AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İŞKENCE YASAĞI VE YASAĞIN TÜRKİYE'DE UYGULANMASI

KÜBRA KUZUCU

TARAFINDAN

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE
SUNULAN TEZ

KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZİRAN 2019

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜ ONAYI

Doç. Dr. Seyfullah YILDIRIM

Enstitü Müdür V.

Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm şartları sağladığını tasdik ederim.

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ana Bilim Dalı Başkanı

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığını beyan ederiz.

Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN

Danışman

Jüri üyeleri:

1. **Prof. Dr. Ömer ANAYURT**
   AHBVU / Hukuk / Anayasa Hukuku
2. **Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN**
   AYBU / Hukuk / Anayasa Hukuku
3. **Dr. Öğr. Üyesi Ahmet KILINÇ**
   AYBU / Hukuk / Hukuk Tarihi

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her tür kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Kübra KUZUCU

ÖZET

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İŞKENCE YASAĞI VE YASAĞIN TÜRKİYE'DE UYGULANMASI

KUZUCU, Kübra
Yüksek Lisans, Kamu Hukuku
Tez Yöneticisi : Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN

Mayıs 2019, 222 sayfa

Çağdaş ceza hukukunun amacı, yapılacak adil yargılama sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Delil elde etme yöntemlerinin gelişimi, teknolojinin ilerlemesi ile birlikte maddi gerçeğe ulaşılması günümüzde geçmişe nazaran daha kolay hale gelmiştir. Bununla beraber bu gelişmelerin yaşanmadığı ve ayrıca insan hakları kavramının henüz ortaya çıkmadığı eski çağlarda ceza muhakemesinin edindiği en önemli amaç suçlunun bulunması ve cezalandırılması olmuştur. Bu amaç doğrultusunda mahkemeyi bu sonuca götürebilecek işkence ve kötü muamele dahil her yöntem meşru sayılmıştır.

İnsanlık tarihi boyunca çeşitli amaçlarla işkence ve sair kötü muamele ve ceza, dünyanın her yerinde uygulama alanı bulmuştur. Esasen suça ilişkin ikrar veya delil elde etmek amacıyla yapılan işkence ve kötü muamele, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına hizmet etmemekte aksine buna engel teşkil etmektedir. Zira işkence sebebiyle işkence gören yalnızca işkence uygulayıcısının duymak istediklerini ve ona söyletmek istediklerini söylemektedir. Dolayısıyla işkence ve sair kötü muamele sonucunda maddi gerçeğe ulaşılması mümkün olmamaktadır. Adalete ulaşmaya engel teşkil eden, insan haklarına ve

insan onuruna aykırı olan işkence fiilinin, yasak olması yanı sıra bu yasağın ihlaline hukuki sonuç bağlanması elzem görülmüş ve ulusal ceza kanunlarında bağımsız bir suç olarak işkence suçu düzenlenmiştir.

İşkence ve kötü muameleleri engellemeye yönelik pek çok ulusal, bölgesel ve uluslararası belge bulunmaktadır. Devletler bu sözleşmeleri imzalayarak ülkelerinde işkence ve kötü muameleyi önlemek için kanuni, idari, adli veya diğer tedbirleri alacaklarına dair yükümlülük altına girmektedirler. Bütün bunlara rağmen dünyanın hemen hemen her yerinde işkence ve sair kötü muamele günümüzde de uygulama alanı bulmaktadır. Politik yıldırma, ikrar veya sair delil elde etme, cezalandırma gibi çeşitli amaçlarla yapılan işkence hem ulusal hem de uluslararası yargı mercilerinin kararlarına konu olmaktadır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3'te düzenlenen İşkence Yasağına aykırı davranan taraf devletler hakkında ihlal kararları vermektedir. Bu çerçevede hakkında sıklıkla ihlal kararı verilen ülkelerden biri de Türkiye'dir.

Anahtar Kelimeler: İşkence yasağı, işkence suçu, kötü muamele, insanlık dışı muamele ve ceza, onur kırıcı muamele ve ceza.

ABSTRACT

PROHIBITION OF TORTURE WITHIN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS CONVENTION AND ITS APPLICATION IN TURKEY

KUZUCU, Kubra

LL.M., Public Law

Supervisor : Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN

May 2019, 222 pages

The purpose of the contemporary criminal law is to achieve the material truth as the result of the fair trial proceedings. Development of methods of procuring evidence with the advancement of the technology has relatively made the achievement of the material truth easier today than before. Nonetheless in the old times where these progresses and the notion of human rights had not been present the most important purpose of the criminal procedural law were to find and punish the criminal. Because of this purpose every method of torture and ill treatment were considered as legitimate to achieve the material truth.

Torture and ill treatment have been found useful around the world throughout the history of the humanity because of different reasons. Essentially use of torture and ill treatment to get a confession or reach an evidence prevents to achieve the material truth. For the tortured would only say what the torturer wants to hear or wants the tortured to say. Hence achieving the material truth by the way of using torture and ill treatment becomes impossible. The act of torture, which obstructs justice and violates human rights and human dignity, is not only prohibited by morals but also this prohibition bears legal consequences and is established as a standalone crime in domestic criminal legislations.

There are many national, interregional and international documents which aim to prevent torture and ill treatment. States assume responsibility of preventing torture and ill treatment

using legal, administrative, judicial and all other means by signing these agreements. Nonetheless torture and ill treatment can be seen almost everywhere on the earth today. Using torture for political deterrence, getting confessions and evidences and as punishment is considered on both national and international judicial court cases. Within this scope, the European Human Rights Court, rules against the signatory states who violate European Human Rights Convention article 3 which establishes prohibition of torture. In this context, Turkey is one of the states who gets violation rulings frequently.

Keywords: Prohibition of torture, torture, ill treatment, inhuman treatment or punishment, degrading treatment or punishment.

Annem, Babam ve Kardeşlerime...

TEŞEKKÜR

Değerli hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN beyefendiye, tez çalışmamın araştırma ve yazım sürecindeki rehberlikleri, tavsiyeleri, tenkitleri ve destekleri için sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Lisans ve yüksek lisans eğitimim boyunca yardım, bilgi ve tecrübeleri ile bana sürekli destek olan Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinde bulunan tüm hocalarıma şükranlarımı sunarım.

Hayatımın her evresinde daima yanımda olup maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen sevgili aileme çok teşekkür ederim. İyi ki varsınız.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL iii

ÖZET iv

ABSTRACT vi

İTHAF viii

TEŞEKKÜR ix

İÇİNDEKİLER x

KISALTMALAR LİSTESİ xiii

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE YASAĞI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

1. İŞKENCE KAVRAMI 5

2. İNSANLIK DIŞI MUAMELE VE CEZA KAVRAMI 12

3. ONUR KIRICI MUAMELE VE CEZA KAVRAMI 14

4. İŞKENCENİN TARİHİ 16

4.1. Batı'da İşkencenin Tarihi 17

4.1.1.Antik Yunan ve Roma'da İşkence 17

4.1.2. Orta Çağ Avrupası'nda İşkence 19

4.1.3. İngiltere'de İşkence 24

4.2. Asya'da İşkencenin Tarihi 26

4.3. İslam Hukuku'nda İşkencenin Tarihi 28

4.4. Türk Devletleri'nde İşkencenin Tarihi 32

4.5. Yakın Geçmişte İşkence 37

5. İŞKENCE YASAĞININ TARİHSEL GELİŞİMİ 39

6. İŞKENCE YASAĞININ ULUSLARARASI BELGELERDE YERİ 44

6.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 45
6.2. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi 45
6.3. Birleşmiş Milletler İşkence veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme 47
6.4. İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin Önlenmesine dair Avrupa Sözleşmesi 51
6.5. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 52
6.6. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı 53
7. İŞKENCE LEHİNE GÖRÜŞLER 54

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İŞKENCE YASAĞI

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ 57
1.1. Genel Olarak 57
1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı 58
1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına Dair Esaslar 64
1.3.1. Asgari Eşik 64
1.3.2. İspat Yükü 67
1.4. Devletin Yükümlülükleri 78
1.4.1. Devletin Pozitif Yükümlülüğü 77
1.4.2. Devletin Negatif Yükümlülüğü 79
1.4.3. Devletin Etkili Soruşturma Yapma Yükümlülüğü 80
2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 3. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI 90
2.1. Yakalama ve Gözaltı 90
2.2. Sorgu ve İfade alma 95
2.2.1. Yasak İfade Alma ve Sorgu Usulleri 94
2.2.2. Delil Olarak Değerlendirme Yasağı 96

2.3. Tutuklama, Hapis Cezası ve İnfaz Süreci 99
2.4. Ölüm Cezası 110
2.5. Suçluların İadesi, Sınır Dışı Edilmesi ve İltica 113
2.6. Diğer Uygulamalar 117
3. SÖZLEŞMENİN DENETİM MEKANİZMASI 121
3.1. Devletler Arası Şikâyet 122
3.2. Bireysel Başvuru 122

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE YASAĞI

1. İŞKENCE YASAĞINA DAİR MEVZUAT 125
1.1. Anayasa 125
1.2. Ceza Hukuku 126
1.3. Ceza Muhakemesi Hukuku 128
2. İŞKENCE SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER VE İNSAN ONURU 139
3. İŞKENCE SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI 141
3.1. Mağdur 141
3.2. Fail 142
3.3. Fiil 146
3.3.1. Genel Olarak 146
3.3.2. İşkence Suçunun Seçimlik Hareketleri 152
3.3.3. İşkence Suçunun İhmali Davranışla İşlenmesi 158
3.3.4. İşkence Suçunun Nitelikli Halleri 160
3.3.4. İşkence Suçunun Benzer Diğer Suçlardan Ayrılması 163
3.4. Konu 164
3.5. Netice 164
3.5.1. Genel Olarak 164
3.5.2. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri 165

3.6. Nedensellik bağı 17070
4. SUÇUN MANEVİ UNSURU 17171
5. HUKUKA AYKIRILIK 17373
6. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ 18383
6.1. Teşebbüs 18383
6.2. İştirak 184
6.3. İçtima 186
7. KOVUŞTURMA USULÜ, YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI 1900
8. İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI 192
8.1. Genel Olarak 20292
8.2. Anayasa Mahkemesi Kararları 2023
9. İŞKENCENİN ÖNLENMESİ 202
9.1. Genel Olarak 202
9.2. Yasal Önlemler 204
9.3. İdari Önlemler 208
9.4. Yargısal Önlemler 209
SONUÇ 212
YARARLANILAN KAYNAKLAR 218

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

AİHK : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİÖK : Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi

AYİM : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

AYM : Anayasa Mahkemesi

BM : Birleşmiş Milletler

BM Sözleşmesi : 10 Şubat 1984 tarihli İşkence veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

C. : Cilt

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK: Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu

HAGB : Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

HHO : Hava Harp Okulu

İHEB : İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

m. : Madde

No : Numarası

S. : Sayı

s. : Sayfa

s.a.v. : sallallâhu aleyhi ve sellem (Allah'ın selamı onun üzerine olsun)

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TCK : Türk Ceza Kanunu

v. : versus

vb. : ve benzeri

vs. : vesaire

GİRİŞ

Ceza Muhakemesinin amacı, tarihi süreç içerisinde değişiklik göstermiştir.[1] Çağdaş ceza hukukunun amacı, yapılacak adil yargılama sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bu doğrultuda adalete hükmetmektir[2]. Günümüz hukuk sistemlerinde her suç için somut bir ceza düzenlenmiş yahut söz konusu ceza, hâkimin içtihadına bırakılmıştır. Hâkim veya mahkeme tarafından hükmedilecek cezalar, yapılacak adil yargılama sonucunda elde edilen somut delillerin değerlendirilmesinin ardından oluşacak kanaate göre verilmektedir. Değerlendirmeye konu ve hükme esas alınacak deliller, tanık, belge, suç aleti, kamera kaydı, adli tıp raporları, parmak izi veya balistik inceleme sonuçları gibi harici deliller olabileceği gibi kişinin ikrarı yahut itirafı da olabilmektedir. Özellikle harici delillere ulaşılamadığı yahut ulaşılsa dahi bunların hâkim veya mahkemede bir kanaat oluşturmadıkları takdirde kişinin ikrarı veya itirafı ceza muhakemesi için önem arz etmektedir. Ancak belirmek gerekir ki modern ceza muhakemesi hukukunda ikrarının delil olarak kabul edilebilmesi için muhakkak kişinin özgür iradesine dayalı olarak elde edilmesi gerekmektedir. Baskı, zorlama veya bir adım ileri gidilerek işkence veya sair kötü muamele sonucunda elde edilen ikrar veya itiraf, hukuka aykırı delil teşkil edecek ve bu ikrar yahut itiraf, çağdaş hukuk sistemlerinde yapılan yargılamalarda delil olarak kullanılamayacaktır[3].

Ancak ceza muhakemesinin bugünkü anlamda çağdaş olmadığı eski zamanlarda özellikle Orta Çağ'da ceza muhakemesinin tek amacı, suçlunun cezalandırılması olmuş ve hâkim veya mahkemeyi bu sonuca götürebilecek her yöntem meşru sayılmıştır. Bu dönemde suçluları ve suç delillerini saptayabilecek teknik imkanlar yetersiz olduğundan sanık ikrarı veya tanık ifadesi en önemli delil haline gelmiştir. Temeli sanığın ikrarına dayanan muhakeme sistemlerinde davaların pek çoğunda sanığın ikrarı bulunuyorsa, bu sistemde

---

[1] ÖZGEN, Eralp **'İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması'** TBB Dergisi, S.2, 1998, s.208.

[2] ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur '**İşkence Suçu'** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV S.1-2, 2000, s.2.

[3] ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.1; ÜNALAN, Abdülkerim **'Bir İnsanlık Suçu: İşkence'** https://docplayer.biz.tr/24038914-Bir-insanlik-sucu-iskence.html (Son Erişim Tarihi: 04/04/2019), s.1.

sanığın serbest iradesiyle ikrarda bulunmasından bahsedilemeyecek, ikrar elde etmekten bahsedilecektir. Bu sistemin uygulandığı zaman ve yerde ise ikrar ve itiraf elde etmek için en çok başvurulan yöntem ise kuşkusuz işkence ve sair kötü muamele olacaktır[4].

İlk ceza yasalarının oluşturulmasının temelinde göze göz, dişe diş şeklinde ilkel bir intikam duygusu yatmakta, suçluları ıslah etme düşüncesi ise bulunmamaktaydı. Toplum yalnızca suçlunun suçu yeniden işlemesinin engellenmesiyle ve aynı suçu işleyecek başkaları üzerinde caydırıcı etki yapmasıyla ilgilenmekte, bu sebeple cezalar, şiddetli, vahşi ve gösterişli bir şekilde uygulanmaktaydı[5]. Diğer bir deyişle geçmişte uygulanan ve muhtevasında işkence barındıran yargılama biçimleri, suçlunun işlediği suçtan dolayı çekeceği cezayla bir daha aynı suçu işlemesini engellemek yanı sıra diğer insanlar üzerinde de tam bir caydırıcılık amaçlamaktaydı[6]. Bu sistemlerde taraflar özellikle şüpheli ve sanık, obje haline gelmekte ve bu amaç doğrultusunda feda edilmektedir. Zira temel amacın suçlunun cezalandırılması olduğu ve ikrar ve sair delil elde etmek için işkencenin meşru görüldüğü ceza sistemlerinde şüpheli ve sanıkların muhakemeye aktif olarak katılan, birtakım hakları ve yetkileri olan birer süje değil, sadece suçu ve suçluyu tespite yarayan birer obje olarak görülmektedir[7].

Çağdaş sistemlerde ise belli bir suçu işlediğinden şüphelenilen, suç işlediği düşünülen şüpheli veya sanık, ceza muhakemesi sürecine katılan süjelerden biri olarak kabul edilmektedir. Çağdaş sistemlerde maddi gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılması ve adil bir yargıya varılması için kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğü bulunmakta, bu yükümlülüğün bir gereği olarak bu kimseler bazı tedbirlere katlanmak zorunda kalmaktadırlar[8]. Ancak bu yükümlülük gereği, ikrar veya sair delil elde etmek amacıyla yargılama sürecinde yahut sonunda insan onurunu zedeleyecek muamelelerde bulunulması kabul edilebilir olmayacaktır.

---

[4] ÖZGEN, s.208.
[5] SCOTT, George Ryley, **İşkence Tarihi**, 1. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, Şubat 2001, s.296.
[6] SCOTT, s.296-297.
[7] ÖZGEN, s.208.
[8] ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.2.

İşkence ve sair kötü muamele, intikam hırsının en etkili ve tatmin edici aracıdır[9]. Dolayısıyla işkence ve sair kötü muamele, otorite tarafından, onun siyasi, toplumsal veya dini ideolojisine karşı tehlike teşkil eden tüm düşünce ve eylemleri, engellemek ve bastırmak amacıyla bugün dahi kullanılan en önemli araçtır[10]. Günümüzde insan haklarının gelişimi ve bu haklar konusunda gösterilen hassasiyet, işkence ihlallerinin geçmişe nazaran azalmasını sağlamıştır. Yine gelişmiş gizli soruşturma yöntemlerinin yaygın kullanımı ile birlikte delile ulaşmanın kolaylaşması hali de işkence ihlallerinin azalmasında etkili olmuştur[11]. Ancak her ne kadar çağdaş ceza sistemlerinde insan haklarının gelişimi ile birlikte işkence ve sair kötü muameleye yer olmadığını ifade etsek de aşağıda ayrıntıları ile ele alacağımız üzere devletlerin ve uluslararası kuruluşların tüm çabalarına rağmen geçmişte olduğundan farklı surette de vücut bulsa günümüzde de işkence ve sair kötü muamele uygulama alanı bulmaktadır. Bugün bu sebeple pek çok ulusal, bölgesel ve uluslararası metinde işkence ve sair kötü muamele yasağına yer verilmiş ve bu şekilde kötü muamelenin önüne geçilmek istenmiştir.

Kişinin, insan olmasından kaynaklanan dokunulmaz, vazgeçilmez değerlerine doğrudan saldırarak onu öncelikle kendi gözünde değersiz kılan ve aşağılanmışlık duygusu veren muameleler[12] olarak tanımlayabileceğimiz işkencenin yasaklanması ile korunan insan onuru kişi varlığının ayrılmaz parçasıdır. Bir devletin, hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için kişilerin temel insan hakları ve özgürlüklerini güvence altına alması hem kendisi hem de diğer bireylerin saldırılarına karşı bu hakları koruması gerekmektedir[13].

Çalışmamızda işkence ve sair kötü muamele yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde ayrıntıları ile ele alınmış olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

---

[9] SCOTT, s.23.

[10] ÖNOK, R. Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.35-36

[11] ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 s.262.

[12] ÜZÜLMEZ, İlhan, '**Türk Hukukunda İşkence Cürmü'**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.3-4, 2002, s.147.

[13] ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA A.Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 244-245.

(AİHM) kararları ve Türk Ceza hukuku mevzuatı ışığında yasağın uygulama alanı geniş biçimde anlatılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümü ‘‘İşkence Yasağı ve Tarihsel Gelişimi’’ başlığını taşımakta, bu bölümde öncelikle işkence kavramı ayrıntıları ile açıklanmakta daha sonra yasağa dahil olan insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza kavramları ele alınıp bu kavramlar arasındaki farklılıklar ortaya konulmaktadır. Bu bölümde ayrıca işkencenin tarihi anlatıldıktan sonra işkence yasağının tarihsel gelişimi ve bu yasağın düzenlenmiş olduğu önemli uluslararası belgeler ele alınmıştır. Son olarak işkence lehine görüşlere kısaca yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümü ‘‘AİHS Çerçevesinde İşkence Yasağı’’ başlığını taşımakta, bu bölümde AİHS m.3 çerçevesinde işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele veya ceza kavramları arasındaki farklılıklar ortaya konulmuş, maddenin uygulama kriterleri, AİHS’nin devletlere yüklediği yükümlülüklerden bahsedilmiştir. Daha sonra ayrıntılı biçimde AİHS m.3’te düzenlenen işkence ve sair kötü muamele yasağının uygulama alanı anlatılmış ve son olarak Sözleşmenin denetim mekanizmalarına değinilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümü ‘‘Türk Hukukunda İşkence Yasağı’’ başlığını taşımakta, bu bölümde ilk olarak işkence yasağına dair Türk mevzuatı özellikle Türk Ceza Kanunu (TCK)’nda düzenlenen işkence suçu ile korunan hukuki değer, suçun maddi ve manevi unsurları, hukuka aykırılık meselesi, suçun özel görünüş biçimleri, kovuşturma usulü, yaptırımı ve zamanaşımı ve işkencenin önlenmesi çerçevesinde alınan yasal, idari, yargısal önlemler konuları anlatılmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin işkence yasağı hakkında vermiş olduğu yakın tarihli bireysel başvuru kararları ele alındıktan sonra çalışmamız sona erdirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE YASAĞI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

1. İŞKENCE KAVRAMI

İnsanlık tarihi bakımından oldukça önemli bir suç olan işkence, kelime anlamı itibariyle bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet veya düşüncelerini öğrenmek amacıyla birine uygulanan eziyet[14] olarak ifade edilmektedir. Hukuki açıdan ise işkence kavramının evrensel anlamda tanımının yapılması kolay değildir[15]. Zira toplumlar arasındaki kültürel, dinsel, tarihsel farklılıklar, işkencenin ortak tanımının yapılmasının, işkencenin kapsamının belirlenmesinin ve benzer diğer fiillerden ayrılmasının önüne geçmektedir[16].

Her ne kadar herkes tarafından kabul edilebilir bir işkence tanımı yapmak zor ise de işkence yasağı ve suçunun genel hatları ile belirlenmesinde yol gösterici tanımlar hem uluslararası belgeler ve hem de öğretide yazarlar tarafından yapılmıştır. 10 Şubat 1984 tarihli İşkence veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (bundan sonra BM Sözleşmesi olarak anılacaktır)'nin 1. maddesinde işkence kavramı şu şekilde tanımlanmıştır; ''Sözleşmenin amaçlarına göre işkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakati ile uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızî olarak husule gelen acı ve ıstırabı içermez.''

---

[14] Okul Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s.500.
[15] ÖNOK, s.29
[16] ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Hukukunda İşkence Suçu**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.10.

BM Sözleşmesine göre, bir kimseye, kendisinden ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü bir kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle onu cezalandırmak, kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla yahut ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya devlet adına hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki, rızası veya izniyle üçüncü bir kişi tarafından kasten işlenen ve yöneltildiği kimseye bedensel ya da ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren bütün fiiller işkence teşkil etmektedir. Ancak ulusal mevzuatta yer alan Kanunla belirlenen yaptırımdan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan acı veya ıstırap, işkence teşkil etmeyecektir[17]. BM Sözleşmesi'nin yaptığı bu tanımdan, işkencenin dört ana unsuru olduğu sonucuna varılabilir. Bunlardan ilki şiddetli bedensel veya ruhsal acıya sebep olarak hareketlerin yapılması; ikincisi, acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanması; üçüncüsü, bilgi almak, cezalandırmak ve sindirmek gibi belirli saik ile hareket edilmesi[18] son olarak ise failin, bir kamu görevlisi veya devlet adına hareket eden bir kişi veya bu kişilerin teşviki, rızası veya izniyle üçüncü bir kişi olmasıdır.

Öğretide de işkence ve sair kötü muamele kavramına dair tanımlar yapılmıştır. BM Sözleşmesini esas aldığı anlaşılan bir tanıma göre, işkence, devletin gücünü temsilen resmi bir sıfatla hareket eden bir kimse veya bu sıfata sahip bir kimsenin üçüncü bir kimseyi kullanmak suretiyle mağdur veya üçüncü bir kişiyi itirafa zorlamak, ikrarını elde etmek, delillere ilişkin bilgi almak, suç ortaklarını ortaya çıkarmak veya cezalandırmak ve benzeri amaçlarla mağdura yönelik kuvvetli bedensel veya ruhsal acı veya ıstıraba yol açan fiiller olarak tanımlanmaktadır[19]. Öğretide ÖNOK, uluslararası insan hukuku ve de olması gereken hukuk ışığında işkenceyi, bir kamu görevlisi veya onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir kimse tarafından, mağduru adli kovuşturma ile ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil ya da herhangi temele dayalı ayrımcılık sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip kişide bedensel ya da ruhsal olarak yoğun acı veya ıstırap

[17] DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı,** 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.17.

[18] REIDY, Aisling, **İşkencenin Yasaklanması – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Müdürlüğü, Ankara, 2003, s.17.

[19] ÖNOK, s. 30-31; ÜZÜLMEZ (2002) s.148; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.261-262; BAŞBÜYÜK, İsa, **'Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu'** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel S., 2010, s.1444-1445.

doğurarak ya da herhangi bir şekilde insan onuruna ağır saldırı teşkil ederek onun manevi bütünlüğüne zarar vermeye elverişli her türlü kasıtlı hareket şeklinde açıklamıştır[20].

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, işkence teşkil eden fiiller, kişinin maddi veya manevi bütünlüğünü hedef alır. Maddi işkence, bizzat insanın vücuduna yönelik işkenceyi ifade etmektedir; mesela yakmak, dağlamak, askıya almak, zincire vurmak, elektrik vermek maddi işkenceye örnek verilebilir. Manevi işkence ise fiziki olmayan ancak insanı etkileyen, ruhi yapısının bozulmasına sebebiyet veren işkencedir; manevi işkenceye ise, hakaret etmek, kişinin kendisine veya sevdiği bir kişiye sövmek, sövdürmek, kişiye, inandığını inkâr ettirmek, kişinin, özellikle kadının çocuğunu elinden almak[21], başkalarına yapılan işkenceyi izletmek veya seslerini dinletmek[22] gibi fiiller örnek verilebilir.

İnsanlık tarihinde işkencenin iki temel amaca hizmet ettiğini ve bu sebeplerle uygulandığını görmekteyiz. Bunlardan ilki, politik bir şiddet yönetimi olarak kullanılan geniş anlamda işkencedir ve ideolojik sebeplere dayalı olarak karşıt görüştekileri cezalandırmak, korkutmak veyahut sindirmek için uygulanır. İkincisi ise teknik ve adli anlamda işkencedir ve suçluların cezalandırılması ya da suç delillerinin elde edilmesi, suçla ilgili bilgilere ulaşılması, sanığın itiraf ve ikrarının sağlanması amacıyla yapılır[23].

Politik işkencede özellikle devletin şahsiyetine ve güvenliğine karşı işlenen suçlarda karşıt ideoloji savunucularının veya azınlıkların işledikleri suçlarda yahut terör suçlarında adaletin yerine getirilmesi görevinin bir kolu olan kamu görevlilerinin, suçluluğuna inandıkları kimselerin, daha az cezalandırılacağı veya cezalandırılamayacağını düşünerek kendilerini bu kimseleri cezalandırmayı hak gördükleri görülmektedir. Bu eylemler devletin ve organlarının rızası veya hoşgörüsü altında yapılır ise bu tür işkence eylemlerine öğretide ‘‘devlet işkencesi’’ ismi verilmektedir[24]. İşkence uygulayıcılarının hâkimin yargılama sonucunda vereceği kararı beklemeksizin, ifade veya sorgu adı altında kendi adaletleri gereği peşin olarak sanığı cezalandırmak için bu yola başvurulduğu görülmektedir[25].

---

[20] ÖNOK, s.33.
[21] ÜNALAN, s.1.
[22] HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 4. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, 2015, s.123
[23] ÖNOK, s.34.
[24] ÖNOK, s.35-36.
[25] EREM, Faruk **‘İşkence’** TBB Dergisi, S.2, 1988, s.199.

Adli işkencenin temel işlevi, işkence görenden suça ilişkin ikrar elde edebilmektir. İşkencenin amacı, mağduru izole etme, psikolojik baskı altında bırakma, fiziksel acıya tabi tutma ve sonucunda küçük düşürüp öz saygısını tahrip etme gibi yöntemlerle ondan suça ve suçluya ilişkin bilgi edinmektir. Hakikaten, meşru bir araç olarak kullanıldığı dönemlerde işkence, yasal delil ve özellikle ikrar elde etme amacıyla maddi ve manevi eziyet yoluyla yapılan cebri bir sorgulama yöntemi olarak kabul edilmiştir[26].

AİHS, işkence ve sair kötü muamele yasağını 3. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, ‘‘Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz’’. Görüldüğü üzere AİHS, işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza kavramları hakkında ayrıntılı düzenleme yapmamış olup, bu kavramların içinin doldurulmasını AİHM’ne bırakmıştır. AİHM, işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza kavramları arasındaki ayrımı, verilen acının yoğunluğundaki farklılıklardan doğduğunu ifade etmiştir[27]. Buna göre, işkence, çok ağır ve acımasızca acı çekilmesine yol açan kasti hareketleri cezalandırmak için öngörülmüş bir suçtur ve onu, diğer kötü muamelelerden ayıran husus, çekilen bedensel veya ruhsal acının şiddetidir[28]. AİHM, Aksoy v. Türkiye kararında başvurucuya yapılan muameleyi, ağır, zalim, ciddi ve acımasız olması sebebiyle işkence olarak tanımlamıştır. Karara konu olayda başvurucu tüm vücudu çıplak vaziyette arkadan bağlanmış kollarından asılı olarak havada tutulması yani Filistin askısı yöntemi uygulanması sebebiyle her iki kolu da felç olmuş ve felç hali bir süre devam etmiştir[29]. Ayrıca başvurucuya elektrik şoku verilmiş ve şokun şiddetinin artması için başvurucu işlemden önce ıslatılmıştır. Bunlara ek olarak alıkonulma koşulları ve bu süreçte sürekli işkence göreceği korkusu ile geçirmesine sebebiyet verilmesi ise insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmiştir[30]. AİHM, Aksoy v. Türkiye kararında işkence teşkil edecek muamelelerin bilgi almak, ceza vermek veya sindirmek gibi amaçlarla belirli bir hazırlık, güç ve çaba gerektiren kasıtlı hareketler sonucunda şiddetli

---

[26] ÖNOK, s.34-35.

[27] ÇOR, Yaşar **‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkında Bakış Açısı’** TBB Dergisi, S.75, 2008, s.79; REIDY, s.16; ALTIPARMAK, Kerem **‘Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?’** Anayasa Yargısı Dergisi, C.32, 2015, s.159.

[28] ÖNOK, s. 169-175; ANAYURT, Ömer **‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı’** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII S.1-2, 2008, s.432.

[29] REIDY, s.21.

[30] NAL, Sabahattin **‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza’** Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1999-2000, C.19, S.1-2, 2001, s.536

acıya sebebiyet verecek nitelikte olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, Aksoy v. Türkiye kararında gözaltındaki başvurucuya bu amaçlarla işkence uygulandığı sonucuna varmıştır[31].

1984 tarihli BM Sözleşmesi'nde olduğu gibi AİHM içtihatları incelendiğinde de işkencenin dört unsurunun olduğu söylenebilecektir. Bunlardan birincisi, işkence teşkil eden fiilin, şiddetli, yoğun fiziksel veya ruhsal acıya sebebiyet vermesidir. İkincisi, acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanmasıdır. Üçüncüsü, işkence uygulanırken bilgi almak, cezalandırmak ve sindirmek gibi belirli bir amacın izlenmesidir.[32] Dördüncüsü ise, failin bir kamu görevlisi yahut bu sıfatla hareket eden bir kimse olmasıdır[33]. BM Sözleşmesine göre, bu unsurlar işkencenin kurucu unsurlarını oluşturmakta, bunlardan herhangi birisinin hiç veya aşağıda belirteceğimiz üzere belirli ağırlıkta olmaması eylemi işkence değil sair kötü muamelelerden biri olarak nitelendirilmesine sebep olmaktadır. Ancak AİHM açısından bu unsurların hepsinin bir arada olması gerekmemekte, Mahkeme bazı kararlarında bu unsurların hepsine birden yer vermekte, bazılarında ise birine yahut birkaçına atıfta bulunmak suretiyle muameleyi işkence olarak nitelendirmektedir[34].

AİHS, işkence yasağı altında işkence ve sair kötü muameleleri yan yana düzenlemiş, bu maddede sayılan kötü muamelelerden herhangi birini oluşturacak eylemin bireye yönelmesini yasağın ihlali için yeterli bulmuştur. Ancak AİHM, adil tatmin bağlamında işkence teşkil eden hareketler için, diğer kötü muamele uygulamalarına nazaran daha fazla tazminata hükmedebilmektedir. Diğer kötü muamele çeşitlerine kıyasla işkence, politik yansımaları bakımından taraf devletler için daha ağır neticeler doğurabilmektedir. ''İşkenceci devlet" olarak nitelendirilmek devletlerin itibarını sarsacağından ve işkenceye nazaran sair kötü muameleye verilecek tepki daha farklı olduğundan bir taraf devlet işkence nedeniyle Sözleşme ihlalinden mahkûm olmaktansa sair kötü muamele veya cezadan mahkûm olmayı tercih edebilmektedir[35].

İşkence, işkence teşkil eden fiiller yanı sıra insanlık dışı ve onur kırıcı muameleleri de kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır[36]. AİHM kararlarında işkence ile diğer

[31] REIDY, s.20; NAL (2001), S.536-537; ÖNOK, s.174; DOĞRU, s.23.
[32] ÖNOK, s.170; NAL (2007), s.156
[33] NAL, Sabahattin **'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele'** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2007, s.156.
[34] ANAYURT, s.431.
[35] ANAYURT, s.427.
[36] ÜZÜLMEZ (2002) s.151-152.

kötü muamele türleri arasındaki ayrımı, yine ayrıntıları ile ele alacağımız üzere, yoğunluk farkı ve amaca yönelik kasıt unsuru kriterlerine göre yapmıştır[37]. Mahkeme, pek çok kararında yapılan kötü muamelenin işkence olarak nitelendirilebilmesi için Sözleşme'de ifade edilen insanlık dışı ve onur kırıcı davranıştan farkının ortaya konulmasının gerekliliğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre işkence ve sair kötü muamele arasında ayrım yapılmasının sebebi, ciddi ve insafsızca acı çekilmesine yol açan kasıtlı ve insanlık dışı muamele olarak nitelendirilebilecek işkenceye özel bir önem yüklendiğinin altını çizmektir[38]. AİHM vermiş olduğu kararlarda muamelenin mağdura vermiş olduğu bedensel veya ruhsal acının ağır nitelikte olmasını aramakta ve bu nitelikte olmayan muamele hangi amaçla gerçekleştirilmiş olursa olsun işkence değil, insanlık dışı muamele olarak nitelendirmektedir[39]. Yani insanlık dışı muamele, işkence kavramından anlaşılan özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği ağır acıya varmayan ancak bedensel veya ruhsal olarak acı veren davranışlar olarak tanımlanabilecektir[40]. Yapılan işkencenin şiddeti veya yoğunluğu bu kriterlere göre değerlendirilirken, muamelenin süresi, söz konusu muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi koşullar Mahkeme tarafından dikkate alınmaktadır[41]. Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) de, AİHM içtihatlarını benimsemiş bu yönde kararlar vermiştir[42]. AYM bir kararında şöyle demektedir: ''Bir muamelenin Anayasa m.17/3'ün kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup, her olayda asgari eşiğin aşılıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır''[43].

Aşağıda ayrıntıları ile ele alacağımız üzere, AİHS m. 3'ün sadece işkence ile mücadele nedeniyle uygulanmamakta madde hükmünün getirdiği koruma, AİHM'nin kararlarında görüldüğü üzere, insan onuruna ve fiziksel bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı kapsamaktadır. Ancak her türlü kaba ve sert muamele, bu yasak kapsamına girmemektedir. AİHM, kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için belirli bir

[37] ÖNOK, s.169-175; ÇOR, s.74; NAL (2001), s.532.
[38] ANAYURT, s.426.
[39] ANAYURT, s.432.
[40] DOĞRU, s.20.
[41] ÇOR, s.74; NAL (2001), s.532.
[42] ALTIPARMAK, s.169.
[43] **Tahir Canan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2012/969, Karar Tarihi: 18/09/2013, < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/969 > (Son Erişim Tarihi:21/05/2019).

asgari şiddet düzeyinde olmasını aramakta ve bu asgari düzeyin, muamelenin süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri ve mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi özelliklerine göre farklılık arz edeceğini belirtmektedir[44].

AİHM, önüne gelen başvurularda bazı eylemleri doğası gereği işkence olarak nitelendirmek için yeterli ağırlık ve ciddiyette görmektedir. Bunlardan ilki, kollar sırtta bağlı vaziyette havada asılı tutma şeklinde gerçekleştirilen ‘‘Filistin askısı’’dır. İkincisi, şiddetli dayak; üçüncüsü şiddetli dayakla birlikte tıbbi tedaviden yoksun bırakma uygulamalarıdır. Dördüncüsü, alıkonulma sürecindeki şahıslara elektrik şoku uygulanmasıdır. Beşinci olarak alıkonulma esnasında gerçekleşen cinsel saldırı veya istismar, kati suretle işkence olarak nitelendirilmektedir. Son olarak ise ayak tabanlarına sopayla vurma şeklinde gerçekleşen ‘‘falaka’’ işkence olarak nitelendirilmektedir[45].

AİHS’ni hazırlayanların, ‘‘işkence’’ ve ‘‘insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele’’ kavramlarını kullanmaktaki amaçları, bu iki kavram arasında ayrımı göstermektedir. Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu’nca 9 Aralık 1975 tarih ve 3452 (XXX) sayılı kararıyla kabul edilen Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirgenin 1. maddesine AİHM atıf yapmaktadır. Bu maddeye göre, İşkence, acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şeklidir[46]. Bu doğrultuda AİHM’ne göre, işkence ancak kasıtlı olarak yapılabilir. Mesela Mahkeme, bir kararında mağdurun kollarının arkadan bağlı olarak havada asılı tutulması şeklinde uygulanan Filistin askısının ancak kasten yapılabilecek türden muamele olduğu ve bunun uygulanabilmesi için belirli bir hazırlığa ihtiyaç duyulduğunu ve işkence olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[47]. İşkence dışında kalan kötü muamelelerden olan onur kırıcı muamele veya ceza, aşağıda da belirteceğimiz üzere küçük düşürme kastı taşımasa dahi, niteliği gereği AİHS m.3’ü ihlal edebilecektir[48].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere BM Sözleşmesi, m.1’de yapılan işkence tanımında “bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe

---

[44] DÜLGER, Murat Volkan **‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gafgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu’** TBB Dergisi, S:111, 2014, s.340; ÇOR, s.68; NAL (2001), s.532

[45] REIDY, s.37.

[46] REIDY, s.16-17

[47] NAL (2007), s.157; ÖNOK, s.174

[48] ANAYURT, s.437-348.

edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayrım gözeten herhangi bir sebep'' ibaresine yer vermek suretiyle işkencenin özel bir saik ile gerçekleşmiş olması hususunu aramıştır. Yani işkence failinin, yaptığı muameleyi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması yanı sıra bunu tanımda sayılan saiklerden biri ile uygulaması gerekmektedir. AİHM'nin işkence nitelemesinde bulunduğu eylemlerin genelinde başvurucuya uygulanan muamelenin kendisinden bilgi ya da itiraf elde etmek amacı taşıdığı görülmektedir. Ancak Mahkeme özel saik olmasa bile salt uygulanan kasıtlı şiddetin özel ağırlığı, yoğunluğu ve ciddiyetinden hareketle eylemleri işkence olarak nitelendirebilmektedir[49]. AİHS m.3'te işkence için özel bir saik öngörülmeyerek bilgi, itiraf elde etmek, cezalandırmak, korkutmak, yıldırmak ve ayrımcılık temeline dayalı amaçlar dışında kalan başka amaçlarla yapılacak uygulamaları işkence olarak nitelendirmeye imkân sağlanmıştır. Dolayısıyla yukarıda da belirttiğimiz üzere AİHM, bir eylemi işkence olarak nitelendirmek için özel saikle hareket edilmesini olmazsa olmaz bir unsur olarak değil destekleyici bir unsur olarak görmektedir[50].

1984 tarihli BM Sözleşmesi'nde bir eylemin işkence olarak adlandırılabilmesi için bu eylemin, bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakati ile uygulanması gerekmektedir. BM Sözleşmesi aksine AİHS m.3'te fail bakımından işkence ve kötü muamele yasağı daraltılmamıştır. AİHM de bu doğrultuda kamu görevlisi olmayan ya da bir kamusal otorite dışında bulunan kişiler ve işler bakımından da belirli koşullar altında taraf devletin sorumluluğuna gidebilmektedir. Mahkeme, gerçek ve devletçe bilinebilir bir tehlike durumu olmasına karşın devletin, kendisine yüklenen yükümlülükleri ihlal ederek bir hakkın korunması bakımından gerekli önlemleri almamış olması halini Sözleşmeyi ihlal kapsamında değerlendirebilmektedir[51].

2. İNSANLIK DIŞI MUAMELE VE CEZA KAVRAMI

İşkence ve diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrım özellikle fiilin yoğunluğu ve kastına bağlıdır. AİHM, önceden tasarlanmış, uzun bir süreçte belirli aralıklarla uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi acıya sebep olmuş bir muameleyi, insanlık dışı muamele olarak nitelendirmektedir[52]. Ancak eylem, belirli bir

[49] ANAYURT, s.438-440.
[50] ANAYURT, s.442.
[51] ANAYURT, s.444.
[52] DÜLGER, s.340.

kasıtla gerçekleştiriliyor ve sert baskı ile yoğun bedensel veya ruhsal acı veriyorsa, insanlık dışı muamelenin, işkence halini aldığını kabul etmektedir[53]. AİHM kararlarına göre, insanlık dışı muamele, kasten yapılan, taammüt içeren, kesintisiz olarak saatler boyunca uygulanan, bedensel yaralanmaya veya şiddetli fiziksel veya ruhsal acıya yol açan davranışlardır. Burada kişiler şiddetli kötü muameleye maruz kalmakla birlikte, bu muamelenin şiddeti, işkence olarak nitelendirilmek için yeterli yoğunluğa ulaşmamaktadır[54]. İnsanlık dışı muameleler, insan kişiliğini önemli derecede zedeleyen, insanca olmayan, insana yakışmayan ve insanlıkla bağdaşmayan fiillerdir. Bunlar, kişinin insan olmasından kaynaklanan haklara saldırı niteliğindeki hareketler olarak da tanımlanmaktadır[55].

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK), çözdüğü uyuşmazlıkları insanlık dışı muameleyi, belli bir durumda hukuka uygun olmayan ve fiziki ya da zihni ağır acılara sebep olan kasıtlı hareketler şeklinde tanımlamıştır[56]. İnsanlık dışı muameleler, işkence seviyesine varmayan ancak kişiye maddi veya manevi acı veren hareketlerden oluşmaktadır. İşkence ve insanlık dışı muamele arasında yoğunluk farkı söz konusudur. Kişinin vücut dokunulmazlığına yönelik kasıtlı bütün müdahaleler, insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilebilmektedir[57].

AYM ise işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza kavramları arasındaki ayrımı bir kararında "AİHM içtihatlarında başvuru konusu iddiaların AİHS m.3'ün sağladığı güvence kapsamında yer alması için asgari bir ağırlığa varması gerektiği kabul edilmekte ve acımasız, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şekli olarak kabul edilen işkencenin, şiddetli acı veya eziyet uygulanması, acının kasıtlı olarak uygulanması ve bilgi almak, cezalandırmak veya korkutmak gibi amaçlı bir muameleyi içermesi gerektiği benimsenmektedir. Önceden tasarlanarak saatlerce uygulanan ve gerçek yaralar ve en azından ağır bedensel ve ruhsal acılar çektiren muameleler ise insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmektedir. Onur kırıcı muamelenin ise mağdurlarda korku ve aşağılık duygusu oluşturan, küçük düşürücü ve

[53] DÜLGER, s.341.
[54] REIDY, s.24; ÇOR, s.79; NAL (2001), s.532-534.
[55] ÜZÜLMEZ (2002) s.162; NUHOĞLU, Ayşe **'İşkence Yasağı ve İşkence Suçu'** Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 566.
[56] ÜZÜLMEZ (2002) s.162.
[57] ÜZÜLMEZ (2002) s.162-163; Er, Cüneyd **'İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'** TBB Dergisi, S.60, 2005, s.171; ÖNOK, s.172-175.

alçaltıcı nitelikte olan muameleleri ifade ettiği kabul edilmekte ancak söz konusu muamelenin amacının ilgili kişiyi küçük düşürmek veya alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları itibarıyla mağdurun kişiliğini AİHS m.3 ile uyuşmayan bir olumsuzlukta etkileyip etkilemediği üzerinde durulmaktadır'' diyerek yapmıştır[58].

İşkence ve sair kötü muamele aşağıda anlatacağımız üzere özellikle gözaltı esnasında gerçekleşmektedir. İnsanlık dışı muamele, gözaltı koşulları dışında kalan ve mağdurları sıkıntıya düşürme kasıtlı acımasız hareketleri de kapsar. Bay Asker v. Türkiye kararına konu olayda başvurucunun evi o bölgede operasyon düzenleyen güvenlik güçleri tarafından tahrip edilmiş, evsiz kalan ve bu nedenle sıkıntı içine düşen başvurucunun güvenlik ve refahını kasıtlı hedef alan şiddet eylemi AİHS m. 3 kapsamında insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmiştir[59].

3. ONUR KIRICI MUAMELE VE CEZA KAVRAMI

İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele, yeterli yoğunluk ve amaç unsuru taşımaması nedeniyle işkence sayılmayan, AİHS m.3 kapsamında olup asgari düzeyde kötü muamele teşkil eden davranışlardır. AİHM'ne göre, işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı uygulama arasındaki ayrım, verilen acının yoğunluğundaki farklılıklardan doğmaktadır[60]. Her işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı; her insanlık dışı muamele, onur kırıcıdır[61].

Onur kırıcı muamele, kişinin itibarını, haysiyet ve şerefini hedef alan, kişiyi aşağılayan, küçülten, hor gören, insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değeri yıkan, inciten ve yok sayan hareketlerdir[62]. Yargıtay onur kırıcı hareketleri, "bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğindeki fiiller" şeklinde tanımlamıştır; bazı kararlarında elbiselerin çıkarılmasını, çıplak dolaştırılmasını, kişilerin gözlerin bağlanmasını, pislik içinde kalmaya yönelik zorlamaları ve dayak atılmasını onur kırıcı muamele olarak değerlendirmiştir[63].

AİHM, kişileri, küçük düşürüp utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya kişiyi kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde

[58] **Işıl Yaykır Başvurusu,** AYM, Başvuru No: 2013/2284, Karar Tarihi: 15/04/2014 < http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140524-22.pdf > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).
[59] REIDY, s.24-25; NAL (2001), s.541.
[60] ÖNOK, 172-175; ÇOR, s.79; REIDY, s.16; DOĞRU, s.20.
[61] ÇOR, s.79; REIDY, s.16; DOĞRU, s.20.
[62] ÜZÜLMEZ (2002) s.163; ÇOR, s.86; ÖNOK, s.171-172.
[63] ÜZÜLMEZ (2002) s.163.

hareket etmeye sürükleyen muameleleri, onur kırıcı muamele olarak kabul etmektedir[64]. Kişiyi halk önünde teşhir etme, kişilerin kolluk görevlilerinin oyuncağı haline getirilmesi, fiziki ceza verme gibi durumlar, onur kırıcı muamele kavramı içerisinde değerlendirilmektedir[65].

Bir kişiye yönelik muamelenin onur kırıcı olup olmadığı değerlendirilirken mağdurun yaşı, cinsiyeti, mesleği, toplumdaki yeri gibi sübjektif hususlar dikkate alınmaktadır. AİHM, mağdurun başkalarının gözünde küçük düşürülmesini şart koşmamış, kendi gözünde alçalmasını yeterli görmüştür[66]. Bu sebeple muamele veya cezanın, onur kırıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde başkaları önünde uygulanması etkilidir ancak onur kırıcılık nitelendirmesi için olmazsa olmaz değildir[67].

Bir cezanın, onur kırıcı olarak nitelendirilmesi için o ceza doğasında olup kişi açısından taşıdığı küçültme unsurundan daha yoğun bir ağırlık taşıması gerekir. Zira her ceza esasen cezalandırılan kişi için küçültücü nitelik taşımaktadır. AİHM'ye göre, bir cezanın onur kırıcı olması, aşağılama veya küçültmenin belirli bir düzeye ulaşması, bunların ceza bünyesinde bulunan boyutu aşması gerekmektedir. Kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik cezalar, onu bir objeye dönüştüren cezalar, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza teşkil edecektir[68].

Bir ceza veya muamelenin AİHS m.3 kapsamında onur kırıcı olup olmadığının belirlenmesinde söz konusu ceza veya muamelenin uygulanma amacının kişiyi küçük düşürmek veya aşağılamak olup olmadığı ve amaca ulaşılıp ulaşılmadığı dikkate alınır[69]. Ancak uygulama yapılırken bu amaçla hareket edilmemesi veya sonuca ulaşılamaması AİHS m.3'ün ihlal edilmediği anlamına gelmeyecektir[70].

Küçük düşürücü muamele veya cezanın, kalıcı veya şiddetli bedensel zarara sebep olmasına gerek yoktur. Bir başka deyişle bedensel zararın olması muhtemel ise de küçük düşürücü muamele için zorunlu unsur değildir[71]. Görüldüğü üzere küçük düşürücü muamele veya cezanın varlığından bahsedebilmek için hareketin kasten yapılmasına, ağır

[64] DÜLGER, s.340-341; REIDY, s.25; NAL (2001), s.539; ÖNOK, s.171-172; DOĞRU, s.20.
[65] ÇOR, s.86.
[66] ÇOR, s.86-87; REIDY, s.25-26.
[67] REIDY, s.26.
[68] DOĞRU, s.21.
[69] NAL (2001), s.539; REIDY, s.25.
[70] REIDY, s.25; ÖNOK, s.172; DOĞRU, s.20.
[71] NAL (2001), s.539.

bedensel veya ruhsal acı vermesine ve herhangi bir amaç güdülmesine gerek yoktur[72]. Ancak küçük düşürme önemli ve ağır ölçüde olmalıdır[73].

Tyler v. Birleşik Krallık kararına konu olayda başvurucu Isle of Man bölgesi mevzuatı gereğince sopa cezasına çarptırılması sebebiyle AİHS m.3'ün ihlal edildiği iddiasında bulunmuş, AİHM, başvuru sahibinin sopa cezasının infazı ile uzun süreli şiddetli fiziksel acılar çekmemiş olmasa bile bu bedensel ceza ile AİHS m.3 ile korunan insan onur ve kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. AİHM'e göre, bedensel cezalar yasayla düzenlendiğinde, yargısal makamlar tarafından karar verildiğinde ve devlet gücü kullanan kimseler tarafından uygulandığında ''kurumsallaşmış şiddet''ten bahsedilecektir. Ayrıca bedensel ceza, bir insanın diğer bir insana şiddet uygulaması ile gerçekleştiği için bunun cezalandırılan kişiyi küçük düşüreceği açıktır. Ayrıca başvuruya konu olayda başvurucu kararın verilmesinden bedensel cezanın infazına kadarki süreçte haftalarca infazın gerçekleşeceği karakolda bekletilerek kendisine ciddi biçimde ruhsal acı da çektirilmiştir. AİHM, tüm bu hususları göz bulundurarak ceza ve infaz sürecinin onur kırıcı olması sebebiyle AİHS m.3 uyarınca ihlal kararı vermiştir[74].

Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı v. Birleşik Krallık davasında hem AİHK hem de AİHM, kurumsal ırkçılığın küçük düşürücü muameleye eşdeğer olduğunu kabul etmişlerdir[75]. Bunu ise şu şekilde ifade etmişlerdir: ''Çoğunluk teşkil eden bir grubun, azınlık grubuna karşı beslediği önyargıya dayalı muameleler kural olarak AİHS m.3 'te düzenlenen yasağa aykırı olacaktır''[76].

4. İŞKENCENİN TARİHİ

En yaygın ve ağır insan hakları ihlallerinden biri olarak kabul edilen işkence ve sair kötü muamelenin, neredeyse insanlık tarihi kadar eski olduğu söylenebilecektir[77]. İşkence, belirli bir din, kültür, siyasi rejim veyahut coğrafi bölge gözetmeksizin insanlık tarihi boyunca hep var olmuştur ve halen varlığını sürdürmektedir. Toplumun hiyerarşik anlamda örgütlenmesi yani devlet düzenine geçiş ile acımasız ve zalimane boyutlardaki işkence tekniklerinin Japon, Mısır ve özellikle Çin medeniyetlerinde uygulandığı görülmektedir.

[72] NAL (2001), s.540.
[73] ÖNOK, s. 172.
[74] NAL (2001), s.540-541.
[75] REIDY, s.52-53; NAL (2001), s.531.
[76] REIDY, s.53.
[77] NAL (2007), s.146.

Bu dönemde mahkemelerin, suç işlediklerinden kuşkulanılan şüpheli yahut sanıklara veya delil vermekte ya da gerçeği söylemekte direnen tanıklara işkence yapması meşru sayılmakta, yargılamanın bir parçasını oluşturmaktaydı[78].

Bütün vahşi ve ilkel topluluklar, işkenceyi, dinsel ritüel ya da cezalandırma yöntemi olarak kullanmıştır. Yine, dünyanın her yerinde ve her zaman savaş esirlerine işkence yapıldığı görülmüştür. Özellikle ilk çağlarda savaş esirleri genellikle tanrılara kurban edilmiş, hatta bu sebeple tanrıların kana susadığı düşünüldüğünde düşman ülkelerle savaşa girilmiştir. Mesela Meksika Aztekleri, esirlerinin hepsini, kurbanın göğsünü yarıp kalbini elleri ile koparak tanrı Tezcatepoca'ya kurban etmişlerdir[79].

İşkencenin tarihini, işkencenin meşru olduğu dönem, yasaklandığı dönem ve yasağın yaptırıma bağlandığı dönem olmak üzere üç dönem şeklinde incelemek mümkündür[80]. Aşağıda işkencenin tarihi, batıda, doğuda, İslam coğrafyasında, Türk devletlerinde ve yakın tarihte işkence olmak üzere beş başlık altında işleyeceğiz.

4.1. Batı'da İşkencenin Tarihi

4.1.1. Antik Yunan ve Roma'da İşkence

Antik Yunan'da kölelere işkence yapılması olağan olarak kabul edilmekteydi[81]. Kölelere, sahipleri tarafından uygulanan işkence, Platon ve Aristoteles gibi filozoflarca dahi gerekli ve doğru bir yöntem olarak görülmekte idi. Mesela Platon, ütopyasında özgür yurttaşlar ve köleler için ayrı bir hukukun gerekli olduğunu kabul etmiş, buna göre aynı fiil için özgür yurttaşların yalnızca kınamasını kölelerin ise kırbaçlanması gerektiğini, özgür vatandaşların para cezası almasını kölelere ise ölüm cezası verilmesi gerektiğini ifade etmiştir[82]. Antik Yunan'da kölelerin sanık veya tanık olarak alınacak beyanlarının hukuki delil niteliğine haiz olabilmesi için işkence sonucu alınmış olması aranmıştır[83]. Bu dönemde işkence, tanıklık yaptırmak veya itiraf ettirmek amacıyla özgür yurttaşlara

[78] SCOTT s.177 vd.
[79] SCOTT s.51.
[80] ÖNOK s.43.
[81] NUHOĞLU, s.539.
[82] SCOTT s.64.
[83] NAL (2007), s.146.

uygulanmamış olmakla birlikte cezalandırma yöntemi olarak bütün sınıflara uygulanmıştır[84].

Roma'da ise başlangıçta işkence uygulanarak elde edilen ifadeler geçerli kabul edilmemekteyken daha sonra başta devlete karşı işlenen suçlarda olmak üzere işkence, ceza soruşturma ve kovuşturmanın parçası haline gelmiştir[85].

Orta Çağ'dan önce de Antik Yunan ve Roma'da dini davalarda işkenceye sıklıkla başvurulmakta idi[86]. Cezalandırmanın unsuru olarak işkenceyi kabul etmeyen yazarlar, Antik Yunan ve Roma'da işkencenin kölelerle sınırlı kaldığını söylemektedirler[87].

Roma'da ise özgür yurttaşlara, kural olarak itiraf elde etmek amacıyla işkence uygulanmamıştır. Bu kurala getirilen ilk istisna hainlik suçlaması olmuştur. Bu istisnanın kabulünden sonra bütün suçlamalar hainlik ile ilişkilendirilmiş ve bu şekilde işkencenin uygulanabilirliği zamanla artırılmıştır. Yine büyücülük veya cadılıkla suçlanmak da resmi konum veya doğuştan gelen soyluluğun getirdiği haklarla korunmanın istisnasını oluşturuyordu[88]. Özgür yurttaşlardan ikrar elde etmek amacıyla işkence yapılmasına dair diğer istisnalara ise kocasını zehirlemekle suçlanan kadın, yalan tanıklık ile suçlanan kimseler ve zina yapan kimseler örnek olarak verilebilecektir. Bu aşamada işkence sadece sanıklar ile sınırlı tutulmuş, tanıklara işkence yapılmamıştır[89].

İşkencenin cezalandırma biçimi olarak kullanılmasının ise yaygın olduğu görülmektedir. Bazı durumlarda işkence cezalandırmanın kendisi iken, diğer bazı durumlarda sürgün veya ölüm cezasından önce uygulanan bir yaptırım mahiyetindedir. Bu dönemde kiliseye karşı suç işleyenler son derece şiddetli işkence ile cezalandırılmışlardır, mesela kilisede bir papaza veya piskoposa hakaret etmekle suçlanan kimsenin uzuvları kesilmiştir[90].

Bu dönemde kırbaçlama, kölelere verilen cezalardandır. Kırbaçlanma, çok derin bir onursuzluk ve aşağılanmanın işareti olarak görüldüğünden özgür bir Romalının kırbaçlanmaktansa ölmeyi yeğlediği söylenmektedir. Bu sebeple kiliseye karşı işlenmiş suçlar ve zina dışında özgür yurttaşlar kırbaçlanmamıştır[91].

---

[84] SCOTT, s.62.
[85] NAL (2007), s.146.
[86] BAYRAKTAR, s. 146; ARTUK, Mehmet Emin **'İşkence Suçu'** Ceza Hukuku Dergisi, S.7, 2008, s. 8.
[87] ÖNOK, s.43.
[88] ÖNOK, s.43; SCOTT, s.62-63.
[89] SCOTT, s.62-63.
[90] SCOTT, s.63.
[91] SCOTT, s.63-64.

Roma hukukunda kölelere işkence edilebileceğine dair düzenlemeler vardı. Mesela bir kölenin suç işlemekle suçlanması hatta yalnızca bir suça tanık olması halinde doğruyu söyletmek amacıyla ona işkence uygulanması meşru idi. Yine Roma hukukuna göre, bir koca, karısını zina yapmakla suçladığı zaman, kocanın, kadının ve kadının babasının sahip olduğu kölelere gerçeği söyletmek için işkence yapma yetkisi vardı. Bununla birlikte hiçbir köle, efendisine karşı tanıklık yapamazdı. Bu kuralın istisnası ise yine hainlik suçlamasıydı[92].

İşkencenin yapısı ve derecesini ise yargıç belirlemiştir. Bir suçlama söz konusu olduğunda bütün deliller elde edildikten sonra olayın çözümlenmesi için yalnızca ikrara gerek olur ise işkenceye karar verilmiştir. İşkence kararı sonuca ulaşıncaya kadar tekrar tekrar verilebilmekteydi.[93].

4.1.2. Orta Çağ Avrupası'nda İşkence

Orta Çağ Avrupa'sında Kilise, Hristiyanlık dışında kalan her inancı, dinsel sapkınlık görerek yasaklamış ve bu inançlara sahip olanların ‘‘Tanrı'ya karşı suç'' işlediklerinden bahisle en şiddetli cezalar ile cezalandırılmaları gerektiğini savunmuştur. Sapkınlık suçundan itham edilen kimseler, kilise tarafından aforoz edilmiştir[94]. Sapkınlığından şüphe edilen kimsenin suçunu kanıtlamak amacıyla sanığın ikrarı için başvurulan her araç meşru sayılmıştır[95]. Ayrıca bu dönemde halk, birinin sapkınlığından kuşku duyduğunda Kilise veya Devlet otoritesinin harekete geçmesini ya da yetki vermesini beklemeden kendi adaletini uygulamıştır. İnsanların, aralarında bir sapkının bulunduğunu düşünmeleri için başlarına herhangi bir felaketin gelmesi ve bu felaketten suçlanabilecek birini bulmaları yeterliydi. Bu suretle sanığa suçu ikrar edene kadar işkence edilir, sonra da anında kazığa bağlanıp yakılırdı[96].

Halkın benimsediği bu yöntemi, Kilise, belirli bir cezalandırma sistemi oluşturacak şekilde düzenlemiş ve kutsal Engizisyonu kurmuştur[97]. İnsan onuruyla bağdaşmayan işkence fiillerine ikrar ve sair delil elde etmek amacıyla özellikle engizisyon döneminde

[92] SCOTT s.64-65.
[93] SCOTT s.65.
[94] SCOTT, s.81.
[95] NUHOĞLU, s.540; SCOTT, s.70-71; ARTUK, s.18.
[96] SCOTT, s.70-71.
[97] ÖNOK, s.45; SCOTT, s.72.

başvurulmuştur[98]. Bu doğrultuda ilk engizisyon mahkemesi 233'te Toulouse'da kurulmuş, 238'de Aragon'da bir diğer mahkeme açılmıştır. Fransa ve İspanya'dan sonra Almanya, Hollanda, Portekiz gibi ülkelerde de mahkemeler hızla yayılmıştır[99].

