı edilmesi yasağı (madde 1, 1982 Anayasası madde 16)”, “bir suçtan hüküm giyen kimsenin üst mahkemeye başvurma hakkı (madde 2)”, “haksız hüküm giyen kişiye tazminat ödenmesi (madde 3)”, “aynı suçtan dolayı, yeniden yargılama yasağı (madde 4)”, “evlilikte, eşlerin hak eşitliği (madde 5)” hakları 7 no.lu Protokol (yürürlük tarihi: 11 Ocak 1998, Türkiye için: 14 Mart 1985 tarihinde uygun görülmüş olup, yürürlük işlemleri tamamlanmamıştır) ile AİHS’de geçen haklara ilave edilmiştir.

Bu Protokollerden sonra, AİHS’nin kurumsal hükümlerini değiştiren 11 no.lu Protokol’ün yürürlüğe girmesiyle (1 Kasım 1998) ile neredeyse tüm koruma mekanizmasının işleyişi değişmiştir. Birçok hukukçu tarafından “yeni düzen” olarak adlandırılmakta olan Strasbourg denetim sistemini yeni bir oluşuma tabi tutan bu Protokol, yürürlüğe girmesinin ardından AİHS’nin ana metninde de değişiklikler

meydana getirmiş, hükümlere ait madde numaraları da Protokol'ün ardından değişmiştir.

Her türlü ayrımı yasaklayan 12 no.lu Protokol ise, 4 Kasım 2000 tarihinde imzaya açılmış olmakla beraber, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nce henüz onayı beklemektedir¹.

Batum (1996:24–25), iç hukukta ve mahkemeler önünde, “doğrudan uygulanabilir” bir belge olarak, AİHS hükümlerinin “esasa” ve “usule” yönelik kurallar olarak mütalaa edilebileceğini ifade etmektedir. Bunlardan, vatandaşların doğrudan kullanımına açık, ihlal edilmeleri durumunda doğrudan mahkemeler önünde ileri sürülebilecek hakları “esasa” yönelik haklar (1. ve 18. maddeler arasındaki) olarak, yargılama hukukunun değişik boyutlarına ve safhalarına ilişkin hükümleri ise “usule” yönelik olarak (3., 5., 6.,7. maddeleri ile 7 no.lu Protokol'ün 1., 2., 3., 4. maddeleri) görmektedir (1996:24).

Esasa yönelik haklarla ilgili olarak, devletin değil somut ihlalini, bu hakları koruma ve güvence altına almada hareketsiz kalmasını dahi, AİHM bir ihlal sebebi olarak görmekte ve “hakların güvence altına alınmamasını”, devletin “hareketsizliğini” AİHS'nin devletlere yüklediği “pozitif yükümlülüklerin” yerine getirilmemesi olarak kabul ederek cezalandırmaktadır. AİHM, böylesi durumlarda, ilgili devletin mağdur kişilere yönelik bir “müdahalesinden” dolayı değil, herhangi bir tasarrufta bulunmayarak² AİHS'yi ihlal ettiğini düşünmektedir. Çünkü AİHS'nin amacına paralel olarak, devletlerin yükümlülüğü sadece keyfi müdahalelerden kaçınmak değil, aynı zamanda hakların tavizsiz bir şekilde kullanılmasına yönelik gerekli her türlü tedbiri de almaktır.

¹3 Ekim 2001 ve bunu tamamlayan 27 Aralık 2002 tarihlerinde gerçekleştirilen Anayasa Reformu ile 1982 Anayasası'nın 66. maddesi, 12. Protokol'ün 1. maddesi ile uyumlu hale getirilmiştir.

²Application No. 6833/74, **Marckx v. Belgium**, 13 June 1979: § 48; Application No. 6289/73, **Airey v. Ireland**, 9 October 1979: § 32–33; Application No. 8978/80, **X. and Y. v. Holland**, 26 March 1985: § 23.

Gözaltı şekli ve süresi¹, yakalanmanın (tutulmanın) usulü dairesinde yapılması², adil yargılanmanın koşulu olarak “silahların eşitliği (equality of arms)” ve uygulaması³, savunma hakkı⁴, yine adil yargılanma ilkeleri içinde yer alan “mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı⁵”, tutukluluk süreleri ve koşulları⁶, kararların gerekçeli olması⁷, makul sürede yargılanma ilkesi⁸ gibi bir çok hak ve kural ise doğrudan uygulanabilir kurallar olarak AİHS’nin usulünü belirlemektedir (Batum, 1996:24–25).

Aslında AİHS’nin içerdiği haklara bakıldığında, günümüzde kaçınılmaz olarak karşımıza çıkan birçok ayrıntıyı kapsamadığı görülmektedir. İlk başlarda bu bir sorun gibi algılsa da, yasaların ya da sözleşmelerin bütün hak çeşitlerini ve öğelerini kapsamlı bir şekilde düzenlenmesindeki sınırlılıkları düşünülünce bunun aslında normal olduğu ve zaten istense de sürekli değişkenlik arz eden ya da kendini her an yeniden yapılandıran hak ve hürriyetleri kapsamanın pek de mümkün olmayacağı görülecektir. Ancak diğer yandan, insan olma onurunu koruyan ve bu nedenle hak ve hürriyetleri güvenceye alma iddiasındaki AİHS’nin yetersizliği söz konusu olmamaktadır. Çünkü AİHK ve Divan (şimdiki şekliyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)’in, bugüne kadar oluşturulan zengin içtihatları, neredeyse tüm boşlukları kapatacak niteliktedir. AİHS’nin hukuku için “kazüistik” denmesinin sebebi de bu yüzdendir.

¹Application No. (joined) 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, **Brogan and Others v. U.K.**, 29 November 1988: § 62; Application No. (joined) 9626/81, 9736/82, **Duinhof and Duijf v. Holland**, 22 May 1984: § 45; Application No. 12843/87, **Koster v. Holland**, 28 November 1991: § 26

²Application No. 6301/73, **Winterwerp v. Holland**, 24 October 1979: § 67; Application No. 9787/82, **Weeks v. U.K.**, 2 March 1987: § 49; Application No. 11755/85, **Stocke v. Germany**, 19 March 1991: § 44; Application No. 10533/83, **Herzegfalvy v. Austria**, 24 September 1992: § 77.

³Application No. 1936/63, **Neumeister v. Austria**, 27 June 1968: § 24; Application No. 2689/65, **Delcourt v. Belgium**, 17 January 1970: § 18; Application No. 23888/94, **Kremzow v. Austria**, 18 October 1995: § 73–75; Application No. 14448/88, **Dombo Beher v. Holland**, 27 October 1993: § 33–35.

⁴Application No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, **Engel and Others v. Holland**, 8 June 1976: § 91; Application No. (joined) 7299/75, 7496/76, **Albert and le Compte v. Belgium**, 10 February 1983: § 41.

⁵Application No. 8692/79, **Piersack v. Belgium**, 1 October 1982: § 31; Application No. **Sramek v. Austria**, 22 October 1984: § 42; Application No. 13057/87, **Demicoli v. Malta**, 27 August 1991: § 40–42.

⁶Application No. 1602/62, **Stogmüller v. Austria**, 10 November 1969; Application No. 12369/86, **Letellier v. France**, 26 June 1999; Application No. 12325/86, 14992/89, **Kemmache v. France**, 27 November 1991; Application No. 12718/87, **Clooth v. Belgium**, 12 December 1991; Application No. 12850/87, **Tomasi v. France**, 27 August 1992 davaları.

⁷Application No. 8966/80, **Goddi v. Italy**, 9 April 1984; Application No. 12945/87, **Hadjianastassiou v. Greece**, 16 February 1992; Application No. 12914/87, **Melin v. France**, 22 June 1993 davaları.

⁸Application No. 1602/62, **Stogmüller v. Austria**, 10 November 1969; Application No. 4451/70, **Golder v. U.K.**, 21 February 1975; Application No. 8130/78, **Eckle v. Germany**, 15 July 1982; Application No. (joined) 7604/76, 7719/76, 7781/77, 7913/77, **Foti and Others v. Italy**, 10 December 1982; Application No. 11371/85, **Martins Moreira v. Portugal**, 19 September 1989; Application No. 11671/85, **Pugliese v. Italy**, 24 May 1991; Application No. 13089/87, **Dobbertin v. France**, 25 February 1993 davaları.

AİHS organlarınca geliştirilen ve çözüme kavuşturulan yüzlerce davanın sonucunda geliştirilen AİHS'nin yorumlanmasına ilişkin ilke ve kurallar, yerleşik içtihatların oluşmasına sebep olmakta, görülen her dava bu içtihatlarla bir yenisinin eklenmesine yol açmaktadır. Burada öne çıkan etken unsur, AİHS'nin insanları demokratik bir toplumun değerleri içerisinde birey olarak koruyacak “pratik ve etkin” bir şekilde yorumlanıp, uygulanmasıdır. Aksi takdirde, AİHS hükümlerince garanti altına alınan hakların kullanılmasını, uygulanmasını ve yürütülmesini sağlayacak olan sorumlu devletler açısından somut sonuçların alınması pek mümkün olmayacaktır. AİHS'nin bu şekilde dinamik bir yorum imkânı sağlaması değişen sosyal değerleri, standartları ve beklentileri sürekli karşılayabilmesini de beraberinde getirmektedir. Örneğin **Tyrer** davasında (Application No. 5856/72, **Tyrer v. UK**, 25 April 1978: § 38–39) olduğu gibi çocuk suçlulara yargı yoluyla verilen dayak cezası 1956'da mümkün iken, sonrasında (1978) artık AİHS'nin standartları uyarınca kabul edilmesi mümkün değildir (Reidy, 2002:7).

AİHS'yi kaleme alan hukukçuların, tüm hak ve hürriyetlerin ve temel özgürlüklerin bire bir karşılanamayabileceği endişesi karşısında, genişletilebilmesi ve yorumlanabilmesi sağlamak amacıyla metinde yer alan kavramların muğlak ve soyut olması yönünde bilinçli bir tercih yaptıkları görülmektedir. AİHS'nin bu kavramlarının doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için AİHM, ilk önceleri taraf devletlerin iç hukukunda yer alan eşdeğer kavramların anlamlarını referans almaktaydı. Ancak, böyle olduğu takdirde de, AİHS'de yer alan hükümlerin iç hukuk hükümlerinin etkisinin gölgesinde kalabilmesi ve aynı zamanda her iki hukuki metinde bir kavram kargaşasına da yol açabilmesi söz konusu olmaktaydı. Sonraları bu tehlikenin belirginleşmesi üzerine AİHM, muğlak ifadelerin tamamını kendine has bir yorum yöntemiyle (özerk yorum) anlamlandırmaya başlamış, taraf devletlerin nazarında da ortak bir anlamayı sağlamak üzere “Avrupalılık” süzgecinden kavramların yorumlanmasına, bir “Avrupa anlamı” (sens europeen) yüklenmesine karar vermiştir (Anayurt, 2004:62–63). Yani, AİHS'de yer alan tüm hususlara olduğu gibi, tanınan hakların da nasıl anlaşılması gerektiğine, kavramların nasıl ve ne yönde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin yorumlar getiren AİHM, ilk önceleri sahip olduğu yaklaşımın bir gereği olarak taraf devletler ile ilgili olarak bir kavram ya da

kurumun o ülkenin ulusal hukukundaki karşılığını temel alarak bir eşdeğer kavram yüklemeye çalışırken, sonraki yaklaşımında bundan uzaklaşarak, taraf devletlerin iç hukukundaki tanım ve nitelemelerini hiç dikkate almaksızın¹, tüm sözleşenler için geçerli olabilecek ortak bir yorumun “Avrupa anlamlarına” göre yapılması yönünde bir yaklaşım sergilemektedir. Böyle yaparak, bir yandan AİHS’ye canlılık, hayatiyet kazandırmakta, diğer yandan da nasıl davranılması gerektiğine dair taraf devletlere yol göstermektedir (Batum, 1996:14). AİHM’nin bu özerk yorumunda asıl güdülen amaç, bütün hukuk düzenlerinde hak ve özgürlüklerin benzer şekilde anlaşılmasını ve uygulanmasını sağlamaktır². Aksi takdirde, suç ve cezanın yasallığı, makul süre içinde yargılama, tarafsız ve bağımsız mahkeme, suç ithamı, ceza uyumsuzluğu, medeni uyumsuzluk, yargı yeri, ölçülülük, yasa ile sınırlama, demokratik toplum, ceza, mağdur, özel yaşam, aile yaşamı, özgürlüklerden mahrumiyet, uyumsuzluk, yerleşim yeri, yargı yeri, dini ve felsefi inanç, mal, iletişim gibi her ülke için anlamları değişiklik gösterebilecek kavram ve kurumların taraf devletlerin iç hukukunda tamamen farklı bir şekilde yorumlanabilmesi ve tüm sözleşenlerin topraklarında yaşayanlara tamamen eşit olarak AİHS’nin hükümleri gereğince hak ve hürriyetler ile temel özgürlükleri verememesi söz konusu olacaktır (Anayurt, 2004:63).

Özerk yorum tekniği, sosyal, kültürel, hukuksal ve siyasal dinamizm kazandırmakla beraber, her bir yargıcın kendine has bir yorumuyla, AİHS’nin dışında bir sözleşme de yaratabilme ihtimali her zaman mevcuttur. Ancak, haklara getirilen sınırlamaların dar yoruma tabi tutulması, özgürlük eksenli yorumun kullanılması, AİHS’nin konu ve amacına uygun yorumlanması, sınırlamaların demokratik toplumda zorunlu, meşru ve ölçülü olması ve devletlere bırakılan takdir marjının sıkı bir Avrupa denetimine (Avrupa anlamı) tabi tutulması gibi AİHS’yi “yaşayan bir belge” haline dönüştüren yorum teknikleri sayesinde, temel amaçtan

¹Bununla beraber, Mahkeme iç hukuk yönünden kavram ve kurumların anlamlarındaki farklılıklar için yargılanan devletin gerekçelerini, mevcut durumlarını, hassasiyetlerini de dikkate alarak, hak ihlaline karar vermeden de sonuca gidebilmektedir.

²Mahkeme kararları, sadece o davaya ilişkin bir karar olmaktan öte, Sözleşme tarafından belirlenen kuralların daha açığa kavuşmasını, korunmasını ve geliştirilmesini sağlayarak, taraf devletlere üstlenmiş oldukları taahhütleri yerine getirmesinde bir yol gösterici rol oynayarak, daha geniş bir bakış açısı yaratmaktadır. Bkz. **İrlanda** davası (Application No. 5310/71, **İrlanda v. U.K.**, 18 January 1978, A 25: § 154); (Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:16).

sapılmaması, hükümlerin ölü kalmaması, hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde kullanılması mümkün olabilmektedir (Anayurt, 2004:64–65).

“Demokratik toplum¹”, “ölçülülük²”, “kanunla sınırlama³”, “özgürlüğünden yoksun bırakma⁴”, “kısa süre içinde karar verilmesi ve hemen hâkim önüne çıkarılma⁵”, “medeni hak ve yükümlülükler⁶”, “tarafsız mahkeme⁷”, “makul süre içinde yargılama⁸” gibi kavramları, taraf devletlerce nasıl anlaşılması gerektiğine dair AİHS’deki lafzı anlamlarından ve taraf devletlerin hukuk sistemlerinin yüklemiş olduğu anlamlardan bağımsız olarak yapmış oldukları “özerk yorumlar” ile AİHS organları belirlemiştir. Davaların sonucunda verilen örnek kararlara bakıldığında, AİHM’nin “hakların korunması ve güvence altına alınması” yönünde, kavramları “geniş bir yorumla” sürekli bireylerin lehine genişletmek ve böylelikle hakların korunmasına ağırlık vermek suretiyle ele aldığı görülmektedir (Batum, 1996:27). Örneğin, 25. maddede geçen “mağdur” kavramının, “muhtemel mağdur⁹” şeklinde yorumlanarak, kişi haklarının daha sıkı bir şekilde korunmaya çalışılması, madde 5/3’te ifade edilen “derhal hâkim önüne çıkartılma” ile ilgili olarak verdiği kararlarda¹⁰, dört gün altı saat gibi bir gözaltı süresini ihlal olarak değerlendirmesi, kavramların nedenli geniş yorumlanmaya çalışıldığının göstergesidir.

¹(madde 8., 9., 10., 11.); Application No. 5493/72, **Handyside v. U.K.**, 7 December 1976; Application No. 8734/79, **Barthold v. Germany**, 25 March 1985; Application No. 6538/74, **Sunday Times v. U.K.**, 26 April 1979; Application No. 9815/82, **Lingens v. Austria**, 8 July 1986; Application No. 7525/76, **Dudgeon v. U.K.**, 22 October 1981; Application No. (joined) 7601/76, 7806/77, **Young, James and Webster v. U.K.**, 13 August 1981; Application No. 11798/85, **Castells v. Spain**, 23 April 1992 davaları

²Application No. (joined) 7151/75, 7152/75, **Sporrong and Lönnroth v. Sweden**, 23 September 1982; Application No. 9063/80, **Gillow v. U.K.**, 24 November 1986; Application No. 5589/72, **Schmidt and Dahlström v. Sweden**, 6 February 1976 davaları

³Application No. 11801/85, **Kruslin v. France**, 24 April 1990; Application No. 11105/84, **Huvig v. France**, 24 April 1990 davaları

⁴(madde 5/4); Application No. 11400/85, **Bezicheri v. Italy**, 25 October 1989; Application No. 9862/82, **Sanchez-Reisse v. Switzerland**, 21 October 1986; Application No. 9019/80, **Luberti v. Italy**, 23 February 1984; Application No. 9106/80, **Bouamar v. Belgium**, 29 Şubat 1988 davaları

⁵(madde 5/3); Application No. (joined) 8805/79, 8806/79, 9242/81, **De Jong, Baljet and Van Den Brink v. The Netherlands**, 22 May 1984 davaları

⁶(madde 6/1); Application No. 6232/73, **König v. Germany**, 28 June 1978; Application No. 8562/79, **Feldbrugge v. The Netherlands**, 29 May 1986; Application No. 12964/87, **Geoffre de la Pradella v. France**, 16 December 1992; Application No. 18020/91, **X. v. France**, 31 March 1992 davaları

⁷(madde 6); Application No. 14396/88, **Fey v. Austria**, 24 February 1993; Application No. 9186/80, **De Cubber v. Belgium**, 26 October 1984; Application No. 13396/87, **Padovani v. Italy**, 26 February 1993 davaları

⁸(madde 6/1); Application No. 10527/83, **Milasi v. Italy**, 25 June 1987; Application No. 22121/93, **Vallee v. France**, 26 April 1994 davaları

⁹Application No. 5029/71, **Klass and Others v. Germany**, 6 September 1978; Application No. 10581/83, **Norris v. Ireland**, 26 October 1988 davaları

¹⁰Application No. 11209/84, **Brogan and Others v. U.K.**, 29 November 1988; Application No. 12843/87, **Koster v. Germany**, 28 November 1991 davaları

6.2.5. Sözleşme'ye Çekince Konulması

Devletlerin, AİHS'ye taraf olmaları, bir takım sorumlulukları da kabul etmeleri anlamına gelmektedir. AİHS hükümlerinin uygulanması ve başta AİHM olmak üzere yetkilerinin tanınması aşamasında kimi taraf devletlerin onaylama aşamasında bir takım çekinceler¹ (reserve) koyması ya da sonradan yayınlanan Ek Protokollerin bazılarının hiç onaylanmaması, AİHS ve Ek Protokollerce güvence altına alınan bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açmaktadır.

Uluslararası hukuka göre devletlerin, anlaşmayı onaylama sırasında, uygulama olarak bir sınırlama talep edebilmesi ve bazı hükümlere bu doğrultuda çekince koyabilmesi mümkündür. AİHS için de

“AİHS'nin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet, AİHS'nin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükme uygun olmaması ölçüsünde bir çekince kaydı koyabilir..” hükmü (57. madde 1. fıkra) geçerlidir.

Buradan da anlaşıldığı üzere, Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi niteliğindeki AİHS'nin etkinliğinin ortadan kalkmaması için, bir devlet AİHS'yi imzaladıktan sonra, AİHS'de tanınan herhangi bir hak konusunda aykırı bir düzenleme getirememekte² ve “bu madde genel nitelikte çekinceler konmasına izin vermez³” (57. madde 1. fıkra devamı) hükmünde ifade edildiği üzere, çekince, AİHS'nin belirli madde veya maddelerine ilişkin olmalıdır. Aksi takdirde AİHS'nin birçok maddesinin uygulanamaz duruma düşmesi söz konusu olacaktır. Hükümden anlaşılacağı üzere, çekince koymada bir diğer ölçüt de, o an yürürlükte olan söz konusu ulusal yasanın AİHS ile bağdaşmaması gerekmektedir. Diğer yandan, çekinceye ilişkin yasa ve yasanın hükümleri çekincede kısa bir açıklama ile

¹Türkiye, Sözleşme'yi hiçbir çekince koymadan onaylamış, 1 no.lu Protokol'ün 2. maddesindeki “ana ve babanın çocuklarına verecekleri eğitimin kendi din ve felsefi inançlarına göre yapılması isteme hakkını”, “tevhidi-i tedrisat” kanununa aykırılığının iddia edilemeyeceğine dair bir çekince koymuş, 4., 6.,7. no.lu Protokoller ise henüz onaylamamıştır.

²Application No. 15318/89, **Loizidou v. Turkey**, 23 March 1995; Application No. 15299/89, **Chrysostomos and Others v. Turkey**, 4 March 1991 AİHK Kararları

³**Temeltaş v. Turkey**, 5 May 1982; Application No. 15318/89, **Loizidou v. Turkey**, 23 March 1995 AİHK Kararları

belirtilmek zorundadır (57. madde 2. fıkrası). Bu şartlara uymayan çekinceler, uluslararası hukuk kuralları gereğince geçerliliklerini yitirirler ve sanki hiç konulmamış gibi uluslararası belgeler uygulamaya konulur.

6.2.6. Sözleşme'nin Denetim Organı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargı Sistemi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS veya Protokol ile ilgili herhangi bir ihlal söz konusu olduğunda, doğrudan harekete geçme mekanizmasına sahip değildir. Bunun için, ya AİHS'nin 33. maddesindeki gibi taraf devletlerin ya da 34. maddesindeki gibi mağdur olan bireylerin başvurusu gerekmektedir.

AİHS'nin 26. maddesi, davalarını devlete karşı bir uluslararası yargı organı ya da hakem önüne getirmek isteyenlere, öncelikle ulusal hukuk sisteminin sağlamış olduğu başvuru yollarını kullanma yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca uluslararası hukukun genel kabul gören kurallarına göre, başvurucuyu kullanabileceği iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden kurtaran bazı özel durumlar olabilmektedir (Application No. 23184/94, **Selçuk and Asker v. Turkey**, 24 April 1998: § 64; Application No. 21893/93, **Akdivar and Others v. Turkey**, 16 September 1996: § 76–77). Bunlardan biri; ulusal makamların, devlet görevlilerinin kötü muamelede bulunduğu ya da zarar verici davranışlarda bulunduğuna ilişkin ciddi iddialara yanıt olarak yardım da bulunmaması ya da soruşturma başlatmamasıdır (bkz. **Akdivar and Others v. Turkey**, yukarıda geçen: § 65–69; Application No. 23186/94, **Menteş and Others v. Turkey**, 28 November 1997: § 57).

Benzer nedenlerden ötürü, AİHS'nin 26. maddesinde belirtilen iç hukuk yollarının tüketilme zorunluluğu bir mutlaklıktan ziyade, bu kurala uyulup uyulmadığına dair davalardaki özel koşullarının dikkate alınması ile ilgilidir. Bu, AİHM'nin, diğerlerinin yanı sıra, başvurucu ya da başvurucuların kişisel durumlarından başka, başvuru yollarının işlediği genel hukuksal ve siyasal ortamın

gerçekçi bir değerlendirilmesini de hesaba katılması anlamına gelmektedir (**Selçuk and Asker v. Turkey**, yukarıda geçen: § 59; ayrıca bkz. **Menteş and Others v. Turkey**, yukarıda geçen: § 58).

6.2.7. Sözleşme'nin Türkiye Tarafından Onaylanması

10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabulünün ardından, 18 Mayıs 1954 tarihinde onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne verilmesi ile AİHS Türkiye açısından yürürlüğe girmiş ve iç hukukun bir parçası haline gelmiştir.

AİHS, Türkiye açısından batıyla entegre olma çabasının bir parçası olmaktan öteye gidememiş, bununla adeta bu konuda bir zorunluluk yerine getirilmeye çalışılmıştır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2003:18). Ancak, AİHS'nin imzalanması ile birlikte Türkiye, tüm taraf devletleri bağlayan temel hak ve özgürlükleri kendi yetki alanındaki herkese uygulama zorunluluğunu kabul ettiği gibi, uluslararası güvence mekanizmasını ve AİHS organlarının verecekleri kararlara uymayı da taahhüt etmiştir. Zira madde 1'de, "kendi yetki alanında bulunan herkese AİHS'nin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri tanıyacağı", madde 13'te, herhangi bir ihlal durumunda, mağdur olan herkesin ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkı" olduğu, madde 46'da, "taraf devletlerin "taraf oldukları davada AİHM'nin kesinleşmiş kararlarına uyacağı" ifade edilmektedir.

Bu nedenlerden dolayı Türkiye, iç hukukunda zaruri düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır. İnsan hak ve hürriyetlerinin tam anlamıyla güvenceye kavuşturulabilmesi için de, bunlara ilişkin hükümlerin Anayasa'ya ithal edilmesi gerekmiştir. Nitekim 1961 Anayasası, insan haklarını kendi içinde barındıran bir anayasa olarak hazırlanmıştır.

7. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE KÖTÜ MUAMELE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İNCELENMESİ

Bu bölümde kötü muamele kavramı tüm hatlarıyla ele alınarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en kesin hükümlerinden biri olan işkence yasağı hükmünün (3. madde) bu bağlamda üye devletlere ne gibi sorumluluklar yüklediği incelenmektedir. Ayrıca, bu yasak ihlali ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne açılan davalar da, vaka analizi (case study) yöntemiyle incelenerek, yasağın öne çıkan noktaları vurgulanmaktadır.

7.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Kötü Muamele

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Acımasız, İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi (CAT), 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 1987 tarihli Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi ve neredeyse tüm ulusal hukuk sistemlerinde işkence ve benzeri kötü muameleler yasak edilse de, bu yasağın yine yoğun bir şekilde ihlal edildiği bir gerçektir. Buradan da anlaşıldığı üzere, Anayasal düzeyde işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının kabul edilmesi her ne kadar üye devletin yetki alanında bu tür davranışların men edilmesi açısından büyük bir adım olsa da, ihlallerin kaldırılmasında başlı başına yeterli olamamaktadır. AİHS'nin 1. maddesi gereğince devletlerin, taahhüt ettiği hak ve özgürlüklerin kullanımına ilişkin gerekli her türlü tedbiri alma gibi sorumlulukları da vardır. Yani, sadece belirli yasak eylemleri yapmamakla sorumlu olan devlet, aynı zamanda kişileri bu yasaklanmış muamelelere karşı koruyup kollamak için ekstra girişimlerde de bulunmalıdır.

AİHS'nin 3. maddesi, “Hiç kimse, işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleye veya cezaya maruz bırakılmayacaktır” gibi çok kısa bir ifade ile yer almaktadır metinde. Ancak, bu kısa ifadeye rağmen çok geniş bir kapsam alanına sahiptir. İlk başta insanın aklında çok yoğun eziyetler şeklinde canlanmasına rağmen, insan onuruna ve fiziksel bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı da kapsamaktadır. “Avrupa anlamı” (European sense) olarak gelişen algılamaya ile özellikle içtihatlarla nelerin işkence olarak değerlendirileceği her geçen gün belirlenmekte ve yasağa uygun pratik uygulamaların nasıl olması gerektiği de üye devletlere gösterilmektedir.