Avrupa Devletlerini pek çoğu, Antik Yunan ve Roma hukukunda bulunan mevcut ilkeleri benimseyerek ikrar ve sair delil elde etme yöntemi olarak işkenceyi kullanmıştır. İşkenceye ilişkin işleyişteki belirsizlik zamanla giderilmiş, belirli kurallar ve düzenlemeler getirilmiş ve bunlar titizlikle uygulanmıştır[100].

Kilise, Hristiyanlığa rakip gördüğü inançlara sahip kimseleri işkence yaparak cezalandırırken, SCOTT, hukuki işkencenin önceleri kabul edilmediğini söylemektedir. Şöyle ki, o dönemde Aziz Augustinus'un şu cümleleri ile işkenceyi eleştirdiğini belirtmektedir, ''suçlanan kimse eğer masumsa suçu işlediğinden değil, onu işleyip işlemediği bilinmediğinden bir cezaya katlanmak zorunda kalmaktadır''. Yine 384 yılında bir Roma Kilise Mahkemesinin, Halk mahkemelerince işkencenin kullanılmasına karşı çıktığından bahsedilmektedir[101].

Orta Çağ Avrupası'nda Papa III. Innocent, Roma hukukunda geçerli olan olağanüstü mahkeme usulünün dini mahkemeler tarafından da uygulanmasına karar vermiştir. Kilisenin yargı yetkisine giren bir suçun işlendiğini öğrenen piskopos veya kilise temsilcisi, re'sen soruşturma ve kovuşturmaya başlayabilmiş, derhal delil toplayabilmiştir. İkrar ve tanık beyanı en güçlü delil olarak kabul edilmiş, işkenceye bu delillerin elde edilmesi için dini davalarda da başvurulmuştur. 1215 yılında Latran Konsili, bu uygulamayı onaylamış ve Orta Çağ Engizisyon sistemi resmen başlamıştır[102].

Hukuki işkencenin önüne geçilememiş ve hem Avrupa mahkemelerinde hem de Engizisyon Mahkemelerinde işkence uygulanmıştır. Engizisyonun güçlü olmadığı ülkelerde bile işkence yöntemleri, medeni mahkemeler ve kilise mahkemelerince kullanılmıştır. Almanya'da ilk olarak 1221-1230 tarihleri arasında yürürlükte olan Wiener Neustadt hukukunda işkence yasal olarak düzenlenmiş; 1270 itibariyle de bütün ülkede uygulanmıştır[103]. 13. yüzyılın sonlarına yaklaşırken hukuki işkence, İtalya'dan başlayarak diğer ülkelere yayılmış ve 17. yüzyıla gelindiğinde işkenceyi, yargılamanın zorunlu bir

[98] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.261.
[99] SCOTT, s.82.
[100] SCOTT, s.78.
[101] SCOTT, s. 72-73; Kilisenin başlangıçta işkenceye karşı çıkmasına ilişkin bkz. ÖNOK, 44.
[102] SCOTT, s. 72-73; Kilisenin başlangıçta işkenceye karşı çıkmasına ilişkin bkz. ÖNOK, 44.
[103] ÖNOK, s.45.

aşaması olarak görmeyen İskandinavya hariç hiçbir Avrupa ülkesi kalmamıştır[104]. Orta Çağ'da 13. yüzyıldan itibaren kurulan ve 19. yüzyıl ortalarına kadar etkisini gösteren Engizisyon Mahkemelerinde genelde dinden dönenlere, döndükleri iddia edilenlere karşı yapılan işkence kurumsallaşmıştır[105].

Delillerin, sanığın suçluluğunu gösterdiği ve yalnızca suçu ikrar etmesi istendiği zaman işkenceye başvurulabileceği şeklindeki Roma hukuku kuralı aşılarak sadece kişinin bir suç işlendiğinden kuşku duyulması veya biri tarafından bir suç ile itham edilmesi işkencenin uygulanması için yeterli görülmeye başlanmıştır. Ayrıca işkence sistemi, tanıkları da kapsayacak biçimde genişletilmiştir. İki tanık, çelişen ifadeler verdiklerinde fikir birliğine ulaşılana kadar ikisine birden yan yana işkence yapılırdı. Yargıçlara, her biçimde işkence yaptırma yetkisi tam olarak verilmiştir. Fransa'da 14. yüzyılın sonlarında Paris Chatelet kayıtlarında yer alan işkencenin uygulanmadığı dava sayısının azlığı, işkencenin, davalarda mahkemelerin başvurduğu asli yöntem olduğunu göstermektedir[106].

Suçunu ikrar eden sanıklara, daha ağır bir suçu kabul ettirmek için işkence yapıldığı da görülmektedir. Mesela 4 Ocak 1390'da Fleurant de Saint-Leu, gümüş bir toka çaldığını işkence altında ikrar etmesine rağmen, başka suçlar da işlediğini itiraf ettirmek için kendisine tekrar tekrar işkence yapılmış, diğer suçlamaları inkâr etmesine rağmen idam edilmiştir[107].

Engizisyon Mahkemelerinde sanıklar sorguya alınmadan önce aylarca zindanlarda tutularak dirençleri kırılmıştır. Sanıklar, mahkeme önüne çıkarıldıklarında kendilerinden doğruyu söyleyeceğine dair söz ve Kutsal Örgütün sırlarını saklama sözü alınmış, sanığın kabulü halinde sorguya başlanılmış, reddi halinde ise sanık zindana geri götürülmüş ve orada cezalandırılmaya devam edilmiştir. Sorguda mahkeme başkanın soruları ve tutuklunun yanıtları bir kâtip tarafından kaydedilmiş, Mahkemenin elinde sanığı suçlayıcı deliller olduğuna, onun aleyhine tanıklık etmeye hazır tanıklar bulunduğuna sanık inandırılarak sanıktan suçunu ikrar etmesi istenilmiştir. Sanık direnmeye ve suçunu inkâr etmeye devam ederse işkenceye başlanmış[108], ikrar elde edilene kadar işkence dozu artarak devam ettirilmiştir. İşkence sırasında yargıçlar, kâtip ve cellatlardan başka kimsenin işkence odasında bulundurulmamıştır. İşkence sırasında yapılan itiraflar, kâtip tarafından

[104] SCOTT, s.78-79; ÖNOK, s.45.
[105] ÜNALAN, s.2.
[106] SCOTT, s.79.
[107] SCOTT, s.79.
[108] SCOTT, s.83.

derhal yazılmış ve sanığa derhal onaylatılmış, onaylanmayan yahut imzadan kaçınması halinde ise işkence uygulanmaya devam edilmiştir[109]. Bu dönemde suçu ikrar etmemek ömür boyu hapis veya ölüm cezası anlamına geldiğinden, sanıklar ya işkence sebebiyle ölmüş ya da idam edilmiştir[110].

Avrupa tarihinin en karanlık lekelerinden birinin cadı avları olduğunu söylemek mümkündür. İşkencenin varoluşundan bu yana cadı ve büyücülere zaman zaman zulümler yapılmış olsa da Papa IV. Innocent'in 1252'de çıkardığı "Ad Extirpanda" isimli kararnameyle ikrar elde etmek amacıyla yapılan işkenceyi meşru hale getirmiştir[111]. 15. yüzyılın sonlarında Papa VIII. Innocentius'un büyücüler ve cadıların Hıristiyanların düşmanı olduğu ve yok edilmeleri gerektiğini bildiren ''Summis Desideantes'' isimli papalık kanunu yayımlamasıyla zulüm ciddi bir vahşet haline gelmiştir. Büyü yapan yahut büyücülükle suçlanan kimseler Engizisyon mahkemeleri önüne çıkarılmıştır[112]. Cadılıkla suçlanmak için ikrar, tanıklık hatta şeytan işareti bulunması yeterli görülmüştür. Şeytanın görünen işaretleri, benler, siğiller, doğum lekeleri, fazla sayıda meme başı gibi izler ve yaralar iken, şeytanın görünmeyen alameti ise delinmesine rağmen vücudun kanamayan herhangi bir bölgesi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, büyücülükle suçlanan kişilerin üzerinde kanama testi yapılmıştır[113].

Kilise, Engizisyon döneminde suçunu itiraf etmeyen sanıklara mahkeme kararıyla bedensel şiddet uygulanmak suretiyle itiraf elde edilmesi yolunu meşru hale getirmiştir. 12-15. yüzyıl Orta Çağ Avrupası hukukunda ceza muhakemesi taraflar arasında bir muhakeme olmaktan çıkıp kamusal bir nitelik kazanmıştır. Bu dönemin ceza muhakemesi usulü bakımından, itham sisteminden tahkik sistemine geçiş süreci olduğu söylenebilecektir. Tahkik sistemi, kamu düzeninin korunması maksadıyla suç oluşturan olayın kamu adına maddi ispat araçlarıyla araştırılmasını ve bunun sonucunda failinin cezalandırmasını amaçlayan sistemdir. Tahkik sisteminin ortaya çıkması ve yaygınlaşmasına, mevcut sistemin suçlarla mücadele hususundaki başarısızlığı sebep olmuştur. Tahkik sistemi ile şekli gerçeğin değil maddi gerçeğin araştırılması gaye edinilmiştir[114].

[109] SCOTT, s.86.
[110] SCOTT, s.83.
[111] SCOTT, s.112.
[112] SCOTT, s.112.
[113] SCOTT, s.112-113.
[114] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 230-231; NAL (2007), s.147.

Kilise hukukunda uygulanan tahkik sistemi, 13. yüzyıldan itibaren engizisyon dışındaki mahkemeler tarafından da uygulanmaya başlamıştır. Tahkik sisteminde ikrar en önemli delil sayılmakta dolayısıyla itiraf olmadan hüküm vermek neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Bu sebeple ikrar elde etme yöntemi olarak kullanılmaya başlanan işkencenin uygulanıp uygulanmamasına hem itham edip hem de hüküm veren yargıç karar vermiştir. Ülkeden ülkeye farklı yöntemlerle yaklaşık olarak beş yüzyıl boyunca Avrupa ülkelerinde işkence uygulanmıştır[115].

Almanya'da 900-1450 yılları arasında itham sistemi yerini tahkim sistemine bırakmış, ikrar en önemli delil halini almış ve bu delilin elde edilmesi için işkence uygulanmıştır[116]. 1507 tarihli Constitutio Criminalis Bambergensis ve 1532 tarihli Constitutio Criminalis Carolina isimli Ceza ve Ceza Usul Kanun'larında işkence ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir[117]. Bu Kanun'lara göre, mahkûmiyet kararı, ikrar veya iki tanığın ifadesine dayanılarak verileceğinden ikrarın elde edilmesi ve bu yolla hakikatin bulunması için işkence uygulanmıştır[118]. Constitutio Criminalis Carolina, konuya ilişkin keyfiliğin kaldırılması maksadı ile işkence ve infazı ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, işkencenin uygulanması için ihbar veya basit şüphe sebepleri yeterli kabul edilmemiş, kuvvetli suç şüphesinin varlığı aranmıştır. Kuvvetli şüphe sebeplerinin de iki güvenilir tanık veya failin suçu işlediğinin tek bir güvenilir tanıkla ortaya konması gerektiği kabul edilmiştir[119].

Yine Fransa'da 1670 yılında ilan edilen Büyük Emirname ile yasal olarak hazırlık işkencesi ve ön işkence olarak iki tür işkence düzenlenmiştir[120]. Bu Emirname ile hazırlık soruşturmasında hazırlık işkencesine başvurulabilmesi için işlenen suçun ölüm cezası gerektiren bir suç olması ve suçu sanığın işlediği yolunda kuvvetli delillerin bulunması yahut bunun kesin olması şeklinde iki şart aranmıştır. Yine Emirname'de idam kararı verilmesinden sonra, suça iştirak eden diğer kişilerin ele vermesi için idam mahkûmuna uygulanacak ön işkencenin koşulları da düzenlenmiştir[121].

---

[115] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.231-232; NAL (2007), s.147.
[116] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.233.
[117] ÖNOK, s.46; NAL (2007), s.147; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.233.
[118] BAYRAKTAR, Köksal **'İşkence Suçu'** Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s.146; ARTUK, s. 10; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.233.
[119] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.233-234.
[120] ÜZÜLMEZ (2003), s. 35-36; ÖNOK, s.46; BAYRAKTAR, s.146; ARTUK, s.9; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.232.
[121] NAL (2007), s.147; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.232.

İşkence usulleri, eyalet ve mahkemelere göre değişiklik göstermiştir[122]. Sanığın itirafından sonra hüküm kurulmuş; hafif davalarda kırbaçlama, hapsetme, kürek mahkumiyeti ve sürgün, daha ağır suçlarda kazığa bağlanıp yakma ya da boğarak idam cezasına hükmedilmiştir. Ceza verilse dahi işkenceye devam edilmiştir[123]. Bütün Avrupa ülkelerinde her tür suç ve kabahat için verilen cezalar öncesi veya sırasında işkence uygulanmıştır. Özellikle ölüm cezasından önce mahkumların etleri koparılarak, uzuvları kesilerek yahut yakılarak işkence yapılmıştır[124]. Mahkûm edilen sanıkların, ‘‘auto da fe’’ yani iman yasası veya hapisten kurtuluş günlerinde infaz meydanına götürülerek halk önünde cezaları infaz edilmiştir[125].

4.1.3. İngiltere’de İşkence

İngiliz hukukunda ilke olarak işkence yasaktır; yasal otoriteler, yargıçlar ve 1215 tarihli Magna Carta Libertatum’a göre, işkence, İngiliz özgürlük ilkesiyle bağdaşmamaktadır[126]. 1215 yılında İngiltere'de Kral John tarafından ilan edilen Magna Carta, ilk insan hakları beyannamesi olarak nitelendirilmektedir. Kral, bu beyanname ile kendi yetkilerini sınırlandırdığı gibi halkına bazı haklar tanıyacağı ve bu beyanname ilkelerine uyacağını garanti etmektedir. Mezkûr Beyanname’de ‘‘kimse... herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılmayacaktır’’ hükmü yer almaktadır. Buna göre hiçbir sınırlama bulunmaksızın, kötü muamele için belirli bir yoğunluk dahi aranmaksızın, her nevi kötü muamele yasaklanmıştır[127]. Ancak hukuki düzenlemeler ile uygulama farklılık göstermiş köle olarak adlandırılmasalar da hizmetçiler, efendileri tarafından zincire vurulmuş, aç susuz bırakılmış, kırbaçlanmış, dövülmüş ve kötü muamele görmüşlerdir[128].

Ayrıca 1215 tarihli Lateran Kilisesi Dördüncü Kurul Kararı, 1679 tarihli Habeas Corpus Actus ve 1689 tarihli Bill of Rights’ta da kişi dokunulmazlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır[129]. 1689 tarihli Bill of Rights’ta gereğinden çok, abartılı güvenlik önlemleri öngörülmemesi düzenlenmiş ve ayrıca kişilerin yargılanmasından önce, kefalet ve hapis cezası ile ilgili kişilere söz verilmesi ve vaatlerde bulunulması

[122] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.232.
[123] SCOTT, s.87-89.
[124] SCOTT, s.86.
[125] SCOTT, s.87-89.
[126] SCOTT, s.146.
[127] ÖZGEN, s.209.
[128] SCOTT, s.102.
[129] ÖNOK, s.46.

yasaklanmıştır[130]. Ancak bu düzenlemelere rağmen Avrupa'nın pek çok yerinde olduğu gibi İngiltere'de de adli işkence, yüzyıllar boyunca hem ikrar elde etmek hem de tanıklığa zorlamak için uygulanmıştır[131].

Milattan önceki yıllarda İngiltere'de sakat bırakmanın yaygın bir ceza olduğu ve hafif suçlar için dahi kırbaçlanma cezası verildiğine dair kanıtlar bulunmuştur. Soğuk su ve kızgın demirle sorgulamak gibi işkence yöntemleri yaygın olarak kullanılmıştır. Sanıkların sorgu sırasında işkenceye karşı direnç gösterip ikrarda bulunmayıp susmaları sebebiyle mahkûm edilememelerinin önüne geçmek için ‘‘peine forte et dure’’ yani üzerine ağırlık konulup sıkıştırılarak ölüm cezası uygulamaya konulmuştur. Böylece işkencenin boyutu artırılmış ve sorgu esnasında ölümle sonuçlanan bir ceza haline gelmiştir. Bu uygulamalar İngiliz hukukunda işkence olarak tanımlanmamıştır[132].

İşkence tezgahının kullanımı Avrupa'da yaygınlaşırken, geleneksel İngiliz hukukunda yasak olan işkence uygulamalarının yapılabilmesi için geleneksel hukuktan üstün görülen Kral, Danışma Meclisi ya da Star Chamber'dan alınacak özel bir izin ile işkence belirli olaylar için uygulanabilir hale getirilmiştir. Mesela 1310 yılında Templar'lara işkence yapılması yetkisi veren bir kraliyet kararı yayınlanmıştır. 1468'de Londra Belediye Başkanı Sir Thomas Coke ihanetten yargılanmış ve tek bir tanığın işkence altında alınmış ifadesiyle suçlu bulunmuştur[133].

Kıta Avrupa'sında olduğu gibi İngiltere'de de işkencenin kullanımı Orta Çağ'da yaygınlaşmıştır. İşkence, İngiliz tarihinin başlangıcından bu yana uygulanmış olsa da buna ilişkin kayıtlar 15-17. yüzyıllar arasında tutulmuştur. Mesela, 28 Aralık 1566'da Danışma Meclisi tarafından suçunu inkâr eden kimselerin işkence tezgahına oturtulabileceği kararı verilmiştir. Yine 1571'de Kraliçe Elizabeth, Sir Thomas ve Doktor Wilson'a, Norfolk Dükünün hizmetçilerinden ikisinin işkence tezgahına alınmaları için bir yetki belgesi göndermiştir. 1674 yılında Stafford Mahkemelerinde insan öldürmekle suçlanan bir kimse, ‘‘peine forte et dure’’ ile cezalandırılmıştır[134].

[130] ÖZGEN, s.210.
[131] ÖNOK, s.46.
[132] SCOTT, s.102-103.
[133] SCOTT, s.103.
[134] SCOTT, s.103-104.

Diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi Orta Çağ İngiltere'sinde de büyücülükle suçlananlara yüzlerce yıl acımasızca çeşitli işkenceler yapılmıştır. İngiltere'de uygulanan en yaygın işkence yöntemi ise iğneleme yöntemi olmuştur[135].

İngiltere'de 1712 yılında görülen son büyücülük davasında sanık Jane Wenham'ı suçlu bulunmuş ve ölüme mahkûm edilmiş ancak mahkûmun serbest bırakılması için jüriyi etkilemeye çalışan bir yargıcın çabalarıyla ölüm cezası iptal edilmiştir[136].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere işkencenin, İngiliz özgürlük ilkesiyle bağdaşmadığı ve yasal olarak kabul edilmediği dile getirilse de İngiltere'de işkence, en az 400 yıl süreyle sorgulama ve cezalandırma biçimi olarak kullanılmıştır[137].

4.2. Asya'da İşkencenin Tarihi

Asya'da işkence konusunu ele alırken üç medeniyetten bahsedeceğiz. Bunlardan ilki olan Çin coğrafyasında işkence, Çin uygarlığının varoluşundan itibaren suçu ikrar ettirme, cezalandırma veya infaz sırasında yaygın olarak kullanılmıştır. Dünyanın hemen hemen her yerinde işkence uygulanmasına rağmen Çin, işkence tekniklerin gelişmişliği ve dolayısıyla zalimliği, iğrençliği ve şiddeti ile tüm dünya topluluklarını geride bırakmıştır[138].

Çin medeniyetinde suçlanan ya da suç işlediğinden kuşku duyulan kimselere ve delil vermekten veya gerçeği söylemekten kaçınan tanıklara doğruyu söyletmek amacıyla işkence yapılması yasal kabul edilmiştir. Ancak on beş yaşın altında ve yetmiş yaşın üstündeki suçlulara, hastalara veya sakatlara işkence uygulanmamıştır. Çin'de gerçeği ortaya çıkarmak için yapılan ilk işkence başarıya ulaşamazsa, ikinci kez ve şiddeti artırarak işkenceye devam edilmiştir. İkrar veya itiraf elde edilinceye kadar dozu artırılarak işkence uygulanır, işkence edilen kişiden istenilen elde edilmiş ya da bu kişi öldürülmüştür. Çin tarihinde pek çok işkence türü bulunmakla beraber yaygın olarak erkeklere topuk işkencesi, kadınlara ise parmak işkencesi uygulanmıştır. Yaygın olarak uygulanan diğer bir ceza olan falaka sonucunda ise kişilerin hayatı genellikle sona ermiştir. Yine ‘‘teşhir tahtası’’ olarak adlandırılan işkence yöntemi de Çin medeniyetinde yer edinmiştir[139].

[135] SCOTT, s.114-116.
[136] SCOTT, s.114-116.
[137] SCOTT, s.146.
[138] SCOTT, s. 117.
[139] SCOTT, s.118-120.

Asya'da işkence ile ilgili ele alacağımız ikinci medeniyet ise Japon medeniyetidir. Japon ceza hukukunda cezalandırmanın amacının temelinde kısas ilkesi yatmakta, dolayısıyla suçluların topluma kazandırılması ceza sistemlerinin esas kısmını oluşturmamaktadır. Bedensel cezalandırma, dolayısıyla esasen işkence, Japon ceza sistemi tarihinde önemli bir yere sahiptir. Çarmıha germe, özel giysi giydirilen suçlunun yakılması suretiyle ölüm dansı, kendilerini öldürme ayrıcalığına sahip olanların hari-kari yapmaları, Çinlilerin bıçak işkencesine benzeyen yirmibir darbe infazı gibi işkence uygulamaları yapılmıştır[140].

Japonya'da da Çin'de olduğu gibi mahkemelerce suçlanan ya da kendilerinden kuşkulanılan sanıklara ve gerçeği söylemekten kaçınan tanıklara, işkence yapılması meşru sayılmıştır. Murdoch, 17-19. yüzyıl arasında Japonya'da dört farklı işkence biçiminin uygulandığını, bu yöntemlerden en yaygın olanı kırbaçlama olduğunu söylemektedir. Taş kucaklattırma, elleri ve ayakları sıkıca sicimle bağlama, tavandan baş aşağı sallama diğer yöntemlerdir[141].

17. yüzyıl Japonya'sı Hristiyanlık dinine mensuplar için bir zulüm dönemi olarak kabul edilmektedir. Bu dönemde Japonya'da Hıristiyanların hepsini ülkeden kovmak hatta belki de onları yok etmek için çeşitli işkenceler yapılmıştır. Kaynaklara göre, Hıristiyanlar bütün giysilerinden soyulup ırmaklara, denizlere, volkanik sıcak sulara atılmış, 1622 yılında Nagazaki'de 50 Hristiyan diri diri yakılmıştır. Japonya'da engizisyon zulmünün benzerlerine rastlanmaktadır, mesela işkence görenlere, Hıristiyanlığı terk ettiğini göstermek için kilise kitaplarını kendi kanlarıyla imzalattırılmış, imzalamayanlar ise içi yılanlar ve engereklerle dolu derin fıçılara atılmış, bu kimselerin tanınmaları için alınları yakılarak damgalanmış ve daha nice türlerde işkenceye tabi tutulmuşlardır[142].

Japonya'da hukuki işkence 1873 yılında kaldırılmasına rağmen dünyanın diğer bölgelerinde olduğu gibi işkence uygulamaları devam etmiştir[143].

Asya'da işkence konusunda ele alacağımız son medeniyet ise Hint medeniyetidir. İngiltere'nin Hindistan'ı işgali öncesi ve sırasında Hindistan'da işkencenin dünyanın hiçbir yerinde olmadığı kadar yaygın olarak yapıldığından bahsedilmektedir. Adi veya dini pek çok suç, işkenceyle, yaygın olarak da sakat bırakma örneğin dil veya göğüs kesme ile cezalandırılmıştır. Yine ateş, su, zehir, denge ve kızgın yağ işkenceleri özellikle Malabar

[140] SCOTT, s.125-126.
[141] SCOTT, s.122.
[142] SCOTT, s.122-125.
[143] SCOTT, s.122; NAL (2007), s.148.

sahilinde suçlanan kişilerin yargılanmasında işkence olarak uygulanmıştır. Bedensel cezalandırma, her tür ve sınıf için yargılamalar esnasında kullanılmasının yanı sıra sahip ve sahibeler tarafından hizmetçilere kullanılırdı. Yani Hindistan'da işkence hem suçluların hem de kölelerin cezalandırılmasında kullanılmıştır. Yine ana-babalar çocuklarını falakaya yatırmış ya da kamçılamışlardır. Halk tarafından benimsenen işkence yöntemleri İngiliz Hükümeti tarafından da engellenmemiş ve hatta bunlara zımni şekilde onay verilmiştir. Avrupa'da Engizisyon tarafından kullanılmış olan işkence tezgâhı, işkence çarkı ve diğer işkence çeşitleri Hindistan'da da kullanılmıştır[144].

O sıralar Seylan olarak bilenen ve Hindistan'ın bir parçası olan Sri Lanka'da hukuki işkence, 1799 yılında kaldırılmıştır.

4.3. İslam Hukukunda İşkencenin Tarihi

İslam'ın doğduğu 6. yüzyıl öncesi Arap yarımadasında birçok işkence yöntemi uygulanmış ve bunlar İslam dininin yayılmaya başlamasından sonra da devam etmiştir. Nitekim İslam peygamberi Hz. Muhammed (s.a.v.), peygamberliğinin ilk yıllarında işkenceye maruz bırakılmış, taşlanmış, ibadet ederken üzerine işkembe atılmış, ümmeti ile birlikte tecrit edilerek ambargoya maruz bırakılmış ve yaşadığı yer olan Mekke'den Medine'ye hicret etmeye zorlanmıştır. Yine Allah'ın varlığına ve birliğine, Hz. Muhammed'in onun elçisi olduğuna inanan sahabeler, ağır işkencelere uğramışlar, hicret etmek zorunda bırakılmışlardır[145].

İslâm dini, insanlar arasında adalet, huzur ve barış tesis etmeyi amaçlayan, insan haklarını ihlâl edici, insanı küçümseyici maddî ve manevi her türlü zulmü, işkenceyi ve haksızlığı yasaklayan semavi bir dindir. İslâm dini, insan hakları, insanın onuru ve haysiyetinin korunması çerçevesinde hem genel hem özel anlamda işkenceyi yasaklamış ve işkenceyi önleyici tedbirler almıştır[146]. Bu kapsamda İslâm hukuku, sanıktan elde edilecek ikrarın veya tanıktan elde edilecek beyanın geçerliliğini, serbest irade ile yapılmış olmalarına bağlamıştır[147]. Hafif suçlar yanı sıra ağır suçlar olan cinayet, hırsızlık, zina ve benzeri suçlarda işkence ve zorlama sonucu elde edilen ikrarı geçersiz saymıştır. Ancak burada

[144] SCOTT, s.126-127.
[145] ÜNALAN, s.3.
[146] ÜNALAN, s.3.
[147] ÜZÜLMEZ, s.41.

belirmek gerekir ki kişiye uygulanan cebirden sonra serbest ortamda kişinin suçunu tekrar ikrarda bulunması halinde ikrarı geçerli hale geleceği kabul edilmiştir[148].

Hadislerde görüldüğü üzere İslam hukukunda cezaların infazı sırasında suçlunun insan onurunu incitecek uygulamalar mesela suçluya hakaret ve lanet edilmesi yasaklanmıştır. İnfaz sırasında mahkeme kararından başka veya onu aşan bir uygulama yapılmaması, yalnızca hükmedilen yaptırımın infaz edilmesi ve yaptırımdan başkaca bedensel veya ruhsal meydana getirilmemesi hususları emredilmiştir. Bu şekilde işkence ve sair kötü muamelenin önüne geçilmek istenmiştir[149].

Hz. Muhammed (s.a.v.) hükümlülerin aşağılanması ve onurlarının kırılmasını kötü muamele kabul ederek yasaklamıştır. Aktarılanlara göre Hz. Muhammed'in cezalandırılmasına hükmettiği bir mahkûma Hz. Ömer'in ''Allah'ım, şu adamı rahmetinden uzak kıl'' diyerek lanet etmesi üzerine Hz. Muhammed (s.a.v.) ''ya Ömer ona lanet etmeyiniz'' demiştir[150].

İmam Müslim'in Birr ve Sıla Kitabının 33. babında anlattığı kıssaya göre Hişam bin Hakîm, bir gün Şam bölgesinde dolaşırken bazı çiftçilerin güneş altında bekletildiklerini görmüş ve onların güneşte bekletilmelerinin sebebini sormuş, orada bulunanlar bu kimselerin cizye ödemediklerinden dolayı güneş altında alıkonduklarını söylemişlerdir. Bunun üzerine Hişam bin Hâkim, Hz. Muhammed'in (s.a.v.), "Dünyada insanlara işkence edenlere Allah ahirette azap verir" dediğini söylemiş ve zamanın Şam Emirinin yanına giderek o kimseleri serbest bıraktırmıştır[151].

Aktarılanlara göre, Hz. Muhammed (s.a.v.), savaşa gönderdiği bir ordu veya birliğin başına atanan komutan ve emrindeki askere, "Allah'ın adıyla savaşın, Allah'ı inkâr edenlerle savaşın. Savaşın ancak aşırı gitmeyin, işkence yapmayın..." diye öğütlemiştir[152]. Yine rivayetlere göre, Hz. Muhammed (s.a.v.), Uhud savaşında amcası Hz. Hamza'nın işkence yapılarak öldürülmesi üzerine bir gün müşriklerden 30 kişiye aynısı yapacağına dair yemin etmiş ancak daha sonra bu yemininin kefaretini ödemiş ve şöyle söylemiştir ''Öldürme (infaz) tarzında insanların en ölçülüsü, iman sahipleridir''[153]. Hadislerden anlaşıldığı üzere

[148] ÜNALAN, s.3.
[149] AVCI, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş,** 1. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2008, s.186.
[150] AVCI (2008), s. 185.
[151] ÜNALAN, s.5.
[152] ÜNALAN, s.6.
[153] AVCI (2008), s.192.

İslam dininde insan onuru her zaman korunarak savaş halinde dahi aşırıya kaçılmaması hususunun altı çizilmiştir.

Hz. Muhammed'in (s.a.v.) İslam dini mensubu olsun veya olmasın insanlara veya hayvanlara işkence ve eziyet etmeyi hadisleri ile yasaklamıştır. Meşhur bir kıssaya göre, bir kediyi aç bırakarak ölmesine neden olan bir kadın hakkında Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: "Bir kadın, bir kediden dolayı cehenneme girdi. Kediyi bağladı ne kendisi onu yedirdi ne de onu serbest bırakarak yerden bir şeyler yemesine imkân verdi"[154]. İslam peygamberi, hayvana maddi işkence yapmayı yasaklamakla kalmamış manevi yönden de ona işkence yapılmasını, hakaret edilmesini yasaklamıştır. Yine rivayetlere göre bir yolculuk esnasında bir devenin, sahibi tarafından lanetlendiğini duyunca devenin üzerindeki yükü indirtmiş ve bu deveye binilmesini yasaklamıştır[155].

İslam hukukunda insanın maddi ve manevi varlığını koruma altına almak için insan onurunu, kişiliğini zedeleyen tavır ve davranışları önleme amacıyla bazı suçların yaptırımı olarak bedensel cezalar belirlenmiştir. İslam dininin kutsal kitabı olan Kur'an-ı Kerim'in Nur suresi 24. ayetinde zina iftirasında bulunan kişiye, 80 kırbaç vurulması açıkça düzenlemiştir[156]. Yine hırsızlık suçu için sağ elin bilekten kesilmesi şeklinde bir ceza öngörülmüştür. Dört Halife ve Abbasiler döneminde hırsızlık suçları için el kesme cezası uygulanmıştır[157]. Hz. Ömer devrinde hırsızlık suçu işleyen Sedum isimli kişinin el kesme cezasına çarptırıldığı ancak üçüncü kez hırsızlık cezasını tekrar eden Sedum'un organ kesme cezasına çarptırılmasına Hz. Ali'nin karşı çıktığı rivayet edilmektedir[158]. İslam hukukunda bedensel cezaların öngörmesindeki amacın, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, kişilere zarar verecek kimselerin planladıkları eylemlerinden vazgeçmelerinin sağlaması olduğu açıktır. Ancak bedensel cezalar hakkında aşağıda yapacağımız ayrıntılı açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

İslam hukukunda infazda aşırılık yasaklanmıştır. Kur'an-ı Kerim İsra suresi 33. Ayette şöyle denilmiştir: ''Bir kimse haksızlıkla öldürülürse velisine yetki verdik; ancak o da öldürme hususunda haksızlığa sapmasın; çünkü o, yeterince yardıma mazhar olmuştur.'' İslam alimleri bu ayette aşırılığa kaçılmaması ödevinin devlet adamlarına veya infaz

[154] ÜNALAN, s.6.
[155] ÜNALAN, s.6.
[156] ÜNALAN, s.3.
[157] AVCI, Mustafa, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, 1. Baskı, Gök Kubbe Yayınları, İstanbul, 2004, s.262-263.
[158] AVCI (2004) s.251.

görevlilerine yüklendiği konusunda farklı görüşlere sahiptir. Ayette bildirilen ‘‘haksızlığa sapmamak’’ ile kastedilen aşırılığa kaçmamaktır. Aşırılığa kaçmamak için ise cezaların şahsiliği ilkesinden ayrılmayarak failden başkasını cezalandırmamak veya faile işkence etmemek gerekmektedir[159].

Özellikle bedensel cezaların aleni şekilde infazı yani teşhir İslam hukukunun geçerli olduğu devletlerde yaygın olarak uygulama alanı bulmaktadır. Teşhir, infazı gerçekleşecek cezanın şiddetinde aşırılığa gidilmemesi ve infazın işkence ve sair kötü muameleye dönüşmemesi için önleyici olarak nitelendirilebilmektedir. Mesela ölüm cezasının aleni şekilde infazında infaz görevlisi infazı kurallarına göre yerine getirirken daha hassas davranacaktır[160]. Ancak teşhir, kişilerin insan onuru zedeleyebilecek, kişinin küçük düşmesine veya onurunun kırılmasına neden olabilecektir. Bununla beraber öğretide teşhirin, cezada aşırılığın önüne geçilmesine ve suçluların ıslahına hizmet edebilecek nitelikte olduğunu bildiren görüş mevcuttur[161]. Aleni olarak uygulanan cezalardan biri de kişinin saçı ve sakalının kesilmesidir[162]. Devlet adamları ve ordu komutanlarının da dahil olmak üzere pek çok kişiye sakalları ve saçları yolunması cezası verilmiştir[163]. Saç yolma uygulamasının fiziki olmaktan ziyade manevi bir işkence olduğunu, Emevî halifesi Mervan b. Hakem oğluna yazdığı mektupta ifade etmiştir[164]. Saçın kesilmesi cezasının esas amacı Müslüman toplumlarda önem arz eden sakalının kesilerek kişinin onurunun kırılması ve aşağılanmasıdır, ikinci amaç ise o kişinin suç işlediğinin topluma duyurulmasıdır[165]. Kişilerin aşağılanmasına sebebiyet veren davranışların kötü muamele yasağı kapsamında kaldığı açıktır.

Hapis cezalarının infazında kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmasının verdiği ıstıraptan daha fazla ıstırap ve acı çekmesine sebep olabilecek infaz rejimleri uygulanmamalıdır. İslam alimlerine göre hükümlülere iyi muamele edilmelidir ve işkence veya kötü muamele yapılması yasaktır. Hükümlü veya tutukluları yaralamak, bağlamak, sıcak ya da soğukta bırakmak, soymak, ibadetine veya tuvalet ihtiyacına engel olmak, hakaret etmek veya onur

---

[159] AVCI (2008) s.184-185.
[160] KILINÇ, Ahmet **‘Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir’** (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s.129
[161] KILINÇ, s. 135-136.
[162] KILINÇ, s. 183.
[163] YILMAZ, Metin **‘İtaatkâr Toplum Oluşturma Aracı Olarak İşkence (Emevi Örneği)’**, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, C.8, S.4, 2008, < https://dergipark.org.tr/daad/issue/4501/61988 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019), s.110.
[164] YILMAZ, s.110.
[165] KILINÇ, s. 234.

kırıcı başka sözler söylemek İslam dinine göre caiz görülmemiştir. Savaş esirlerine işkence ve aç-susuz bırakmak gibi kötü muamele edilmesini yasaklayan İslam dininde bir suçlunun kanununda öngörülen cezasını onurunu kırarak yahut ruhsal veya bedensel şekilde ıstırap vererek infaz etmek evleviyetle yasak görülmektedir[166].

4.4. Türk Devletleri'nde İşkencenin Tarihi

Türk Hukuk Lügatı'nda işkence, ''herhangi bir maksatla birine cismen eza verici harekette bulunmak veya sanıklara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muamele yapmak, onlara eza ve cefa çektirmektir'' şeklinde tanımlanmıştır[167].

Türk Devletleri hukuklarında ne İslamiyet öncesi ne de sonrasında sanığa suçunu söyletme maksadıyla bir sorgu tekniği olarak işkenceye yer vermemişlerdir[168]. Özellikle Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinde işkenceye yer verilmemesinin temel sebebi, yukarıda da belirttiğimiz üzere İslam hukukunda cebir yahut korkutma ile elde edilen ikrarın geçersiz kabul edilmesidir[169].

İslam hukukçularının ekseriyetine göre, İslam hukukunda ikrarın delil olarak kullanılabilmesi için kişinin itirafı kendi iradesiyle ve zor olmadan yapmış olması gerekmektedir. Ancak bazı İslam hukukçuları bu görüşe katılmamakta ve hırsızlık ve benzeri bazı suçların soruşturulmasında zor kullanılarak ikrar elde edilebileceğini savunmaktadırlar[170].

İslam hukuku uygulamasında işkence, hukuki zemine oturtulmamış ve meşru görülmemiştir[171]. Nitekim, Osmanlı Devleti'nde Şeyhülislam Ebussuûd Efendi bir fetvasında zabıta görevlilerinin, zor kullanarak ikrar ve sair delil elde etmelerinin hukuka uygun olmadığı belirtmiştir[172]. Günümüz Türkçesi ile bu fetva şöyledir: ''Zabıta makamlarının emrederek cevap istemeleri dahi mümkün değil, nasıl işkence etmeleri mümkün olsun. Mahkeme mensubu, ifadeye alıp sanığı mahkemeye getirip itimada şayan bir kimse ile kefile verir. Sanığın suçlu olduğu anlaşılırsa hapsedilip tahkikat bitinceye

---

[166] AVCI (2008) s. 239-240.
[167]Türk Hukuk Kurumu **'Türk Hukuk Lügatı'** 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi < https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019), s.174-175.
[168] ÖNOK, s.49; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.235.
[169] ÜZÜLMEZ, s.41.
[170] NAL (2007), s.148-149.
[171] ÜZÜLMEZ (2003) s. 42; DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 17.
[172] NAL (2007) s.149; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.235.

kadar orada bekletilir. Kefile ya da mahpusa zabıta memurları müdahale edemez. Sanığın hırsızlığı sabit olursa o zaman cezası uygulanmak üzere zabıta memurlarına teslim edilir.''[173]

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere İslam hukukunun bir gereği olarak Türk ceza sistemlerinde de bazı bedensel cezalara yer verilmiştir. Mesela kasten yaralama suçunu işleyen bir kimseye eğer fiilde denklik mümkün olur ise kısas cezası verilecek olup failin mağdura vermiş olduğu acı miktarında acı vererek cezalandırılması söz konusudur. Cezanın infazı, failin mağdura verdiği zarar miktarını aşmayacak şekilde uzman infaz görevlilerince yerine getirilmiştir[174]. Yine Kur'an-ı Kerim'in Nur suresi 24. ayetinde evli olmayan kimselerin işledikleri zina suçunun cezası 100 celde yani kırbaç olarak belirlenmiştir. Ancak II. Bayezid ve Kanuni Kararnamelerinde bir genç kızı cinsel istismar eden kimsenin erkeklik organının kesilmesi, zina eden kadının cinsel organının dağlanması gibi cezalar öngörüldüğü görülmektedir[175]. Yine biri ile zor kullanarak evlenen kimsenin boşanmaları sağlandıktan sonra ölüm cezasına çarptırıldığı ve nikah kıyan kimsenin de sakalının kesildiği uygulamalara rastlanmıştır[176]. Evli olup zina suçunu işleyen kimselere ise genellikle recm cezası verilmiştir. Recm cezası kutsal kitapta geçmemekle beraber Hz. Peygamber tarafından uygulanmış olması sebebiyle had cezası değil tazir cezası olarak nitelendirilmektedir. Anadolu Selçuklu Devleti döneminde Sultan II. Gıyasettin'in veziri Sadettin Köpek'in Konya ulemasından aldırdığı bir fetva ile siyasi rakibi Tacettin Pervani'yi zina suçlaması ile recm ettirdiği kayıtlara geçmiştir. Osmanlı Devleti'nde infaz edilen recm cezası ise 1680 tarihinde kayıtlara geçmiştir[177]. Ayrıca bazı suçlar için kazığa oturtma cezasına hükmedildiği görülmüştür[178].

İslam hukukunda ve Osmanlı siyasetnamelerinde belirtildiği üzere kasten adam öldürme suçunun cezası kısastır. Osmanlı ceza yargılamasında kısas cezasına hâkim tarafından hükmedilmiş olup kesinleşmeyen mahkûmiyet hükmünün infaz edilemeyeceği kuralı yer almakta idi. Kısas, adil karşılık demektir. Bundan kasıt ise mutlaka misliyle mukabele edilmesi değildir. İslam hukuku alimlerine göre kısas cezasının amacı intikam alınması olmayıp toplumun korunmasını sağlamaktır. Bu sebeple kısas cezasında misillemeye

[173] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.235; DEMİRBAŞ (1992) s.17.
[174] AVCI (2004) s. 133-134.
[175] AVCI (2008) s. 197.
[176] AVCI (2004) s. 197-198.
[177] AVCI (2004) s. 198-201.
[178] AVCI (2008) s. 197.

gidilmemiştir yani işkence uygulayarak insan öldürme suçunda faile verilmiş olan cezanın infazı işkence ile gerçekleştirilememiştir. Mesela failin maktulü vahşi şekilde ateşe atarak veya uzuvlarını keserek öldürmesi halinde dahi kısas cezası verilecek failin kılıçla boynunu kesmek gibi onu kolay ve çabuk öldürecek infaz biçimleri uygulanmıştır. Bu kurala aykırı davranarak infazda failin acı çekmesine sebebiyet verecek şekilde davranan infaz görevlileri ise tazir cezasına çarptırılmışlardır[179].

İslam hukukunda yer alan teşhir uygulamasının Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinde uygulandığını görülmektedir. Osmanlı Devleti'nde uygulanan kişilerin alnını dağlamak veya damgalamak, uygulanırken verdiği bedensel acı ile maddi işkence, uygulama sonrasında teşhirin sürekli devam etmesiyle manevi olarak işkence içeren bir cezalandırma biçimidir[180]. Bu haliyle Türk Devletlerinde görülen bedensel cezalar ve teşhir uygulamasının işkence kapsamında değerlendirilebileceği açıktır.

Avrupa'da işkencenin kurumsallaştığı ve sistematik şekilde uygulandığı dönemlerde bile hiçbir Türk Devleti hukukuna, işkence bir sorgu yöntemi olarak benimsenmemiştir[181]. Ancak eski dönemlerde özellikle Osmanlı İmparatorluğunun gerileme döneminde işkence olarak nitelendirilebilecek muameleler yapıldığı bazı yazarlarca söylenmektedir[182]. İslam hukukunda yer almakla Türk hukukunda da uygulanan bedensel cezalar konusunda ise aşağıda belirttiğimiz hususlar geçerli olacaktır.

İşkence, hukukumuzda Batı tarihinde olduğu şekliyle uygulama alanı bulmamış olsa da yaklaşık iki yüz yıldır işkence yasağına ilişkin düzenleme hukukumuzda bulunmaktadır[183]. 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ve 1856 tarihli Islahat Fermanı'nda kişi dokunulmazlığına ilişkin önemli hükümler vardır. 1840 tarihli Kanun-ı Ceza ve 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'de ise kamu görevlilerinin kişilere karşı kötü muamele etmeleri yasaklanmış ve bu yasağa aykırı eylemler yaptırıma bağlanmıştır[184]. 1848 tarihli Eyalet Meclisleri Talimatnamesi'nde şüpheli ya da sanıklara hiçbir neden ve gerekçe ile işkence yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. 1856 tarihli Islahat Fermanı'nın 7. maddesinde günümüz Türkçesiyle ''Davalar, insan haklarına ve adalete uygun şekilde sonuçlandırılır. Tutuklama ve gözaltında bulundurma mümkün olduğunca kısa süreli olmalıdır.

[179] AVCI, s. 82-84.
[180] KILINÇ, s. 237.
[181] ÜZÜLMEZ (2003) s.51.
[182] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.235; DEMİRBAŞ (1992) s.18.
[183] ÜZÜLMEZ (2002), s.172.
[184] BAYRAKTAR, s.141; ARTUK, 13; ÖNOK, s.49; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.235.

Hapishanelerde işkence, eziyet ve cismani ceza uygulanması kesinlikle yasaktır. Aksine davrananlar veya emredenler cezalandırılırlar.'' denilerek işkenceye karar verenlerin, işkence uygulayanların ve bu kimselerin üstlerinin, hukuki sorumluluğu olacağı şeklinde yapılan düzenleme ile işkence yasağına hukuki sonuç bağlanmıştır[185]. Ayrıca 1876 tarihli Kanun-u Esasî'nin 26. maddesinde ''İşkence ve sair her nevi eziyet, kat'iyen ve külliyen memnûdur.'' denilerek işkence yasağı ayrıca anayasal güvence altına alınmıştır.

İşkence suçuna ilişkin ilk özel düzenleme ise 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunun 103. maddesinde yer almıştır. Buna göre, mahkemelerin, meclis üyelerinin ve diğer hükümet memurlarından birinin sanıklara suçlarını söyletmek için eziyet ve işkence edilmesine karar vermelerini veya bizzat bu tür muameleleri icra etmelerini cezalandırmıştır[186]. 1875 tarihli Ferman-ı Adalet'te ise eziyet yasağına yer verilmiştir[187].

Türkiye Cumhuriyeti kuruluş yıllarında dahi işkence ve sair kötü muamele yasağına ilişkin hukuki düzenlemeler hukukumuzda mevcuttur. Cumhuriyetin ilk anayasası olan, 1924 Anayasası'nın 73. maddesine göre ''İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur.'' Yine 1961 tarihli Anayasanın 14. maddesinde ''Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulamaz.'' denilmiştir. 1982 Anayasası'nın ''Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı'' kenar başlıklı 17/3 maddesinde işkence yasağı ''Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.'' denilerek düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, 1924, 1961 ve hâlen yürürlükte olan 1982 Anayasalarında da işkence yasaklanmış, 1961 ve 1982 Anayasalarında ayrıca insan onuruyla bağdaşmayan cezaların da verilemeyeceği hükmü eklenmiştir.

765 sayılı TCK'nın mehazı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda işkenceye ilişkin özel bir hüküm bulunmamakta iken 765 sayılı TCK'nın 243. maddesinde işkence suçu düzenlenmiştir. Bu hüküm, 1961 yılında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)'ne uygun hale getirilmek amacıyla değiştirilmiş, hükme işkence dışındaki diğer seçimlik hareketler olan insanlık dışı veya onur kırıcı muamele fiilleri eklenmiştir; ayrıca fiilin amirin emri üzerine gerçekleştirilmesinin emri icra eden bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceği ve emri veren amirin feri fail sayılacağına dair fıkralar ilga edilmiştir. İşkence sonucunda nitelikli yaralama veya ölüm meydana gelmesi halinde

[185] ÖNOK, s.49; NAL (2007), s.149.
[186] BAYRAKTAR, s.147; ARTUK, s.13; ÖNOK, s.50.
[187] ÖNOK, s.50.

artırım yapılacağına dair düzenleme eklenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 243.maddesi 1999 yılında da önemli değişikliklere uğramış, mağdur olabilecek kimseler ve manevi unsurun kapsamı genişletilmiş, ayrıca suçun cezası da artırılmıştır[188].

Türkiye Cumhuriyeti, demokrasi, hukuk devleti, sosyal devlet ilkelerini benimsemiştir. İşkence yasağını ihlal etmek, Anayasayı ihlal sonucu doğurmaktadır[189]. Nitekim işkence yasağı, yukarıda belirttiğimiz üzere 1982 tarihli Türk Anayasası'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca Anasaya'nın 38/5. maddesi uyarınca, ''Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.'' denilerek işkence ve sair kötü muameleyi önleyici nitelikte bir başka düzenleme yapılmıştır.

TCK'nın gerekçesinde de yer aldığı üzere uluslararası ve anayasal teminat altında olan işkence yasağının bir gereği olarak ve özellikle insan onurunun tecavüzden korunması için, cezasız kalmaması gereken işkence, bağımsız bir suç olarak kanunda düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere işkence ve sair kötü muamele Tanzimat Fermanından bu yana 1924, 1961, 1982 Anayasaları, 765 sayılı ve 5237 sayılı TCK'larda yasaklanmış ve ayrıca Türkiye Cumhuriyeti, 1954 yılında AİHS'ni imzalamış ve yürürlüğe koymuş olmasına rağmen Türkiye gündeminden işkence ve kötü muamele iddiaları hiç çıkmamıştır[190].

Türkiye'de devlet kaynaklı işkence ve sair kötü muamele 1980 darbesi sonrasında yoğunlaşmıştır. 1990'lı yıllarda yoğunluk kısmen azalmış ancak Avrupa Birliği üyeliği süreci nedeniyle 1998-2001 döneminde mevzuatın da uluslararası standartlara uygun hale getirilmesi çabası sonucunda işkence ve sair muamele uygulamaları bastırılmışsa da günümüzde işkence vakaları varlığını göstermektedir. Türkiye İnsan Hakları Vakfının her gün yayınladığı raporlar incelendiğinde işkence suçunun esasen çok geniş bir alana yayıldığı görülmektedir. Vakfın 2014 yılı için hazırladığı raporda verilere bakıldığında gözaltında ölen 6 kişi, işkence gören 1008 kişi, cezaevinde ölen 45 kişi, cezaevinde işkence gören 491 kişinin bulunduğu kayıtlara geçmiştir[191]

Ülkemiz işkence ve kötü muamele yasağı ihlalleri sebebiyle sıklıkla AİHM tarafından tazminata mahkûm edilmektedir. Ülkemizde yaşanan işkence ve sair uygulamaları ve

---

[188] ÖNOK, s.276-277.
[189] EREM, s. 197-198.
[190] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.121.
[191] GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı Analizi),** 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s.7.

AİHM tarafından verilen ihlal kararlarını aşağıda ayrıntıları ile ele alacağımızdan bu bölümde yukarıdaki hususlara değinmekle yetineceğiz.

4.5. Yakın Geçmişte İşkence

Orta Çağ'da işkence savunucuları ve uygulayıcıları, tek bir suçluyu bulmak ve cezalandırmak için birçok masum insanı bu uğurda feda etme haklarının olduğu ilkesine dayanarak hareket etmekteydiler. Bu dönemde insan hakları algısı gelişmediğinden toplum, toplumsal düzene karşı suçların işlenmesine engel olması için masum insanların feda edilmesi şeklindeki ilkeyi kabul etmiştir. Ancak dünyada insan haklarının gelişmesiyle birlikte işkence ve sair kötü muamelelere son verilmesi için pek çok adım atılmıştır[192]. Her ne pahasına olursa olsun suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmasını kabul gören görüş, çağdaş ceza muhakemesi hukuklarında insan onurunun korunması ile sınırlandırılmıştır[193]. Her ne kadar insan haklarının gelişimi ile uluslararası ve ulusal belgelerde işkence yasaklanmış ve suç haline gelmiş olsa da cezalandırmanın amaçlarından caydırıcılık, toplum yararına masum insanların feda edilmesinin önünü açmaya hala devam etmektedir[194]. Yakın tarihte yapılan bir araştırmaya göre, 112 ülkede işkence yaygın ve/veya sistematik olarak uygulanmaya devam etmektedir[195]. Mesela Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde işkence uygulamaları alıkonulma sürecinde hala uygulanmakta Devlet ise bu uygulamaları göz ardı etmekte hatta hoş görmektedir. Yine mesela İngiltere'de işkence uygulamaları devam etmekle birlikte işkence yöntemleri yetkililerce kabul edilmemekte, halk tarafından da reddedilmektedir[196].

Özellikle 11 Eylül 2001'de ABD'de bulunan İkiz Kulelere yapılan terör saldırısı sonrasında ABD'nin ''teröre karşı savaş'' adı altında dünyada ve kendi ülkesinde terör şüphelilerinin ifade ve sorgusunda fiziksel ve psikolojik şiddete başvurduğu görülmektedir. Üstelik ABD bu uygulamaların önünü açacak düzenlemeler yapmış ve mevzuatları önünde bu uygulamalar hukuken meşru hale gelmiştir[197]. ABD tarafından işkence yasağının delindiği ancak dünyanın ses çıkarmadığı Guantanamo Hapishanesi, 21. yüzyılda kara bir lekedir. Söz konusu hapishane, Küba topraklarında yer alan ve 2002'den bu yana Amerika

[192] SCOTT, s.315.
[193] ÖNOK, s.50.
[194] SCOTT, s.315.
[195] ÖNOK, s.51.
[196] SCOTT, s.315.
[197] ÖNOK, s.52.

tarafından askeri hapishanesine olarak kullanılan 121 km²'lik bir alandır. Burada başta Afganistan olmak üzere çeşitli Müslüman ülkelerde ele geçirilen, El-Kaide ve Taliban ile ilgisi olduğundan şüphelenilen kişiler tutulmaktadır. Bir suçu işlediğinden yahut işleyeceğinden şüphelenilen insanlar, toplumun güvenliğini tehdit ettikleri gerekçesi ile ABD tarafından bu hapishanede de tutulmaktadırlar. Guantanamo'da tutulanlar, ne savaş suçlusu ne de adi suçlu olarak tanımlanmıştır, bu sebeple ABD yasal sistemine başvuramadıkları gibi ABD yasal sisteminden herhangi bir gözden geçirme de talep edememektedirler. Burada tutulan kimselerin bir suçlu oldukları iddia edilmesine rağmen yargılamaları yapılmamakta ve her türlü araçlar bu kimselere zulüm etmek için kullanılmaktadır. İnsan hakları ihlalleri ise dünyaca yalnızca raporlanmakta ve kınanmaktadır[198].

Almanya'da Nazi döneminde işkence Orta Çağ Avrupa'sını, cadı avcılığını aratmamıştır. Bu dönemde acımasız ve iğrenç biçimde seneler boyunca ekseriyetle Yahudi kökenlilere türlü işkenceler uygulanmış ve işkence yasal zemine oturtulmuştur. Bu doğrultuda Heinrich Himmler Emirnamesi, ''sabotajcılara, teröristlere, mukavemetçilere, paraşütle indirilen ajanlara, anti-sosyal unsurlara, Rus ve Polonyalı serserilere işkence uygulanabilir'' diyerek işkencenin önünü açmıştır. Bu Emirname'ye göre, işkence, duruma göre gıdayı (ekmek ve suyu) azaltma, sert yatak, ışıksız hücre, uyutmama, bedeni yorucu hareketler, kırbaçlama gibi uygulamaları kapsamıştır. Yirmi kırbaçtan fazla cezalandırmalar için hekimden mütalaa alınması gerektiği yine Emirnamede yer almıştır. Nazi Almanya'sında gestaponun bulunduğu her şehirde bir işkence merkezi de kurulmuştur ve Himmler Emirnamesi bu işkence merkezlerinde uygulanmıştır[199].

Diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de işkence uygulamaları söz konusu olmaktadır. Özgen, 1988 tarihli makalesinde Türkiye'de sanıkların gözleri bağlı sorguya çekilmeleri gibi insanlık dışı bir sorgu yönteminin uygulandığından söz etmektedir. Şöyle ki gözü bağlı olanın kimsenin, kendisini sorguya çeken kimseyi tanıması mümkün olmamakta failler birbirlerine hitap ederken sahte isim kullanmakta ve ifade alan kişiler ile ifade tutanağı altını imzalayan kişiler, farklı kimseler olmaktadır. Ayrıca işkence uygulanırken failler ve mağdur dışında kimse orada olmadığından, tanık da bulunmamaktadır. Bu sebeplerden dolayı genellikle işkence iddiaları işkence mağdurunun soyut iddiası olmaktan

[198] ÖNOK, s.52; **'USA: Shadow over Justice'** Amnesty International, 2010 < https://www.amnesty.org/en/documents/AMR51/094/2010/en/ > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).
[199] EREM, s. 197.

öteye gidememektedir. Bu ise suç sonucu verilecek cezanın mutlaklığını sarsmaktadır[200]. Türkiye, pek çok AİHM kararında işkence ve sair kötü muamele yasağını ihlal ettiğinden bahisle mahkûm edilmiştir.

5. İŞKENCE YASAĞININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Ceza muhakemesinde amaç, gerçek suçlunun hak ettiği miktarda cezaya ile cezalandırılmasıdır. İnsanlık tarihinde uzun süre uygulanan işkencenin bu amacı sağlamadığı, verilen kararların büyük çoğunluğunun adli hata teşkil ettiği sonradan anlaşılmıştır[201]. Mesela, 1793'te Paris Meclisi, bir adamı, yalnızca işkence altında elde edilen ikrarına dayanarak bir kadını öldürmekten ölüme mahkûm eden iki yargıcı, adamın infazından iki yıl sonra kadının yaşadığı ortaya çıktığı için görevden almıştır[202]. Görüldüğü üzere, eğer amaç, bir suç işlenince tesadüfen ele geçen, dış bazı belirtilere göre kuşkulanılan bir kimsenin sırtına bu suçu yıkıp cezalandırmak olsa idi, işkencenin bu amaca hizmet ettiği konusunda kuşku olmayacaktı[203].

İşkence tarihinin ilk günlerinden bu yana işkence yapılmasına karşı çıkanlar olmuştur. Ancak bu kimselerin sayısı işkence taraftarlarına göre oldukça azdır. Dolayısıyla işkence taraftarlarına karşı etkili muhalefet yapacak güce sahip olmamışlardır. Bu sebeple yargılama öncesinde veya sırasında ceza olarak ve infazda işkence yöntemlerine başvurulmasına karşı çıkanlar, işkencenin hedefi olmamak için işkenceye karşı yeterince tepki gösterememişlerdir. Mesela Seneca, Cicero, Aziz Augustinus, ünlü Romalı hukukçular Ulpianus ve Tertullianus işkencenin adaletsizliğini ve maddi gerçeğe ulaşmada yararsız bir araç olduğunu dile getirmişlerdir[204].

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere 1215 yılında İngiltere'de Kral John tarafından ilan edilen ilk insan hakları beyannamesi olarak nitelendirilen Magna Carta'da hiçbir sınırlamaya yer verilmeksizin, kötü muamelenin belirli bir yoğunluğa ulaşması dahi aranmaksızın her türlü kötü muamele yasaklanmıştır[205]. Yine, 1215 tarihli Lateran Kilisesi Dördüncü Kurul Kararı, 1679 tarihli Habeas Corpus Actus ve 1689 tarihli Bill of Rights'ta kişi

[200] ÖZGEN, s.223.
[201] ÖZGEN, s.209.
[202] SCOTT, s.46.
[203] ÖZGEN, s.209.
[204] SCOTT, s.146.
[205] ÖZGEN, s.209.

dokunulmazlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır[206]. İngiliz İnsan Hakları Beyannamesi olan 1689 tarihli Bill of Rights'ta ''Gereğinden çok, abartılı güvenlik önlemleri öngörülmemesi'' düzenlenmiş ve ''İlgili kişinin yargılanmasından önce, kefalet ve hapis cezası ile ilgili söz verilmesi ve vaatlerde bulunulması'' yasaklanmıştır[207].

Orta Çağ Kıta Avrupa'sında işkenceye karşı çıkan her ses, bastırılmıştır[208]. Ancak insan hakları ve insan onuru kavramlarının gelişmesi üzerine işkence, daha yüksek sesle reddedilmiştir. İlk başta dönemin aydınlarının eserlerinde insan haklarının korunması ve insan onurunun gereği olarak işkence reddedilmiş, özellikle 1789 Fransız Devriminden sonra da halka mâl olup, hukuk kurallarında yer almaya başlamıştır. İnsan olmanın gereği olan birtakım değerlerin varlığı ve bu değerlerin mutlak korunması gerekliliği kabul etmiştir. Söz konusu değerlerden bazıları, savunma hakkı, susma hakkı, hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı ve bunlar sonucunda işkence yasağıdır[209].