Hangi davranış türü ve eylemlerin 3. maddenin kapsamına girdiği, kasıt unsuru, ihmal, özel bir girişimde bulunmamak, itina göstermemek gibi birçok faktörle beraber değerlendirilmektedir. Haliyle bu kadar geniş bir alana yayılabilen ihlal vakalarını tek tek tanımlamak da imkânlı olamamaktadır. Zaten Avrupalılık kıstası, tanımlamaları böyle dar bir kalıba sokarak sınırlamaya ters düşmektedir. Bu nedenle, AİHS'nin 3. maddesinde bir istisna hükmü bulunmamakta ve bu maddeden savaş veya olağanüstü durumlarda bile 15. maddeye göre yükümlülük azaltmaya yönelik kalıcı istisnalara (derogation) izin verilmemektedir. Bu yönüyle, AİHS'nin 1 ve 4 no.lu Protokollerinden ve AİHS'nin diğer içeriğinden tamamen ayrılmaktadır. Bu nedenlerden ötürü, 3. madde gerek yorumlanması, gerekse uygulanması bakımından AİHS'nin en zor hükümlerinden birini teşkil etmektedir. İşkenceyi ve insanlık dışı ile küçük düşürücü muameleyi yasaklayan ifadelerinin çok güçlü olması ve yasaklanan eylemin niyet ve anlamına ilişkin açık ipuçları vermemesi, onun bu zorluğunu oluşturmaktadır. Üstelik yasaklamak veya güvenceye almak istediği şeyler hakkında açık ifadelerden yoksun olması, özellikle “insanlık dışı” ve “küçük düşürücü” muameleye ilişkin kavramların yasakladığı alanın tam olarak saptanmasını oldukça güçleştirmektedir (Nal, 2000:530).

7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İşkence Yasağı Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi

Bu inceleme esnasında, AİHS'nin 3. maddesinin, diğer maddelerle kıyaslandığında öne çıkan farklılıkları ve işlerliğinin sağlanabilmesi için AİHS'de olması gereken özellikler gibi önemli hususlar, AİHM kararlarıyla beraber ele alınmakta, sonrasında önemli içtihatlar ve bu içtihatlara yol açmış kararlar detayları ile irdelenmiştir.

7.2.1. Sözleşme'nin İşkence Yasağı Kapsamında Etkili Başvuru Hakkı

AİHS'nin kapsamındaki hak ve özgürlüklerin arasında, “etkili başvuru hakkı”nın (madde 13) önemi öne çıkmaktadır. Çünkü AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin tam anlamıyla uygulanabilmesi ve ulusal düzeyde güvence altına alınabilmesi 13. maddenin yüklediği yükümlülükler sayesinde olabilmektedir. Bir bakıma bu madde AİHS'nin sigortasını oluşturmaktadır. İç hukuka göre var olan bir güvencenin, işler hale gelmesini ve herhangi bir ihlal halinde onu harekete geçiren bir mekanizma gibidir. Her ne kadar, sözleşmeciler devletlere hak ve özgürlüklere ilişkin sorumluluklarını ne şekilde yerine getireceklerine dair takdir yetkisi tanınmış olsa da, 13. madde, ihlale ilişkin şikâyetlerin hem esasının ele alınmasını, hem de uygun bir karşılık verilmesini sağlayan hukuk yolu sunmaktadır. Bu hukuk yolu, özellikle bu yolun kullanılmasına ilişkin uygulamada aksaklıkların olmamasını da teminat altına almaktadır. Etkili bir şekilde hukukun uygulanmasında, sorumlu devletin yetkililerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmesinin böylelikle önüne de geçilmektedir (Application No. 24351/94, **Aktaş v. Turkey**, 24 April 2003: § 328).

AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinin koruduğu hakların tabiatı, 13. madde için özel anlam taşımaktadır. Devletin yetkilileri tarafından bir kimseye işkence yapıldığı

ya da kötü muameleye tabi tutulduğu ya da yaşam hakkından mahrum bırakıldığına dair savunulabilir bir iddianın olduğu yerde, 13. madde, uygun olduğu takdirde gerekli tazminatın ödenmesinin yanında, söz konusu muamelenin sorumlularının kimliğinin belirlenmesi ve cezalandırılması sonucunu yaratacak ve soruşturma usullerine davacının etkin bir şekilde erişimini de kapsayan tam ve etkili bir soruşturmayı gerektirmektedir (**Aktaş v. Turkey**, yukarıda geçen: § 329). AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarına göre, yaşama hakkı ve işkence yasağı gibi AİHS'nin hükümleri uyarınca yapılan bir şikâyetin, 13. maddenin tartışılabilir amaçlarından biri olmasını engellemektedir (Application No. 27244/95, **Tepe v. Turkey**, 9 May 2003: § 196). Bu nedenle, AİHS'nin 2. ve 3. maddesinde düzenlenen zorunluluklar açısından bakıldığında, 13. madde daha geniş şartlara sahiptir (**Tepe v. Turkey**, yukarıda geçen: § 197). Etkili bir soruşturmanın yapılması gereğine ilişkin davalar için ayrıca bkz. Application No. 22496/93, **Tekin v. Turkey**, 9 June 1998: § 66; Application No. 21986/93, **Salman v. Turkey**, 27 June 2000: § 121.

Aktaş davasında (Application No. 24351/94, **Aktaş v. Turkey**, 24 April 2003: § 300) olduğu üzere, etkili bir soruşturmanın yapılabilmesi elbette, ihlale karışanların ve ihlalden sorumlu olanların, bu soruşturmayı yapanlardan tamamen bağımsız olmalarıyla mümkün olabilecektir. Bu davada, ihlali gerçekleştiren jandarma personelini soruşturmak üzere yine jandarma mensupların görevlendirilmesi, etkili bir soruşturmanın yapılamayacağı hususunda AİHM'ye izlenim vermiştir (**Aktaş**: § 301).

Özellikle etkili başvuru hakkının kullanılamamasından dolayı AİHM, mağdurun yakınlarına (eşine ve çocuklarına) da süreç içinde olayın etkili olarak yetkili makamlarca araştırılmaması nedeniyle duydukları üzüntüye dair tazminata hükmedebilmektedir. Ancak, bunun için başvurunun, onlar adına da yapılmış olması ve başvurularında iddia ettikleri üzüntülerini gidermek için ve dalarını savunmak için bu yönde bir gayret göstermeleri gerekmektedir (Application No. 22729/93, **Kaya v. Turkey**, 19 February 1998: § 122). Mağdurun yakınlarına tazminat hükmedilmesine karşı olarak bkz. Yargıç Feyyaz Gölcüklü'nün görüşü (**Kaya v. Turkey**, yukarıda geçen: karşı görüş § 16).

7.2.2. Sözleşme'deki İşkence Yasağının İstisnasız Uygulanması

AİHS hükümlerinde işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın mutlak bir şekilde yasaklanmış olması, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden birini yansıtmaktadır. Bu yasak, 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve 1969 tarihli İnsan Haklarına Dair Amerikan Sözleşmesi gibi diğer uluslararası belgelerde benzer ifadelerle yer almakta ve genellikle uluslararası alanda kabul edilmiş bir standart olarak görülmektedir. AİHS'nin 3. maddesi, mağdurun davranışlarına ve olayın şartlarına bakılmaksızın uygulanması şarttır (Application No. 50901/99, **Van Der Ven v. Holland**, 4 February 2003: § 46–47; Application No. 26772/95, **Labita v. Italy**, 6 April 2000: § 119; **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978: § 163; Application No. 14038/88, **Soering v. U.K.**, 7 July 1989: § 88; Application No. 22414/93, **Chahal v. U.K.**, 15 November 1996: § 79).

Ulusun yaşamının bir “olağanüstü durumla” tehdit edilip edilmediğine, eğer tehdit ediliyorsa, bu olağanüstü durumla baş edebilmek için nereye kadar ileri gitmenin gerekli olduğuna karar vermek, kendi ulusunun yaşamından sorumlu olan sözleşmeciler devletlere düşmektedir. Ulusal Makamlar, günün ihtiyaçları ile doğrudan ve sürekli ilişki içinde olmaları nedeniyle, böyle bir olağanüstü durumun öncelikleri ve bunu gidermek için yapılacak “yükümlülük azaltmalarının” niteliği ve kapsamı üzerinde karar verirken, genellikle uluslararası yargıçlara göre daha iyi konumdadırlar. Bu nedenle, bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir alanı bırakılmaktadır. Ancak; sözleşmeciler devletler sınırsız bir takdir yetkisi kullanamazlar. AİHM, devletlerin krizin “zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçü”nün ötesine geçip geçmediklerine karar vermekle yetkili olup, ulusal takdir alanı, bu tür bir Avrupa denetimi tarafından denetlenmektedir. AİHM bu denetim yetkisini kullanırken, yükümlülük azaltma ile etkilenen hakların niteliği, olağanüstü duruma yol açan sebepler ve olağanüstü durumun süresi gibi, konuyla ilgili faktörlere gereken ağırlığı vermektedir (Application No. 21987/93, **Aksoy v. Turkey**, 18 December 1996: § 68; Application No. 14553/89, **Brannigan and McBride v. U.K.**, 26 May 1993: § 43; Application No. 25803/94, **Selmouni v. France**, 28 July 1999:

§ 95). Benzer şekilde sorunun çözümüne ilişkin çok çeşitli seçeneklerin olabileceği ve ulusal makamların bu seçeneklerden en uygununu seçebileceğini düşünerek verilen “takdir hakkı” da, tüm üye devletlerden beklenen “ortak standartlar” ile sınırlanmaktadır. Bundan dolayı söz konusu takdir hakkı, sorun teşkil eden konunun ne olduğuna bağlı olarak daralıp genişleyebilmektedir (Reidy, 2002:5).

Diğer yandan madde hükmü ile yasaklanan hususlar çok kesin ve istisnasızdır. Keza, AİHM’nin görüşüne göre, düzen ve kanunun sağlanabilmesi ile ilgili olarak hiçbir yerel ihtiyaç, ya da toplumsal zaruret bu devletlerin hiçbirine, 63. maddenin çatısı altında 3. maddeye tezat bir cezanın uygulanmasına yetki veremez (Application No. 5856/72, **Tyrer v. U.K.**, 25 April 1978: § 38). Aynı şekilde, soruşturmanın gerekliliği ve özellikle terörizm söz konusu olduğunda bile, suçla mücadelenin içinde yer alan inkâr edilemez zorluklar, kişinin fiziksel bütünlüğü bağlamında, meydana getirilecek korumayı sınırlayamaz (Application No. 12850/87, **Tomasi v. France**, 27 August 1992: § 115).

7.2.3. Artarak Yükselen Standartlara Paralel Olarak Kötü Muamelenin Sınıflandırılması

AİHS, artarak yükselen standartların insanın temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında gerekli olduğunu ve demokratik toplumun temel değerlerinin ihlalinin tayin etmek için kaçınılmaz bir şekilde daha büyük istikrarın gerektiğini dikkate almakta (Application No. 25803/94, **Selmouni v. France**, 28 July 1999: § 101) ve “günün şartlarının ışığı altında yorumlanması gereken yaşayan bir araç olduğu” (Application No. 5856/72, **Tyrer v. U.K.**, 25 April 1978: § 31; Application No. 14038/88, **Soering v. U.K.**, 7 July 1989: § 102; Application No. 15318/89, **Loizidou v. Turkey**, 23 March 1995: § 71) prensibine uygun olarak, geçmişte “insanlık dışı” ve “küçük düşürücü” sınıflandırmasıyla “işkencenin” farklı bir sınıflandırma içine sokulabileceğine de vurgu yapmaktadır (Application No. 20869/92, **Dikme v. Turkey**, 11 July 2000: § 92).

Madde, içeriğinde koruma altına alınan hakların çiğnenmesi illa kasti olarak ihlal edileceği anlamı taşımamaktadır. İhlal iddialarının etkili bir şekilde soruşturulmaması, herhangi bir girişimde bulunulmaması ya da ihmal edilmesi, yeterli özenin sergilenmemesi gibi devletin hareketsiz kalmasıyla da ihlal edilebilmektedir. Bu açıdan hem belli eylemlerden kaçınmak şeklindeki negatif yükümlülüğü, hem de bireylerin haklarının güvence altına alınması ve kişilerin yasaklanmış muameleye karşı korunması gibi pozitif yükümlülüğü beraberinde getirmektedir (Reidy, 2002:9)

7.2.4. Kötü Muamele veya Cezalara İlişkin Temel Olgular

AİHM, belirli bir kötü muamele biçiminin işkence olup olmadığının saptaması esnasında, AİHS'nin 3. maddesindeki işkence kavramı ile insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele arasındaki farka dikkat çekmektedir. Uygulanan şiddetin, bütününe, süresine ve amacına bakıldığında, işkencenin, kasıtlı yapılan ve özellikle “ciddi” (severe) acı ve ızdıraba sebep veren tarzda muamele veya ceza olduğu öne çıkmaktadır (Application No. 20869/92, **Dikme v. Turkey**, 11 July 2000: § 93 ve 96; Application No. 22947/93, **Akkoç v. Turkey**, 10 October 2000: § 115). Bu açıdan, işkenceyle ilgili olarak uygulanan kötü muamelenin ağırlığına ek olarak, bilgi elde etmek, cezalandırmak veya korkutmak gibi bir amacın güdüldüğü görülmektedir. 26 Haziran 1987 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde de, işkencenin en önemli unsurları olan “kasıt” ve “amaca” vurgu yapılarak, “Kendisinden veya üçüncü bir kişiden bilgi veya itiraf elde etmek, kendisinin veya üçüncü bir kişinin işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir suç için cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü bir kişiyi sindirmek veya baskı altında tutmak amacıyla veya her türlü ayrımcılığa dayalı nedenlerle bir kişiye kasıtlı olarak ister fiziksel, ister ruhsal olarak şiddetli acı verilmesi veya eziyet yapılması eylemi” işkence olarak tanımlanmıştır (**Akkoç v. Turkey**, yukarıda geçen: § 115).

İçeriğinde yukarıda değinilen maksat yer almasına rağmen, muamelenin yarattığı acı, işkencenin tanımındaki “özel şiddet ve zalimlikte” değilse, işkenceden bahsetmek söz konusu olmayabilir. Nitekim AİHM’nin ele aldığı en çarpıcı davalardan biri olan **İrlanda** davasında (Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978) olduğu gibi, kimi zaman kötü muamele sistematik bir şekilde uygulanmış bile olsa, işkence tanımının kastettiği özel şiddet ve zalimlikte acıya sebep olmadığı için bu kapsamda değerlendirilmeyebilmektedir. Söz konusu davada, “5 teknik¹” olarak adlandırılan ve gerçek anlamda bedensel bir yara olmasa da, gerili vaziyette tutulan kişide sorgulama boyunca en azından ciddi fiziksel ve akli acılara yol açan ve akut psikiyatrik rahatsızlıklara sebep olan kombine uygulamalar söz konudur. Üstelik bu uygulamaların, itirafların, diğerlerinin isimlerinin ve/veya bilgilerinin alınması gibi bir amacı olup kasıtlı ve sistematik bir şekilde yapılmaktadır. Mağdurda korku, ızdırap, utanmaya yol açtığı, onu aşağılık duygusu içine sokup değersiz hissettirdiği ve muhtemelen fiziksel veya moral direncini kırdığından ötürü, bu kötü muameleler AİHM tarafından insanlık dışı ve küçük düşürücü olarak kabul edilmiştir. Aynı zamanda işkence olarak kabul edilmeme gerekçesi olarak ise, “İşkence, zalimane ve insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya cezanın, kasti ve ağır biçimini oluşturmaktadır” diyen 9 Aralık 1975 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca kabul edilen 3452 no.lu kararına atıfta bulunarak, verilen acının yoğunluğundaki farklılık gösterilmiştir (Ireland: § 167).

Bununla birlikte AİHS’nin “yaşayan ve günün ihtiyaçları ışığında yorumlanması gereken bir araç olduğu” (bkz. Application No. 5856/72, **Tyrer v. U.K.**, 25 April 1978: § 31; Application No. 14038/88, **Soering v. U.K.**, 7 July 1989: § 102; Application No. 15318/89, **Loizidou v. Turkey**, 23 March 1995: § 71) gerçeğini de göz ardı etmeyerek, AİHM, geçmişte “insanlık dışı ve küçük düşürücü” sınıflandırması ile “işkenceye” zıt anlamda kullanılan bazı tutumların, ileride farklı bir sınıflandırma içine sokulabileceğini göz önünde tutmaktadır. Artarak yükselen standartların insanın temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında gerekli olduğunu ve

¹Bunlar, “şaşırtma” ve “duygusal algılamadan yoksun bırakma” teknikleri olarak bilinen, duvara dayalı ve gerili vaziyette bekletme, başa torba geçirme, sürekli ve tiz bir sese maruz bırakma, uykusuz bırakma, yiyecek ve içecekten mahrum bırakma şeklindedir.

demokratik toplumun temel değerlerinin ihlalini tayin etmek için kaçınılmaz bir şekilde daha büyük istikrarın gerektiğini dikkate almaktadır (Application No. 25803/94, **Selmouni v. France**, 28 July 1999: § 101). Bu nedenle, **İrlanda** davası 8 Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978) sonucunda AİHM'nin "insanlık dışı" ve "küçük düşürücü" olarak tespit ettiği ve işkence uygulaması olarak görülen ama verdiği acının yoğunluğu bakımından işkenceye özel boyuta varamadığından işkence olarak kabul edilmeyen kötü muamelenin, **Dikme** davasında (Application No. 20869/92, **Dikme v. Turkey**, 11 July 2000: § 92) değinildiği gibi, gelecekte işkence olarak sınıflandırılmak üzere beklediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Tüm bu tanım ve içtihatlarda işkenceyi teşkil eden 3 ana unsurun var olduğu görülmektedir. Bunlar, sebep olunan acı ve eziyetin "şiddeti", acı veren muamele veya cezanın "kasıtlı ve bilinçli" olarak uygulanması ve bunda belirli bir "amacın" güdülmesidir.

Acı ve eziyetin şiddeti olarak bakıldığında, AİHM cezai hükmün sırf fiiliyle bile bir acının yaşanabileceğine dikkat çekmektedir. Ayrıca, bununla ilgili olarak, sadece hüküm ile değil, bu hükmün infazı ile de kişiye acı yaşatılabileceğinin altı çizilmektedir. Nitekim ceza her ne kadar meşru dahi olsa kaçınılmaz olarak acı ve aşağılanma duygusu doğurabilmektedir. Ceza sisteminin kendisine karşı isteksiz bir boyun eğmenin mevcut olması, bu duyguyu daha anlaşılabilir hale getirmektedir.

Ancak, AİHS'nin 3. madde kapsamında "işkenceyi, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele veya cezayı" yasaklamış olması, başlı başına burada kastedilenin, meşru bir cezanın doğasında var olan acı ve aşağılanmanın ötesinde var olan bir şey olduğunu ortaya koymaktadır (Application No. 5856/72, **Tyrer v. U.K.**, 25 April 1978: § 30).

7.2.4.1. Minimum Şiddet Eşiği

3. madde kapsamının bu denli geniş bir eylem içermesi nedeniyle, yağılan her kaba ve sert davranışın 3. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu da haliyle karmaşık bir hal almaktadır. Ancak AİHM, ilk olarak **İrlanda** davasıyla (Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978: § 162) kaba ve sert bir davranışın işkence kapsamında değerlendirilmesi için “minimum şiddet eşiğine” (minimum level of severity) erişmesi gerektiği yönünde bir içtihat belirleyerek, minimum şiddet eşiğinin, bu tür ihlal iddialarında dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. AİHS’de yer alan hükümlerin yazılış üslubuna dahi yansıyan amacın, AİHS’nin çıktığı zamanla sınırlı kalmayarak hak ve hürriyetlerin, tüm şartlara göre sürekli olarak etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak olduğu düşünülünce, minimum şiddet eşiğinin ne olduğunun bir tanımla sıkıştırılamayacağı da doğaldır. O nedenle, her ne kadar AİHM “minimum şiddet eşiğine” atıfta bulunmaktaysa da, doğası gereği göreceli olmasından ötürü bu eşiğin değerlendirilmesini, davanın bütün şartlarına bağlamaktadır. Mesela muamelenin şekli ve ortamına, şartlarına ve takınılan tavra, süresine, fiziksel ya da ruhsal etkilerine ve bazı durumlarda, cinsiyete, yaşa ve kurbanın sağlık durumuna da bağlı olabilmektedir (Application No. 15576/89, **Cruz Varas and Others v. Sweden**, 20 March 1991: § 83; Application No. 14038/88, **Soering v. U.K.**, 7 July 1989: § 100; Application No. 27229/95, **Keenan v. U.K.**, 3 April 2001: § 89; Application No. 22496/93, **Tekin v. Turkey**, 9 June 1998: § 52; Application No. 20972/92, **Raninen v. Finland**, 16 December 1997: § 55; Application No. 24760/94, **Assenov and Others v. Bulgaria**, 28 October 1998: § 94; Application No. 44558/98, **Valasinas v. Lithuania**, 24 July 2001: § 101; Application No. 28524/95, **Peers v. Greece**, 19 April 2001: § 67).

7.2.4.2. Minimum Şiddet Eşiğinin Göreceliliği

Reidy (2002:10), yukarıdaki içtihada paralel olarak, AİHK’nin yapmış olduğu görecelilik saptamasına değinmektedir. Buna göre, toplumdan topluma, hatta aynı toplumun katmanlarının arasında bile “tahammül” konusunda farklılıklar söz

konusu olabilmektedir. Uygulanan muamele veya cezanın hangi noktadan sonra acımasız veya aşırı olarak algılanmaya başlayacağı, bireylerin buldukları konuma, dini veya kültürel inançlarına, hangi ortamda kimler tarafından uygulandığına göre değişiklikler gösterebilmektedir. Örneğin cezaevindeki hücrelerinde dayak yiyen birinin bu kötü muameleyi algılamasıyla, bir öğrencinin okulda öğretmeninden dayak yemesi aynı algılanmamaktadır. Demokrasi geleneği köklü bir toplumun ferдинin uğradığı haksızlığa gösterdiği tepkinin, totaliter bir rejimdeki ferдин tepkisinden çok farklı olacaktır.

Ancak diğer yandan, her ne kadar minimum şiddet eşiğinin değerlendirilmesinde çok farklı etkenler dikkate alınacak olsa da, Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezayı Önlenme Komitesi (CPT)'nin belirlediği standartların¹ ve AİHM kararlarının ışığı doğrultusunda büyük oranda bir objektifliğin yerleşmesinden bahsetmek mümkündür.

Yunan davası (Greek Case), (Application No. (joined) 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, **Denmark, Norway, Sweden and Holland v. Greece**, 5 November 1969), kötü muamele ve cezaların ne şekilde kategorize edileceğine dair ele alınan ilk örnek olması açısından önemlidir. AİHK bu davada ilk kez, Yunanlı yetkililer tarafından çok sayıda işkenceye ilaveten, insanlık dışı muamelelerin de uygulandığına değinmiş ve polis binasında siyasi nedenlerle tutulan kişilere uygulanan falaka, ağır dayak, elektrik şoku, sahte infaz ve ölümlü tehdidin ve alıkonulma koşullarının 3. maddeye aykırı olduğunu ifade etmiştir (Chapter 4, p. 186). Yine aynı davada, 3. maddede yer alan üç yasak alanının (işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele veya ceza) birbirinden ayrı, ama yine de birbiriyle bağlantılı olduklarına dair, “her işkencenin aynı zamanda insanlık dışı ve küçük düşürücü olduğu ve her insanlık dışı muamelenin de aynı zamanda küçük düşürücü olduğu” şeklinde görüş bildirilmiştir. Elbette bu bağlantıları anlayabilmek için, kötü muamele veya ceza ile ilintili kavramların tam anlaşılması gerekmektedir:

¹Bkz. CPT General Reports (CPT Genel Raporları), (Polis Nezaretleri, Hapis, Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri, Özgürlüğünden Mahrum Edilmiş Kadın ve Çocukların Durumları gibi).

7.2.4.2.1. İşkenceye Özel Şiddetin Yoğunluğu

AİHM, **İrlanda** davasında (Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978) belirttiği içtihadta olduğu üzere, kötü muamele veya cezanın türleri arasındaki ayrımı özellikle “şiddetin yoğunluğu” üzerinde yapmakta olup, her davayı kendi içerisindeki bütün şartlarına göre “göreceli” olarak değerlendirmektedir. Bu değerlendirmesinde, muamelenin şekli, süresi, uygulanış şekli ve yöntemi ile bıraktığı fiziksel ve ruhsal etkileri gibi objektif unsurlar etkili olabildiği gibi, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi sübjektif unsurlar da dikkate alınmaktadır (Ireland: § 162). Bu nedenledir ki; değerlendirme davanın bütün şartlarına bakılarak yapılmalıdır.

Ancak, yargı sistemlerinde, takdirin göreceli ölçütler doğrultusunda yapılması pek tasvip edilen bir durum olmadığı da bir gerçektir. O nedenle, AİHM içtihatlarında, bu göreceli ölçütlerin yanında, “yeterli şiddette” acı veren muamele veya cezaların, mağdurun içinde bulunduğu şartlar ne olursa olsun, işkence olarak kabul edilebileceğine değinmektedir. Polis tarafından saçlarından sürüklenerek, koridor boyunca sıralı olarak dizilmiş polislerin arasından tek ayak üzerinde koşturulmuş, üzerine idrar yapılmış, bir polisin penisini göstermesiyle taciz edilmiş, lambayla yakılma ve sonrasında kalın iğneli bir şırınga ile vücuduna zararlı maddelerin enjekte etmekle tehdit edilmiş mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu her ne olursa olsun, yapılan eylem her haliyle bir işkencedir. Buna ilişkin, gerilimin yükselmesi, aşırı heyecanlanmadan dolayı duyguların kontrol edilememesi gibi mazeretlerin ileri sürülmesi de söz konusu değildir (Application No. 25803/94, **Selmouni v. France**, 28 July 1999: § 103–105).

7.2.4.2.2. Kasıt

İşkenceyi, diğer kötü muamele ve cezalardan (insanlık dışı ve küçük düşürücü) ayıran bir diğer özelliği de “kasıtlı” olarak yapılan bir eylem olmasıdır.

Aynı şekilde, yapılan eylemin özelliğinden dolayı işkenceden başka bir şekilde tanımlanamayacak bazı muamele veya cezalar da yine bu şekilde objektif bir ölçütle işkence olarak ifade edilmektedir. Bu muamele veya cezaları, yukarıda değinilen göreceli ölçütlere sahip olması ise, onları ağırlaştırır birer unsur olabilmektedir.

Salman davasında (Application No. 21986/93, **Salman v. Turkey**, 27 June 2000: § 113), CPT tarafından Adana Emniyet Müdürlüğü'nce çok sık kullanılan kötü muamele şekillerinden biri olarak rapor edilmiş “falaka” uygulamasına değinilmektedir. Bu davada, mağdura uygulanan falaka cezasının işkenceden başka bir tanımlamasının yapılması mümkün değildir. Yine, **Aksoy** davasında (Application No. 21987/93, **Aksoy v. Turkey**, 18 December 1996), AİHM, başvurucunun “Filistin askısı”na tabi tutulduğunun, başka bir deyişle, çırılçıplak soyularak elleri arkadan bağlı bir biçimde kollarından asıldığına AİHK tarafından tespit edildiğini hatırlatmakta (Aksoy: § 23) ve bu muamelenin ancak “kasten” yapılabileceğine, bunu yapmak için tabii ki belirli bir “hazırlık sürecine ve çabaya” ihtiyaç olduğuna dikkat çekmektedir. Üstelik bu ceza, yapıldığı zaman ağır acı vermiş olmasının yanı sıra, tıbbi belgelerle de tespit edildiği üzere, her iki kolda bir süre devam eden felce sebebiyet de vermiştir (Aksoy: § 23). Tüm bu nedenlerden dolayı, varılan sonucun yoğunluğu da dikkate alınarak, AİHM bu muamelenin, ancak işkence olarak nitelenebilecek ağır ve zalimce bir muamele olabileceğinin altını çizmektedir (Aksoy: § 64). Yine bir başka dava olan **Aydın** davasında (Application No. 23178/94, **Aydın v. Turkey**, 25 September 1997), mağdurun gözaltında tutulduğu süre zarfında fiziksel ve psikolojik eziyetlerin yanında uğramış olduğu “tecavüz”ü de AİHM işkenceden başka bir şekilde tanımlanamayacak muameleler arasında görmektedir. Devletin koruması altında özgürlüğünden alıkonulmuş birinin bulunduğu savunmasız halinin istismar edilerek, zamanla tedavisi oldukça güç olan psikolojik travmalara sebep olan ve zorla duhul esnasında akut fiziksel acılar yaşatan bir eylem söz konusudur (Aydın: § 83–84 ve 86). **İlhan** davasında (Application No. 22277/93, **İlhan v. Turkey**, 27 June 2000: § 87) Abdülatif İlhan'ın muzdarip olduğu kötü muamelenin şiddetini ve uygun tıbbi ihtimam gösterilmeyerek bu sürenin geciktirilmiş olmasını, AİHM işkence olarak sınıflandırılacak boyutta çok ciddi ve zalimane bir ızdıraba sebep olmasından ötürü yine işkence olarak kabul etmektedir.

7.2.4.2.3. Amaç

26 Haziran 1987 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, işkencenin hangi amaçlar için yapılabileceği belirtilmiş olup, genelde bunlar; “bilgi veya itiraf elde etmek”, “cezalandırmak”, “sindirmek veya baskı altında tutmak” şeklindedir (Application No. 22947/93, **Akkoç v. Turkey**, 10 October 2000: § 115). Örneğin, **Aksoy** davasında (**Aksoy v. Turkey**, yukarıda geçen: § 64) Filistin askısı; **Salman** davasında (Application No. 21986/93, **Salman v. Turkey**, 27 June 2000: § 114) falaka şeklinde kötü muamele, yetkililer tarafından başvurucudan bir ikrar ya da bilgi elde etmek amacıyla uygulanabildiği gibi, **Selmouni** davasında (Application No. 25803/94, **Selmouni v. France**, 28 July 1999: § 103–105) olduğu üzere, sırf kişiyi cezalandırmak ya da sindirmek maksadıyla da yapılabildiği görülmektedir. **Dikme** davasında (Application No. 20869/92, **Dikme v. Turkey**, 11 July 2000: § 79) ise, bu kez dövme şeklindeki kötü muamelenin mağduru yıldırarak bilgi almak amacıyla uygulanması söz konusudur. Her ne kadar, vardığı acının yoğunluğu işkenceye varmasa da, uygulanan teknikler açısından, işkence uygulaması olarak kabul edilen **İrlanda** davasında (Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978: § 167), 5 teknik olarak adlandırılan şaşırtma ve duygusal algılamadan yoksun bırakma tekniklerinin de sindirmek ve bilgi almak amacıyla kullanıldığı görülmektedir.

7.2.4.3. İnsanlık Dışı ve Küçük Düşürücü Muamele veya Ceza Ayrımı

3. madde kapsamında yasak edilen üç alandan diğer ikisi, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele veya cezalardır. **Tyrer** davasında, (Application No. 5856/72, **Tyrer v. U.K.**, 25 April 1978), AİHM, daha sonraları da çok sık vurgulayacağı üzere, yargısal cezanın doğasında kaçınılmaz olarak yer alan, isteksiz bir şekilde boyun eğmeden kaynaklanan bir küçük düşmeye (utanma) işaret

etmektedir. Buradaki küçük düşmeyi, 3. madde kapsamında yasaklanan “küçük düşürücü” muamele veya cezalarla ilintili görmek çok anlamsız olacaktır. Daha başka kriterler de aranmalıdır. Gerçekte açıkça, “insanlık dışı” ve “küçük düşürücü” cezanın AIHS tarafından kesin bir şekilde yasaklanmış olması, böyle bir ceza ile genel anlamdaki bir ceza arasında bir ayrımın olduğuna da vurgu yapmaktadır.

7.2.4.3.1. İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza

İnsanlık dışı muamele, uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve kasıtlı olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleleri kapsamaktadır (AIHK'nin **Yunan** davası (**Greek Case**) yorumu, 5 November 1969, Chapter 4, Yearbook 12, p. 186). Reidy'e göre (2002:16), insanlık dışı muamelede de kasti olarak yapılan ve kişiye hem bedensel, hem de ruhsal eziyet çektiren şiddetli kötü muamele söz konusu olmakla beraber, şiddetin yoğunluğu işkence olarak sınıflandırılmak için yeterli düzeyde değildir. Ayrıca uygulandığı ortama göre hiçbir gerekçesinin olmaması, işkencenin içeriğinde yer alan amaç unsurundan da yoksun olduğunu göstermektedir.

AIHM bir muameleyi, hem kasten uzun süreliğine yapıldığı (premeditated) ve "bedensel bir yaralanmaya değilse bile, en azından yoğun maddi ve manevi acıya neden olduğu" için "insanlık dışı", hem de "mağdurlarında korku, şiddetli üzüntü ve bayağılık gibi duygular uyandırarak, onların utanma ve aşağılanmalarına ve muhtemelen fiziksel ve moral dirençlerinin kırılmasına neden olduğu" için de ayrıca "küçük düşürücü" bulabilmektedir (Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978: § 167; Application No. 30210/96, **Kudla v. Poland**, 26 October 2000: § 92; Application No. 26772/95, **Labita v. Italy**, 6 April 2000: § 120). Bu bağlamda, sadece çekilecek olan maddi acılar değil, fakat aynı zamanda, ölüm cezasının infazından önce uzun bir bekleme süresinin olması nedeniyle, hakkında ceza verilmiş olan kişini, kendisine uygulanacak şiddeti beklerken duyduğu şiddetli

manevi üzüntüyü bile insanlık dışı sayabilmektedir (Application No. 14038/88, **Soering v. U.K.**, 7 July 1989: § 100).

AİHM, sorguya çekmeyle bağlantılı olarak, başvuruçunun soğuk ve karanlık bir hücrede, gözleri bağlı, hırpalanmış, vücudunda darp izleri oluşturacak tarzda bekletilmesini, 3. maddede belirtilen standartlara aykırı bulmakta (Application No. 22496/93, **Tekin v. Turkey**, 9 June 1998: § 53), ama özellikle özgürlüğünden mahrum edilmiş kişiler söz konusu olduğunda, kendi davranışları nedeniyle, fiziksel kuvvet uygulanmasının hiç gerekli olmadığına, bunun insanlık onurunu ortadan kaldıran bir şey olduğuna vurgu yapmaktadır (Application No. 18896/91, **Ribitsch v. Austria**, 4 December 1995: § 38; Application No. 22496/93, **Tekin v. Turkey**, 9 June 1998: § 52–53; Application No. 24760/94, **Assenov and Others v. Bulgaria**, 28 October 1998: § 94; Application No. 26772/95, **Labita v. Italy**, 6 April 2000: § 120). Çünkü AİHS, mağdurun kendi davranışından bağımsız olarak, işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezayı mutlak suretle yasaklamaktadır (Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.**, 18 January 1978: § 163; Application No. 20972/92, **Raninen v. Finland**, 16 December 1997: § 55).

Görüldüğü gibi, verdiği acı işkenceye özel yeterli bir yoğunluğa erişmediğinden ve amaç unsuru taşımadığından işkence olarak kabul edilmeyen insanlık dışı veya küçük düşürücü kötü muamelelere bakıldığında, kapsamlarının işkenceye nazaran çok daha geniş olduğu görülmektedir. AİHM'nin görüşüne göre, bir cezanın “küçük düşürücü” olabilmesi ve 3. maddeyi ihlal edebilmesi için, utandırma ya da değersiz kılmanın sebep olduğu ızdırabın, “belli bir seviyeye” ulaşması ve yukarıda değinildiği üzere, cezanın doğal yapısında kaçınılmaz olarak yer alan utanma duygusundan farklı bir şey olması gerekmektedir. Bunu takdir etmek ise, yine 3. maddenin yasakladığı eylemlerin değerlendirilmesinde olduğu gibi göreceli olup, davanın bütün şartlarına bağlıdır ve özellikle, cezanın şekli ve şartlarına ve infaz ediliş biçimine göre değişmektedir (Application No. 5856/72, **Tyrer v. U.K.**, 25 April 1978: § 30).

7.2.4.3.2. Küçük Düşürücü Muamele veya Ceza

Mağdurlarda korku, anksiyete ve aşağılık duygusu yaratan ve onları küçük düşürecek, kendilerini değersiz hissettirecek nitelikteki muamele veya cezalar olup, göreceli bu takdir için bir takım kıstasların daha irdelenmesine ihtiyaç olabilmektedir.

7.2.4.3.2.1. Küçük Düşürme Amacı

3. maddenin anlamı içinde bir muamelenin “küçük düşürücü” olup olmadığına karar verirken, mağduru utandırma ya da değersiz hissettirme gibi bir amacın varlığı, dikkate alınması gereken önemli bir faktördür (Application No. 24888/94, **V. v. U.K.**, 16 December 1999: § 71; Application No. 20972/92, **Raninen v. Finland**, 16 December 1997: § 55).

AİHM, söz konusu şahsı utandırmak ya da ona kendisini değersiz hissettirmek gibi bir amacın olup olmadığına yanında, muamelenin neticesinde, 3. maddeye aykırılık teşkil edecek şekilde kişiliğinin olumsuz etkilenip etkilenmediğini de dikkate almaktadır. Hatta böyle bir maksadın yokluğu, kesin bir şekilde 3. maddenin ihlalinin tespitini yok saymamaktadır (Application No. 28524/95, **Peers v. Greece**, 19 April 2001: § 68; Application No. 26772/95, **Labita v. Italy**, 6 April 2000: § 120; Application No. 44558/98, **Valasinas v. Lithuania**, 24 July 2001: § 101).

Nitekim **Price** davasında (Application No. 33394/96, **Price v. U.K.**, 10 July 2001), tüm ihtiyaçlarına tekerlekli sandalye ile erişmek zorunda kalan bir mahkûm, tekerlekli sandalyesinin bataryasının bitmesi üzerine, salıverildiği ana kadar kullanması gereken ördeğin eksikliğinden dolayı sonda yapılmak ve tuvalete erişemediğinden dolayı da idrar içinde kalmak zorunda kalmıştır (Price: § 29). Bu davada,

başvurucuyu utandırmak ya da değersiz hissettirmek gibi pozitif bir niyetin olduğuna dair herhangi bir kanıt yoktur. Ancak, AİHM böylesi özürlü bir kadının, tehlikeli derecede soğuk, yatağı sert ve erişilmez olduğundan sırt ağrısını artırıcı risklerin olduğu ve büyük güçlüklerle kendini temizleyebildiği ya da tuvalete gidebildiği bir yerde alıkonulmasını, AİHS'nin 3. maddesine aykırı olarak küçük düşürücü muamele olarak görmektedir (Price: § 30).

Diğer yandan, **Abdülaziz, Cabaes and Balkandali** davasında (Application No. 9214/80, **Abdülaziz, Cabaes and Balkandali v. The U.K.** 28 May 1985), bilinçli olarak mağduru küçük düşürmek ya da değersiz hissettirmek gibi bir “amacın” yokluğu, bu muamelenin 3. madde kapsamında yasaklanan küçük düşürücü muamele olarak kabul edilmesine engel olabilmektedir. AİHM'ye göre şikâyet konusu farklı muamele, başvuruçuların kişiliğine yönelik bir saygısızlık yapıldığını göstermemektedir; onları aşağılama veya küçük düşürmeyi hedeflemiş olmayıp, sadece § 75, 76, 78 ve 81'de belirtilen amaçları (göçmenlik kontrolü, işsizlik ve ekonomik tedbirler ve kamusal sükûnet) gerçekleştirmeyi öngörmüştür. O nedenle bir küçük düşürücü muameleden bahsetmek söz konusu değildir (Abdülaziz, Cabaes and Balkandali: § 91). Aynı şekilde, isnat edilen suiistimale karşı uygulanmış olan meslekten men cezasının sadece idari bir yaptırım olmasından başka, herhangi bir şekilde başvuruçunun kişiliğini aşağılama amacı gütmemesi nedeniyle, AİHM 3. madde kapsamında bir aykırılık saptamamaktadır (Application No. (joined) 7299/75, 7496/76, **Albert and Le Compte v. Belgium**, 10 February 1983: § 22).

Amacın küçük düşürmek olmadığı bir başka dava ise **Smith and Grady** davasıdır (Application No. 33985/96, **Smith and Grady v. U.K.** 27 September 1999). Yapılan tahkikat sonucunda eşcinsel oldukları anlaşıldığından ordudan ihraç edilen başvuruçuların, her ne kadar bu ihraçtan ötürü sıkıntı çektiklerini, hatta ızdırap duyduklarını kabul etse de, AİHM davanın tüm koşullarını dikkate aldığına, kurumsal gerekliliklerden doğan idari bir yaptırım olan ihraç politikasının 3. madde kapsamına girecek boyutta bir şiddet eşiğine erişmediğine karar vermektedir (Smith and Grady: § 122).

7.2.4.3.2.2. Küçük Düşürücü Eylem ve Prosedürler

Amacın küçük düşürmek ya da değersiz hissettirmek olmasında, ceza veya muamelenin “aleni” (teşhirci) niteliği, belirleyici bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani, utanan, aşağılanan, ya da kendini değersiz hisseden mağdurun içine düştüğü durum, o ortamın unsurlarıyla daha vahim hale gelebilmektedir. **Tyrer** davasında (Application No. 5856/72, **Tyrer v. The U.K.** 25 April 1978: § 12), 15 yaşındaki bir erkek öğrencinin kamçılama olayının, kraliyet muhafızı tarafından, müfettiş nezaretinde, ebeveynlerinden birinin ve doktorun kontrolünde, yani başkalarının da yer aldığı bir ortamda yapılmış olması ve yargı yoluyla bu cezanın verilmiş olması, başvurucuyu yeteri kadar aşağılamış ve utandırmıştır. Yani, cezayı çevreleyen resmi prosedür atmosferi ve cezayı uygulayanların suçlu için yabancı kişiler olması şiddetin kurumsal niteliğini daha yoğun hale getirmiştir. Üstelik bir insanın bir insana fiziksel şiddet uygulaması olan dayanın, ceza olarak bir yargı yoluyla verilmiş olması, zaten yeterince şiddetli ızdıraba neden olmaktadır (Reidy, 2002:18).

Ama aynı zamanda, şu da unutulmamalıdır ki; aleniyetin yokluğu, muamelenin 3. madde kapsamına (küçük düşürücü) girmesini yeterince engelleyememektedir. Zira mağdurun gözaltında kelepçelenerek, cezaevine götürülürken iki saat süreyle kelepçe takılmış halde tutulması, çevrede başka hiç kimse olmasa bile, kendi nazarında utanılacak duruma düşmesi için yeterli olabilmektedir (Application No. 20972/92, **Raninen v. Finland**, 16 December 1997: § 55).

Yine muamelenin aleniliğini değerlendirilmesi esnasında önemli kıstas, sebeplerin gerekliliği olmalıdır. AİHM, **Raninen** davasında (**Raninen v. Finland**, yukarıda geçen), yasal tutuklamalar ya da alıkoymalarla bağlantılı olarak yapılan hukuki muamele olarak kelepçelemeyi, normalde 3. madde kapsamında görmediğine değinmektedir. Tabii burada asıl önemli noktalar, o an gerçekten neler gerekliyse

onları aşan bir güç kullanımının ya da teşhirciliğin söz konusu olup olmadığıdır¹. Bu bakımdan, örneğin, söz konusu kişinin mukavemet edeceği, kaçacağı, yaralanmaya veya zarara sebebiyet vereceği ya da delilleri karartacağına inanmak gibi sebeplerin olup olmadığı, bu muamelenin değerlendirilmesinde oldukça önemli olacaktır (Raninen: § 56).

Güvenlik kurumlarının takdir ettikleri tedbirlerin sıklığı, mahkûmun esnek idare nedeniyle kurumdaki kaçması ile “toplum için kabul edilemez bir riskin” oluşmasına sebebiyet vermesi söz konusu ise, AİHM kamu düzeni lehine bunu göz ardı etmemektedir (Application No. 50901/99, **Van Der Ven v. The Netherlands**, 4 February 2003: § 60). Bu nedenle, cezaevi güvenliğinin sağlanması ya da düzensizlikten ve suçtan korunması için tedbir amaçlı olarak çıplak üst araması (strip-search), uygun hareket tarzıyla yapıldığı takdirde normal karşılanabilmektedir (Application No. 25196/94, **Iwanczuk v. Poland**, 15 November 2001: § 59; Application No. 8317/78, **McFeeley and Others v. U.K.** 15 May 1980: § 60–61). O nedenle, üst aramalar ve kontroller şayet böylesi bir şüpheli durum ve endişeye dayanıyorsa, bunların yapılma ihtiyaçları AİHM tarafından dikkate alınmaktadır. Başvuru sahibinin iddiasında olduğu gibi, “mahkûmun firar gibi bir niyetinin olmamasına rağmen” yerel otoritelerce gerçekleştirilen böyle bir değerlendirilmenin (tedbirin) doğruluğunun incelenmesinin, AİHM’nin görevi olmadığına da altı çizilmektedir (Van Der Ven: § 55). Ancak, bu aşamada ihlal, arama usulleriyle ilgili olmaktadır. Örneğin, cezaevi görevlilerinin (başkalarının) gözleri önünde çıplak bırakarak ve gurur kırıcı bir pozisyona mahkûmu sokarak rektumunun aranması, “insanlık dışı” olmasa bile, “küçük düşürücü” bir muamele olmaktadır. **Van Der Ven** davasında (Application No. 50901/99, **Van Der Ven v. The Netherlands**, 4 February 2003: § 57–58), mahkûmun 3,5 yıl gibi uzun bir süre bu arama usullerine maruz kalması, dışarıdan hiç kimse ile görüşme bile iç aramaya kadar maruz tutulması ve önceden aranmasına rağmen ziyaretlerde, kliniğe ve berbere giriş çıkışlarda aranmasının bir somut güvenlik ihtiyacına ya da mahkûmun davranışlarına

¹Kelepçe takılması ile ilgili dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, teşhirden daha ziyade kelepçenin, özgürlüğü kısıtlanmış kişinin yaşamını zorlaştırmak gibi etkisinin de olabileceğidir.

dayandırılmamış olması, adeta bu aramaların bir rutine¹ bağlandığını göstermektedir. Bir başka örnekte, başvuru, bir kadının önünde soyunmaya zorlamak ve cinsel organlarına dokunma ve beslenmesini çıplak elle yaptırma açıkça başvurucuya saygısızlığı göstermekte ve insanlık onurunu küçültmektedir. Bunların, onu değersiz gösteren, utanç veren, aşağılık kompleksi yaratan ve acıya gark olmasına sebep olan hareketler olduğu ortadadır. AİHM, bu nedenle 7 Mayıs 1998 tarihli dava konusu üst aramasının AİHS'nin 3. maddesi anlamında küçük düşürücü muameleye vardığına karar vermektedir (Application No. 44558/98, **Valasinas v. Lituania**, 24 July 2001: § 117). Ancak **Van Der Ven** davasında olduğu gibi AİHM, inandırıcı güvenlik gerekçelerinin azlığı içinde, sistematik aramalar ile birleşen katı güvenlik tedbirlerini de 3. maddenin ihlali içinde “gayri insani” veya “haysiyet kırıcı” muamele olarak değerlendirmektedir (Van Der Ven: § 62–63).

Burada, üst arama ve kontrollerin dayandığı güvenlik gerekçelerinin yeterliliği, arama usulleri ve aramaların rutinliği 3. maddenin ihlalini belirleyen unsurlardır. Ayrıca, katı güvenlik tedbirlerinin başvuru sahibinin sosyal ve duygusal yalnızlığı, fiziksel veya ruhsal ızdırabı gibi kişisel etkilenimine ne ölçüde sebep olduğu da, değerlendirmede AİHM tarafından göz önünde bulundurulmaktadır.

7.2.5. Kamu Otoritesince Özgürlükten Alıkoyma

AİHS'nin 3. maddesi kapsamında yasaklanan ceza ve muamelelerle ilgili ihlallerin genellikle kişinin özgürlüğünün kısıtlanmaya başladığı andan, tekrar özgürlüğüne kavuştuğu ana kadar olan alıkoyma döneminde meydana geldiği bir gerçektir. Gözaltı, tutuk ve cezaevi gibi isteksiz olarak sınırlamalara boyun eğilen yerler², özelliklerinden dolayı ihlallere müsait yerlerdir. Şüphesiz, özgürlüklerinden yoksun tutulan ve bu nedenle tamamen yetkililerin tasarrufuna bırakılmış kişiler,

¹Bu durumda “rutin” olmak, “gereklikten” öte bir anlam taşımaktadır.

²CPT kendi adına, bir transit veya “uluslararası” bölgede kalışın, koşullara bağlı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 (1) (f) maddesi çerçevesinde özgürlükten mahrum edilme anlamına geleceğini ve böylece bu bölgelerin de Komitenin görev alanına giren alıkoyma yerleri olduğunu savunmaktadır (CPT 7th General Report, CPT/Inf (97) 10: § 25).

devlet gücünün kendilerinin aleyhine istismar edilmesine en açık yerlerdir (Reidy, 2002:22). AİHS'ye göre devlet kişiyi, insanlık onuruna saygılı bir şekilde alıkoymayı ve uygulanan tedbirin yapılış şeklinin ona utanç ya da alıkonulmanın doğasında var olan ızdırabın kaçınılmaz seviyesini yoğun bir şekilde aşan sıkıntı vermemeyi ve mahkûmiyetin uygulanabilir taleplerini, mahkûmun sağlığını, refahını yeterince güvence altına almayı sağlamalıdır (Application No. 44558/98, **Valasinas v. Lithuania**, 24 July 2001: § 102; Application No. 30210/96, **Kudla v. Poland**, 27 June 2000: § 92–94).

Böyle bir korumanın, ilgili devlet tarafından yapıp yapılmadığı Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) tarafından sürekli olarak denetlenmektedir. Nitekim Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nin ilk maddesinde bu hususu:

“Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muamele ya da Cezayı Önleme Komitesi (CPT), oluşturulacaktır... Komite, özgürlüğünden mahrum edilen kişilerin gerekirse işkenceden ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezadan korunması amacıyla, denetim ziyaretleri yaparak bu tür kişilere yapılan muameleyi inceleyecektir”, şeklinde ifade etmektedir.

Mağdurun alıkonulduğu süre zarfında gördüğü muameleyi 3. madde kapsamında değerlendirirken belirleyici kıstaslar olarak, yine olayın özel koşulları, alınan tedbirlerin katılık ölçüsü, muamelenin süresi, tarafsızlığı ve kişide bıraktığı etkileri söz konusu olabilmektedir (Application No. 10448/83, **Dhoest v. Belgium**, 14 May 1987: § 117–118; Application No. 8317/78, **McFeeley and Others v. The U.K.** 15 May 1980: § 44).

Ancak, alıkonulan kişiye kaba kuvvet uygulanması, üstelik zaten devletin gözetiminde savunmasız bir haldeyken bunun yapılmış olması, kötü muamelenin yapıp yapılmadığına dair en öne çıkan kıstas olmaktadır.

7.2.5.1. Özgürlüğünden Mahrum Edilmiş Kişinin Kendi Hareketinden Dolayı Fiziksel Güç Uygulanması

Özgürlüğün devlet otoritesiyle kısıtlandığı yerlerde kişinin kötü muameleye maruz kalma olasılığı elbette mevcut olup, CPT, buna ilişkin deneyimlerine dayanarak, bu olasılığın özgürlüğün ilk kısıtlandığı anlarda en yüksek olduğunu belirtmektedir (CPT 6th General Report¹, CPT/Inf (92) 21, § 15). Kasıt veya kötü bir amaç olsun ya da olmasın, AIHS'nin 3. maddesi bakımından bir ihlalin önüne geçebilmek için, üç hayati ihtiyaç kendini göstermektedir. Nitekim birçok devlet kendi ulusal hukuklarında buna ilişkin düzenlemelerini de yapmaktadırlar. Bunlar; kişinin istediği bir üçüncü tarafa (aile ferdi, arkadaş, konsolosluk) bildirme hakkı, avukatına erişim hakkı ve polis yetkililerinin çağırdığı doktorun yaptığı tıbbi müdahaleye ek olarak) istediği bir doktor tarafından muayene edilme hakkı şeklindedir.

AIHM, özgürlüğünden mahrum bıraktığı kişinin² kendi eylemi nedeniyle “mutlaka gerekli olmadıkça” fiziksel güce başvurulmasını insan onurunu küçülten ve prensip olarak 3. maddede belirtilen hakka saldırı niteliğindeki bir davranış olarak algılamaktadır (Application No. 26772/95, **Labita v. Italy**, 6 April 2000: § 120; Application No. 22496/93, **Tekin v. Turkey**, 9 June 1998: § 52–53; Application No. 24760/94, **Assenov and Others v. Bulgaria**, 28 October 1998: § 94).

Hulki Güneş davasında (Application No. 28490/95, **Hulki Güneş v. Turkey**, 19 June 2003) Hükümet, başvuru sahibinin yaralarının kendi eyleminden kaynaklandığını, evinin aranması esnasında yakalanmamak için yatağın altına girmeye çalıştığı esnada bu yaraların oluştuğunu dile getirmiş olsa da (Hulki Güneş: § 66), yakalanmayı takiben düzenlenen tutanakta, başvuru sahibinin jandarmalara direndiği veya yakalama anında yaralandığı ile ilgili bilgi bulunmadığından (Hulki

¹Sonraki sayfalarda da alıntı yapılacak olan Genel Raporlar (General Reports), <http://www.cpt.coe.int/en/docsannual.htm> (CPT' nin resmi portalı) adresinden alınmıştır

²İleride de sürekli tekrar edileceği üzere, CPT, kişilerin özgürlüklerinin kısıtlandığı yerler olarak; karakolları, cezaevleri, mülteci nezaret merkezlerini, psikiyatrik kurumları ve çocuklar için gözaltı merkezlerini kabul etmektedir (CPT 10th General Report, § 21).

Güneş: § 10–11), soruşturmayı yürüten yetkililerce, jandarma görevlilerinin kullandığı gücün orantılı ve mutlak suretle yakalamak için zorunlu olup olmadığının araştırılması gerektiğine AİHM hükmetmiştir (Hulki Güneş: § 70). Bununla ilgili olarak diğer davalar için bkz. Application No. 22496/93, **Tekin v. Turkey**, 9 June 1998: § 52–53; Application No. 26772/95, **Labita v. Italy**, 6 April 2000: § 120).

Yıldız davasında (Application No. 28308/95, **Yıldız v. Turkey**, 22 April 2003), İzmir Buca Hapishanesi’ndeki ayaklanmayı bastırmak için gardiyanların güç kullanmasını, İzmir Cumhuriyet Savcılığı’nın, Ceza İnfaz Yönetmeliği’ne bağlı olarak hapishanede barışı ve düzeni korumak maksatlı kaba kuvvet kullanımını, yetkilerin uygun olarak kullanılması şeklinde değerlendirmesini, AİHM nazarında sunduğu dostane çözüm teklifine ilişkin bildirimde Hükümet, 3. maddenin gözaltına alınan kişilere görevlilerce kötü muamelede bulunulmasıyla ihlal edildiğini kabul etmiştir.

Tomasi davasında, (Application No. 12850/87, **Tomasi v. France**, 27 August 1992: § 113), Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, polis nezaretine alınan bir şahsın “acizliğine” vurgu yapmakta ve her ne kadar gözlenen darp hafif de olsa, özgürlüğünden mahrum edilmiş ve bu yüzden kendini aşağı konumda hisseden birine fiziksel bir gücün uygulanmasını hem insanlık dışı hem de küçük düşürücü bulmaktadır. Benzer şekilde, **Ribitsch** davasında (Application No. 18896/91, **Ribitsch v. Austria**, 4 December 1995), başvuruçunun polis nezaretindeyken uğradığı fiziksel şiddeti, kanuna aykırı olarak tutulduğu gözaltındaki acizliğini dikkate alarak AİHK, küçük düşürücü ve insanlık dışına varan muamele olarak kabul etmektedir. AİHM de bu muamelenin 3. madde kapsamında sağlanan hakların ihlaline vardığını belirtmekle beraber, özellikle özgürlüğünden mahrum edilmiş birinin kendi davranışından dolayı “açık bir şekilde gerekli olmadıkça” fiziksel bir gücün uygulanmasının insanlık onurunu yok ettiğine ve “prensipten” olarak 3. madde ihlali olduğuna tekrar vurgu yapmaktadır (Ribitsch: § 35–38). Ayrıca orantılı güç kullanımı ve zorunluluğu ile ilgili olarak bkz. Application No. 22279/93, **Altay v. Turkey**, 22 May 2001: § 54. Ancak, **Raninen** davasında (Application No. 20972/92, **Raninen v. Finland**, 16 December 1997), AİHM’nin, AİHS’nin 3. maddesinin

koruduğu haklara ilişkin geniş bir yorum getirerek, ihlale varan her türlü muamele ve cezayı “kişinin davranışlarından bağımsız olarak” yasaklaması, “orantılı gücün açıkça gerekli olması” noktasında gösterilmesi gereken hassasiyeti de bir taraftan vurgulamaktadır (Raninen: § 55).