İşkence yapılmasına ilk kez karşı çıkanlar arasında İspanyol bilgin Juan Luis Vives ve 1624'te ''Tribunal Reformation'' adlı eserinde işkence karşıtlığını bildiren Johann Graefe bulunmaktadır. Montaigne, 1711'de yayınlanan Essais (Denemeler) adlı eserinde infaz öncesinde işkence yapılmasını hakkında şöyle der: ''Adalet içinde bile, basit bir ölümün ötesine geçen her şey, bana son derece zalimce görünüyor... Kendi gözlerimle görmeden önce, yalnızca katletme zevki için bir diğerinin uzuvlarını parçalayan, koparan, kesen zalim ruhlar olabileceğine inanmıyordum; zekalarını, kin duymadan, bir kazanç veya başkaca bir amacı olmaksızın yalnızca mimik ve hareketleri seyretmek, ağrılar içindeki bir adamın acıklı inlemelerinden ve haykırışlarından zevk almak için, olağandışı işkenceler, yeni ölüm çeşitleri icat etmekte kullanıyorlardı. Bu zalimliğin varabileceği en uç noktadır.''[210]

Aydınlanma Çağı'nın başlamasıyla bu dönemdeki düşünürler işkenceye karşı fikir birliği oluşturmuştur. Beccaria, Montaigne, La Bruyere, Montesquie, Voltaire gibi düşünürler, güçlü kalemlerini kullanarak işkenceye şiddetle karşı çıkmışlardır[211]. Dei Delitti e Delle Pene (Suçlar ve Cezalar) isimli eseriyle işkence ve kötü muameleye karşı çıkan ilk ceza

[206] ÖNOK, s.46.
[207] ÖZGEN, s.210.
[208] SCOTT, s.147.
[209] ÖZGEN, s.208-209.
[210] MONTAIGNE, Michel de, **Essais**, aktaran SCOTT, s.147.
[211] ÖNOK, s.47.

hukukçusu Beccaria'dır[212]. Ölüm cezasına da şiddetle karşı çıkan Cesare Beccaria, 1764'te Milano'da yayımlanan ünlü eseri Suçlar ve Cezalar'da şöyle der: ''Kanıtlanıncaya kadar hiç kimsenin suçluluğuna karar verilemez. Yasaları çiğnediği kanıtlanana kadar kimsenin tanınmış haklarından yoksun bırakılıp, korunma hakkını elinden alınmamalıdır. Suçlu olduğundan hiçbir kuşku kalmayana kadar, iktidardan başka kimin bir yurttaşı cezalandırma yetkisi olabilir? Bir kimse ya suçludur ya da suçsuz. Suçluysa, yasalarca belirlenmiş cezalara çarptırılmalıdır ve bu durumda suçunu itiraf etmesi gerekmediğinden işkence de yararsızdır. Suçlu değilse masuma işkence ediyorsunuz demektir çünkü suçu kanıtlanmadıkça yasa önünde her insan, masumdur. Ayrıca bir insanın hem suçlamak hem de suçlu olmasını beklemek ve gerçeği, işkence gören kimsenin kaslarında ve hücrelerindeymiş gibi acıyla sınanmak 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''[213].

1734 yılında ilk olarak İsveç işkenceyi kaldırmıştır. Ardından, 1740'da Büyük Frederich, Prusya'da işkenceyi kaldırmıştır[214]; bu konuda Frederich'in sıklıkla mektuplaştığı Voltaire'in etkili olduğundan bahsedilmektedir. Yine Voltaire, Fransa'da 21 yaşında çeşitli uzuvları kesildikten sonra yakılarak öldürülen 21 yaşındaki Chevalier de la Barre'ın davasına müdahale etmesine rağmen başarılı olamasa da Marc-Antoine Calas davasında cezanın iptalini sağlamıştır[215].

1767 tarihinde Rusya, 1776'de Avusturya ve 1776'da Portekiz'de işkence kaldırılmıştır[216]. Haziran 1776'da ABD'de yayınlanan Virginia Bill of Right'ın 8. maddesinde yer alan ''Hiç kimse kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz''[217] ve 9. maddesinde yer alan ''Hiç kimseye... zulüm sayılabilecek, olağandışı cezalar verilemez'' hükümleri ile ABD'de işkence kaldırılmıştır[218].

1786'da İtalya'da işkence kaldırmasına, Cesare Beccaria'nın katkısı büyüktür. Voltaire'in de Fransa'da 1789'da işkence tezgâhı ve kırbaçlamaya yönelik mücadelesi, diğer ülkelerde

[212] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.120; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.234.
[213] BECCARIA, Cesare, **Essay on Crimes and Punishments**, Londra, 1785, aktaran SCOTT, s.147-148; BAYRAKTAR, s.146.
[214] ÜZÜLMEZ (2003), s. 14-15; NAL (2007), s.147; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.234.
[215] SCOTT, s.147.
[216] ÖNOK, s.47.
[217] ÖZGEN, s.210.
[218] NAL (2007), s.148.

de yankı bulmuştur. 1801'de Rusya'da, 1812'de İspanya'da işkenceye son verilmiştir. İngiltere'de yasal işkenceye, 1640 yılında son verilmiş ve 1708'de İskoçya'da işkence, Meclis kararıyla kaldırılmıştır. Ancak cezalandırma adı altında işkenceye bütün ülkelerde devam edilmiştir. Dolayısıyla, İngiltere'de kazığa bağlanıp yakmak 1789'a kadar, damgalamak 1834'e kadar, teşhir tahtası 1837'ye kadar kullanılmıştır. Yine Fransa'da kızgın yağ işkencesi 1791 yılına kadar, demirle damgalamak da 1832 yılına kadar uygulanmıştır. Rusya'da ise mahkumların damgalanması 1863 yılına kadar sürmüştür[219].

Fransa'da hazırlık işkencesi 1780'de, ön işkence 1788'de[220], kazığa bağlanma 1789'da kaldırılmıştır. Suçun herkes önünde ikrar edilmesi uygulaması 1791 yılında kaldırıldıktan bir süre sonra yeniden uygulanmış ancak 1830'da bu uygulamaya kesin olarak son verilmiştir[221].

1789 tarihli Fransız Devrimi'nin ardından insan haklarını korumak amacıyla yayınlanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde işkence yanı sıra her türlü kötü muamele yasaklanmıştır. Bildirinin 7. maddesine göre, ''Hiç kimse, yasanın belirlediği haller ve öngördüğü biçimler dışında suçlanamaz, yakalanamaz ve tutuklanamaz. Keyfi düzenlemeler yapılmasını isteyen, keyfi emirler veren, bunları uygulayan veya uygulanmasına izin verenler cezalandırılır...''; 9. maddesine göre ''Her insan suçlu olduğuna karar verilinceye kadar masum sayılacağından, tutuklanmasının zorunlu olduğuna karar verildiğinde yakalanması için zorunlu olmayan her türlü sert davranış yasa tarafından ağır biçimde cezalandırılmalıdır''. Görüldüğü üzere, Bildirgede suçluyu yakalamak amacı dışında hiçbir amaçla sert muamelede bulunulamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca suçlunun yakalanması için başvurulan sert muameleye ''zorunluluk'' sınırı getirilmiş. Bildirge, yasaya aykırı biçimde kötü muamelede bulunanlar veya bulunulmasına müsaade edenlerin, cezalandırılması gerektiğini düzenleyerek işkence ve kötü muamele yasağına cezai sonuç bağlanması hususunda yol göstermiştir[222].

Kilise hukukunda işkencenin resmi olarak yasaklanması ise, 1816'da papalığın fermanıyla gerçekleşmiştir[223].

İngiltere'de resmi işkence uygulamasına ise 1837'de son verilmiştir[224].

---

[219] SCOTT, s.148.
[220] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s.234.
[221] ÜZÜLMEZ (2003) s. 35-36; NUHOĞLU, s.541'da farklı görüş 'Fransa'da 1754'te işkence kaldırılmıştır'.
[222] ÖZGEN, s. 210; NAL (2007), s.148.
[223] ÖNOK, s.47.
[224] ÜZÜLMEZ (2003) s. 35-36.

İşkencenin en eski biçimlerinden olan kırbaçlama cezası, diğer işkencelerin çoğu kaldırıldıktan sonra da uzun süre uygulanmaya devam etmiştir. İngiltere'de kırbaçlama cezası ilk olarak kadınlar için kaldırılmıştır. Kayıtlara geçen son örnek, 1817 yılında İskoçya'da bir kadının sarhoşluk ve fena hareketten Inverness sokaklarında kırbaçlanması olayı olmuştur. Kadınların, hangi suçtan olursa olsun kırbaçlanmalarını yasaklayan, 1820 tarihli Kadın Suçluların Kırbaçlanmasının Kaldırılması Yasası yürürlüğe girmesinden sonra erkekler için de toplum önünde kırbaçlama cezası kaldırılmıştır. Son kırbaçlama olayı 1822 yılında bir asinin Glasgow sokaklarında kırbaçlanması olayı olmuştur. Ancak hapishanelerde kırbaçlama uygulaması devam etmiştir. 1849 yılında Birmingham Borough Hapishanesindeki koşulların araştırıldığı hükümet soruşturmasında erkeklerin basit suçlardan her gün kırbaçlandıkları ortaya çıkmıştır[225].

19. yüzyılın başlarında İngiliz Kara ve Deniz Kuvvetlerinde Tuğgeneral Charles J. Napier, Sir Francis Burdett, Lord Hutchinson ve Sir Samuel Romilly, hafif kabahatler ve suçlar için uygulanan kırbaçlama cezalarına karşı çıkmışlardır. Kırbacın kaldırılması konusunda başarı elde edilmemişse de cezaların şiddetinde ve cezalandırma koşullarında iyileşme sağlanmıştır. 1881'de kırbaç uygulaması askeri hapishanelerdeki mahkumlarla sınırlanmıştır[226].

1899 ve 1907 La Haye Barış konferanslarında savaş sırasında işkenceye başvurma yasağı kabul edilmiştir. 1949 tarihli Cenevre Savaş Tutsaklarına Yapılacak Muamele Hakkındaki Sözleşme'de de bu yasak hukuki dayanağa ulaşmıştır[227].

19. yüzyıl sonunda işkencenin tamamen yasaklanmasından sonraki adım işkencenin suç haline getirilmesidir. 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nun 319. maddesinde düzenlenen ''zorla ifade alma suçu'' ile ilk kez işkence suç olarak düzenlenmiştir[228].

İşkence ve sair kötü muamele, Aydınlanma Çağı ve sonrasında ulusal mevzuatta yasaklanıp suç olarak düzenlense de çok taraflı uluslararası belgelere konu edilmesi, Nazizm ve Faşizmin egemen olduğu dönemlerde kamu erkini kullanan kimselerin bu fiilleri kitleler üzerinde uygulaması ve bunun bir daha yaşanmasının önüne geçilmesi temel amacıyla söz konusu olmuştur[229].

---

[225] SCOTT, s.149.
[226] SCOTT, s.148.
[227] NUHOĞLU, s.543.
[228] ÜZÜLMEZ, s.36; ÖNOK, s.48.
[229] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.120-121.

Yirminci yüzyılın ilk yarısında insanlık tarihinin en kanlı ve vahşi dönemleri yaşanmış özellikle 2. Dünya savaşından sonra insan haklarının korunması için önemli adımlar atılmıştır[230]. İşkence ve kötü muamelelerin önlenmesi için çıkarılan beyannameler ve ulusal kanunlar yanı sıra insanlık için bir adım daha ileri gidilerek taraf devletleri bağlayıcı olacak uluslararası sözleşmeler de imzalanmıştır[231]. Bu sözleşmeler ise çalışmamızın bir sonraki kısmına konu olacaktır.

6. İŞKENCE YASAĞININ ULUSLARARASI BELGELERDE YERİ

Uluslararası koruma tarihsel olarak insan hakları düşüncesi ve insan onuru kavramı, kadar eski bir olgu değildir. İkinci Dünya Savaşı öncesinde uluslararası hukuk, yalnızca devletler arasındaki ilişkileri düzenliyorken, devlet ve vatandaş arasındaki ilişkiler ise ülkelerin iç hukukunda düzenlenmekteydi. Ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren başlayan insan hakları alanındaki örgütlenmeler ve sözleşmeler dolayısıyla birey, ulusal hukuk öznesi olmanın yanı sıra uluslararası hukukun da öznesi durumuna gelmiştir[232].

İşkence yasağının, ulusal ve uluslararası metinlerde düzenleme alanı bulunması, tarihi olduğu kadar hukuki sebeplerden de kaynaklanmaktadır. İşkencenin, insanlık tarihinde çok ciddi acılara sebebiyet vermiş olmasının yanında ceza yargılaması sırasında işleniyor olması işkence suçunu diğer suçlardan daha farklı kılmıştır[233]. Bu sebeple işkence ve sair kötü muamelenin önlenmesi, sadece ulusal hukuku ilgilendiren bir konu olmaktan çıkarak uluslararası insan hakları hukukunun da en temel konularından biri haline gelmiş, temel insan hakları ve özgürlüklerini düzenleyen tüm uluslararası belgelerde işkence yasağına yer verilmiştir. Yasak, daha sonraki dönemde yalnızca işkenceye ilişkin bölgesel ve evrensel sözleşmelerle de düzenlenmiştir. Ezcümle aşağıda da ele alacağımız üzere gerek ulusal gerekse uluslararası insan hakları belgelerinde işkence ve kötü muamelenin önlenmesi hususunda düzenlemelere yer verilmiştir[234].

İşkence yasağı uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiş ve jus cogens olarak kabul edilmiştir[235]. Bir başka deyişle işkence yasağı, uluslararası kamu düzeninin emredici kuralı

---

[230] ÖNOK, s.57.
[231] ÖZGEN, s.211.
[232] ÇOR, s.63.
[233] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.262.
[234] ALGAN, Bülent **'İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu'** Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s.5.
[235] REIDY, s. 10; ALTIPARMAK, s.145.

haline gelmiş, hiçbir istisnası olamayacağından uluslararası kurallar hiyerarşilerde anlaşma ve teamül hukukundan üstün nitelik kazanmıştır[236]. Bu sebeplerle işkence ve sair kötü muamelenin önlenmesi özel önem arz etmekte aşağıda ele alacağımız uluslararası belgelerde de bunun gereği olarak işkence ve sair kötü muamele yasaklanmaktadır.

6.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Türkiye'nin üyesi olduğu BM Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde İHEB ilan edilmiş, Beyannamenin 5. maddesinde işkence yasağına yer vermiştir. Buna göre ''Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz''. İHEB'e göre, işkence hangi koşullar altında uygulanırsa uygulansın zalim ve olağandışı bir cezalandırma biçimi olarak nitelendirilmelidir[237].

İHEB, uluslararası hukuk bakımından bir anlaşma niteliği taşımadığı için katılımcı devletler bakımından hukuken bağlayıcı olmamakla beraber siyasi ve ahlaki yönden önemli nitelik taşımaktadır. İHEB, diğer uluslararası insan hukuku belgelerine ve anlaşmalarına yol göstermiş olması bakımından da önem arz etmektedir[238]. İHEB, devletlerin yasama ve yürütme organlarına birtakım tavsiyelerde bulunmakla beraber bildirinin arz ettiği siyasi ve ahlaki önem sebebiyle devletler bu hususlara dikkat etmektedirler. Devletlerin yasama organları, işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olan ve ülkeleri mevzuatında bulunan düzenlemeleri tespit edip, bu hükme uygun hale getirmekte, işkence, zalimane, gayri insani ve haysiyet kırıcı muameleleri önlemek için yasal düzenlemeler yapmaktadırlar. Yürütme organları ise bu bildiriye aykırı uygulama yapmamakta ve aykırı uygulamayı engellemektedirler[239].

6.2. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

BM Genel Kurulunun 16.12.1966 tarihinde kabul edilen Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 23.03.1976'da yürürlüğe girmiş, Türkiye, sözleşmeyi 14.08.2000 tarihinde imzalamış[240], 18.06.2003'te yürürlüğe girmiştir[241]. Medeni ve Siyasal Haklar

[236] DOĞRU, s.2.
[237] SCOTT, s.146; GEMALMAZ (2007), s.22.
[238] ÖNOK, s.63.
[239] ÖZGEN, s.211.
[240] GEMALMAZ, Mehmet Semih, **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s.3; ÖNOK, s.65.
[241] ÖNOK, s.65.

Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesinde ''Hiç kimse, işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz'' hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca mezkûr sözleşmenin 10. maddesinde de ''Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insani muamele ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygı görme hakkına sahiptir'' denilmiştir. Bu hükümler işkence ve her türlü kötü muameleyi yasaklayıcı niteliktedir[242].

Mezkûr sözleşmenin amacı, İHEB'de yer alan hakları daha somut ve geniş olarak düzenlemek ve denetim güvencesine kavuşturmaktır[243]. Bu Sözleşmeye taraf devletler, hiçbir ayrım yapmaksızın yargı yetkileri kapsamındaki tüm kişilere, Sözleşmede öngörülen hakları tanıyıp güvence altına almayı ve ulusal hukuklarını Sözleşmenin yüklediği yükümlülüklere uyumlu hale getirmeyi üstlenmişlerdir[244].

Sözleşmenin 28. maddesi ile bir İnsan Hakları Komitesi kurulması öngörülmüştür. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile kurulan denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi, taraf devletlerce periyodik olarak hazırlanacak raporları inceleme, kendisine yapılan bireysel başvuruları ve taraf devletlerin birbirleri hakkında yapacakları şikâyetleri değerlendirme yetkisi verilmiştir[245]. Sözleşme hükümleri ile öngörülen devletlerarası başvuru yoluyla sözleşmeye taraf bir devlet diğer bir taraf devletin sözleşme ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmediği ileri sürebilecektir[246]. Komitenin, devletlerce yapılan başvuruları inceleyebilmesi için hem şikâyet eden hem de edilen devletin, Sözleşmenin bu yetkisini kabul etmesi ve ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Komite, öncelikle taraf devletlere çözüm önerilerinde bulunmakta, öneriler sonuçsuz kalırsa Uzlaştırma komisyonu tayin edilmektedir. Uzlaştırma komisyonu süreç sonunda hazırlayacağı rapor ile kendi çözüm önerilerini bildirir ancak Komisyonun bir tarafı kınama, uyarma yahut tazminata mahkûm etme yetkisi bulunmamaktadır[247].

Komiteye yapılabilecek ikinci başvuru türü ise, sözleşmede düzenlenen bir ya da daha fazla hakkın bir taraf devlet tarafından ihlal edildiğini ileri süren kişilerin başvurabileceği, bireysel şikâyet başvurusudur[248]. Ancak bireysel başvuruların Komite tarafından

[242] ÖZGEN, s.21; GEMALMAZ (2007), s.23-24.
[243] GEMALMAZ (2002) **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı,** s.5; ÖNOK, s.65.
[244] ÖNOK, s.65.
[245] ALGAN, s.18; ÖNOK, s.66.
[246] GEMALMAZ (2002), **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı,** s.13.
[247] ÖNOK, s.67-68.
[248] GEMALMAZ (2002), **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı,** s.14.

incelenebilmesi için şikâyet edilen devletin, Komiteye bireysel başvuru yetkisi tanıyan İhtiyari Protokolü kabul etmesi gerekmektedir[249]. İç hukuk yollarının da tüketilmiş olması ile kabul edilebilir bulunan başvurular, Komite tarafından esasına girilerek incelenmektedir. Taraflar arasında uzlaşma sağlamak amacıyla hareket eden Komitenin verdiği kararlar ise yine tavsiye niteliğindedir[250].

Komite, işkenceyi ve kötü muameleyi yasaklayan Sözleşmenin 7. maddesinin amacının bireylerin onuru ile bedensel ve ruhsal bütünlüğünü korumak olduğunu belirtmiş; devletlerin, yasal, yargısal, yönetsel ve diğer tedbirlerle bireylerin bu tür muamelelerden korunmasını sağlamakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Komite, işkence ve kötü muamele yasağının, ‘‘non-derogable’’ yani sınırlandırılamaz nitelikte olduğunu kabul etmektedir[251].

Komite, işkencenin kapsamını değerlendirirken, bireye yapılan uygulamanın nitelik, amaç ve şiddetini ölçü almaktadır. Diğer uluslararası belgelerde olduğu gibi, işkence yoluyla elde edilen delillerin soruşturma ve kovuşturmada kullanılamayacağının Komite tarafından da altı çizilmiştir. Ayrıca bireylerin işkence görme riski altında oldukları ülkeye iade edilmeleri, uzun süreli hücre cezası uygulaması ve bedensel ceza uygulaması da işkence ve kötü muamele yasağının ihlali olarak kabul edilmiştir[252].

6.3. Birleşmiş Milletler İşkence veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme

1984 tarihli BM Sözleşmesi’nden evvel 09 Aralık 1975 tarihli Tüm Kişilerin İşkence veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi ilan edilmiş, işkence ve sair kötü muameleye hukuki anlamda tanım ilk kez bu Bildiri ile yapılmıştır. Bu Bildiri sonrasında ise 10 Şubat 1984 tarihinde BM İşkence veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (BM Sözleşmesi) kabul edilmiş, 25 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme, geçerliliği evrensel düzlemde kabul edilecek bir işkence tanımı yapması sebebiyle önem arz etmektedir[253]. Sözleşmesinin 1. maddesinde işkence kavramı

[249] GEMALMAZ (2002), **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı,** s.14-15; ÖNOK, s.68-69.
[250] ÖNOK, s.68-69.
[251] GEMALMAZ (2007), s.14
[252] ALGAN, s.18
[253] GEMALMAZ (2007), s.29-31.

şu şekilde tanımlanmıştır, ‘Sözleşmenin amaçlarına göre işkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakati ile uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir’. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, bir eylemin işkence olarak nitelendirilmesi için, yöneten ve yönetilenlerin bulunduğu bir siyasal yapının, bir başka deyişle bir devlet düzenin, bir otoritenin yetkisinin ve güdülen bir amacın varlığı şarttır[254]. Sözleşme sadece işkenceyi değil işkence boyutuna varmayan diğer fiilleri yani insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve cezayı da yasaklamıştır. Sözleşmenin 16. maddesine göre, ‘‘Her taraf devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayri insani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin, bir kamu görevlisi tarafından veya onun teşviki veya açık veya gizli muvafakati ile veya resmî sıfatıyla hareket eden bir başka şahıs tarafından işlenmesini önlemeyi üstlenecektir’’. Bu düzenlemeler ile işkence ile sair kötü muamele arasında nitelikten ziyade ağırlık farkı olduğu ortaya konulmuş, gerekli ağırlık düzeyine ulaşmayan veya belirli saikle gerçekleştirilmeyen hareketler m.1 değil m.16’nın koruması altına alınmıştır[255].

1. maddenin 2. fıkrasında ise ‘‘Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya millî mevzuata halel getirmez’’ denilerek işkence yasağının kapsamının ulusal veya uluslararası mevzuat ile genişletilebileceği ortaya konulmuştur. Görüldüğü üzere Sözleşme, oldukça geniş bir tanım kabul etmiş, hatta işkence kavramını daha geniş kabul eden sözleşme veya iç hukuk düzenlemelerini geçerli sayarken, sözleşmedeki işkence tanımından dar olan iç hukuk düzenlemelerine ise zımnen izin vermemiştir[256].

Sözleşme m.15’te delil yasağına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, işkence yapılarak alınan bir ifade, işkence yapmakla suçlanan kişiye karşı delil olarak kullanılması dışında hiçbir biçimde herhangi bir soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılamayacaktır[257].

[254] NAL (2007), s.155.
[255] ÖNOK, s.72.
[256] ÖZGEN, s.214-215.
[257] ALGAN, s.6; DOĞRU, s.1-2.

Hiçbir hâl ve şartta işkencenin meşru ve mazur görülemeyeceği Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında ''Hiçbir istisnai durum ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hâl, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez'' cümlesiyle düzenlenmiştir. Bu düzenleme, devletlerin, bazı olağanüstü durumlarda Sözleşmede devlete yüklenen yükümlülükleri askıya alabilmelerinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır[258]. Yani bu düzenleme ile bazı ülkelerde özellikle devlet yönetiminde bulunan kişilerin, işkence uygulamalarına gerekçe göstermelerinin önüne geçmektedir. Ezcümle, düzenleme ile, hiçbir istisnai durumun, insan haklarından fedakarlığın bir nedeni olamayacağının altı çizilmiştir[259].

Sözleşmenin 3. fıkrasında ise ''Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez'' şeklinde düzenlemeye yer verilmiş, bu düzenleme ile işkence ve sair kötü muamele kapsamında kalan emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağının altı çizilmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasında Sözleşmeye taraf devletlerin, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri almasına dair yükümlülük getirilmiştir. Bu yükümlülükleri aşağıda ''İşkencenin Önlenmesi'' kısmında ayrıntıları ile ele alacağımız için burada sadece değinmekle yetiniyoruz. Yine mezkûr sözleşmenin 4. maddesinde taraf devletlerin işkence fiillerinin suç olarak mevzuatlarında düzenlemesi yönünde bir başka yükümlülük getirilmiştir. Buna göre, ''Her taraf devlet, tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiili suç sayılacaktır. Her taraf devlet, fiilleri ağırlıklarını dikkate alarak uygun müeyyidelerle cezalandıracaktır.''

BM Sözleşmesi, taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uyup uymadığını, sözleşme ile yüklendiği yasal, idari ve yargısal yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini denetleyebilmek için İşkenceye Karşı Komite'nin kurulmasını öngörmüştür[260]. Komite, BM Sözleşmesine uyulmasını denetleme, Sözleşmenin ihlali iddialarına yönelik şikâyet başvurularını inceleme ve işkence uygulamalarına ilişkin re'sen soruşturma yetkisine

[258] ER, s.174.
[259] ÖZGEN, s.231.
[260] ÖZGEN, s.232; ÖNOK, s.77.

sahiptir. Ancak Komitenin bu yetkileri kullanımı sonucunda açıkladığı görüş, bağlayıcı nitelikte değildir[261].

Sözleşmeye göre taraf devletler, sözleşmeyi imzalamalarından sonraki bir yıl içinde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmek üzere aldıkları tedbirleri içeren rapor hazırlayarak Komiteye sunmakla yükümlüdürler. Komite, bu raporları değerlendirme ve genel yorum yetkisine sahiptir[262], ayrıca bu rapora ilişkin görüşlerini taraf devlete bildirmektedir[263].

Komite, taraf devletlerden birinde sistematik olarak işkence yapıldığına dair güvenilir bilgi edinirse ilgili devleti bu konuda bilgi vermeye çağırabilir[264]. Sözleşmenin 20. Maddesine göre, taraf devletlerden birinde sistemli işkence uygulaması olduğuna ilişkin inandırıcı delillerin bulunması durumunda Komiteye gerekirse iddiaları yerinde incelemek yetkisine de sahiptir[265]. Ancak bu yetkinin kullanılabilmesi için taraf devletin bu maddeye çekince koymamış bulunması gerekmektedir[266].

Devlet başvurusu, BM sözleşmesi m. 21'de düzenlenmiştir. Bir devletin diğer bir devlet hakkında BM Sözleşmesine aykırı davrandığı iddiasıyla Komiteye başvuruda bulunması için her iki devletin de Komitenin bu yetkisini ayrıca ve açıkça kabul etmiş olmasına bağlıdır. Komitenin görevi, taraf devletler arasında dostane çözümler sağlamaya yönelik bir nevi arabuluculuk faaliyetinden ibarettir ve bunun için ad hoc uzlaştırma komisyonu kurulabilecektir[267].

Bireysel başvuru ise BM Sözleşmesi m.22'de düzenlenmiş ve yine sözleşme hükümlerinin sözleşmeye taraf devletçe ihlâlinden mağdur olduğunu iddia eden bir kişinin Komiteye bireysel başvurusu yapılması için aleyhine başvuru yapılan devletin Komitenin bu yetkisini ayrıca ve açıkça kabul etmiş bulunmasına bağlıdır. Kabul edilebilir başvuruyu esastan inceleyen Komite, inceleme konusu davranışın sözleşmeyi ihlal edip etmediğine dair görüşlerini kamuoyuna açıklar. Komitenin açıkladığı görüşler, bağlayıcı yahut icrai nitelikte değildir[268].

---

[261] ÖNOK, s.77-78.
[262] ALGAN, s.6-7.
[263] ÖNOK, s.78.
[264] ÖNOK, s.79.
[265] ALGAN, s.6-7.
[266] ÖNOK, s.78.
[267] ÖNOK, s.80.
[268] ÖNOK, s.80-81.

İşkenceye karşı BM Sözleşmesi'nin öngördüğü denetim mekanizması, İşkenceye Karşı Komite'nin ülkeleri yerinde ziyaret ile denetim yetkisi veren ''İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol'' ile güçlendirilmiş ve 22 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe giren Protokol, Türkiye tarafından 14 Eylül 2005 tarihinde imzalanmış[269], 15 Haziran 2011 tarih ve 2011/1962 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onay süreci tamamlanmıştır[270].

Son olarak belirtmek gerekir ki AİHM'nin kararlarında işkencenin unsurlarını belirlerken bu Sözleşmenin işkence ve sair kötü muamele tanımında yer alan unsurlarını dikkate aldığı görülmektedir[271].

6.4. İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin Önlenmesine dair Avrupa Sözleşmesi

Avrupa'da temel hak ve özgürlüklerin ekseriyetinin korunmasına hizmet eden AİHS'nin sağladığı genel koruma yanı sıra işkence ve kötü muamelenin önlenmesi amacıyla yalnızca işkence yasağına ilişkin olarak hazırlanan İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin Önlenmesine dair Avrupa Sözleşmesi, 26 Kasım 1987'de imzalanmış, Türkiye tarından 27 Şubat 1988 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[272]. Avrupa Konseyi, bu sözleşmeyi, insan hakları konusunda BM tarafından kabul edilen belgeleri daha ileri düzenlemelerle bölgesel düzeyde gerçekleştirme amacıyla hazırlamıştır[273].

Avrupa Konseyi, İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin Önlenmesine dair Avrupa Sözleşmesini 1994'de kabul edince Avrupa Konseyine üye olan tüm devletler de bu sözleşmeye tabi olmuştur. Sözleme bir denetim mekanizması öngörmüş ve üye Devletlerin çeşitli mesleklerden seçtikleri temsilcilerle eşit sayıda bağımsız ve tarafsız uzmandan oluşan Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi (AİÖK) kurulmuştur. AİÖK'nin kuruluş amacı, sözleşmeye taraf devletin yetki alanı içinde bulunan yetkili organlarca kişilerin özgürlüklerinden yoksun tutulduğu örneğin cezaevleri, polis ve jandarma karakolları, hasta mahkumları kabul eden devlet Hastaneleri veya özel

---

[269] ALGAN, s.7.

[270] **'İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol'** < https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/130-iskenceye-ve-diger-zalimane-gayriinsani-veya-kucultucu-muamele-veya-cezaya-kars-birlesmis-milletler-sozlesmesine-ek-ihtiyari-protokol/ > (Son Erişim Tarihi: 31/10/2018).

[271] NAL (2007), s.155

[272] ÖNOK, s. 85; ALGAN, s.8-9; GEMALMAZ (2007), s.35-36.

[273] ÖNOK, s.85.

hastaneler, yabancılar için özel alıkoyma yerleri gibi yerlere zamanlı yahut zamansız denetim ziyaretleri düzenlemektir. Komite, özgürlüklerinden yoksun tutulan kişiler ile serbestçe görüşmeye yetkilidir. Sözleşmenin 3. Maddesine göre taraf ülkelerin izin vermekle yükümlü olduğu bu ziyaretler sonucunda komite gizlilik esasına dayanan bir rapor hazırlamaktadır. Ancak bu ziyaret sırasında taraf ülke, Komite ile iş birliği içinde hareket etmekle yükümlüdür[274]. Zira Komite ile yetkili ulusal merciler arasında iş birliği esasına dayanmaktadır. Aksi halde inceleme sonucu hazırlanan raporların gizliliğinden vazgeçilerek kamuoyuna durum bildirilebilir[275]. Devletlerin iş birliği yükümlülüğüne uymak ile elde ettikleri kazanım, tüm sürecin gizli kalmasıdır. İş birliği yapılması halinde ilgili devlete sunulan denetim ziyaretine ilişkin rapor ve tavsiyeler, Devlet bunları yayınlamak kararı almadığı sürece gizli tutulur.

Düzenlediği her denetim ziyaretinde AİÖK hukuki veya pratik güvencelerin nasıl iyileştirileceğine dair tavsiyelerde bulunur[276]. Komitenin odak noktası, hukuki yönden bir ihlalin varlığına hükmetmekten ziyade tespit ettiği ihlalin sonucunda yapılan değerlendirmelerle gelecekteki ihlallerin önüne geçmektir. Bu sebeple Komite, hakkı ihlal edilen birey kadar hakkın ihlal edildiği yeri de önemsemektedir[277].

6.5. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile kişi güvenliği, kişi dokunulmazlığına dair düzenlemeler yapılmış dolayısıyla işkence ve sair kötü muamele yasağına zemin oluşturulmuştur. Bu sözleşme Amerikan Devletler Örgütü üyelerine açıktır ve üye devletler için hukuki bağlayıcılığa sahiptir[278]. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin ikinci fıkrasına göre ''Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insan kişiliğine yerleşik insan onuruna saygı gösterilerek muamele görecektir[279].

[274] ER, s.169-170; ALGAN, s.8-9; ÖNOK, s.88-89; GEMALMAZ (2007), s.36-37.
[275] ALGAN, s.8-9.
[276] REIDY, s.67-68; ALGAN, s.8-9; ÖNOK, s.88-89; GEMALMAZ (2007), s.36-37.
[277] ÖNOK, s.87.
[278] ÖNOK, s.142-144.
[279] GEMALMAZ, Mehmet Semih, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s.408; GEMALMAZ (2007), s.26-27.

1976 yılında bu sözleşmeye dayanılarak Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme önüne getirilen davaları kesin çözüme bağlama yetkisine sahip yargısal bir organ niteliğine sahip olması yanı sıra devletlerin başvurabileceği danışma makamı niteliğine de sahiptir. Mahkemeye bireysel başvuru yapılabileceği gibi devletler arası başvuru da yapılabilecektir. Bu başvurular sonucunda mahkemenin verdiği karar bağlayıcı nitelik arz etmesi sebebiyle önemlidir[280].

9 Aralık 1985'te Avrupa'da olduğu gibi Amerika'da da işkenceye ilişkin özel bir sözleşme olan İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Amerikalılar Arası Sözleşme düzenlenmiştir. Bu sözleşme ile getirilen işkence tanımı ve düzenlemeler, büyük oranda BM Sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir[281]. Sözleşme hükümleri ile, her üye devlete, işkence ve sair kötü muameleyi önlemek için yetki alanı içinde tüm tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Sözleşme ile devletlere işkenceyi ulusal mevzuatta suç olarak düzenleme, kamu görevlilerini her türlü kötü muamele yapmadan men etme, işkence mağdurlarının adil şekilde yargılanmalarının ve zararlarının karşılanmasının sağlanması gibi yükümlülükler devlete yüklenen yükümlülüklerden bazılarıdır[282].

6.6. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Afrika Birliği Örgütünün katkılarıyla Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 17 Haziran 1981'de kabul edilmiştir. İşkence ve sair kötü muamele yasağı, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 5. maddesinde doğrudan, 4 ve 6. Maddelerde ise dolaylı olarak düzenlenmiştir[283]. Şartın 5. maddesine göre, ''Her birey, insan olmasına yerleşik onuruna saygı gösterilmesi ve hukuksal statüsünün tanınması hakkına sahiptir. Sömürü ve aşağılanmanın, özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza ve muamele olmak üzere, her biçimi yasaktır.''[284] Görüldüğü üzere, bu şart ile Afrika tarihinin bir sonucu olarak kölelik ve köle ticareti de yasaklanmıştır[285].

Afrika İnsan Hakları Şartına dayanılarak 1987 yılında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu kurulmuştur. Komisyon, insan hakları sorunlarını izleme, üye devletlere

[280] ÖNOK, s.144-146.
[281] ALGAN, s.9-10; GEMALMAZ (2007), s.34-35.
[282] ÖNOK, s.146-148.
[283] ALGAN, s.9; ÖNOK, s.148.
[284] GEMALMAZ (2002), **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler** s.435; GEMALMAZ (2007), s.27-28.
[285] NAL (2007), s.150.

ziyaretler yapma, rapor hazırlama, devletler arası ve bireysel başvuruları inceleme yetkisine sahiptir. Komisyon, danışma ve yargısal organ olması yanında insan hakları hususunda öğretici ve geliştirici faaliyetlerde bulunma işlevine de haizdir[286].

Şarta tabi olan bir devlet, taraf diğer bir devletin Şart hükümlerini ihlal ettiğine dair sağlam gerekçeler ile Komisyona başvurabilir. Bu başvuru devletler arası başvurudur. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu ayrıca bireysel başvuruları da inceleme yetkisine sahiptir. Bireysel başvuruşların Komisyon tarafından incelenebilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, makul sürede yapılmış olması, başvurunun dilinin aşağılayıcı nitelikte olmaması, başvurunun salt medya verilerine dayanıyor olmaması güçlü temellendirilmesi, aynı başvurunun daha önce BM veya Afrika Birliği Örgütü mekanizmaları çerçevesinde ele alınmamış olması gerekmektedir. Ancak Komisyonun devletler arası veya bireysel başvuru sonucunda yaptığı değerlendirme bağlayıcı nitelikte değildir ve tazminata hükmetme yetkisi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla Komisyonun yaptığı değerlendirmelerin hukuki bağlayıcılığı olmayıp yol gösterici niteliktedir[287].

Afrika İnsan ve Halkları Hakları Şartına Ek 1998 tarihli Protokol ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi kurulmuş ancak henüz mahkeme henüz faaliyete başlamamıştır. Mahkeme hem yargısal hem de danışma işlevlerine sahiptir. Ayrıca diğer uluslararası veya bölgesel mahkemelerden farklı olarak Mahkemenin göreceği davaların Afrika İnsan Hakları Şartına dayanması şart olmayıp davalı devletin taraf olduğu herhangi bir uluslararası anlaşmaya dayanması yeterli olacaktır. Böylelikle Mahkemenin, denetim mekanizması öngörülmeyen diğer anlaşmaları da kapsayacak şekilde denetim yetkisine haiz olduğu söylenebilir[288].

7. İŞKENCE LEHİNE GÖRÜŞLER

İlk ceza yasalarının oluşturulmasının temelinde göze göz, dişe diş şeklinde ilkel bir intikam duygusu yatmakta, suçluları ıslah etme düşüncesi ise bulunmamaktadır. Bu sistemde önemli olan suçlunun suçu yeniden işlemesinin engellenmesi ve aynı suçu işleyecek başkaları üzerinde caydırıcı etki oluşturmasıydı. Bu sebeple cezalar, şiddetli, vahşi ve gösterişli bir şekilde uygulanmaktaydı[289]. Çağdaş cezalandırma sisteminde ise cezalar,

[286] ÖNOK, s.148-149.
[287] ÖNOK, s.150-151.
[288] ÖNOK, s.152.
[289] SCOTT, s.296.

sahip olduğu uygulama koşulları ve şiddetinin azaltılması sebebiyle geçmişte uygulanan cezalandırma ölçülerinin verdiği korkuyu taşımadığı ve bu sebeple cezalandırmanın etkisini büyük oranda azalttığından bahisle işkence lehine görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, aslında bugün suçla ilgili olarak uygulamayı sürdürdüğümüz yöntemler, günümüz koşullarında uygulanabilirliğini yitirmiştir. Oysa geçmiş çağlarda uygulanan ve muhtevasında işkence barındıran yargılama usulleri, esasen suçlunun işlediği suçtan dolayı çekeceği cezayla bir daha aynı suçu işlemesini engellemek yanı sıra diğer insanlar üzerinde de tam bir caydırıcılık sağlamaktadır. Lehe görüşe göre, işkencenin bu yanı, suç işlenmesinin önüne geçiyor ve böylece suçun ve suçluların yaratacağı hasardan toplumu koruyordu[290].

Esasen işkence lehine ileri sürülen görüşün, işkenceyi başlı başına meşru bir araç olarak görmediğini ancak işkence yasağının birtakım durumlarda askıya alınabileceğini savunduğunu görmekteyiz. Bu görüşe göre, şayet masum kimselerin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişi hürriyeti gibi önemli hukuki değerlerinin korunması için başka hiçbir yol kalmamış ise, bu kimseleri ve toplumu korumak maksadıyla, kamusal yarar gözetilerek yalnızca bu maksatla sınırlı olarak işkencenin meşru bir sorgu yöntemi olarak kullanılmasının önünü açmak gerekmektedir[291].

İşkence lehine görüşü savunanların vermiş oldukları klasik örnek ise ‘‘the bombing case’’ olarak adlandırılan büyük çaplı bombalı eylemlerdir. Bu tür terörist eylemlerin gerçekleşmesi halinde onlarca yahut yüzlerce insan hayatı sona ermektedir. Verilen örnekte bu eylemin önlenmesi için işkence ve sair kötü muamelenin uygulanması gerektiği görüşü, birden çok insan hayatını kurtarmak için bir kimsenin insan onurunun feda edilebileceğini ileri sürmektedir. Bu örneği aşağıda hukuka aykırılık bölümünde ele alacağımız için burada sadece bu tür durumlarda dahi insan onuruna saldırının mümkün olmayacağını ve işkence ve sair kötü muamele yasağının mutlak olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

İşkence gören kişilerin, işkence sonucunda masum olduğunu kanıtlaması mümkün değildir. İkrar veya sair delil elde etme amacıyla yapılan işkence, çağdaş muhakeme hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet etmez, aksine buna engel teşkil etmektedir. İşkencenin caydırıcılık yönünden veya ikrar ve delil elde etme yöntemi olarak faydalı olduğundan bahsetmek işkence uygulanan kimseyi cezalandırmayı haklı çıkarma çabasıdır.

[290] SCOTT, s.296-297.
[291] ÖNOK, s.36.

Elde edilen ikrar yahut delilin doğruluğunun veya yanlışlığının bir önemi olmadığı için işkence uygulayıcısının adaleti sağlamak gibi bir muradı da bulunmamaktadır. İki bin yıl önce Cicero bunu şöyle ifade etmiştir: Bütün ahlaksal ve etnik değerler, işkencenin her türü altında tehlike içindedir. Zira birçok olayda işkenceye uğrayan kimse, işkence acısı altında sorgulayıcılarının duymak istediklerini itiraf etmekte, arkadaşlarını, suç ortaklarını, hatta en yakınlarını ele vermekte, niteliğine, içeriğine bakmadan önüne konulan her belgeyi imzalamaktadır. Buna örnek olarak on yedinci yüzyılda cadı zulmüne karşı çıkan isimlerden Von Spee, bir Engizisyon üyesinin, Papa'yı işkence tezgahına oturtulursa büyücülük yaptığı itirafını alabileceğini söylediğinden bahsetmektedir. Scherr'e göre, aynı kişi şöyle demektedir: "Kilisenin başındakilere, yargıçlara veya bana, büyücülükle suçlanan kişilere yapılan işkenceyi uygulayın, o zaman hepimizin büyücü olduğunu keşfedeceksiniz."[292]

[292] SCOTT, s.45.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İŞKENCE YASAĞI

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

1.1. Genel Olarak

İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen insanlığa karşı suçlar dolayısıyla insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacıyla Avrupa'da bir birliğin kurulması öngörülmüştür. Bu anlayış içinde Avrupa'nın ilk siyasal kuruluşu olan Avrupa Konseyi, "Üyeleri arasında ortak varlıkları olan, ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak, ekonomik ve toplumsal girişimleri sağlamak" amacıyla 1949 yılında kurulmuştur. Avrupa Konseyi tarafından insan haklarının ve temel özgürlüklerinin geliştirilmesi ve korunması ilkeleri çerçevesinde oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış, 3 Mayıs 1953 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise AİHS'yi, 1954 yılında onaylamıştır[293].

AİHS'de öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla denetim mekanizması olarak 1959 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kurulmuş, 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 No.'lu Protokol ile Komisyon lağvedilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oluşturulmuştur. Böylelikle Sözleşme, insan haklarının korunmasının ulusal düzeyden, uluslararası düzeye taşınmasının önünü açmış ve bireyin uluslararası hukukta özne olmasını sağlamıştır[294].

Taraf devletlerin yetkisi kapsamındaki herkes, sözleşmenin koruması altındadır. Zaman bakımından ise uluslararası anlaşmalar yürürlük tarihlerinden itibaren meydana gelecek olaylara uygulanırlar ve kural olarak geriye etkili değillerdir. Ancak temel hak ve hürriyetlere ilişkin anlaşmalar, geriye yürümezlik ilkesi bakımından istisna teşkil edip yürürlüğe giriş tarihinden önce gerçekleştiği halde ihlalin yarattığı mağduriyetin hala devam ettiği olaylar için geriye dönük bir etkiyle uygulanırlar. AİHS'nin yer bakımından

[293] ÇOR, s.64.
[294] GEMALMAZ (2007), s.25; ÇOR, s.64.

etkisi ise taraf devletlerin ülke sınırları ile sınırlı olmayıp, devletlerin etkili ve mutlak şekilde kontrol edebildikleri tüm ülkeler üzerinde sözleşme uygulama alanı bulacaktır[295].

1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

AİHS m.3'e göre, ''Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı yahut onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz.'' AİHM içtihatlarında belirttiği üzere bu madde, demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve insan onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır[296].

Sözleşme, işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muamele kavramlarını tanımlamayarak AİHM'ne sözleşme hükümlerini yorumlarken geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bunun sonucunda AİHM, AİHS'yi yaşayan bir belge olarak kabul etmekte ve günün koşullarını gözeterek yorumlamaktadır[297]. Mesela Selmouni v. Fransa kararında Mahkeme, insan haklarını ve temel özgürlükleri koruma alanında giderek yükselen standartların gereği ve kaçınılmaz sonucu olarak demokratik toplumların temel değerlerine ilişkin ihlallerin daha sıkı şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirterek Sözleşme çerçevesinde daha önce işkence değil insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak nitelendirmiş olduğu bazı eylemleri değişen şartlarda işkence olarak nitelendirmiştir[298].

Diğer hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınmasında olduğu gibi, 3. madde kapsamında işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza ve muamele yasağının uygulanmasında da Sözleşme metninden, Komisyon kararlarından ve AİHM'nin içtihatlarından bazı temel ölçüler çıkarılmış ve ulusal ceza kanunları bunlara göre şekillenmeye başlamıştır[299].

AİHM'ne göre, AİHS m.3 kapsamındaki işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele şeklindeki hareketlerin, aralarında düzey farkı vardır, yani uygulamaları, ağırlıkları, sonuç ve etkileri ile birbirinden farklıdır. Mahkemeye göre, eğer bir ceza veya muamele, korku ve şiddetli üzüntü yaratıyor, utanma ve aşağılanma duygusuna neden oluyor, fiziksel ve moral direncini kırıyor ise onur kırıcı muameleden bahsedilirken, kasıtlı, fiziksel veya ruhi acı veriyor ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa insanlık dışı muamele sayılmaktadır. İşkence ise kişiye yönelik çok ciddi ve zalimane, insanlık dışı muameledir ve AİHS m.3

[295] ER, s.173-174.
[296] ÇOR, s.69.
[297] NAL (2007), s.151-152; ÖNOK, s.169-170.
[298] GEMALMAZ (2007), s.188-189; ANAYURT, s.17.
[299] ÇOR, s.68.

kapsamında en ağır ihlal durumunu oluşturmaktadır[300]. Yukarıda da ele aldığımız üzere AİHM'nin yerleşik içtihatlarında Filistin askısı, cinsel saldırı veya istismar, falaka, şiddetli dayak ve elektrik şoku verilmesi şeklindeki kötü muamele uygulamaları işkence olarak nitelendirilmiştir[301].

AİHM kurulmadan önce AİHK da içtihatları ile işkence ve kötü muamelenin kapsamını belirlemeye çalışmıştır. AİHK, Danimarka, İsveç, Hollanda v. Yunanistan vakası sonucu hazırladığı 1969 tarihli raporunda işkence ve sair kötü muameleye dair değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna göre, işkencenin, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olması gerekir, insanlık dışı muamele ise aynı zamanda aşağılayıcıdır. Raporda maddi olmayan işkence kavramı açıklanmıştır. Buna göre, bedene saldırıdan başkaca bir yola başvurmak suretiyle endişe, üzüntü veya baskı durumu yaratarak ruhsal ıstırap verilmesi hali maddi olmayan işkence teşkil etmektedir. Ayrıca yine aynı raporda vakalar sınırlandırılmış ve nitelendirmeler yapılmıştır. Sahte ölüm cezaları, binanın dördüncü katındaki odanın penceresinden aşağı atma tehdidi, gözleri bağlanarak bir ormanlık alana götürülen bir mahpusa orada infaz edileceği tehdidi gibi eylemler sindirme vakası olarak değerlendirilmiştir. Yine başkalarına dair duyulan hislere yönelik saldırılar, maddi olmayan işkence veya kötü muamele sayılmıştır. Buna göre, akrabalara yönelik misilleme tehdidi, başkalarının işkence görmesinde hazır bulunma tehdidi yahut fiilen hazır bulunma veya aile yaşamına müdahaleler mesela siyasi bir kadın hükümlünün bir yaşındaki bebeği ile cinayet ve hırsızlık hükümlüsü adi suçlularla aynı yerde tutulması maddi olmayan işkence veya kötü muameleye örnek gösterilmiştir[302]. İçtihatlar ile işkence ve sair kötü muamele kavramlarının şekillenmesi doğrultusunda AİHM, 1979 tarihinde aşağıda ayrıntılarıyla bahsedeceğimiz İrlanda v. Birleşik Krallık kararında ayakta tutma, gözbağı, gürültüye maruz bırakma, uyutmama, yiyecek ve içeceğin azaltılması şeklindeki beş sorgulama tekniğini işkence boyutuna varmayan insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir. Buna göre işkence çok ciddi, ağır ve zalimane ıstıraba yol açan kasti insanlık dışı muameledir ve bu teknikler gereken bu şiddet düzeyine ulaşmamaktadırlar[303].

Ayrıca AİHM sonraki kararlarında işkence ve sair kötü muamele veya cezayı tespit ederken, yukarıda ele aldığımız 1984 tarihli BM Sözleşmesi'nde yer alan tanım ve

[300] ÇOR, s.68-69; NAL (2001), s.535 ve 538; ÖNOK, s.169-171.
[301] NAL (2007), s.158-162.
[302] GEMALMAZ (2007), s.190-192.
[303] GEMALMAZ (2007), s.193-194.

unsurlarını da dikkate almıştır[304]. AİHM, işkence nitelendirmesi yaparken kötü muamelenin şiddeti veya yoğunluğu unsuruna ilaveten bilgi alma, cezalandırma yahut korkutma veya sindirme kasıtlı olarak şiddetli acı ya da ıstırap verilmesi şeklindeki 1984 tarihli BM Sözleşmesi'ndeki unsurları da kıstas olarak belirlemiştir[305].

AİHM, İrlanda v. Birleşik Krallık kararında bir eylemin insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmesi için diğer unsurların yanı sıra önceden tasarlanmış ve kasıtlı olması, uzun saatler boyunca durmaksızın sürmesi, bilfiil bedensel yara bereye veya yoğun şekilde bedensel ya da ruhsal ıstıraba yol açması şeklinde dört unsur belirlemiş, daha sonraki içtihatlarında da bu standardı aynı şekilde tekrar etmiştir[306].

AİHM, bir kimseyi, rütbe, konum, şöhret veya karakter olarak aşağı düzeye koyan bir eylemin belirli bir şiddet derecesine ulaşması halinde aşağılayıcı muamele olarak nitelendirmektedir. Mahkeme aşağılayıcı muamele ve ceza yasağının, özellikle insan onuruna ciddi nitelikte saldırılarda bulunulmasını önleme amacına dikkat çekmektedir[307]. Komisyonunun 1969 tarihinde verdiği Yunanistan kararında aşağılayıcı muamelenin kişiyi başkası önünde büyük ölçüde küçük düşürmesi gerekmektedir. Yine aynı karara göre mağdurun iradesi veya vicdanına aykırı şekilde davranmaya yönlendirmesi, aşağılayıcı muamele kabul edilmektedir[308].

Bir eylemin küçük düşürücü muamele kabul edilmesi için kişi üzerinde doğurduğu utanç ve aşağılanma hislerinin asgari şiddet düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bu muamelenin aleni olması ise gerekmemektedir, mağdurun kendi gözünde küçülmüş olması da işkence ve kötü muamele yasağının ihlali için yeterli olacaktır[309]. Komisyonun bu hususta verdiği ilk kararlardan olan Asya Kökenli Doğu Afrikalılar v. Birleşik Krallık raporunda yukarıdaki hususa işaret etmesinin ardından aşağılayıcı muamele teşkil eden eylemin tıpkı işkence ve insanlık dışı muamelede de olduğu gibi fiziksel yani beden üzerinde uygulanan zor şeklinde olmasının zorunlu olmadığını da belirtmiştir. AİHM kararlarında 1980 darbesi sonrası Türkiye'de tutuklu ve hükümlülere yönelik işkence ve sair kötü muamele uygulaması olarak yüksek sesli olarak kahramanlık türküleri veya marşları dinletildiği

[304] ÇOR, s.76; NAL (2007), s.155; ÖNOK, s.169-170; GEMALMAZ (2007), s.197.
[305] GEMALMAZ (2007), s.197.
[306] GEMALMAZ (2007), s.199.
[307] GEMALMAZ (2007), s.201-202.
[308] GEMALMAZ (2007), s.202-204.
[309] GEMALMAZ (2007), s.209-210.

yahut zorunlu olarak marş söyletilerek yürüyüş yaptırılması bu hususa örnektir[310]. AİHM kararlarına göre, mağduru utanca boğma ve onun insan onuruna halel getirme amacıyla bedensel veya moral direncini kırmak şeklindeki eylemler küçük düşürücü muamele niteliğindedir. Bu tür davranışlarla mağdurun şahsiyeti olumsuz şekilde etkilenmek istenmektedir. Küçük düşürme amacı taşımasa bile bazı muameleler küçük düşürücü kabul edilecektir[311].

AİHM içtihatlarında bir muamelenin aşağılayıcı muamele kabul edilmesi için bazı unsurlara haiz olması gerektiği belirlenmiş. Buna göre, aşağılayıcı nitelikteki eylemin, mağduru küçük düşürecek veya şeref ve haysiyetinin zedelenmiş olmasına yol açacak şekilde mağdurda korku, elem veya aşağılanmışlık hissi uyandırmış olması gerektiğini belirmiştir[312].

Aşağılayıcı ceza kavramının unsurları da yine AİHM içtihatları ile belirlenmiştir. Buna göre, aşağılayıcı cezanın, mağduru başkalarının önünde küçük düşürmesi, mağdurun iradesi yahut vicdanına aykırı şekilde davranmaya zorlaması, mağduru utandırma ve onuruna halel getirme amacı taşıması ve mağdurun kişiliği üzerinde olumsuz etki doğurması gerekmektedir. Yine cezanın, küçük düşürücü olarak nitelendirilmesi için yol açtığı utanç hissinin belirli bir düzeye ulaşması gerekmektedir. Bu düzey belirlenirken, somut olaya ilişkin şartların bütününe ve özellikle cezanın niteliğine, bağlamına ve infaz biçimi göz önünde bulundurulmaktadır. Yine cezanın küçük düşürücü nitelikte olup olmadığı belirlenirken aleniyet zorunlu unsur olarak aranmamış, mağdurun kendi gözünde küçük düşmüş olması yeterli görülmüştür[313]. AİHM'ne göre ceza kavramı ise klasik özgürlüğü bağlayıcı cezalar yanı sıra yaptırım niteliği taşıyan diğer tedbirleri de içermektedir. AİHM, AİHS m.3'ün yasakladığı kötü muamele ve ceza türleriyle ilgili, her olayın somut özelliklerine göre değerlendirme yapmaktadır.[314].

AİHM, hakkında kovuşturma başlatılmış sanığın cezai ehliyeti konusunda şüphe duyulması halinde sanığın psikolojik muayeneden geçmesi yönündeki ulusal mahkeme ara kararının başvurucunun şöhret ve güvenilirliğini olumsuz yönde etkilese bile bunun tek başına aşağılayıcı muamele niteliği taşımayacağı yönünde karar vermiştir[315].

---

[310] GEMALMAZ (2007), s.202-203.
[311] GEMALMAZ (2007), s.206-208.
[312] GEMALMAZ (2007), s.204-205.
[313] GEMALMAZ (2007), s.210-212.
[314] ÇOR, s.69.
[315] GEMALMAZ (2007), s.204.

AİHS m.3'ün ihlal edildiğinin belirlenmesi için AİHM içtihatlarıyla bazı ilkeler belirlemiştir. İlk olarak işkence ve sair kötü muameleden sorumlu olanların tespit edilip cezalandırılmaları için etkili bir soruşturma yapılmalıdır. İkinci olarak devletler, işkence ve sair kötü muameleleri işleyenlerin etkili bir şekilde cezalandırılmasını ve yeniden suç işlemelerinin önlenmesini sağlayacak nitelikte etkili bir ceza adalet sistemine sahip olmalıdırlar. Üçüncü olarak işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yeterli bir şekilde giderimi için, özellikle maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini sağlayacak etkili medeni hukuk sisteminin de bulunması gerekir. Dördüncü olarak işkencenin devam eden sonuçlarına yönelik olarak hakların telafisi için, işkence ve kötü muamele sonucu elde edilen ikrar veya sair delilin etkilerinin ortadan kaldırılması gerekir. Son olarak devlet yasak fiillerin tekrarlanmamasını güvence altına alan tedbirler almalıdır. AİHM'ne başvuru açısından ise dördüncü ilke diğerlerinden daha fazla öneme sahiptir[316].

AİHS m. 3'ün sadece işkence ile mücadele nedeniyle uygulanmamakta madde hükmünün getirdiği koruma, AİHM'nin kararlarında görüldüğü üzere, insan onuruna ve maddi ve manevi bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı kapsamaktadır. Ancak her türlü kaba ve sert muamele, bu yasak kapsamına girmemektedir. AİHM, kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için belirli bir asgari şiddet düzeyinde olmasını aramakta ve bu asgari düzeyin, muamelenin süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri ve mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi özelliklerine göre farklılık arz edeceğini belirtmektedir[317].

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, insanlık dışı muamele, işkence kadar yoğun ve zalimce acıya neden olmayan ancak yine de yoğun bedensel ve ruhsal acıya veya bedensel yaralanmaya neden olan muameledir[318]. Ayrıca insanlık dışı muamelede işkence için gerekli olan kast mesela ikrar elde etme, cezalandırma gibi amaçlar bulunabilir ancak bunlar insanlık dışı muamele için zorunlu unsur değildir. Yani bu ve benzer amaçlarla uygulanan muameleler insanlık dışı muamele olarak nitelendirilebilir ancak bu amaçların güdülmesi zorunlu değildir[319].

AİHM içtihatlarında bir muamelenin, insanlık dışı muamele olarak nitelendirilebilmesi için üç unsur aranmaktadır. Bunlardan ilki muamele, kötü muamele amacıyla yapılmalıdır. İkinci olarak kötü muamele ile verilen fiziksel veya ruhsal acı, asgari bir ağırlıkta

[316] DÜLGER, s.353.
[317] DÜLGER, s.340; ÇOR, s.68; NAL (2001), s.532.
[318] ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.116.
[319] NAL (2007), s.162; ÖNOK, s.170.

olmalıdır. Bu asgari düzeyin belirlenmesi için belirli bir standart mevcut değildir, her bir somut olay için ayrı değerlendirme yapılmalıdır[320]. Bir ceza ya da muamelenin insanlık dışı veya aşağılayıcı nitelikte olması için bunların yol açtığı ıstırap ya da utandırmanın, hukuka uygun ceza ya da muamelenin kaçınılmaz biçimde doğurduğu ıstırap ve utandırmanın ötesine geçmesi yani eylemin olağan utandırma ve ıstırap verme sonucundan derece olarak fazla olması gerekir[321]. Üçüncü unsur ise kötü muamele ile haklı bir gerekçeye dayanmamalıdır[322]. Yeterli yoğunluk ve amaç taşımaması sebebiyle işkence olarak nitelendirilemeyen muameleler AİHM tarafından insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele olarak kabul edilmektedir[323]. Bu üç kavram, en hafifi olan küçük düşürücü muameleden en ağırı olan işkenceye kadar kademeli olarak ele alınmaktadır[324].

Elçi ve Diğerleri v. Türkiye kararına konu olayda terör örgütü olan PKK mensubu olan bir itirafçının beyanı üzerine örgüt üyeleriyle müvekkilleri arasında kuryelik yaptıkları bilgisine dayanılarak avukatlık yapan dokuz başvurucu gözaltına alınmış, 7 ila 25 günlük sürelerle soğuk, karanlık, rutubetli ve çok kalabalık ortamda gözaltında tutulmuşlardır. Bu süre zarfında yapılan yüzleştirme ve sorgularda başvuruculaların gözleri bağlanmıştır. Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığında tutulan avukatlardan dördüne hakaret, darp, giysileri çıkarılıp üzerlerinden buzlu su dökme gibi muameleler yapılmış, AİHM bunları işkence olarak nitelendirmiştir. Diğer beş avukata ise, hakaret, utandırılma, tokatlama, korkutarak önlerine konulan belgeleri imzalattırma gibi hareketleri ise Mahkeme insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir[325].