7.2.5.2. İspat Yükümlülüğü

Fiziksel gücün uygulanıp uygulanmadığının en bariz göstergesi, mağdurda oluşan fiziksel yara izleri ile psikolojik travmalara ilişkin gözlemlerdir (Reidy, 2002:22). Bunun tespitiyle ilgili asıl mesele ise, mağdurun yaralarının alıkonulma süresinde vuku bulup bulmadığı ile, vuku bulmuşsa bunun kişinin kendi davranışlarından dolayı gerekli ve orantılı bir güç kullanımının neticesinde meydana gelip gelmediğinin ispat edilmesidir. Hukukun genel prensiplerinden “iddianın, iddia eden tarafından ispatlanma yükü” (affirmanti incumbit probatio) ilkesi, AİHS’nin ihlaline ilişkin açılan tüm davalarda (kimi davaların özelliğine göre) AİHM’ce uygulanma fırsatı bulamamaktadır. AİHM’ce, bireysel başvuru hakkının sistematik olarak işleyişinin sağlanması için, taraf devletlerin başvuruların uygun ve etkili bir şekilde incelenmesini mümkün kılmak için gerekli her türlü kolaylığı sağlamalıdır (Application No. 24351/94, **Aktaş v. Turkey**, 24 April 2003: § 272; ayrıca bkz. Application No. 23763/94, **Tanrıkulu v. Turkey**, 8 July 1999: § 70). AİHS’nin 38/1 (a) maddesi, “AİHM’nin, kendisine gelen başvuruyu kabul edilebilir bulması durumunda, tarafların temsilcileriyle birlikte davayı vicahi olarak incelemeye devam edeceğini ve gerekirse, ilgili devletlerin, etkinliği için gerekli tüm kolaylıkları sağlayacakları bir soruşturma yapabileceğini” ifade etmektedir.

Ancak, bireysel bir başvuru sahibi, devlet ajanlarını, kendisinin ya da bir başka kişinin AİHS’den kaynaklanan haklarının ihlal etmekle suçladığı yerde, sorumlu devletin sadece belirli durumlarda bu iddiaları doğrulamaya ya da çürütmeye yönelik yeterli bilgilere ulaşma imkânı sunması, bu tür davaların usullerine özgü bir nitelik taşımaktadır. Örneğin hükümetlerin, ellerinde davaya ilişkin mevcut olan bilgi ve delilleri, AİHM’yi tatmin edici bir mazeret olmaksızın

sunmada bir ihmal ya da yukarıda belirtildiği gibi savsaklamaya yönelik tutum ve tavır içine girmesi, başvuru sahibinin iddialarının “sağlam bir nedene” dayandığına ilişkin AİHM’de bir “çıkarsamanın” oluşmasına sebep olmakta, aynı zamanda devletlerin AİHS’nin 38/1 (a) maddesine göre yükümlülüklerini layıkıyla yerine getirmediği şeklinde algılanabilmektedir (Application No. 24351/94, **Aktaş v. Turkey**, 24 April 2003: § 272). Bu konuyla ilgili olarak diğer davalar için bkz. Application No. 23531/94, **Timurtaş v. Turkey**, 13 June 2000: § 66 ve 70. Benzer şekilde bir devlet, bilgi ve delilleri sunmada ayak diremesi veya bilinçli olarak gecikmesi neticesinde davanın seyrinde başvuru sahibinin aleyhine davadaki maddi gerçeklerin tespitini zarara uğrattığında, yine AİHS’nin bu hükmünün (madde 38/1) ihlal edilmesi şeklinde değerlendirilmektedir (Application No. 24351/94, **Aktaş v. Turkey**, 24 April 2003: § 272; ayrıca bkz. Application No. 25656/94, **Orhan v. Turkey**, 18 June 2002: § 266).

Özellikle şikâyete tabi olaylar tamamen ya da büyük ölçüde yetkili makamların münhasır bilgisinin olduğu yerde, örneğin gözaltı durumlarında, kötü muamele söz konusu olduğunda maddi gerçeğe yönelik kuvvetli varsayımlar oluşmaktadır. Örneğin, **İrlanda** davasında (Application No. 5310/71, **Ireland v. U.K.** 18 January 1978), AİHM, olayda AİHS’nin 3. maddesine aykırı pratiklerin bulunup bulunmadığı konusunda ikna olabilmek için, ispat külfetinin “sadece” bir hükümetin üzerinde olduğu düşüncesine dayanmamaktadır. AİHM önüne gelen davalarda, ister AİHK’den ister taraflardan, isterse başka kaynaklardan gelsin, önündeki bütün materyallere dayanmakta; gerekirse kendisi materyal toplamaktadır. AİHK vardığı sonuçları, dinlediği 100 tanığı ifadelerine, sağlık raporlarına, 16 “tanımlayıcı” olaya, daha az ölçüde olan 41 olay ile ilgili yazılı ve sözlü sunuşlara dayandırmaktadır. AİHK elde ettiği materyalleri değerlendirirken **Yunan** davasında (bkz. **Greek Case**, 1969, Yearbook: 12, § 30) olduğu gibi kanıt standardı olarak, ‘makul kuşkunun bulunmaması’ (beyond the reasonable doubt) standardını kullanmaktadır. AİHM, ‘makul kuşku bulunmama’ şeklindeki kanıt standardını, kanıtın yeteri derecede sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu çıkarsamaların veya olay hakkında aynı ölçüde çürütülememiş varsayımların bir arada bulunması şeklinde ifade etmektedir.

Ayrıca AİHM, tarafların delil elde edilmesi sırasındaki tutum ve davranışlarını da gözlemlemekte, “makul şüphe” ile ilgili değerlendirmesinde hesaba katmaktadır (Application No. 24351/94, **Aktaş v. Turkey**, 24 April 2003: § 270). Ayrıca bkz. Application No. 25657/94, **Avşar v. Turkey**, 10 July 2001: § 282; **Ireland v. The U.K.** 18 January 1978, Series A no.25: § 161).

Makul şüpheden uzak çıkarsamaların yapılabilmesi, bu noktada, **Aksoy** davasında (Application No. 21987/93, **Aksoy v. Turkey**, 18 December 1996) olduğu gibi, kişinin sağlam bir şekilde polis nezaretine girdiği, ama salıverildiğinde yaralanmış olarak bulunduğu yerde, 3. maddenin açık hükümlerine aykırı olarak yaralanmaya yol açılması ile ilgili makul bir açıklama yapma zorunluluğunun yetkili makamların kendisinde olmasıyla (Aksoy: § 61) paralellik arz etmektedir. (Ayrıca bkz. **Aktaş v. Turkey**: § 291; Application No. 21986/93, **Salman v. Turkey**, 27 June 2000: § 100; Application No. 23657/94, **Çakıcı v. Turkey**, 8 July 1999: § 85; Application No. 20764/92, **Ertak v. Turkey**, 9 May 2000: § 32; Application No. 23531/94, **Timurtaş v. Turkey**, 13 June 2000: § 82; Application No. 25656/94, **Orhan v. Turkey**, 18 June 2002: § 327).

Örneğin **Tomasi** davasında (Application No. 12850/87, **Tomasi v. France**, 27 August 1992: § 108), başvurucuya sorgulama esnasında kırk saat kadar kötü muamele yapılmış; tokat, tekme, yumruk, dirsek dâhil olmak üzere hırpalanmış ve hiçbir yere dayanmaksızın elleri kelepçeli olarak uzun süre ayakta bekletilmiştir. Üstelik bu darp izlerine ilişkin çeşitli doktorlar tarafından düzenlenmiş teyit edici raporlar da mevcuttur (Tomasi: § 45, 47–48 ve 50). Hükümet ise, “yaraların nedeni ile ilgili bir açıklama yapamayacağını” kabul etmekle beraber, bunların Tomasi’nin şikâyet ettiği muameleden kaynaklanmadığını ileri sürmektedir. Hükümete göre tıbbi raporlar, tespit edilen hafif bere ve aşınmaların başvurucunun tanımladığı şiddet eylemleri ile tamamen tutarsız olduğunu göstermektedir. Bastia Cezaevi başhekiminin 4 Temmuz 1989 tarihli raporu olaydan uzun bir zaman sonra düzenlenmiş olup, önceki raporlarla tamamen çelişki içindedir. Başvurucu tarafından itiraz edilmemiş olan soruşturma sürelerinin kronolojisi, iddiaları hiçbir biçimde karşılamamaktadır (Tomasi: § 109). AİHM, başvurucunun vücudu üzerinde tespit

edilen izlerin gözaltına alınmasından önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğini veya başvurucunun kendi kendine yaptığı eylemlerden kaynaklanmış olabileceğini veya kaçmaya teşebbüs etmesinin bir sonucu olduğunu düşünmemektedir. Zira biri cezaevi doktoru olan dört değişik doktor, gözaltının bitiminden sonraki günlerde başvurucuyu muayene ettiklerinde hazırladıkları raporları, açık ve birbiriyle uyumlu tıbbi tespitler içermekte ve yaraların meydana geliş tarihi olarak polis binalarında geçirilen gözaltı dönemine işaret etmektedirler (Toması: § 110). Böyle bir durumda, nasıl olup da sağlam olarak gözaltına alınan birinin, salıverildiği anda vücudunda darp izlerinin oluştuğunu makul bir şekilde açıklanması zorunludur. AİHM, tüm bu gerekçelerden ötürü, aşağıdaki **Ribitsch** davasında (Application No. 18896/91, **Ribitsch v. Austria**, 4 December 1995: § 111) olduğu gibi, söz konusu muamelelerin polis nezaretinde görevli yetkililer tarafından yapılmış olma iddiasını incelemeyi bile gerekli görmemiştir.

Ribitsch davasında, nezarete alınırken sağlam olan başvurucu, haksız yere tutulduğu polis nezaretinden çıkarken yara izlerine sahiptir. AİHM, tamamen polisin “kontrolü altındayken” meydana gelen yaralanmaların tek sorumlusu olarak, oradaki görevli polisin tutulmasının, AİHS’nin yüklediği sorumluluk altında, Avusturya Hükümeti’ni temize çıkarmadığını ifade etmektedir. Hükümet, bu yaraların ne şekilde oluştuğuna dair makul bir açıklama yapmak zorundadır. Ayrıca, polis arabasının kapısına çarptığına dair Hükümet tarafından yapılan açıklama, hiç şüphesiz AİHM tarafından inandırıcı bulunmamaktadır. Kendisine nezaret eden polisler tarafından bindirilmek üzereyken kapıya çarpmış olsa dahi bu, onun tam olarak nasıl yaralandığına dair yetersiz ve eksik bir açıklama olmaktadır (Ribitsch: § 34). Ayrıca bkz. **Toması** davası (Application No. 12850/87, **Toması v. France**, 27 August 1992: § 111).

Benzer şekilde, **Saki** davasında (Application No. 29359/95, **Saki v. Turkey**, 30 October 2001, § 12) AİHM, başvurucunun gözaltındayken işkence gördüğünü iddia ettiği günden tam üç gün sonra bir doktor raporu düzenlenmiş olmasına rağmen bunu dikkate almış, bu yüzden Hükümet dostane çözüm teklif etmek zorunda kalmıştır. Oysa AİHM’nin yerleşik içtihatlarına göre kötü muameleye uğrayan

kişinin davalı Hükümet'i mahkûm ettirebilmesi için iddiasını hiç şüpheye mahal vermeyecek şekilde izah edebilmesi gerekmektedir. Kadıköy Adli Tıp Kurumu'ndan da olsa, aradan üç gün geçtikten sonra alınan doktor raporunun kötü muameleyi belgelediğinin düşünülmesi, gözaltından serbest bırakılan ve serbest bırakılma sonrası vücudunda yara bere izlerini bir doktora tespit ettiren herkese devletin tazminat ödemesi anlamı taşıyacağından, kötü niyetli kişilere istismar yolu da açabilecektir. Ancak, AİHS'nin asıl hedefinin AİHS'de yer alan tüm hükümlerin uygulanabilmesi ve etkili bir şekilde yorumlanabilmesi olduğu göz önüne alındığında, devletlerin bu yönde sonuçları elde etme gibi bir yükümlülüklerinin olduğu da kendini göstermektedir.

Belirli durumlardaki davalarda devletin ihlal iddialarını doğrulayan ya da çürüten delillerin sunulması esnasındaki sergilediği tavırların AİHM tarafından dikkate alındığına (Application No. 24351/94, **Aktaş v. Turkey**, 24 April 2003: § 270) yukarıda değinilmişti. **Aktaş** davası örneğinde olduğu gibi, AİHM, bilgi ve tanıklar konusundaki taleplere Hükümet'in göstermiş olduğu "refleksi" dikkat çekici bulmaktadır (Aktaş: § 273). Hastanede öldüğü şeklinde kayıt tutulan Yakup Aktaş'ın ölümünü bildiren doktorun isminin kayda geçmemiş olması ve AİHK'nin 8 Aralık 1997 tarihli mektupla bu doktorun isminin ibraz edilmesini istemesine rağmen, Hükümet'in 5 Şubat 1998 tarihli mektupla, bunun imkânsız olduğunu belirtmesini AİHM yadırgamıştır (Aktaş: § 274). Aynı şekilde tanıkların dinlenmesi (Aktaş: § 275) ve cesede ilişkin delil niteliği taşıyan fotoğrafların negatiflerinin AİHM'ye teslim edilmemesi (Aktaş: § 276) ile ilgili Hükümet'in göstermiş olduğu isteksizlik de AİHM'nin kanaatinde yer etmiştir. Bu şartlarda AİHM, Hükümet'in tavrından sonuçlar çıkarmaya kendisini yetkili saymaktadır (Aktaş: § 277). **Hulki Güneş** davasında (Application No. 28490/95, **Hulki Güneş v. Turkey**, 19 June 2003), yetkililer tarafından Güneş'i sorgulayan görevlilerin kimliklerinin bir türlü tespit edilememesi de, AİHM'nin Türkiye'nin hareketsizliğine binaen aleyhinde kanaat edinmesine yol açan tutumlarından biridir (Hulki Güneş: § 71); ayrıca bkz. **Orhan** davası (Application No. 25656/94, **Orhan v. Turkey**, 18 June 2002: § 274).

7.2.5.3. Özel İnfaz Rejimi

Bir diğer öne çıkan ihlal sebebi olarak, alıkonulan kişilerin mahkûm edildikleri cezaevlerinde kendilerine uygulanan özel infaz rejimi görülmektedir. Özel infaz rejimi kapsamında sosyal yalnızlıkla birleşen duygusal yalnızlığın insanın kişiliğini bozabilmesi, hiçbir güvenlik veya başka bir sebebin haklı gerekçesi olmayacak şekilde, AİHS'nin 3. madde bakımından hiç de istenmeyen bir duruma işaret etmektedir. Burada asıl dikkat edilmesi gereken nokta, bu özel infaz rejiminin gerekliliğiyle ilgilidir. “insanlık dışı” muamelenin bir çeşidini oluşturmaktadır. Örneğin, güvenlik, disiplin veya koruyucu sebepler göz önünde tutularak kamu düzeninin sağlanması için bazı özel nitelikli mahkûmların diğer mahkûmlarla olan irtibatının engellenmesi, kendi içinde “gayri insani” muamelenin bir çeşidini teşkil ettiğini söylemek olası değildir (Application No. 25498/94, **Messina v. Italy**, 28 September 2000: § 61–63).

Ancak, tedbirler, eziyet ve gurur kırıcı unsurları kapsar şekilde kişiyi sık sık özgürlüğünden mahrum ederse, yüksek güvenlikli cezaevi kurumlarında (özel infaz rejimi) alıkonulmanın, AİHS'nin 3. maddesi ile örtüştüğü söylenemez. Fakat AİHM'nin görevi, mevcut uygulamaların gerekliliğinden ziyade, başvuru sahiplerinin kişisel durumlarının söz konusu uygulamalardan etkilenmesini incelemekten ibarettir. Kamu düzeni, özel sınıflı mahkûmlar için yüksek güvenlikli kurumların devletlerce tanımlanmasına öncelik verirken (**Messina v. Italy**, yukarıda geçen: § 63), AİHM'nin ise önceliğini, 3. madde gereği alıkonulan kişilerin, insani saygınlık ile uyuşan koşullarının devletlerce sağlanması ve uygulama metotlarının, davranışların, alıkoymanın doğasında var olan güçlüğü kaçınılmaz düzeyi içinde, kişiyi yoğun bir ıstırap ve zorluğa maruz bırakılmaması gelmektedir. Mahkûmiyetin pratik gereklerin sunulmasının, sağlığının ve durumunun yeterli şekilde korunmasının esas olduğu böylelikle vurgulamaktadır (**Messina v. Italy**, yukarıda geçen: § 65; ayrıca bkz. Application No. 25357/94, **Aerts v. Belgium**, 30 July 1998: § 34–37; Application No. 30210/96, **Kudla v. Poland**, 27 June 2000: § 92).

AİHM, cezaevlerindeki güvenlik tedbirlerinin çok katı olmasından ziyade, yukarıda da değinildiği üzere, mahkûmların kişisel olarak bundan nasıl etkilendiği ile daha çok ilgilenmektedir. Özellikle mahkûmların hem birbirleri arasında, hem de ziyaretçileriyle yaptığı görüşmelerin kısıtlanması gibi, onları duygusal ve sosyal anlamda yalnızlığa iten sınırlamalar, AİHM tarafından 3. madde ihlali açısından daha dikkate değer bulunmaktadır. Bu bakımdan, kişilerin izole edildiği tecritlerin durumu ayrı bir hassasiyet kazanmaktadır.

7.2.5.4. Tecrit ve Hücre Hapsi

Kröcher and Möller davasında (Application No. 8463/78, **Kröcher and Möller v. Switzerland**, 9 July 1981: p. 47) AİHM, geçici veya bir başka tedbiri doğurabilecek uzun süreli tedbirler olsun, her bir güvenlik tedbirinin, yarattığı genel etkiyle olduğu kadar bireysel şekliyle de ele alınması gerektiğine işaret etmekte, diğer mahkûmlardan izolasyonu (hücre hapsi vb.), başlı başına bir insanlık dışı muamele olarak kabul etmemektedir (bkz. Application No (joined): 7572/76, 7586/76, 7587/76, **Ensslin, Baader and Raspe v. Germany**, 8 July 1978: p. 64–84). AİHM, şiddeti ve süresi değişmek üzere birçok izolasyon davası ile karşı karşıya kalmakta, bunlardan **X.** davasında (Application No. 6038/73, **X. v. Germany**, 11 July 1973: p. 115), özellikle mağdur gözaltında tutuluyorsa, onun çok uzun süreyle hücre hapsinde tutulmasının hiç de istenen bir durum olmadığını vurgulamaktadır. Kolluk kuvvetlerinin her türlü kontrol ve nezaretindeyken, yine de nezarethane ya da cezaevinde tecride ihtiyaç duyulması, AİHS'nin 3. maddesi ile getirmek istediği koruma amacına da ters düşmektedir. Ayrıca **Hulki Güneş** davasında (Application No. 28490/95, **Hulki Güneş v. Turkey**, 19 June 2003), başvuru sahibinin gözaltına alınmasıyla beraber tüm yardımlardan mahrum bırakılması (Hulki Güneş: § 72) ve gözaltındayken herkesten ayrı tutulması, kendisinde korku hislerinin de doğmasına yol açtığı ve böylelikle, fiziksel ve ruhsal acıya karşı daha hassas duruma düştüğü de göz ardı edilmemelidir (Hulki Güneş: § 74). Elbette hep değinildiği üzere, alınan bu

tedbirin gerekliliği, süresi, şiddeti ve güdülen amaç ile şahısta bıraktığı etki, 3. maddenin ihlali ile ilgili değerlendirmede hayati önem taşımaktadır.

7.2.5.5. Alıkoyma Koşulları

Alıkoyma süresi zarfında, kişinin muzdarip olabileceği olası bir diğer alan da, alıkoyma koşullarının bizzat kendisidir. AİHM tarafından, kişiliğini ve onurunu hiçe sayacak tarzda koşulların sunulması, çaresiz boyun eğmekten dolayı aciz durumdaki mahkûm veya tutuklu için kesin bir şekilde küçük düşürücü muamele olarak algılanmaktadır. Aynı zamanda, bu koşullar bazen insanlık dışı muamele veya cezaya özgü şiddet seviyesine varabilmektedir. Hem mahkûmların içinde bulunduğu yaşam kalitesi, hem de cezaevi idaresinin rejimi ve mahkûmların içinde bulunduğu özel koşullar, alıkoyma koşullarını belirlemektedir. Ayrıca, mahkûmun yaşı, sağlık durumu, bulunduğu ortam içerisinde tehlike teşkil edip etmediği ve orada tutuklu mu yoksa hükümlü olarak mı tutulduğu, bu koşulların AİHS hükümlerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde önemli kıstaslardır. “Masumiyet karinesi” gereğince, suçu henüz ispat edilmemiş herkesin suçsuz kabul edilmesi olgusu, hukukun diğer alanlarını da düzenlediğinden, tutuklu olarak alıkonulan birinin alıkoyma koşulları, hükümlüye nazaran daha farklı ele alınması gerektiği ortadadır (Reidy, 2002:26).

Ayrıca CPT, Genel Raporlarında, CPT standartları olarak belirli kıstaslar derlenmiş olup, buna göre bir alıkoyma yerinde ısıtma imkanları, hijyen şartları, uyuma yerleri yetersiz, gıdaya erişim kısıtlı, dinlenme ve stres atma imkanını ile uyuma yeri yetersiz ise ve özellikle aşırı kalabalık ise alıkoyma şartlarının kötü olduğuna kanaat getirmektedir (CPT General Reports).

Amuur davasında (Application No. 19776/92, **Amuur v. France**, 25 June 1996: § 42–43) AİHM, Paris’in Orly havaalanının transit bölgesinde 20 gün tutulan iltica etmek isteyen dört kişi ile ilgili olarak, AİHM, iltica başvurusunda bulunanların

sığınmayı istedikleri ülkeden gönüllü olarak ayrılabilir olmalarının, özgürlük üzerinde bir kısıtlama (“atteinte”) olmadığı anlamını taşımayacağına karar vererek, iltica başvurusunda bulunan kişilerin transit bölgede kalırken karşılaştıkları sıkıntı ve kısıtlamalar doğrultusunda özgürlükten mahrum kişilerle eşdeğer görmektedir. Bu nedenle, iltica başvurusunda bulunup da sığınma merkezlerinde ya da transit bölgelerinde kalan kişilerin de, özgürlüğünden mahrum edilmiş kişiler olarak buldukları koşullar, 3. madde kapsamında değerlendirilebilmektedir. Özgürlüğün kısıtlanması ile özgürlükten mahrum edilmesi arasındaki farkın derece veya yoğunluktan ibaret olması ile ilgili olarak bkz. **Guzzardi** davası (Application No. 7367/76, **Guzzardi v. Italy**, 6 November 1980: § 92).

Giriş noktası nezaret merkezlerinin, özellikle uzun kalışlar için yetersiz olması CPT’ nin denetim alanına girmektedir. Buralarda, kişilere uyumak için uygun yerler gösterilmesi, bagajlarına ve uygun donanımlı tuvalet ve yıkanma imkânlarına ulaşmalarının sağlanması ve gün içinde açık havada egzersiz yapmalarına izin verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, yiyeceğe erişim ve tıbbi bakım da teminat altına alınmalıdır (CPT 7th General Report CPT/Inf (97) 10: § 26).

Özgürlüğünden mahrum edilmiş kişinin, bir an evvel hâkim karşısına çıkarılma ve adil bir şekilde yargılanma hakkının (AİHS, 6. madde) ihlal edilmesi de, alıkoyma şartlarının kötü olması anlamında 3. madde kapsamında bir ihlale dolaylı da olsa zemin hazırlayabildiği AİHM tarafından kabul edilmektedir (Application No. 20024/92, **Sussmann v. Germany**, 16 September 1996: § 55). Ekonomik veya sistematik ya da içsel faktörlerden kaynaklanan hiçbir mazereti AİHM yeterli görmemektedir ve devletlerin yargı sistemlerini, adil yargılama gereksinimine uygun bir şekilde düzenlemekten sorumlu olduklarına dikkat çekmektedir. Özgürlüğünden mahrum edilmiş, hakkında henüz bir hüküm verilmemiş kişiyi, devletin bireyi küçük düşürecek koşullara sahip gözaltı sistemlerinde alıkoyması, bu sorumluluğun 3. madde bağlamında bile ne denli elzem olabildiğini göstermektedir (Reidy, 2002: 29; ayrıca bkz. Application No. 14146/88, **Muti v. Italy**, 23 March 1994: § 47–48).

7.2.5.5.1. Alıkoyma Koşullarında Yaşam Kalitesi

Peers davasında (Application No. 28524/95, **Peers v. Greece**, 19 April 2001), güdülen amacın kötülüğünden ziyade, ihmal ve isteksizliğin mevcut ihlale sebep olduğu görülmektedir. Davada olgu, başvuruçunun tutukluluk halinin objektif olarak kabul edilemez koşullarını düzeltmek üzere otoritelerin herhangi bir adım atılmamasıyla ilgilidir. AİHM'nin görüşüne göre, bu ihmal başvuruçuya olan saygı eksikliğini ifade etmektedir. AİHM özellikle başvuruçunun, en az iki aydır kimi zamanlar katlanılamaz boyutta sıcak olan, penceresiz, havalandırmasız bir hücrede başvuruçunun neredeyse yatağa bağımlı bir halde, her bir 24 saatlik periyodun büyük bir bölümünü geçirmek zorunda kalmasını dikkate almaktadır. Aynı zamanda başvuruçunun, tuvaleti bir başka hücre arkadaşının yanında kullanmak ve onun tuvaleti kullandığı esnada yanında olmak zorunda kalmıştır. AİHM bu açıdan hapisane koşullarını, başvuruçunun muhtemelen fiziksel ve ruhsal direncini kıran ve onu değersiz hissettiren ve utandıran ve aşağılık duygusu ile ızdırap yaratan, haysiyetini kıran yakınmanın sebebi olarak görmektedir. Özetle AİHM, Koridallos Hapishanesi'nin Delta Bölümü'ndeki tutukluluk koşullarının AİHS'nin 3. maddesi bakımından küçük düşürücü muameleye vardığını düşünmektedir (Peers: § 75).

Dougoz davasında (Application No. 40907/98, **Dougoz v. Greece**, 6 March 2001: § 48) olduğu gibi AİHM, alıkoyma yerlerinin özellikle aşırı kalabalık olmasını ve uyuma yerlerinin eksikliğini de 3. madde kapsamında bir ihlal sebebi saymaktadır. Davada, Yunanistan'da bulunan Alexandras Polis Merkezinde ve Drapetsona nezarethanesinde başvuruçunun, aşırı kalabalık ve yetersiz uyuma yeri imkânı nedeniyle, gözetiminde tutulduğu süre zarfında mağdur olmuş, üstelik böylesi koşullar altında, orada gereğinden fazla tutulmuştur. AİHM, tüm bu şartların değerlendirilmesi sonucunda, 3. maddeye aykırı olarak küçük düşürücü muameleye eriştiğini düşünmektedir.

CPT, alıkoyma yerlerinin standartlarıyla ilgili olarak, kişi sayısına göre makul büyüklükte¹ ve uygun ışıklandırma imkânına sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Temiz ve düzgün şartlarda doğal ihtiyaçların karşılanabilecek olması, uygun yıkanma imkânlarına sahip olması da diğer gerekli olan koşullardır (CPT 2nd General Report, CPT/Inf (92) 3: § 43).

Tekin davasında (Application No. 22496/93, **Tekin v. Turkey**, 9 June 1998: § 53), başvuru sorguya çekmeyle bağlantılı olarak, soğuk ve karanlık bir hücrede, gözleri bağlı, hırpalanmış, vücudunda darp izleri oluşturacak tarzda alıkonulmuştur. AİHM, vücudundaki yaralardan başka, alıkonulduğu ortamının da uygulanan muamelenin insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye varmasına sebep olduğunu ifade etmektedir.

Hurdato davasında (Application No.17549/90, **Hurdato v. Switzerland**, 28 January 1994: § 79-80), AİHM tarafından sağlık hizmetinin, kurumlarda birden fazla disiplini bir araya getiren bir programın temelini teşkil etmesinden dolayı, yetkililerce verilen sağlık hizmetinin yetersiz olması, davalı devletin açıkça bir ihlali olarak görülmektedir. Söz konusu davada, başvuru tutuklanmasından itibaren 8 gün boyunca doktor tarafından muayene edilmemiş olmasını kabul edilebilir bir muamele olamayacağını ifade etmektedir.

7.2.5.5.2. Alıkoyma Yerlerinde Sağlık Hizmetleri

8 Nisan 1998 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen cezaevinde sağlık hizmetlerinin etik ve organizasyonel yönlerine ilişkin R (98) 7 no.lu Tavsiye ve CPT'nin 3. Genel Raporlarının CPT Standartları üzerine yayınladığı Rapor'da (CPT/Inf (93) 12), doktora erişim, bakımda eşitlik, hasta onayı ve gizlilik, önleyici sağlık, insani yardım, mesleki bağımsızlık, mesleki yetkinlik gibi

¹Polis nezarethanelerindeki bölümler için ideal olarak bu, birkaç saatten fazla kalacak bir tutuklu için yaklaşık 7 metrekare olup, duvarlar arasında 2 metre veya daha çok, tavan ve taban arasındaki mesafe ise 2,5 metre olarak belirtilmektedir (CPT 2nd General Report, CPT/Inf (92) 3: § 43). Benzer şekilde cezaevlerinin standartları hakkında bu değerler yol gösterici olabilecektir.

bireyin temel haklarından olan sağlık hizmetlerinin yetersizliği, “insanlık dışı” ve “küçük düşürücü” muamele kapsamına giren koşullar için bir zemin hazırladığı hususuna değinilmiştir. Bir diğer vurgu yapılan nokta ise, sağlanan bu sağlık hizmetlerinin, yaşam kalitesini yükselten bir zaruret olmasının yanında, kötü muamelelerin önlenmesinde de etkili bir rolü mevcut olduğudur (CPT 3rd General Report: § 30–32).

Özellikle bu husus, gözaltı gibi kısa süreli alıkoymaların meydana geldiği nezarethane ve tutukevlerinde de işlevsel olabilmektedir. CPT, sıklıkla işkenceye varan kötü muameleye maruz kalma olasılığının, özgürlüğün kısıtlanmaya başladığı ilk anlarda en yüksek olduğunu ifade etmektedir (CPT 2nd General Report, CPT/Inf (92) 3: § 56). Yara izlerini makul bir şekilde açıklamak gibi, devletin üzerinde var olan yük göz önüne alındığında, her özgürlüğü kısıtlanan kişinin, kısıtlamanın başlangıcında ve bitiminde sağlık muayenesinden geçirilmesi, devleti de bu töhmetten kurtaracağı açıktır. Nitekim 3. madde kapsamında ihlale ilişkin açılan davaların birçoğunda (özellikle Türkiye’ye karşı¹), benzer eksiklikten kaynaklanma istismalar göze çarpmaktadır.

Daha uzun süreli olarak, özgürlüklerinden mahrum bir şekilde alıkonulan tutuklu ve mahkûmların barındığı cezaevlerinde de, hiçbir şekilde hastanın ya da idarenin inisiyatifine bırakılmayan düzenli bir sağlık kontrolünü yapılması gerektiği CPT kararlarında dile getirilmektedir (CPT 3rd General Report, CPT/Inf (93) 12: § 35).

7.2.5.6. Kötü Muameleye İlişkin Çocukların Durumu

AİHM, kişilerin özgürlüğünden mahrum edilmelerinin, başlı başına kendi nezrinde bir utanca ve ızdıraba sebep olduğunu sıklıkla ifade etmekte olup, ancak

¹Gözaltı öncesinde ve sonrasında her özgürlüğü kamu otoritesince kısıtlanan kişiye doktor tarafından sağlık muayenesi yapılmasına dair Gözaltı Yönetmeliği bu ihtiyaçtan dolayı uygulamaya sokulmuştur (1998).

bunların arasında özellikle çocukların ve kadınların durumuna daha hassasiyetle yaklaşmaktadır. Gerek AİHM, gerekse CPT için, bu şahısların hangi sebepten ötürü özgürlüklerinin mahrum edilmiş olduğu hiç önemli değildir. Zaten, AİHS'nin 3. maddesi bakımından koruma altına aldığı hakların kullanımına ilişkin yaklaşımında, herhangi bir ön şart getirmediği de açıktır.

CPT, düzenlemiş olduğu raporlar Genel Raporlarında, özgürlüğünden mahrum edilmiş çocuklar için 9. Genel Raporu'nda, kadınlar içinse 10. Genel Raporu'nda özel bir bölümü, sırf bu hassasiyete sözleşmecî ülkelerin dikkatini çekmek için ayırtmıştır.

Çocuklarla (18 yaşından küçükler) ilgili olarak, diğer yetişkinlere nazaran beden ve ruhen çok daha savunmasız ve etkilenmeye müsait konumda olduklarına dair ayrıca 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, 1985 Birleşmiş Milletler Çocuk Adaleti Uygulamaları İçin Standart Asgari Kurallar (Pekin Kuralları), 1990 Birleşmiş Milletler Özgürlüğünden Mahrum Edilen Çocukların Korunması İçin Kurallar ve 1990 Birleşmiş Milletler Çocuk Suçunu Önleme Rehber Kuralları (Riyad Kuralları) gibi uluslararası belgeler de ayrıca, onların korunmasına ilişkin prensipleri bir standart haline getirerek, söz konusu devletleri bağlama amacı gütmektedir.

Bu prensiplerin en başında gelenlerden birisi, henüz daha kişiliği gelişme aşamasında olan ve yaşadığı olumsuzlardan çok daha fazla etkilenebilen çocukların terbiye ve disiplininin verilmesinde mahkûmiyetin, başvurulacak en son tedbir olmasının gerektiğidir¹. Şayet bu yola başvurulması elzem hale gelmişse, mümkün

¹TCK'nin 31. maddesinin 1. fıkrasında "Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun olmadığı, bu kişiler hakkında, ceza kovuşturmasının yapılamayacağı; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği" ifade edilmektedir. Yine TCK'nin 29 Haziran 2005 tarihinde, 5377/5. maddesi ile 2. fıkraya yapılan değişiklikle, "Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da, on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde, ceza sorumluluğunun olmadığı, ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin hükmolunabileceğini, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı, diğer cezaların ise yarısının indirileceği ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezasının yedi yıldan fazla olamayacağını" belirterek yetişkinlerden farklı bir uygulamaya tabi tutulacaklarını belirtmektedir. Yine 29 Haziran 2005 tarihinde, 5377/5. maddesi ile 3. fıkraya yapılan değişiklikle, "Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da, on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağır-

olan en kısa süreyle bu mahkûmiyet sınırlandırılmalıdır (Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37/b maddesi ve Pekin Kurallarının 13. ve 19. Kuralları).

CPT hatalı davranışta bulunan mahkûmların disipline edici yaptırımlara ilişkin olarak, çocukların fiziksel ve/veya ruhsal sağlıklarına zarar verebilecek, tek başına hücre hapsi benzeri şartlara yerleştirilmesinden özellikle endişe duymaktadır. Komite, bu yönteme sadece çok istisnai durumlarda başvurulması gerektiğine inanmaktadır. Çocuklar diğerlerinden ayrı tutulduğunda, bu uygulama mümkün olan en kısa süre için geçerli olmalı ve her uygulamada çocukların başka insanlarla yeterli düzeyde temas kurması sağlanmalıdır (CPT 9th General Report, CPT/Inf (99) 12: § 35). Buna yönelik olarak da, çocuklara yapılan her türlü disiplin uygulamasının resmi kanallar vasıtasıyla kontrol edilerek, her türlü yapılan işlemin uygun biçimde kayda alınmasını gerekmektedir. Ayrıca, adalet ve hakkaniyet hissinin sarsılmaması için, çocukların işledikleri iddia edilen suçlar hakkında kendi bakış açılarını ifade etme ve uygulanan yaptırımlara karşı daha yüksek bir makama temyiz talebinde bulunma hakkı olmalıdır.

T. davasında (Application No. 24724/94, **T. v. The U.K.**, 16 December 1999) AİHM, Avrupa Konseyi üyesi ülkeleri arasında cezai sorumluluğun minimum yaşına (minimum age of criminal responsibility) dair açık bir ortak standardın olmadığına işaret etmekte ve 10 yaşındaki bir çocuğun yaşının, cezai ehliyet çerçevesinde kabul etmek için hiç de küçük görülmediği nadir Avrupa devletleri arasındaki İngiltere ve Galler'de, başvurucuya cezai sorumluluğun yüklenmiş olmasını, tek başına bir ihlal sebebi olarak görmemektedir (T.: § 72). Benzer şekildeki dava için bkz. Application No. 24888/94, **V. v. The U.K.** 16 December 1999: § 79-80.

laştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı, diğer cezaların ise üçte birinin indirileceği ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamayacağı" ifade edilmektedir.

Üç hafta boyunca yargılamasının kamu önünde Kraliyet Mahkemesi'nde yapılmasının ve mahkûmiyetinin ardından adının basına verilmiş olmasını (T.: § 73) değerlendiren AİHM, yukarıda da belirtildiği üzere, daha önce sıklıkla tanımladığı insanlık dışı veya kötü muamele ya da cezaların söz konusu olabilmesi için illa böyle bir maksadın olması gibi bir kuralın olmadığına, **Raninen** davasına (Application No. 20972/92, **Raninen v. Finland**, 16 December 1997: § 55) atıfta bulunarak, her ne kadar küçük yaştaki başvurucuya uygulanacak olan böylesi bir prosedürün, onun için olumsuz etkilerinin olabileceği gerçeğini göz ardı etmese de, kamuya açık bir şekilde resmi olarak Kraliyet Mahkemesi'nde isnat edilen suçlara ilişkin olayın şartlarının sorgulamasının, başvurucunun iddia ettiği travmatik rahatsızlıkların sebebi olarak, 3. madde kapsamında insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele şeklinde bir ihlalin söz konusu olmadığına kanaat getirmektedir (T.: § 77–78).

Özgürlükten yoksun bırakmaya dair devletin sorumlu olmasına ilişkin AİHM önüne gelen ilginç davalardan biri, **Nielsen** davasıdır (Application No. 10929/84, **Nielsen v. Denmark**, 28 November 1988: § 59). Dava, Danimarka hukukuna göre, o dönemde çocuğu üzerinde sadece kendisinin velayet hakkı bulunan bir annenin isteği üzerine, çocuğun psikiyatri servisinde tutulmasıyla özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmamasıyla ilgilidir. Hükümet, psikiyatri servisine yatırılmak suretiyle özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin kararın velayet sahibi annede olduğunu, devletin sadece kamu makamı tarafından özgürlükten mahrum bırakılma işlemleriyle mesul tutulabileceğini iddia etmektedir (karşılaştırmak için bkz. Application No. 10465/83, **Olsson v. Sweden**, 24 Mart 1988). AİHK ise, çocuğun söz konusu polikliniğe yatırılmasıyla bile devletin sorumluluğunun doğmuş olduğunu ifade etmektedir (Nielsen: § 60).

Esas olarak, sözleşmecî devletlerin, küçük çocukların bakımı, gözetimi ve yetiştirilmesi konusunda geniş bir ödevinin olduğu bir gerçektir. Çocukların bakımları ve yetiştirilmeleri, normal olarak ve zorunlu bir biçimde, çocuğun nerede oturacağına, anne ve babanın veya sadece birinin karar vermesini ve çocuğun özgürlüğü üzerinde çeşitli kısıtlamalar koymasını veya başkalarının kısıtlama koymasına izin vermesini gerektirmekte olup, aynı şekilde çocuğun tıbbi tedavi için

bir hastaneye yatırılmasına ilişkin hakkın, velayet hakkı olarak ebeveynlerce kullanılmasının AİHS’ce korunduğunu (8. madde) ifade etmek de olası olacaktır. Kaldı ki bu aile yaşamının temel unsurlarından biridir (bkz. Application No. 10496/83, **R. v. The U.K.**, 8 July 1987: § 64).

AİHM ise, başvurucunun hastaneye tedavi olmak amacıyla yatırılmasının, başlı başına özgürlükten yoksun bırakılma şeklinde algılanmaması gerektiğini, ancak velayet sahibi ebeveynlerin, bu velayet hakkını “çocuğunun menfaatine” olacak şekilde kullanmaları gerektiğini vurgulamıştır (Nielsen: § 73). Buradan, sözleşmeci devletlerin, velayet hakkına sahip ebeveynlerin bu hakkı çocukların lehine kullanmalarını denetlemekten sorumlu olduğu anlamını çıkarmak pek de yanlış olmayacaktır.

Olsson davasında (**Olsson v. Sweden**, yukarıda geçen), zihinsel yavaşlıkları bulunan anne babanın yeterli bakım ve eğitim vermedikleri çocuklarının kamu makamları tarafından koruma altına alınmaları ve korumanın sürdürülmesi söz konusudur. Çocukların, anne babanın yanından polis marifetiyle alınmış oldukları gerekçesiyle kötü muameleye maruz kaldıkları şeklindeki iddiaları mevcuttur. Ancak AİHM, çocukların ebeveynleri tarafından sunulan yaşam kalitesinin hiç de iyi olmadığına dair başvurucunun kendisinin de ikrarı olduğuna işaret ederek (Olsson: § 80), bu nedenle çocukların daha iyi bir imkâna kavuşturulması için kamu makamlarınca koruma altına alınmalarının 3. madde bakımından hiçbir ihlale sebep olmadığına karar vermektedir (Olsson: § 86).

AİHM’nin önüne çocuklara verilen cezalara ilişkin gelen ve diğer unsurlarıyla da birçok dava için referans olarak alınan dava, **Tyrer** davasıdır (Application No. 5856/72, **Tyrer v. U.K.** 25 April 1978). İngiliz hukuk sisteminde o dönem mevcut olan 1927 sayılı Yargılama Yetkisi Kanunu’nun 56 (1) bölümünde yer alan,

“herhangi bir kişi kanuna muhalif olarak birine saldırır ya da döverse; huzur ve refah bozucu hal ve harekette bulunur ya da provoke edici ifadeler kullanırsa, yargılama

sonucunda 30 poundu geçmeyen para cezasına ya da onun yerine, bunlardan biri olmak üzere, saldırgan erkek çocuk ya da erkek ergen ise kamçılanacaktır.” hükmü gereğince başvuru cezalandırılmış olup (Tyrer: § 11), bu cezaya ilişkin ayrıntılar, 1960 sayılı Yargılama Usul Kanunu’nun 10. bölümünde kullanılacak aletin ne olduğu ile vuruş adedi, 30 Mayıs 1960 tarihli vali vekilinin direktifinde ise çubuğun boyu, çapı vs. bilgileri şeklinde belirtilmiştir (Tyrer: § 12).

AİHM, ada yönetiminin yargısal bedeni (cismani) cezanın adada caydırıcılıkla düzen ve kanunun sağlanması açısından gerekli olduğuna dair yapmış olduğu açıklamaları yeterli bulmamakta ve ortada, müspet ve kati bir ispat gerekliliğinin zorunluluğuna dikkat çekerek; inançlara ve yerel kamu görüşünün kendi başına ispatı meydana getirdiğine itibar etmemektedir. Dahası, yargısal bedeni cezanın yerel kamu düşüncesine göre böyle avantajlarının olduğu düşünülse bile, AİHM önünde bu cezaya başvurulmasından düzen ve adaletin sağlanamayacağına dair bir delil olmadığını ifade etmektedir (Tyrer: § 38).

AİHM, AİHS’nin Başlangıç Bölümü’ndeki “politik geleneklere, ideallere, özgürlük ve hukukun egemenliğine dair ortak mirasa” tam anlamıyla itibar etmenin tüm sözleşmeciler devletlerin yükümlülüğü olduğunu işaret etmektedir. Nihai ve hepsinden önemlisi, adada yargısal bedeni ceza olmadan kanun ve düzenin sağlanamasa bile, AİHS ile uyumlu olduğu anlamına gelmeyeceğini, keza düzen ve kanunun sağlanabilmesi ile ilgili olarak hiçbir yerel ihtiyaç, bu devletlerin hiçbirine, 3. maddeye tezat bir cezanın uygulanmasına yetki veremez (Tyrer: § 38). Bu nedendir ki; başvurucuya uygulanan bedensel ceza, AİHS’nin yasaklamış olduğu muamele ve cezalar kapsamında algılanmaktadır (Tyrer: § 39).

Çocukların disipline edilmesi amacıyla verilen bedensel cezaya bir başka örnek de, **Y.** davasıdır (Application No. 14229/88, **Y. v. The U.K.**, 29 October 1992). Her ne kadar Bölge Mahkemesi, kalçalarına sopa vurmak şeklinde infaz edilen cezanın makul ve uygun olduğunu ve çocukta yarattığı sonuçlarının çok da önemsiz olduğunu iddia etse de (Y.: § 43) AİHK, ergenlik çağındaki bir çocuğa, ister ebeveyni ya da öğretmeni olsun, böyle bir acıya sebep olan cezayı kimsenin

veremeyeceğine dikkat çekmektedir. Kişiyi küçük düşürecek, onu değersiz hissettirecek bu cezanın hiçbir pedagojik faydasının da olmayacağını altını çizerek, özellikle güçlünün zayıfı incitmek üzere uyguladığı gücün (dayak), Hükümet tarafından “küçük pedagojik adli düzenleme” şeklinde okulların menfaatine önermesini de not etmektedir (Y.: § 44). Bu açıdan bakıldığında, yukarıda belirtilen **Tyrer** davasında cezanın, yargısal organ tarafından dayak şeklinde “bir insanın değerine şiddet uygulamasının”, muamele veya cezayı “ağırlaştırın” etkisiyle karşılaştırıldığında benzerlik arz ettiği görülmektedir. Nihayetinde AİHK, bu cezalandırma yönteminin tüm şartlarıyla birlikte, davada değinilen gerekçelerden (Y.: § 36) ötürü, AİHS’nin 3. maddesi bakımından ihlale vardığına karar vermektedir ve özellikle İngiliz hukuk sisteminin, yetki vermesinden dolayı, bu kötü muameleden sorumlu olduğunu da düşünmektedir. Nitekim çocuklarla ilgili olarak bilhassa disipline edici dayak cezalarının verilmesi şeklinde ihlal iddialarına ilişkin davalara ülke bazında baktığımızda, bu saptama daha bir dikkat çekmektedir.

Özgürlüğünden mahrum edilmiş çocukların mevcut durumlarıyla ilgili olarak ise, gerek AİHM, gerekse CPT, bu çocukların en olası olarak kötü muameleye tabi tutuldukları yerlerin, ceza ve tutuk evleri ile polis nezarethanelerin de dâhil olduğu emniyet merkezleri olduğunu ifade etmektedir. Nitekim CPT heyetlerinin yapmış olduğu denetimlerde, çocukların kasten bu yerlerde kötü muameleye maruz kaldıklarına, hatta işkenceye tabi tutulduklarına dair sağlam kanıtların mevcut olduğuna dair, CPT 9. Genel Kurul Raporu’nda açıklama yapmıştır (CPT 9th General Report, CPT/Inf (99) 12: § 23). Belki de en hafif kötü muamele olarak yapılan “pedagojik tokat” bile az rastlanılan bir uygulama olmadığını, alıkoyma koşullarının kötü muameleye varma sebeplerinin arasında görülen kasıttan daha ziyade ihmal ve tedbirsizliğin olması gibi, çocukların yetişkin hem cinsleriyle ya da hastalıklı mahkûmlarla bir arada tutulmalarını da, bu tür istismarın ana hazırlayıcısı olarak gördüğünü yine aynı açıklama içerisinde ifade etmektedir (CPT 9th General Report, CPT/Inf (99) 12: § 24–25).

Yukarıda, özgürlüğünden mahrum edilmiş kişilerin üst aramasına ilişkin belirtilen uygulamanın, küçük düşürücü olmayacak ölçüde ve usulüne uygun olarak

yapılması zorunluluğu, söz konusu aramaların yapılacağı kişilerin çocuklar olması durumunda, daha bir ağır basmaktadır.

Diğer yandan CPT'nin de çocuklara yapılabilecek olası kötü muamelenin önlemi olarak gördüğü (CPT 9th General Report, CPT/Inf (99) 12: § 26), karışık bir şekilde kurumda kadın ve erkeklerin mevcut olması, hem üst araması gibi hassasiyet taşıyan prosedürlerin uygun bir şekilde yapılmasını, hem de kadın ve erkeğin çocukta normallik hissi uyanmasını sağlayabilmektedir. Cezanın kaçınılmaz olarak doğasında bulunan küçük düşürücü ve ızdırap verici yanı da düşünülüğünde, bulunduğu travmadan sıyrılabilmesi için çocukların bu normallik hissine ihtiyacının ne kadar çok olduğu ortadadır.

Yine yukarıda değinilen, kötü alıkoyma şartlarının 3. madde kapsamında ihlale varabildiğine ilişkin olarak, uyuma ve yaşama alanlarının yeterli düzeyde olması, aydınlatma ve havalandırmanın iyi olması, çocuklar için diğer yetişkinlere nazaran daha elzem hale gelmektedir.

Ayrıca, kadınların durumunda belirtileceği üzere, alıkonulan kız çocuklarına hem banyo ve tuvalete, hem de kadın bağı gibi kişisel hijyen ihtiyaçlarına erişim imkanlarının sağlanması, 3. madde kapsamında yasaklanmış eylemlerden olan küçük düşürücü muamele şekliiden algılanmasına sebep olabilmektedir (bkz. Application No. 33394/96, **Price v. The U.K.** 10 July 2001: § 29).

Özellikle daha korunmasız olmalarından ötürü, devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde, suçların çocuğa karşı işlenmesi durumunda, hassas bir bakış açısıyla suçlulara verilecek cezanın daha ağırlaştırılmasında olduğu gibi, AİHM'nin de kötü muamele veya cezaların değerlendirilmesinde, minimum şiddet seviyesinin çocukların lehine göreceli olarak düşürdüğünü söylemek yerinde olacaktır¹.

¹Örneğin TCK'nin 109/f, 103/b-4, 228/2, 234/2 ve 278/3 maddelerinde işlenmesi zaten suç olan fiillerin çocuklara yönelik yapılması, cezayı artırıcı sebep olarak belirtilmiştir.

7.2.5.7. Kötü Muameleye İlişkin Kadınların Durumu

Çocuklarda olduğu gibi, kadınların da yetişkin erkelere nazaran çok daha savunmasız ve kırılgan oldukları bir gerçektir. Özellikle, kamu otoritelerince özgürlüklerinden mahrum edilmiş kadınlar söz konusu olduğunda, bulunduğu alıkoyma koşullarına ait yaşam kalitesi önem arz etmektedir. Aynı şekilde özel gereksinimlerinin sağlanması anlamında, kadın mahkûm ve tutukluların, erkelere nazaran çok daha farklı konumda oldukları ortada olup, sözleşmeci devletlere her türlü gereksinimlerini karşılayacak şekilde yargı sistemlerini düzenleme sorumluluğu yükleyen AİHS (bkz. Application No. 14399/88, **Massa v. Italy**, 24 August 1993: § 31), yargının bir sonucu olarak, özgürlüğünden mahrum edilmiş kişilerin gereksinimlerini karşılamayı da bir sorumluluk olarak vermesi kaçınılmazdır.

Kötü alıkoyma koşullarıyla ilgili olarak yukarıda yine değinildiği üzere, **Price** davasında (Application No. 33394/96, **Price v. The U.K.** 10 July 2001), mahkûm konumundaki yatalak kadının kişisel bakım ve hijyen malzemelerden mahrum kalmasını, bulunduğu yerin soğuk ve yatağının sert olmasını AİHM 3. madde kapsamında ihlal olarak değerlendirirken (Price: § 29–30), kadın olma hassasiyetini göz ardı ettiğini düşünmek hatalı olacaktır. Temizlik ve banyo imkanlarına kolay erişim, kan lekeli giysilerin güvenli bir biçimde atılmasının yanı sıra, kadın bağı ve tampon gibi hijyenik eşyaların sağlanması, jinekolojik kontroller dahil, kadınlara ait (meme ve rahim kanseri) taraması gibi önleyici sağlık hizmetlerinin sunulması gibi kriterlerin üzerinde CPT, özellikle durmaktadır (CPT 10th General Report, CPT/Inf (2000) 13: § 30–33). Bunlarla ilgili olarak § 33'te belirttiği örnek, CPT'nin bu konuda ne kadar hassas bir yaklaşım sergilediğini göstermek açısından faydalı olacaktır: Kadınların kürtajına, diğer özgür kadınlara sağlanan şartların aynı olmasının yanında, hamileliğin önlenmesinin dışında regl sancılarının azaltılması için de kullanılabilen doğum kontrol hapının, kadın mahkûmlara mahkûmiyetin hamileliği azaltan önemli bir etken olması nedeniyle verilmemesi hatalı olacaktır.

CPT, alıkoyma koşullarına dair ölçütleri ele alırken, hem özgürlüğünden mahrum edilen kadınlar, hem de erkekler için kullanmaktadır. Ancak Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde kadınlar, özgürlüğünden mahrum insanların göreceli olarak küçük bir grubunu temsil ettiğinden, devletlerin gözaltındaki kadınlar için özel düzenlemeler yapılması çok maliyetli hale gelmektedir. Bu nedenle de, kadınlar genellikle az sayıdaki yerde (bazen evlerinden ve çocuklarından uzakta) erkek tutuklular için hazırlanmış tesislerde tutulmaktadır. Bu şartlar altında onların güvenli ve makul gözetim şartlarında olmasını sağlamak için özel bir çaba gerekmektedir.

AİHS'den başka, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığı Sona Erdirme Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler Her Türlü Gözaltı ve Hapis Durumunda Olan Bireyleri Korumaya Yönelik İlkeler gibi uluslararası belgeler, kadınların bu durumlarına ilişkin bir takım standartlar getirerek, haklarını güvence altına almaya çalışmaktadır. Ayrıca CPT de, kendi geliştirdiği standartları, bunların tamamlayıcısı olarak sunmaktadır. Nitekim 10. Genel Raporu'nda bu standartlara dair özel bir vurgu yapmaktadır (CPT 10th General Report, CPT/Inf (2000) 13: § 21). Çocuklarda olduğu gibi, gerek üst araması yapılırken hem cinsinin bulunmasıyla uygun standartların sağlanması, hem de kurum içinde kadın ve erkeğin bir arada etrafta görülmesi sonucu "normallik" hissini yaratılması (CPT 10th General Report: § 23), ancak istismarın önlenmesi açısından fiziksel olarak tutuldukları yerlerin erkeklerden ayrılması (CPT 10th General Report: § 24), doğum öncesi ve sonrası bakım imkânı sunulması (CPT 10th General Report: § 26–29) gibi ideal ölçütler, bu standartların arasında yine CPT tarafından vurgulanmaktadır.

7.2.5.8. Kötü Muameleye İlişkin Kendi İsteğinin Dışında Alıkonulan Akıl Hastalarının Durumu

Yukarıda, özgürlüğünden alıkonulan kişilerin almaları gereken sağlık hizmetleri konusunda CPT' nin, bir hekime ulaşma imkânı, eşdeğer tedavi, hastanın onayı ve mahremiyeti, koruyucu sağlık hizmetleri, mesleki bağımsızlık ve mesleki yeterlilik gibi yapmış olduğu saptamalar (CPT 3rd General Report, CPT/Inf (93) 12:

§ 30–77), psikiyatri kurumlarına istem dışı yerleştirilen hastalar içinde geçerliliğini korumaktadır (CPT 8th General Report, CPT/Inf (98) 12: § 26).

Kendi istekleri dışında¹ bir psikiyatri kliniğine yatırılan akıl hastalarına yapılan muamelelerin ihlale varıp varmadığının değerlendirmesi esnasında, ciddi derecede akıl sağlığı bozuk birinden, tutulduğu süre boyunca ne gibi ızdıraba maruz kaldığına dair ayrıntılı ve tutarlı bir açıklama yapmasını beklemenin ne kadar anlamsız olacağı gerçeği öne çıkmaktadır (Application No. 25357/94, **Aerts v. Belgium**, 30 July 1998: § 66). Söz konusu davada, başvuru Lantın'deki psikiyatri kliniğindeki yaşam koşullarının, 3. madde kapsamına girecek yönde Bay Aerts'in sağlığı üzerinde ciddi bir etki yaratmış olduğunu iddia etmektedir. Ancak, AİHM'nin Bay Aerts'in akıl sağlığının oradaki nedenlerden ötürü kötüye gittiğine dair somut bir delile dayanması söz konusu olamamaktadır. Bununla birlikte AİHM, 10 Mart 1993 tarihinde psikiyatristinin tanımladığı asabiyet durumunun Lantın'deki tutukevinin koşullarından kaynaklandığı kabul edilse ve hatta Bay Aerts'in tüm bunlardan nasıl etkilediğini tanımlamadaki zorluğu göz önüne alınsa da, başvuruçunun muzdarip olduğu bu muamelenin insanlık dışı ya da küçük düşürücü olduğu sabit olmadığına karar vermektedir (Aerts: § 66).