AİHS m.3 getirdiği koruma insan onuruna ve bedensel yahut ruhsal bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı da kapsar. AİHS'nin en önemli parçasını içtihat hukuku ve uygulama oluşturur. AİHM kararları incelendiğinde AİHS m.3'te yer alan yasağın ne kadar geniş kapsamlı olduğu ve uygulamanın nasıl olması gerektiği anlaşılır[326]. AİHS m.3'ün ihlal edildiği iddialarına yol açan fiili durumlar arasında kolluk tarafından gözaltına alınan kişilere kötü muamele uygulandığı veya gözaltı koşullarının insanlık dışı veya küçük düşürücü olduğu yolundaki şikayetler veyahut üçüncü bir ülkeye gönderilmek üzere sınır

[320] NAL (2007), s.163-165; ÖNOK, s.170-171.
[321] GEMALMAZ (2007), s.213-214.
[322] NAL (2007), s.163-165; ÖNOK, s.170-171.
[323] NAL (2007), s.162; ÖNOK, s.170-175.
[324] ÖNOK, s.172.
[325] DOĞRU, s.27.
[326] NAL (2001), s.531; REIDY, s.11.

dışı edilen kişilerin o ülkede insanlık dışı muameleye maruz kalacakları yolunda şikayetler ya da mahkemelerin mağdurları diğer özel kişilerin istismarına karşı koyamadığı yolundaki şikayetler bulunmaktadır[327]. Yine AİHK, İngiliz hukuk sistemince onaylanan okullarda dayak cezasının uygulanmasını AİHS m.3 kapsamında değerlendirmiş, başvurucuya uygulanan ağır derecede bedensel yaralanmaya sebep olan onur kırıcı cezayı, kötü muamele olarak nitelendirerek AİHS m.3'ü İngiliz devletinin ihlal ettiğine karar vermiştir[328].

İşkence ve sair kötü muamele yasağının uygulama alanı bakımından AİHS'de herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Taraf Devletlerin, AİHS'nin 15. maddesine dayanarak dahi işkence ve sair kötü muamele yasağına aykırı davranmaları mümkün değildir[329]. AİHS'nin 15. maddesinde savaş ve ulusun varlığını tehdit eden diğer tehlikeli durumlarda taraf devletlere, sözleşme ve ek protokoller ile korunan ve güvence altına alınan bazı haklara, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla aykırı tedbirler alma imkânı tanıdığı halde maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili hiçbir istisna öngörülmemiştir. Diğer bir deyişle savaş, olağanüstü hâl veya ulusun yaşamını tehdit eden tehlikeli durumlarda veya terör ve organize suçla mücadele gibi en zor koşullarda dahi işkenceyi, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleyi ve cezayı mümkün kılan herhangi bir tedbirin alınması söz konusu olmayacaktır[330]. AİHS, Anayasa'nın 90/6 maddesi uyarınca kanun hükmünde kabul edildiğinden bu husus, Türk Hukukunda İşkence Suçu isimli bölümde ayrıntıları ile ele alınacaktır.

1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına Dair Esaslar

Devletin işkence ve sair kötü muamele yasağına aykırı davranıp davranmadığını değerlendirmek için, öncelikle başvuru konusu olay için AİHS m.3'ün uygulanabilir olup olmadığının tespit edilmelidir. AİHM m.3'ün olayda uygulanabilir olması için ise işkence ve sair kötü muamele yasağı ile korunan hakka yönelen davranışın asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bundan sonra başvuru konusu muamele ya da cezanın uygun deliller ve tutarlı karineler ile kanıtlanması veya muameleye maruz kalındığı hususunda

[327] REIDY, s.12.
[328] REIDY, s.28.
[329] DOĞRU, s.1-2; ÖNOK, s.160-161.
[330] ÇOR, s.69-70; NAL (2001), s.530; BAYRAKTAR, s.163.

makul şüphe uyandırılması gerekmektedir. Bu husus ise ispat yükünü ifade etmektedir. Son olarak da varlığı kabul edilen ihlalin, işkence ve sair kötü muamele yasağı kapsamında nitelendirilmesi söz konusu olacaktır[331].

1.3.1. Asgari Eşik

AİHM, 1978 tarihinde verdiği İrlanda v. Birleşik Krallık ve sonrası yerleşik içtihadına göre AİHS m.3 anlamında işkence ve sair kötü muameleden söz edebilmek için başvuru konusu davranışın belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Bu asgari eşik işkence teşkil eden fiiller için arandığı gibi insanlık dışı davranış ve küçük düşürücü muamele ve ceza için de aranmaktadır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, Mahkeme ayrıca işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımını kişiye yönelen şiddetin yoğunluğunu üzerinde temellendirmiştir. Mahkeme bu ayrımı ve muamelenin ağırlığını tespit ederken birtakım kıstaslar belirlemiştir ve her olayın kendi şartları içinde değerlendirme yapmıştır. AİHM, yaptığı değerlendirmede muamelenin niteliği, fiziksel veya zihinsel etkileri, uygulanış şekli, süresi, yeri ve yöntemi gibi objektif kıstaslar yanı sıra mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu ve sonraki süregelen etkileri gibi sübjektif unsurlardan yola çıkmaktadır[332]. Ayrıca işkence veya sair kötü muamele gören mağdurlara dair sübjektif hususlar da asgari eşiğin belirlenmesinde önem arz etmektedir. Ancak objektif olarak işkence veya sair kötü muamele yasağını ihlal edebilecek bir davranış, mağdurun acı eşiğinin yüksek olması veya aldırmazlığı sebebiyle beklenenden daha az etki doğursa bile AİHS m.3'e aykırı davranıştan söz edilecektir. Ayrıca AİHM, işkence ve sair kötü muamelenin mağdur üzerindeki etkisini objektif biçimde değerlendirmeye gayret göstermektedir[333]. AİHM'nin Campell ve Cosans v. Birleşik Krallık kararında yer aldığı üzere, aşırı duyarsız birine yönelen tehdit, o kişi üzerinde önemli bir etki yaratmasa bile küçük düşürücü olarak nitelendirilebilecektir. Yine aşırı duyarlı bir kimse, olağan bir tehdidin anlamını derinleştirerek küçük düşürücü olarak algılayabilmektedir[334]. Kısacası bir eylemin işkence olup olmadığının değerlendirilmesinde sübjektif kıstaslara atfedilen önemin sınırlı tutulmasında yarar bulunmaktadır. Kişinin erkek ya da kadın olmasına veya güçlü ya da zayıf olmasına bakılmaksızın, objektif ölçülerde belirlenen miktarda acı veren eylemler

[331] DOĞRU, s.3.
[332] NAL (2007), s.156-157; GEMALMAZ (2007) s.215-221; ÖNOK, s.175-176; DOĞRU, s.3.
[333] DOĞRU, s.3; ÖNOK, s.175-176.
[334] DOĞRU, s.3.

işkence olarak kabul edilmelidir. AİHM, bu hususu Seloumi v. Fransa kararında uygulanan muamelenin yalnızca şiddet içermekle kalmaması gerektiği, bunun yanı sıra fiziksel gücü ne olursa olsun herkes için iğrenç ve küçük düşürücü olması gerektiğini belirtmiştir[335]. AİHS m.3 ile yasaklanan muameleler, Mahkeme tarafından günün koşullarına ve somut olaya göre değerlendirilmektedir. Bu sebeple fiilin işlendiği sırada hâkim olan toplumsal eğilim bu değerlendirmeyi etkilemektedir[336].

AİHM B. v. Fransa kararında cinsiyet değiştiren başvurucunun mevzuattaki medeni hal statü değişikliğini engelleyen hükümler sebebiyle küçük düşürüldüğü iddiasını değerlendirmiş ve sonuç olarak ulusal mevzuatın uygulanması sebebiyle duyulan ıstırabın küçük düşürücü muamelenin asgari eşiğe ulaşmadığını belirtmiştir[337].

AİHM, Selmouni v. Fransa kararında özgürlüğünden mahrum bırakılmış ve bu nedenle korumasız olan kişiye karşı kullanılan her türlü şiddetin işkence ve sair kötü muamele kapsamında değerlendirilebileceğini söylemektedir. Mahkemenin bu kararı, yakalama, gözaltı, tutukluluk ve hükümlülük sırasında uygulanan şiddetin kendiliğinden asgari ağırlık seviyesine sahip olduğu biçiminde yorumlanabilmektedir. Bu sebeple Devlet, kendi sorumluluğu altında gerçekleşen bu tür muamelelerin, işkence ve sair kötü muamele boyutuna varmadığını ispat etmek durumunda kalacaktır[338].

Menesheva v. Rusya kararında AİHM, acı veya ıstırabın şiddetini belirlerken olayın bütün şartlarını dikkate almıştır. Buna göre, olay tarihinde 19 yaşında bir kadın olan başvurucu, bir grup erkek polisin elinde uzun süre kalmış, iki kez dövülmüş ve diğer biçimlerde maddi manevi şiddete maruz bırakılmıştır. Mahkeme, bu şartlar altında fevkalade biçimde korumasız kalan başvurucuya yönelik bu hareketlerin amacı ve şiddetini bir bütün olarak ele alındığında işkence oluşturduğu sonucuna varmıştır[339].

AİHM, Sadak v. Türkiye kararında ele aldığı üzere, güvenlik, disiplin veya koruma nedeniyle hükümlü veya tutuklunun, diğer hükümlü ve tutuklularla iletişim kurmasının yasaklanması ve tek başına tutulması başlı başına kötü muamele oluşturmayacaktır. Mezkûr kararda da başvurucunun alıkonulmasına ilişkin şartların bu sebeple gerekli asgari şiddet derecesine erişmediği vurgulanmıştır. Zira tecrit, tam bir sosyal tecrit niteliği taşıması yani zor ve kötü şartlar altında uzun süreli olması halinde hükümlünün veya

[335] REIDY, s.18; NAL (2007), s.156-157.
[336] ÖNOK, s.175-176; DOĞRU, s.4.
[337] DOĞRU, s.4.
[338] DOĞRU, s.3.
[339] GEMALMAZ (2007), s.221.

tutuklunun kişiliğini tahrip ettiğinden insanlık dışı muamele olarak nitelendirilebilecektir. Bu nitelikte bir uygulamanın, güvenlik veya başka bir gerekçe meşru kılınması ise mümkün değildir[340].

Yine Öcalan v. Türkiye kararında da AİHM, yakalama ve gözaltına almaya ilişkin olağan utanma derecesini aşmayan güvenlik tedbiri olarak nakil sırasında kelepçe takılması ve ilaç verilmesi ve tam duyusal ve sosyal tecride varmayan tek başına tutulmayı, AİHS m.3'ün aradığı asgari ağırlıkta muamele boyutuna ulaşmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme kararında Türk makamlarının ülkeye karşı en tehlikeli terörist olarak gördüğü Öcalan'ı tutmak için olağandışı güvenlik önlemler almasının anlaşılabilir olduğunu belirtmiş, içerisinde yatak, masa, koltuk, kitaplık, gazete ve radyo, yıkanma ve tuvalet ihtiyacını giderebileceği kısımlar bulunan, doğal ışık alan yeterli boyuttaki odada tutulan Öcalan'ın sağlık gözetimi altında olduğunun altını çizmiştir. AİHM kararında başvurucuya gazete okuma, radyo dinleme, mektuplaşma ve hafta bir kez yakınları ve avukatlarıyla görüşme hakkı tanındığını da gözeterek başvurucunun insanlık dışı muamele olarak nitelendirdiği izolasyonun şartlarının oluşmadığı kanaatine varmıştır[341].

Ilaşcu ve diğerleri v. Moldova – Rusya kararında ise başvuruculların serbest bırakılıncaya kadar yaklaşık sekiz yıl boyunca idam cezasının infazı tehdidi altında ağır şartlar altında tuvalet, su ve doğal ışık bulunmayan tek kişilik hücrelerde kimse ile iletişime geçmeden ve sadece 15 dakika hücrede egzersiz yapmalarına izin verilerek tutulmaları sebebiyle AİHM bu muameleyi işkence olarak nitelendirmiştir[342].

Hükümlü ya da tutuklunun iradesi hilafına saçının zorla kazınması, o kişinin küçük düşmesine yol açar ve insan onuruna zarar verir. AİHM, bu gibi eylemlerin asgari şiddet derecesine ulaşıp ulaşmadığını ve AİHS m.3 anlamında aşağılayıcı muamele olup olmadığını, mağdurun şahsi durumu, muamelenin yapılış biçimi ve amacı gibi somut olayın özelliklerine göre değerlendirmektedir. Yankov v. Bulgaristan kararına konu başvuruda cezaevinde bulunan başvurucunun zorla saçının kazınması sonucunda görünüşü zorla değiştirilmiştir. Kişinin maruz kaldığı bu muamelenin etkisi belirli bir süre devam edecek ve muamelenin yarattığı iz, cezaevi personeli, diğer hükümlü ve tutuklular, ziyaretçiler veya olası bir salıverilme halinde rastlayabileceği diğer tüm kişiler tarafından görülebilecektir. Olayda başvurucu, saçı kazınmış vaziyette dokuz gün süren aleni

[340] GEMALMAZ (2007), s.223; DOĞRU, s.100.
[341] DOĞRU, s.107-108.
[342] DOĞRU, s.102.

duruşmalara katılmıştır. Başvurucunun iradesi hilafına olan bu değişiklik, kişide aşağılanma hissi yaratmıştır. Mahkeme, davalı hükümetin uygulamayı hijyen önlemi olarak yaptıklarına dair savunmayı yeterli bulmamış ve başvurucunun cezaevi görevlilerini eleştiren yazısı sonrasında aldığı ceza doğrultusunda saçının kesildiği de dikkate alınarak muamelenin AİHS m.3 anlamında küçük düşürücü muamelenin gerektirdiği şiddet derecesine ulaştığını kabul ederek ihlal kararı vermiştir[343].

Davalı Devletin gözaltında şiddet uygulandığını kabul edip bunun AİHS m.3'te aranan asgari eşiğe ulaşmadığı şeklinde savunma yapması AİHM tarafından kabul edilmemektedir[344].

AİHM, Guzzardi v. İtalya kararında bakımsız binalarda sevimsiz ve sıkıcı koşullarda zorunlu ikamete tabi tutulmayı, Efstratiou v. Yunanistan kararında okuldan uzaklaştırma cezası verilmesini, Albert ve Le Compte v. Belçika kararında mesleki disiplin cezası verilmesini, Howard v. Birleşik Krallık ve Orzel v. Polonya kararlarında yargılamaların uzun sürmesini, AİHS m.3'ün aradığı asgari ağırlıkta muamele ve ceza boyutuna ulaşmadığı sonucuna varmıştır[345].

1.3.2. İspat Yükü

Bir devletin yetkili organları işkence veya sair kötü muamele iddialarını incelerken normal şartlarda ispat yükü, soruşturmanın ceza hukuku alanına mı yoksa medeni hukuk alanına mı girdiğine göre belirlenir[346]. İspat yüküne ilişkin hukukun temel ilkelerinden birine göre, müddei iddiasını ispatla mükelleftir yani iddiacı iddiasını ispatla yükümlüdür. Ancak AİHM, devletin imkanlarına nazaran başvuruculaların durumlarının daha zayıf olduğunu gözeterek ispat yüküne ilişkin bu temel ilkeyi kararlarında bir kriter olarak kabul etmemektedir. AİHM, devletin işkence ve kötü muamele yasağına aykırı davrandığını iddia eden kimsenin iddiasını, sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini belirtmekle[347] birlikte, taraflardan herhangi birine ispat yükümlülüğü yüklememektedir[348]. Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden yola çıkarak AİHM'si ispat edilebilirliği bizzat değerlendirmektedir. Ancak bazı durumlarda AİHM, ihlalin gerçekleşmediğinin, ilgili

[343] GEMALMAZ (2007), s.308-309; DOĞRU, s.112-113.
[344] DOĞRU, s.31.
[345] DOĞRU, s.4-5.
[346] REIDY, s.59.
[347] GEMALMAZ, s.340-341; ÇOR, s.70-71; ÖNOK, s.180.
[348] ÇOR, s.70-71; ÖNOK, s.180; DOĞRU, s.7.

devlet tarafından ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir[349]. Mesela işkence ve kötü muamele iddiasını sağlık raporuyla belgeleyen kişilerin başvurularında devletin de savunmasını yine sağlam bir delille ispat etmesi beklendiğinden dolayı ispat yükümlülüğünün devlete geçtiği söylenebilecektir[350].

AİHM önüne gelen bir başvuruda başvurucunun, Devlet tarafından AİHS m.3'e aykırı muameleye tabi tutulduğu iddiası, incelemenin ön aşaması olan kabul edilebilirlik incelemesi sırasında ''prima facie'' yani ilk bakıştaki görünüşü itibariyle savunulabilir nitelikte olması gerekmektedir. Başvuru tarihinde başvurucunun, Mahkemeyi ilk bakışta haklılığına ikna etmesi için, iddiasının somut, kronolojik sıralı ve delillere dayalı olmalıdır[351]. AİHS m.3'e aykırı muamele iddiası uygun delillerle kanıtlanmalıdır. AİHM, iddiaların doğruluğunu araştırırken tarafların kendisine sunduğu ve re'sen elde ettiği bütün delilleri değerlendirerek karar vermektedir[352].

Bir devletin, işkence ve sair kötü muameleden sorumlu tutulması, siyasal ve diplomatik açıdan bir takım ağır uluslararası sonuçlar doğuracağından, bir devletin AİHS m.3'ü ihlal ettiği iddialarının ispatı hususu ayrıca önem arz etmektedir. AİHM, bir muameleyi, AİHS m.3'ün ihlali kapsamında değerlendirilmesi için yerleşik içtihatlarında makul bir kuşkuya yer bırakmayacak delilin varlığını şart koşmaktadır[353]. Bir delilin bu şekilde nitelendirilebilmesi için, ciddi, açık, belirgin ve tutarlı çıkarımlara ya da çürütülememiş karinelere dayanması gerekmektedir[354]. AİHM kararlarında iddiaların kanıtlanması bakımından kabul ettiği makul şüphenin ötesinde olma kriterine ek olarak yeterli biçimde kuvvetli, net ve birbiriyle uyumlu netice çıkarmaya elveren hususların yahut eylemlere ilişkin benzeri çürütülememiş karinelerin gösterilmiş olması kriterini getirdiği görülmektedir[355]. Zira tek başına kabul edilmesi halinde makul şüphenin ötesinde iddiaların kanıtlanması kriteri, başvurucuya haksız ve ağır ispat yükü yükleyecektir. Çürütülememiş karineler kriteri uyarınca karinelerin kanıt oluşturma değeri her bir somut olayın şartları ve suçlamanın ağırlığı, ciddiyeti ve niteliğine göre belirlenmektedir[356].

---

[349] ÇOR, s.93; ÖNOK, s.180; GEMALMAZ, s.342.
[350] ÇOR, s.70-71; REIDY, s.59.
[351] GEMALMAZ (2007), s.337.
[352] DOĞRU, s.7.
[353] NAL (2007), s.154; ÖNOK, s.179; GEMALMAZ (2007), s.353-354; DOĞRU, s.7.
[354] NAL (2007), s.154; ÖNOK, s.179.
[355] DOĞRU, s.7-8; GEMALMAZ (2007), s.354-357.
[356] DOĞRU, s.15; GEMALMAZ (2007), s.354-357.

Klass v. Almanya kararında AİHM, başvurucunun iddialarını azami ölçüde delille desteklemesi gerektiğini, bunun genel kural olduğunu ve yine kural olarak AİHM'nin olgulara ilişkin kendi değerlendirmesini yapmayacağını, delillerin değerlendirmesi yetkisinin ulusal mahkemelere ait olduğunu belirtmiştir. AİHM ancak yapacağı yargılamada ulusal mahkemelerin delil değerlendirmesini sorgulanabilir hale getiren ikna edici unsurlar var ise ulusal mahkemelerin olgulara ilişin tespitlerinden ayrılıp farklı değerlendirme yapabilmektedir. Böylece Mahkeme, işkence ve sair kötü muamele iddialarının uygun delillerle desteklenmesi gerektiğinin altını çizmektedir[357]. Kısacası AİHM, işkence yasağını ihlali hususunda değerlendirme yaparken ulusal yargı mercilerinin değerlendirmeleriyle bağlı olmamakla beraber kural olarak kendini ulusal yargı merci yerine koyması da söz konusu değildir[358].

AİHK, 1969 tarihli Yunanistan kararında işkence ya da sair kötü muamele iddialarının kanıtlanmasında yerleşik belli bazı zorluklar bulunduğunun altını çizmiştir. Bu zorluklardan ilki, mağdurun başından geçenleri ortaya koyabilecek tanık bulunmamasıdır. Şöyle ki kolluk kuvvetlerince yapılan işkence veya sair kötü muamelenin, genellikle tanık olmayan ortamda ve üstlerinin bilgisi dışında yapmaları söz konusudur. İkincisi mağdurun, kendisine ya da ailesine zarar verilmesi korkusuyla yaşanan her şeyi anlatmakta veya ortaya koymakta tereddüt yaşayabilecek olmasıdır. Üçüncü olarak işkence ve sair kötü muamele iddiaları üzerine, kolluk kuvvetleri, ilgili makamlar ve Bakanlık doğrudan savunmaya geçecekler ve bu iddiaları kabul etmek bir yana iddiaların soruşturulması ve kovuşturulması hususunda gönülsüz olacaklardır. Son olarak işkence ve kötü muamelenin bedende bıraktığı izlerin, olayın üzerinden belirli bir süre geçmesinin ardından tespit edilmesi mümkün olmayacaktır[359].

AİHM, taraflara genel olarak ispat yükü yüklememekle beraber, yukarıda da belirtildiği üzere işkence ve kötü muamelenin kanıtlanmasındaki güçlük sebebiyle bazı karineler kabul etmiştir. Bu karinelerin varlığı halinde diğer tarafa ispat yükü geçmiş olacaktır. Bu açıdan mesela işkence ve sair kötü muamele iddialarının ispatında doktor raporunun çok büyük önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Başvurucu, Devletin kontrolü altındayken söz konusu olan yaralanmaları doktor raporu ve benzeri delillerle ortaya koymalıdır. AİHM, başvuruculların doktor raporu sunamadıkları davalarda iddialarını ispat edemediklerinden

[357] GEMALMAZ (2007), s.340-341.
[358] ÖNOK, s.180.
[359] GEMALMAZ (2007), s.353-354.

bahisle devlet aleyhine ihlal kararı vermemektedir[360]. Ancak AİHM'nin verdiği birtakım kararlarda ''darp ve cebir izine rastlanmamıştır'' türünden çok kısa ve yüzeysel olarak nitelendirilebilecek doktor raporlarını, ispat için tek kıstas olarak benimsemediği görülmektedir. AİHM, Akkoç v. Türkiye kararında AİÖK'nin standartlarına göndermede bulunarak gözaltı sonrasında sanığın ayrıntılı bir biçimde uzman doktor muayenesinden geçirilmesinin, muayene sırasında kolluk kuvvetlerinin odada bulunmamasının ve sanığın doktora verdiği bilgilerin olduğu gibi rapora geçirilmesinin, gözaltında meydana gelen kötü muameleleri önlemeye yardımcı olabileceğini belirtmiştir[361].

Bazı kararlarında AİHM, doktor raporunu ihlal kararı vermek için yeterli görmemiştir. Mesela, Çelik ve İmret v. Türkiye kararına konu olayda gözaltında bulunan başvuruculardan birini muayene eden cezaevi doktoru, başvurucunun dudağı yanında küçük bir yara izi tespit etmiş, başvurucu bu sırada herhangi bir şikâyette bulunmamasına rağmen sonrasında doktorun düzenlediği raporla AİHM'ne başvurmuş, AİHM ise başvuruyu, ikna edici mahiyette yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir[362]. Yine, Veznedaroğlu v. Türkiye kararına konu olayda başvurucu dokuz gün süren gözaltı sonucunda yapılan doktor muayenesinde başvurucunun sol kolunun üst tarafında 1x1 cm, sağ kaval kemiği üzerinde 1x3 cm alanda morluk bulunduğu tespit edilmiş, başvurucu ise gözaltı sırasında giysilerinin çıkarıldığını, kollarından asıldığını, ağzından ve cinsel organından elektrik verildiği, ölümle ve tecavüzle tehdit edildiğini ve bunun dört gün sürdüğünü, ilk gün yiyecek verilmediğini, sonraki günler ise bir dilim ekmek ve birkaç zeytin verildiğini, yaraları üzerine polisler tarafından krem sürüldüğünü iddia etmiş, davalı devlet ise gözaltında tutulduğu süre içerisinde başvurucunun vücudunda yaralanmalar oluştuğunu ancak bunların iddia edilenin aksine hafif yaralanmalar olduğunu belirtmiştir. AİHM, mevcut delilleri değerlendirdiğinde başvurucunun yaralanmasına polis tarafından sebebiyet verilip verilmediği ve başvurucunun iddialarını doğrular nitelikte işkence ve kötü muamele sonucuna varılamadığını zira makul kuşku kalmayacak şekilde kanıta ulaşılamadığına karar vermiştir[363]. Bu hususta vereceğimiz son örnek olan Yaşar v. Türkiye kararına konu olayda başvurucu gözaltına alındığında soyularak çıplak bırakıldığını, dövüldüğünü, tazyikli soğuk suyun altında tutulduğunu, Filistin askına maruz

[360] NAL (2007), s.169-170; DOĞRU, s.8.
[361] NAL (2007), s.169-170.
[362] DOĞRU, s.9.
[363] DOĞRU, s.11.

bırakıldığını, elektrik verildiğini belirterek kendisine işkence yapıldığını iddia etmiş, davalı devlet ise, iki gözaltının başında ve sonunda şahsın doktor muayenesinin yapıldığını ve raporlarda işkence ya da kötü muamele izine rastlanmadığının belirlendiği şeklinde savunma yapmıştır. AİHM, doktor raporlarındaki bulguların sorgulanabilir hale gelmesini sağlayacak herhangi bir delil bulunmadığına dikkat çekerek öne sürülen iddialara dair delillerin makul şüphenin ötesinde başvurucunun kötü muameleye maruz kaldığı sonucuna varılamadığı dolayısıyla AİHS m.3'ün ihlali iddiasının kanıtlanamadığı kanaatine ulaşmıştır[364].

AİHM'nin yerleşmiş içtihadına göre, bir kişinin, kolluk tarafından gözaltına alındığı sırada sağlıklı iken, salıverildiği sırada yaralı olduğunun tespit edilmesi halinde o kişinin nasıl yaralandığı hususunda mantıklı ve kabul edilebilir bir açıklama getirme yükümlülüğü ilgili devlete ait olacaktır. Bu durum Mahkeme tarafından, başvurucunun iddialarının doğruluğuna karine olarak kabul edilmektedir[365]. Ancak başvurucunun, bu yaralanmanın gözaltına alınmadan önce meydana gelmediğini kanıtlaması gerekmektedir[366]. Keza cezaevi idaresinin kontrol ve sorumluluğu altında bulunan hükümlü veya tutukluların yaralanması durumunda AİHM, kural olarak yaralanmanın kişinin infaz kurumunda tutulduğu sırada oluştuğunu kabul etmekte dolayısıyla bu durum da karine oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu konuda da ispat yükü bakımından, ikna edici açıklama yapma yükümlülüğü davalı Devlete düşmektedir[367].

Başvurucu işkence ve sair kötü muamele iddiasıyla AİHM'ne yaptığı başvuruda bu muamelenin Devlet görevlileri veya onlarla iş birliği yapan kimselerce yapıldığına dair delilleri de ortaya koymalıdır. Resmi kayıtlara geçmiş bir gözaltı veya tutukluluğa ilişkin belgeler işkence ve sair kötü muameleye devlet görevlilerinin sebebiyet verdiğine dair karine oluşacaktır ancak resmi kayıtlara dayanmayan alıkoymalar halinde kişiyi alıkoyanların Devlet görevlileri olup olmadığı, muameleye Devlet görevlilerince sebebiyet verilip verilmediği ve dolayısıyla Devletin bundan sorumlu olup olmayacağı sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ay v. Türkiye kararına konu olayda yasa dışı örgüt olan DHKP-C sempatizanı olan başvurucu, Sağmacılar cezaevinin önünden minibüse bindikten 700 metre sonra 4 sivil giysili polis veya Jandarma İstihbarat ve Terörle Mücadele Birimi üyesi

[364] GEMALMAZ (2007), s.366.
[365] ÇOR, s.70; ÖNOK, s.180, 217; GEMALMAZ (2007), s.358-359; DOĞRU, s.8.
[366] ÇOR, s.70; ÖNOK, s.180, 217.
[367] GEMALMAZ (2007), s.361; DOĞRU, s.8.

kişiler tarafından minibüsten indirilip kaçırıldığını, alıkonulduğu yerde DHKP-C ile ilgili faaliyetleri dolayısıyla sorgulandığını, sorgu sırasında şiddet gördüğünü ve ölümle tehdit edildiğini, beş günün sonunda serbest bırakıldığını iddiası ile serbest bırakılmasının ertesi gün savcılığa başvurmuş, savcının talimatı üzerine gerçekleşen doktor muayenesinde başvurucunun vücudunun çeşitli yerlerinde darp ve cebir izine rastlanmış, soruşturma başlatılmış ancak başvurucu güvenlik güçlerinden şikayetçi olduğu için evrak Tekirdağ İl İdare Kuruluna gönderilmiş, Kurul güvenlik güçlerinin kovuşturulması için bir sebep olmadığına ve başvurucunun üçüncü kişiler tarafından saldırıya uğramış olabileceğine karar vermiş ve dosyayı Tekirdağ savcılığına göndermiş ve savcılık kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Davalı Devlet, başvurucunun iddialarının dayanaksız olduğunu ve yürütülen soruşturmanın etkin olduğu yönünde savunma yapmıştır. AİHM, başvurucunun sunmuş olduğu doktor raporunun gördüğü muameleyle ilgili tutarlı ve yeterli delil oluşturduğunu ancak muameleden sorumlu olan kimseleri kimliği konusunda başvurucunun bu kimselerin Devlet görevlileri olduğu iddiasını dayandırdığı Susurluk raporu ve Gerçek Dergisinde yayınlanan makalenin başvurucuya yapılan kötü muameleye güvenlik güçlerinin katıldığına karine oluşturmadığını dolayısıyla başvurucunun bu iddiasının sağlam kanıtlara dayanmadığını belirterek varsayımlara dayanan iddiasının gerçekleştiğine kanaat edememiştir[368].

İşkence ve sair kötü muamelenin yaygın biçimi olan şiddete başvurulduğunun en belirgin göstergesi fiziksel ve psikolojik travmaya ilişkin gözlemlerdir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere eğer alıkonulduğunda sağlıklı olan bir kişi, gözaltı sürecinde veya serbest bırakıldığında yara izleri taşıyor ve sağlığının bozuk olduğu gözlemleniyor ise, söz konusu izlerin ve semptomların alıkoyma süresi ile ilgili olmadığını ispat yükü, kişiyi alıkoyan, devlet gücünü kullanmaya yetkili kamu görevlisi ve devlete düşecektir. Kötü muamelenin, yakalama ve alıkoyma süresi içinde yetkili kamu görevlilerince gerçekleştirilmiş olması halinde bu kimselerin sorumluluktan kurtulabilmesi için, alıkonulan kişinin davranışları sebebiyle, kuvvet kullanma yetkisi kapsamında ve gerektiği ölçüde kuvvet kullandığını ispatlamak zorundadır. Yapılacak savunma, inandırıcılık ve AİHS m.3'e uygunluk açısından değerlendirilecek ve AİHM yaptığı bu değerlenme sonucunda karara varılacaktır[369].

[368] DOĞRU, s.11-12.
[369] REIDY, s.33-34; NAL (2007), s.169; ALGAN, s.23.

Başvurucunun işkence ve sair kötü muamele iddialarıyla uyumlu deliller sunması üzerine davalı Devletin bu delilleri çürütebilmesi için söz konusu yaralanmanın sebebini aklın kabul edebileceği şekilde açıklaması gerekmektedir. Devlet genellikle yaralamalara mağdurun bizzat kendinin sebebiyet verdiği veya mağdurun davranışı sebebiyle mesela mağdurun kaçması, kendine veya başkasına zarar vermesi gibi sebeplerden kolluk kuvvetlerinin ölçülü kuvvet kullanımı sonucunda ortaya çıktığı şeklinde savunma yapmaktadır. Bursuc v. Romanya kararına konu olayda bulunduğu barda barmenle yaşadığı tartışma sonrasında gelen kolluk kuvvetlerinin kaba tavrına karşı çıkan başvurucu kolluk kuvvetlerince alıkonulduğu sırada ve sonrasında darp edilmiş bunu da doktor raporu ile ortaya koymuş, davalı Devlet ise başvurucunun yaralarının, polis müdahalesinden önce başvurucunun düşerek ya da kendini atarak oluşmuş olabileceği şeklinde savunma yapmış, AİHM ise doktor raporları karşısında bu savunmanın makul bir açıklama olmadığına kanaat etmiştir[370].

Devletin, işkence ve sair kötü muamele mağdurunun yakalama veya gözaltı işlemlerine direnirken kolluk görevlilerinin tabi oldukları mevzuatlarına uygun kuvvet kullanımı sırasında yaralandığı şeklindeki savunmasının da ikna edici olması gerekmektedir. AİHM, Davan v. Türkiye kararında bu savunmanın ikna edici olarak nitelendirilmesi için yetkililerin bu müdahalenin hemen ardından kişiyi doktor muayenesine götürmeleri gerektiğinin altını çizmiştir[371]. İşkence ve sair kötü muamele iddiası halinde davalı Devlet, başvurucunun salıverilmesinden sonra üçüncü kişiler tarafından yaralanmış olabileceği şeklinde de savunma yapabilmektedir. AİHM bu durumda şiddetin kaynağını tespit etmek için ayrıntılı inceleme yapmaktadır. Balogh v. Macaristan kararına konu olayda başvurucu yakalanıp 2 saat sorgulandıktan sonra salıverilmiş, sorgusu bitiminde arkadaşları tarafından yüzünün şiş ve kızarık olduğu görülmüş, salıverildikten iki gün sonra yapılan doktor muayenesinde ise kulak zarının patladığı ve bu durumun genellikle yüze atılan tokat sebebiyle oluştuğu tespit edilmiş, doktorun raporu savcılığa iletmesinin ardından soruşturmaya başlanılmış yapılan soruşturma sonunda savcı, başvurucunun salıverilmesinden sonra kendisiyle arasında menfaat çatışması olan kimseler tarafından şiddet görmüş olduğu kanaatine vararak sorgu esnasında görevli polis memurları hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Devlet, sorgudan iki gün sonra alınan doktor raporuyla

[370] DOĞRU, s.12-13.
[371] DOĞRU, s.50-51.

başvurucunun yaralarının sorgudan önce mi, sorgu sırasında mı yoksa sonrasında mı olduğunu tespit edemediğini dolayısıyla açıklama yükümlülüğü altında bulunmadığı yönünde savunma yapmıştır. AİHM ise gözaltına alındığı sırada sağlığı iyi durumda olan bir kimsenin salıverildiği sırada yaralanmış olduğu tespit edilmesi halinde yaralanmaya devlet yetkililerince sebep olunmadığı konusunda açıklama yapma yükümlülüğünün devlete düştüğünü, başvurucunun arkadaşları ile polis memurlarının ifadesinin alınasında bağımsız bir yargılamanın zorlaştığını, işkence ile mücadelenin bu gibi kendine has zorluklarının olduğunu da belirterek 3 oya karşı 4 oy ile ihlal kararı vermiştir[372].

Yine davalı devlet tarafından, işkence ve kötü muamele yaptığı iddia olunan fail ya da failler hakkında yapılan soruşturmanın takipsizlik ile sonuçlanması veya kovuşturma sonunda fail ya da faillerin tespit edilememesi sebebiyle veya delil yetersizliği sebebiyle bu kimsenin beraat etmesi yahut gibi bir savunma, devletin sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayacaktır. Bu kimselerin işkence veya kötü muamele gerçekleştirmemiş olduğu sonucuna varılması, bu eylemlerin Devlete atfedilemeyeceği anlamına gelmeyecek ve Devletin Sözleşme kapsamında sorumluluğu devam edecektir[373]. Ribithch v. Avusturya kararına konu olayda eroin sattığından kuşkulanılan başvurucu, yirmi iki saati aşkın süre kadar gözaltında tutulduğunu, bu süre zarfında kendisinden ikrar edilmek maksadıyla kendisine hakaret edildiğini ve vücudunun muhtelif yerlerine vurulduğunu iddia etmiş, salıverildikten bir gün sonra verilen iki doktor raporunda vücudunun çeşitli yerlerinde yara ve ağrı olduğu tespit edilmiş, davalı Devlet ise kötü muamele yaptığı iddia edilen kolluk mensubu hakkında ulusal hukukta yapılan yargılama sonucunda beraat kararı verildiği şeklinde savunma yapmıştır. AİHM, verdiği kararda başvurucunun yaralarının gözaltı süresi içinde gerçekleştiğinin açık olduğunu, polis memurunun masumiyet karinesi ile bağlı bir mahkeme tarafından beraat ettirilmiş olmasının davalı Devleti, AİHS'den doğan sorumluluklarından kurtarmadığını ve bu sebeple davalı Devletin, başvurucunun yaralarının nasıl meydana geldiğini hususunda akla ve mantığa uygun açıklama yapmakla yükümlü olduğunu oysa davalı devletin beyanında bildirdiği başvurucunun arabadan düşmesi sonucunda bu yaraların oluştuğu yönündeki savunmasının tatmin edici olmadığını belirterek yapılan muamelenin insanlık dışı ve aşağılayıcı olduğuna kanaat etmiştir[374].

[372] DOĞRU, s.46-48.
[373] GEMALMAZ (2007), s.382; DOĞRU, s.33-35.
[374] DOĞRU, s.33-34.

Gözaltına alındıktan sonra ölen veya kaybolan kimselere ilişkin olaylarda da ispat hususu çok zordur. Bu olaylarda başvurucunun iddiaları makul delillere dayanıyor ise AİHM'nin kabulüne göre ispat yükü Devlete düşmekte ve özellikle ölümle sonuçlanan vakalarda kati bir biçimde uygulanmaktadır[375]. Mahmut Kaya v. Türkiye kararında AİHM, maktul Hasan Kaya kaybolduktan sonra ve ölümünden önce ellerinin derisinin kesilmesine sebep olacak sıkı şekilde telle bağlanmış olmasını, ayakları moraracak kadar suda veya karda tutulmuş olmasını, ölümden önce işkence ve sair kötü muamele yapılma iddiaları ile uyumlu görmüş ve AİHS m.3'te düzenlenen yasağın ihlal edildiğine dair karar vermiştir[376]. AİHM, kayıp vakalarında bu kişilerin nerede olduğu ve akıbetleri hakkında yetkili makamların makul ve tatmin edici açıklama yapılamaması ve cesedin de bulunamamış olması halinde bu kişinin gözaltında ölmüş olduğu karinesinin kabulü için ayrıca somut delillerin varlığını da aranmaktadır[377]. AİHM, Çiçek v. Türkiye ve Orhan v. Türkiye kararlarında kaybolmadan önce kişilerin, işkence ve sair kötü muamele gördüklerine dair iddiayı, kişilerin hakkında bilgi edinilememesi sebebiyle kanıtlanamadığı sonucuna ulaşmıştır; Çakıcı v. Türkiye kararında ise kendisi gibi gözaltında tutulan kişinin yani tanığın, Ahmet Çakıcı'nın gözaltında tutulduğu sırada dövüldüğü, elektrik şoku verildiğini şeklindeki ifadelerine dayanılarak gözaltında kaybedilen Çakıcı'nın işkence gördüğü sonucuna ulaşmıştır[378].

Kişilerin ölmeden önce işkence veya sair kötü muamele gördüğü şeklindeki iddia, ölü üzerindeki bulgulardan veya tanık beyanlarından yola çıkılarak ispatlanır ise AİHM ihlal kararı vermektedir. İşkence ve sair kötü muamele yasağının ihlali için ölümden önce uygulanan şiddetin ölüme sebebiyet vermesi gerekmemektedir. Ancak ölüm, kötü muamele sonucunda gerçekleşmiş ise yapılan muamele işkence olarak nitelendirilecektir. Salman v. Türkiye kararına konu olayda 28 Nisan 1992 gecesi gözaltına alınıp 29 Nisan sabahında ölen Salman'ın gözaltına alınmadan evvel sağlık durumunun iyi olduğu ancak gözaltına alındıktan sonra ayaklarında şişlik ve yaraya rastlandığını, bu bulguların, AİÖK'nin raporunda belirttiği gibi kötü muamelesinin iddia olunduğu yer olan Adana Emniyet Müdürlüğünde yaygın şekilde uygulanan falaka uygulaması ile eşleştiği, yine Salman'ın düşme değil göğse inecek darbe sonucunda göğsünden de yaralandığı tespit

[375] GEMALMAZ (2007), s.361-362; DOĞRU, s.15.
[376] DOĞRU, s.15.
[377] GEMALMAZ (2007), s.361-362.
[378] DOĞRU, s.15-16.

edilmiştir. AİHM, bu olayda yapılan muameleyi işkence olarak nitelendirmiş hem işkence yasağı hem de yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır [379].

AİHM, önüne gelen başvuruda taraflar tarafından kendisine sunulmuş olan deliller temelinde inceleme yapar ve kararını bu inceleme sonucunda oluşan kanaate göre verir. Mahkeme, delil toplama aşamasında tarafların tavırlarını ve sergiledikleri tutumu, kanaatinde dikkate alacaktır. Mesela davalı Devletin elinde bulunan bilgi veya delili makul açıklama olmaksızın AİHM'ye sunmaması, Devletin soruşturmanın etkin olarak yürütülmesi için gerekli tüm kolaylıkları sağlama ödevine aykırılık teşkil eder. Özellikle devlet yetkilileri tarafından AİHS m.3'ün ihlal edildiği iddialarına ilişkin delillere ancak ve sadece davalı Devlet erişebildiği başvurularda ortaya çıkan bu durum, Mahkemenin, başvurucunun iddialarının sağlam temelli olduğuna dair davalı Devlet aleyhine kanaat edinmesine yol açacaktır[380]. Yine davalı Devletin savunmasında ileri sürdüğü bir hususa ilişkin belgeleri AİHM'ne sunmaması veya geç sunması, başvurucunun söz konusu belgeyle çürütülebilecek iddiasının haklı olduğuna Mahkemece kanaat edilmesine yol açacaktır. Bu hususa örnek olan Ostrovar v. Moldavya kararına konu olayda başvurucunun tutukluluğu sırasında sağlık durumunun gerektirdiği tıbbi yardım ve bakımın sağlanmadığı iddiası üzerine Devlet, cezaevi kayıtları içinde düzenli tıbbi muayenelere dair belgeler bulunduğunu beyan etmiş ancak belgeleri AİHM'ne ulaştırmamıştır, bu sebeple Mahkeme, Devletin öne sürdüğü kayıtların bulunmaması sebebiyle başvurucunun tıbbi muayeneden geçmediğine kanaat edinmiştir. AİHM kararlarında devlet aleyhine olan bu çıkarımların Mahkeme tarafından bilgisine başvurulmak istenen tanıkların katılımının Devlet tarafından sağlanmaması veya sağlanamaması halinde de söz konusu olduğu görülmektedir. İstenen bilgi ve belgeleri sunmayan, tanıkların katılımını sağlamayan Devlet, AİHM'de başvurucunun dayandığı delillerin yetersiz olduğunu ileri süremeyecektir[381].

İşkence ve sair kötü muamele teşkil eden davranışların idari pratik oluşturması, ispat yükü bakımından ayrık bir durum oluşturur. Öğretide ortaya konulan idari pratik kavramı, olayların tekrarı ve resmi hoşgörü olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Buna göre, işkence yasağını ihlal edecek türde davranışların sürekli ve sistematik olarak uygulanması ve buna devlet otoritelerinin de bu uygulamayı hoşgörü ile karşılaması halinde idari pratikten söz edilecektir. Bu hallerde genellikle bu tür davranışlar aynı yerde sıklıkla

[379] DOĞRU, s.71-73.
[380] DOĞRU, s.7; GEMALMAZ (2007), s.342-347.
[381] GEMALMAZ (2007), s.342-347.

gerçekleşmekte ve burada bulunan kolluk kuvvetlerine atfedilebilmekte ya da bu davranışların mağduru aynı siyasi görüşteki kişiler olmaktadır. Ayrıca bu davranışlardan idari makamların haberi olmasına rağmen failler cezalandırılmamakta, eylemlerin tekrarının önüne geçilmesi için çaba sarf edilmemekte, iddialar araştırılmamakta, yargılamalar adil şekilde yürütülüp soruşturulmamaktadır. AİHM, işkence ve sair kötü muamelenin bu şekilde idari pratik halini aldığı durumlarda yapılan başvuruların kabul edilebilirlik aşamasında iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramamaktadır. İspat yükü açısından ise idari pratik oluşturan davranışın devlete isnat edilmesi durumunda başvurucunun bu olguyla uyumlu ve tutarlı açıklamalarına itibar etmektedir[382].

1.4. Devletin Yükümlülükleri

İnsanın kendi vücudu ve dokunulmazlığı üzerindeki haklar, doğal hukuk uyarınca kendiliğinden mevcut olduğundan bu nitelikte hakların, hiçbir kimse veya devlet tarafından kişiye tanınmasına gerek yoktur. İşkence ve sair kötü muamele yasağına tabi olmama da bu niteliğinden dolayı her insan için dokunulmaz bir haktır ve dolayısıyla bu hakka devlet dahil hiç kimse tarafından müdahale edilemeyecektir[383]. Ancak pratikte de bu hususun sağlanması amacıyla yukarıda da belirttiğimiz üzere uluslararası, bölgesel ve ulusal pek çok belge özellikle AİHS, devletlere işkence yasağı konusunda bazı yükümlülükler yüklemiştir. Bu doğrultuda devletler yetki alanlarında bulunan kimselere işkence etmeme yasağı yanı sıra yetki alanlarında bulunan hiç kimsenin bu tür bir muameleye maruz kalmamasını sağlamak, işkence ve kötü muamele yasağına aykırı muameleleri önleyecek ve cezalandıracak yasaları çıkarmak, önleyemedikleri ihlalleri ise etkin soruşturmakla yükümlüdürler[384]. AİHS m.3'ün taraf devletlere getirdiği bu yükümlülükleri üç başlık altında şöyle sıralayabiliriz:

1.4.1. Devletin Pozitif Yükümlülüğü

AİHM, sözleşmeye taraf devletlere, AİHS m.1 uyarınca AİHS m.3'te yasaklanan fiillerin yapılmasını önleyici tedbirler alma hususunda yüklediği yükümlülüklere pozitif yükümlülük ismi verilir[385]. Bu çerçevede her devlet ilgili mevzuatını işkence ve sair kötü

[382] ÖNOK, s.181.
[383] ÖNOK, s.160.
[384] DOĞRU, s.2; GEMALMAZ (2007), s.233; ÖNOK, s.163.
[385] ÇOR, s.77; REIDY, s.53.

muamele fiillerinin işlenebilme ihtimalini en aza indirecek şekilde düzenlemek ve bu eylemlere karşı maddi ve usuli koruma tedbirleri getirmekle yükümlü kılınmıştır[386].

Pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi için devlet yargı yetkisi altında bulunan herhangi bir kimsenin işkence ve sair kötü muamelenin mağduru olmaması için gerekli önlemleri almalı, bu önlemler caydırıcı ve etkili nitelikte olmalıdır[387]. AİHM'ne göre, ulusal mevzuat çerçevesinde bireylere yeterli koruma sağlanamadığı takdirde veya yetkili makamların bildiği ya da bilmek durumunda olduğu bireylere yönelik kötü muamele riskini bertaraf etmek üzere makul önlemleri almamaları halinde AİHS m.3'ün ihlali dolayısıyla devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır[388].

Yakalama, gözaltı, tutukluluk gibi kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı, alıkonulduğu aşamalarda hukuk sistemlerinin işkence ve kötü muameleye karşı özellikle bazı güvenceler içermesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, alıkonulan kişinin kendi seçeceği üçüncü bir kişiye örneğin ailesine, arkadaşına veya vatandaşı olduğu ülke konsolosluğuna durumunu bildirme hakkıdır. İkincisi, avukata erişebilme hakkı iken, üçüncüsü ise bir hekim tarafından tıbbi muayeneye tabi tutulmayı talep etme hakkıdır. Kişi bu haklara, özgürlüğünden mahrum bırakıldığı ilk andan itibaren sahip olmalıdır[389].

Devletler, devlet karşısında zayıf durumda bulunan kişilere örneğin kadınlara veya çocuklara yönelik, üçüncü kişilerden kaynaklanan kötü muamelelere karşı gerekli koruyucu önlemleri almakla yükümlüdürler. Bu önlemler, yasama organı tarafından gerekli hukuksal düzenlemeleri yapılması suretiyle olabileceği gibi idari yahut yargı mercilerinin somut önlemleri alması şeklinde de olabilir[390].

Öğretide de öne sürüldüğü üzere devletlerin cezalandırıcı önlem alma yükümlülüğü kapsamında devletin sorumluyu sırf tazminata hükmetmesi yeterli olmayacaktır. İşkence ve kötü muamele mağdurunun manevi bütünlüğünü zedelemeye yöneliktir, bu sebeple mağdurun tatmini için devletin işkence ve kötü muamele failini cezalandırması gerekecektir. Cezalandırma ise öncelikle hürriyeti yoksun kılma gibi caydırıcı nitelikte bir ceza olmalı, ekonomik yaptırım ise bundan sonra gelmelidir[391].

---

[386] ÖNOK, s.164.
[387] DOĞRU, s.2; ÖNOK, s.164.
[388] GEMALMAZ (2007), s.234.
[389] REIDY, s.37.
[390] NAL (2007), s.153-154.
[391] ÖNOK, s.165.

Devletin pozitif yükümlülüğünün ihlaline dair örnek verilebilecek Pantea v. Romanya kararına konu olayda eski savcı olan başvurucu, bir kişiyi yaraladığı için tutuklanmış ve cezaevinde koğuştaki diğer hükümlüler tarafından dövülmüş, yaralı haldeyken cezaevi müdürünün talimatı üzerine kelepçelenmiş ve koğuştaki yatağının altında hareketsiz olarak 48 saat tutulmuştur. Vücudunda pek çok kırığı olan başvurucu, diğer hükümlülerin de bulunduğu vagonda oturma yeri olmadan günlerce süren bir yolculuk sonucunda başka bir cezaevinin hastanesine gönderilmiştir. Başvurucu bu yaşananlardan dolayı gardiyanlar ve diğer hükümlüler hakkındaki şikayetini savcılığa iletmiş ancak talebi reddedilmiştir. AİHM, darbelerin sayısı ve ağırlığını gösteren rapora dikkate de alarak cezaevi idaresi kontrolü altında iken eski savcı olan başvurucunun hükümlüler tarafından saldırıya uğrayabileceğini öngörerek önlem alması gerekirken bu önlemleri almaması yanı sıra saldırıya uğrayan başvurucunun kelepçelenmesi, nakil durumu ve hastanede bir hekim tarafından muayene edilmemiş olması sebebiyle başvurucunun fiziksel bütünlüğünü koruyamayan devletin AİHS m.3 ile kendisine yüklenen pozitif yükümlülüğü ihlal ettiğinin altını çizmiştir[392].

1.4.2. Devletin Negatif Yükümlülüğü

Negatif yükümlülük olarak adlandırılan yükümlülüğe göre, devlet hiç kimseyi organları ve görevlileri vasıtasıyla işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya tabi tutmamalıdır[393]. Esasen AİHM'nin AİHS m.3'ün ihlali kapsamında değerlendirdiği eylemlerin ekseriyetinin negatif yükümlülüğü ihlal ettiği söylenebilecektir.

Negatif yükümlülüğü özellikle kolluk kuvvetlerinin orantısız kuvvet kullanması sonucu meydana gelen yaralanmalar ve ölümler neticesinde ihlal edilmektedir. AİHM içtihatlarına bakıldığında bu yükümlülüğün ihlali kapsamına sıklıkla devlet tarafından alıkonulma sırasında yaralanma ve ölüm, kayıp kişiler olgusu, faili meçhul cinayetler gibi durumlar da girmektedir[394].

Aşağıda da ayrıntıları ile ele alacağımız üzere işkence ve sair kötü muamele yasağının hiçbir istisnası olmadığından devletin içinde bulunduğu bazı koşullar ve ihlale yol açan şartlar mesela terör ve organize suçlar ile mücadele ya da mağdurun kışkırtıcı davranışları, işkence ve sair kötü muamele yapılmasının haklı gerekçesi olamayacağı gibi failin ya da

[392] DOĞRU, s.141-142.
[393] NAL (2007), s.153-154; DOĞRU, s.2.
[394] GEMALMAZ (2002), **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler,** s.38.

devletin sorumluluğunu azaltmayacaktır. İşkence ve sair kötü muamele yasağı, her koşulda ve herkese uygulanacağından AİHS'nin sert çekirdeğinin bir parçası olarak nitelendirilebilir[395]. Negatif yükümlülük de işkence ve sair kötü muamele yasağının bu sert çekirdeğinin önemli bir parçasıdır denilebilecektir.

1.4.3. Devletin Etkili Soruşturma Yapma Yükümlülüğü

Devletin genel koruma yükümlülüğüne bağlı olarak devlete yüklenen üçüncü yükümlülük ise, devletin işkenceyi ve sair kötü muameleleri etkili bir biçimde soruşturma ve kovuşturma yapması yükümlülüğüdür[396]. AİHS m.3'ün ihlal edildiğine dair iddialara ilişkin Devlet etkili soruşturma yapma ve etkili giderim sağlama yükümlülüğü altındadır[397].

AİHS m.1, taraf devletlere, sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasına dair genel bir yükümlülük yüklemektedir. AİHS m.3'e ilişkin ihlaller, temel insan hakları güvencelerini ciddi şekilde zedelediğinden, AİHM, bu maddenin uygulama alanı yorumlarken AİHS m.1'deki üye devletlere yüklediği yükümlülükten hareketle, işkence ve kötü muamele ile ilgili etkili ve ayrıntılı soruşturma yapılması ve suçluların cezalandırılması hususlarını kıstas olarak dikkate almaktadır. AİHS m.3'e aykırılık iddialarının, başvuru makamlarınca ciddiye alınmaması, yargı organları tarafından AİHS m.3'ün ayrı ve farklı olarak ihlal edilmesine yol açabilir[398].

AİHM, işkence iddiaları karşısında etkili soruşturma yürütülmesi hususuna önem vermektedir. Pek çok kararında bunu ortaya koyan AİHM, devletin yargı organlarının, işkence iddialarının gerçek olup olmadığını yeterince soruşturmamış olması halinde AİHM m.3'te düzenlenen işkence yasağı yanı sıra etkili başvuru yolunu düzenleyen AİHM m.13'e de aykırı olacağı yönünde karar vermektedir[399]. AİHM, Devletlerin etkin soruşturma yükümlülüğünü bazı kararlarında etkili başvurma hakkını düzenleyen AİHS m.13'e bazı kararlarında ise işkence yasağını düzenleyen AİHS m.3'e dayandırmıştır. AİHM'nin Aksoy v. Türkiye kararında da belirttiği üzere işkence yasağı AİHS m.13 bakımından da sonuç doğurmakta özellikle işkence ve sair kötü muamele mağdurlarının korunmasız olması sebebiyle AİHS m.13, Devletlere tam ve etkili bir soruşturma yapma

[395] ÖNOK, s.161, s.447.
[396] NAL (2007), s.153-154.
[397] GEMALMAZ (2007), s.376.
[398] REIDY, s.58; GEMALMAZ (2007), s.376-377.
[399] ALGAN, s.23.

yükümlülüğü yüklemektedir. Bir kimsenin, devlet adına hareket eden kimseler tarafından kendisine işkence edildiği iddiasında bulunması halinde etkin başvuru hakkı gereğince bu kimseye uygun bir tazminatın ödenmesi yanında işkence suçunun faillerinin belirlenmesi ve cezalandırılmasını amaçlayan işkence mağdurunun etkili bir biçimde katıldığı, makul sürede tamamlanan tam ve etkili bir soruşturma yapılması gerekmektedir[400].

Soruşturmanın etkin olarak nitelendirilmesi için iddia sahibine, soruşturmaya etkili bir biçimde katılma olanağına sağlanmalıdır. AİHM, devletin önleyemediği ihlalleri ortaya çıkarmaya yönelik tarafsız ve etkin soruşturma yürütemediği durumlarda hem AİHS m.3'ün hem de hak ihlallerine karşı etkili başvuru hakkını düzenleyen AİHS m.13'ün ihlal edildiği şeklinde kararlar vermektedir[401]. AİHM, kararlarında da görüldüğü üzere pozitif veya negatif yükümlülüğün ihlal edildiğini tespit ettiğinde etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali bakımından AİHS m.13 kapsamında inceleme yapmaktadır[402]. Bu doğrultuda soruşturma yapılıp yapılmadığından daha çok yapılan soruşturmanın titizlikle yürütülüp yürütülmediği, yetkili makamların eylemden sorumlu olanları tespit edip etmediği, soruşturma sonucunda dava açılıp açılmadığı ve dolayıyla soruşturmanın etkili olup olmadığı önem arz etmektedir[403]. İşkence veya sair kötü muamele iddiaları soruşturulurken faillerin tespit edilmesi ve cezalandırılmasına imkân sağlayacak nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve cezaların yasaklanmasına ilişkin hüküm, taşıdığı temel öneme rağmen uygulamada etkisiz kalır ve bazı durumlarda kamu görevlilerinin, denetimleri altındaki kişilerin haklarını ihlal etmelerine rağmen cezalandırılmamaları sonucunu doğurabilir[404]. Fail ya da faillerin tespitine ve cezalandırılmasına elverişli soruşturma yapılması hususu esasen AİHS m.13'de düzenlenen Etkili Başvuru Hakkıyla yakından ilgili olmakla beraber AİHS m.3 bakımından da önem arz etmektedir[405].

Etkin soruşturma kavramı, bu kavramın amacı ve ilkeleri AİHM tarafından belirlenmekle beraber 1999 yılında BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliğinin kabul ettiği kısaca İstanbul Protokolü de denilen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu, etkili soruşturma

[400] DOĞRU, s.166-167.
[401] ÇOR, s.72-73; ÖNOK, s.165.
[402] ÖNOK, s.164-165.
[403] GEMALMAZ (2007), s.376-377.
[404] REIDY, s.60.
[405] GEMALMAZ (2007), s.377.

kavramını ve kapsamını ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Batı ve Diğerleri v. Türkiye kararında AİHM, İstanbul Protokolünün 4 ekinden 1.si olan İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Soruşturması ve Belgelendirilmesi İçin Prensipler'den bazı hususlara yer vermiştir[406]. Bu kararda da yer aldığı üzere etkin bir soruşturma şu koşulları taşımalıdır. İlk olarak soruşturma makamına şikâyette bulunulması ya da şikâyet bulunmasa bile işkence veya sair kötü muamelenin işlendiğine dair yeterli belirtinin söz konusu olması halinde derhal soruşturmaya başlanılmalıdır. İkinci olarak araştırma ve soruşturma organlarının, olaya karışan kimselerden ve kuruluşlardan bağımsız olması gerekmektedir. Üçüncü olarak davalı devlet mercilerinin icrai ya da ihmali hareketleri ile soruşturmanın etkinliği zedelenmemeli gerekmektedir. Soruşturma makamları, olaya ilişkin delilleri güvence altına almak için harekete geçmeli, mağdurun yaralanmasına dair yeterli ve elverişli tıbbi delil elde etmeli, yaralanma sebebinin tespiti ve sorumluların teşhisi sonrasında cezalandırılmalarını sağlamalıdır. Dördüncü olarak soruşturma, makul özen ve hızda tamamlanmalıdır. Son olarak ise, soruşturma, kamunun denetimi altında şeffaf biçimde ilerlemeli ve ilgililerin katılımına açık olmalıdır[407].

AİHM, işkence veya sair kötü muamele hakkında ihbar ya da şikâyet olmasa bile ulusal makamların bu muamelelerden bir şekilde haberdar olması halinde derhal soruşturmanın başlatılması gerektiğinin altını çizmektedir. Aksoy v. Türkiye kararına konu olayda 14 günlük gözaltının arkasından savcı önüne elleri tutmaz vaziyette getirilen başvurucu hakkında başvurucunun talebi olmasa dahi savcının re'sen soruşturma başlatması gerektiğini belirterek AİHM m.13'ün ihlal edildiğine karar vermiştir[408].