Yerleşik tıbbi müdahalelerin işkenceye varması ve özellikle akıl hastalarının kendisine yapılan muameleleri söyleyebilme veya şikâyetçi olma durumunun bulunmamasından ötürü, akıl hastalarının bu algılamayla ilgili rahatsızlıklarından dolayı, kötü muameleye tabi tutulup tutulmadıklarının tespiti oldukça güçleşmektedir (Application No. 10533/83, **Herczegfalvy v. Austria**, 24 September 1992: § 82–83). Uygulanan tedavinin şekli, hastanın tedavisine katkısı, tedavinin o dönem içinde kabul edilen standartlara uygun olması gibi kıstaslar dikkatle değerlendirilmelidir. Ayrıca bunlarla bağlantılı olarak, hastayı zapt etme yöntemleri, dış dünyayla temas imkânı, dışarıdan denetim gibi hususlar da, ihlale ilişkin değerlendirme de, somut

¹“Hastalar ilke olarak tedaviye özgürce ve bilinçli rızalarını verecekleri bir durumda bulundurulmalıdır. Bir kişinin bir psikiyatri kurumuna istem dışı yatırılması, tedaviye hastanın onayı olmaksızın onay verildiği anlamına gelmemelidir. Hastaneye ister gönüllü, ister istem dışı gelmiş olsun, tüm yeterliliğe sahip hastalara tedaviyi veya başka tıbbi müdahaleleri reddetme olanağı sağlanmalıdır. Bu temel ilkedeki tüm sapmaların yasal dayanaklara uygun olması ve sadece açık ve kesin hatlarla tanımlanmış istisnai şartlarda uygulanabilmesi gerekmektedir” (CPT 8th General Report, CPT/Inf (98) 12: § 41).

tespitlerin yapılabilmesini sağlamaktadır (CPT 8th General Report, CPT/Inf (98) 12: § 27).

Kabul etmek gerekir ki; akıl hastalarına uygulanan tedavinin, onu iyileşme sürecine katkı sağlayıp sağlamadığının tespiti, diğer hastalara nazaran oldukça zordur. Hatta bazen bir dönem faydalı olduğu kabul edilebilen bir tedavinin, sonrasında sakıncaları görülüp, uzaklaştırıldığı ya da modifiye edildiği de görülmektedir. Buna en iyi örnek, hala faydalı olup olmadığı tartışılan, ancak günümüzde bir tedavi yöntemi olarak tanınan “elektroşok konvulsif tedavi”dir (EKT). 1930’larda Macar bir doktor tarafından (Van Meduna) tarafından ilaçla şoka sokma şeklinde başlayan bu şok tedavileri, daha sonra İtalyan bir doktor tarafından (Carletti), elektrik akımı verilmesiyle uygulanmaya başlamıştır. Şizofreni ile sara hastalığının birbirine zıt iki hastalık olmasından yola çıkılarak geliştirilen tez nedeniyle, hastaya suni sara krizleri yaratan şok verilerek kasılması sağlanmaktaydı. Tedavinin ilk günlerde işe yaradığının, hatta oldukça etkili olduğunun görülmesinin ardından bu yöntem günümüzde bile kullanılmaya devam etmektedir. İyileştirici yönlerinin olması bir yana, elektrik şoku verilen hastanın kendinden geçecek derecede kasılması, bazen kemiklerinin kırılmasına bile varabilmektedir. Ancak, tıptaki gelişmelere paralel olarak, bu kasılmaları rahatlatarak kas gevşeticilerin ya da genel anestezinin sayesinde, böylesi kötü sonuçların görülme tehlikesi de kalkmıştır. Modern psikiyatri pratiğinde, modifiye EKT olarak artık standart hale gelen tedavinin bu şekilde yapılmamasının, tedaviye yönelik mantıklı bir açıklaması olmayacağı gibi, gerek hasta için, gerekse görevli doktorlar için oldukça onur kırıcı olabilmektedir¹.

CPT, Genel Raporu’nda, EKT’nin, bu işlem için dizayn edilmiş özel bir odada, diğer hastaların gözünden uzakta, bu tedaviyi uygulamak için özel eğitim görmüş personel yapılmasının uygun olacağını ifade etmektedir. Böylelikle, hastanın kendini iyi hissetmesi sağlanabileceği gibi, istenmeyen bir durum söz konusu olduğunda bir müdahaleye de fırsat tanınabilecektir. Ayrıca, yapılan tüm işlemlere

¹Prof. Dr. Musa Tosun’un Depresyon Tedavisinde Elektrokonvulsif Terapinin Yeri “EKT Nedir?” adlı makalesi <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/17/1711mt.pdf> sitesinden alıntı yapılmıştır.

ait kayıtları, özel bir sistemle kaydının tutulması da, hatalı bir uygulama istismarını da ortadan kaldıracaktır (CPT 8th General Report, CPT/Inf (98) 12: § 39).

Akıl hastalarının tedavisiyle ilgili olarak önemli bir diğer husus, standart bir tedavi yönteminin değil de, hastanın durumuna göre çeşitli tedavi yöntemlerinden oluşan geniş bir yelpazenin (grup terapisi, bireysel psikoterapi, sanat, tiyatro, müzik ve sporu da içeren rehabilitasyon gibi) psikiyatri tecrübesi olan uzmanlardan tarafından sunulma imkanının tanınmasıdır (CPT 8th General Report, CPT/Inf (98) 12: § 37). Elbette, tedavinin bir parçası olan psikofarmakolojik ilaçların, ehli kişilerce doğru bir şekilde verilmesi de büyük önem arz etmektedir.

Uygulanan tedavinin, onarma gibi bir amaçtan saparak, hastayı cezalandırmaya varması, kasti kötü muamele kapsamına girmektedir. **Keenan** davasında (Application No. 27229/95, **Keenan v. The U.K.**, 3 April 2001: § 20), gün boyunca asabiyet ve paranoya belirtileri gösteren hastanın durumunun daha kötüleştiği not edilerek, psikiyatri tecrübesi olmayan doktor tarafından, ilaç tablosundaki değişimin buna sebep olabileceğini düşünülüp, önceki tedaviye dönülmesini kararlaştırmıştır. Sonrasında iki hastane görevlisine saldıran Keenan, birini ciddi şekilde yaralamıştır. Saldırıyı müteakip, mobilyası olmayan bir hücreye kapatılmış ve 15 dakikalık nöbetlerle tecrit uygulanmıştır. Bu nöbetlerin kaç kere olduğu bilinmemektedir.

Mark Keenan'ın durumu hakkında etkili bir gözlemin yetersizliği ve tanı ve tedavi üzerine psikiyatrik bilgilendirmenin eksikliği, intihar riski taşıdığı bilinen akli dengesi bozuk birine uygulanan tedavide gözle görülür bir yan etkinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Cezalandırma koğuşunda yedi günlük tecrit ve ilave 28 günlük ceza hükmünden olayın ardından ve cezasının bitimine dokuz gün kala verilmiş olması, onun fiziksel ve moral direncini tehdit etmiştir ki; bu davranış akli dengesi bozuk biri olduğu düşünülen, yapılması gereken standartlara uygun değildir. Bu açıdan AIHM, yapılan muamelenin 3. madde kapsamında insanlık dışı ve küçük dürücü muamele ve ceza olarak değerlendirilmesine karar vermektedir (Keenan: § 116).

CPT, akıl hastalarının zapt edilmesi ile ilgili olarak, hastayı küçük düşürebilecek kötü muamelelerin söz konusu olabileceğine dikkat çekmektedir. Çevresine saldıran ve zarar veren hastaların, zapt edilmesi elbette anlaşılabilir bir tedbirdir.

Ancak, sabitleme bağı, deli gömleği gibi fiziksel zapt etme gereçlerinin, gerekli olmadıkça, hele cezalandırmak amacıyla kullanılması ya da fiziksel zapt etme süresinin gereksiz yere uzatılması, mutlak suretle kötü muamele ve ceza kapsamına girmektedir. Kimi durumlarda fiziksel gereçlerin günler boyunca uygulanmasının, tedavi yönünden hiç bir açıklamasının olamayacağı açıktır (CPT 8th General Report, CPT/Inf (98) 12: § 47–48).

CPT, aynı şekilde bu bağlamda saldırgan ya da “baş edilemeyen” hastaların zapt edilmek maksadıyla izolasyon amaçlı bir odada tek başına kapalı bulundurulmasına da sıcak bakmamaktadır. Modern psikiyatri uygulamalarında hastalara izolasyonun kaldırılmasını öngören bir eğilim belirginleştiği, hatta bu uygulamanın pek çok ülkede kaldırıldığı CPT tarafından dile getirilmektedir. İzole etme şeklindeki bir zapt etme yönteminin de tedaviye yönelik bir katkısının olduğunu söylemek güçtür. O nedenle, özellikle bu yöntemle ceza olarak başvurulması, aynı fiziksel zapt etmelerde olduğu gibi kötü muamele ve ceza olarak kabul görmektedir (CPT 8th General Report, CPT/Inf (98) 12: § 49).

Tüm bunlara bakıldığında, kendi isteğinin dışında bir psikiyatri kliniğine tedavi amaçlı yatırılmış akıl hastalarına yönelik kötü muamelenin sıklıkla, tedavi amacının aşılması, hastayı cezalandırmak noktasında görüldüğünü söylemek hatalı olmayacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış ve algılama yeteneklerinden yoksun akıl hastalarına yönelik, 3. madde kapsamında bir ihlalin en sabit ve somut delillerini bu uygulamalardaki “kasıt” oluşturmaktadır.

7.2.6. Terör Şartlarında İşkence

AIHM, **Selmouni** davasında (Application No. 25803/94, **Selmouni v. France**, 28 July 1999: § 95) olduğu üzere sıklıkla, AIHS'nin 3. maddesinin, demokratik toplumların en temel değerlerinden birisini içerip koruduğunu, öyle ki; çok zor şartlarda, mesela terörizm ve organize suçlara karşı sürdürülen mücadelede bile, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezanın kullanılmasını mutlak olarak yasakladığını dile getirmektedir. 3. madde, AIHS'de ve Ek Protokollerde yer alan birçok maddeden farklı olarak, bir istisna içermediği gibi, bu maddenin bir ulusun varlığını tehdit eden olağan üstü hallerde bile madde 15/2 bağlamında mümkün olan istisna ve bundan yükümlülük azaltma hükmü getirilmediği çeşitli davalarda altı çizilmektedir (Application No. 5310/71, **Ireland v. The U.K.** 18 January 1978: § 163; Application No. 14038/88, **Soering v. The U.K.** 7 July 1989: § 88; Application No. 22414/93, **Chahal v. The U.K.** 15 November 1996: § 79). Soruşturmanın gerekliliği ve özellikle terörizm söz konusu olduğunda, suçla mücadelenin içinde yer alan inkâr edilemez zorluklar AIHM tarafından dikkate alınmakla beraber, kişinin fiziksel bütünlüğü bağlamında, meydana getirilecek korumayı sınırlayamayacağı gerçeği de beraberinde eklenmektedir (Application No. 12850/87, **Tomasi v. France**, 27 August 1992: § 115; Application No. 18896/91, **Ribitsch v. Austria**, 4 December 1995: § 28).

Türkiye'nin özellikle PKK terörü ile gerçekleştirdiği mücadele, Türk Devleti'nin diğer devletlere nazaran AIHS çerçevesinde çok daha dikkatli olmasını gerekli kılmaktadır. AIHS'nin amacına uygun olarak, AIHM'nin sıklıkla dile getirdiği üzere, mücadele şartlarının ne denli çetin ve ne denli meşru olduğu, 3. madde bağlamında sağlanan hakların ihlali yönünde ülkeye bir yükümlülük azaltma imkânı sunmamaktadır. Bölgedeki terör ile mücadele nedeniyle oluşan ihlal iddialarına ait davalara bakıldığında, aynı karakteristik unsurların öne çıktığı görülmektedir.

Örneğin **Selçuk and Asker** davasında (Application No. 23184/94, **Selçuk and Asker v. Turkey**, 24 April 1998), AİHM, başvuruçuların şikâyetçi oldukları dönemde Türkiye'nin güney doğusundaki, güvenlik güçleriyle PKK terör örgütü arasındaki şiddetli çatışmaların yaşandığını ve böyle durumlarda adaletin gerektiği gibi işleminin önüne çeşitli engellerin yer alabileceğini yine dikkate almakla beraber (Selçuk and Asker: § 60), kötü muamele fiilinin hangi gerekçe ile yapıldığını (cezalandırmadan öte, teröristlere yardım ve yataklık edenlere gözdağı verilmesi ya da mülklerinin teröristlerce kullanılmasının önlenmesi bile olsa) dikkate almamaktadır (Selçuk and Asker: § 72). Bununla ilgili istisnanın uygulanmayacağına ilişkin diğer davalar için bkz. Application No. 21987/93, **Aksoy v. Turkey**, 18 December 1996: § 62; Application No. 25801/94, **Dulas v. Turkey**, 30 January 2001: § 52; Application No. 25656/94, **Orhan v. Turkey**, 18 June 2002: § 351.

İnce and Others davasında (Application No. 33325/96, **İnce and Others v. Turkey**, 22 May 2001) olduğu gibi, köy halkının teröristlere lojistik destek verdiği yönünde bir gerekçeyle, eşyaları boşaltıldıktan sonra terk edilen köydeki evlerin güvenlik güçlerince ateşe verilmesini dahi AİHM 3. maddenin ihlali yönünde kabul edilebilir bulmaktadır. Terörist şiddetin hâkim olduğu durumlarda devletin insan hak ve hürriyetleri konusundaki sıkıntılar ve devletin AİHS'den doğan sorumlulukları ile ilgili olarak **Kaya** davası (Application No. 22729/93, **Kaya v. Turkey**, 19 February 1998), bir referans teşkil etmektedir. Hükümet tarafından, devletin güvenlik güçleriyle girdiği çatışmada öldürüldüğü belirtilen ama kasten öldürüldüğü iddiasıyla (Kaya: § 8) kardeşi tarafından AİHK'ye başvuruda bulunulan dava sürecinde çok tipik hataların yer aldığı ve bunların artık çatışmaların yaşandığı terör bölgelerinde karakteristik bir hal aldığı görülmektedir. Örneğin, hukukun genel kurallarından biri olan kanıt bedeninin (corpus delicti) temini ve bunların incelenip araştırılmasının üstün körü yapılması gibi. Zira cesedin incelenmesinin ve doğal otopsi sürecinin eksik yapılması da bir başka benzer karakterini oluşturmaktadır. 11. Protokol öncesi AİHS'nin organlarından olan AİHK, yerel düzeyde yapılan soruşturmada meydana gelebilecek herhangi bir eksiklik durumunda, AİHS'nin 28. maddesinin kendisine verdiği yetki ile o ana kadar toplanan sözlü ve belgesel delillere dayandırarak bir sonuca varabileceğini ifade etmektedir (Kaya: § 38). O nedenle delillerin

değerlendirilmesi konusundaki yaklaşım hayati bir önem arz etmektedir. Her ne kadar makul şüpheden uzak olma ölçütü çerçevesinde, güçlü, açık ve uygun delillerin bir arada bulunması gerektiği dikkate alınsa da, Hükümet, bu delillerin kendisini destekleyecek tarzda elde edilmesini ve tezini güçlendirecek yönde eksiklerin giderilmesini sağlamak durumundadır. Ceset üzerinde yapılan otopsinin kusurlu ve eksik olması, başvuruçunun iddia ettiği koşullar altında kardeşinin öldürüldüğüne dair tüm delillerin makul şüpheden uzak bir şekilde kanıtlandığı sonucuna AİHK'yi götürmesi mümkün olmasa da, Hükümet açısından şüpheleri artırmaktadır.

Güvenlik zafiyeti nedeniyle yapılması gereken araştırma ve incelemelerin ne denli zor olabileceğini AİHK tarafından takdir edilse de, cesedin daha güvenli bölgeye götürülerek, orada, örneğin vücuttaki kurşunlara ilişkin daha geniş bir araştırmanın yapılabileceğini de belirtmektedir (Kaya: § 41). Bu davada olduğu gibi, cesede isabet eden kurşunların sayısının veya hangi uzaklıktan ateş edilmiş olabileceğinin ve ceset veya elbise üzerinde parmak izi ve barut izinin tespit edilebilmesi için herhangi bir girişimde yerel makamların bulunmaması, cesedin bir PKK'liye ait olduğu konusunda hiçbir kuşku ve olayda güvenlik güçlerinin herhangi bir sorumluklarının bulunabileceği olasılığını araştırma gereksinimlerini duymadıkları izlenimi vermektedir (Kaya: § 41). Terör şartlarında balistik incelemelerin, barut izi tespitinin, kabul edilmiş standartlara uygun otopsinin yapılmasının ne kadar güç olduğu ortada olup, AİHK'nin asıl vurgu yaptığı nokta; başta cumhuriyet savcılarının olmak üzere yerel makamların kendilerine bildirilen suçları araştırma ödevlerinin bulunduğu terörist bir saldırı sırasında hukuka uygun olarak öldürülen teröristin durumu, yetkili makamlarca yeterli bir araştırma yapılmadığı sürece makul şüpheden uzak bir delilin varlığına dair AİHK'de bir kanaat oluşmadığı gibi, yeterli araştırmanın yapılmamasını başlı başına bir ihlal olarak kabul etmektedir (Kaya: § 62). Kullanılan şiddetin AİHS'de belirtilen amaçlara uygun olduğunu ve orantılı olduğunu ispat etme yükü devlete düşmektedir (Kaya: § 63). Oysa bölgede görülen terör şiddetinin doğası gereği, ölenlerin terörist olduğuna ve güvenlik güçlerinin terörist bir saldırı karşısında kendilerini korumak zorunda kaldıklarına dair kanaat o kadar ağır basmaktadır ki; yetkili makamlarca

bunun aksine yönelik bir şüphe hâsıl olmadığından bu yönde bir araştırma yapılmasını gereksiz kılmaktadır.

Yine bu dava üzerinden de görülmektedir ki; aslında terör bölgesinde makul şüpheden uzak ölçütte delillerin toplanması ve değerlendirilmesi her zaman mümkün olmayabilmektedir. Kullanılan şiddetin orantılı olması ve AİHS’de geçen amaçlarla uyumlu olması, her zaman ispatı mümkün olgular değildir. Özellikle teröristlerle girilen çatışmalarda, cesedin üzerindeki mermi sayıları, mermilerin giriş çıkış açıları ve çatışma şiddetinin yoğunluğuyla orantılı ele geçirilen ceset sayısı, Hükümet’in bu dava için verdiği ifadesinde de belirttiği gibi, kişinin kasten öldürüldüğüne dair bir delil teşkil edemeyebilmektedir. Cesetteki kurşun sayısı, kendini koruma içgüdüsüyle güvenlik güçlerin kullandığı ağır silahlarla açıklanabildiği gibi, saldırgan durumunda olmayan birinin yaylım ateşine tutulduğu yönde bir şüpheye de sebep verebilmektedir. Yine, mermilerin giriş ve çıkış açıları, pusuların özelliğinden dolayı yeri geldiğinde birkaç metreye kadar inen ateş mesafesi ile açıklanabildiği gibi, bir infaz şüphesini de beraberinde getirebilmektedir. Özellikle bu davada görüldüğü gibi, yoğun ateşe rağmen sadece bir cesedin ele geçirilmiş olması, şahsın terörist değil de, şüphelenilen biri olduğuna dair akıllarda soru işareti bıraksa da, bu çok zorlama bir şüphe olacaktır. Nitekim PKK terör örgütünün moral açıdan güçlü kalmak ve bunun propagandasını yaptırmamak için çatışmaların ardından geri çekilme esnasında cesetlerini de beraberinde götürdükleri bilinmektedir. Aksi dahi olmuş olsa, ceset sayısı her zaman çatışmanın şiddetine paralellik arz etmek zorunda değildir. Örneğin yine Türkiye’nin güneydoğusunda meydana gelen terörist çatışmalarda olduğu gibi, şayet pusu tarzında bir çatışma vuku bulursa, çatışma her ne kadar yoğun yaşanırsa yaşansın, pusu atanın, pusuya karşı koyana nazaran inisiyatif üstünlüğü nedeniyle ele geçirilen ceset sayısı hiç de çatışmanın şiddetiyle uyumlu olmayabilecektir.

Ancak, tüm bunlara rağmen, her ne kadar makul şüpheden uzak olma ölçütünde birer delil teşkil etmeyebilecek dahi olsa, şartların müsaade ettiği ölçüde uluslararası standartlara uygun otopsilerin yapılması, delillerin ele geçirilip değerlendirilmesi yönünde araştırma ve incelemelerin yapılması elzemdir. Aksi takdirde, makul şüpheden uzak delil düzeyine ulaşmak için güçlü, açık ve uygun

delillerin bulunmaması, terörle mücadele gibi haklı bir amacı da olsa, devletin elini zayıflatabilmektedir. Nitekim kullanılan şiddetin amaca uygun ve orantılı olduğunu kanıtlamak yükü, AİHS'nin yüklediği sorumluluktan ötürü yine devlete aittir (Application No. 22729/93, **Kaya v. Turkey**, 19 February 1998: § 63).

Diğer yandan, 285 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname (KHK)'nin 23. maddesinde güvenlik güçlerine ve silahlı kuvvetlere görevlerini yerine getirirken bu KHK'nin çizdiği sınırlar dâhilinde silah kullanma yetkisi vermektedir. Dolayısıyla güvenlik güçleri, teslim ol çağrısına uymayan veya buna ateşle karşılık veren veya kendilerini meşru müdafaa durumunda bırakan bir kişiye ateş etme yetkisine sahiptir. Ayrıca TCK, meşru müdafaa ile ilgili hükmünde, gerek kendisinin, gerek başkasın nefesine veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu ortadan kaldırma zaruretinin kaçınılmaz olduğu durumlarda, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemeyeceğine değinmektedir. Olayın bu şekilde olduğuna dair delillerin temin edilmesi ve en azından temine yönelik çabaların sergilenmesi dahi AİHM önünde Hükümet lehine dikkate alınmaktadır.

Yine terörle mücadele kapsamında alınan tedbirler ile ilgili olarak, AİHM'nin hassasiyetine ilişkin, **Ateş** davası da (Application No. 28292/95, **Ateş v. Turkey**, 22 April 2003) oldukça ilginçtir. Adı geçen davada, sivillerin köylerini terk etmesine yönelik yetkililerin eylemlerinden kaynaklanan ev, özel eşya ve servetin yıkımı söz konusudur ve AİHM, mağdurun “duygusal ızdırıp” çekmesi nedeniyle bile, 3. maddenin ihlal edildiğine hükmedebilmektedir (Aynı şekilde bkz. Application No. 31845/96, **Dilek v. Turkey**, 17 June 2003: § 8–11).

Selçuk and Asker davasında (Application No. 23184/94, **Selçuk and Asker v. Turkey**, 24 April 1998) ise AİHM, güvenlik görevlilerinin önceden tasarlanmış bir şekilde kasti olarak ev yakma fiilini, başvurucuları hor görerek ve duygularına aldırmaksızın, hazırlıksız oldukları bir zamanda kişisel eşyalarından mahrum, yardım ve barınaktan yoksun bir şekilde onları, evlerinin yanısını çaresiz seyretmek zorunda bırakmaları, özellikle Bay Kaya'nın yaşı ve dermansızlığı, evinin yakılmasını çevreleyen süreçte bunu engellemesi için güvenlik güçleri komutanına

yalvarma durumuna düşürülmesi gibi davanın tüm şartlarıyla değerlendirerek 3. madde ihlaline karar vermiştir (Selçuk and Asker: § 67 ve 70). Burada davaya konu kötü muamelenin 3. maddenin sınırları içerisinde kalmasını sağlayan ağırlık düzeyini, özellikle başvuru evlerinin yıkılış biçimi ve kişisel durumları olmuştur (Selçuk and Asker: § 71). Hatta mülkin yıkılmasının altında yatan sebep, terör gibi çok çetin şartların hâkim olduğu dönemlerde (failleri cezalandırma kastı olmaksızın) gözdağı vermek ya da teröristlerce bu evlerin kullanımını önlemek bile olsa, yapılan kötü muameleyi kesinlikle meşru kılmamaktadır (Selçuk and Asker: § 72).

7.2.7. İşkence Yasağı Kapsamında Kayıp Vakaları

Kişinin, devlet otoritesinde kayıt dışı olarak alınması sonucu ortaya çıkan tablo kayıp vakalarını oluşturmakta olup, çoğunlukla bu kişinin öldüğünün teyit edilmesi ya da kişinin akıbetinin meçhul olarak kalması şeklinde sonuçlandırılmaktadır. Kayıp vakalarının AİHS'nin 3. maddesi bağlamında bir ihlale varmasının değerlendirilmesiyle ilgili olarak, kayıp kişinin onurunun nasıl etkilendiği veya ailesinin bundan ne şekilde etkilendiği soruları öne çıkmaktadır. Nitekim AİHM kişinin kaybedilmesini “özgürlükten yoksun bırakma” şeklinde algılayarak ele almaktadır. Kişi hakkında herhangi bir kaydın tutulmayışı ve anlatımların tamamen görgü tanıklarının ifadesine dayanması, kişinin kötü muameleye kalmış olabileceği noktasında sadece bir spekülasyondan ibaret olabilmektedir (Application No. 23657/94, **Çakıcı v. Turkey**, 8 July 1999: § 50–51). Ancak, spekülatif olarak kabul edilen kayıp kişinin acısının yanında, kaybolma zarfında ailesini de derin bir ızdıraba maruz kalma olasılığı, AİHM tarafından göz ardı edilmemektedir. **Kurt** davasında (Application No. 24276/94, **Kurt v. Turkey**, 25 May 1998), başvuru, oğlunun gözaltına alındığına yönelik kesin bir inançla oğlunun kaybolmasını müteakip Cumhuriyet Savcısı ile temaslarda bulunmuştur. Oğlunun köyde tutuklandığına şahit olmasının ardından, akıbeti hakkında ciddi bir şekilde endişe duymaya başlamıştır (Kurt: § 39 ve 42). Ancak, Cumhuriyet Savcısı başvuranın şikâyetini ciddi bir şekilde

ele almamış, bunun yerine jandarmaların başvuruçunun oğlunun PKK tarafından kaçırıldığına yönelik varsayımına itibar etmeyi yeğlemiştir. Tüm bunların sonucunda, akıbeti hakkında endişe duyduğu ve çocuğunun durumuyla ilgili olarak yetkililerde resmi hiçbir bilginin olmadığını bilmenin acısıyla uzun süre baş başa bırakılıştır (Kurt: § 130–133). Kayıp vakalarında yaşanan bu acı ve ızdırabın, minimum şiddet eşiğine varması (bkz. Application No. 15576/89, **Cruz Varas and Others v. Sweden**, 20 March 1991: § 83) nedeniyle, AİHM, 3. maddenin ihlaline karar vermektedir (Kurt: § 134).

Bilgi alamayışın yarattığı acıyla baş başa kalan kişinin bu ızdırabının giderilmeye çalışılması yönünde yukarıda olduğu gibi (Kurt: § 134), devletin yetkili mercilerince herhangi bir adımın atılmayışı ya da bu acı sürerken, yetkililerin rahat tutum sergileyişi, şüphesiz durumu daha vahim hale getirmektedir.

Ancak AİHM, kayıp vakalarında, kayıp kişilerin aile bireylerinin 3. maddeye aykırı bir muamelenin mağduru olduğuna dair bir “genellemenin” yapılmaması gerektiğine dikkat çekmektedir (Application No. 23657/94, **Çakıcı v. Turkey**, 8 July 1999: § 98).

Bir aile bireyinin mağdur olup olmadığı konusu, başvuranın maruz kaldığı sıkıntıya, hakları ihlal edilen mağdurların akrabalarının kaçınılmaz olarak yaşadıkları duygusal çöküntüden daha farklı bir boyut ve şekil kazandıran özel faktörlerin varlığına bağlı olmaktadır. İlgili faktörler, aile bağlarının yakınlığını içermektedir: bu bağlamda, aile-çocuk bağına, ilişkilerin özel durumlarına, aile bireyinin söz konusu olaylara ne kadar tanık olduğuna, aile bireyinin kayıp şahıs ve makamların sorulara verdikleri cevaplar hakkında bilgi edinmek için ne kadar çaba gösterdiğine belirgin bir ağırlık verilmektedir. AİHM, böyle bir ihlalin özünün, aile bireyinin "kaybolması" ile değil, yetkililerin dikkatine sunulduğunda “gösterdikleri tepki ve davranışlarla” ilgili olduğunu vurgulamaktadır (Çakıcı: § 98).

Bu davada, başvuran, kayıp şahsın erkek kardeşidir. **Kurt** davasındaki (Application No. 24276/94, **Kurt v. Turkey**, 25 May 1998: § 130–134) başvuranın

aksine, güvenlik güçleri başvuranın kardeşini götürdükleri zaman, başvuran, başka bir yerde kendi ailesi ile birlikte yaşadığı için, olay yerinde değildir. Başvuran, yetkililere başvuruda bulunup sorular yöneltirken bu görevi tek başına yüklenmemiştir; babası Tevfik Çakıcı 22 Aralık 1993 tarihinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Yetkililerin verdiği yanıtların neden olduğu ağırlaştırıcı detaylar bu davada AİHM'nin dikkatine sunulmamıştır. Tüm bu gerekçelerden ötürü, başvuruçunun, **Kurt** davasındaki başvuranın acısına benzer bir ızdıraba maruz kalmadığı ortadadır ve bu davada AİHM, 3. madde kapsamında kötü bir muamelenin yapıldığını tespit etmemektedir (Çakıcı: § 99).

7.2.8. Olası Mağduriyet Durumu ve Sınır Dışı Etme

AİHM'nin yerleşmiş içtihadına göre, bir kişi, 3. maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşma tehlikesi altında sağlam gerekçelerle bulunuyorsa, AİHS'ye göre sorumluluğu altında bulunduğu devlete karşı potansiyel (olası) mağdur durumundadır. **Jabari** davasında (Application No.40035/98, **Jabari v. Turkey**, 11 July 2000), bu durum çok açık bir şekilde görülmektedir:

Uluslararası Af Örgütü'nün 1999 yılı raporunda İran'da zina suçuna verilen cezanın falaka, kırbaç ya da taşlanarak idam (recm) cezası şeklinde olduğu (Jabari: § 31), aynı şekilde 25 Şubat 2000 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Dış İşleri Bakanlığı'nın açıkladığı İnsan Hakları Uygulamalarına İlişkin 1999 Ülke Raporlarının İran hakkındaki bölümünde de recm ve falaka dâhil olmak üzere çok sert cezaların verildiği belirtilmektedir. Üstelik İslami Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde, zina suçu işleyenlerin recm cezası ile cezalandırılacağı açıkça ifade edilmektedir (Jabari: § 32).

Tüm bu nedenlerden dolayı, zina suçunun cezasından korktuğu için ülkesinden kaçan İranlı kadın Jabari'nin sınır dışı edilecek olması onu potansiyel (olası) bir mağdur durumuna sokmaktadır. Çünkü bu suçundan dolayı ülkesinde

yargılanıp, yukarıdaki belirtilen cezalara çarptırılacağı kuvvetle muhtemeldir. Ortada sağlam gerekçeli bir öldürülme korkusu mevcuttur (Jabari: § 34). Aşağıda, sınır dışı etme eylemi ile ilgili davada (Application No. 14038/88, **Soering v. U.K.**, 7 July 1989) olayın mağduru için de olası mağduriyetin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.

Yukarıda **Jabari** davası (Application No.40035/98, **Jabari v. Turkey**, 11 July 2000) örneğinde, İran devletince zina suçuna istinaden verilen cezaların işkence ya da insanlık dışı veya onur kırıcı olduğuna dair uluslararası belgelere değinilmişti (Jabari: § 31 ve 32). Türkiye açısından bakıldığında, Türkiye 1951 tarihli Mültecilerin Statüsü ile İlgili Cenevre Sözleşmesi'ni ve ona bağlı 1967 tarihli Protokolü onaylamış olup, Sözleşme uyarınca sığınmacı statüsünün verilmesini Avrupa'dan gelenler ile sınırlamak amacıyla, "coğrafi tercih seçeneğini" uygulamaktadır. İnsani nedenlerle, Avrupa dışındaki ülkelerden gelen ve üçüncü bir ülkeye yerleştirilene kadar kendilerine Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nce "sığınmacı" statüsü verilen kişilere Türkiye, geçici ikamet izni vermektedir (Jabari: § 26).

Ayrıca İç İşleri Bakanlığı'nın 20 Kasım 1994 tarihinde Mülteciler veya Üçüncü Bir Ülkeye Yerleştirilecek Olanlar ile İlgili Yönetmeliği de mevcut olup, bu yönetmeliğe göre, Türkiye'ye sığınma aramak için gelen yabancılar Türkiye'ye gelişlerinden itibaren 5 gün içinde polise bildirim yapmak zorundadırlar (Jabari: § 27). Bu süreyi ihlal edenler sınımacı olarak kabul edilmektedir (Jabari: § 28). Bu nedenle İç İşleri Bakanlığı, kendisine ulaşan sığınma başvurusunu, 1951 Cenevre Sözleşmesi uyarınca yüklendiği sorunluluklar açısından değerlendirmekte, Dış İşleri ve ilgili bakanlıkların da görüşünü almak suretiyle, talepleri kabul edilmeyen yabancıları yerel makamlar tarafından sınır dışı edilmektedir (Jabari: § 29).

İran'da zina suçuna karşılık verilen cezaların şiddeti, gerek Uluslararası Af Örgütü'nün, gerekse Amerikan Dış İşleri Bakanlığı'na ait 1999 tarihli Ülke Raporlarında açıkça vurgulanmıştır. Başvurucu, AIHM'nin yerleşmiş içtihatlarına dayanarak, İran hukukunda zina suçuna verileceği öngörülen falaka, kırbaç ya da

recm cezalarının 3. madde bağlamındaki yasaklanmış muamele tarzları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve ortada sağlam gerekçeli bir öldürülme korkusunun mevcut bulunduğunu iddia etmektedir (Jabari: § 34–35).

Hükümet, başvuruçunun 1994 tarihli Sığınmacılara İlişkin Yönetmelik gereği öngörülen beş günlük süreye uymamasını, sınır dışı etme kararının bir gerekçesi olarak sunmasına (Jabari: § 36) ve AİHS ve Protokollerinden bağımsız olan “siyasi iltica” ve yabancıların ülkeye girişi, ikameti ve sınır dışı edilmelerini düzenleme hakkı (uluslararası anlaşmalarla yüklendikleri sorumlulukları saklı kalmak üzere) ülkelerin kendi hükümlerleri olarak AİHM’ce kabul edilmesine rağmen, AİHM sınır dışı edildiği takdirde kabul eden ülkede 3. maddeye aykırı muameleyle karşılaşma tehlikesi bulunmaktaysa, sınır dışı etme işleminin 3. madde uyarınca bir soruna yol açabileceğinden dolayı bu durumu AİHS’ye göre devletin sorumluluğu olarak görmekte ve 3. madde söz konusu kişinin o ülkeye sınır dışı edilmesi yasaklamaktadır (Jabari: § 38).

Başvuruçunun, üçüncü bir ülkeye sınır dışı edildiği takdirde o ülkede 3. madde tarafından yasaklanmış bir muameleye maruz kalacağına dair iddiası (Jabari: § 39) ve 1994 Mülteciler Yönetmeliği’nce öngörülen koşulların başvuruçunun tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle sınır dışı edilmesinden kaynaklanan korkularının gerçek nedeni titiz bir şekilde irdelenmesi gerekirken, Ankara İdare Mahkemesi’nce sınır dışı edilme kararı, daha zorlayıcı bir sorun olan başvuruçunun korkuları bakımından değil de, şekli bir yasallık bakımından değerlendirilmiştir (Jabari: § 40).

Tüm bu nedenlerden dolayı, başvuruçunun iltica başvurusunun reddi kararını temyiz etme olasılığı tanımamasından dolayı 13. maddenin ihlaline ve sınır dışı edilmesi durumunda da 3. maddenin ihlali olasılığına AİHM karar vermiştir (Jabari: § 50).

AİHS’nin potansiyel olarak ihlal edildiğini veya edilmediğini açıklamak, normal şartlarda AİHS organlarının görevi değildir. Ancak; **Soering** davasında (Application No. 14038/88, **Soering v. U.K.**, 7 July 1989) olduğu gibi, bir

başvurucu, kendisinin iade edilmesine dair bir kararın yerine getirilmesi halinde, iadeyi talep eden ülkedeki önceden görülebilir sonuçları nedeniyle AİHS'nin 3. maddesine aykırı olacağını iddia etmesi halinde, katlanılacağı iddia edilen riskin ağırlığı ve onarılmaz niteliği karşısında, AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin öngördüğü koruyucunun etkililiğini sağlamak için (Soering: § 87), bu prensipten ayrılmaktadır (Soering: § 90).

Sözleşmecî devlet tarafından bir kaçağın iadesine dair verilen bir karar, AİHS'nin 3. maddesi bakımından bir mesele ortaya çıkarabilir ve söz konusu kişinin iade edilmesi halinde iade talep eden ülkede gerçekten işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulma riskiyle karşılaşacağına inanmak için önemli sebeplerin bulunduğu gösterilmiş ise, o devletin sorumluluğunu doğurabilir. Böyle bir sorumluluğun kanıtlanması kaçınılmaz olarak, iadeyi talep eden ülkedeki koşulların, AİHS'nin 3. maddesi karşısındaki durumunun bir değerlendirmesini içerir. Bununla birlikte, iadeyi alan ülkenin, genel uluslararası hukuka veya AİHS'ye veya başka bir metne göre sorumlu olup olmadığı hakkında bir yargılama veya kanıtlama sorunu söz konusu değildir. AİHS'ye göre karşılaşılan veya karşılaşılabilecek olan sorumluluk, bir bireyi yasaklanmış olan kötü muameleyle maruz bırakma şeklinde doğrudan bir sonucu bulunan bir işlemi yapmış olması nedeniyle, iade eden sözleşmecî devletin karşılaşacağı sorumluluktur (Soering: § 91).

İşkenceye karşı duyulan nefret, Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 3. maddesinde "hiç bir taraf devlet, bir kimsenin diğer bir devlette işkence tehlikesine maruz kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunması halinde, bu kimseyi... iade edemez", denilmek suretiyle gösterilmektedir. İşkence yasağıyla ilgili özel bir yükümlülüğün konuya özgü bir anlaşmada ifade etmesi, benzer bir temel yükümlülüğün, AİHS'nin 3. maddesinin genel ifadesinde içkin olmadığı anlamına gelmemektedir. İşlendiği iddia edilen suç ne kadar tiksindirici olursa olsun, bir sözleşmecî devletin bir kaçağı, işkence tehlikesine maruz kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunduğu bir diğer devlete bilerek teslim etmesi, AİHS'nin Başlangıcında belirtilen "siyasal gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun

üstünlüğü bakımından ortak miras" şeklindeki AİHS'nin temel değerleriyle bağdaştırılması pek mümkün değildir. Bu şartlarda bir iade, AİHS'nin 3. maddesinin özlü ve genel ifadesinde açıkça söz edilmemiş olmakla birlikte, bu maddenin ruhuna ve anlamına tamamen aykırı düşmektedir. AİHM'ye göre bu şekilde bir suçluyu iade etmeme yükümlülüğü, kaçağın, iadeyi alan devlette AİHS'nin 3. maddesinde yasaklanmış olan bir insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayla karşılaşma riskinin bulunduğu halleri de kapsamaktadır (Soering: § 88).

Cruz Varas and Others davasında ise (Application No. 15576/89, **Cruz Varas and Others v. Sweden**, 20 March 1991), İsveç'ten siyasal sığınma talebinde bulunan ve ailesiyle birlikte Şili'ye geri gönderilen başvurucu, iade edildiği ülkeye döndükten sonra, travmadan kaynaklı stres hastalığının ve akıl sağlığının daha da kötüye gittiğini iddia ederek şikâyetçi olmaktadır. AİHM, şahsın daha önce de bu hastalıklardan muzdarip olduğunu ve korkularına dair herhangi esaslı bir dayanağın olmadığını tespit ederek, AİHK'nin tedbir kararına (Commission Decision: 7 December 1989, p. 4) rağmen, sınır dışı edilme eyleminin minimum şiddet eşliğini bu dava için geçmediğine karar vermektedir.

DÖRDÜNCÜ KESİM

GENEL DEĞERLENDİRME

8. BULGULAR, ÖNERİLER VE GENEL SONUÇ

Çalışmanın bu bölümünde genel bir değerlendirme yer almaktadır. Değerlendirme, tespit edilen hususların bulgu olarak ortaya konulması, bunlara ilişkin yapılabilecek öneriler ve nihayetinde çalışmanın özeti mahiyetinde genel bir sonuç şeklindedir.

8.1. Bulgular

Nerdeyse tüm dünya devletlerinin ulusal hukuk sistemlerinde, işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezalar yasaklanmış olmasına rağmen, yine de sıklıkla bu yasağın ihlal ediliyor olması, aslında bir bakıma devletlerin yasaklanmış olan bu muamele veya cezalara bakışını da ifade etmektedir. Eski Çağlardan bu yana, bir nevi hakkın alınması ya da adaletin hemen tecelli etmesi olarak benimsenen durumun, günümüz dünyasında da hala, azalmış da olsa benzer şekilde devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dünya savaşlarının acı sonuçları karşısında, ulus üstü bir gücün çatısı altında temel hak ve özgürlüklere sahip bir şekilde huzur ve refahı arayan devletlerin bile insan hakları karnesine bakıldığında, bu daha iyi anlaşılmaktadır. Üstelik İngiltere gibi, demokrasinin beşiği kabul edilen ülkelerde bile tablonun değişmemesi durumun ciddiyetini gözler önüne sermektedir.

Elbette, insan hak ve hürriyetleri konusunda sürekli kendini yenileyen, adeta her geçen gün üzerine bir tuğla daha ekleyen tekâmülün (gelişme) varlığı inkâr edilemez. Ancak, bu tekâmül de beraberinde standartlık ihtiyacına paralel olarak,

gelen noktada çıtanın altında kalanların denetlenmesini şart koşmaktadır. Başta AİHS olmak üzere, diğer ulusal belgelerin ortaya çıkma sebebi işte böyle bir zarurettir.

AİHS ve onun yargı organı olan AİHM, devletlerin insan hakları karnesini denetleyen ama aynı zamanda olunması gereken noktayı da işaret eden ve öğreten yönüyle, denilebilir ki; günümüz dünyasının hak ve hürriyetler konusunda hem bir pusulası, hem de sapma olduğu noktada ikaz eden bir sigortasıdır.

AİHM kararlarının incelenmesi sonucunda, belki de en dikkat çeken ülkenin Türkiye olduğu görülmektedir. Türkiye aleyhine açılan davaların büyük çoğunluğunun kabul edilebilir bulunması ve Türkiye'yi tazminata mahkûm etmesi, diğer sözleşmecî devletler ile kıyaslandığında şaşırtıcı boyuta varmaktadır. Özellikle 3. madde kapsamındaki ihlalleri nedeniyle açılan davlara bakıldığında, bunun çok daha dikkat çekici olduğu görülmektedir.

1993 ve takip eden yıllarda Türkiye'nin güneydoğusunda meydana gelen faili meçhul cinayetler ile ilgili AİHM nezirinde açılan davalarda göstermiş olduğu tutum başta olmak üzere, yargılama süreci boyunca Hükümet'in göstermiş olduğu tutum ve yaklaşım, AİHM'ce ihlal davalarının aleyhine sonuçlanmasının başlıca sebepleri arasında görülmektedir. AİHS'nin 38. maddesinde düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olması, genellikle ihlallerin temelini oluşturmaktadır (Application No. 27244/95, **Tepe v. Turkey**, 9 May 2003: § 129 vd.).

Kovuşturma makamları arasında, iletişim ve eşgüdüm eksikliğinin yaşanması çoğu kez AİHM'nin yapılanları ihmal olarak değerlendirmesine sebep olmaktadır (**Tepe v. Turkey**, yukarıda geçen: § 178–180). Bu makamları işgal eden görevlilerin, makamların gereklerini yerine getirmede ehliyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın, görev başına getirilmektedir. Aynı şekilde yürütülen soruşturma yapılan bariz usul hataları da bu yönde kararların çıkmasının temel nedenlerinden bir diğerini oluşturmaktadır. Oysa otopsilerin adli tıp uzmanları veya bunların

yokluğunda adli patoloji konusunda uzman genel cerrahlar tarafından yapılması, doğal olmayan şüpheli ölüm olaylarında tam otopsi yapılmadan cesetlerin gömülmemesi gibi, uluslararası ya da bölgesel kurum veya kuruluşların kabul ettiği bazı standartlar (**Tepe v. Turkey**, yukarıda geçen: § 181) Türkiye tarafından da çeşitli düzenlemelerle taahhüt edilmiştir. Örneğin, **H.K.** davasında (Application No.29864/96, **H.K. and Others v. Turkey**, 14 January 2003) H.K.'ye, doktorlar tarafından beyin enfeksiyonu ve vücudunun çeşitli yerlerinde ekimozların tespit edilmesine rağmen otopsi hiç yapılmamıştır.

Yine benzer şekilde Türkiye'nin sıklıkla mahkûm olmasına sebep olan etkenlerden biri de şimdi kaldırılmış olan Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM)'nin teşkiliydi. Bünyesinde her zaman askeri bir hâkimi de barındıran bu mahkemelerin, tarafsız ve bağımsız olamayacağını AİHM tarafından her defasında vurgulanmış (bkz. Application No. 44272/98, **Orhan Kaya v. Turkey**, 5 June 2003: § 29) olmasına rağmen, çok sonraları askeri hâkim üyenin DGM'lerden çıkarılması ve ardından DGM'lerinin lağv edilmesi söz konusu olmuştur. Bu nedenle AİHM, özellikle 6. madde kapsamında ileri sürülen şikâyetleri, DGM önünde prosedürlerin tarafsız ve bağımsız olmadığı gerekçesiyle incelemeye bile gerek görmemiştir.

Belki de bunların içerisinde en ilginç olanı ise, Türkiye'nin AİHM önündeki prosedürlerle titiz bir şekilde ilgilenmemesidir. Başvuru sahibinin tazminat talebiyle ilgili olarak AİHM'nin görüş sorduğu Türkiye'nin cevaplandırması gereken süreçten bir ay kadar sonra cevap vermesi (bkz. Application No. 44272/98, **Orhan Kaya v. Turkey**, 5 June 2003: § 40) örneğinde olduğu gibi, AİHM Türkiye'nin benzer tutumları yüzünden, kararlarında Türkiye'nin cevaplarını dikkate dahi almamıştır. Yine, **Kaya** davasında (Application No. 22729/93, **Kaya v. Turkey**, 19 February 1998), Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, önündeki işlemler sırasında Hükümet'ten otopsi raporuna ekli olan fotoğrafları sunmasını istemesine rağmen teslim etmemiştir (Kaya: § 34). Başvuranın başvuru ehliyetine ilişkin Hükümet'in itirazının AİHK önünde kabul edilebilirlik aşamasında veya daha sonraki aşamalarda ileri sürülmemiş olması (Kaya: § 59), AİHK'ye yapılacak başvuru ehliyeti ve başvurunun geçerliliği konusundaki itirazından kendi isteğiyle vazgeçtiği şeklinde kabul edilmiştir (Kaya: §

60). Aynı davaya yönelik olarak, iki AİHK temsilcisi önünde tanıkların ifadesine başvurulduğunda, çağrılmasına rağmen Lice Cumhuriyet Savcısı ve Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı oturuma katılmamıştır (Kaya: § 37). Yerel düzeyde yapılan soruşturmada meydana gelen bu tür eksiklikler, AİHK (şimdiki adıyla AİHM)'nin varacağı sonuçları AİHS'nin 28. maddesine dayandırması anlamı taşımaktadır. Bu davada da görüldüğü gibi, özellikle terörle mücadele edilen bölgelerde vuku bulan çatışmalar sonucu öldürülenlerle ilgili yetkililerce ayrıntılı bir soruşturmanın yapılmaması, otopsilerin kusurlu ve eksik yapılması ve öne sürülen bir takım iddiaların incelemeye değer bulunmaması (Kaya: § 41), AİHS tarafından güvenceye alınan hakların ihlal edildiği yönde haksız bir intibainın oluşmasına sebep olmaktadır.

Büyük devlet olma iddiasındaki bir ülke olarak,

“halkının vermiş olduğu egemenlik yetkilerini kullanan Türkiye, halkına daha iyi bir hizmet sunabilmek için kullanmakta olduğu araçlardan birisi olan kanuni düzenlemeleri hazırlarken”, tüm dünyaca kabul edilen uluslararası ölçütleri de göz önünde bulundurarak, uluslararası bir seviye ve niteliğe sahip yeni düzenlemeler yaptığında ve bu düzenlemeler doğrultusunda hareket edebilecek görevlileri eğittiğinde, aksi davranışlarda bulunan personele de sebep olduğu zarardan dolayı bu zararı tazmin ettiğinde, üzerine yapışan ve medeni devletlerarasında itibarını zedeleyen kara bir lekeden de kurtulmuş olacaktır¹.

Gerek makamının ehli görevlilere sorumluluk verilmemesi ya da bunların ehliyetlerinin herhangi bir şekilde sorgulanmaması, gerekse soruşturmanın yürütülmesi esnasında çok basit usul hatalarının yapılması Türkiye'nin her yıl yüklü miktarda tazminat ödemeye mahkûm etmeye ve dünya ülkeleri nazarında itibarını zedelemeye yol açmaktadır.

O nedenle, daha önceki AİHM kararlarının içtihatları doğrultusunda, gerekli ulusal düzenlemelerin yapılması ileriye yönelik olabilecek ihlalleri engelleyebileceği

¹Ömer YILMAZ'ın dava çevirisinin ardından yaptığı kişisel yorumundan alıntı yapılmıştır. (Polis Akademisi, **AİHM Kararları Dergisi**, Temmuz 2003:218–219).

gibi, devlet olarak diğer Avrupa ülkelerinin nazarında itibarımızı da koruyacaktır. Avrupa Birliği'ne girmek için kırk yılın üzerinde bir süredir bekleyen ülkemizin ve insanların, özellikle Avrupa ülkeleri tarafından demokrasiyi hala oturtmamış ve geri kalmış bir toplum olarak algılanmamızın temelinde de, bu ihlallerin yattığını söylemek çok da iddialı olmayacaktır.

8.2. Öneriler

Dünya ölçeğinde olduğu gibi, görülmektedir ki; köklü bir demokrasi geleneğine sahip olmayan ülkeler için işkenceyi suç olarak kabul etmek ve buna yönelik iç hukukta yasal düzenlemeler yapmak, başlı başına yeterli olmamaktadır. Suçun tanımını yapmak ve onu yasaklamak, kağıt üzerinde taşıdığı anlamdan öteye geçememektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yargılandığı davaların neredeyse tamamına yakınında mahkûm olan Türkiye buna iyi bir örnektir.

Kamu otoritesince alıkonulma, en sık görülen insan hakları ihlallerinin gerçekleştiği ortam olup, yetkililerin adeta kendilerini devletin esas sahibi olarak görmeleri ve bu anlamda yapılan ihlallerin devlet büyükleri tarafından hoşgörü ile bile karşılanabileceğine olan inanç, insan hakları karnesinin oldukça kötü olmasının ana sebeplerindendir.

Bu noktada, gözaltına alınma sırasında, soruşturmanın zarar görebileceği bahanesinin ardına sığınmadan, tüm gözaltına alınanların, ailesi, avukatı ve doktoru ile derhal görüşebilmesinin sağlanması, en başından itibaren süreçte karanlık kalan hiçbir safhanın olmaması, ihlallerin azaltılmasında oldukça etkili olacaktır.

Benzer şekilde, gözaltına alındığı ilk andan itibaren, hangi gerekçeyle, nerede alıkonulduğu gibi bilgilere kolaylıkla ulaşılabilmesini sağlayacak merkezi kayıt sisteminin kurulması da ihlallerin önünü kesmeye yarayacaktır.

İşkence ve diğer kötü muameleler vasıtasıyla alınan itiraf ve delillerin mahkemelerce geçerli kabul edilmemesi yönünde teamüllerin giderek kemikleşmesi ve tüm kamu yetkililerinin kötü muamelede bulunmamaları yönünde gerçekçi bir eğitim ve öğretim planına tabi tutulmaları, işkenceye karşı hayati öneme haizdir.

Yukarıda da değinildiği üzere, kamu görevlilerinin (özellikle de kolluk güçlerinin) devletin hamiliğine soyunmaları ve devletin yukarı kademelerince kollandıklarına dair bir izlenimin yaratılması, işkence sorununu derinleştirmektedir. Bunun önüne, devletin tazminat ödemeye mahkûm olması durumunda, suçlu bulunan yetkililerden ödenecek tazminatın tahsil edilmesi ve bu kişilerin çok ağır bir şekilde cezalandırılması ile geçilebilecektir. Diğer yandan, kollandıkları hissini doğuran üst düzey devlet yetkililerinin, her fırsatta işkencenin üzerine kararlılıkla gidecekleri yönünde kesin ve net ifadeler kullanması ve takındıkları tavırlarla da bunu göstermesi, oluşan kötü intibainın tamamen yok olmasını sağlayacaktır.

Yine alıkonulmalarla ilgili olarak, teknik anlamda alınacak bazı tedbirlerin ihlalleri oldukça azaltması mümkün olabilecektir. Örneğin gözaltına alınma esnasında kişiye tüm haklarının hatırlatılması, bağımsız bir tabip tarafından özel bir tıbbi muayeneye her sorgu sonrasında tabi tutulması, sorguyla ilgili ayrıntılı kayıtların tutulması (sorgu zamanı ve süresi, sorgucunun kimlik bilgileri ve imzaları, yapılan tıbbi muayenelerin sonuçları gibi), sanığın vermiş olduğu tüm ifadelerin önce avukatı tarafından kontrol edilerek, ancak onun imzasıyla geçerli olabilmesi bu anlamda büyük fayda sağlayacaktır.

Kamu vicdanını rahatsız edecek ölçüde, kimi kolluk güçlerinin ölümle bile sonuçlanmış işkence davalarında yargılanmaları devam ederken halen görevde olmaları, buna rağmen adres yetersizliği gibi basit gerekçelerle mahkemeye çıkartılamamaları, hatta kimilerinin tüm bunlara rağmen terfi ettirilmeleri, yukarıda değinilen kollama hususu ile doğrudan çağrışım yapabilmektedir. Oysa, bu konumdaki görevlilerin hiçbir şekilde devlet görevinde tutulmamaları, hatta suçları sabit bulunduğu takdirde sürekli olarak meslekten uzaklaştırılmaları gerekmektedir.

İşkence yasağı ile ilgili olarak verilen yasal cezaların ağırlaştırılması, benzer açıdan gerekli bir önlemdir. Türkiye'nin mahkûm edilmesine yol açan davalar incelendiğinde görülmektedir ki; suçlular amirlerinin direktifleri doğrultusunda işkence ve kötü muamele yapmak zorunda kaldıklarını beyan ederek, çoğu zaman cezadan kurtulabilmekte, ya da cezasında indirimde gidilmektedir. Konusu suç teşkil eden bir emrin yerine getirilemeyeceği gerçeği de göz önünde tutularak, yapılacak yasal düzenlemelerde bu indirim kaldırılmalıdır.

İşkence mağdurlarının şikâyetlerinin ortak noktası, iddialarını ispat etmek zorunda tutulmalarıdır. Oysa yeminli olarak verilen işkence iddiası durumunda, ispat yükümlülüğünün, mağdurdan kolluk güçlerine verilmesi daha hakkaniyetli olacaktır. Buna ilave olarak, işkence iddiasına ilişkin alınan doktor raporunun özel doktor tarafından tanzim edilmiş olsa bile kabul edilebilecek olması gerekli bir düzenleme olacaktır.