İşkence ve sair kötü muamele iddialarına ilişkin soruşturmanın etkili bir biçimde yürütülmesi gerekmektedir. Soruşturma makamları, maddi gerçeğe ulaşmak için çaba harcamalı ve soruşturmayı kapatmak amacıyla alelacele ve dayanaksız karar vermemelidirler. AİHM kararlarında görüldüğü üzere yapılacak etkili soruşturma, görgü tanıklarının ifadeleri, adli tıp raporları ve olaya ilişkin bütün delillerin toplanması ve bunların korunmasını gerektirmektedir. İşkence ve kötü muamele teşkil ettiği iddia olunan eylemin oluş sebebini, şeklini ve sonucunu ortaya koyan tarafsız tıbbi raporlar hazırlanmalıdır. Yürütülen soruşturmada deliller derhal toplanmalı, soruşturma hızlı ve

[406] DOĞRU, s.169-170.
[407] ÖNOK, s.166-167; DOĞRU, s.170.
[408] DOĞRU, s.171.

kararlı bir biçimde tamamlanmalıdır. Elde edilen deliller uygun şekilde değerlendirilmeli, değerlendirme sonucunda varılan sonuçlar tutarlı ve gerekçeli olmalıdır. Mesela soruşturmada kolluk kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen kuvvet kullanımı söz konusu ise bunun haklı olup olmadığının tespitine elverir delillerin ve değerlendirmenin bulunması gerekmektedir[409]. Bu hususlar dikkate alınarak yapılan bir soruşturmanın etkin olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca esaslı, etkili, bağımsız, tarafsız, dikkatli ve kamuoyunun takibine açık olması gerekmektedir[410].

İstanbul Protokolüne Ek 1'in 3. maddesine göre etkin soruşturma yükümlülüğü kapsamında soruşturma yapan makam, soruşturma için gerekli bütün bilgileri toplama yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olmalıdır. Soruşturmayı yürüten kişilere, etkili soruşturma için gerekli bütçe kaynakları ve teknik imkanlar sağlanmalıdır. Soruşturmayı yapanlar, işkence veya kötü muamele olaylarına karıştıkları iddia edilen resmi sıfatla hareket eden kişileri huzura gelmeye ve ifade vermeye zorlama yetkisine sahip olmalı, aynı kural, bütün tanıklar için de geçerli olmalıdır. Bu amaçla soruşturma makamı, işkenceye iddia edilen resmi görevliler de dahil olmak üzere soruşturmanın selameti açısından gerekli herkesi tanıklık yapmak için çağırma, bu amaçla tebligatta bulunma ve yapılan tanıklıkları destekleyici kanıtlar sunulmasını isteme yetkisine sahip olmalıdır. İşkence ve kötü muamele mağduru oldukları iddia edilen kişiler, tanıklar, soruşturmayı yürüten kişiler ve bunların aileleri soruşturma esnasında veya sonrasında şiddet, şiddet tehdidi ve her türlü korkutmaya karşı korunmalıdırlar. İşkence veya kötü muamele olayına karıştığı iddia edilen kişiler doğrudan veya dolaylı olarak şikâyette bulunanlar, tanıklar ve onların aileleri ve soruşturmayı yürütenler üzerinde güç veya denetim sahibi olabilecekleri bir konumdaysalar, derhal görevden alınmalıdırlar[411].

AİHM verdiği kararlarda Devlet adına hareket eden kimselerce yapılan işkence veya sair kötü muameleye dair bir soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturma yapacak makamın, olayda yer alan kişilerden bağımsız şekilde bu soruşturmayı yürütmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu bağımsızlık, hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlık yanı sıra fiilen bağımsızlığı da kapsamaktadır[412]. AİHM, verdiği kararlarda bir kişi, polis, jandarma ya da diğer devlet görevlilerince işkence veya kötü muameleye tabi tutulduğunu iddia

[409] GEMALMAZ (2007), s.378-382.
[410] DOĞRU, s.3; GEMALMAZ (2007), s.378-382.
[411] DOĞRU, s.174-175.
[412] GEMALMAZ (2007), s.389.

ettiğinde sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasıyla sonuçlanacak etkili ve tarafsız bir soruşturmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir[413]. Yapılacak olan soruşturmanın, failleri tespit etmeye ve cezalandırmaya elverişli olması gerekir[414]. Bu kapsamda Yüksel v. Türkiye kararına konu olayda güvenlik güçleri tarafından kötü muameleye tabi tutulan başvurucunun bu konu hakkında yaptığı başvuru üzerine İdare Kurulu tarafından yürütülen soruşturmada soruşturmacı olarak fail olan güvenlik güçlerinin amirlerinin atanmasını, AİHM, soruşturmanın bağımsızlık ve tarafsızlığına aykırı bularak AİHS m.13'ü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır[415].

İstanbul Protokolü Ek 1'in 2. maddesine göre ''Devletler, işkence ve kötü muamele şikayetleri ve bildirimlerinin, anında ve etkili bir biçimde soruşturulmasını sağlamakla yükümlüdürler.'' İşkence ve sair kötü muamele iddiasına dair soruşturma ve kovuşturmanın hızlı, özenli ve etkili olması, kamuoyunun güveninin kazanılması ve bu muamelelere karşı hoşgörü gösterilmemesi açısından önemlidir[416].

İşkence ve sair kötü muamele hakkında etkili başvuru hakkı, uygun olan olaylar bakımından ulusal hukuk mevzuatı uyarınca tazminat ödenmesine ek olarak ulusal hukuk sistemindeki herhangi bir hukuk yoluna halel getirmeksizin davalı Devlete, eylemden sorumlu olanların tespiti ve cezalandırılması sonucunu doğurmaya imkân sağlayan etkili bir soruşturma yapması ve mağdurunda bu soruşturma ve kovuşturmaya etkili şekilde katılımının sağlanması yükümlülüğü taraf Devlete yüklemektedir[417]. İstanbul Protokolü Ek 1'in 4. maddesi bu hususa ilişkin şöyle bir düzenleme getirmiştir: ''İşkence veya kötü muamele kurbanı olduğu iddia edilen kişiler ve bunların yasal temsilcileri, duruşmalardan, soruşturma oturumlarından haberdar edilmeli, bu oturumlarda bulunma hakkına sahip olmalı, soruşturma için gerekli bilgilere erişim hakkına ve olanağına ve duruşmalarda kanıt sunma hakkına sahip olmalıdırlar.''[418]

Devletin etkin soruşturma yükümlülüğüne göre, devlet, işkence ve sair kötü muamele yasağının ihlal edilmesini önlemeye ve cezalandırmaya yönelik ceza soruşturmasını ve kovuşturmasını etkin biçimde organize etmeli, meydana gelen olayları etkin biçimde

[413] REIDY, s.54; ÇOR, s.72-73.
[414] ÇOR, s.72-73; ÖNOK, s.165; GEMALMAZ (2007), s.376.
[415] DOĞRU, s.173.
[416] DOĞRU, s.181-182.
[417] GEMALMAZ (2007), s.386.
[418] DOĞRU, s.184.

araştırmalı ve bu araştırma sonucunda yargılamayı sonuçlandırmalıdır. Ayrıca devlet, yargılama sonucunda verilen yaptırımların infazını sağlayan mekanizmayı işletmelidir[419].

AİHM içtihatları ve öğretide işkence ve sair kötü muameleye ilişkin soruşturmaların yeterince ayrıntılı ve etkin olması açısından bu soruşturmaları yürüten savcıların şu hususlara özellikle dikkat etmeleri öngörülmüştür[420]:

1.Savcılar, işkence ve sair kötü muamele iddiaları konusunda polis veya güvenlik güçleri mensuplarını sorgulamaktan veya ifadelerini almaktan kaçınmamalı veya çekinmeme ve kolluk kuvvetleri tarafından verilen bilgilerdeki çelişkiler, tutarsızlıklar ve boşlukların üzerine gitmelidir.

2.Savcılar, gözaltı kayıt defterleri gibi gerçeği veya kötü muamele iddialarını ortaya çıkaran belgelerin doğrulanması için gerekli önlemleri almalıdır.

3.Savcılar, işkence iddiaları konusunda adli tıp delilleri dahil olmak üzere bağımsız ve teyit edici delilleri toplamalıdır. Mesela Aydın v. Türkiye davasında başvuru sahibi gözaltında tutulduğu sırada cinsel saldırıya uğradığına dair şikâyette bulunmuş olmasına rağmen savcı, gereken tıbbi raporu aldırmamış ve saldırıyı ortaya koyacak delilleri toplamak yerine mağduru bekaret testine göndermiştir.

4.Savcılar, mağdur ve tanık ifadelerini gecikmeksizin almalıdır.

5.Savcılar, işkence ve kötü muamele şikayetleri ve gözle görülen kötü muamele izleri karşısında derhal harekete geçmelidir. Aksoy v. Türkiye davasında savcı, başvurucunun maruz kaldığı şiddet sonucu oluşan yaraları görmüş olmasına rağmen konu hakkında hiçbir işlem başlatmamıştır.

6.Savcılar, kötü muamele uyguladığı iddia edilen kamu görevlileri hakkında gerekli araştırmaları yapmalıdır. İlhan v. Türkiye davasında başvuru sahibi yakalanması sırasında ağır şekilde yaralanmış ama buna rağmen güvenlik güçlerinin dur emrine uymadığı gerekçesiyle hakkında dava açılmış ancak kendisine kötü muamele uygulayan güvenlik güçleri hakkında işlem yapılmamıştır.

7.Savcılar, kolluk kuvvetlerin ve güvenlik güçlerinin hatalı uygulamalarına ilişkin iddiaları göz ardı etmemeli, onlara iltimas tanımamalıdır. Savcılar, özellikle, kolluk kuvvetlerinin haklı olduğu ve her türlü kötü muamele izinin yasal bir uygulama sonucunda oluştuğu veya

[419] ÖNOK, s.164.
[420] REIDY, s.60-62.

şikâyette bulunan kişinin davranışı nedeniyle gerekli hale geldiği gibi varsayımlarda bulunmamalıdır.

Etkin soruşturmalar sırasında delil olarak kullanılacak doktor ve adli tıp raporlarının bağımsız kuruluşlarca eksiksiz şekilde hazırlanmaları son derece önemlidir. Bu doğrultuda şu hususlara özellikle dikkat etmek gerekmektedir. Alıkonulan kişilere yapılacak tıbbi muayene ayrıntılı şekilde analiz yapılarak ve vücutta bulunan bulgular fotoğraflanarak deneyimli sağlık mesleği mensuplarınca yapılmalıdır. Alınacak raporda alıkonulan kişinin ayrıntılı biçimde yer verilmeli ve rapor, bu iddiaların gerçek ya da gerçek dışı olduğunu ortaya koyabilecek yeterlilikte olmalıdır. Rapor, mühürlenmiş zarf içerisinde doğrudan yetkili mercie ulaştırılacak şekilde ilgili kamu personeline teslim edilmelidir. Ölümle sonuçlanmış olaylarda yapılacak muayenede de yine ayrıntılı şekilde rapor düzenlenmesine dikkat edilmelidir[421]. İstanbul Protokolü Ek 1'in 6. Maddesinde doktor raporlarına ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Buna göre ‘‘Tıp uzmanı muayenenin hemen sonrasında doğru bir yazılı rapor hazırlamalıdır. Bu raporda en azından aşağıdaki bilgiler yer almalıdır: 1.Görüşme Koşulları: Görüşme yapılan kişinin adı, muayene sırasında mevcut olanların adları, bu kişilerin muayene yapılan kişiyle olan ilişkileri, görüşmenin kesin tarihi, saati, görüşme yapılan yerin adresi (uygun olduğu durumlarda görüşme yapılan odanın yeri), görüşme yapılan yerin tanımı (örneğin klinik, cezaevi, ev vb.); görüşme yapıldığı sıradaki koşullar (muayene için geldiğinde veya muayene sırasında kişinin tabii olduğu kısıtlamalar, görüşme sırasında odada güvenlik güçlerinin mevcut olup olmadığı, tutukluya eşlik edenlerin hal ve tavrı, muayeneyi yapan kişiye yönelik tehditkar ifadeler vs.) ve diğer geçerli unsurlar; 2.Öykü: Gerçekleştiği iddia edilen işkence ve kötü muamele yöntemleri, işkence ve kötü muamelenin ne zaman gerçekleştiği, bütün fiziksel ve psikolojik semptomlar ve şikayetler de dahil olmak üzere kişinin görüşme sırasında anlattığı öykünün detaylı bir raporu; 3.Fiziksel ve Psikolojik Muayene: Uygun tanı koyucu testler ve mümkün olduğu durumlarda bütün yaralanmaların renkli fotoğrafları da dahil olmak üzere klinik muayene sonucunda elde edilen bütün fiziksel ve psikolojik bulguların kaydı. 4.Değerlendirme: Fiziksel ve psikolojik bulgular ile işkence ve kötü muamele arasındaki muhtemel ilişkinin değerlendirilmesi. Gerekli tıbbi ve psikolojik tedavi ve/veya yapılması gereken başka tıbbi testler ve muayeneler için görüş ve tavsiyeler; 5.Yazar: Raporda muayeneyi yapan kişilerin adları açıkça belirtilmeli ve rapor hazırlayanlar

[421] REIDY, s.62-63; NAL (2007), s.178.

tarafından imzalanmalıdır. Hazırlanan rapor gizli tutulmalı ve rapor muayene edilen kişiye veya kişinin yasal temsilcisi olarak atadığı kimseye teslim edilmelidir. Muayene edilen kişi veya temsilcisinin muayene süreci hakkındaki görüşleri de sorulmalı ve raporda bu kişilerin görüşlerine de yer verilmelidir. Uygun olduğu durumlarda işkence veya kötü muamele iddialarını soruşturmakla yetkili olanlara da yazılı rapor verilmelidir. Bu raporun yetkili kişilere güvenli bir biçimde ulaştırılmasını güvenceye almak, Devletin sorumluluğudur. Muayene edilen kişinin rızası veya bu tür bir talepte bulunma yetkisi bulunan mahkemenin yetki vermesi istisna olmak üzere, rapor başka kimseye verilmemelidir.''[422]

AİHM'nin Aydın v. Türkiye kararında da belirttiği üzere TCK ile birlikte Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümleri de savcılara işkence, tecavüz ve kötü muamele iddialarını soruşturma yükümlülüğü yüklemektedir. Karara konu olayda başvurucu ve ailesi, savcılığa kendilerini gözaltına alınırken gören kişilerin isimlerini vermemiştir ancak Ceza Muhakemesi mevzuatına göre bu kimseleri savcı re'sen araştırabilecekken bu hususu atlamıştır. Yine savcı olay yerine gitmemiş, başvurucunun gözaltına alındığına dair herhangi bir bilgi veya belge toplamamış, güvenlik güçlerinin inkâr niteliğindeki beyanlarına itimat etmiş ve başvurucunun beyanlarını ciddiye almamıştır. Savcı, başvurucunun tecavüze uğradığı yönündeki iddiası sebebiyle üç kez tıbbi muayene yapılmasını istemiş, bekaret kontrolü yaptırmış ancak doktor raporlarındaki çelişkinin giderilmesini veya buna açıklık getirilmesini istememiş, tüm bunlar ışığında savcı kendisine mevzuat ile verilen etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü yerin getirmemiş, tam ve etkili soruşturma yapmamış ve AİHM'nin devleti AİHS m.13'e aykırılıktan sorumlu tutmasına sebebiyet vermiştir[423].

Etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin bir diğer örnek olan Kmetty v. Macaristan kararına konu olayda alışveriş merkezinde bomba ihbarı üzerine kolluk kuvvetleri alışveriş merkezini boşaltmak istemiş, bu duruma karşı koymak isteyen mağaza sahipleri arasında yer alan başvurucu gözaltına işlemi uygulanmış, bu işlem sırasında kişi sürüklenmiş, kelepçelenmiş ve polis aracına zorla bindirilmesi sonucunda yaralanmıştır. Bu husus doktor raporuyla tespit edilmiş ancak başlatılan soruşturmada kolluk kuvvetleri hakkında takipsizlik kararı verilmiştir. AİHM, başvurucunun kolluk kuvvetlerinin ölçüsüz kuvvet

[422] DOĞRU, s.175-176.
[423] DOĞRU, s.176-177.

kullanımı sonucu yaralandığının tespit edilememiş olması sebebiyle bu hususta ihlal kararı vermemiştir ancak etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir[424].

Kişinin işkence ve kötü muamele şikayetinde bulunması halinde savcı, yakalama, gözaltı, tutukluluk tedbirini uygulayan yetkililerden, kişinin üstündeki yara izleri veya tıbbi bulguların ya alıkoyma süresinde oluşmadığını ya da belgelenebilir bir meşru eylem sonucunda ortaya çıktığını gösteren karşı delilin kendisine sunulmasını talep etmelidir. AİHM'nin, Salman v. Türkiye kararında ifade ettiği üzere, ''Hafif yaralanmalar nedeniyle bile olsa alıkoyma süresinde ölüm olayının ortaya çıkması, hükümetin tatmin edici bir açıklamada bulunması yükümlülüğünü arttırır. Bu bağlamda yetkililer kişinin alıkonulma süresi hakkında doğru kayıtlar tutulmasını sağlamak ve kendilerini herhangi bir yaralanmayla ilgili olarak inandırıcı bir açıklamada bulunamama konumuna düşürmemekle sorumludur.'' Kayıt tutulması hususunda AİÖK de daha önce şu tavsiyede bulunmuştur: ''Eğer polisin gözaltı merkezlerinde alıkonulan her kişi için gözaltı bilgileri ve uygulanan işlemleri mesela özgürlüklerinden ne zaman ve hangi nedenle yoksun bırakıldıkları, haklarının kendilerine ne zaman bildirildiği, yara izleri, akli rahatsızlık göstergeleri, akrabalarına, avukatlarına, şayet yabancı kimse ise konsolosluğuna ne zaman haber verildiği, bu kişilerin ne zaman ziyarete geldikleri, ne zaman yemek verildiği, ne zaman sorgulandığı, ne zaman başka yere nakledildiği veya serbest bırakıldığı vs. içeren tek ve kapsamlı bir nezarethane kayıt defteri bulundurulursa, gözaltındaki kişilerin temel hakları daha güçlü şekilde korunmuş olur.''[425]

Yukarıda ayrıntıları ile ele aldığımız ceza hukukunda yapılacak etkili soruşturma ve kovuşturma yanı sıra idare hukuku alanındaki idari soruşturmalar ve idari yargı kapsamındaki davalar, medeni hukuk alanındaki haksız fiil sorumluluğuna dayalı davalar, devletlerin işkence ve kötü muamele yasağına karşı alacağı usuli yükümlülükler arasında yer almaktadır[426].

AİHS m.3'ün ihlaline ilişkin iddialarda etkin soruşturma yapılan Devletlerde AİHS m.3 ile yasaklanan muamelelerin uygulamada etkili olması ve ayrıca devlet adına hareket eden kimselerin yasağın ihlali teşkil eden muamelelerden sorumlu olmaları ve cezalandırılmaları

[424] DOĞRU, s.59.
[425] REIDY, s.38.
[426] ÖNOK, s.164.

sağlanır. Bu şekilde işkence ve sair kötü muameleye hoşgörü göstermeyen Devletlerde faillerin, fiili bağışıklık kazanmalarının önüne geçilmiş olacaktır[427].

Son olarak belirmek gerekir ki Türkiye aleyhine yapılan başvurularda işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili iddiaların, adli makamlarca gereği gibi soruşturulmadığı gerekçesiyle AİHM, bu yolların tüketilmesine gerek olmadığını belirtilerek başvurunun esası hakkında inceleme başlatmaktadır[428]. AİHS'ne taraf Devletlerin, işkence ve sair kötü muamele iddialarını soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde kişilerin AİHS m.35'e göre iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünü yerine getirmediklerine dair Devletin yapacağı itirazı AİHM, kabul etmemektedir[429].

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 3. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI

2.1. Yakalama ve Gözaltı

AİHM içtihatlarında alıkoyma, bir kişinin yakalanma, gözaltına alınma, tutuklanma yoluyla alıkonulduğu andan serbest bırakıldığı ana kadarki süreci ifade etmektedir. İçtihatlarda da görüldüğü üzere AİHS m.3'ün ihlali ekseriyetle alıkonulan kişilere yönelik muameleler çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kolluk kuvvetleri ile cezaevi personelinin alıkonan kimselere yönelik hareketleri bilhassa önem arz etmektedir[430]. Zira alıkonan ve yetkililerin denetimi altında olan kişiler, devlet gücünün kendileri aleyhine kullanılması olasılığına karşı en hassas konumda bulunmaktadırlar. Dolayısıyla AİHS ve AİHM standartlarına uygunluk açısından bu gücün kullanımı sıkı bir denetime tabi tutulması gerekmektedir[431]. Devlet, özgürlüğünden yoksun bırakılan bu kimseleri insan onuruyla bağdaşır koşullarda alıkonulmasını sağlamakla yükümlüdür. Çünkü yakalanmış, gözaltına alınmış veya tutuklanmış kişinin hayatı ve sağlığı, devletin sorumluluğu altındadır[432].

---

[427] GEMALMAZ (2007), s.378.
[428] ÇALIŞKAN, Bilal, **'AİHM Ülkemize Karşı Başvurularda İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Şartını Neden Aramıyor'** Adalet Dergisi, S.14, 2003 < http://www.cemayma.net/okuma_metinleri/AB_de_insanhaklari_mahkemesi.pdf > (Son Erişim Tarihi: 04/04/2019) s.59.
[429] DOĞRU, s.166.
[430] NAL (2007), s.166.
[431] NAL (2007), s.166; GEMALMAZ (2007), s.245.
[432] EREM, s.198; GEMALMAZ (2007), s.244-245.

Yakalanan ve gözaltına alınan kişilerle ilgili olarak AİHS m.3 kapsamında herhangi bir kötü muamele yapılıp yapılmadığının tespitinde AİHM'nin hareket noktası, alıkonulan kişinin kendi davranışı nedeniyle gerekli olmadığı sürece alıkonulan kişiye karşı şiddete başvurulup başvurulmadığının saptanmasıdır[433]. Şiddete başvurulduğunun en belirgin göstergesi fiziksel ve psikolojik travmaya ilişkin gözlemlerdir[434]. Yukarıda da belirttiğimiz üzere şüphelilerin ifade, sorgu veya gözaltı sırasında maruz kaldıkları yaralamalar hakkında ilgili devlet makamları tarafından makul ve ikna edici bir açıklama yapamaması durumunda yaralanmalara kamu görevlileri tarafından sebebiyet verilmemiş olduğu ispatlanamaz ise AİHM işkence yasağının ihlali kararı verecektir[435]. Başvurucunun ise devlet kontrolü altındayken maruz kaldığı yaralanmaları tıbbi raporlarla ispatlamalı, yaralanmasına devlet adına hareket eden kimselerin sebep olduğuna dair delilleri ortaya koymalı, iddialarının ortaya koyduğu delillerle uyumlu olması, çelişkili olmaması gerekmektedir[436].

Gözaltında bir sorgulama yöntemi olarak cebir ve şiddet uygulanması AİHS m.3 ile korunan değerleri ihlal edecektir. Esasen, gözaltında gerçekleşen işkence ve sair kötü muamelenin hangi amaçla yapıldığını mesela bir sorgulama yöntemi olarak mı yapıldı yani kişiden ikrar veya sair delil elde etmek amacıyla mı yoksa kişiyi korkutmak veya cezalandırmak için mi yapıldı, bunu belirlemek zordur ancak zaten bu hususların, muamelenin kanıtlanması açısından önemi de bulunmamaktadır[437].

Kolluk kuvvetlerine ulusal mevzuat uyarınca belirli hallerde ve belirli şartlarla kuvvet kullanma yetkisi verilmesi söz konusu olabilmektedir. Yakalama ve gözaltı işlemleri sırasında kolluk kuvvetlerinin kuvvet kullanımına ilişkin ilk tespit edilmesi gereken husus kuvvet kullanımının zamanıdır. Kuvvet kullanımı alıkonulan kimsenin kolluk kuvvetleri tarafından kontrol altına alınması sırasında olup olmadığı önem arz etmektedir. Alıkonulma sırasında kullanıldığının tespitinden sonra dikkat edilmesi gereken ikinci husus ise, kuvvet kullanımının orantılı olup olmadığıdır[438]. Yakalama sırasında kaçmanın önlenmesi amacıyla kolluk güçlerinin, olayın mutlaka gerekli kıldığı zamanlarda orantılı kuvvet kullanımı sonucunda sebep olunan kasıtlı olmayan yaralama veya ölümler AİHS

[433] NAL (2007), s.166; REIDY, s.35-36.
[434] REIDY, s.33-34.
[435] ÖNOK, s.217.
[436] ÖNOK, s.218-219.
[437] DOĞRU, s.31 ve 22.
[438] DOĞRU, s.51-52.

m.2 uyarınca sözleşmeye aykırı olmayacaktır. Burada söz konusu hukuka uygunluk sebebi AİHS m.3 için de geçerli sayılmakta, kişilerin yakalanmaya, gözaltına alınmaya direnmesi esnasında kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkisini ölçülü şekilde kullanımları sonucunda oluşan yaralanmalar bu kapsamda kalmaktadır[439]. Bu kapsamda AİHM içtihatlarına göre, kolluk kuvvetlerinin alıkoyma sırasında veya sonrasında kişiye karşı kuvvet kullanması halinde zor kullanmanın ölçülü ve kesin biçimde gerekli olma ölçütüne uygun olması gerekmektedir. Zira alıkonan kişinin kendi davranışının gerektirdiği kesin ölçünün ötesinde fiziksel zora maruz bırakılması, insan onurunu zedeleyecek ve AİHS m.3'ü ihlal edecektir[440]. Yine AİHM'nin verdiği kararlarda görüldüğü üzere, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bu kişilere, kendi davranışı haklı ve gerekli kılmaksızın fiziksel bir güç uygulanmasının, insan onurunu zedelediği ve kural olarak AİHS m.3'te düzenlenen işkence ve sair kötü muamele yasağını ihlal ettiğini belirtmektedir[441].

İşkence ve kötü muamele, ikrar veya sair delil elde etmek amacıyla sorgulama veya ifade alma sırasında genellikle polis karakolunda meydana gelmektedir. AİHM kararları ve AİÖK raporunda görüldüğü üzere, sindirme ve fiziksel kötü muamele uygulanma riskinin en yüksek olduğu dönem, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasından hemen sonra gelen dönem, yani gözaltı aşamasıdır. AİÖK'nin bir diğer saptamasına göre hem yetişkin hem de çocuk suçlulara yönelik kasti kötü muamele riski, başka tutukevleri, cezaevleri gibi yerlere kıyasla polis karakollarında daha yüksektir[442].

AİHM'nin gözaltında işkence hakkında verdiği ilk dokuz kararın yedisinde davalı devlet Türkiye'dir. İlk karar İşkence kısmında bahsettiğimiz Aksoy v. Türkiye kararıdır. İkincisi ise Aydın v. Türkiye kararıdır. Karara konu olayda başvurucu, babası ve yengesi gözaltına alınmış, 17 yaşındaki kadın başvurucunun elbiseleri soyularak dövülmüş, tekerleğin içine oturtularak döndürülmüş, tazyikli su sıkılmış ve tecavüz edilmiştir. AİHM, mağdurda zaman içinde kolaylıkla geçmeyen derin psikolojik izler bırakan hem duygusal aşağılanmışlık hem de fiziksel korunmasızlık içeren şiddet biçimi olan cinsel istismarın işkence teşkil ettiği sonucuna varmıştır[443].

AİHM'ye göre, gözaltına alınan kimsenin ''safeguards'' yani koruyuculardan yararlandırılmış olup olmaması, gözaltında kötü muamelenin kanıtlanması bakımından

[439] ÖNOK, s.215.
[440] GEMALMAZ (2007), s.311.
[441] DOĞRU, s.34.
[442] REIDY, s.35-36.
[443] DOĞRU, s.23-24.

önem arz etmektedir. Koruyucu olarak adlandırılan durumlar şunlardır: 1. Gözaltına alan yetkililerin götürdüğü doktor dışında gözaltına alınanın kendi seçtiği doktora muayene olabilmesi, 2. Kişinin gözaltında avukatı ile görüşebilmesi, 3. Gözaltında bulunan kişinin bir yakınına ulaşabilmesi, 4. Gözaltına alınan kişiye, gözaltının hukukiliğinin denetimi için derhal bir yargısal makama başvurabilme hakkı tanınması. Gözaltına alınan kişiyi bu koruyuculardan yararlandırmak, yapılacak kötü muameleyi önleyecek veya kötü muamele yapılmış ise bunun ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Kişi talebine rağmen bu koruyuculardan yararlandırılmamış ise ve ayrıca gözaltı aşamasında bu kişinin yaralandığına dair emare de var ise bu durum, kötü muamelenin varlığına dair karine oluşturacaktır[444].

Gözaltında işkence ve sair kötü muamele iddiasının ispatı bakımından tıbbi raporlar önem arz etmedir. Ancak bu durum işkence ve sair kötü muamelenin varlığını ortaya koyan bir doktor raporunun bulunmayan başvuruların AİHM tarafından doğrudan reddedildiği anlamına gelmemektedir. Tekin v. Türkiye kararına konu olayda çok soğuk ve karanlık bir hücrede gözleri bağlı olarak gözaltında tutulan başvurucunun vücudunun sair yerlerinde bulunan yara izleri tanık beyanları ile ortaya koyulmuş ve AİHK ihlal kararı vermiştir. Tıbbi rapor bulunan durumlarda fail hakkında ulusal soruşturma makamlarınca takipsizlik kararı verilmesi halinde ve yine çelişkili tıbbi raporlar bulunan durumlarda Devlet tarafından çelişki giderilerek yaralanma hakkında akla uygun açıklama yapma yükümlülüğü davalı Devlete düşmektedir. Tepe v. Türkiye kararına konu olayda başvurucu terör örgütü olan PKK'ya üye olduğu kuşkusuyla tam olarak tespit edilememekle beraber 15-18 gün kadar gözaltında tutulmuş, gözaltı sonunda yapılan muayene sonucunda alınan doktor raporunda darp cebir izine rastlanılmadığı belirlenmiş ancak tutuklandıktan sonra yapılan muayenelerinde vücudunun muhtelif yerlerinde hareketsizlik, ağrı ve eski yara izleri tespit edilmiştir. AİHM, başvurucunun gözaltında darp, Filistin askısı, elektrik şoku uygulamalarına tabi tutulduğunu gösterir doktor raporu ile ilk verilen rapor arasındaki çelişki hakkında davalı Devletin akla uygun açıklama getirememesini dikkate alarak muamelenin işkence yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir[445].

Devletler, alıkonulan kişilerin sağlığını ve esenliğini uygun biçimle güvence almakla yükümlüdür[446]. Bu doğrultuda gözaltı sürecinde gözaltına alınan şahsın zorunlu gereksinimlerini devlet karşılamak ile yükümlüdür. Örneğin, korkmuş olması sebebiyle

[444] DOĞRU, s.22-23.
[445] DOĞRU, s.38-41.
[446] GEMALMAZ (2007), s.245.

tuvalet yapma gereksinimi duyan kimseye bu imkân sağlanmalıdır; AİHM bir kararında patlama sonrasında altına kaçıran şüphelinin kıyafetini değiştirmesine bir gün süreyle izin verilmemesini küçük düşürücü muamele olarak değerlendirmiştir. Yine AİHM içtihatları uyarınca alıkonulma sürecinde yaralı yahut hasta olan kişiye gecikmeksizin tıbbi müdahale yapılmalı, tedavisi gerçekleştirilmeli ve ihtiyaçları giderilmelidir[447].

İlhan v. Türkiye kararında başvuru sahibi, yakalanması sırasında güvenlik güçlerinin ağır şiddetine maruz kalmış, dipçik kullanılarak baş dahil vücudunun çeşitli bölgelerinden yaralanmış, tıbbi müdahale ise aradan uzun süre geçtikten sonra uygulanmıştır. AİHM, bu muameleyi işkence olarak nitelendirmiştir. Her ne kadar kolluk kuvvetleri bu yaralanmanın, yakalanmaya karşı direnme sonucunda olduğu yönünde savunma yapmış ise de kolluk tarafından planlanan yakalama işlemi ve bu işlemin risklerinin önceden değerlendirilmiş olması gerektiğinden, ağır ve orantısız şiddete ilişkin bu savunmaya itibar edilmemiştir[448].

Yakalama ve gözaltı sürecinde kelepçe takılma işlemi, işlemin yasal gözaltı ve tutuklama süreci sonunda uygulanması, uygulamanın gerekli olması şartıyla AİHS m.3'e aykırı olmayacaktır[449]. AİHM, gözaltı sırasında yahut tutuklu veya hükümlünün nakli sırasında kelepçe uygulamasının Sözleşmeye aykırı olmaması için bazı standartlar belirlemiştir. Buna göre kelepçe uygulamasının, hukuka uygun bir yakalama veya gözaltı çerçevesinde yapılması, makul ölçüde gerekli olanın ötesinde kuvvet kullanılmaması ve kelepçe takılan kimsenin kamuya teşhir etme niteliği taşımaması gerekmektedir. Yine kişinin davranışı sebebiyle kelepçe uygulamasında da gözetilmesi gereken bazı şartlar vardır. AİHM kelepçe uygulaması yapılan kişinin yakalama veya gözaltına karşı direnip direnmediğini, kaçmaya çalışıp çalışmadığını, başkasını veya kendini yaralama veya zarara yol açma veya delil karartma tehlikesi olup olmadığını önüne gelen somut olaylarda incelemektedir. Kelepçe uygulamasının ilgilinin bedeni ve ruh sağlığı üzerinde olumsuz etki doğurup doğurmadığı da Mahkeme tarafından dikkate alınmaktadır[450].

İfade veya sorguda gözbağı uygulaması, ifade verenin ifade alanı görmemesini ve teşhis edememesini temin amacıyla yapılan yaygın uygulamalardandır. Bu konuya ilişkin olan Salman v. Türkiye kararında Mahkeme, polis merkezinde sorgusu yapılan başvurucunun

[447] GEMALMAZ (2007), s.245-246; ÖNOK, s.216-217.
[448] REIDY, s.35.
[449] ÖNOK, s.216, 450.
[450] GEMALMAZ (2007), s.318-319.

gözlerinin bağlanmasının, endişe ve baskıya yol açarak başvurucunun korunmasızlığını ve çaresizliğini artırdığını ve muameleyi bu yönüyle baskıcı ve yıldırıcı olarak nitelendirmiş ancak sadece gözbağının AİHS m.3'ü ihlal etmeyeceği sonucuna varmıştır[451]. Öcalan v. Türkiye kararında ise AİHM, gözaltına alındıktan sonra gözleri bağlanan başvurucunun, bağ işlemini kişinin sorgulanması sırasında ya da onu küçük düşürmek gibi amaçlar dışında hukuka uygun amaçlarla örneğin güvenlik görevlilerinin sanık tarafından teşhis edilmesinin engellenmesi amaçlandığı için alınan tedbirin AİHS m.3'e aykırı olmadığı şeklinde karar vermiştir[452].

Gözaltı sürecinde ortaya çıkan, işkence ve kötü muamele yasağına dair ihlaller, alıkoymanın diğer bir aşaması olan tutuklamada da karşımıza çıkmaktadır.

2.2. Sorgu ve İfade alma

Hukuk devletlerinde insan onurunun dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, masumiyet karinesi ve hiç kimsenin kendisini veya kanunda sayılan yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkeleri gereğince şüpheli veya sanığın ifadesi, özgür iradesine dayanmalıdır. Ceza muhakemesinde ispat faaliyetine konu delillerin hukuka uygun bir yoldan yani delil yasağına aykırı olmayacak bir şekilde elde edilmiş olması gerekir. Delil yasağı, hukuka aykırı delil elde etme yasağı ve elde edilen hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağı olmak üzere ikiye ayrılır[453]. Biz de bu doğrultuda delil yasağı konusunu iki başlık altında işleyeceğiz.

2.2.1. Yasak İfade Alma ve Sorgu Usulleri

Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri ile korunmak istenen hukuki yarar ilk olarak şüpheli veya sanığın iradi karar verebilme ve hareket edebilme özgürlüğüdür. Savunma hakkı bu şekilde gözetilerek hukuk devletinin gereği olan ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkı da korunmaktadır. Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri, kişilere gerek bedensel gerekse ruhsal yönden ıstırap vererek iradesini zayıflatmakta bu sebeple kişi konuşup konuşmamakta ve hangi konuda konuşacağına serbestçe karar verememektedir[454]. Bir kimseye kendisine uygulanan maddi veya manevi şiddetten dolayı duyduğu acı sebebiyle

[451] GEMALMAZ (2007), s.321-322.
[452] ÖNOK, s.216.
[453] ÖNOK, s.417.
[454] ÖNOK, s.418.

sadece konuşur ve bu mutlaka gerçeği söyleyeceği anlamına gelmez. Acıya tahammül eşiği, fizyolojik bir özelliktir ve kişiden kişiye değişir. Öğretide de belirtildiği üzere acının giderek artırılması sonunda susmayı ölüme tercih edenlerin bulunduğu görüşü sadece varsayımdan ibarettir çünkü işkence sonucunda istenilen şekilde konuşturulmayacak insan yoktur[455]. Dolayıyla işkence sonucunda elde edilen ikrar yahut sair delil, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından faydalı olmayacak aksine buna engel teşkil edecektir.

İşkence ve sair kötü muamele, ikrar veya diğer delilleri elde etmek amacıyla genellikle sorgulama veya ifade alma sırasında uygulanmaktadır. Tekin v. Türkiye kararına konu olayda başvurucu, jandarma karakolunda gözleri bağlı bir biçimde sorgulanmış, tacize uğramış, ölümle tehdit edilmiş, elbiseleri çıkartılarak soğuk suya tutulmuş, ayaklarının tabanına ve vücuduna copla vurulmuş, el ve ayak parmaklarına elektrik verilmiş, günlerce sıfır derecenin altında yataksız, battaniyesiz, yiyecek ve içecek verilmeden tutulmuştur. AİHM, uygulanan bu muameleleri bir bütün olarak ele alarak AİHS m.3'te düzenlenen işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir[456].

AİHK, İrlanda v. Birleşik Krallık kararında 1971 yılında yapılan başvuruda İngiltere'nin Kuzey İrlanda'daki terörist eylemleri önlemek amacıyla olağanüstü hâl çerçevesinde uyguladığı beş sorgu usulünü, işkence kabul etmiştir. AİHK tarafından şaşırtma, zihin bulandırma veya duyumsal algılamadan yoksun bırakma teknikleri olarak adlandırılan beş teknik[457] şöyle sıralanabilir: 1. Stres pozisyonu ismi de verilen teknikle kişiler parmakları başlarının üzerinde duvara dayalı, bacaklar açık ve ayakları geride, bedenin ağırlığı parmaklara baskı yapacak şekilde ayak parmak uçlarının üstünde tutulmaktadır. 2. Kişileri sorgu dışında kafasına geçirilmiş koyu renkli bir torba veya bağ ile tutulmaktadır. 3. Sorgu öncesinde kişiler, bir odada sürekli bir sese ve ıslık biçimindeki gürültüye maruz bırakılmaktadır. 4. Sorgu öncesinde kişilerin uyumasına izin verilmeyip, uykusuz halde sorguları yapılmaktadır. 5. Kişilere ancak hayatta kalacakları kadar yiyecek ve içecek verilmektedir. Daha sonra AİHM, verdiği kararlarda bu sorgu usullerini, işkence olarak nitelendirilecek kadar şiddetli ve zalimce acı verme düzeyine varmadığı gerekçesiyle insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir. Bu usuller, kişinin bedensel olarak yaralanmasına yol açmasa bile, en azından fiziksel ve ruhsal açıdan acı çekmesine neden olduğundan ve sorgu sırasında ağır psikiyatrik rahatsızlıklara yol açtığından insanlık dışı

[455] EREM, s.198.
[456] NAL (2007), s.169.
[457] NAL (2001), s.536; REIDY, s.19; GEMALMAZ (2007), s.193-194.

muamele, ayrıca fiziksel ve moral dirençlerini kırarak kişilerde korku, dehşet ve aşağılık duygusu uyandırdığından onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmiştir[458].

Sorgu ve ifade alma sırasında işkence ve sair kötü muamele gören kimseye yönelen muamele maddi ve manevi nitelikte olabilmektedir. Öğretide ‘‘dayaksız sorgu usulleri’’ olarak adlandırılan, şüpheli veya sanığı günlerce ayakta tutmak, uyutmamak, aç bırakmak, doğal ihtiyaçlarına müsaade etmemek, dayanılmaz ışık altında günlerce süren sorguya çekmek gibi davranışlar ile dayakla sorgu arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu şekilde yapılan işkencelere, fizyolojik işkence denilebilir[459].

Sorgu sırasında işkenceyle mesela özel olarak hazırlanmış bazı maddelerin kliniklerde tedavi adı altında kişiye enjekte edilip bu ilacın verdiği dayanılmaz acı ve ağrıları tekrarlamak tehdidi ile itirafların alınması da yasak ifade ve sorgu usulleri arasında görülmektedir[460]. Kötü muamele, yorucu sorgu, kimyasal maddeler veya çeşitli aletler kullanılması yanı sıra işkence, hileli vasıtalar mesela gerçek olmadığı halde suç ortağının ikrar ettiğini veyahut olayın bir tanığının bulunduğunu söylemek gibi, kanuna aykırı bir tedbirin uygulanacağı tehdidi, bir fayda sağlanacağı vaadi gibi haller hukuka aykırı sorgu ve ifade usullerinden yaygın olarak görülenleridir. Sorguya çekenin, bildiği bazı hususları, elindeki delilleri şüpheli yahut sanığa söylememesi hile sayılmaz. Ancak mesela şüpheli yahut sanığı gizlice dinlemek veya devlet adına çalışan bir muhbirin şüpheli veya sanığın hücresine suçlu diye sokularak itirafını sağlamak hile sayılmaktadır[461].

2.2.2. Delil Olarak Değerlendirme Yasağı

Ceza soruşturması veya kovuşturmasına muhatap kişilerin hakları ihlal edilerek hukuka aykırı şekilde delil toplanması ilk olarak mahkeme içtihatları ile yasak hale gelmiştir. Hukuka aykırı arama ve el koyma ile ele geçirilen delilin, bir kişinin mahkumiyetinde kullanılamayacağı ilk olarak 1914 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda belirtilmiştir. Bu karar ardından, devleti temsil eden kamu görevlilerinin, hukuka aykırı eylemlerinin bir sonucu olarak edindikleri ikrar ve sair delillerin herhangi bir biçimde sanığın aleyhine kullanılması yasağı, ABD hukukunda gelenek halini almıştır. Bu içtihada göre, delillerin elde edilmesinde hukuka aykırı hareketlerin etkili bir neden olması

[458] GEMALMAZ (2007), s.193-194 NAL; REIDY, s.19; ÇOR, s.75; NAL (2001), s.533-535.
[459] EREM, s.199.
[460] EREM, s.199.
[461] EREM, s.201.

halinde yargılamada deliller kullanılmamaktadır, etkili değilse delillerin kullanılmasında engel bir durum olmayacaktır. Mesela kolluk kuvvetlerinin delili bulmak için bağımsız başka bir kaynağa dayanması halinde veya ihlal olmasaydı da delil her halükârda bulunacaktı ise delil yargılamada kullanılabilecek, hükme esas alınabilecektir[462]. Yasağın, insan haklarını korumak ve kolluk güçlerini disiplin altına almak gibi iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır[463]. Bu yasak daha sonra çağdaş hukuk sistemlerinde ve dünyada yaygınlaşmaya başlamıştır.

Bu konuda ülkemiz öğretisinde farklı görüşler ve uygulamada da farklı kararlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre, işkence veya kötü muamele sonucu elde edilen delillerin ve diğer hukuka aykırı elde edilen delillerin hiçbir şekilde yargılamada kullanılmaması ve hükme esas alınmaması gerekmektedir[464]; diğer bir görüşe göre ise işkence ve kötü muamele ile elde edilmiş deliller kullanılmasa bile, bunlara bağlı olarak elde edilen başka delillerin kullanılmasında sakınca olmayacaktır. Yargıtay'ın somut olaya göre farklı uygulamalar kabul ettiği görülmektedir[465]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2005/7-144 Esas 2005/150 Karar numaralı 29.11.2005 tarihli kararında hukuka aykırı yapılan arama sonucunda ele geçirilen hint kenevirinin delil olarak kullanılamayacağı belirtirken, sanıktan bu aramayla bağlantılı olarak elde edilen ve başka bir delille desteklenmeyen ikrarın tek başına hukuka uygun bir delil olduğuna karar verilmiş ve sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı onanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2009/7-160 Esas, 2009/264 Karar numaralı 17.11.2009 tarihli kararında ise hukuka aykırı yapılan arama sonucu ele geçirilen sahte rakı imalatına ilişkin malzemelerin delil olarak kullanılamayacağı, başkaca bir delil ya da ikrar olmadığı için suçlamaya yeterli delil olmadığı, ikrar olsa dahi hukuka aykırı elde edilen bir delile dayanılarak elde edilen bu ikrarın delil değerinin olmadığı ayrıca başka delillerle desteklenmediği için de kullanılamayacağı belirtilerek Cumhuriyet Başsavcılığının Tebliğnamesi'nin reddine karar verilmiştir.

BM Sözleşmenin 15. maddesi uyarınca ''Her taraf devlet, işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesini sağlayacaktır.'' Bu hüküm gereğince, işkence sonucu alınan ifade, işkence yapan kişi veya

[462] DÜLGER, s.372-374.
[463] DÜLGER, s.400.
[464] DÜLGER, s.400; DEMİRBAŞ, Timur **'Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması'** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 1996, s.305.
[465] DÜLGER, s.401.

kişiler aleyhine yapılacak yargılamada delil olarak kullanılabilecek iken, ifadeyi veren aleyhine yapılan yargılamada delil olarak kullanılamayacaktır.

Serbest iradeye dayanmayan, bedensel ya da ruhsal cebir ile elde edilen ikrarın veya sair delilin, hukuki değeri olmayacağı ise temel hukuk kuralıdır[466]. Delil değerlendirme yasağı konusunu aşağıda Ceza Muhakemesi Hukuku başlığı altında CMK 147 ve 148'i incelerken ayrıntıları ile ele alacağımızdan bu hususa burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.

2.3. Tutuklama, Hapis Cezası ve İnfaz Süreci

Özgürlüğünden mahrum bırakılan kimseler, kendilerine cebir ve şiddet uygulanmasa veya devlet adına hareket edenlerin bu kimseleri aşağılama niyeti olmasa dahi tutulma koşulları sebebiyle beden ve ruh sağlığı bakımından olumsuz etkilenebilirler[467]. Kişiler gözaltında tutulurken olduğu gibi cezaevinde, tutukevinde veya hastanelerin bu kimseler için ayrılan servislerde veyahut sınır dışı edilmek için tutulurken de Devletin sorumluluğu altındadırlar. İspat yükü kısmında da belirttiğimiz üzere bu kurumlarda tutulan kimsenin bu esnada yaralanmasının makul delillerle kanıtlanması halinde bu yaraların nasıl meydana geldiğini aklın kabul edebileceği şekilde açıklama yükümlülüğü Devlete düşmektedir. Bu husus tutuklu ve hükümlü olarak özgürlüğünden alıkonulan bu kimselerin devletin kontrol ve sorumluluğunda olmasının gereğidir[468].

Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişi ile ilgili olarak bu kişinin eylemi nedeniyle mutlaka gerekli olmadıkça fiziksel güce başvurulması, insan onurunun zedelenmesine ve kural olarak AİHS m.3 ile korunan hakların ihlaline neden olmaktadır[469]. Tutuklu ya da hükümlüler hürriyetinden yoksun olsalar dahi insan haklarının konusunun süjesidirler ve bu sebeple devlet tarafından korunmaları gerekmektedir. İnfaz koşulları özellikle barınma koşulları ve tıbbi gereksinimleri asgari ölçüde insan onuruna uygun hale getirilmelidir. Devletlerin ekonomik sıkıntılarını ve mali durumlarını ileri sürerek bu yükümlülükten kurtulmaları ise söz konusu olmayacaktır[470].

Aslında bir kimseyi özgürlüğünden mahrum kılan tedbirler, başlı başına ıstırap verici ya da küçük düşürücü nitelik taşımakla beraber bu husus tek başına AİHS m.3'ü ihlali

[466] ÖZGEN, s.224.
[467] DOĞRU, s.79.
[468] DOĞRU, s.63-64.
[469] GEMALMAZ (2007), s.247; ÇOR, s.69.
[470] ÖNOK, s.190-191.

etmeyecektir[471]. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere bir suçtan dolayı gözaltına alınan, tutuklu ve hükümlülerin yaşam koşulları ve içinde bulundukları şartlar, bazen insanlık dışı veya onur kırıcı muamele kavramları kapsamında kalacak nitelikte olabilmektedir[472]. Cezaevi koşulları, mahkumların içinde bulunduğu genel koşullarla birlikte, infaz rejimi ve mahkumların tabii olduğu özel koşulları içerir. Bu koşulların AİHS'ne uygun olup olmadığını belirlenirken, mahkûmun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, diğer mahkumlar veya cezaevi görevlileri için tehlike teşkil edip etmediği ve mahkûmun tutuklu ya da hükümlü olduğu gibi hususlar dikkate alınır. Hakkında verilen hapis cezası henüz kesinleşmemiş olan tutuklular, masumiyet karinesinin bir sonucu olarak hükümlülerden daha farklı koşullara sahip olmaları gerekmektedir[473]. Ancak Zhu v. Birleşik Krallık kararına konu olayda başvurucu esasen Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşı olan ancak sahte Japonya pasaportu taşıması sebebiyle sınır dışı edilmek üzere 18 ay süreyle tutuklu ve hükümlülerle aynı infaz kurumunda tutulmuş, bu süre zarfında her gün 18-19 saat kadar tek kişilik hücrede kalmış, ilk 6 ay kendi dilinden anlayan kimse bulunmadığı için büyük iletişim problemi yaşamış ve neticesinde intihara teşebbüs etmiş, bu teşebbüsün ardından ise kendisine haftada bir kez tercümanla görüşme hakkı tanınmıştır. AİHM, karara konu olayda başvurucunun yaşadıklarının zor olduğunu ancak bu zorluğu kolaylaştırmak için cezaevi yetkililerinin iyi niyetli bazı önlemler aldığını gözeterek AİHS m.3'ün ihlali kararı vermemiştir.[474]

Tutuklu veya hükümlülerin, tutuldukları kurumda yeme içme, ısınma, uyuma, aydınlanma, temiz hava alma, temizlenme veya spor yapma gibi temel ihtiyaçlarını karşılaması için Devlet tarafından imkân sağlanmalıdır[475]. AİHM, tutuklu ve hükümlülerin infaz kurumundaki koşullarını AİHS m.3 kapsamında değerlendirirken özellikle verilen yemekler, mutfak, tuvalet, banyo gibi yerlerin temizliğini hususları dikkate almaktadır. AİHM, Valasinas v. Litvanya kararında bir cezaevinde yeterli miktarda tuvalet kâğıdı bulunmamasını AİHS m.3 kapsamında değerlendirmiştir[476].

Tutukevi, cezaevi gibi kurumlarda koşulların ağır olduğuna ve bu koşulların işkence ve sair kötü muamele yasağının ihlaline sebebiyet verdiği hususunun ispatı zordur. Aliev v.

[471] DOĞRU, s.79-80.
[472] ÇOR, s.80; REIDY, s.39.
[473] REIDY, s.39.
[474] DOĞRU, s.83.
[475] DOĞRU, s.81.
[476] GEMALMAZ (2007), s.254-255.

Ukrayna kararına konu olayda başvurucu ceza infaz kurumuna gelen Mahkeme temsilcilerine verdiği ifadede cezaevi hücresine giren maskeli adamlar tarafından dövüldüğünü iddia etmiş AİHM ise tıbbi delil bulunmaması, başvurucunun daha önce yetkili hiçbir mercie şikayetini iletmemiş olması ve ifadesinde de çelişki bulunması sebebiyle bu iddiaları inanılır bulmamıştır[477].

Sadece hastalığı veya yaşına dayanılarak bir kimsenin salıverilmesi talebinin kabul edilmemesi AİHS'ne aykırılık teşkil etmeyecektir. Yani tutuklu veya hükümlülerin kişisel durumları sebebiyle cezasının infaz edilmesinin AİHS m.3'e aykırılığından kural olarak bahsedilemez[478]. Yine ileri yaşta tutuklu ya da hükümlünün infaz kurumunda cezasını geçirmesi, tek başına AİHS m.3'ü ihlal etmeyecektir. Ancak mahpusun ileri yaşta olmasının ve sağlık durumunun gerektirdiği tıbbi tedavi veya bakımı, alıkonulma şartları içinde görememesi halinde alıkonmanın AİHS m.3'e aykırılığı tartışılabilecektir[479]. Çocukların cezai ehliyetlerinin kabul edilerek mahkûm edilmeleri de tek başına Sözleşmeye aykırılık teşkil etmez ancak cezai sorumluluk için kabul edilen asgari yaşın çok küçük olmaması gerekmektedir[480]. T. v. Birleşik Krallık ve V. v. Birleşik Krallık kararlarına kolu olayda on yaşındaki başvurucular iki yaşındaki bir çocuğu kaçırıp dövdükten sonra tren yolu üzerine bırakıp çocuğun üzerinden tren geçmesi sonucu ölümüne neden olmuşlardır. İki çocuğun yargılanmaları sonucunda çocuklara süresi belirsiz hapis cezasına hükmedilmiştir. Ulusal mevzuat uyarınca süresi belirsiz hapis cezası, hükümlünün tehlikeliliği ortadan kalkmadan salıverilmeyeceği ya da salıverilse bile ömrünün sonuna kadar cezaevine geri döndürülebileceği şeklindeki cezalandırma ve caydırıcılık unsurları içeren hapis cezasını ifade etmektedir. Başvurucular cezanın AİHS m.3'ü ihlal ettiğinden bahisle AİHM'ne başvurmuşlardır. Mahkeme, ilk olarak fiili işlediği sırada on yaşında olan çocuğun cezai sorumluluğu olup olmayacağını incelemiş, Avrupa Konseyine üye devletlerin bu konuda ortak bir standardı olmadığına bazılarının on yaştan büyük bazılarının ise on yaştan küçük çocuklara cezai sorumluluk yüklediğine dikkat çekerek on yaşındaki çocuklara cezai sorumluluk yüklenmesini başlı başına AİHS m.3'e aykırı bulmamıştır. AİHM, ulusal mahkemede görülen davanın yetişkinlerin yargılandığı mahkemede ve çocukların kimlikleri saklanmayarak aleni biçimde yapılmasını da AİHS

[477] DOĞRU, s.66-67.
[478] ÖNOK, s.192-193.
[479] GEMALMAZ (2007), s.252; DOĞRU, s.96.
[480] ÖNOK, s.193.

m.3'e aykırı bulmamış, ulusal mahkemenin aleni şekilde yargılama yapmasındaki amacın utandırma ya da ıstırap verme olmadığına ve ulusal mahkemenin yetişkinler için uygulanan usulü yumuşatarak özel tedbir almasına değinerek çocuklar için kapalı yargılama yapılmaması ve özel usule tabi olmamanın AİHS m.3'ün aradığı asgari ağırlığa ulaşmadığına karar vermiştir. Son olarak süresi belirsiz hapis cezasının ağır şekilde orantısız olduğu iddiası hakkında AİHM, belirlenen asgari 8 yıl hapis cezasının temyiz mahkemesi tarafından iptal edilmesine de dikkat çekerek cezayı insanlık dışı ya da aşağılayıcı bulmamış ve başvurularda ihlal kararı vermemiştir[481].

Bazı tutuklu ya da hükümlülerin, bir takım özel gereksinimlerinin yerine getirilmemesi kötü muamele olarak değerlendirilebilir. Price v. Birleşik Krallık kararına konu olan olayda dört uzvunda doğuştan engeli ve böbrek bozukluğu dahil bir pek çok sağlık sorunu bulunan kadın başvurucuya, duruşma sırasında mahkemeye saygısızlık göstermesi sebebiyle 7 gün hapis cezası verilmiş; cezaevi koşullarını hesaba katmaksızın hapis cezasını veren yargıç, ileri derece engelli olan başvurucunun ihtiyaçlarını karşılayamayacağı ve tıbbi durumu açısından yetersiz cezaevinde tutulmasına neden olmuştur. Yargıcın, başvurucuyu küçük düşürmek veya alçaltmak için kasıtlı davrandığına dair herhangi bir delil olmamakla beraber, AİHM, başvurucunun sağlığı için tehlikeli olacak kadar soğuk bir ortamda tutulmasını, yatağı çok sert veya erişilemez olduğu için bedeninde yara açılması riskinin bulunmasını, tuvalete gitmesi veya kendisini temizlemesinin mümkün olmadığı koşullarda tutulmasını, AİHS m.3 kapsamında onur kırıcı muamele olarak değerlendirmiştir[482].

AİHS'de hasta tutuklu ve hükümlülerin cezaevi ve hastane ortamında tedavilerine ve cezalarının infazı usullerine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Ancak AİHM, taraf devletleri, gözaltında veya cezaevinde bulunan kişilerin bedensel bütünlüğünü korumakla, gerekli tıbbî malzemeleri, koşulları, standartları ve tedavileri sağlamakla yükümlü kılmaktadır[483]. Devlet, gözetimi altındaki herkesin, asgari sağlık koşullarına uygun ortamlarda barınmalarını sağlamakla yükümlüdür[484]. AİHM kararlarında görüldüğü üzere hükümlü veya tutuklulara uygun tıbbi tedavi sağlanmaması ya da geç sağlanması AİHS m.3'e aykırı olacaktır. Ancak bu durumun devlete, tutuklu ya da hükümlülerin sağlık

[481] DOĞRU, s.136-140.
[482] REIDY, s.39-40; ÖNOK, s.199-200; DOĞRU, s.83-84.
[483] ÇOR, s.81; REIDY, s.43,44; ÖNOK, s.192-193.
[484] ÖNOK, s.198.

gerekçesiyle salıvermesi yahut belli bir tür tedavi görmesini mümkün kılmak üzere sivil hastaneye nakledilmesi şeklinde genel bir yükümlülük yüklediği anlamına gelmeyeceği Mahkemenin Kudla v. Poland kararında belirtilmiştir. AİHM, hükümlü ve tutukluların sağlık durumu gözetilerek alıkonulmasının devam edip etmemesi gerektiği hususunda üç unsura dikkat çekmektedir. Bunlar, alıkonulan kimsenin sağlık durumu, alıkonulan kurumda tıbbi yardım ve bakımın yeterli düzeyde sağlanıp sağlanmadığı ve mevcut sağlık durumunun alıkonulmanın sürdürülmesine engel olup olmadığıdır. AİHM, Gelfmann v. Fransa kararında AIDS hastalığı olan hükümlünün sağlık durumunu göstererek yaptığı salıverilme talebinin Fransız makamlarınca reddedilmesine dair başvuruda yetkili makamlar başvurucunun bedensel bütünlüğünü koruma konusunda üzerine düşenleri yaptığından ve başvurucunun sağlık durumu ve ileri sürdüğü endişesinin AİHS m.3'ü ihlal edecek derecede ıstırap boyutuna ulaşmadığı için başvuruyu reddetmiştir[485].

Akıl hastalığı bulunan hükümlü veya tutuklulara, devlet tarafından uygun tedavi koşulları sağlanmaması AİHS m.3 bakımından ihlal sebebi sayılabilecektir. Komisyon ve Mahkeme bu hususta verdiği kararlarda o kişinin yararlanabileceği bir tedavi imkânı olup olmadığı ve eğer böyle bir imkân var ise kişinin bundan yararlanmada gönüllü olup olmadığıdır şeklindeki iki unsuru dikkate almıştır[486].

Akıl hastası hükümlü ve tutuklulara yönelik muamelelerde ise Mahkeme, bu kişilerin korumasız durumda olduklarını, hastalıklarının meydana gelen olaylarda tutarlı biçimde şikayetçi olamayabileceklerini, söz konusu muameleden bir bütün olarak nasıl etkilenmiş bulundukları hususlarını dikkate alır. Hatta muamelenin hastalıkları sebebiyle o kimseleri etkilememesi halinde bile insan onurunun korunmasına gerekli hassasiyetin gösterilmesi gerektiğini belirtir[487].

AİHM, uyuşturucu bağımlısı tutuklu veya hükümlülerin infaz kurumunda tutulmaları sırasında tedavi görmelerine Devlet tarafından imkân sağlanmamasını, AİHS m.3'ün ihlali kabul edebilmektedir. McGlinchey ve diğerleri v. Birleşik Krallık kararına konu olayda hırsızlık suçundan hüküm giyen eroin bağımlısı ve astım hastası 50 kg ağırlığındaki McGlinchey, kendisine sürekli tedavi uygulanmasına rağmen eroin yoksunluğu sebebiyle sürekli kusma ve kilo kaybı sebebiyle cezaevine alındıktan 1 ay sonra ölmüş, AİHM, hükümlünün cezaevine girdikten sonra 5 gün içerisinde 10 kg kaybetmesi ve hafta

[485] GEMALMAZ (2007), s.269-271.
[486] GEMALMAZ (2007), s.268-269.
[487] GEMALMAZ (2007), s.272.

sonlarında doktor tarafından muayene edilmemesi, aşırı kilo kaybına rağmen tam teşekküllü bir hastaneye yatırılmaması sebebiyle söz konusu muameleyi insanlık dışı olarak nitelendirmiştir[488].