8.3. Genel Sonuç

İnsanın sadece doğuştan insan olmak sıfatıyla kazandığı hak ve hürriyetlerinin, geçmişe bakıldığında sıklıkla gasp edildiği görülmektedir. Birçok sebepten dolayı, bu hak ve hürriyetlerinden mahrum kalmak zorunda kalan insanoğlu, tarihten bu yana sürekli evrime uğrayan hak ve hürriyet algılamasıyla, nihayet dünya savaşlarının da acı sonuçlarıyla, “İnsan Hakları Çağı” denen bir döneme girmiş bulunmaktadır. Birçok hakkın adı bile önceleri dillendirilemezken, şimdilerde vazgeçilemeyen bir unsur haline gelmiştir. Demokrasilerin doğasına uygun olarak, insan hak ve hürriyetleri olarak algılanan hususların kapsamı giderek genişlemektedir. Toplu taşıma, ulaşım, enformasyon, haberleşme gibi ilk başlarda belki bir lüks gibi algılanabilecek hususlar zamanla birer ihtiyaç haline gelmiş ve resmi otoriteden talep edilen haklar olagelmiştir. Üstelik artık hak ve hürriyetlerin denetimi, ulus üstü bir güç tarafından da kontrol edilmeye başlanmıştır. Günümüzde demokrasi ile yönetilmekte olan ülkelerin, medenileşme olarak geldikleri noktayı

işaret etmede, insan hak ve hürriyetlerinin kapsamı ve uygulanma kapasitesi anlamlıdır. Demokratik olarak tanınmak isteyen her devlet, artık evrensel nitelikteki bu hakları tanımak ve en önemlisi korumak ve güvence altına almak zorundadır.

Ancak, gerek ulusal, gerekse ulus üstü boyutta belgelerle yasak edilmiş olmasına rağmen, en büyük insanlık ayıbı olarak kabul edilen işkencenin, sistematik veya münferit olsun çok çeşitli nedenlerle sürüp gitmektedir. “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 onda bedeni ya da ruhi zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi manevi muameleler “ şeklinde özetlenebilen işkenceyi ve benzer niteliklerdeki insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele ve cezaları önlemek amacıyla en kapsamlı bir şekilde faaliyet gösteren kuruluşlar olarak bakıldığında, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) öne çıkmaktadır.

AİHS hükümlerinde işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın mutlak bir şekilde yasaklanmış olması, Avrupa Konseyi’ni oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden birini yansıtmaktadır. AİHS’nin işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi, mağdurun davranışlarına ve olayın şartlarına bakılmaksızın uygulanan kesin ve net hükümler taşımaktadır. Ulusun yaşamının bir “olağanüstü durumla” tehdit edilip edilmediğine, eğer tehdit ediliyorsa, bu olağanüstü durumla baş edebilmek için nereye kadar ileri gitmenin gerekli olduğuna karar vermek, kendi ulusunun yaşamından sorumlu olan sözleşmeciler devletlere düşmektedir. Ulusal Makamlar, günün ihtiyaçları ile doğrudan ve sürekli ilişki içinde olmaları sebebiyle, böyle olağanüstü durumun öncelikleri ve bunu gidermek için yapılacak “yükümlülük azaltmalarının” niteliği ve kapsamı üzerinde karar verirken, genellikle uluslararası yargıçlara göre daha iyi konumdadırlar. Bu nedenle, bu konuda ulusal makamlara -sınırsız olmayan- geniş bir takdir alanı bırakılmaktadır. Ancak diğer yandan, 3. madde hükmü ile yasaklanan hususlar için

hiçbir yerel ihtiyaç, ya da toplumsal hiçbir zaruret hali devletlerin hiçbirine takdir alanı bırakmamaktadır.

AİHS'nin denetim mekanizması konumundaki organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 3. madde ihlali nedenleriyle açılan davalara ve sonuçlarına bakıldığında, kötü muamele veya cezaya ilişkin bir takım temel kavram ve olguların üzerinde yoğunlaşıldığı ve ölçüt olarak dikkate alındığı görülmektedir. Bunların en başında kabul edilen ölçüt, muamele veya cezanın “minimum bir şiddet eşiğine” (minimum level of severity) erişmiş olması zorunluluğudur. AİHM, bu eşiğin değerlendirilmesinde standart bir kalıbın olmadığına, her davanın kendi özel şartları içerisinde bunun değerlendirilmesi gerektiğine özellikle vurgu yapmaktadır. Muamelenin şekli, ortamı, şartları, takınılan tavra, uygulanma süresine, fiziksel veya ruhsal etkilerine ve bazı durumlarda, cinsiyete, yaşa ve mağdurun sağlık durumuna da bağlı olabilmektedir.

Yine AİHM, bir muamele veya cezanın işkence mi yoksa daha hafif nitelikteki insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele mi olduğunu belirlerken, işkenceye özel şiddetin yoğunluğuna dikkat çekmektedir. Yargı sistemlerinde, takdirin göreceli ölçütler doğrultusunda yapılması pek tasvip edilen bir durum olmadığı da bir gerçektir. O nedenle, AİHM içtihatlarında, bu göreceli ölçütlerin yanında, “yeterli şiddette” acı veren muamele veya cezaların, mağdurun içinde bulunduğu şartlar ne olursa olsun, işkence olarak kabul edilebileceğine değinmektedir.

Kasıt ve amaç da işkencenin takdiri esnasında değerlendirilen diğer ölçütler olup, işkenceyi diğer kötü muamele ve cezalardan (insanlık dışı ve küçük düşürücü) ayıran bir özellik “kasıtlı” olarak yapılan bir eylem olmasıdır. “Bilgi veya itiraf elde etmek”, “cezalandırmak”, “sindirmek veya baskı altında tutmak” işkencenin yapılma amaçlarını oluşturmaktadır.

Yine AİHM tarafından ayırım yapılma ihtiyacı duyulan insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele veya ceza arasındaki farka bakıldığında, insanlık dışı

muamelenin, uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve kasıtlı olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleleri kapsadığı, küçük düşürücü muamelenin ise, mağdurda korku, anksiyete ve aşağılık duygusu yaratan ve onları küçük düşürecek, kendilerini değersiz hissettirecek nitelikteki muameleler olduğu görülmektedir.

AİHM, çoklukla ihlal kararlarını, kamu otoritesince alıkoymaların yaşandığı ortamlar için vermektedir. Çünkü gözaltı, tutuk ve cezaevi gibi isteksiz olarak sınırlamalara boyun eğilen yerler, özelliklerinden dolayı ihlallere oldukça müsait yerlerdir. Şüphesiz, özgürlüklerinden yoksun tutulan ve bu nedenle tamamen yetkililerin tasarrufuna bırakılmış herkes istismara açık olmakla beraber, AİHM'nin üzerinde çok daha hassasiyetle durduğu kesim, güçsüz konumlarından ötürü, çocuklar, kadınlar ve kendi istekleri dışında alıkonulmuş akıl hastalarıdır.

Dikkat çeken bir diğer durum ise, hukukun genel ilkelerinden biri olan ispat yükünün, suçu isnat eden makama ait olmasına rağmen, işkence yasağı ihlalinde, suçlanan taraf her türlü gücü elinde bulunduran yetkili makamlar olmasından ötürü, başvuru sahibinin iddialarının “sağlam bir nedene” dayandığına dair AİHM’de bir “çıkarsama” oluştuğunda, suçlanan yetkililerin devletin AİHS’den doğan tüm sorumluluklarını yerine getirip getirmediği yönünde bir ispatı beklenmektedir. Ayrıca AİHM, tarafların delil elde edilmesi sırasındaki tutum ve davranışlarını da gözlemleyerek, “makul şüphe” ile ilgili değerlendirmesinde hesaba katmaktadır.

CPT'nin yapmış olduğu denetimlere ve sonuçlarını yayınladığı raporlara bakıldığında, alıkoyma koşullarında varolan yaşam kalitesi ile özel olarak ilgilendiği görülmektedir. Özgürlüklerinden alıkonulan kişinin, bu süre zarfında muzdarip olabileceği her türlü husus “CPT Standartları” ölçütünde belirlenerek, ilgili ülkelere bildirilmektedir. Alıkoyma yerlerinin ısıtma imkanları, hijyen şartları, uyuma yerlerinin yeterliliği, gıdaya erişim imkanları, dinlenme ve stres atma olanakları gibi hususlar sıklıkla Komite (CPT) tarafından denetlenmektedir.

Türkiye, 1950 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi) imzalamış, 28 Ocak 1987'de bireysel başvuru hakkını, 22 Ocak 1990'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak da sözleşmeye aykırı uygulamalardan dolayı, büyük maddi yükümlülükler altına girmiştir. Günümüzde AİHS'ye aykırı uygulama yapıldığını ileri sürenler, AİHM'ye müracaat etmektedir. Türkiye'nin bütün çabalarına ve İnsan Hakları standartlarını yükseltme gayretlerine rağmen, Uluslararası Af Örgütlerince çıkarılan işkence haritasında halen yer almaktadır. Bugüne kadar AİHM'de işkence ve kötü muamele iddiasıyla açılan bunca dava sonucunda alınan mahkûmiyet kararları, uluslararası kamuoyunda, Türkiye'de işkencenin yaygın ve sistematik olduğu genel kanaatinin yerleşmesine ve pekişmesine sebep olmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar, Makaleler ve Dergiler

- AKÇAM, Taner (1995), **Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence**, İstanbul: İletişim Yayınları.
- ANAYURT, Ömer (2004), **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AVCIOĞLU, Doğan (1987), **Türkiye'nin Düzeni Dün-Bugün-Yarın**, İstanbul: Tekin Yayınevi, Cilt I.
- AYDIN, Hakkı (1997), **İslam ve Modern Hukukta İşkence**, İstanbul: Beyan Yayınları.
- BATUM, Süheyl (1993), **AİHS ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul: İÜHF Yayınları.
- BATUM, Süheyl (1996), **AİHM ve Türkiye**, İstanbul: Kavram Yayınları.
- BECCARIA, M. Cesare (2004), **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), İstanbul: İmge Kitabevi Yayıncılık
- BERKES, Niyazi (1978), **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- ÇEÇEN, Anıl (1995), **İnsan Hakları**, Ankara: Gündoğan Yayınları.
- DEMİRBAŞ, Timur (1992), **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara: AÜ Basımevi.
- ERTEN, Metin (1999), **Nasıl Bir Yerel Yönetim**, İstanbul: Anahtar Kitaplar.
- GIUSPPE, Sabatini (1962), **Poligraf ve Vicdan Hürriyeti**, (Çev. Öztekin Tosun), İstanbul: İÜHFM 1962/2, C. XXVIII.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Gölcüklü, A. Feyyaz, (2003), **AİHS ve Uygulaması**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÖZLER, Kemal (2000), **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi.
- GÜNDÜZ, A. (1993), **Gelişmiş Batı Avrupa Ülkelerinde İnsan Haklarının Korunması Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları**, İstanbul: Türk Kültürüne Hizmet Vakfı Yayınları, 3. Kitap.

- KABOĞLU, İbrahim Özden (1993), **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul: AFA Yayıncılık, yeniden gözden geçirilmiş 3. Baskı.
- KABOĞLU, İbrahim Özden (1998), **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul: Afa Yayıncılık, geliştirilmiş 4. Baskı.
- KAPANİ, Münci (1987), **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, İstanbul: Bilgi Yayınevi.
- KAPANİ, Münci (1993), **Kamu Hürriyetleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Baskı.
- KELLER, Gustav (1990), **İşkence Psikolojisi**, İstanbul: Fırat Yayınları.
- MANTRAN, Robert ve diğ., (1995), “Osmanlı Devletinin Doğuşundan XVIII. Yüzyılın Sonuna”, **Osmanlı İmparatorluğu Tarihi**, (Çev. Server TANİLLİ), İstanbul: Cem Yayınevi, Cilt I, 2. Baskı.
- NAL, Sabahattin (2000), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza”, MHB, Aysel Çelikel’e Armağan, **İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, s. 529–554
- New York Barosu Uluslararası İnsan Hakları Komitesi, (1991), **Türkiye’de İşkence Hukuki Bir Yaklaşım**, İstanbul: Belge Yayınları.
- ORUKA, H. Odera (2002), **Yasal Terörizm ve İnsan Hakları (Silinen Yüzler Karşısında Terör)**, (Çev. Cemal Güzel), Ankara: Ayraç Yayınları.
- ÖZEK, Çetin (1976), **Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar**, İstanbul: Alfa Basım Yayım.
- PİŞKİNSÜT, Sema (2001), **Filistin Askısından Fezlekeye İşkencenin Kitabı**, Ankara: Bilgi Yayınevi.
- REIDY, Aisling (2002), “İşkencenin Yasaklanması”, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No: 6, Ankara: Ankara Açık Cezaevi.
- Polis Akademisi, (2003), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, (Çev. M. Bedri Eryılmaz., Bülent Çiçekli), Ankara: SFN Yayınevi, Cilt II, Sayı 6.
- SCOTT, Ryley George (2003), **İşkence Tarihi**, (Çev. Hamide Koyukan), Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.

SOYSAL, Mümtaz (1986), “Anayasa’ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler” **Anayasa Yargısı**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları
 “Tarih Boyunca İşkence”, (1993, Nisan), **Panorama**, Sayı:109, s. 6–46.

İnternet Adresleri

AKGÜNDÜZ, Ahmet, (Şubat 1997), “Osmanlı Devletinde ve Çağdaşı Olan Diğer Devletlerde İnsana ve Hukuka Saygı”, Osmanlı Devleti’nde İnsana ve Hukuka Saygı, <http://www.osmanli.org.tr/belgelergerceklerikonusuyor-2-97.html>, (5 Aralık 2006).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ECHR), (15 Mayıs 2003) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (ECHR Portal)”, indirilme tarihi: 17 Ocak 2007), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT), (16 Ekim 2006) “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi Yıllık Genel Raporları (CPT Annual General Reports)”, indirilme tarihi: 12 Ocak 2007, <http://www.cpt.coe.int/en/docsannual.htm>.

BAHÇEKAPILI, Nedim, (Tarihsiz), “Gündem–İslam Hukuku’nda Yargı Bağımsızlığı ve Bir Mukayese”, <http://www.akademi.nl/sayi3/dos2.htm>, (28 Kasım 2006).

Bilkent Üniversitesi, (Tarihsiz), “İslahat Fermanı, Tanzimat Fermanı”, Ankara, indirilme tarihi: 17 Eylül 2006, <http://www.bilkent.edu.tr/~genckaya/documents1.html>.

DAVIDSON, Lawrence, (Aralık 2005), “Torture In Our Time”, http://www.logosjournal.com/issue_4.4/davidson.htm, (22 Kasım 2006).

Diyanet İşleri Başkanlığı, (Tarihsiz), “Kuran-ı Kerim ve Türkçe Meali”, Ankara, İndirilme Tarihi: 22 Ekim 2006, <http://www.diyaret.gov.tr>.

FORBUSH, William Byron, (Tarihsiz), “An Account Of Inquisition”, Fox's Book Of Martyrs, <http://www.jesus-is-lord.com/inquis1.htm>, (16 Aralık 2006).

GÖZLER, Kemal, (2000), “Senedi İttifak”, Türk Anayasa Hukuku, <http://www.anayasa.gen.tr/senediittifak.htm>, (10 Ekim 2006).

GÖZLER, Kemal, (2000), “Tanzimat Fermanı: Gülhane Hattı Hümayunu (1839)”, Türk Anayasa Hukuku, <http://www.anayasa.gen.tr>, (10 Ekim 2006).

- Halkın Sesi-TV, (2005, Ocak 12) “Arşiv” Manisa, indirilme tarihi: 22 Aralık 2006, <http://www.halkinsesi-tv.com/arsiv/2005/12Ocak2005.html>
- Kuran Araştırmaları Grubu, (Tarihsiz) “Bir Büyük Uydurma: Recm Taşlayarak Öldürme”, indirilme tarihi: 3 Ocak 2007, <http://www.kurandakidin.net/bolumler/26birbuyukuydurma.htm>.
- MONTEIGNE, Michel de, (1970), “Vicdan Üzerine”, Denemeler, (Çev. Sabahattin Euüboğlu), <http://www.anadolusanat.org/kitaplar/edebiyat/MONTAIGNE.pdf>, (22 Aralık 2006).
- SPIRO, Rabbi Ken, (8 Mart 2001), “King Solomon”, Crash Course In Jewish History, <http://www.aish.com/literacy/jewishhistory/>, (15 Aralık 2006).
- TOSUN, Musa, (Aralık 1999), “Depresyon Tedavisinde Elektrokonvülsif Terapinin Yeri”, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/17/1711mt.pdf>, (30 Mart 2007).
- Türk Dil Kurumu, (2006, 26 Eylül) “Güncel Türkçe Sözlük” Ankara, indirilme tarihi: 3 Ocak 2007, <http://www.tdk.gov.tr>
- YAZIR, Elmalılı Muhammed Hamdi, (Tarihsiz), “Kuran-ı Kerim Tefsiri”, <http://www.kuranikerim.com/telmalili/>, (18 Kasım 2006).

AIHM ve AIHK Kararları

- Application No. 1602/62, **Stogmüller v. Austria**, 10 November 1969.
- Application No. 1936/63, **Neumeister v. Austria**, 27 January 1968.
- Application No. 2689/65, **Delcourt v. Belgium**, 17 January 1970.
- Application No. (joined) 2832/66, 2835/66, 2899/66, **De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium**, 18 June 1971.
- Application No. (joined) 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, **Denmark, Norway, Sweden, the Netherlands v. Greece**, 5 November 1969.
- Application No. 4451/70, **Golder v. The U.K.** 21 February 1975.
- Application No. 5029/71, **Klass and Others v. Germany**, 6 September 1978.
- Application No. (joined) 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, **Engel and Others v. The Netherlands**, 8 January 1976.

- Application No. 5310/71, **Ireland v. The U.K.** 18 January 1978.
- Application No. 5589/72, **Schmidt and Dahlström v. Sweden**, 6 February 1976.
- Application No. 5856/72, **Tyrer v. The U.K.** 25 April 1978.
- Application No. 6038/73, **X. v. Germany**, 11 July 1973.
- Application No. 6232/73, **König v. Germany**, 28 January 1978.
- Application No. 6289/73, **Airey v. Ireland**, 9 October 1979.
- Application No. 6301/73, **Winterwerp v. The Netherlands**, 24 October 1979.
- Application No. 6538/74, **Sunday Times v. The U.K.** 26 April 1979.
- Application No. 6833/74, **Marckx v. Belgium**, 13 June 1979.
- Application No. (joined) 7151/75, 7152/75, **Sporrong and Lönnroth v. Sweden**, 23 September 1982.
- Application No. (joined) 7299/75, 7496/76, **Albert and Le Compte v. Belgium**, 10 February 1983.
- Application No. 7367/76, **Guzzardi v. Italy**, 6 November 1980.
- Application No. 7525/76, **Dudgeon v. The U.K.** 22 October 1981.
- Application No. (joined) 7572/76, 7586/76, 7587/76, **Ensslin, Baader and Raspe v. Germany**, 8 July 1978.
- Application No. (joined) 7601/76, 7806/77, **Young, James, Webster v. The U.K.** 13 August 1981.
- Application No. (joined) 7604/76, 7719/76, 7781/77, 7913/77, **Foti and Others v. Italy**, 10 December 1982.
- Application No. 8130/78, **Eckle v. Germany**, 15 July 1982.
- Application No. 8317/78, **McFeeley and Others v. The U.K.** 15 May 1980.
- Application No. 8463/78, **Möller v. Switzerland**, 9 July 1981.
- Application No. 8562/79, **Feldbrugge v. The Netherlands**, 29 May 1986.
- Application No. 8692/79, **Piersack v. Belgium**, 1 October 1982.
- Application No. 8790/79, **Sramek v. Austria**, 22 October 1984.
- Application No. (joined) 8805/79, 8806/79, 9242/81, **De Jong, Baljet and Van Der Brink v. The Netherlands**, 22 May 1984.
- Application No. 8966/80, **Goddi v. Italy**, 9 April 1984.
- Application No. 8978/80, **X. and Y. v. The Netherlands**, 26 March 1985.
- Application No. 9019/80, **Luberti v. Italy**, 23 February 1984.

- Application No. 9063/80, **Gillow v. The U.K.** 24 November 1986.
- Application No. 9106/80, **Bouamar v. Belgium**, 29 February 1988.
- Application No. 9186/80, **De Cubber v. Belgium**, 26 October 1984.
- Application No. 9214/80, **Abdülaziz, Cabales and Balkandali v. The U.K.** 28 May 1985.
- Application No. (joined) 9626/81, 9736/82, **Duinhof and Duijf v. The Netherlands**, 22 May 1984.
- Application No. 9787/82, **Weeks v. The U.K.** 2 March 1987.
- Application No. 9815/82, **Lingens v. Austria**, 8 July 1986.
- Application No. 9862/82, **Sanchez-Reisse v. Switzerland**, 21 October 1986.
- Application No. (joined) 9940/82, 9941/82, 9942/82, 9943/82, 9944/82, **France, Norway, Denmark, Sweden, Holland v. Turkey**, 6 December 1983
- Application No. 10448/83, **Dhoest v. Belgium**, 14 May 1987.
- Application No. 10465/83, **Olsson v. Sweden**, 24 March 1988.
- Application No. 10496/83, **R. v. The U.K.** 8 July 1987.
- Application No. 10527/83, **Milasi v. Italy**, 25 January 1987.
- Application No. 10533/83, **Herczegfalvy v. Austria**, 24 September 1992.
- Application No. 10581/83, **Norris v. Ireland**, 26 October 1988.
- Application No. 10929/84, **Nielsen v. Denmark**, 28 November 1988.
- Application No. 11105/84, **Huvig v. France**, 24 April 1990.
- Application No. (joined) 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, **Brogan and Others v. The U.K.** 29 November 1988.
- Application No. 11371/85, **Martins Moreira v. Portugal**, 19 September 1989.
- Application No. 11400/85, **Bezicheri v. Italy**, 25 October 1989.
- Application No. 11671/85, **Pugliese v. Italy**, 24 May 1991.
- Application No. 11755/85, **Stocke v. Germany**, 19 March 1991.
- Application No. 11798/85, **Castells v. Spain**, 23 April 1992.
- Application No. 11801/85, **Kruslin v. France**, 24 April 1990.
- Application No. (joined) 12325/86, 14992/89, **Kemmache v. France**, 27 November 1991.
- Application No. 12369/86, **Letellier v. France**, 26 January 1991.
- Application No. 12718/87, **Clooth v. Belgium**, 12 December 1991.

- Application No. 12843/87, **Koster v. The Netherlands**, 28 November 1991.
- Application No. 12850/87, **Tomasi v. France**, 27 August 1992.
- Application No. 12914/87, **Melin v. France**, 22 January 1993.
- Application No. 12945/87, **Hadjianastassiou v. Greece**, 16 February 1992.
- Application No. 12964/87, **Geouffre de la Pradella v. France**, 16 December 1992.
- Application No. 13057/87, **Demicoli v. Malta**, 27 August 1991.
- Application No. 13089/87, **Dobbertin v. France**, 25 February 1993.
- Application No. 13396/87, **Padovani v. Italy**, 26 February 1993.
- Application No. 14038/88, **Soering v. The U.K.** 7 July 1989.
- Application No. 14146/88, **Muti v. Italy**, 23 March 1994.
- Application No. 14229/88, **Y. v. The U.K.** 29 October 1992.
- Application No. 14396/88, **Fey v. Austria**, 24 February 1993.
- Application No. 14399/88, **Massa v. Italy**, 24 August 1993.
- Application No. 14448/88, **Dombo Beher B. V. v. The Netherlands**, 27 October 1993.
- Application No. 14553/89, **Brannigan and McBride v. The U.K.** 26 May 1993.
- Application No. 15299/89, **Chrysostomos and Others v. Greece**, 4 March 1991.
- Application No. 15318/89, **Loizidou v. Turkey**, 23 March 1995.
- Application No. 15576/89, **Cruz Varas and Others v. Sweden**, 20 March 1991.
- Application No. 17549/90, **Hurdato v. Switzerland**, 28 January 1994.
- Application No. 18020/91, **X. v. France**, 31 March 1992.
- Application No. 18896/91, **Ribitsch v. Austria**, 4 December 1995.
- Application No. 19776/92, **Amuur v. France**, 25 January 1996.
- Application No. 20024/92, **Sussmann v. Germany**, 16 September 1996.
- Application No. 20764/92, **Ertak v. Turkey**, 9 May 2000.
- Application No. 20869/92, **Dikme v. Turkey**, 11 July 2000.
- Application No. 20972/92, **Raninen v. Finland**, 16 December 1997.
- Application No. 21893/03, **Akdivar and Others v. Turkey**, 16 September 1996.
- Application No. 21986/93, **Salman v. Turkey**, 27 January 2000.
- Application No. 21987/93, **Aksoy v. Turkey**, 18 December 1996.
- Application No. 22121/93, **Vallee v. France**, 26 April 1994.
- Application No. 22277/93, **İlhan v. Turkey**, 27 January 2000.

- Application No. 22279/93, **Altay v. Turkey**, 22 May 2001.
- Application No. 22414/93, **Chahal v. The U.K.** 15 November 1996.
- Application No. 22496/93, **Tekin v. Turkey**, 9 January 1998.
- Application No. 22729/93, **Kaya v. Turkey**, 19 February 1998.
- Application No. 22947/93, **Akkoç v. Turkey**, 10 October 2000.
- Application No. 23178/94, **Aydın v. Turkey**, 25 September 1997.
- Application No. 23184/94, **Selçuk and Asker v. Turkey**, 24 April 1998.
- Application No. 23186/94, **Menteş and Others v. Turkey**, 28 November 1997.
- Application No. 23531/94, **Timurtaş v. Turkey**, 13 January 2000.
- Application No. 23657/94, **Çakıcı v. Turkey**, 8 July 1999.
- Application No. 23763/94, **Tanrıkulu v. Turkey**, 8 July 1999.
- Application No. 23888/94, **Kremzow v. Austria**, 18 October 1995.
- Application No. 24276/94, **Kurt v. Turkey**, 25 May 1998.
- Application No. 24351/94, **Aktaş v. Turkey**, 24 April 2003.
- Application No. 24724/94, **T. v. The U.K.** 16 December 1999.
- Application No. 24760/94, **Assenov and Others v. Bulgaria**, 28 October 1998.
- Application No. 24888/94, **V. v. The U.K.** 16 December 1999.
- Application No. 25196/94, **Iwanczuk v. Poland**, 15 November 2001.
- Application No. 25357/94, **Aerts v. Belgium**, 30 July 1998.
- Application No. 25498/94, **Messina v. Italy**, 28 September 2000.
- Application No. 25656/94, **Orhan v. Turkey**, 18 January 2002.
- Application No. 25657/94, **Avşar v. Turkey**, 10 July 2001.
- Application No. 25801/94, **Dulas v. Turkey**, 30 January 2001.
- Application No. 25803/94, **Selmouni v. France**, 28 July 1999.
- Application No. 26772/95, **Labita v. Italy**, 6 April 2000.
- Application No. 27229/95, **Keenan v. The U.K.** 3 April 2001.
- Application No. 27244/95, **Tepe v. Turkey**, 9 May 2003.
- Application No. 28292/95, **Ateş v. Turkey**, 22 April 2003.
- Application No. 28308/95, **Yıldız v. Turkey**, 22 April 2003.
- Application No. 28490/95, **Hulki Güneş v. Turkey**, 19 January 2003.
- Application No. 28524/95, **Peers v. Greece**, 19 April 2001.
- Application No. 29359/95, **Saki v. Turkey**, 30 October 2001.

- Application No. 29864/96, **H.K. and Others v. Turkey**, 14 January 2003.
- Application No. 30210/96, **Kudla v. Poland**, 26 October 2000.
- Application No. 31845/96, **Dilek v. Turkey**, 17 January 2003.
- Application No. 33325/96, **İnce and Others v. Turkey**, 22 May 2001.
- Application No. 33394/96, **Price v. The U.K.** 10 July 2001.
- Application No. 33983/96, **Smith and Grady v. The U.K.** 27 September 1999.
- Application No. 40035/98, **Jabari v. Turkey**, 11 July 2000.
- Application No. 40907/98, **Dougoz v. Greece**, 6 March 2001.
- Application No. 44272/98, **Orhan Kaya v. Turkey**, 5 January 2003.
- Application No. 44558/98, **Valasinas v. Lithuania**, 24 July 2001.
- Application No. 50901/99, **Van Der Van v. The Netherlands**, 4 February 2003.