AİHM, cezaevi koşullarını incelerken, kişinin alıkonulduğu hücrenin boyutları, kurumun aşırı kalabalık olup olmadığı, temizlik imkanları, spor ve diğer sosyal ve kültürel etkinlikler için imkanları, sağlık hizmetleri ve tutuklu veya hükümlünün sağlık durumunun kontrol altında tutulması gibi birçok koşulu ele alır. Komisyon 1969 yılında verdiği Yunanistan kararında hücrede tutulan mahpusların durumu, aşırı kalabalık olma ve uygun yıkanma imkanları bulunmaması sebebiyle koşulların ağırlaştığını, aşırı kalabalıkta mahkumların tutulmasını ve bunun doğurduğu vahim sonuçların AİHS m.3'ü ihlal ettiği sonucuna varmıştır[489]. AİHM, cezaevinde kapasitenin üzerinde tutuklu veya hükümlünün bulundurulmasının, ısıtma, hijyen, gıdanın koşularının kötü ve dış dünya ile bağlantının yetersiz olduğu bir ortamda tutulmanın da onur kırıcı muamele olduğu kanaatindedir[490]. AİHM, mahkumların tutulduğu koşulların özellikle de aşırı kalabalıklık ve uyuma yerleri olmamasının ve mahkumların bu koşullarda çok uzun bir süre tutulmasını, hiçbir mazeret kabul etmeksizin, AİHS m.3 kapsamında küçük düşürücü davranış olarak nitelendirmektedir[491].

Tecrit uygulaması, AİHM tarafından AİHS m.3'e tek başına aykırı bulunmamakla birlikte hücre hapsinin uygulama süresi, amacı, hücre koşullarının kişinin bedensel veya ruhsal sağlığı üzerindeki etkileri gibi kriterler değerlendirilerek insanlık dışı veya onur kırıcı nitelikte olup olmadığının değerlendirilmektedir[492]. Dolayısıyla disiplin nedeniyle, tehlikeli olmaları veya sorun yaratıcı davranışları sebebiyle, tahkikatın selameti açısından veya kendi istekleriyle hücre hapsinde veya benzer koşullarda tutulan kişilerin durumuna bilhassa özen gösterilmesi gerekmektedir[493]. Hücre hapsi uygulamasının Sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirilirken önlemin sertliği, süresi ve mağdur üzerindeki etkisine dikkat edilmelidir. Tecrit, diğer kişilerle iletişimin kesilmesini yani sosyal tecridi de içeriyorsa mahkûmun kişiliğinin yok olmasına sebebiyet verebilir ki bu da

[488] DOĞRU, s.90-91.
[489] GEMALMAZ (2007), s.273-274.
[490] ÇOR, s.88.
[491] REIDY, 42-43; NAL (2001), s.533,544; ÖNOK, s.198; GEMALMAZ (2007), s.275-276.
[492] ÇOR, s.80; REIDY, s.40; GEMALMAZ (2007), s.262.
[493] NAL (2001), s. 545; REIDY, s.41.

insanlık dışı muamele teşkil edebilir[494]. AİHM içtihadına göre sosyal tecrit ile birleşen tam duyusal tecrit, hükümlü ya da tutuklunun kişiliğini tahrip edeceği için, güvenlik ya da diğer bir gerekçe ile haklı hale gelmeyecek ve insanlık dışı muamele oluşacaktır[495]. Ancak haklı şekilde uygulanan ve zaman bakımından da sınırlı olan hücre hapsi ise adaletin selameti, güvenlik ve disiplinin gereklerine dayanıyor ise, Sözleşmeye aykırı olmayacaktır. 2003 tarihli Öcalan v. Türkiye kararında AİHM, Öcalan'ın İmralı'da tek başına tutulmasını, kitap, radyo, gazeteye sahip olması, doktor ve avukatları ile görüşme imkanına sahip olması ve bu uygulamanın güvenlik gerekçelerine dayanması sebebiyle uygulamayı AİHS m.3'e aykırı bulmamıştır[496]. Yine Valasinas v. Litvanya Kararında Mahkeme başvurucunun tecrit hücresinde 15 gün gibi kısa bir süre kalmış olması sebebiyle sair kötü muamele için aranan asgari şiddet derecesine ulaşmadığı sonucuna ulaşmıştır[497].

AİÖK tarafından hücrede hükümlü ya da tutuklu başına düşecek asgari alan 7 metrekare olmalıdır şeklindeki Genel Raporunun ardından Azerbaycan ve Estonya Ziyaret Raporlarında bu alanın asgari 4 metrekare olması gerektiğini belirtmiştir. AİHM de bazı kararlarında AİÖK'nin bu raporlarını referans göstermektedir. Peers v. Yunanistan kararında başvurucunun bir diğer hükümlü ile paylaştığı hücrenin toplam alanının 7 metrekare olması ve kişi başına 3,5 metrekare alan düşmesi, hücrenin havalandırma ve ışık bakımından uygun koşulları taşımadığı da dikkate alınarak AİHS m.3 bakımından aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmiştir. Mazyit v. Rusya kararında başvurucunun hükümlü veya tutuklu başına 1.3-2.51 metrekare alan düştüğüne dair başvurusunda Mahkeme AİÖK'nin kişi başına asgari 7 metrekare standardına atıf yaparak aşırı kalabalık hücrelerin bir biçimde kendi başına AİHS m.3'e aykırı olacağı sonucuna varmıştır. G.B. v. Bulgaristan kararında ise AİHM ölüm cezası hükümlüsü olup ölüm bekleyişi koşullarında alıkonulan başvurucunun 5-8 metrekare alanlık hücrede bekletilmesini AİHS m.3'e aykırı bulmamıştır[498].

AİHM içtihatlarına göre bir kişinin tutuklu olarak veya bir ceza hükmünün ardından hükümlü olarak yüksek güvenlikli cezaevinde alıkonulması tek başına AİHS m.3'ün ihlali olmayacaktır. Kamu düzeninin gereği olarak devletler belirli suçlar veya suçlular için yüksek güvenlikli hapishane sistemini uygulayabilmektedir. Ancak belirmek gerekir ki

[494] ÖNOK, s.195-196; GEMALMAZ (2007), s.263-264.
[495] GEMALMAZ (2007), s.263-264.
[496] ÖNOK, s.195-196.
[497] GEMALMAZ (2007), s.267.
[498] GEMALMAZ (2007), s.277-285; DOĞRU, s.84-85.

devletler, bu tip kurumlar içinde alıkonan kişiler için insan onuruyla bağdaşan koşullar çerçevesinde kişilerin zorunlu ihtiyaçları yanı sıra gerekli sağlık ve esenliği sağlamalıdır[499].

Tutuklu ve hükümlüler, alıkonuldukları kurumlardaki koşulların iyileştirilmesi veya diledikleri hale getirilmesi için birtakım eylemler yapabilmektedirler. Bu eylemler dolayısıyla cezaevindeki koşulların ağırlaşması ve insanlık dışı veya aşağılayıcı hal alması halinde AİHM, Devletin sorumluluğuna gitmeyebilmektedir. McFeeley ve diğerleri v. Birleşik Krallık kararında AİHK, başvuruculaların yaptıkları eylemler gereği hapishane elbiselerini giymemeleri, çalışmamaları, tuvaleti kullanmamaları gibi kendi eylemleri sebebiyle Devletin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir[500]. Yine AİHM, infaz kurumu görevlileri ve kolluk kuvvetlerine belirli şartlar altında tutuklu veya hükümlülere müdahale etme yetkisi tanımıştır. Buna göre bu kimseler, cezaevinin güvenliğinin sağlanması örneğin cezaevinde isyan çıkması halinde isyanın diğer koğuşlara yayılmasını önlemek için ve bu amaçla ölçülü olarak bu yetkilerini kullanabileceklerdir. Kuvvet kullanımı bu şartlara uygun olarak gerçekleştirildiğinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir[501].

AİHM kararlarında hükümlü veya tutuklulara cezaevi görevlileri tarafından diğer hükümlü veya tutuklularca görülmeyecek tarzda ve metal tarayıcı aygıt veya ayna kullanılarak yapılan beden aramasını ve gerektiğinde doktor tarafından rektum muayenesi yapılmasını başlı başına küçük düşürücü muamele saymamaktadır. Yine McFeeley ve diğerleri v. Birleşik Krallık kararında AİHK, yukarıdaki şartlara uyulmuş olsa bile bu aramanın hükümlü ya da tutuklular tarafından küçük düşürücü bulunduğunu ancak güvenliği bozabilecek materyallerin cezaevine sokulmasını engellemek sebebiyle zorunlu uygulama olduğunu da göz önünde bulundurarak yapılan aramanın insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele olmak için asgari şiddet düzeyine ulaşmadığını belirtmiştir[502]. Yani AİHM, soyularak üst aramasını, doğru koşullarda yapmak kaydıyla, cezaevi güvenliğinin sağlanması veya düzenin bozulmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi için meşru bir muamele olarak görmektedir. Ancak uygun şartlarda yapılmayan aramalar sırasında tutuklu veya hükümlülerin maruz kalabilecekleri muameleler, küçük düşürücü olarak nitelendirilebilecektir. Valasinas v. Litvanya kararına konu olayda bir erkek mahkûmun,

[499] GEMALMAZ (2007), s.249-250; DOĞRU, s.100.
[500] DOĞRU, s.87-89.
[501] DOĞRU, s.69.
[502] GEMALMAZ (2007), s.289-290.

bir kadın gardiyan önünde soyunmaya zorlaması ve soyunma sırasında ya da sonrasında diğer bir gardiyanın çıplak elle mahkûmun cinsel organına dokunması ve aynı elleriyle mahkûmun ziyaretçisinin getirdiği yiyeceklere dokunmasını onur kırıcı kabul etmiştir. AİHM bu başvuru sonucunda bu uygulamanın mağdurda acı ve aşağılık duyguları uyandırarak kendisini küçük düşürerek alçaldığını ve bu nedenle böyle bir üst arama yönteminin AİHS m.3 kapsamında küçük düşürücü muamele olduğuna karar vermiştir[503]. Alıkonan kişilere yapılacak jinekolojik muayede de esasen diğer tıbbi müdahalelere dair esaslara tabidir. Devrim Turan v. Türkiye kararına konu olayda başvurucu gözaltına alınmasından hemen sonra Devlet Hastanesinde genel muayeneden geçirilmiş, birkaç saat sonra ise bekaret durumunun tespiti için kendisine jinekolojik muayene ve rektal muayene yaptırılmak istenmiş başvurucu her iki muayeneyi de reddetmiştir. 7 gün sonra salıverilmesinden önce genel muayenesinde kötü muamele izine rastlanmamış, yine jinekolojik ve rektal muayene yaptırılmak istenmiş ve başvurucu bunu reddettiği için bu muayeneler yapılmamıştır. Başvurucunun iki kez jinekolojik ve rektal muayeneden geçirilmek istenmesinin kendine yönelik küçük düşürücü muamele olduğunu belirttiği başvurusu sonucunda Mahkeme gözaltına alınmanın birinci ve sonuncu gününde jinekolojik muayene yapılması için gözaltındaki kimsenin hastaneye götürülmesinin başlı başına AİHS m.3 anlamında aşağılayıcı muamele için gereken asgari şiddet düzeyine ulaşmadığı gerekçesi ile başvuruyu reddetmiştir[504].

Tutukevinden mahkemeye götürülecek tutukluların üzerlerinde ayrıntılı arama yapılmasına direnmesi sebebiyle uygulanan kuvvet kullanımının ölçülü olması gerekmektedir. Satık ve Diğerleri v. Türkiye kararına konu olayda başvuruculların iddiasına göre başvurucular duruşma öncesi ayakkabıları çıkarılarak yapılan aramaya itiraz etmeleri üzerine infaz koruma memurları ve jandarma personeli tarafından darp edilmiştir. Devlet ise savunmasında olay çıkarmak isteyen tutukluların birbirine kenetlenip jandarma ve infaz koruma personeline direnirken, kendiliğinden merdivenlerden yuvarlandıklarını belirtmiştir. Başvuruculların ertesi gün alınan doktor raporlarında vücutlarındaki yaraların, Devletin savunması ile örtüşmediği tespit edilmiştir. Devlet, devlet yetkililerince yapılan müdahalenin cezaevinin iç güvenliğini sağlamaya yönelik olduğu yönünde bir savunma da

[503] REIDY, s.41; GEMALMAZ (2007), s.290-291; DOĞRU, s.109-110.
[504] GEMALMAZ (2007), s.300-301.

yapmamıştır. AİHM, Devletin savunmasını aklın kabul edileceği açıklama yapmadığını da belirterek ihlal kararı vermiştir[505].

AİHM, insanlık dışı ve onur kırıcı olmaması şartıyla hükümlülere kelepçe takılması, açık havaya çıkma veya görüş haklarından yoksun bırakılması ya da sürekli olarak takip edilme ve denetlenme gibi disiplin uygulamalarının gerekli olduğu hallerde uygulanmasını ihlal olarak değerlendirmemektedir[506]. Yukarıda da belirttiğimiz üzere kelepçe takılması, hukuka uygun bir alıkoyma işlemi uygulanması ve ölçülü bir tedbir olması, kamuya ifşa amacı olmaması halinde AİHS m.3'e aykırı olmayacaktır[507].

Zorunlu cezaevi üniforması uygulaması hükümlü ve tutuklular için ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. BM Mahpuslara Yapılacak Muamele Hakkında Asgari Standart Kurallar m.88'e göre, tutuklular için tutukevi giysisi zorunluluğu söz konusu ise bu giysinin hükümlülere verilen giysilerden farklı olması gerektiği düzenlenmiştir. Nazarenko v. Ukrayna kararına yansıyan olayda ölüm cezasının infazını bekleyen başvurucu, yakınları tarafından gönderilen sıcak tutacak türden giysilerden iç çamaşırları ve çorap dışındakilerin cezaevi yönetimi tarafından kendine verilmediğini, cezaevinin hükümlülere verdiği elbisenin ise kış şartlarında sıcak tutmadığını belirmiştir. AİHM kararında zorunlu cezaevi üniformasının hükümlü ve tutukluların şahsi bütünlüklerine bir müdahale olduğunu ancak bunun kamu güvenliğinin korunması ve kamu düzensizliğinin ve suç işlenmesinin önlenmesi şeklindeki meşru amaca dayandığının, ayrıca cezaevine yapılan ziyarette söz konusu üniformaların kış şartlarına uygun olduğunun tespit edildiğini belirterek başvuru konusunun AİHS m.3'ün ihlal etmediğini belirtmiştir[508]. Ancak, devletin hükümlü ve tutukluların sağlık ve esenliğini koruması gerektiğinden cezaevi üniformasının cezaevi ve mevsim koşullarına uygun olması şarttır.

BM, Mahpuslara Yapılacak Muamele Hakkında Asgari Standart Kurallarını kabul etmiştir. Bu standartlar tutuklu ve hükümlülerin aynı yerlerde alıkonulmaları, hüküm giymemiş tutukluların masumiyet karinesinin kabulü ve buna bağlı olarak bu statülerine uygun muamele görmeleri gibi birçok kural içermektedir. Benzer kurallar Herhangi Biçimde

[505] DOĞRU, s.68.
[506] ÇOR, s.80-81; REIDY, s.41; ÖNOK, s.199.
[507] DOĞRU, s.111.
[508] GEMALMAZ (2007), s.295-298.

Alıkonulan ya da Hapsedilen Tüm Kişilerin Korunması İçin İlkeler Manzumesinde de bulunmaktadır[509].

Devletler işlenen suçun cezasından bağımsız olarak caydırıcı olabileceği gerekçesiyle AİHS m.3'e aykırı cezaları uygulayamaz[510]. Esasen ağır nitelikte ceza barındıran yargı hükmünü, AİHM ancak istisnai durumlarda AİHS m.3 kapsamında değerlendirmiştir. Zira egemen devletler, ceza politikalarını belirlemekte takdir hakkına sahiptirler[511]. AİHM, önüne gelen başvurularda bir yargı hükmünün getirdiği mahkûmiyet süresinin uzunluğu nedeniyle ağır olmasını, mahkumiyetin katı kurallara bağlı olmasını veya bir yargı hükmünün mahkumiyetin ötesinde bazı öğeler taşımasını, AİHS m.3 kapsamında bunların kötü muamele teşkil edip etmediğini değerlendirmektedir[512]. AİHM içtihatlarına göre ulusal merciler ceza sistemlerini belirlerken geniş takdir yetkisine sahip olduklarından aynı suç için bir devletin diğer devletlerden çok daha ağır bir ceza öngörmüş olması AİHS m.3'e tek başına aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak bir suç için belirlenen cezanın, suça nazaran çok orantısız olması halinde insanlık dışı ceza yasağı söz konusu olabilecektir[513]. Yani devletlerin bu takdir hakkı, insan hakları ile sınırlıdır. Nitekim 1978 yılında AİHM, Birleşik Krallık'ta uygulanan ve yargı yoluyla çocuk suçlulara dayak cezası verilmesi sistemini AİHS m.3'ün ihlali olarak değerlendirmiştir[514]. Müebbet hapis cezası da devletlerin takdir hakkı çerçevesinde AİHS m.3'e aykırılık teşkil etmemesi için, müebbet hapis cezası alan hükümlüye kişiliğini geliştirme ayrıca özgürlüğünü talep etme imkânı tanınmalıdır[515].

Süresi önceden belirli olmayan hükümlerde mahkûmiyet süresi, mahkûmun hükümden sonraki davranışlarına, suçlunun ıslah olduğu veya tehlike halinin sona erdiği ana göre belirlenir. Bir görüşe göre mahkumiyetin belirsizliği sebebiyle mahkûm geleceğe kuşku ile bakmakta ve cezaevi yetkililerine bağımlı hale gelmekte ve bu şekilde insan onuru zedelenmektedir. AİHM'ne göre ise bu husus başlı başına sözleşmeye aykırılık teşkil etmemektedir[516].

---

[509] GEMALMAZ (2007), s.249.
[510] REIDY, s.30.
[511] REIDY, s.27.
[512] REIDY, s.30.
[513] ÖNOK, s.191; REIDY, s.27.
[514] REIDY, s.27.
[515] ÖNOK, s.192.
[516] ÖNOK, s.194-195.

İnfaz edilen hapis cezasının haksız olarak verilmiş olması tek başına AİHS m.3'e aykırı olmayacaktır. Tsirlis ve Kouloumpas v. Yunanistan kararına konu olayda ulusal mevzuata göre dini temsilci olduklarından dolayı askerlikten muaf olan başvurucular askeri mahkemenin kararı uyarınca askerlik yapmadıkları için 1 yıl kadar hapis cezasına mahkûm edilmişler ve haksız yere yattıkları hapis cezasının AİHS m.3'e aykırı olduğunu iddia etmişlerse de AİHM, bu muamelenin asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı gerekçesi ile ihlal kararı vermemiştir[517].

2.4. Ölüm Cezası

Cezalandırmanın amacı, suçluyu ıslah etmek ve suç işlenmesinin önüne geçmektir[518]. Esasen suçun işlenmesine caydırıcı etki yapan her ceza, suçlunun ıslah edilme sürecine de bağlıdır. Ayrıca suçu henüz meslek edinmemiş ama böyle bir eğilimi olan ya da böyle bir hayata başlamayı düşünen potansiyel suçluları da caydırıcı nitelikte cezalar getirilmelidir. Bu etkinin oluşması için suçlulara verilen cezaların muhakkak uygulanacağı bir hukuk sistemi oluşturulmalıdır[519].

Bazı cezalar vardır ki, bunlar suçlunun ıslah edilme olasılığını tamamen yahut kısmen ortadan kaldırmaktadırlar. Mesela ölüm cezası verilmesi her durumda ömür boyu hapis ise birçok durumda suçlunun ıslahını engellediği için öğretide eleştirilmektedir. Yine uzun süreli hapis cezaları, bedensel cezalandırma ve hapsedilmenin kaçınılmaz olarak yarattığı izler, suçluların çoğunu ıslah etmemekte aksine ıslahın tersi etki yaratmaktadır[520].

İşkence ve kötü muamele yasağı, AİHM'nin verdiği kararlarda görüleceği gibi, sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen ''yaşam hakkı'' ve 13. maddesinde düzenlenen 'etkili başvuru hakkı' ile yakından ilişkilidir[521]. Öğretide yaşam hakkı, dokunulmaz haklar olarak nitelendirilen aykırı önleme tabi tutulmayan haklar arasında sayılmakta ve jus cogens nitelikli mutlak hakların başında gelmektedir[522]. AİHS m.2/1'e göre, ''Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında hiç kimsenin

[517] DOĞRU, s.265.
[518] SCOTT, s.295.
[519] SCOTT, s.296.
[520] SCOTT, s.295-296.
[521] ÇOR, s.64.
[522] GEMALMAZ (2002) **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı,** s.39-40; GEMALMAZ (2007), s.256.

yaşamına kasten son verilemez''. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, ölüm cezası başlı başına AİHS m.3'e aykırılık teşkil etmeyecektir[523]. Ancak AİHS Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Protokol 6 (AİHS ek 6 Protokol) veya AİHS Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına İlişkin Protokol 13 (AİHS ek 13 Protokol)'e taraf olan devletlerin durumu ise farklıdır ve üstlenmiş oldukları yükümlülüklere uymak zorundadırlar[524]. Sözleşmeye Ek 6. Protokol ölüm cezasını, savaş ve yakın savaş tehdidi durumları dışında yasaklamıştır. Bu protokole Rusya hariç diğer 44 Avrupa Konseyi üyesi katılmıştır. Avrupa Konseyi içinde mevzuatlarında ölüm cezasına yer veren devlet kalmamıştır. Sözleşmeye Ek 13. Protokol ise ölüm cezasını hiçbir istisnaya yer vermeksizin yasaklamıştır[525].

AİHS, kişinin yaşamını elinden almaya yönelik cezaya ve hatta ceza tehdidine karşı kişileri bu şekilde korumaktadır. Kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü zedeleyecek cezalar ve muameleler veyahut ceza riskleri AİHS m.3'e aykırı olacaktır[526]. Öğretide de ifade edildiği üzere AİHM, ölüm cezasının AİHS m.3'e aykırılık doğurabileceği durumları şu şekilde sıralamıştır: 1.Bir kimsenin ölüm cezasına çarptırılabileceği ya da bu cezanın infaz edilebileceği ülkeye iadesi 2.Ölüm cezası kararının verilmesiyle infazı arasında geçen süre ve bu sırada kişinin içinde bulunduğu koşullar 3.Adil olmayan bir yargılama sonucunda bu cezaya hükmedilmiş olması[527]. AİHS'ne taraf Devlette bulunan bir yabancının işlemiş olduğu bir suçtan dolayı idam cezasına mahkûm edileceği ve cezanın infaz süreci yani ''ölüm koridoruna'' maruz kalacağı ülkeye iade edilmesi, AİHS m.3 kapsamında değerlendirilebilecektir. Nitekim aşağıda da ele alacağımız Soering v. Birleşik Krallık kararında AİHM bu şekilde değerlendirme yapmıştır[528].

Ölüm cezasının infazı veya hükmediliş sebebi AİHS m.3'ü ihlal edebilir[529]. Ölüm cezasına mahkûm edilmiş veya mahkûm edilme riski bulunan kimsenin doğmuş ya da doğabilecek ıstırabının AİHS m.3'ün uygulanması için Mahkemece aranan asgari şiddet eşiğine ulaşıp ulaşmadığı önem arz etmektedir[530]. Mahkûmun kişisel durumu, işlenen suçla ölüm cezası arasındaki orantısızlık, adil olmayan yargılama sonucunda ölüm cezasına mahkûmiyet,

[523] ÖNOK, s.202.
[524] ÖNOK, s.203.
[525] GEMALMAZ (2007), s.256-258; ÖNOK, s.203-204.
[526] DOĞRU, s.113.
[527] GEMALMAZ (2007), s. 258; ÖNOK, s.203; DOĞRU, s.114.
[528] DOĞRU, s.114.
[529] ÖNOK, s.206.
[530] GEMALMAZ (2007), s.189.

infaz öncesi içerisinde bulunulan koşullar sebebiyle Sözleşmeye aykırılık söz konusu olabilecektir[531]. Ölüm cezasının infaz edilmesinin geriye dönüşü olmadığından böyle bir cezaya ancak bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hükmedilmelidir ve ilk dereceden son derece mahkemesine kadar adil yargılama yapılmalıdır. Doğru ve adil yargılanmayan bir kimsenin ölüm cezasına mahkûm edilmesi AİHS m.2'de düzenlenen yaşam hakkına aykırı olması yanı sıra cezanın infaz edileceği korkusuna haksız yere maruz bırakılması ise ıstıraba yol açtığından AİHS m.3'e de aykırı olacaktır[532]. AİHM, Öcalan v. Türkiye kararında adil olmayan bir yargılama sonucunda ölüm cezasına mahkûm edilmenin kendi başına AİHS m.3'e aykırı olacağına dair ilk kez karar vermiş ve bunun insanlık dışı muamele oluşturduğunu belirtmiştir. Bu kararda ayrıca infaz sürecinin 3 yıl kadar sürdüğünden ölüm bekleyişi olgusunu ele almıştır[533]. Öcalan v. Türkiye kararı[534] yanı sıra Soering v. Birleşik Krallık davasında da AİHM, ölüm cezasının kendisinin sözleşmeye aykırılığını incelememiş sadece yargılama ve infaz süreçlerinin üzerinde durmuştur. Soering kararında Virginia eyaletinde ölüm cezasının infaz süresi kararın kesinleşmesinden sonra ortalama 6 yıl sürdüğü için Mahkeme ölüm cezasının infazını bekleme yani ölüm koridoru sebebiyle AİHS m.3'ün ihlaline karar vermiştir[535].

Ölüm cezası, AİHS'nin 2. maddesinde dile getirilmesine rağmen AİHM, ölüm cezasıyla ortaya çıkan geleceğe ilişkin korku ve belirsizliğin, insanın ciddi derecede acı ve ıstırap çekmesine sebep olacağını, bu acı ve endişenin bir tür insanlık dışı bir muameleden söz edilebilecektir. Uygulanan ceza her ne kadar başvurucu üzerinde kalıcı fiziksel etkiler yaratmamış olsa da ceza suçlunun onur ve manevi bütünlüğüne karşı bir saldırı oluşturabilmektedir[536].

Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.6'da düzenlenen yaşam hakkı, ulusun yaşamını tehdit edilen kamusal tehlike halinde dahi kısıtlanamayacak üstün nitelikte bir hak olarak düzenlenmiştir[537]. Ancak yine mezkûr Sözleşmede yaşam hakkının sınırlandırılması nedenleri arasında ölüm cezası sayılmıştır[538]. Buna göre, ''Ölüm cezasının kaldırılmamış bulunduğu ülkelerde ölüm cezasına mahkûmiyet, işlendiği tarihte

[531] ÖNOK, s.206.
[532] GEMALMAZ (2007), s.200; ÖNOK, s.206.
[533] GEMALMAZ (2007), s.200; DOĞRU, s.117.
[534] GEMALMAZ (2007), s.200; DOĞRU, s.117.
[535] ÖNOK, s.207-208.
[536] ÇOR, s.91; GEMALMAZ 2007), s.215.
[537] GEMALMAZ (2002) İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, s.38.
[538] ALGAN, s.18-19.

yürürlükte bulunan yasaya uygun ve bu sözleşme ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine aykırı düşmeksizin sadece çok ağır ve ciddi suçlar için verilebilir. Bu ceza sadece yetkili bir mahkeme tarafından verilen kesin hüküm uyarınca infaz edilebilir.''[539] Ölüm cezası verilmesini yasaklayan Sözleşmeye Ek 2 Numaralı Protokolü imzalamayan taraf devletler için ölüm cezası verme yolu açıktır. Sözleşme ile kurulan İnsan Hakları Komitesine göre, taraf devlet tarafından ölüm cezası infaz edilirken, infaz en az bedensel ve ruhsal acı verecek biçimde yapılmalıdır[540]. Ayrıca taraf devletler ölüm cezasına başvurulmasını sınırlandırmak ve özellikle çok ciddi nitelikli suçlar dışındaki suçlar bakımından ölüm cezasının kaldırmakla yükümlü kılınmışlardır[541]. Yine Sözleşmenin 6. maddesinde ''On sekiz yaşından küçük kişiler tarafından işlenen suçlar için ölüm cezası verilmeyecektir ve hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilemeyecektir'' denilmektedir.

2.5. Suçluların İadesi, Sınır Dışı Edilmesi ve İltica

AİHS'ne taraf devletlerin egemenlik yetkisi gereği, uluslararası teamül ve uluslararası belgeler çerçevesinde yabancıların ülkeye girişlerini, yerleşmelerini ve onları sınır dışı etme konularına ilişkin iç hukuk kurallarını belirlerken diledikleri gibi hareket etmeleri mümkündür[542]. Esasen sığınma hakkı AİHS'de düzenlenmemiştir ancak AİHM, AİHS'ne taraf ülke tarafından, kişinin, Sözleşme'de güvence altına alınmış olan temel haklarının ihlal edilmesi tehlikesi altında bulunan ülkeye geri gönderilmesini, AİHS m.3'ün ihlali olarak görmektedir[543]. AİHM bir kararında ''işlenen suç ne kadar hainçe olursa olsun, bir devletin bir kaçağı işkence, insanlık dışı muamele ya da küçük düşürücü muameleye maruz kalma tehdidi altında olduğu diğer bir ülkeye, bu durumu bilmesine rağmen teslim etmesi, üçüncü maddenin ruh ve amacına açıkça aykırı olur'' demekle suçluların iadesi hususunu AİHS m.3 kapsamında nasıl değerlendirdiğini açıkça ortaya koymuştur.

Bu hususta AİHM önüne gelen ilk dava olan Soering v. Birleşik Krallık kararına konu olayda ABD, Birleşik Krallık'tan, Virginia eyaletinde cinayet ile suçlanan bir kişinin iade etmesini istemiş, başvurucu iade işlemini durdurmak için ABD'de cinayetten hüküm giyeceğini ve ölüm cezası ile cezalandırılacağını çarptırılacağını, ölüm koridoru ismi

[539] GEMALMAZ (2002) İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, s.521.
[540] ALGAN, s.18-19.
[541] GEMALMAZ (2002) İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, s.48-50.
[542] DOĞRU, s.117-118.
[543] ÇOR, s.89-90; NAL (2001), s.545; ALGAN, s.22; ÖNOK, s.224; DOĞRU, s.118.

verilen idam mahkûmu rejimine tabi olacağını, bunun da insanlık dışı bir muamele olduğunu ileri sürmüştür. İdam mahkûmu bölümü yani ölüm koridoru, katı ve sıkı, yüksek güvenlikli bir cezaevi rejimi uygulanan ve temyiz sürecinin ortalama 6-8 yıl kadar sürmesi sebebiyle mahkûmun çok uzun süre ölümün gölgesinde ruhsal acı çekerek hüküm kesinleşene kadar yaşamını sürdürdüğü bölümdür. AİHM, başvurucunun suçu işlediğinde 18 yaşın altında olmasını ve o andaki ruhsal durumunu da değerlendirerek Birleşik Krallığın başvurucuyu, ABD'ye iade etmesi şeklindeki uygulamanın AİHS m.3'e aykırı olduğuna karar vermiştir[544].

Amekrane v. Birleşik Krallık kararına konu olayda AİHK, eğer sınır dışı etme sonucunda başvurucunun temel hakları baskı altında tutulacak ya da geniş çapta ihlal edilecekse AİHS'deki maddelerden birine aykırı muameleye maruz kalmasına yol açacaksa veya başvurucu, dini veya ırki bir nedenle ya da siyasi görüşü sebebiyle ayrımcı bir muameleyle karşı karşıya kalacaksa, AİHS m.3'e aykırılıktan söz edilebileceğini sonucuna varmıştır[545].

AİHM içtihatlarıyla sığınma talebinde bulunan kimselerin, sınır dışı kararı verilmesi halinde gönderileceği ülkede işkence veya sair kötü muameleye tabi tutulacağına ilişkin gerçek bir risk olması hususuna dair ilkeleri belirlemiştir. Buna göre AİHM, işkence ve sair kötü muamele uygulanması bakımından gerçek bir riski değerlendirirken ilk olarak önüne getirilen veya bizzat kendisinin elde ettiği delilleri esas almalıdır. İkinci olarak bu risk, sınır dışı etme zamanında Sözleşmeye taraf Devlet tarafından bilinen veya bilinmesi gereken olaylara dayanılarak değerlendirilecektir. Mesela eğer kişi henüz sınır dışı edilmemiş ise Mahkeme olayı ele aldığı sırada mevcut koşulları dikkate alacaktır. Son olarak risk teşkil eden muamelenin, AİHM m.3'ün kapsamına girebilmesi için asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerekmektedir[546]. Jabari v. Türkiye kararına konu olayda başvurucu Kanada'ya gitmek üzere Türkiye üzerinden gittiği Fransa'da sahte pasaport taşıdığı için Türkiye'ye geri gönderilmiş, başvurucu Türkiye tarafından sınır dışı edileceği sırada sığınma talebinde bulunmuş ancak devlet makamları talebin süresinde yapılmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiş, Ankara İdare Mahkemesinde açılan davada ise mahkeme yürütmeyi durdurma talebini kabul etmemiştir. Başvurucu vatandaşı olduğu İran'a sınır dışı edilmesi halinde zina yaptığı gerekçesiyle taşlanarak öldürülme veya kırbaç cezasına çarptırılma riski ile karşı karşıya bırakılacaktır. Yapılan başvuru sonucunda AİHM,

[544] NAL (2001), s.546-547; REIDY, s.48-49; ÖNOK, s.226.
[545] ÖNOK, s.227-228.
[546] DOĞRU, s.118-119.

başvurucunun İran'a geri gönderilmesi kararının uygulanması halinde AİHS m.3'ün ihlali doğacağını belirtmiştir[547].

Sözleşmeye taraf ülkeden sınır dışı edilen bir kişinin, gönderildiği ülkede işkence veya sair kötü muamele veya cezaya maruz kalacağı konusunda ciddi ve inandırıcı delil bulunması durumunda kişiyi ihraç eden ülkenin sorumluluğu doğacaktır[548]. Zira AİHM'ne göre, kişinin öngörülen kötü muameleye maruz kalması, sınır dışı işlemi ile doğrudan ilgilidir. Bu nedenle bir kişinin üçüncü bir ülkeye gönderilmek üzere sınır dışı edilmesi halinde AİHM m.3 kapsamında yasaklanan muameleye maruz kalacağı yolundaki iddiasının ciddi olarak araştırılması gerekir[549]. Bunun için, AİHM, suçluların iadesi kapsamında yapılan başvurularda ilgili hükümetten sınır dışı etme kararı uygulamasının ertelenmesini talep etmektedir[550].

AİHS'ne taraf bir devlet tarafından yine Sözleşmeye taraf bir devlete iade edilen kimsenin, iade edildiği devlette kötü muamele görme konusunda ciddi bir risk söz konusu olmasına rağmen iade gerçekleşmiş ise gönderen devletin AİHS m.3 kapsamında sorumluluğundan söz edilecektir. Burada kişi gönderildiği ülkede işkence ve sair kötü muameleye maruz kalırsa mağdur sıfatıyla gönderildiği ülkeye karşı da AİHS m.3 kapsamında başvuruda bulunabilecektir[551].

AİHS m.3, kişileri, bir üye Devletin sınırlarının dışında ve üye Devletin sorumlu olmadığı kişilerce kötü muameleye tabi tutulmaktan korur. Taraf devletin, bir kişiyi işkence veya kötü muamele göreceği konusunda gerçek bir tehlikenin bulunduğu üçüncü bir ülkeye göndermeme yükümlülüğü, ülkeler arasında sınır dışı eden ülkenin yetki alanına, ulusal güvenlik güçlerinden kaçan terör zanlılarının adalete teslim edilmesi gerektiğine veya suçluların iadesine dair sözleşme olması halinde dahi ortadan kalkmayacaktır[552].

İltica istemiyle ülkeye girmiş kimselerin mülteci olarak kabul edilmemelerinden kaynaklı olarak geldikleri ülkeye geri gönderilmeleri söz konusu olmaktadır. Ancak bu kişilerin gönderildiği ülkede işkence ve sair kötü muamele teşkil eden hareketlere maruz kalacağına dair ciddi bir risk belirtisi olması halinde iltica talep eden kimselerin sınır dışı edilmesi AİHS m.3'ün ihlaline sebep olacaktır. AİHM burada sınır dışı eden devletin

[547] DOĞRU, s.121-122.
[548] ÖNOK, s.225; REIDY, s.30.
[549] REIDY, s.30.
[550] ÇOR, s.89-90.
[551] ÖNOK, s.225.
[552] ÇOR, s.90; REIDY, s.31.

sorumluluğuna gitmek için sınır dışı etme anında bu kişilerin böyle muameleye tabi tutulabileceklerini gösteren ve onların durumunun ayrı değerlendirilmesini gerektiren özel unsurların bulunmasını aramaktadır. Yine kişinin sınır dışı edilmesi sonucunda sınır dışı edildiği ülkede maruz kalacağı soruşturma ve kovuşturmanın haksız veya orantısız cezalarla sonuçlanması riski söz konusu ve bu risk sınır dışı eden devlet tarafından öngörülür ise, yapılacak sınır dışı etme işlemi AİHS m.3'e aykırı olacaktır. Ayrıca sınır dışı işleminin kendisinin de orantısız olduğu hallerde veya vatansız oldukları için hiçbir devlet tarafından kabul edilemeyecek kişilerin sınır dışı edilmesi durumunda da AİHS m.3'e aykırılıktan söz edilebilecektir[553].

İade edileceği ülkede işkence ve sair kötü muamele riski olan kimse AİHM'ne başvurduğunda Mahkeme ilgili devletle kısa sürede iletişime geçer, iade sürecinin davanın sonuna kadar ertelenmesi konusunda devletin karar almasını sağlamaktadır[554]. AİHM'nin bu talepte bulunabilmesi için başvurucunun haklılığını kesin surette ispat etmesi gerekmese de ilk bakışta haklılığını gösteren gerçek bir riskin varlığını gösteren önemli nedenlerin bulunması gerekmektedir[555]. Jabari v. Türkiye kararına konu olayda İran'da zina suçu işleyen başvurucunun, İran'a sınır dışı edilirse söz konusu ülkede taşlanarak öldürülme cezasına çarptırılma konusunda ciddi bir risk söz konusu iken Türkiye tarafından sınır dışı edilmesi halinde AİHM, AİHS m.3'te yer alan yasağın ihlal edileceğinin altını çizmiştir[556].

İade edilecek kişinin salt ağır bir ceza yaptırımı ile karşılaşacağı veya iade eden devlette aynı suç için öngörülen yaptırımdan daha ağır bir yaptırımla cezalandırıldığı hallerde AİHS m.3'e aykırılıktan söz edilemeyecektir. Zira iade ya da sınır dışı etme işlemi sonucunda kişilerin maruz kalacağı etkilerin AİHS m.3'ü ihlal boyutuna varmadığı durumlarda AİHM'si ihlal kararı vermemektedir[557].

Ayrıca değinmek gerekir ki, bir devletin ülkesine bazı kimseleri kabul etmemesi bazı hallerde AİHS m.3'ün ihlaline konu olmaktadır. Devletlerin bu minvaldeki hareketleri, kişilerin şahsiyetine yönelik ayrımcı değerlendirmeye dayanıyor veya insan onuruna saygı eksiliğinden kaynaklanıyorsa Sözleşmenin ihlalinden söz edilecektir. Balkandalı v. Bileşik Krallık davasında AİHM, başvurucu kadının, İngiliz vatandaşı olmayan kocasının ülkeye

[553] ÖNOK, s .229-232.
[554] ÖNOK, s.225-226.
[555] ÖNOK, s.242.
[556] ÖNOK, s.333-334.
[557] ÖNOK, s.228-229.

alınmamasına dair başvurusunu, devletin bu davranışının kişinin şahsiyetine yönelmediği ve göç rejimi düzenlenmesine göre hukuki olduğundan hareketle reddetmiştir[558].

AİHS m.3 kural olarak Sözleşmeci Devletin kendi egemenlik alanında meydana gelen olaylara uygulanabilir. Al-Adsani v. Birleşik Krallık kararına konu olayda AİHM, Kuveyt ve Birleşik Krallık vatandaşı olan başvurucunun Kuveyt'te gördüğü işkence sebebiyle Birleşik Krallık'ta Kuveyt'e ve işkence yapanlara karşı açtığı tazminat davasının reddedilmesi sebebiyle AİHS m.3'ün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, örneğin Sözleşmeci Devletin sınır dışı edeceği kişinin gideceği ülkede göreceği işkence ve sair kötü muamele nedeniyle sorumluluğu doğabilir ve bu anlamda Sözleşme, sınırlı bir şekilde ülke dışında meydana gelebilecek uygulanabilir idi ancak başvuruya konu olayda başvurucu, ne davalı Devletin egemenlik alanında işkence gördüğünü ne de davalı Devletin makamlarının bu olayın meydana gelmesiyle bağı olduğunu iddia etmemiştir. Dolayısıyla Birleşik Krallık'ın başvurucuya bu durumda hukuk yolu sağlama yükümlülüğü söz konusu olmayacağından AİHS m.3'ün ihlali de söz konusu olmayacaktır[559].

Son olarak AİHS'ne Ek protokol uyarınca ''Hiçbir devlet kendi vatandaşlarını ülkeye girmekten alıkoyamaz'' kuralından hareketle vatandaşlar ülkelerine her daim kabul edilmek durumundadırlar[560].

2.6. Diğer Uygulamalar

İşkence ve kötü muamele kapsamı yukarıdaki örneklerle sınırlı olmayıp AİHM içtihatları ile genişlemeye devam etmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere işkence ve kötü muamele ekseriyetle gözaltı ve tutuklama sırasında uygulama alanı bulmakla beraber yine aşağıda vereceğimiz örnekler de belirli şartların varlığı halinde AİHS m.3'te düzenlenen işkence yasağı kapsamında değerlendirilmektedirler.

Terörle mücadele kapsamında Türkiye'nin doğu ve güneydoğu bölgelerinde güvenlik güçleri tarafından köylerin boşaltılması sırasında evlerin ve eşyaların tahrip edilmesi, başvuruculaların mülkiyet ve aile yaşamlarına saldırı oluşması yanı sıra AİHM kararlarına göre insanlık dışı muamele de oluşturmaktadır. Selçuk ve Asker v. Türkiye kararına konu olayda 54 ve 60 yaşlarında olan başvurucular ömürlerinin tamamını İslamköy'de geçirmiş ancak güvenlik güçleri başvuruculaların evlerini ve geçim kaynaklarını kullanılmaz hale

[558] ÖNOK, s.243-245.
[559] DOĞRU, s.6.
[560] ÖNOK, s.244.

getirerek köyü boşaltmaya zorlanmışlar ancak devlet tarafından başvuruculara başka geçim kaynağı yahut barınacak yer sağlanmamıştır. AİHM, Devletin, başvuruculara cezalandırma niyetiyle hareket etmedikleri ve evlerin teröristler tarafından kullanılmasını engellemek veya başkalarının cesaretini kırmak maksadıyla hareket ettikleri yönündeki savunmasını kabul etmeyerek bu olayda AİHM m.3 anlamında insanlık dışı muamelenin varlığına karar vermiştir[561].

AİHM, terörizm ve örgütlü suçlarla mücadele sırasında yerleşim yerlerinin boşaltılması, evlerin ve eşyaların tahribi nedeniyle AİHS m.3'ün ihlal edildiği vakalarda güvenlik güçlerinin bu eylemlerinin ardında başvuruculara cezalandırma amacıyla değil bunların evlerinin teröristler tarafından kullanılmasını engellemek ve teröristlerin cesaretini kırmak amacıyla hareket etmiş olmalarını haklı sebep kabul etmemekte, ihlal kararı vermektedir. Yani eylemin ardında uygulamaya tabi tutulan kişileri cezalandırma amacı olmasa, teröristleri faaliyetlerinden caydırma amacı güdülse bile bina ve eşyaların tahribi ve yerleşim yerlerinin boşaltılması haklı olmayacaktır. Yine terör örgütü bağlantısı sebebiyle kişileri cezalandırma amaçlı köy yakılırsa veya yerleşim yeri boşaltılırsa, kötü muamele haklı sebebe dayanmış olmayacaktır[562].

Türkiye'nin de taraf olduğu pek çok kararda AİHM kayıp şahıs vakalarını belirli şartlar altında AİHS m.3 kapsamında değerlendirmiştir. Buna göre, devlet görevlilerinin veya resmi yetkililer adına veya onların onayı ile hareket eden kimselerin, bir kişiyi kayıtlara geçmeksizin gözaltına alması durumunda kayıp olaylarından söz edilmektedir. Kayıp olayları sonunda bu kişinin öldüğü anlaşılmakta veya uzun süre bulunamaması sebebiyle öldüğüne kanaat getirilmektedir[563]. AİHM, esasen bir kişinin kaybedilmesi olayını, AİHS m.5'te düzenlenen özgürlük hakkı kapsamında ele almaktadır ancak bazı durumlarda kişilerin, kaybolmadan önce işkence veya sair kötü muamele gördüğüne ilişkin ciddi deliller bulunması halinde AİHS m.3 bakımından inceleme yapmaktadır[564]. AİHM, AİHS m.2'de düzenlenen yaşam hakkı kapsamında verdiği ihlal kararlarının yanı sıra belirli şartlarda bu fiilin, kişinin yakınları bakımından AİHS m.3'ün de ihlal edildiğine karar verebilmektedir[565]. Kurt v. Türkiye kararına konu olayda başvurucu, oğlunun kendi köylerinde Türk Ordusu ve köy korucuları tarafından gözaltına alındığını, ertesi gün

[561] DOĞRU, s.158-159.
[562] GEMALMAZ (2007), s.176-177.
[563] NAL (2007), s.172; REIDY, s.50; ÇOR, s.82-83; ÖNOK, s.222.
[564] REIDY, s.51.
[565] ÇOR, s.82-83.

oğlunu tutulduğu evin önünde darp görmüş halde son kez gördüğünü, daha sonra ondan haber alamadıklarını, savcılığa başvurduğunu, oğlunu gözaltına alınmadığı ve PKK tarafından kaçırıldığı gerekçesiyle soruşturmanın takipsizlik ile sonuçlandığını, gözaltından sonra haber alamadığı oğlunu ararken uzun süre acı çektiğini iddia etmiştir. AİHM, başvuru sahibinin mağdurun annesi olması ve yetkililerin kendisinin acı ve endişesine kayıtsız kalmaları nedeniyle kendisinin de mağdur durumuna düşmesi sebebiyle AİHS m.3'ü ihlal edildiği sonucuna varmıştır[566]. AİHM, Kurt v. Türkiye kararının, kayıp kişinin tüm aile bireylerinin AİHS m.3'e aykırı muamelenin mağduru olduğu yolunda genel bir ilke oluşturmadığını, burada devletin aile bireylerinin başvurularına karşı kayıtsızlığından dolayı ihlal kararı verildiğini belirtmiştir[567]. AİHM kararlarında kayıp kişilerin yakınlarının AİHS m.3 bakımından mağdur sayılabilmesi için bazı kriterler saymıştır. Buna göre, akrabanın duyduğu keder hissi bu olayın kaçınılmaz şekilde yol açabileceğinden daha ağır olmalıdır; kayıp kişi ile akrabası arasında yakın bağ özellikle anne-baba ve çocuk ilişkisi bulunması gerekmektedir; akrabanın kaybedilmeyle sonuçlanan eyleme bizzat tanık olup olmadığı önem taşımaktadır; akrabanın yetkili makamlar önünde olayı aydınlatma ve kaybedilen kişinin akıbetini öğrenme girişiminde bulunup bulunmadığı dikkate alınmaktadır; kayıp kişinin akıbetini öğrenme girişiminde bulunan akrabaya karşı yetkili makamların tavrı ve akrabanın bizzat hak ihlaline uğrayıp uğramadığı ise belirleyici unsurdur[568]. Yakınların, mağdur olup olmadığı belirlenirken, aile bağları, başvuranın yaşadığı sıkıntı ve üzüntü, kayıp kişi hakkında bilgi edinmek için gösterilen çaba, yetkililerin bu çabaya karşı tavrı gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Ayrıca, kayıp kimselerin devlet yetkililerince kayıtlara geçmeksizin alıkonmaları sırasında işkence veya kötü muameleye maruz kaldığına ilişkin delil bulunması durumunda bu kişi bakımından AİHS m.3'ün ihlaline de karar verilmektedir[569].

AİHK ve AİHM, ırka dayalı ayrımcılığın belirli şartlarda başlı başına AİHS m.3 anlamında küçük düşürücü muamele oluşturacağını belirtmiştir. Moldovan ve Diğerleri v. Romanya kararında başvuruculaların, ırksal sebeplerle polisin de içinde bulunduğu bir grupça yaşadıkları köydeki evlerin ve eşyalarının tahrip edilip köyü terke zorlanmaları ve polisler tarafından örtbas edilmeye çalışan bu olaydan sonra başvuruculaların sağlıksız, kalabalık ve

[566] **Kurt v. Türkiye,** AİHM, Başvuru No: 24276/94, Karar Tarihi: 25/05/1998 < http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/kurt.pdf > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).
[567] NAL (2007), s.172; ÖNOK, s.223; GEMALMAZ (2007), s.327-328.
[568] GEMALMAZ (2007), s.328.
[569] ÇOR, s.82-83; REIDY, s.51; ÖNOK, s.223.

yetersiz barakalarda yaşamak durumunda kalmalarından Devlet yetkisi kullanan kimselerin sebep olmaları dolayısıyla Devlet makamlarının ırksal ayrımcı tavır sergileyip küçük düşürücü muamelede bulunduklarına karar vermiştir[570].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Devletler alıkoyduğu kişilerin sağlığını korumakla yükümlüdür. Alıkonulan kimsenin açlık grevi yapması halinde yetkililer tarafından zorla beslenip beslenmeyeceğini konusunda AİHM'nin çeşitli kararları vardır[571]. R.,S.,A ve C. v. Portekiz kararına konu olayda siyasi suçlardan tutuklu dört kişi, kendileri için af çıkmadığı gerekçesiyle açlık grevine başlamış, iki tanesi rahatsızlanmaları üzerine cezaevi revirine kaldırılmışlar ancak cezaevi hekiminin kendi sağlık durumları hakkında basına açıklama yapmayacağı gerekçesiyle muayeneyi reddedip kendi istedikleri bir hekim tarafından muayene olmak istemişler. Uzun müzakereler sonucunda Portekiz Tabipler Birliğinin atadığı hekim, cezaevi hekimi ve başvuruculaların seçtiği hekimden oluşan üç kişilik hekim heyetince muayene edilmişler ve sağlık durumlarının ciddi olduğu anlaşılmıştır. AİHK kararında açlık grevi yapan ve tıbbi muayene ve tedaviyi kendi seçtikleri doktor olmadığı gerekçesiyle uzun süre reddettikleri için sağlıkları ciddi şekilde bozulan başvuruculaların bu durumundan kendileri sorumlu olduğunu belirtmiş ve tıbbi müdahalenin gecikmesi sebebiyle ihlal kararı vermemiştir[572]. Nevmerzhitsky v. Ukrayna kararında AİHM, bilinçli olarak beslenmeyi reddeden hükümlü ya da tutuklunun hayatını kurtarmayı amaçlayan zorla beslenmenin kural olarak AİHS m.3'ü ihlal etmeyeceğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, bunun yerleşik tıbbi ilkelere göre gerekli tedavi olduğunun devlet tarafından gösterilmesini, bu karar alınırken usuli şartlara uyulmasını ve zorla beslemenin işkence ve sair kötü muamele için aranan şiddet eşiğini aşacak nitelikte olmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Karara konu olayda başvurucu zorla beslenme işlemi yapılmadan önce bunun tıbbi açıdan gerekli olup olmadığının değerlendirilmediğini, uygulamanın kendisinin sandalyeye kelepçelenerek zorla ve sağlık personeli değil diğer hükümlü ve tutukluların katılımıyla yapıldığını, dolayısıyla işkence söz konusu olduğunu iddia etmiştir. Hükümetin tıbbi gerekliliği ispat edemediği başvuruda Mahkeme başvurucunun kelepçelenmesi, ağzı zorla açık tutan bir araç takılarak yiyecek borusuna tüp sokulması şeklindeki uygulamanın işkence teşkil ettiği sonucuna varmıştır[573]. Nerczegralvy v. Ukrayna kararında ise akıl

[570] GEMALMAZ (2007), s.332.
[571] DOĞRU, s.94.
[572] GEMALMAZ (2007), s.322.
[573] GEMALMAZ (2007), s.324-325.

hastası hükümlünün açlık grevi yapması sebebiyle yatağa bağlanarak zorlan beslenmesini, tedavisi için gerekli olması sebebiyle insanlık dışı olarak nitelendirmemiştir[574].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere devletler egemenlik yetkileri dolayısıyla cezalandırma politikaları bakımından geniş takdir yetkisine sahiptirler. Ancak bedensel cezalar AİHM tarafından her hâlükârda AİHS m.3'te düzenlenen yasağın ihlali olarak kabul edilmiştir. Bedensel ceza verilmesine ilişkin olarak AİHM'nin verdiği ilk karar olan Tyrer v. Birleşik Krallık kararına konu olan olayda 15 yaşındaki başvurucu, okul arkadaşını yaralamaktan dolayı yapılan yargılama sonucunda 3 kez sopa ile vurulma cezası almış, temyiz makamının kararı onamasının ardından başvurucu, babası ve doktor gözetiminde iki polis tarafından kollarından tutularak masaya eğdirilmiş, pantolonu ve iç çamaşırı sıyrılmış, bir polis tarafından sopa ile kaba etine üç kez vurulmuştur. AİHM, devletin yaptığı cezanın caydırıcılığı hakkındaki savunmayı reddederek söz konusu cezayı kurumsallaşmış şiddet olarak ele almış ve AİHS m.3 kapsamında küçük düşürücü ceza olarak nitelendirmiştir[575].

AİHM önüne gelen başvurularda kişilere karşı kötü muamelede bulunanların sadece devlet yetkilileri değil özel kişiler olduğu da görülmektedir. Devletler, kaynağı kim olursa olsun kişilerin kötü muamelelere karşı korunması için gerekli önlemleri almakla sorumludur. Bu konuda AİHM önüne gelen ilk davalardan A. v. Birleşik Krallık kararında genç bir erkek çocuğun, üvey babası tarafından şiddetli şekilde dövülmesi sebebiyle üvey baba aleyhine açılan davada Birleşik Krallık yasaları, bir ebeveynin çocuğu terbiye amacıyla bu eylemleri gerçekleştirmesine müsaade ettiği için üvey baba bu şekilde savunma yapmıştır. Çocuk ve biyolojik babası bu karara karşı AİHM'ne başvuruda bulunmuş, kişileri kötü muameleye karşı koruyan bir hukuk sistemi bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. AİHM, başvuruyu haklı bularak devletlerin, kişilerin işkence ve sair kötü muamele veya cezaya maruz kalmalarını önlemek üzere hukuk sistemleri ve mevzuatlarını düzenlemek ile yükümlü olduğunu ve Birleşik Krallığın yeterli korumayı sağlayamadığını belirtmiştir[576].

3. SÖZLEŞMENİN DENETİM MEKANİZMASI

AİHS, öngörülen hak ve özgürlüklerin korunmasını ve kontrolünü sağlamak amacıyla kurulan uluslararası denetim mekanizmasına sahiptir. Bu sözleşme ile kurulan uluslararası

[574] DOĞRU, s.94.
[575] DOĞRU, s.130-131.
[576] GEMALMAZ (2007), s.234-236; REIDY, s.54-56; DOĞRU, s.133-134.

denetim organlarından AİHK, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Divanı da 21 Ocak 1959 yılında kurulmuştur[577].

AİHS, ülkemiz tarafından 1954 yılında onaylanmasına rağmen, Komisyona bireysel başvuru hakkı ancak 27 Ocak 1987 tarihinde kabul edilmiştir. Ancak, Divanın yargı yetkisinin tanınmamasından dolayı bu hakkın kabul edilmesi uygulama için bir anlam ifade etmemiştir. Divanın yargı yetkisinin 22 Ocak 1990 tarihinde tanınması ile Türkiye, sözleşmenin bütün hükümlerinden sorumlu bir taraf devlet haline gelmiştir. 1 Kasım 1998 tarihinde Komisyon ve Divan birleştirilerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur[578].

AİHM'nin denetim mekanizması, devletler arası şikâyet ve bireysel başvuru olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

3.1. Devletler Arası Şikâyet

Sözleşmeye taraf devletlerden bir veya birkaçının, diğer bir taraf devlette insan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuruya devletler arası şikâyet denir[579].

AİHS denetim organlarına gelen ilk işkence ve kötü muamele başvurusu, devrin Yunan askeri cuntasının bazı fiilleri nedeniyle Yunanistan'a karşı başka bir üye Devletin başvurusudur. Yunan Hükümeti yapılan incelemeden hemen sonra AİHS'ni geçersiz ilan ettiği için iddiaları araştırılacak tek kurum olan AİHK, ülkede falaka, ağır dayak, elektrik şoku verilmesi, sahte infaz, mağdurları kurşuna dizme ve öldürme tehditleri gibi uygulamalar yapıldığını belirlemiştir[580].

3.2. Bireysel Başvuru

AİHS m.34 uyarınca, bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının, Sözleşmeye taraf Devletlerden biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları AİHM'ye başvurabilecektir. Bu madde uyarınca Sözleşmeye taraf Devletler, bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler. Buna göre bireysel başvuru sisteminin etkin biçimde yürütülebilmesi için Davalı Devletin başvurunun AİHM tarafından düzgün ve

[577] ÇOR, s.64-65.
[578] ÇOR, s.65.
[579] ÇOR, s.65.
[580] NAL (2001), s.536; REIDY, s.19.

etkili biçimde incelenmesini mümkün kılacak kolaylıkları sağlaması gerekmektedir. Hakkının ihlal edildiği iddiası olan mevcut ya da potansiyel başvuruculaların, başvurularını geri çekme veya değiştirmeleri yönünde Devlet makamlarının mevcut veya olası baskılarına maruz kalmadan AİHM ile irtibat kurmaları, bireysel başvuru sistemi için önem arz etmektedir. Bu baskı, başvuruculara veya bunların yakınlarına yönelik korkutma ve yıldırma yanı sıra bu kimseleri bireysel başvuru yapmaktan caydıracak türdeki her türlü irtibatı kapsayacaktır. Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye kararında başvurucunun avukatına karşı haksız nitelikteki cezai ve disiplin soruşturması, bu tür bir baskı olarak değerlendirilmiştir. Devletin başvurucu ile kuracağı irtibat, AİHS m.34 bakımından değerlendirilirken her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmekte ve bu değerlendirmede başvurucunun korumasız ve yetkili makamların bu tavrından kolaylıkla etkilenebilir durumda olup olmadığı esas alınmaktadır[581].

Bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşulları, AİHS m.35'te düzenlenmiştir. Birinci fıkra uyarınca, AİHM'ne ancak uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilecektir. İç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu, taraf devletlere, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarının uluslararası denetim mekanizmaları tarafından incelenmesinden önce, ihlal iddialarını, yerinde inceleme ve mağduriyetleri ülke sınırları içinde giderme imkânı tanımaktadır[582].

AİHM, bazı koşullarda iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramaksızın başvuruyu esastan incelemektedir. Özellikle iç hukuk yolları tüketilse dahi işkence ve sair kötü muamelenin tespit edilemeyeceği, mağdurun mağduriyetinin giderilemeyeceği, yine maddi veyahut manevi zararının karşılanamayacağı açık ise Mahkeme, iç hukuk yollarını tüketmemiş olması şartını aramamaktadır.

AİHM, Aksoy v. Türkiye kararında başvurucu gözaltında iken kendisine işkence yapıldığı şikayetinde bulunmasa bile 14 günlük gözaltı sonrası Cumhuriyet savcısına ifade vermek üzere getirildiğinde başvurucuya dışarıdan bakıldığında dahi kendisine gözaltında işkence yapıldığına ilişkin ciddi emarelerin görüldüğünden bahisle Türk ceza mevzuatının ilgili hükümlerinde öngörülmesine rağmen Cumhuriyet savcısının re'sen soruşturma

[581] GEMALMAZ (2007), s.347-352.
[582] ÇOR, s.71.

başlatmadığını ve başvuranın olağanüstü hal yürürlükte olduğu Mardin'de iç hukuk yollarına başvurusundan bir sonuç da alınamayacağı gerekçesiyle, başvuranın iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili yükümlülüğünün, olayın özel koşulları nedeniyle aranmayacağı sonucuna vararak davayı esastan karara bağlamış ve Türkiye aleyhine AİHS m.3'ü ihlal kararı vermiştir[583].

AİHM, yine benzer kararlarında Güneydoğu Anadolu Bölgesi'ndeki terör olaylarına ilişkili olarak inceleme konusu başvuruların pek çoğunu, başvuru konusu olaylarda ciddi ve etkin bir soruşturma yapılmadığı veya iç hukukta başvurulan yolların mağdur bakımından elverişli, etkin işleyen ve somut sonuç veren nitelikte olmadığı gerekçesi ile Türkiye'de iç hukuk yolları tüketilmemiş bile olsa kabul etmiş ve ihlal kararı ile sonuçlandırmıştır[584].

İşkence ve kötü muamele teşkil eden eylemlerden zarar görenlerin, idare mahkemesinde açabilecekleri tam yargı ve hukuk mahkemesinde açabilecekleri tazminat davalarının, AİHS'ne göre taraf devletlere yüklenen failleri bulma görevinin ifasına hizmet etmeyeceği gerekçesiyle başvurunun esasına girilmesi için bu yolların tüketilmesi koşulu aranmamaktadır[585]. Türk yargı mercilerince etkili soruşturma ve kovuşturma yapılması halinde ülkemizde iç hukuk yollarının etkin olduğu AİHM'ce kabul edilecek böylelikle iç hukuk yolları tüketilmeden yapılacak her bir başvuru reddedilecektir[586].

[583] MAHMUTOĞLU, Fatih S. **'İşkence ve Eziyet Suçu'** Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Dergisi, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Ankara, 2008, s.6; ALGAN, s.27-28.
[584] ÇOR, s.71-72.
[585] ÇALIŞKAN, s. 59.
[586] ÇALIŞKAN, s.59.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE YASAĞI

1. İŞKENCE YASAĞINA DAİR MEVZUAT

1.1. Anayasa

1982 tarihli Anayasa m. 17/3 ile işkence yasağı anayasal güvence altına alınmıştır. Buna göre; Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. Diğer taraftan, Anayasa m. 38/5'e göre, kimsenin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacaktır[587]. Anayasa m.15/2'de m.17'de koruma altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünü de kapsayan birtakım haklara, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacağını açıkça düzenlenmiştir[588]. Dolayısıyla işkence yasağının herhangi bir istisnası olmayacağı anayasal düzenleme altına alınmıştır.

Anayasa m. 90/son uyarınca ''Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.'' Bu düzenlemeye göre yukarıda ayrıntıları ile incelediğimiz AİHS ve Sözleşmede düzenlenen işkence ve sair kötü muamele yasağı, kanun hükmünde kabul edilmekte, ülkemizde bu surette uygulama alanı bulmaktadır. Türkiye, taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmelerde de işkencenin yasak olduğunu kabul ederek işkencenin önlenmesiyle ilgili gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir.

[587] BAŞBÜYÜK, s.1446.
[588] ALGAN, s.10.

1.2. Ceza Hukuku

Türkiye, birçok uluslararası belge ile işkencenin yasak olduğunu kabul, işkencenin önlenmesi bakımından gerekli önlemleri almayı da taahhüt etmiştir. Bu yükümlülüklerini yerine getirmek ve özellikle insan onurunu ve kişiliğini korumak için 765 sayılı mülga TCK'da olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'da da işkence ve benzeri muameleler, bağımsız suç olarak tanımlanmıştır[589]. Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kısım Üçüncü Bölümü "İşkence ve Eziyet" başlığı altında m.94 ve 95'te işkence, m.96'te ise eziyet suçu düzenlenmiştir. TCK m.94/1 uyarınca ''Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur''. Görüldüğü üzere, TCK, işkence suçunu AİHS'den farklı ama onunla uyumlu bir şekilde tanımlamıştır. TCK'daki işkence suçu tanımı, kapsam bakımından AİHS'den daha geniş olduğu için uluslararası hukuka uygun mahiyettedir[590].

TCK'nın işkence suçuna ilişkin maddesine ait gerekçede işkence, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranış olarak tanımlanmıştır. Yine işkence teşkil eden fiillerin, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz gibi başka suçları da içinde barındıran fiiller olduğu ancak bu fiiller, bahsedilen suçlardan farklı olarak ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlendiklerinden ve süreç içinde süreklilik arz ettiklerinden, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkiler doğurması sebebiyle söz konusu suçlardan ayrıldığı belirtilmiştir. İşkencenin doğurduğu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi sebebiyle işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımını gerektiren ayrı bir suç olarak düzenlenmesini gerektirdiğinin hükmün gerekçesinde altı çizilmiştir.

Öğretide işkence suçu, hukuki temellendirmelere dayalı olarak dar ve geniş anlamda işkence suçu olarak ikiye ayrılmıştır. Dar anlamda işkence, şüphelinin ya da sanığın beyanını almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheli ya da sanığa suçu ikrar ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, suç ortaklarını ele

[589] MAHMUTOĞLU, s.3.
[590] ALTIPARMAK, s.150.

verdirmek ya da işlemesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için şüpheli veya sanığa karşı bedensel veya ruhsal zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan onuru ile bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muamelelerde bulunmak olarak tanımlanmaktadır. Geniş anlamda işkence suçu ise, ceza muhakemesi yanı sıra idari ve disiplin soruşturmaları ile bilirkişi, tanık ve müdafi gibi sanık dışındaki kişileri de işkence suçunun mağduru olarak kapsamına almaktadır[591]. 765 sayılı TCK'da dar anlamda işkence kabul edilmekte, suçun mağduru ancak ifadesi elde edilmek istenen sanık, mağdur, şahsi davacı, müdahil veya tanık olabilmekteydi. Oysa 5237 sayılı TCK, suçun mağduru bakımından böyle bir sınırlandırma yapmamış, dar anlamda işkence suçunu benimsememiştir[592]. Mesela suç duyurusunda bulunan kimse, şikayetçi veya tanık, suç duyurusunda bulunduğu, şikayetçi olduğu veya tanıklık yaptığı için maddi veya manevi varlığı bir kamu görevlisi tarafından saldırıya uğrar ise işkence suçu oluşacaktır. Burada tanıklığın ceza yargılamasında yahut hukuk yargılamasında olmasının bir önemi bulunmamaktadır, Kanun'un düzenlemesine göre hem hukuk hem de ceza yargılamasında tanık olan kimselere karşı işkence suçu işlenebilecektir[593]. Ayrıca, işkence suçunun failinin, ceza yahut hukuk yargılamasını takibe yetkili kamu görevlisi olması da zorunlu değildir. Kanun'un lafzı, herhangi bir kamu görevlisinin, kendisi aleyhine suç duyurusunda bulunduğu için veya tanıklık ettiği için bir kamu görevlisine karşı bedensel yahut ruhsal yönden acı çekmesine sebep olacak bir saldırı yapması halinde işkence suçunun oluşmasına izin vermektedir[594].

TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçunun, aşağıda ele alacağımız Anayasa m. 17/3 ve 38/5, CMK m. 147 ve 148'in ihlalinin yaptırımını oluşturduğu söylenebilecektir[595].

TCK'da işkence ve kötü muamele yasağıyla alakalı bir diğer düzenleme ise TCK m.18/3'tür. Buna göre kişinin talep eden devlete geri verilmesi halinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa talep kabul edilmeyecektir. Yukarıda da

---

[591] DEMİRBAŞ (1992) s.5-6; BAŞBÜYÜK, s. 1445; ÜZÜLMEZ (2002) s.151; ER, s.169.

[592] BAŞBÜYÜK, s.1445-1446; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.264; AKYÜZ, Özlem **'İşkence Suçu'** 2014, http://www.alitizik.av.tr/files/iskence_sucu_suc_tipinin_unsurlari_uluslararasi_hukuktaki_yeri_zamanasimi.docx (Son Erişim Tarihi: 05/04/2019). s.2-3.

[593] ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.13.

[594] ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.13-14.

[595] DEMİRBAŞ (2006), s. 106; BAŞBÜYÜK, s.1446.

ayrıntıları ile anlattığımız üzere suçluların iadesi, sınır dışı edilmesi ve iltica konularında devletler egemenliklerinin gereği olarak diledikleri gibi düzenleme yapma ve takdir yetkisine sahiptirler. Ancak bu takdir yetkisinin sınırının temel insan hakları özellikle işkence ve sair kötü muamele yasağı olduğunu yukarıda anlattığımızdan burada konuya değinmekle yetineceğiz.

1.3. Ceza Muhakemesi Hukuku

CMK'da da işkence ve kötü muameleyi önlemeye yönelik pek çok düzenlemelere yer verilmiştir. Mesela yakalama sonrası doktor kontrolü yapılması, işkence vakası ile karşılaşan doktorun ihbar yükümlülüğü, ifade ve sorgudan önce şüpheli ve sanığa haklarını bildirme yükümlülüğü, kişinin kendisini veya yakınını suçlayıcı beyana veya delil göstermeye zorlanamaması, müdafii ile görüşme hakkı ve gözaltında ifade alınması sırasında müdafiin hazır bulunma hakkı ve müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı gibi hükümler CMK'daki güvencelere örnek olarak gösterilebilir[596].

Bir suçun faili olduğu düşünülen veya tutuklanması muhtemel görülen kimselerin yakalanmasında kişi hâkim kararı bulunmaksızın özgürlüğünden mahrum bırakılmaktadır. Kişi özgürlüğünü kısıtlayan tüm koruma tedbirleri gibi bu tedbirin de orantılılık ilkesine uygun biçimde uygulanması gerekmektedir. Yakalanmanın şekli mevzuatta ayrıntıları ile düzenlenmiş, yakalama sırasında belirli hal ve koşullarda PVSK m.16 ve ek m.6 uyarınca polislere zor kullanma ve silah kullanma yetkisi tanınmıştır[597]. Mevzuat gereği, polisler, yakalanan kişi, yakalama işlemine karşı direnir ise bunun önüne geçmek ve kişinin bu direncini kırmak için halin gerekli kıldığı ölçüyü aşmamak ve kişinin sağlığına zarar vermemek kaydıyla her tür önlemi alabilir ve zor kullanabilirler. Yine Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 11/1-e uyarınca, ''Gözaltına alınan kişi saldırgan bir tutum sergilemeye başladığı veya kendisine zarar vermeye kalkıştığı takdirde önce sözle kontrol altına alınmaya çalışılır. Bu mümkün olmadığı takdirde hareketini giderecek derecede kuvvet kullanılabilir. Ancak zarurî olmadıkça gerek kendisinin gerek başkasının hayatı, vücut bütünlüğü veya sağlığı tehlikeye girmedikçe kuvvet kullanılmaz''.

[596] MAHMUTOĞLU, s.4.
[597] ÖNOK, s.448-449.

Ancak zor kullanma yetkisinin gerektiği yerde veya ölçüde kullanılmaması halinde ise TCK m.256'da düzenlenen Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması hükmü uygulama alanı bulacaktır[598].

Ayrıca mevzuatımızda belirli hal ve koşullarda polise silah kullanma yetkisi de tanınmıştır. Buna göre PVSK m.16 uyarınca ''polis, meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında; bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde; hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde; kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde silah kullanmaya yetkilidir. Polis, silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir. Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.''

Yukarıda da belirttiğimiz üzere yakalama ve gözaltı sürecinde kelepçe takılma işlemi, işlemin yasal gözaltı ve tutuklama süreci sonunda uygulanması, uygulamanın gerekli olması şartıyla AİHS m.3'e aykırı olmayacaktır[599]. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.7'e göre, yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir. Bu koşullar altında kelepçe takma konusunda takdir kolluk kuvvetlerine bırakılmıştır. Ancak bu koşullara uyulmaz ve işlem teşhir şeklinde kişiyi küçük düşürmek

[598] ÖNOK, s.450.
[599] ÖNOK, s.216, 450.

rezil etmek amacıyla gerçekleştirilir ise artık işkence ve sair kötü muamele yasağına aykırılık değerlendirilmesi yapılacaktır[600].

CMK m.99'da gözaltı öncesi ve sonrasına ilişkin sağlık raporuna ilişkin düzenlemenin düzenlenecek Yönetmelikte yapılacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin Sağlık kontrolü başlıklı 9. maddesine göre yakalanan kişinin, gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenecektir. Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adlî mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilecek; gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılacaktır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanmalıdır. Yine bu düzenlemeye göre, gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbî muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Bu husus işkence ve kötü muamelenin önüne geçmek, ayrıca bu fiillerin gerçekleşmesi halinde açığa çıkması için düzenlenmiştir. Ancak personel yetersizliği ve farklı kolluk görevlisinin bulunmaması hâlinde bu hüküm uygulanmayabilecektir. Yapılan muayene sırasında hekim, işkence ve eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde durumu, derhâl Cumhuriyet savcısına bildirmesi gerekmektedir. Bu durumda Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7 ve 8. maddesine göre işlem yapılacaktır. Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması elzemdir. Ancak hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilecektir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafi de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilecektir. Sağlık kontrolüne dair hüküm iki yönlü bir koruma sağlamakta, hem işkenceye maruz kaldığını iddia eden kimseye iddiasını resmî belge ile ispat etme imkânı sağlamakta hem de devlet kötü niyetli ve asılsız işkence iddialarından korunmuş olmaktadır. Ancak bu hususların sağlanması için

[600] ÖNOK, s.216, 450.

hekimlerin baskıdan uzak ve bilimsel bir ortamda tıbbi inceleme yapması ve sonucunda rapor vermesi gerekmektedir[601].

Başvuruculara veya mağdur olduğunu iddia eden kişilerin akrabalarına, soruşturmanın yahut kovuşturmanın işleyişi veya sonuçları hakkında bilgi verilmemesi veya geç bilgi verilmesi de işkence ve sair kötü muamelenin önlenmesinde sorun teşkil etmektedir. Yasağın ihlalini ortadan kaldırmak amacıyla CMK'nın 95/1 maddesinde şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, savcının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilme zorunluluğu düzenlenmiştir. Ayrıca CMK m. 107, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumunu bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesinin de önünü açmıştır[602].

CMK m.147'de işkence ve sair kötü muamelenin en geniş uygulama alanı bulduğu ifade ve sorgunun aşaması ve bu işlemlerin yapılması gerektiği biçim düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre, şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur: a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. b) Kendisine yüklenen suç anlatılır. c) Müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafiin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirilir. d) Yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir. e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir. f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır. g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır. h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkânlardan yararlanılır. i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta: 1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih. 2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği. 3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler

[601] ÖNOK, s.220-221.
[602] NAL (2007), s.179.

yerine getirilmemiş ise nedenleri. 4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafi tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı. 5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri, yer almalıdır. Türk hukukunda ifade alma veya sorgu sırasında şüpheli veya sanığın özgür iradesini sakatlamaya yönelik yasak usuller ise bir sonraki madde olan CMK m.148'de düzenlenmiştir[603].

İşkence ve sair kötü muameleyi önlemek amacına hizmet eden önemli düzenlemelerden biri CMK m.148'de düzenlenen yasak sorgu yöntemleridir. Bu düzenlemeye göre, şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Ayrıca yasaya aykırı bir yarar vaat edilemeyecektir. Yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemez[604]. CMK m.148/4 uyarınca müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması gereksinimi ortaya çıktığında bu işlem ancak savcı tarafından yapılabilir. Bu yasak sorgu yöntemleriyle alınan ifadelerin hükme esas alınmayacağı düzenlemesiyle işkence ve kötü muamelelerin önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca işkence ve diğer kötü muamele iddiaları genellikle kolluk kuvvetlerinin ifade almaları sırasında meydana geldiğinden müdafi hazır bulunmaksızın kolluk kuvvetlerince alınan ifadenin sanık tarafından kabul edilmemesi halinde bu ifadenin hükme esasa alınamayacağı da bu sebeplerle kabul edilmiştir[605].

Burada dikkat edilmesi gerekir ki Anayasa m.38/5'in uzantısı olarak CMK'nın m.147/1-e'de ifade ve sorgunun tarzı başlıklı düzenlemenin altında susma hakkı düzenlenmiştir[606]. Konuşmak istemeyen şüpheli veya sanığı, ruhsal veya bedensel zor kullanılarak konuşturmak, susma hakkının ihlal etmesi yanı sıra işkence yasağını da ihlal edecektir. İşkence, Anayasa ve Kanun'un öngördüğü susma hakkını ihlal ettiği ettiğinden hem anayasaya hem de kanuna aykırıdır, kanuna aykırı elde edilen ifadenin delil değeri ise yoktur[607].

---

[603] ÖNOK, s.419.
[604] NAL (2007), s.179; ALGAN, s.23; ÖNOK, s.419.
[605] NAL (2007), s.179.
[606] BAŞBÜYÜK, s.1446.
[607] ÖZGEN, s.224-225.

İfade alma ve sorguda yasak usullerin doğal sonucu delil olarak değerlendirme yasağıdır. Anayasa 38/6'ya göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemeyecektir[608]. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillere ilişkin değerlendirme yasağı mutlaktır. Yasak ifade alma veya sorgu yöntemi sayesinde elde edilmiş bilgi sonucunda ulaşılan dolaylı deliller de yasak kapsamına girmektedir[609]. Bu kapsamda belirli bir suçun soruşturması veya kovuşturulması esnasında elde edilen yasak ifade alma veya sorgu yöntemi ile elde edilen bilgi, işlenmiş olması olası olan bir başka suç bakımından kullanılıp kullanılmayacağı ise tartışmalıdır. Mesela hukuka aykırı koşullarda alınan ifade sırasında başka bir suçun işlendiğine dair bilgi elde edilirse bu bilgiden hareketle o suç hakkında soruşturma başlatılıp başlatılmayacağı öğretide tartışmalıdır. Öğretide Şahin'in görüşüne göre, söz konusu ifade işkence ve kötü muamele sonucunda yani mutlak delil yasağı ihlal edilerek elde edilmişse bu bilginin hiçbir muhakemede kullanılması söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık bu delilin zaten hukuka uygun yollarla elde edileceğinin kesin görülmesi söz konusu ise diğer suçun soruşturma bakımından dikkate alınması gerekmektedir. Aksi görüşe göre ise değerlendirme yasağı mutlaktır ve hukuka aykırı surette elde edilen deliller hiçbir soruşturma ya da kovuşturmada kullanılamayacaktır[610].

Ayrıca CMK m.148/3 uyarınca yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez[611]. Yasak usullerle elde edilmiş ifade esasen zaten rızaya dayalı değildir ancak bu hükümle elde edilen delilin değerlendirilmesinde gösterilecek rızanın geçersiz olacağı açıkça düzenlenmiştir. Sonradan gösterilen rıza bu delilleri hukuka uygun hale getirmeyecektir. CMK m. 148, mutlak delil yasağını bu şekilde düzenlemiştir[612].

İfade ve sorgu için düzenlenen yasak usuller, ceza yargılaması hukukunda temel ilkelerden olan delil serbestliği ilkesi, vicdani delil sistemi ve maddi gerçekliğin araştırılması ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır. Maddi gerçekliğin araştırılması ilkesi, gerçeğin ne pahasına olursa olsun bulunması gibi bir hukuka aykırılığı içermemektedir, zira bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile sınırlanmıştır[613]. Diğer bir deyişle biçimsel değil, maddi

[608] ÖNOK, s.416.
[609] ÖNOK, s.420.
[610] ÖNOK, s.420-421.
[611] ÖNOK, s.416.
[612] ÖNOK, s.419.
[613] ALGAN, s.15.

gerçekliğin araştırılması ilkesini amaç edinmiş ceza sistemi, her şey delil olur ilkesini, insan onuruyla çizilen sınırlarla sınırlamıştır. Buna ilkeye göre, insan onurunu ve yasal sınırlar içinde yani meşru yollarla delil elde edilmeli ve ancak bu suretle elde edilen deliller yargılamada kullanılmalıdır[614]. Serbest iradeye dayanmayan, maddi ya da manevi cebir ile elde edilen ikrarın veya sair delilin, hukuki değeri olmayacağı ise temel hukuk kuralıdır[615].

CMK m.148'de düzenlenen yasak ifade ve sorgu yöntemleri örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bunlardan ilki, kötü davranmadır. Kötü muamele, ifadeyi alan kimsenin, ifadesi alınanın özgür iradesi ile ifade vermesine engel olacak şekilde vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığına yönelik her türlü doğrudan veya dolaylı saldırıyı ifade etmektedir. Kötü muamelenin, işkence boyutuna ulaşmasına gerek yoktur. Yoğun ışık, sıcak veya soğuk altında ifade alma, tükürme, saç çekme, sürükleme gibi hareketler kötü muameleye örnektir[616]. İkinci hareket ise ilaç vermedir. İfadesi alınanın rızası olsun ya da olmasın, onun bedensel ya da ruhsal durumunu etkileyerek direncini kıracak veya iradesi dışında onu konuşturacak her türlü ilaç verilerek alınan bilgi ve elde edilen delil, hukuka aykırı olacaktır. ABD'de yaşayan bir olayda hasta olan şüpheliye ağrılarını azaltmak amacıyla kolluk kuvvetleri tarafından ilaç verilmiş ancak verilen ilacın içerdiği maddeler sebebiyle şüphelinin iradesi zayıflamış ve şüpheli ikrarda bulunmuştur. ABD Yüksek Mahkemesi, kolluk kuvvetlerinin amacına bakmaksızın önemli olanın şahsın iradesi üzerinde oluşan etki olduğun belirterek bu ikrarı geçerli bulmamıştır[617]. AİHS m.3 gereği devlet gözetimi altında bulunan hükümlü ya da tutukluların sağlık, bakım ve diğer gerekli ihtiyaçlarını sağlamakla yükümlüdür. Bu aşamada şüpheli veya sanıkta ortaya çıkacak herhangi bir hastalık sebebiyle verilmesi gereken ilacın veya yapılması gereken tıbbi müdahalenin, içeriğinde bulunan maddenin kişinin iradesini zayıflatacak olması sebebiyle bu ilacın verilmemesi veya müdahalenin yapılmaması söz konusu olmayacaktır. Ancak şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması veya sorgusunun yapılması, ilacın bu etkisi geçene kadar ertelenecektir[618]. Yasak yöntemlerden bir diğeri olan yorma, ifadesi alınanın dinlenme ihtiyacının kaçınılmaz olmasına rağmen dinlenemediği için iradi karar verme yeteneğinin etkilendiği, sağlıklı düşünemeyecek kadar bitap düştüğü durumlarda söz konusu olur. İfadesi alınanı uzun süre aç ve susuz bırakılması, uzun saatler veya günler ve geceler

[614] ALGAN, s.24.
[615] ÖZGEN, s.224.
[616] ÖNOK, s.426-427.
[617] ÖNOK, s.427-428.
[618] ÖNOK, s.428.

boyunca dönüşümlü olarak ifadesini alınması sonucunda ortaya çıkan açlık ve yorgunluk, vücutta zehirlenme yaratıp iradi karar verme ve hareket etme özgürlüğünü yitirilmesine sebep olduğundan yasak kapsamındadır[619]. Bir diğer yasak ifade alma ve sorgu biçimi olan aldatma ile ifade alan, gerçekte var olmayan olayları, var ya da olmuş gibi göstererek ifadesi alınanın belli konudaki özgür iradesini etkilemekte ve aslında açıklamak istemediği hususlarda açıklama yapmasını sağlamaktadır. Kişinin düştüğü hatanın oluşumuna veya mevcut hatayı güçlendirmek için katkıda bulunmamak ya da mevcut hatayı düzeltmemek suretiyle bu durumdan yararlanmak ise hukuka aykırı usul kapsamına girmemektedir. Ancak ifade verenin haklarını öğrenme hakkı, ifade verenin bu doğrultuda yükümlülüğü olduğundan, hukuki durumu hakkında yanılan kişinin hatasının, ifadeyi alan tarafından giderilmesi gerekmektedir, bu hatasından yararlanmak ise hukuka uygun olmayacaktır. Kollukta ifade vermeyeceğini belirten şüpheliyle sohbet havasında yapılan konuşmanın, şüphelinin haberi olmaksızın videoya kaydedilmesi şeklinde gerçekleşen olayda Yargıtay bu kaydın hükme esas alınamayacağını belirtmiştir. Bir görüşe göre, aldatma kavramı dar yorumlanmalıdır ve irade özgürlüğüne yönelik her hareket değil belirli yoğunluğa ulaşan hareketler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Buna göre, ifade ve sorgu sırasında aldatıcı ve şaşırtıcı olmakla birlikte telkin niteliği taşımayan ve sanığın beyanı konusunda irade özgürlüğünü ihlal etmeyen soruların sorulması, ifade alma teknik veya taktiği olduğundan hukuka aykırı olmayacaktır. Aksi görüşe göre ise, aldatmanın yoğunluğu önem arz etmeyip ifadesi alınanın özgür iradesinin etkilenip etkilenmediği mühimdir[620]. Yasak usullerden bir diğeri olan cebir, ifadeyi alan tarafından, ifadesi alınanın, ifadeye konu fiille ilgili bilgi vermesi veyahut arzu edilen içerikte bir beyan vermesi için bedensel ya da ruhsal zor kullanılmasını ifade etmektedir[621]. Tehdit ise, ifadesi alınanın, hiç ya da belirtildiği şekilde ifade vermemesi durumunda kendisine veya bir yakınına kötülük yapılacağının bildirilmesi sebebiyle irade özgürlüğünün etkilenmesidir. Mesela kişinin kanunda yer almayan veya olayda uygulanması mümkün olmayan bir tedbirin uygulanması ile korkutulması, tehdit oluşturacaktır. Ancak kanunda yer alan tedbirlerinin usulüne uygun olarak uygulanması halinde şüpheli veya sanığın iradesi etkilenmiş olsa bile hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır[622].

[619] ÖNOK, s.429.
[620] ÖNOK, s.430-431.
[621] ÖNOK, s.431-432.
[622] ÖNOK, s.432-433.

CMK m.148'de yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri düzenlenirken son olarak ''bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz'' denilmiştir. Burada yukarıda maddede örnek yoluyla sayılan yasak usuller dışında ifadesi alınanın özgür iradesini etkileyebilecek her türlü hareketin yasak olacağıdır. Mesela yalan makinesi, hipnoz yöntemleri gibi araçlar bu kapsamda değerlendirilecektir[623]. Teknolojik gelişmeler ile değişen ve gelişen yöntemler açısında bu hükme CMK'da yer verilmesi, düzenlemeyi yaşayan bir düzenleme haline getirmiştir.

CMK 148/2 uyarınca, Kanuna aykırı bir yarar vaat edilmesi söz konusu olmayacaktır. Kanuna aykırı vaat, somut olayda hukuk çerçevesinde yerine getirilmesi mümkün olmayan bir husus hakkında onu yerine getirmek için verilecek sözdür. Failin kişiliğine bağlı olan erteleme, adli para cezasına çevirme, cezanın alt-üst sınırı arasında cezaya hükmedilmesi gibi hâkime takdir yetkisi verilen hususlarda hâkimin ikrar veya sair delil elde etmek maksadıyla sanığa bunlar vaat etmesi, hukuka aykırı olacaktır. Ancak ifade veren veya sorguya çekilen kimseye, mevcut tavrını değiştirir ise bunun doğurabileceği olumlu sonuçları hatırlatmak, onu ikaz etmek bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. İfadesi alınan kimseye çay, kahve, sigara gibi şeylerin vaat edilmesi halinde bunun yasak kapsamında olup olmadığını belirlemek için vaadin ifadesi alınanın iradesi üzerinde doğurduğu etkiye bakmak gerekecektir. Örneğin sigara bağımlısı olup uzun süre sigara içememiş olan bir kimseye, ifadeye konu olay açıklığa kavuştuktan sonra sigara verileceğinin söylenmesi halinde psikolojik direnci kırılmış olan şüphelinin iradesine rağmen isteneni söylemesi durumunda edinilen bilgi ve deliller hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır[624].

Esasen her ifade veya sorgu, ifadesi alınan buna katlanmakla yükümlü olduğundan devletin kişinin iradesi üzerine zorlayıcı etkisinin izlerini taşımaktadır. Zira şüpheli veya sanık ceza muhakemesinde süje olmakla beraber kendisine karşı yürütülen soruşturma veya kovuşturma kapsamında kişi özgürlüğü veya bedensel bütünlüğüne yönelik kanuni müdahalelere katlanmakla yükümlüdür. İfade ve sorgu yöntemlerinin bünyesinde barındırdığı yorucu, üzücü, kaygı ve stres doğurucu nitelik, kişinin özgür iradesini etkileyecek boyuta vardırılmadıkça ve direncini kırmaya yönelik sistematik ve kasıtlı hareketler barındırmadıkça, işkence ve sair kötü muameleden söz edilemeyecektir[625].

[623] ÖNOK, s.433.
[624] ÖNOK, s.436-437.
[625] ÖNOK, s.438.

CMK m.148'de düzenlenen yasak ifade alma ve sorgu usulleri her zaman işkence ve sair kötü muamele teşkil etmeyecektir. Öğretideki bir görüşe göre, kişinin maddi veya manevi bütünlüğüne saldırı niteliğinde olup özgür iradesini etkileyen narkoanaliz, hipnoz, poligrafi testi gibi uygulamalar işkence ve sair kötü muamele yasağını ihlal edecek niteliktedir[626]. Diğer bir görüşe göre, teknolojik ve bilimsel gelişmeler sonucunda kişi üzerinde acı veya ıstırap duyma sonucu doğurmayan ancak kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne müdahale teşkil eden iradesini etkileyen ve bu surette insan onurunun dokunulmazlığı ilkesini ihlal eden muameleler, işkence veya sair kötü muamele kapsamında değerlendirilecektir[627]. Diğer bir deyişle ceza hukukundaki işkence suçu ile ceza muhakemesindeki ifade alma ve sorgu yasakları her zaman birbirini karşılamamaktadır. Kısacası her işkence, delil yasağı oluşturur ancak her delil yasağı, işkence suçunu oluşturmayacaktır[628]. Mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açan muamelenin yukarıda da belirttiğimiz üzere belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Ancak CMK m.148'de yer alan yasak usul kapsamındaki her muamele bu ağırlığa ulaşmak zorunda değildir. Mesela kanuna aykırı yarar vaat etmenin bu ağırlığa ulaştığından söz edilemeyecektir.[629] Zorla ilaç verme, hipnoz, yalan makinesi gibi araçların kullanılması, kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne saldırı teşkil etmekte insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi ile çatışmakta doğal olarak algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açacak muamele kapsamında kalabilmektedir[630].

CMK m.148'in uygulanabilmesi için yasak ifade alma veya sorgu usulü ile alınan bilgi veya elde edilen delil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır, yani hukuka aykırı yöntem kullanılması dolayısıyla ifadeyi veren kimse etkilenmiş ve vermek istediği beyandan başkasını zorla vermiş olmalıdır[631]. Delilin hukuka aykırı yolla elde edilip edilmediğinin tam olarak tespit edilemediği hallerde öğretideki bir görüşe göre, şüpheden sanık yararlanır ilkesi burada uygulama alanı bulmayacak ve delil kullanılabilecektir, diğer görüşe göre ise hâkim kesin kanaate ulaşamazsa mahkûmiyet kararı verilemeyecektir. Bunların aksi görüşe göre ise şüphe halinde delilin kullanılması söz konusu olmayacaktır. Yargıtay Ceza Genel

[626] DEMİRBAŞ (1992), s.41; ÖNOK, s.438.
[627] ÜZÜLMEZ (2003), s. 11; ÜZÜLMEZ (2002), s.151.
[628] ÖNOK, s.443-444.
[629] ÜZÜLMEZ (2003) s.235; ÖNOK, s.441-442.
[630] ÜZÜLMEZ (2002), s.151.
[631] ÖNOK, s.424-425.

Kurulu 08.04.2003 tarihinde verdiği kararında hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan kanıtların hükme esas alınamayacağını ortaya koymuştur[632].

Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hakkındaki düzenlemelerden biri olan CMK 230/1-b'de mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi ve bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buradan çıkan sonuç ise hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin dosyadan çıkarılması mümkün olmayacağıdır[633]. Hukuka aykırı şekilde edilen deliller dosya kapsamında yer almakla beraber hükme esas alınamayacaktır.

Ceza muhakemesi hukukumuz, işkence sonucu elde edilen ifadelerin hiçbir şekilde delil olamayacağını açıkça gösteren kuralları içermektedir[634]. Ancak uygulamada bazı dönemlerde aksi kararlar çıktığı da görülmüştür. Mesela Erzincan 2 numaralı Sıkıyönetim Mahkemesi'nin 24.1.1984 tarihli kararında ifadeler, işkence altında alınmış olsa bile eğer doğruyu ifade ediyorsa, yani oluşa ve dosyaya uyuyorsa, ifadeye itibar edilebilir, denilmektedir[635]. Bu kararın insan haklarına, işkence ve sair kötü muamele yasağına, anayasaya, AİHS'ne ve sair mevzuata aykırı olduğu açıktır.

CMK'da işkence ve sair kötü muamelenin önlenmesi için yer alan bir düzenleme de CMK m.154'tür. Buna göre, şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafi ile konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda her zaman görüşebilecek, bu kimselerin müdafi ile yazışmaları denetime tâbi tutulamayacaktır. Burada şüpheli veya sanığın her an müdafi ile görüşebilme ihtimali, işkence ve sair kötü muamele uygulanması bakımından potansiyel faillerde bir çekingenliğe sebep olacaktır. Eğer işkence ve sair kötü muamele uygulanmış ise bunun açığa çıkmasında, üzerinin örtülmesinin önlenmesinde yine bu hüküm faydalı olacaktır.

Benzer bir düzenleme olan CMK madde 148/4'e göre, müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacaktır. Buna göre kolluk tarafından müdafi hazır bulunmaksızın alınacak ifade, ifadeyi veren kimse tarafından hâkim veya mahkeme önünde

[632] ÖNOK, s.422-423.
[633] ÖNOK, s.422.
[634] ÖZGEN, s.225.
[635] ÖZGEN, s.225-226.

tekrarlanmadıkça delil olarak kullanılmayacaktır. Dolayısıyla kolluk memurları bu hükmü bildiği için şüpheliyi ikrara zorlamayacaklardır[636].

2. İŞKENCE SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER VE İNSAN ONURU

Bir suçun kanunda düzenlendiği yer, o suçla korunan hukuki değerin tespitinde önemli bir ölçüttür. Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde incelendiğinde işkence suçunun kanunda düzenlendiği yer bakımından üç farklı sistemin kabul edildiğini görülmektedir[637]. Ülkelerin ulusal ceza yasalarında işkence suçuna, bazen devlet idaresi aleyhinde suçlar, bazen kişilere karşı suçlar ve bazen de adliye aleyhine suçlar kısmında yer verilmiştir. 765 sayılı TCK m. 243'te düzenlenen işkence suçu, devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar kısmında yer almakta iken, 5237 sayılı TCK m.94'te düzenlenen işkence suçu, kişilere karşı suçlar kısmında yer almaktadır[638]. Her iki kanunda işkence suçunun düzenlendiği yer farklılık arz etse de işkence suçu hem bireyler hem de kamu düzeni ve güvenliği açısından önem taşımaktadır[639]. Ancak 5237 sayılı TCK'da kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması öne çıktığı için, korunan hukuki değerlerin önceliğinin değiştiği söylenebilecektir[640].

Kanun'un gerekçesinde de yer aldığı üzere işkence suçu ile korunan hukuki değer, birden fazladır ve karma nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiil, işkenceye maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta ve onların beden ve ruh sağlığını bozmakta ve yaşam hakkını tehdit etmektedir[641]. İşkence suçuyla öncelikle Anayasa m.17'de düzenlenen kişi dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığı korunmaktadır zira işkence yasağı bu maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir[642]. Bu suç ile ayrıca 1982 Anayasası m.38/5 ile koruma altına alınan sanığın susma yani kendi veya kanunda gösterilen bir yakını aleyhine suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı[643]

---

[636] ÖNOK, s.533-534.
[637] NUHOĞLU, s. 535; ÖNOK, s.348.
[638] BAŞBÜYÜK, s.1446; MAHMUTOĞLU, s.6; ÖNOK, s.348-349.
[639] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.262; ÖNOK, s.348-349.
[640] ÖNOK, s.350
[641] ÜZÜLMEZ (2002), s.152-156; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.6; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.262; MAHMUTOĞLU, s.6; BAŞBÜYÜK, s.1447; DEMİRBAŞ (1992), s. 29; DEMİRBAŞ, Timur**, 'Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi'** Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, s. 205 vd.; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s.241; BAYRAKTAR, s.152; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.122.
[642] ÖNOK, s.353.
[643] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 241; ÖNOK, s.355.

ve m.36/1 ile m.90/6 gereğince iç hukukumuzun bir parçası olan AİHM m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkını korumaktadır[644]. Öte yandan işkenceye maruz kalan kişi irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta algılama yeteneği etkilendiği için duyduğu acı ve elemin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilmektedir. Bu nedenle belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulan işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu etki doğurabilmektedir. İşkencenin ayrı bir suç olarak cezai yaptırım altına alınması hem bireylerin maddi ve manevi bütünlüğünün korunmasına hem de ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Ayrıca işkence teşkil eden fiiller ile kişilerin devlet idaresine olan güvenleri sarsılmaktadır. İşkence suçu hem bu suçun faili olan kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışta bulunmama konusunda devlete karşı olan yükümlülüğünü koruma altına almakta hem de kişilerin kamu görevlilerine ve bu kamu görevlilerinin temsil ettikleri devlete olan güvenlerini zedeleyecek davranışları önlemeyi amaçlamaktadır[645].

İşkence, sağlık ve hayatı hiçe sayacak nitelikte, çağdışı, vahşi, küçük düşürücü, yok edici, azap ve ıstırap içinde bırakıcı fiillerden oluşur. İnsanın, bir suçu itiraf etmesi için insan onurunu hedef alan bu fillere maruz bırakılmasını önlemek için işkence bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir[646]. Yaralama, öldürme gibi eylemler, kişilerin beden bütünlüğüne ve yaşam hakkına, cinsel saldırı ve istismar kişilerin cinsel bütünlüğüne, hakaret kişilerin şerefine yönelirken işkence kişilerin varlığının temeli olan insan onuruna saldırı teşkil etmektedir. Bu sebeple işkence suçu, yaralama, öldürme, cinsel saldırı suçlar dışında bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir[647].

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak işkence suçunun ifade elde etmek amacıyla işlenmiş olması aranmamaktadır[648]. Ancak genel olarak işkencenin bir kimseye suçunu söyletmek amacıyla işlendiği düşünüldüğünde işkence neticesinde elde edilen deliller sebebiyle adalet hatalı tecelli eder ve ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi

---

644 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 241.

645 ÜZÜLMEZ, 2002, s.152-156; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.6; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.262; MAHMUTOĞLU, s.6; BAŞBÜYÜK, s.1447; DEMİRBAŞ (1992), s. 29; DEMİRBAŞ (1999), s. 205 vd.; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 241; BAYRAKTAR, s.152; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.122.

646 BAYRAKTAR, s.152.

647 ÖNOK, s.275.

648 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.262.

gerçeğe ulaşılamaz[649]. Çünkü fiiller ceza yargılaması içerisinde bireylerin özgür iradelerini ortadan kaldırmakta ve bunun sonucunda kişilerin kendisini ve yakınları hakkında suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamayacağı ve maddi gerçeğin araştırılması ilkeleri de ihlal edilmektedir. Dolayısıyla yargı düzeni ve kamu idaresi de sarsılmaktadır[650].

İşkence aşağıda da ele alacağımız üzere özgü bir suçtur. Devlet gücünü kullanan bir kamu görevlisinin, görevini kötüye kullanmak veya kendisine verilen yetki sınırlarını aşmak suretiyle bir kimsenin haklarına zarar vermesi, kişilerin kamu idaresine karşı duydukları güven duygusunun azalmasına ve idarenin itibarının sarsılmasına sebebiyet vermektedir[651]. İşkence suçunun bağımsız olarak düzenlenmesi ile kamu görevlilerinin yasaklanış belirli davranışlara başvurmasının önüne geçilmek istenmiştir. Zira bu davranışlar önlenemez ise kamu düzeni ve idareye duyulan güven azalacaktır[652]. İşkence uygulanmasını göz ardı eden veya hoş gören idareye, toplum güvenmek yerine ondan korku duyar; bu da devlet işleyişine zarar verecektir[653].

Ezcümle, işkence koruduğu hukuki değer bakımından karma nitelik taşımaktadır. Şöyle ki, işkence suçu ile hem vücut bütünlüğü ve insan onuru hem de ceza adaletinin ve kamu idaresinin işleyişi korunmaktadır[654].

3. İŞKENCE SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI

3.1. Mağdur

TCK m.94'te düzenlenen işkence suçunun mağduru, herkes olabilir. TCK m.94/2'de belirtilen kişilerin mağdur olması halinde ise nitelikli hal söz konusu olacaktır[655]. Bu husus aşağıda ayrıntılı ele alınacaktır.

Kanun'un gerekçesinde yer aldığı üzere, işkence suçunun mağduru, sadece suç şüphesi altında olan kişi ile sınırlı olmayıp, tanık ve hatta bir kamu görevlisi de bu suçun mağduru olabilir. Oysa 765 sayılı TCK'ya göre işkence suçunun mağduru yalnızca sanık, mağdur,

---

649 ÖNOK, s.357.
650 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.262.
651 ÜZÜLMEZ (2002), s.152.
652 ÖNOK, s.358.
653 BAYRAKTAR, s.152-153.
654 ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.6; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.263; BAŞBÜYÜK, s.1448; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 241-242; DEMİRBAŞ (1992), s.30; NUHOĞLU, s.550 vd.; ÖNOK, s.358.
655 ÖNOK, s.376.

şahsi davacı, müdahil veya tanık olabilmekte idi[656]. 5237 sayılı TCK'nın, 765 sayılı TCK'dan bu konuda ayrıldığı görülmektedir. 5237 sayılı TCK'ya göre işkence suçunun mağduru herkes olabilecektir. Mesela şüpheli veya sanıktan ikrar yahut sair delil elde etmek için, işkence fiillerinin başka bir kişiye örneğin bu kimselerin yakın bir akrabasına yöneltilmesi de mümkündür[657].

3.2. Fail

İşkence suçunun faili, TCK m.94/1'de kamu görevlisi olarak gösterilmiştir. Madde gerekçesine göre işkence suçu, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmektedir. Suçun faili ancak bir kamu görevlisi olabileceğinden, işkence suçu özgü suç niteliğindedir[658]. Özgü suçlar bilindiği üzere kanunda belirtilmiş olan belirli sıfat veya niteliklere haiz kimselerin faili olabileceği suçlardır[659]. TCK m. 6/1-c kamu görevlisini tanımlamıştır, buna göre; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, kamu görevlisidir. Kanun, kamu görevlisi kavramını geniş şekilde tanımlamış ve kamusal bir faaliyetin yürütülmesine katılan her kişiyi kamu görevlisi saymıştır. Dolayısıyla her kamu görevlisi bu suçun faili olabilecektir[660]. Kanun düzenlemesinden kamuya yönelik ve kamuya yararlı her hizmet sağlayan kişinin kamu görevlisi olması gibi bir sonuç çıkmaktadır. Mesela taksici, belediye otobüsü şoförü, hemşire, özel okul öğretmeni vb. nice meslek bu tanıma göre, kamu görevlisi olarak değerlendirilebilecektir. Esasen bu, kanun koyucunun arzu etmediği kadar geniş bir sonuçtur[661].

İşkence suçunun faili olabilecek kişiler bakımından 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında farklılık bulunmaktadır. 765 s. TCK'da her kamu görevlisi, m. 243'te düzenlenen işkence suçunun faili olamamakta; bir kamu görevlisinin bu suçun faili olabilmesi için ifade almak ve sorguya çekmek hususunda yetkili olması gerekmekte, yetkili olmayan

---

656 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.264; BAYRAKTAR, s.155; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 249.
657 ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.14; ÖNOK, s.386.
658 ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.6; ALGAN, s.13; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.122; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 247-248; ÖNOK, s.360.
659 ÖNOK, s.360.
660 MAHMUTOĞLU, s.7; BAŞBÜYÜK, s.1449; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 248.
661 ÖNOK, s.371-372.

kamu görevlisinin yaptığı fiiller işkence suçunu oluşturmamaktaydı[662]. Oysa 5237 sayılı TCK, işkence suçunun faili bakımından kamu görevlisi sıfatına sahip olmasını yeterli görmüş ve suçun faili bakımında kapsamını oldukça genişletmiştir. Buna göre, bir emniyet mensubu bu suçun faili olabileceği gibi, okulun kurallarına aykırı davranan öğrenciyi dolaba kilitleyen okul müdürü, bir yetiştirme yurdunda çocukların üzerinde sigara söndürüp, onları çamaşır leğeninde deterjanlı artık suyla yıkayan çocuk bakıcısı gibi herhangi bir kamu görevlisi de işkence suçunun faili olarak değerlendirilebilecektir[663].

5237 sayılı TCK bakımından ise failin işkence suçunu işlemesi için kamu görevlisi olması yeterli ve gereklidir. Bu husus, işkence fiillerinin suç olarak düzenlenmesinin amacı bütün kamu görevlilerinin görevi sebebiyle işlediği suçları cezalandırmak olmadığı TCK'daki düzenlemenin işkence suçunun kapsamını aşar ölçüde geniş olduğu gerekçesiyle öğretide birtakım yazarlar tarafından eleştirilmektedir[664]. Mesela vergi dairesinde çalışan bir memurun, mükellefe karşı işlediği fiiller işkence teşkil etmemelidir denilmektedir[665]. Bu gibi sakıncaların önüne geçmek için, yalnızca zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin, işkence suçunun faili olabileceğini kabul ederek işkence suçuna ilişkin kanun hükmünün dar yorumlanması gerektiği şeklinde bir görüş, öğretide bazı hocalar tarafından benimsenmektedir. TCK m. 94'te işkence suçunun işlenebileceği alanlar mesela ceza yargılamasında, resmi merciler tarafından gözetim altına alınmasına ilişkin yargılamada, idari para cezası yargılamasında, disiplin yargılamasında gibi madde metninde açıkça belirtilmiş olsaydı, bu durumda her kamu görevlisi değil, ilgili yargılamaya katılmaya yetkili olan kamu görevlileri suçun faili olabilecek ve öğretide tartışmalara sebep olmayacak idi[666]. Kanun koyucu bu şekilde bir düzenleme yapana kadar, kanun metninin, işkence suçunun failinin, yalnızca kuvvet kullanma görev ve yetkisine sahip olan kamu görevlilerinin olabileceği yönünde yorumlanması öğretide önerilmektedir[667].

---

[662] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.264; DEMİRBAŞ (1992), s. 30; NUHOĞLU, s. 559; BAŞBÜYÜK, s.1448; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 248.

[663] BAŞBÜYÜK, s.1449; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 248; ÜZÜLMEZ, İlhan **'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu'** Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S.5, 2005, s.232.

[664] BAŞBÜYÜK, s.1449; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.122.

[665] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.263.

[666] BAŞBÜYÜK, s.1449.

[667] BAŞBÜYÜK, s.1450.

Benzer şekilde fail yönünden öğretide eleştirilen ve tartışmalara sebebiyet veren bir diğer husus da şudur, işkencenin ilişkin olduğu konunun kamu görevlisinin yetki ve görev alanına girmesi gerekip gerekmediğidir[668]. Bir görüşe göre, kamu görevlisinin fail olabilmesi için görev ve yetki alanı içinde işkence teşkil eden eylemleri yerine getirmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre kamu görevlisinin, görev ve yetki alanı dışında bu eylemi işlemesi durumunda tipe uygun olması halinde bir başka suç, mesela kasten yaralama, hakaret, eziyet gibi suçlar oluşabilecektir[669]. Başka bir deyişle kamu görevlisinin, göreviyle bağlantılı olmaksızın görevinden kaynaklanan nüfuzu kötüye kullanılmadan kişiler üzerinde işkence teşkil fiiller uygulaması, işkence suçunu değil TCK m.96'da düzenlenen eziyet suçunu oluşturacaktır[670]. Diğer bir görüşe göre ise kanun bu konuda bir sınırlama getirmediğinden kamu görevlisinin işkence uygulaması ile yerine getirdiği görev arasında ilişki olması veya zor kullanma yetkisine sahip olması gibi bir tartışmanın içine girilmesine gerek yoktur[671]. Oysa kamu görevlisi olan herhangi bir kimsenin intikam amacıyla evine hapsettiği bir kimseye insan onuruna aykırı bir takım ıstırap verici eylemler gerçekleştirmesi halinde işkence suçundan bahsedilmesi kanun koyucunun işkence suçunu düzenlemekteki amacını aşmış olacak[672], eziyet suçunun varlığını anlamsız kılacaktır.

Fail yönünden öğretide tartışılan bir başka konu ise işkence ve sair kötü muamele uygulayan kamu görevlisinin, soruşturma ya da kovuşturma ile ilgili bilgi elde etmek amacıyla hareket edip etmemesinin, suçun oluşumu bakımından önem arz edip etmediğidir. Bir görüşe göre, kamu görevlisi ancak bir yargı faaliyetine ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek amacıyla bu fiilleri uygulaması halinde suç oluşacaktır. Diğer bir görüşe göre, 765 sayılı TCK'da aranmakta olan bu düşünce, 5237 sayılı TCK için şart değildir ve dolayısıyla işkence suçunun oluşması için fiiller ile yargılama faaliyeti arasında bir bağlantı bulunmasının zorunlu olmayacaktır[673].

TCK m. 94/4'te ''Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır'' denilerek TCK m. 40/2'de yer alan özgü suçlarda diğer kişilerin azmettiren ya da yardım eden sıfatı ile cezalandırılacaklarına dair bağlılık kuralına bir istisna

---

668 BAYRAKTAR, s.153-154.

669 BAYRAKTAR, s.153; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.122; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, c. III, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.2469; ÖNOK, s.373.

670 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015), s. 248; ÖNOK, s.373.

671 BAYRAKTAR, s.154-155.

672 ÖNOK, s.373.

673 BAYRAKTAR, s.154.

getirilmiştir[674]. Bu hüküm sebebiyle aslında fail sıfatını taşımayacak olan şerikler, fail olarak cezalandırılacaklardır[675]. Kanun'un gerekçesine göre, bu hüküm konularak suçun işlenişine kamu görevlisinin yanı sıra diğer kişilerin de iştirak etmiş olduğu durumlarda kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçilmek istenmiştir. Dolayısıyla işkence suçuna kamu görevlisi olmayan kişilerin iştirak etmesi halinde kamu görevlisi olmayan kişiler, kamu görevlisi gibi sorumlu tutulacaklardır[676]. Mesela sanığın sorgusunda görevli olmayan bir kimse, görevli kolluk memuruna, sanığa işkence yaparken yardımcı olursa o da sorgudaki kolluk görevlisi gibi cezalandırılacaktır[677].

1984 tarihli BM Sözleşmesi uyarınca işkence suçunun faili, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden kimse ya da bunları teşviki veya rızası veya muvafakatiyle hareket eden herhangi bir kimse olabilecektir. Esasen bu hükümde kamu görevlisi olmayan kimselerin de işkence suçunun faili olabileceği sonucu çıkmaktadır. Anayasa m.90/son uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir ve bu anlaşmalar ile yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlükler hakkında kanunda farklı bir düzenleme söz konusu ise milletlerarası anlaşmalar esas alınacaktır. TCK hükümleri incelendiğinde kamu görevlisinin teşviki durumunda TCK m.94/4 uyarınca kişi kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. İşlenen işkence suçuna başka bir kamu görevlisinin muvafakati veya rızası durumunda ise TCK m.94/5 uyarınca suçu önleme yükümlülüğü altında bulunmasına rağmen kasıtlı bir ihmali hareketle yükümlülüğünü yerine getirmeyen kamu görevlisi de işkence suçunun faili gibi cezalandırılacaktır. TCK'daki bu düzenlemeleri ile BM Sözleşmesi'nin gereklerinin yerine getirilmiş olduğu söylenebilecektir[678].

Türk mevzuatında mahkûmiyet kararı verilebilmesi için failin belirli olması gerekmektedir. Buna karşılık AİHS m.3'e aykırılıktan dolayı bir devletin mahkûm edilebilmesi için sanığın belirli olmasına gerek yoktur, devlet adına hareket eden bir kimsenin eylemi gerçekleştiğinin sabit olması ihlal kararı verilmesi için yeterlidir[679].

---

[674] ALGAN, s.13; BAYRAKTAR, s.154; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 114.
[675] ÖNOK, s.360-361.
[676] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.122; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 248-249.
[677] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.122.
[678] ÖNOK, s.375-376.
[679] ÖNOK, s.219-220.

3.3. Fiil

3.3.1. Genel olarak

Fiil, insan tarafından gerçekleştirilen icrai yahut ihmali iradi bir davranıştır[680]. Bu icrai ve ihmali davranışların, ceza kanunlarında yer alan düzenlemelerde yer alan tipik hareketlerden birini oluşturması halinde suç işlenmiş olacaktır. İşkence teşkil eden fiiller, TCK'nın 94. maddesinde belirtildiği üzere, insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ya da algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açacak nitelikte davranışlardır. Madde metninden anlaşıldığı üzere işkence suçu, seçimlik hareketli bir suçtur ve bu hareketlerin ortak özelliği insan onuru ile bağdaşmayan nitelikte olmalarıdır[681].

İnsan onuru, diğer tüm insan haklarının temelinde olan mutlak ve dokunulmaz bir değerdir ve değerler hiyerarşisinin en üstünde yer almaktadır. AYM, 1966 tarihinde verdiği bir kararda insan onurunu hakkında şu cümlelere yer vermiştir: ''…insanın ne durumda ve hangi koşullar altında olursa olsun, salt insan olmasının kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir. Bu böyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce ve davranış ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkartmaktadır''[682]. Mahkeme 2005 tarih kararında ise insan onurunu, ''insanın insan oluşunun insana kazandırdığı değer'' olarak tanımlanmıştır[683]. Bir başka tanıma göre ise, insan onuru, insan haklarının temeli ve insanın insan olduğu için sahip olduğu insanı insan yapan ve onu diğer canlılardan ve objelerden ayıran bir öz değerdir[684]. Mesela gözaltına alınan mağdurlara ikrar veya sair bilgi elde etmek için, erkeklerin hayalarını sıkmak, makatlarından cop sokmak, kadınlara cinsel taciz veya saldırıda bulunmak, aç bırakmak, hakaret ve tehdit etmek, göz bağlamak, yüksek sesli marş dinletmek, çırılçıplak soymak, elektrik akımı vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak gibi hareketler insan onuruna aykırıdır[685]. İnsan onuru ile bağdaşmayan hareketler, insanın insan olma dolayısıyla maddi ve manevi varlığından ayrılmaz olarak

---

680 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 243.
681 BAŞBÜYÜK, s.1453; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.123-124; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 244; ÖNOK, s.350, 382-383, 389.
682 ÖNOK, s.350-351.
683 BAYRAKTAR, s.157.
684 ARSLAN, Kahan Onur **'İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması'** TBB Dergisi, S.120, 2015, s.157.
685 BAŞBÜYÜK, s.1454-1455.

kendisi ile birlikte yaşadığı saygınlık, bağımsızlık, güçlülük ve birey olma bilincine saldırı teşkil eder[686]. Kişinin kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneğine yönelik saldırılar kişinin özgür iradesini etkilediği, insanı iradesi hilafına davranmaya zorladığı, özgürce düşünüp karar verebilme yetisi ve irade serbestisini kısıtladığı için onu bir obje haline getirmekte bu da insan onuruna aykırılık teşkil etmektedir[687]. TBMM Adalet Komisyonu CMK Tasarısına ilişkin raporda ‘‘insanı obje haline getiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu değerin inkârı anlamına gelen her türlü işlem insan onuruna aykırıdır’’ denilmektedir.

5237 sayılı TCK'da işkence suçu, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir[688]. Kanun gerekçesine göre, insan onuruna aykırı surette ve belli bir süreç içerisinde sistematik bir şekilde uygulanan kişinin bedensel ve ruhsal yönden acı çekilmesine, algılama ve irade yeteneğini etkilenmesine ve aşağılanmaya yol açan hareketler, işkence suçunun hareket unsurunu oluşturur. Kanunda işkence bir üst kavram olarak düzenlenmiştir. Buna göre bedensel veya manevi acı ya da ıstırap veren hareketlerin yanı sıra zalimane, insanlık dışı veya kötü muameleler ve hatta algılama ve irade yeteneğini etkileyen veya aşağılanmasına yol açan, insan onuruna aykırı her türlü hareket, işkence suçu kapsamında yer almaktadır[689]. Bedene doğrudan etki yapan maddi nitelikteki acı veren hareketlerle, bedene doğrudan veya dolaylı etki yapmamakla beraber algılama ve irade yeteneğini etkileyen, aşağılanmasına yol açan hareketler işkence suçunu oluşturmaktadır. Kanunda işkence, sadece bedensel ve ruhsal acı çektiren hareketlerle sınırlandırılmamış, işkencenin yanı sıra zalimane ve insanlık dışı muamele kavramlarına yer verilmeyerek işkencenin acı ve ıstırap verme ölçütü üzerindeki öğretideki tartışmaların önüne geçilmek istenmiştir[690].

Kanun'un lafzı uyarınca aşağıda ayrıntıları ile açıklanacak olan seçimlik hareketlerden birinin varlığı, işkence suçunun oluşması için yeterlidir[691]. Ancak Kanun'un gerekçesinde işkence suçunu oluşturan seçimlik fiillerin, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmesi ve süreç içinde süreklilik arz etmesi gerektiği belirtilmiştir. Süreç içerisinde sistematik biçimde işlenen bu fiiller, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı,

686 BAYRAKTAR, s.157.
687 ÖNOK, s.390-391.
688 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015), s. 244; MAHMUTOĞLU, s.8.
689 MAHMUTOĞLU, s.7; ÖNOK, s.382-383.
690 MAHMUTOĞLU, s.8.
691 BAŞBÜYÜK, s.1452; MAHMUTOĞLU, s.9.

algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkiler doğurmaktadırlar ve süreklilik arz etmektedirler. Kanun metninde yer almayıp gerekçede belirtilen bu husus, öğretide tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Öncelikle sistematik olma unsurunun ne ifade ettiği konusuna açıklık getirmek gerekmektedir. Bir görüşe göre, sistematik olma unsuru işkencenin önceden tasarlanması ve örgütlü olarak icra edilmesi, plan dâhilinde yapılan hazırlık doğrultusunda hiyerarşi içinde iş bölümü yapılarak icra edilmesi anlamına gelmektedir[692]. Öğretide bu görüş, başka yazarlarca, suç tipiyle bağdaşmadığı ve uygulama alanını daralttığı gerekçesiyle eleştirilmiş; sistematik olma unsuru, belirli bir süreç içerisinde mağdura karşı yöneltilen saldırıların, önceden kararlaştırılmış, organize ve düzenli bir seyir takip etmesi olarak tanımlanmıştır[693].

Süreklilik ve sistematikliğin, suçun unsuru olup olmadığına ilişkin olarak bir görüşe göre, kanun hükmünde ‘‘yol açacak davranışlardan’’ bahsedildiği için süreklilik ve sistematiklik işkence suçunun oluşabilmesi için zorunlu unsurdur[694]. Bir başka deyişle ‘‘davranışlar” sözcüğü çoğul olarak kullanıldığından, seçimlik hareketler sürekli olarak tekrarlanarak yapılacaktır[695]. Dolayısıyla ancak insan onuruna aykırı seçimlik hareketlerden biri veya birkaçı, sürekli ve sistematik şekilde işlenirse işkence suçundan bahsedilebilecektir. Yani ani nitelikli hareketler, işkence suçunu değil, tipikliğine göre kasten yaralama, tehdit, cinsel saldırı gibi suçlar oluşturacaktır[696]. İşkence suçunun oluşabilmesi için insan onurunu ihlal eden bu hareketlerin sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir[697]. Yapılan kötü muamelelerin değişik günlerde olması veya işkenceyi oluşturan fiillerin birbirini takip eden günlerde yapılması zorunlu olmayıp belli bir süre devam etmesi yeterli kabul edilmektedir. Mesela kasten yaralama fiili birkaç dakika, işaret veya sözle tehdit bir dakika veya daha az, cinsel taciz bir veya birkaç dakika sürmektedir. Bu fiillerin devamlılığı halinde mesela gidip gelip bir kişiye tokat veya tekme

---

692 SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 151; BAŞBÜYÜK, s.1465 ve ÖNOK, s.412.

693 ÖNOK, s.412.

694 ÜZÜLMEZ 354; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.267; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 243.

695 BAYRAKTAR, s.156-158.

696 ÜZÜLMEZ 354; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.267; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 243.

697 HAKERİ, Hakan, **Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, 2009, s. 354; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 243; ÜZÜLMEZ (2005), s. 236; MAHMUTOĞLU, s.9.

atılması, küfür edilmesi, tek ayak üstünde tutulurken yüzünü duvara döndürüp elleri havada veya duvara yapışık şekilde bekletme, uyutmamak için geceleri sık sık soru sorma, bağırma, gürültü yapma veya vurma, yüksek sesle sürekli müzik dinletmede, soğukta çıplak şekilde betona yatırma, elektrik verme, sıcak havada su vermeme, giyinik veya soyunukken su sıkıp seyretme, tuvalet ihtiyacını görmesine izin vermeme ve benzeri şekildeki muameleler ani nitelikte olmayıp fiiller belli bir süreç içinde sistematik biçimde işlenmiş olmaktadır[698].

Sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde şartı, Kanun'un gerekçesinde yazmaktadır. Suçun karakterini etkileyebilecek bu şartın, kanun metninde yazılmayıp gerekçede yer alması, tartışmalara sebebiyet verdiğinden öğretide eleştirilmiştir[699]. Bu kriterden, belirli süreç içinde işkence oluşturan seçimlik hareketlerden birinin veya birkaçının yahut hepsinin tekrarlanması anlaşılmalıdır. Buna göre mesela bir tek tokat atma fiili işkence değil, kasten yaralama suçunu oluşturacaktır. Ancak belirli zaman diliminde tokatların tekrarlanırsa veya atılan tokatlara tekme, tehdit, hakareti cinsel taciz gibi hareketler eklenirse bunlar bir bütün halinde işkence suçunu oluşturacaklardır[700]. Buna karşılık bazı hareketler nitelikleri gereği sistematik bir uygulama özelliği taşırlar. Mesela, Filistin askısı, falaka, fosseptik çukurunda bekletilen bez ile kişinin gözlerinin bağlanması ve cinsel saldırının bir kez yapılması ile işkence suçu tamamlanacaktır[701].

Sistematik olmayan veya süreklilik arz etmeyen hareketler de işkence teşkil edebilir[702]. Mesela bir kimsenin göz kapağının üzerinde sigara söndürülmesi, cinsel organının kesilmesi de sistematik nitelik taşımayan eylemler olmasına rağmen işkence olarak nitelendirilebilir[703]. Sistematik olma şartı, hareketi işkence olarak nitelendirmede yardımcı ise de suç tipinin zorunlu unsuru değildir. AİHM kararlarına göre de hareketin sürekliliği, işkence fiilinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken kriterlerden yalnızca biridir, suçun unsuru değildir[704]. İşkence teşkil eden her davranışın sistematik olmasının aranması

---

[698] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas No: 2014/269, Karar No: 2007/108, Karar Tarihi: 14/02/2017 < https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).

[699] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 243; ÖNOK, s.411.

[700] ÜZÜLMEZ (2005) s.236; ÖNOK, s. 412; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 244.

[701] ÜZÜLMEZ (2005) s.236; MAHMUTOĞLU, s.9; BAYRAKTAR, s.156-158; NAL (2007), s.162; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 244; ÖNOK, s.412.

[702] ÖNOK, s.414.

[703] BAŞBÜYÜK, s.1466.

[704] ÖNOK, s.414; BAŞBÜYÜK, s.1466; MAHMUTOĞLU, s.10; ANAYURT, s.433.

doğru değildir[705]. Aynı şekilde hareketin sürekliliği de dikkate alınacak ölçütlerden biri olmakla birlikte, işkence suçunun olmazsa olmaz unsuru değildir[706]. Zira yukarıda da bahsettiğimiz üzere bazı fiiller niteliği itibariyle anidir ve süreklilik arz etmezler. Mesela mağdura bir kez elektrik verilmesinin veya cinsel saldırıda bulunulmasının, işkence suçunu işlenmesi için yeterli kabul edilmesi gerekir[707].

AİHS'nde ve AİHM kararlarında sistematiklik ve süreklilik, işkence için zorunlu unsur olarak aranmamaktadır. BM sözleşmesi de işkencenin tanımlarken işkence suçunun kim tarafından hangi amaçlar çerçevesinde işlenebileceği belirtilmiş ancak hareketin sistematik ve sürekli olmasından bahsetmemiştir[708]. BM sözleşmesi m.1, yukarıda da belirttiğimiz üzere sözleşmedeki işkence tanımından dar olan iç hukuk düzenlemelerine zımnen izin vermemiştir[709]. Dolayısıyla TCK m. 94 yorumlanırken, hareketin sürekliliğinin ve sistematikliliğinin zorunlu bir unsur olarak kabul edilmemesi gerekmektedir.

TCK m.94'te işkenceyi oluşturan ıstırap veren bedensel veya ruhsal mahiyetteki fiillerin ağır nitelikte olması gerekmemektedir. Buna göre uluslararası belgelerde aranan seçimlik hareketin ağırlığına dair somut bir ölçüt ülkemiz öğretisi ve mevzuatında mevcut değildir ve bu hareketlerin belirli bir ağırlığa ulaşmasına ilişkin olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, işkence, insanın bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile insan olmaktan kaynaklanan onuruna karşı işlenen ihlallerden en ağır olanlarını ifade eder. TCK m.94, işkence suçunun oluşabilmesi için bedensel ya da ruhsal acının ağır olması gerektiğini açıkça düzenlemeyerek bu konuyu tartışmalı hale getirmiştir. Oysa madde gerekçesinde atıf yapılan 1984 tarihli BM Sözleşmesi'nde bedensel ya da ruhsal acı veya ıstırap veren hareketin ağır olması gerektiği belirtilmiştir. Yine AİHS m. 3 kapsamında verilen AİHM kararları işkence teşkil eden fiillerin belirli bir ağırlıkta olması gerektiğini belirtmektedir. İşkence, çok ağır ve acımasızca acı çekilmesine yol açan kasti hareketleri cezalandırmak için öngörülmüş bir suçtur ve onu, diğer kötü muamelelerden ayıran husus ister bedensel ister ruhsal olsun çekilen acı ya da ezanın yoğunluğudur. TCK, işkence suçuna, fail ile mağdur bakımından hiçbir sınırlama getirmediği ve özel saik de aramadığı için, maddede sayılan seçimlik hareketleri işkence suçu kapsamında değerlendirirken suç tipinin gereği

[705] ÖNOK 412 vd.; BAŞBÜYÜK 1468.
[706] BAŞBÜYÜK, s.146; ÖNOK, s.412 vd.
[707] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.267; ÖNOK, s.412-415.
[708] BAŞBÜYÜK, s.1466-1467.
[709] ÖZGEN, s.214-215.

olarak ağırlık kıstasına başvurmak gerekecektir ve belirli ağırlığı aşmayan davranışlar işkence kapsamında ele alınmayacaktır. Bu görüşe göre, seçimlik hareketin ağır acı veya ıstıraba yol açmasından kasıt, maddi acının çok olması değil fiilin işkence olarak nitelendirilmesini haklı kılan asgari bir ciddiyet ve vahamet düzeyine varmasıdır[710].

Bir başka görüşe göre her türlü maddi acının ağır olduğunu kabul etmek gerekmektedir[711]. Zira az ya da çok maddi acı doğurabilecek her türlü fiili, yaralama sayan ceza hukuku sistemimizin, işkence söz konusu olduğunda değişik bir ölçüt benimsemesi kabul edilebilir olmayacaktır[712]. Ayrıca işkencenin varlığı tespit edilirken ağır acı veya ıstırap verme kriterinin ölçüt alınması, acı ve ıstırap hissi kişiden kişiye göre değiştiği için doğru olmayacaktır. Ayrıca işkencede esas alınması gereken temel nokta, kişinin onuru ve bunun dokunulmazlığıdır[713]. Yine bu doğrultudaki bir görüşe göre, insan onuruna aykırı işkence fiillerine, kanunda ayrıca ağırlık kıstası getirilmemesi, işkence suçu bakımından eksiklik oluşturmayacaktır zira insan onuruna aykırı her hareket zaten ağır nitelik taşımaktadır[714]. Zira insan onuru yukarıda da ele aldığımız üzere, kişilerin sırf insan olmasından kaynaklanan, varlığını hissettirmeyen, yokluğunda ise insanı insan yapan kişiliğinden arındırıp değersizleştiren, obje haline getiren değerdir. İnsan onuruna aykırılık zaten davranışın belirli bir ağırlığa ulaştığını göstermektedir. İnsan onuruna aykırı olduğu düşünülen davranışı ayrıca belirli bir ağırlığa ulaşıp ulaşmadığının yeniden kontrolü, insan onuruna aykırılığın ağır ihlali ve hafif ihlali gibi yerinde olmayan bir ayrıma yol açacaktır. Bu sebeple belirli bir ağırlığa ulaşma değerlendirmesine gerek yoktur[715].

AYM, bir kararında bu hususa şöyle değinmiştir: "Belirtilen eylemlerin AİHS m.3 anlamında işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve bu kavramların Anayasa m.17'de yer verilen muadilleri olan işkence, eziyet veya haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için, mağdurun sübjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği bedensel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir[716]". Görüldüğü üzere,

---

[710] ÖNOK, s.391 vd., s.399-411.
[711] ÖZGEN, s.218-219.
[712] ÜZÜLMEZ (2002) s.160.
[713] ÜZÜLMEZ (2003) s.109-112.
[714] BAŞBÜYÜK, s.1455.
[715] BAŞBÜYÜK, s.1462-1464.
[716] **Işık Yaykır Başvurusu,** AYM, Başvuru No: 2013/2284, Karar Tarihi: 15/04/2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2284 > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).

AYM, işkence ve sair kötü muamele kavramları arasında ayrım yaparken eylemin sebebiyet verdiği bedensel ve ruhsal acının ağırlığını ölçüt olarak almıştır[717].

AİHK ve sonrasında AİHM, AYM kararlarında işkence yasağına aykırı muameleden söz edebilmesi için kişiye yöneltilen fiilin, en az belli bir ağırlıkta veya belli bir düzeyde olmasını aranmıştır[718]. Bu ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara bağlı olarak değerlendirilmektedir[719]. AİHS m.3 ile ilgili ilk davalardan olan İrlanda v. Birleşik Krallık kararından itibaren neredeyse tüm kararlarda bu değerlendirme yapılmıştır. Soering v. Birleşik Krallık kararında ise bu kriterlere ek olarak şiddetin, muamele veya cezanın niteliği ve kapsamı, uygulamanın şekli ve yöntemi gibi davaya ilişkin tüm koşullara bağlı olduğunu da gözeterek kararını vermiştir[720]. AİHM daha sonraları, Felix Tomasi davasında bu kıstaslardan söz etmemiş, kullanılan fiziki kuvvetin yoğunluğu ve devamlı tekrarını vurgulamıştır. Böylelikle, uygulanan muameleye ilişkin ağırlık eşiği daha aşağıya çekilmiştir[721]

Farklı toplumlar ve hatta aynı toplumdaki farklı kişiler hangi hareketlerin kötü muamele olduğu konusunda farklı görüşlere sahiptir. Mesela dini veya kültürel inançlar dikkate alındığında kadınlara veya çocuklara yönelik muameleler daha vahim olarak algılanabilmektedir. Yine belli bir muamelenin bir kişi üzerinde yaratacağı psikolojik etki, o kişinin yetiştiği kültür ile yakından ilişkilidir. AİHS m.3 ile getirilen koruma konusunda AİHM kararlarıyla getirilen standart uygulama ve AİÖK çalışmaları, asgari eşiğin değerlendirilmesinde objektifliğe ulaşmayı sağlamaktadır[722].

3.3.2. İşkence Suçunun Seçimlik Hareketleri

5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde de düzenlendiği üzere işkence suçunu oluşturan seçimlik hareketler şöyledir:

[717] ALTIPARMAK, s.159.
[718] REIDY, s.14; DÜLGER, s.340; ÜZÜLMEZ, 2002, s.160-161; ÇOR, s.68.
[719] DÜLGER, s.340; ÜZÜLMEZ, 2002, s.160-161; ÇOR, s.68; NAL (2001), s.532; ALTIPARMAK, s.169; ÖNOK, s.175.
[720] REIDY, s.14.
[721] ÜZÜLMEZ (2002) s.160-161.
[722] REIDY, s.15.

- Kişinin bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesi

İşkence suçunu oluşturan ilk seçimlik hareket, insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde kişinin bedensel veya ruhsal acı çekmesine sebebiyet vermektedir. Bu tür hareketler, işkence ve zalimane veya insanlık dışı davranışlar şeklinde gerçekleşen kötü muameleleri kapsayan hareketlerden oluşmaktadır[723]. Az ya da çok bedensel veya ruhsal acıya sebep olan kasıtlı hareketler bu anlamda kötü muameleyi oluşturmaktadır[724].

Mağdura yönelik bedensel yönden acı çekmesine sebebiyet veren hareketler, beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde bozmaya yönelik örneğin yaralanma veya sakatlanma ile sonuçlanan bütün hareketleri kapsamaktadır. Mesela vurma gibi mağdurun vücuduyla doğrudan temas edildiği durumlarda vücuda acı vermek koşulu çoğu zaman gerçekleşmiş olmaktadır. Fakat bir kimsenin rutubetli, pis, böceklerle dolu bir mekânda tutulması gibi maddi acı vermeyen hareketler hem bedensel hem de ruhsal acı kapsamında değerlendirilebilecektir[725]. Örneğin kişinin farelerden aşırı derecede korkuyor, onları görmeye dahi tahammül edemiyorsa onu farelerin bulunduğu bir odada tutmak, kişiye hem bedensel hem de ruhsal yönden acıf verecektir[726]. Kişiye verilecek bedensel ve ruhsal acının mutlaka mağdura temas edilerek gerçekleştirilmesi gerekmez; mesela Yargıtay bir kararında bir kaptan diğer kaba su boşaltılarak su ihtiyacı olan kimsenin su içme arzusunu artırmayı hedefleyen bu davranışı işkence olarak değerlendirmiştir[727]. Kolluk görevlisinin bir kimseyi itip kakması, tekmelemesi, tokat atması, saçını çekmesi, yüze tükürmesi, üzerini kirletmesi, gözlerini bağlaması, zorla sağlığı bozucu veya tiksindirici şeyler yedirmesi, elbiseleri yırtması, sigara ile vücudunu yakması gibi fiiller ise vücut dokunulmazlığını ihlal eden işkence ve sair kötü muamelelerdir[728].

İşkence teşkil eden hareketlerin mutlaka mağdurun bedenine doğrudan etki yapan, maddi nitelikli hareketler olması gerekmez, akıl ve ruh sağlığı bakımından ıstıraba yol açan hareketler de işkence suçunu oluşturabilmektedir[729]. Mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine yol açmak ise, mağdurun psikolojisine yönelik, onun ruh sağlığını bozulmasına

[723] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 245; MAHMUTOĞLU, s.8.
[724] MAHMUTOĞLU, s.8.
[725] ÖNOK, s. 392.
[726] BAŞBÜYÜK, s.1456; BAYRAKTAR, s.159; ÖNOK, s.392.
[727] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.265.
[728] BAYRAKTAR, s.158-159; ARTUK, 24; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2009) s.2462; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 245.
[729] ÖNOK, s.386.

sebebiyet veren hareketlerdir[730]. Diğer bir deyişle bu hareketler ile mağdurun akli veya düşünsel faaliyetlerinin büyük ölçüde zarara uğramaktadır[731]. Bu şekilde işkence bedene doğrudan fiziki muamelede bulunmaksızın mesela kişiyi aşırı soğuk ya sıcak, aşırı gürültülü ve ışıklı ortamda tutmak suretiyle de gerçekleştirilebilir[732]. Yine mesela bir anneye, sürekli kendi çocuğunun ağlama sesi dinletilmesi, annenin ruhsal yönden acı çekmesine yönelik bir harekettir[733].

Kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine sebebiyet veren fiiller, esasen yaralama suçunun da hareket unsurunu oluşturmaktadır. Ancak yaralama suçunun oluşabilmesi için netice olarak mağdurun acı çekmesi aranmakta iken işkence suçunun oluşabilmesi için mağdurun acı çekmesine yol açacak davranışların varlığı yeterli olup, mağdurun bu hareketler neticesinde acı çekmesi gerekmemektedir[734]. Mağdurun acı çekme eşiğinin yüksek olması veya mesela uyuşturucu madde sebebiyle acıyı hissedememiş olmasının bu noktada bir önemli bulunmamaktadır[735]. Yine suçun, vücuda eza vermiş olması da gerekli değildir. Mesela mağdurun gözlerinin bağlanması, ağzına pamuk tıkanması, üzerinin kirletilmesi işkence suçunu oluşturabilecektir[736].

Bedensel yönden acı çektirilecek hareketin fail tarafından bizzat mağdura yaptırılması da mümkündür. Mesela failin tehditleri sebebiyle mağdurun kendine zarar verici hareketi yapmak zorunda kalması hali bu duruma örnek olacaktır[737].

Mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine sebebiyet vermek maksadıyla yapılan hareketler, mağdurun yakınlarına yönelebilmektedir. Mesela mağdurun yakınlarına yönelik işkence tehdidi, anne babanın gözü önünde çocuğuna yönelik saldırı veya tecavüz, işkence seyrettirme gibi hareketler mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine sebep olacaktır[738].

İnsan onuruyla bağdaşmayan ve mağdurun bedensel ve ruhsal acı çekmesine sebep olan davranışı şu Yargıtay kararı ile örneklendirebiliriz: ‘‘polis memuru olan sanıklar R.. B.., G.. K.., F.. T..'ın bir suçu nedeniyle yakalanan katılana suçunu söyletmek amacıyla yüzüne, gözüne vurmaları, katılanı sırtüstü yatırıp üzerine otururak darp etmeleri gözlerini bantla

[730] ÖNOK, s.392-393.
[731] BAYRAKTAR, s.158; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 245.
[732] ÖNOK, s.386.
[733] BAŞBÜYÜK, s.1456.
[734] BAŞBÜYÜK, s.1455-1456; ÖNOK, s. 392; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.265; Aksi görüş: ÖNOK, s.476.
[735] ÖNOK, s.392.
[736] ÜZÜLMEZ (2005) s. 236; BAŞBÜYÜK, s.1456; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015), s. 245.
[737] ÖNOK, s.392.
[738] ÖNOK, s.386-387.

bağlamaları, ellerine arkadan ters kelepçe takmaları, üzerini soyarak hayalarını sıkmaları , bunları gün içinde birkaç sefer tekrarlamaları biçimindeki eylemlerinin belli bir süreç içerisinde süreklilik gösteren ve dolayısıyla sistematik bir şekilde insan onuruyla bağdaşmayan, katılanın bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine neden olan algılama ve irade yeteneğini ve buna bağlı olarak da hiç bir şekilde etkilenmeden, özgür iradesiyle ifade vermesini etkileyen, aşağılanmasına yol açan davranışlar şeklindeki eylemlerinin işkence suçunu oluşturduğu...''[739].

- Algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine yol açma

TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçunun diğer seçimlik hareketi ise mağdurun algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine yol açan hareketlerdir. Algılama yeteneği, bir kimsenin gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilmesini, irade yeteneği ise kişinin davranışlarını yönlendirilmesi yetisine sahip olmasını ifade eder[740]. Algılama ve irade yeteneği TCK'da ayrıca kusur diğer bir deyişle isnat yeteneği için de kabul edilmiş kıstaslardır. Bir fiilin bir kimseye isnat edilebilmesi için, bu kişinin fiili işlediği sırada algılama ve irade yeteneğine sahip olması gerekir[741].

Mağdurun dış dünyadaki verileri doğru olarak anlayabilme, buna göre iyi-kötü, doğru-yanlış ayrımı yapabilme kabiliyetinin olumsuz etkilenmesine yönelik psikolojik-sinirsel sisteminde değişikliğe yol açan davranışlar, algılama yeteneğinin etkilenmesi seçimlik hareketi kapsamında kalmaktadır. Bu bakımdan mesela korku veya uyku bozukluğuna sebebiyet veren, kişinin psikolojik durumunda ortaya çıkacak her tür olumsuz değişiklik, akli veya ruhsal yetilerde meydana gelecek her tür anormal hal bu kapsamdadır.[742]

İşkence suçunda hareket unsurunu oluşturan algılama yeteneğinin etkilenmesine yol açmayı, bir kimsenin yapmış olduğu fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneği şeklinde anlamak, işkence suçunun amacına aykırı sonuçlar doğurabilir. Mesela kusur yeteneği olmayan bir kimseye, sair bilgi elde etmek için ilaç verilmesi olayında algılama yeteneği zaten olmayan bir kişi söz konusu olduğu için bu suçun hareket unsuru gerçekleşmiş olmayacaktır. Bu sebeple algılama yeteneği, insanın etrafında olguları

[739] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Esas No: 2012/199, Karar No: 2014/32, Karar Tarihi: 03/11/2015, https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019).
[740] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.265; ÖNOK, s.394.
[741] KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.295-296; ÖNOK, s.394.
[742] ÖNOK, s.395.

gözlemleyebilme yeteneği olarak da anlaşılırsa ve kişinin bu yeteneğine etki eden hareketler işkence suçuna konu olabilecektir. Böylece kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin gözlerinin bağlanması, işkence suçu kapsamında değerlendirilebilecektir[743]. Algılama yeteneğinin etkilenmesi şeklindeki hareketler ayrıca yaralama suçundaki algılama yeteneğinin bozulması unsuru çerçevesinde değerlendirilebilir. Kişinin akli ve ruhsal yetilerinde meydana gelmesine sebep olunan her türlü anormallik mesela korku, uykusuzluk algılama yeteneğinin bozulması anlamına gelebilecektir[744].

İrade yeteneği ise bir kimsenin kendi davranışlarını yönlendirebilme, özgür iradesiyle nasıl davranacağını belirleyebilme yeteneğidir. Kişinin düşünme ve düşüncelerine göre hareket edebilme, davranışlarına yön verebilme yetisini ortadan kaldıran hareketler, işkence suçunun seçimlik hareketlerinden irade yeteneğinin etkilenmesi unsuru kapsamında değerlendirilebilir[745]. Mağdurun serbest iradesini etkilemeye yönelik her türlü dış muamele, bu seçimlik hareketi ihlal edecektir[746].

İrade yeteneğinin etkilenmesi, CMK m.148'de düzenlenen yasak sorgu yöntemleri ile bağlantılıdır. Ancak her yasak sorgu yöntemi uygulamasının, doğrudan işkence suçunu oluşturacağını söylemek yukarıda da belirttiğimiz üzere doğru olmayacaktır[747].

Algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine yol açıcı fiile maruz kalan mağdur normal şekilde düşünememekte, davranışlarına yön verememekte ve akli durumu zayıflamaktadır. Mesela kişi uzun süre uykusuz bırakılmakta, fobileri belirlenip onlarla korkutulmakta, sevdiklerine zarar verilmek ile tehdit edilmekte[748] yahut işkence yapılacağından bahisle korkutulmaktadır. Kişinin bu fiiller sonucunda bedensel veya ruhsal acı çekmesi şart olmayıp, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine yol açan fiillerin insan onuruyla bağdaşmayan nitelikte olması yeterlidir[749].

- Aşağılanmasına yol açma

Bir kimseye karşı aşağılanmasına yol açan muamelede bulunmak, işkence suçunun bir diğer seçimlik hareketini oluşturmaktadır. AİHM içtihatlarına göre aşağılayıcı muamele, bir kimseyi, diğer kişiler karşısında büyük ölçüde utandıran, rezil eden ya da şahsi iradesi

[743] BAŞBÜYÜK, s.1458.
[744] ÖNOK, s.395; BAŞBÜYÜK, s.1458.
[745] ÖNOK, s.395.
[746] BAŞBÜYÜK, s.1459.
[747] ÖNOK, s.396-397.
[748] BAYRAKTAR, s.160.
[749] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 245.

veya bilinci dışında davranmaya zorlayan, onda korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onun kişilik onurunu zedeleyen her türlü davranıştır[750]. Esasen aşağılama kısaca, bir kimseyi küçük düşürmek ve saygınlığını sarsmaya yönelik hareketlerdir[751]. Kişinin aşağılanmasına yönelik davranışlar, kişinin onur ve şeref yönelik saldırı niteliğindedir. Kişinin çırılçıplak soyulması ve vücut özellikleri ile alay edilmesi, kişiye sürekli hakaret edilmesi gibi davranışların kişinin aşağılanmasına yönelik olduğu söylenebilir[752].

Hareketin aşağılayıcı olup olmadığı tespit edilirken, objektif değerlendirme yapılmalı, küçük düşürme etkisi denk iki davranış mağdurların sübjektif durumları gözetilerek farklı şekilde nitelendirilmemelidir[753]. Bir insanı, obje konumuna düşüren, onu insan olarak yok sayma amacı taşıyan veya saygısızca eğlence aracı haline getiren davranışlar, aşağılayıcı niteliğe haizdir[754].

Yargıtay kararlarına göre, aşağılayıcı nitelikte hareketler, bir kimsenin namus, şöhret ve haysiyetine saldırı teşkil etmekte, kişiyi aşağılamak, değerinden ve niteliğinden daha aşağı seviyeye indirmek, hor görmek suretiyle manevi acı doğurmayı amaçlamaktadır[755]. Mesela bir kimsenin gözlerinin bağlanmasını ve dayak atılmasını aşağılanmasına yol açması kapsamında işkence suçunu oluşturur[756].

AİHK'ye göre, aşağılayıcı davranış, bireyi diğer kişilerin içinde büyük ölçüde utanca boğan ya da onu kendi arzu veya iradesine aykırı davranmaya yönlendiren davranışlardır. Kişiye yönelik küçültücü dil kullanılması ya da kişinin çıplak bırakılması aşağılayıcı muameleye örnek olarak verilebilir. Yine, bir kişi hakkında renk, ırk, cinsiyet ve din farklılığı gözetilerek işlem yapılması da aşağılayıcı muamele oluşturur[757].

Yukarıda ayrıntıları ile ele aldığımız küçük düşürücü muamele, kişinin aşağılanmasına yol açan davranışlar olduğundan, küçük düşürücü muamele için verdiğimiz örnekleri ve anlattıklarımızı burada hatırlatmakla yetiniyoruz.

---

[750] ÖNOK, s.397.
[751] ÖNOK, s.397; MAHMUTOĞLU, s.8.
[752] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.266; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 245.
[753] ÖNOK, s.398.
[754] ÖNOK, s.398.
[755] BAŞBÜYÜK, s.1459; ÖNOK, s.398.
[756] BAŞBÜYÜK, s.1459.
[757] MAHMUTOĞLU, s.8-9.

3.3.3. İşkence Suçunun İhmali Davranışla İşlenmesi

Yukarıda açıklanan üç seçimlik fiil, icrai nitelikte işlenebilir. Ceza hukukunda zaten asıl olan suçun icrai hareketle işlenmesidir[758]. Ancak ceza hukukunda bir hareketin yapılmaması, yani ihmali hareket de suç olarak düzenlenebilir[759]. Suçun ihmali davranışla işlenebilmesi için, kanunda söz konusu suçun ihmali hareket ile işlenebileceğine dair açık hüküm bulunması gerekmektedir[760]. TCK'nın 94 maddesinin 5. fıkrasında ''Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz'' denilerek suçun ihmali hareketle işlenebileceği ve fiilin ihmali nitelikli olması sebebiyle indirim yapılamayacağı hususlarında açıklık getirilmiştir.

İşkence suçunu oluşturan hareketlerin, icrai ya da ihmali olması mümkündür[761]. Mesela kamu görevlisinin mağduru dövmesi, cinsel tacizde bulunması icrai; mağdura yemek veya su yahut ihtiyacı olan ilaçları vermemesi ihmali hareketle işlenen işkence suçuna örnek gösterilebilir[762]. İhmali hareketle işlenen işkencenin cezalandırılabilmesi için failin ihmali hareketi kasten gerçekleştirmiş olması gerekir[763]. Gerekçede de belirtildiği üzere, işkence suçu, çoğu zaman amir mevkiindeki kamu görevlilerinin hoş görüsü ya da göz yumması ile gerçekleştirilmektedir. Şöyle ki amir konumundaki kamu görevlileri, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen kasıtlı olarak bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasını göz ardı edebilmektedirler. Bu gibi durumlarda amir konumundaki kamu görevlisi, TCK'nın 94. maddesi 5. fıkrası uyarınca ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın işkence suçundan sorumlu tutulacaktır. Bu hüküm, özellikle işkence uygulanmasına kasten göz yumulmasını önlenmesi ve işkencede yaşanan ispat sorununun aşılması bakımından önem taşımaktadır[764]. Esasen işkencenin ihmali davranışla işlenmesi ayrı bunu önlemekle yükümlü kamu görevlilerinin hoşgörüsü altında işlenmesi ayrı durumlardır. Mesela ağır yaralı bir mahkûmun doktorla görüşmesinin engellenerek saatlerce acı çekmesine yol açmak, işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesine örnek verilebilecektir. Emri

[758] KOCA / ÜZÜLMEZ, s.367.
[759] HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.143.
[760] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.267.
[761] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 245; BAYRAKTAR, s.158; ÖNOK, s.383.
[762] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 245; ÖNOK, s. 384; BAŞBÜYÜK, s.1452.
[763] ÖNOK, s. 384; BAŞBÜYÜK, s.1452.
[764] MAHMUTOĞLU, s.9; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 246; ÖNOK, s.383.

altındaki kamu görevlisinin işkence yaptığını bilmesine rağmen buna göz yuman ve hoşgörüyle karşılayan amirin davranışı ise gerekçede önlenmek istendiği belirtilen duruma örnektir[765]. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararında da bu hususta şöyle denilmektedir ‘‘TCK'nın 94/5. maddesinde uyarınca, işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz. Madde gerekçesine göre, işkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımni muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Bu gibi durumlarda amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sonuçtan sorumlu tutulacaktır.’’[766]

İhmali bir hareketten dolayı bir kimsenin sorumluluğunun doğması için failin neticeyi önlemek hususunda hukuksal yükümlülük altında yani garantör olması gerekir[767]. Maddenin gerekçesinde amir konumundaki kamu görevlisinin işkenceye zımnen rıza göstermiş olmaktan bahsedilmekle amirin öngördüğü neticeyi kabullenmiş olması aranmakta dolayısıyla amirin en azından olası kast ile hareket etmesi gerekmektedir[768]. Başkalarına yönelik tehlikeleri önlemek yükümlülüğü altında olan kamu görevlileri, kendi yetki alanları bakımından garantör konumunda bulunmaktadırlar[769]. PVSK m.1’e göre polisler buna örnek olarak gösterilebilir[770], buna göre, ‘‘Polis, asayişi amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar.’’ Her ne kadar madde gerekçesinde amirden söz edilse de garantör durumda olan her kamu görevlisi, bu suçu ihmali hareketle işleyebilir[771]. Başka bir kimse tarafından işlenen

[765] ÖNOK, s.383-384.
[766] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas No: 2014/269, Karar No: 2017/108, Karar Tarihi: 28/02/2017, https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019)
[767] MAHMUTOĞLU, s.9; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 246; ÖNOK, s.384.
[768] ÖNOK, s.384.
[769] HAKERİ (2010) s.146; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 246; ÖNOK, s.385.
[770] BAŞBÜYÜK, s.1453; ÖNOK, s.385-386.
[771] ÖNOK, s. 386; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2006) s. 113; BAŞBÜYÜK, s.1453.

işkence fiilini önleme yükümlülüğüne rağmen bu yükümlülüğünü garantör konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunun faili olacaktır[772].

Son olarak, ihmal suretiyle işlenen işkence suçundan dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması, zararın doğması, harekete geçme yönünde hukuki yükümlülüğün bulunması, ihmali hareket ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Bunun yanı sıra amirin, ihmali davranış ile işkence suçundan sorumlu tutulabilmesi için neticeyi önleme imkanına sahip olması gerekmektedir[773].

3.3.4. İşkence Suçunun Nitelikli Halleri

İşkence suçunun nitelikli halleri TCK m. 94/2'de düzenlenmiştir. Nitelikli haller şöyle sıralanabilir:

- Suçun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı işlenmesi: TCK m. 6'ya göre, çocuk deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır. Mağdurun evlilik ya da yargı kararı ile reşit olması durumunda dahi on sekiz yaşından küçük ise nitelikli hal uygulanacaktır. Zira fiilin çocuklar üzerinde daha kolaylıkla işlenmesi veya işkence gibi çok ağır eylemlerin çocuklar üzerinde derin etkiler bırakması, ayrıca failin ahlaki kötülüğü sebebiyle kanun koyucu bu nitelikli hali öngörmüştür[774]. Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kimse deyiminden ise, ileri yaşlılığı, malullüğü, ruhi ve fiziki güçsüzlüğü, acz içinde bulunmayı anlamak gerekir[775]. Ancak yaşlı, hasta veya engelli kimseler, kendilerini savunmada zorluk çekiyor veya direnç gösteremiyor ise, bu kapsamda değerlendirilmektedirler[776]. Yine uyku hali, bilinçsizlik, narkoz, alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında olma da bu kapsamda değerlendirebilmektedir. Mağdurun kendini savunamayacak duruma kendi kusurundan dolayı düşmesi bu halin uygulanmasına engel değildir. Keza bu durumun olay anında var olması yeterli olup, sürekli olması ise gerekli

[772] ÖNOK, s.386.
[773] ÖNOK, s.384-385.
[774] BAYRAKTAR, s.166; ÖNOK, s.504.
[775] BAYRAKTAR, s.166; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2009) s.2472; ÖNOK, s.504.
[776] BAŞBÜYÜK, s.1459-1460; ÖNOK, s.504-505.

değildir[777]. Ayrıca belirmek gerekir ki sırf mağdurun kadın olması başlı başına savunmasızlık durumu sayılmayacaktır[778].

Gebelik bakımından işkence suçu oluşturan hareketlerin gerçekleştirildiği sırada mağdurun gebe olması ve bu durumun fail tarafından en azından anlaşılabilir olması gerekmektedir[779]. İşkence gibi ağır bir uygulamayla bebeğin hayatı da tehlikeye atıldığı için bu nitelikli hal düzenlenmiştir[780]. Nitelikli halin uygulanabilmesi için gebeliğin ilerlemiş veya belirli bir aya ulaşmış olmasına gerek yoktur[781].

Bu bent, mağdurun güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan aciz bulunması, faildeki ahlaki kötülüğün fazlalığı ve fiilin icrasındaki kolaylık sebebiyle kanun koyucu tarafından nitelikli hal olarak düzenlenmiştir[782].

- Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi: İşkence suçunun, görevleri dolayısıyla avukat veya diğer kamu görevlisine karşı işlenmesi de işkence suçunun nitelikli hallerindendir. TCK m. 6 uyarınca, kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılmalıdır. Tercüman, tanık ve bilirkişi vb. kimseler yaptıkları geçici görevler nedeniyle kamu görevlisi sayılacaklardır[783]. TCK m.6'da düzenlenen kamu görevlisi tanımı suçun mağduru için de geçerli olacaktır. Fıkranın uygulanması için suçun, mağdurun yerine getirdiği kamu görevi sebebiyle işlenmesi gerekmektedir. Mağdurun kamu görevlisi sıfatı sonradan ortadan kalksa bile mağdurun kamu görevinin gereklerine uygun davranmış olması sebebiyle işkenceye maruz bırakılması durumunda bu fıkra uygulanacaktır. Öğretideki bir görüşe göre mağdurun kamu görevini kötüye kullanması sebebiyle bu suç işlendiğinde bu nitelikli hal uygulanmayacak, hatta bu durumda TCK m.29'da düzenlenen haksız tahrik hükmü uygulama alanı bulabilecektir[784].

Avukat kavramı, stajyer avukatlar, fiilen avukatlık yapmayan ancak avukatlık ruhsatını almış ya da almaya hak kazanmış kişileri de kapsamaktadır[785]. Öğretide bir görüşe göre bu

[777] BAYRAKTAR, s.166; ÖNOK, s.504.
[778] ÖNOK, s.504.
[779] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 250; BAYRAKTAR, s.167; ÖNOK, s.505.
[780] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2009) s.2472.
[781] BAYRAKTAR, s.167.
[782] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 250.
[783] BAYRAKTAR, s.154.
[784] ÖNOK, s.505.
[785] BAYRAKTAR, s.154.

nitelikli halin uygulanabilmesi için işkence ile avukatlık görevi arasında bir bağlantının olması gerekmektedir[786]. Karşıt görüşe göre ise kanunda yer almayan böyle bir koşulu aramak hükmün uygulama alanını daraltacaktır. Fail hakkında bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için de bunların fail tarafından bilinmesi gerekmektedir[787].

- Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi: İşkence fiilinin, cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli haldir. Cinsel taciz, esasen TCK m.105'de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesine göre, cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan, mağdurun cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak rahatsız olmasına sebebiyet veren cinsel davranışlardır. İşkence suçunun cinsel taciz şeklinde işlenmesi halinde tek bir suç oluşacak ve fail ağırlaşmış işkence suçundan cezalandırılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur, işkencenin nitelikli halinin uygulanabilmesi için, mağdur üzerinde gerçekleştirilen cinsel amaçlı fiillerin, vücut dokunulmazlığını ihlal etmemiş olması yani cinsel saldırı boyutuna ulaşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde işkence suçunun yanı sıra ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekecektir[788].

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların en hafifi olan cinsel tacizin, işkence suçuyla birleştiğinde yaptırımının çok ağırlaşması sebebiyle bu nitelikli hal öğretide eleştirilmektedir[789]. Mesela bir polis memuru, gözaltındaki şüpheliyi sürekli ve sadece darp ederse asgari üç yıl, bu hareketler mağdurun yaşamını tehlikeye sokarsa asgari dört buçuk yıl, buna karşılık kamu görevlisi yalnızca söz ile cinsel tacizde bulunur ise asgari on yıl ceza alacaktır[790]. Öğretide bir görüşe göre, cinsel taciz suçu, işkence suçunun temel şekli kapsamında kalmalı, TCK m.102/1 anlamında cinsel saldırıya varan hareketlerle işkence ise suçun ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmeli, TCK m.102/2 ise zaten gerçek içtima kuralı uygulanmalıdır[791].

[786] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.125.
[787] BAYRAKTAR, s.168.
[788] ÖNOK, s.506; Aksi görüş: HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.125
[789] ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara 2015, s. 251; HAKERİ (2009), s. 359; ÜZÜLMEZ (2005) s. 243-244; ÖNOK, s. 506-507.
[790] ÖNOK, s.506-507.
[791] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 251.

3.3.5. İşkence Suçunun Benzer Diğer Suçlardan Ayrılması

TCK m.96 Eziyet suçu: Eziyet suçu TCK'da ''Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin; a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı, İşlenmesi halinde kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.'' şeklinde düzenlenmiştir. Eziyet suçuyla korunan hukuki yarar, insan onuru, kişilerin vücut dokunulmazlığı, şerefi ve iç huzuru gibi değerlerini içeren kişinin maddi ve manevi bütünlüğüdür. Eziyet teşkil eden fiiller, ani olarak değil sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde işlenmektedirler; sıradan bir kimse için kasten yaralama, öldürme, cinsel saldırı gibi suçlar ile eziyet suçunu ayırt eden unsur da budur. İşkence suçundan farklı olarak eziyet suçunun faili görevi dışında bu fiilleri gerçekleştiren kamu görevlisi dışındaki herkes olabilecektir. Öğretinin ekseriyetine göre eziyet suçu ile kamu görevlisi olmayanlar tarafından işlenen işkence niteliğindeki hareketlerin cezalandırılmak istenmektedir. Buna göre, belirli nitelikteki hareketler, kamu görevlisi tarafından gerçekleşirse işkence, kamu görevlisi sıfatına haiz bulunmayan kişilerce gerçekleşirse eziyet suçu oluşmaktadır. Bunun yanı sıra eziyet suçunun failinin kamu görevlisi olması da mümkündür[792].

TCK m.86 Kasten Yaralama suçu: İşkence teşkil eden insan onuruyla bağdaşmayan hareketler kural olarak kamu görevlisi tarafından icra edilmelidir. Yaralamanın faili ise herkes olabilir ve hareketin sürekliliği aranmaz yani ani olması yeterlidir. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere öğretideki yaygın görüşe göre yaralama fiilinin işkence suçuna dönüşmesi için sistematik bir biçimde ve sürekli işlenmesi gerekir[793]. Zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisinin hangi koşullarda yaralama hangisinde işkence teşkil ettiği hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretinin ekseriyetine göre kamu görevlisinin yetkisini aşarak gerçekleştirdiği kötü muameleler sistematik olarak işlenmiş ise işkenceden söz edilecektir. Ancak yukarıda da bahsettiğimiz üzere sistematik olmasa dahi bazı fiiller işkence suçuna vücut verebileceğinden bu kıstas her zaman doğru sonuç vermemektedir[794].

[792] ÖNOK, s.328-333.
[793] MAHMUTOĞLU, s.10.
[794] ÖNOK, s. 346-347.

TCK m.256 Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması suçu: İşkence suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olması zorunluluk değil iken TCK m.256'nın oluşabilmesi için bu husus zorunludur. Yine zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu için tipik hareketin sistematik olması aranmamaktadır; ancak kural olarak öğretinin ekseriyetine göre sistematik hareketler, suçun diğer şartları da varsa işkence suçu oluşturabilecektir[795]. Kamu görevlilerinin yetki sınırlarını aşarak gerçekleştirdikleri kötü muameleleri sistematik şekilde uygulaması, işkence suçunu oluşturacaktır. Sistematik olmaması halinde ise TCK m.256 delaletiyle kasten yaralama veya mesela yüze tükürme halinde hakaret suçu oluşacaktır. Ancak sistematik olmayan ama işkence teşkil eden fiiller için bu kıstas yine yeterli olmayacaktır[796]. Artık direnmeyen kişi yerdeyken defalarca tekmelenmesi, kolluk kuvvetlerince topluca tartaklanması, kişinin yerde sürüklenerek emniyete götürülmesi gibi orantısız davranışların söz konusu olması halinde TCK m.94'ün varlığı tartışılabilecektir[797].

3.4. Konu

Suçun konusu, işkence mağdurunun vücudu, yaşamı, iç huzuru, şeref ve haysiyetidir. Suçun işlenmesine yönelik hareket, suçun konusuna zarar verir yahut onu zarar tehlikesi altına bırakır. Buna göre, hareketten etkilenme derecesine göre suçlar, zarar suçu ve tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılır. Zarar suçlarında failin fiili ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağı bulunması aranmaktadır. Öğretideki yaygın görüşe göre işkence teşkil eden fiiller suçun konusuna zarar verdiğinden bahisle işkence suçu zarar suçudur[798].

3.5. Netice

3.5.1. Genel Olarak

TCK m.94'ü oluşturan onur kırıcı hareketler sonucunda mağdur bedensel veya ruhsal acı çekmekte, irade ve algılama yeteneği etkilenmekte veyahut bu hareketler sonrası kişi aşağılanmaktadır. Söz konusu onur kırıcı hareketler sonrasında bedensel veya ruhsal acı çekme, irade ve algılamanın etkilenmesi ve aşağılanma neticeleri, kimi zaman harekete

[795] MAHMUTOĞLU, s.10.
[796] ÖNOK, s.347-348.
[797] ÖNOK, s.450.
[798] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 250; BAYRAKTAR, s.162; ÖNOK, s.389.

bitişik kimi zaman da hareketten ayrı olmaktadır. Mesela mağdurun üzerine tazyikli su sıkılması halinde neticesi harekete bitişik suç oluşurken; mağduru rencide edici, aşağılayıcı sözleri belirli aralıklarla ve artırarak sarf etme halinde neticesi hareketten ayrı suç konusu olacaktır[799]. İşkence suçu, seçimlik hareketlerin niteliğine göre sırf hareket suçu ya da neticeli suç teşkil edebilir[800].

İşkence suçunun oluşması için kimi zaman tek bir hareket yeterliyken kimi zaman da sistematik şekilde uygulanan birden fazla hareket gerekebilmektedir. Mağdurun vücuduna bir kez elektrik şoku verilmesi ile tek hareketle işkence suçu oluşmakta iken, belirli aralıklarla birden fazla kez elektrik şoku verilmesinde ise birden fazla hareketle işkence suçu oluşmaktadır. Günlerce süren işkence suçu, kesintisiz suçun özel bir hali olarak ortaya çıkmaktadır[801].

İşkence suçunun oluşabilmesi için hareketin, neticeyi yani bedensel veya ruhsal acı çekilmesini, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesini yahut aşağılanmayı doğuracak elverişliliğe sahip olması gerekmektedir[802].

3.5.2. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

İşkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri TCK m. 95'te düzenlenmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller şöyle sıralanabilir:

- Mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına sebep olma: Bu ağırlaşmış halin uygulanması, işkence fiilinin duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ya da yitirilmesine neden olup olmadığı hususunda kesin bir kanaate varılabilmesi için, fiilin işlendiği tarihten 18 ay sonra yapılacak muayene sonucu alınacak rapora ihtiyaç vardır[803]. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için duyu ya da organda meydana gelen zayıflığın sürekli nitelikte olması gerekir. Mesela dişlerin kırılması ve dökülmesi ile çiğneme ve konuşmada zorluk çekilmesi halinde süreklilik söz konusu olacağından somut olayın özelliği dikkate alınarak nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır[804]. Zayıflığın sürekliliğinin tıbbi açıdan kesin biçimde ortaya konulmasına ise gerek yoktur. Tedavinin güç veya uzun zaman alması

[799] BAYRAKTAR, s.161.
[800] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015), s. 247.
[801] BAYRAKTAR, s.161-162.
[802] BAYRAKTAR, s.162.
[803] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas No: 2015/1167, Karar No: 2017/247, Karar Tarihi: 25.04.2017, UYAP (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019).
[804] BAYRAKTAR, s.169; ÖNOK, s.507-508.

durumunda zayıflık sürekli kabul edilmelidir. Ancak bu doğrultuda yapılacak normal bir tedavi ile zayıflık ortadan kaldırılabiliyorsa bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Zayıflığın protez, takma diş gibi yapay desteklerle giderilmiş olması nitelikli halin uygulanmasına engel değildir. Vücutta birden fazla bulunan organlar açısından, zarar görmeyen diğer organ aynı işlevi yerine getirse dahi bu ağırlaşmış halin uygulanması için organlardan birinin zayıflamış olması yeterli kabul edilecektir[805].

- Konuşmasında sürekli zorluğa sebep olma: Bu ağırlaşmış halin uygulanması için zorluğun vahim olması şart olmamakla beraber uzunca sürmesi gereklidir. Kekemelik, konuşmanın anlaşılmaz hale gelmesi, bu duruma örnektir[806]. Yine sinirsel tahribat sonucunda yüz kaslarında sebep olunan değişiklik sebebiyle örneğin ağzın çapılması sebebiyle konuşma fonksiyonunda meydana gelecek güçlük bu bent kapsamında değerlendirilmelidir[807].
- Yüzünde sabit ize sebep olma: Yüz, insan başının ön kısmında yer alan ve alından çenenin alt ucuna, kulaklar dahil olmak üzere, kulaktan kulağa uzanan bölgeyi ifade eder[808]. Yüzde sabit iz, işkence sonucu yüzde meydana gelen daimî ve sürekli izdir ve yüzü değiştirmemekte, mağduru öteden beri tanıyanlarda kişi bakımından herhangi bir duraksamaya yol açmamaktadır[809]. Hiç saçı olmayan bir insanın başı üzerinde bir iz meydana gelmesi halinde bu hal uygulanmayacaktır. Yüzde oluşan yara izleri yanı sıra mağdurun burnunun devamlı akması, göz kapağının düşmesi, gözün sürekli sulanması, ağzın çarpılması, ağızdan salya aklaması, sakal-bıyık dökülmesi, şaşılık gibi haller de sabit iz olarak kabul edilmektedir[810]. Bu ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için en erken olaydan 6 ay sonra mağdurun muayenesi sonucunda alınacak raporla yüzünde sabit iz ya da sürekli değişiklik olduğunun tespit edilmiş olması gerekir[811]. Burada önemli olan husus yüzdeki izin sabit olmasıdır, dolayısıyla izin normal bir tedaviyle ortadan kaldırılması mümkünse bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak yüzde meydana getirilen izin gizlenebilmesi veya estetik ameliyatla giderilebilmesi nitelikli halin uygulanmasına engel olmayacaktır[812].

---

[805] ÖNOK, s.507.
[806] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2009) s.2363; ÖNOK, s.508.
[807] ÖNOK, s.508.
[808] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015), s. 253; BAYRAKTAR, s.170; ÖNOK, s.508.
[809] MAHMUTOĞLU, s.14; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 253; ÖNOK, s.508-509.
[810] BAYRAKTAR, s.170.
[811] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Esas No: 2017/5162, Karar No: 2017/14778, Karar Tarihi: 15/11/2017, UYAP, (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019).
[812] ÖNOK, s.509.

- Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebep olma: Ağırlaşmış halin uygulanması için ölüm tehlikesinin yakın, muhakkak ve tıbbın verilerine uygun ve fiilî olması gerekmektedir; kısa yahut uzun süreli olmasını ise bir önemi yoktur[813]. Ancak mağdurun karşı karşıya kaldığı hayati tehlikenin giderilmesi için mesela kolunun ampütasyonu söz konusu olursa burada organın işlevini yitirmesi söz konusu olacağı için TCK m.95/2-b uygulama alanı bulacaktır[814].

- Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına sebep olma: Bu ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için failin mağdurun gebe olduğunu bilmesinin gerekip gerekmediği konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüş, bu hal netice sebebiyle ağırlaşmış hal teşkil ettiğinden failin hamileliği bilmesinin gerek olmadığını savunmakta iken[815] diğer görüş Yargıtay'ın da kabulüne uygun olarak failin bu durumu bilmesi gerektiği kanaatindedir[816]. Bu halin uygulanabilmesi için anne karnındaki ceninin sağ doğması gerekmektedir[817], sağ doğmuş çocuğun yaşama yeteneğine sahip olup olmamasının yahut uzun veya kısa yaşamış olmasının önemi yoktur[818]. Anneye yapılan işkence sonrasında erken doğan çocuğun, işkence fiili sebebiyle ölmesi halinde insan öldürme suçu ancak yaşayan bir kimseye işlenebileceğinden faile ayrıca kasten ya da taksirle öldürme suçlarından ceza verilemeyecektir[819]. Bebeğin ölü doğması halinde ise TCK m.95/2-e'de düzenlenen çocuğun düşmesi nitelikli hali uygulanacaktır[820].

- İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine sebep olunması: İyileşme olanağı bulunmayan hastalık ve bitkisel hayat, tıbbi kavramlar olduğundan tıbbi verilere göre, tıp uzmanlarınca tespit edilmeleri gerekir[821]. Hastalığın iyileşmeyeceğinin kesin olarak belirlenmesine gerek olmayıp iyileşmeyeceğinin öngörülmesi yeterli kabul edilmektedir. Yargılama devam ederken mağdurun bilimsel gelişmeler sebebiyle tedavi edilmesinin mümkün hale gelmesi nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir[822]. Ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için hastalığın daha önce mağdurda bulunmaması ya da hastalığın aynı derecede olmaması

[813] BAYRAKTAR, s.170-171; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 253; ÖNOK, s.509.
[814] ÖNOK, s.509.
[815] BAYRAKTAR, s.171.
[816] ÖNOK, s.510.
[817] BAYRAKTAR, s.171; ÖNOK, s.509.
[818] ÖNOK, s.509.
[819] ÖNOK, s.509-510.
[820] BAYRAKTAR, s.171; ÖNOK, s.510.
[821] BAYRAKTAR, s.171-172.
[822] ÖNOK, s.510.

gerekmektedir[823]. Mağdurun işkence sebebiyle bitkisel hayata girmesi halinde de bu bent uygulanacaktır. Bitkisel hayat ile beyin ölümü birbirinden farklı kavramlardır. Bitkisel hayata giren kimselerin iyileşmeleri ihtimali varken beyin ölümü gerçekleşen kimselerin beyin işlevleri geri dönülmez biçimde ortadan kalktığı için tıbbi anlamda ölü sayılmaktadırlar. Bu sebeple beyin ölümü gerçekleşen mağdur, çeşitli destek cihazları ile yapay olarak canlı tutulsa bile tıbbi anlamda ölüm meydana gelmiş olduğundan TCK m.95/4 yani işkence sonucunda ölüm gerçekleşmesine dair düzenleme uygulanacaktır[824].

- Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine sebep olunması: Bu ağırlaşmış hali, duyuların ve organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasından ayıran husus duyu veya organın işlevinin geri dönüşsüz ve tamamen yitirilmesidir. Vücutta bulunan çift organlardan sadece birinin işlevini yitirmesi veya örneğin dalak safra kesesi gibi vücuttan ayrılması durumunda bir başka organ tarafından işlevi yerine getirilebilen bir organın işlevini yitirmesi durumunda da bu hal uygulanacaktır[825].
- Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına sebep olma: Konuşma yeteneğinin kaybında mağdur hiç ses çıkaramamakta veya konuşma sayılabilecek sesler çıkaramamakta ve söylediklerinin başkaları tarafından anlaşılamamaktadır. Çocuk yapma yeteneğine sahip mağdur işkence sonucu çocuk yapma yetisini kaybederse bu ağırlaşmış hal uygulanacaktır[826]. Mağdurun yaşı ve cinsiyetinin ise önemi bulunmamaktadır[827]. Bir görüşe göre gelişen tedavi yöntemleri mesela suni döllenme ile mağdur çocuk yapabilme imkanına kavuşabilir ise bu durumda artık bu ağırlaşmış hal uygulanamayacaktır[828]. Diğer bir görüşe göre ise mağdur kadın olup tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olabilse dahi bu nitelikli hal uygulanmalıdır zira mağdur fizyolojik olarak bu yeteneğini yitirmiştir. Yine aynı yazara göre mağdur erkek olup cinsel ilişkiye girmesini sağlayacak ereksiyona geçme yeteneğini yitirmişse spermini vermek suretiyle çocuk sahibi olabilse bile bu nitelikli hal uygulanabilecektir. Failin kastı mağdurun çocuk yapma yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik ise mesela fail sonucu öngörerek sürekli mağdurun

[823] BAYRAKTAR, s.171-172.
[824] ÖNOK, s.510-511.
[825] BAYRAKTAR, s.172; ÖNOK, s.511.
[826] ÖNOK, s.512; BAYRAKTAR, s.172.
[827] ÖNOK, s.512.
[828] BAYRAKTAR, s.172.

hayalarına vuruyor ise TCK m.101'de düzenlenen kısırlaştırma suçu oluşacaktır ve bu suçtan ayrıca ceza verilecektir[829].

- Yüzünün sürekli değişikliğine sebep olma: Mağdurun gördüğü işkence sonrasında yüz görünümü itibariyle tanınmasında güçlük çekilmesi, yadırganması, tereddütlere düşülmesi halinde bu ağırlaşmış hal uygulanacaktır. Mesela kezzap atılması sonucu yüzün tanınmaz hale gelmesi, burun deliklerinin kesilmesi, gözün çıkarılması, suratın tanınmayacak derece yanması, dudak ve çenenin alınması gibi hallerde yüzde sürekli değişiklikten bahsedilir[830]. Yüzün sürekli değişikliğini sabit izden ayıran husus yüzün doğal görünümüne etkinliğin yoğunluğudur. Yüzdeki sürekli değişikliğin estetik ameliyat ile giderilebilmesi bu bendin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir[831].
- Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine sebep olma: Bu ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için işkence sonucu çocuğun ölü doğması gerekmektedir[832]. Fail mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin öğretide farklı görüşler olduğundan yukarıda bahsettiğimizden burada ayrıca değinmiyoruz. Ayrıca failin işkence yapmaktaki amacının çocuğun düşmesini sağlamak olduğu sonucuna varılabiliyorsa ayrıca TCK m.99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu da oluşacaktır[833].
- İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına sebep olunması: Kemik kırılması nedeniyle cezada yapılacak artırım belirlenirken kırığın hayati fonksiyonlar bakımından etkisi önemlidir. Mağdurun yaşamını normal akışında sürdürüp sürdüremeyeceği, günlük işlerini yapıp yapamadığı, ne kadar zaman içerisinde eski vaziyetine döneceği hususları dikkate alınacaktır[834]. Bu hususların belirlenmesi açısından kemik kırığı adli tıp biliminin çalışma alanına girdiğinden tıbbi rapor önem arz etmektedir[835]. Kemik çatlaması, kemik kırılmasının bir çeşidi olduğundan fıkra uyguma alanı bulacaktır[836]. Öğretide kemik kırığına ilişkin olarak şu husus eleştirilmektedir. İnsan vücudunda toplamda 206 kemik, mesela sadece bir elde 26 kemik bulunmaktadır. Hayat fonksiyonlarına etkisi az olan herhangi bir kemiğin kırılması halinde işkencenin alt sınırı 3 yıldan 8 yıla çıkmaktadır. Oysa mağdurun işkence sonrası yaşamının tehlikeye girmesi halinde bile alt sınır 4,5 yıl

[829] ÖNOK, s.512.
[830] BAYRAKTAR, s.172-173; ÖNOK, s.512-513.
[831] ÖNOK, s.513.
[832] BAYRAKTAR, s.173.
[833] ÖNOK, s.513.
[834] ÖNOK, s.513.
[835] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 254.
[836] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015), s. 254; ÖNOK, s.513.

olmaktadır. Cezalar arasındaki bu orantısızlık sebebiyle düzenleme adil görünmemektedir[837].

- İşkence sonucunda ölüm meydana gelmesi: İşkence sonucunda ölüm meydana gelmesi halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ölüm neticesi bakımından TCK m. 23 gereği failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerektiğinden, kasıtlı olmayan bir netice bakımından kanunda öngörülen en ağır yaptırım olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının öngörülmesi, ceza hukukunun birçok temel ilkesine özellikle kusur ilkesine aykırı görülerek öğretide eleştirilmiştir[838]. Ölüm neticesine yönelik en azından olası kastın varlığından söz ediliyorsa artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkenceden değil işkence suçu yanı sıra TCK m.82/1-d'de düzenlenen canavarca hisle ve eziyet çektirerek insan öldürme suçu oluşacaktır[839]. Mesela gözaltındaki şüphelinin vücudunun hayati önem taşıyan çeşitli yerlerinin bıçaklanması sonucunda şüphelinin ölmesi durumunda somut olayın koşullarına göre fiili gerçekleştiren kamu görevlisinin ölüm neticesi bakımından en azından olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir[840].

3.6. Nedensellik bağı

İşkence, kamu görevlilerince, görevleriyle bağlantılı olarak görevin ifası sırasında yani kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmektedir. Kamu görevlisinin yaptığı görev ile işkenceye başvurma sebepleri arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir[841]. Bir kimsenin işkence veya sair kötü muamele gördüğüne ilişkin şikâyette bulunması halinde bu kimsenin devletin kontrolü altındayken gördüğünü iddia ettiği muamele ile daha sonra saptanan yara bere izleri arasında nedensellik bağı olması ve bunun saptanması gerekmektedir[842]. Mesela AİHM, hapishane koşulları sebebiyle AİHS m.3'e aykırılık kararı vermek için hapishane koşulları ile tutuklu ya da hükümlülerin sağlığının bozulması arasında illiyet bağının ortaya konulmasını aramaktadır.

---

[837] ÖNOK, s.513-514.
[838] ÖNOK, s. 514.
[839] BAŞBÜYÜK, s.1475-1476; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 254; ÖNOK, s.514.
[840] BAŞBÜYÜK, s.1475-1476.
[841] MAHMUTOĞLU, s.7; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2006) s. 115; ALGAN, s.13; ÜZÜLMEZ (2005) s. 232-233.
[842] NAL (2007), s.167; DOĞRU, s.22.

Bu koşullar başvurucunun kişiliğini yok edip, ciddi fiziksel veya zihinsel ıstıraba yol açmalı, bu hususlar da örneğin tıbbi raporlar ile ortaya konulmalıdır[843].

4. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Suç teorisinde suçun manevi unsuru kast ve taksir olmak üzere ikiye ayrılır. Ceza hukukunda asıl olan haksızlık teşkil eden hareketin kasten işleniyor olmasıdır. Buna karşılık taksirle işlenen fiillerin kanunda suç olarak düzenlenmesi istisnai niteliktedir ve kanunda suç olarak ayrıca ve açıkça düzenlenmedikçe taksirli hareket cezalandırılmayacaktır[844]. 5237 sayılı TCK, işkence suçunun taksirli hareket ile işlenebileceğine dair açık düzenlenme bulundurmadığından, işkence suçu yalnızca kast ile işlenebilecektir[845]. Kast, kamu görevlisi kişinin, eyleminin insan onuru ile bağdaşmadığını bilmesi, davranışıyla bir kimseye bedensel veya ruhsal acı vermeyi, algılama ve irade yeteneğini etkilemeyi veya onun aşağılanmasına yol açacağını bilmesi ve istemesidir[846].
Suçun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, failin, eylemi ile mağdurun bedensel veya ruhsal acı çekebileceğini, algılama ve irade yeteneğinin etkilenebileceğini veyahut aşağılanabileceğini öngörmesine rağmen hareketlerine devam etmesi ve bu sonuçların meydana gelmesi durumunda olası kastla işkence suçu işlenebilir[847]. Bir diğer görüşe göre ise işkencede, hareketlerin nitelikleri ve etkileri dikkate alındığında olası kastla suçun işlenmesi sadece teorik bir kabul olacaktır[848].
Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'da işkence suçu, saik suçu olarak düzenlenmiştir. Buna göre, bir kimseye işlediği suçu söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran kimseler cezalandırılmakta idi[849]. Oysa 5237 sayılı TCK'da işkence suçunun işlenmesi için özellikle saik aranmamış[850], genel kastın

[843] ÖNOK, s.200.
[844] KOCA, ÜZÜLMEZ s.137,180, HAKERİ (2010) s.185,205.
[845] ÜZÜLMEZ (2002) s.167; BAYRAKTAR, s.164; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 251.
[846] HAFIZOĞULLARI 7 ÖZEN, s.124; ÖNOK, s.469.
[847] ÖNOK, 470; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2009) s.2473.
[848] BAYRAKTAR, s.164.
[849] ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.12; BAYRAKTAR, s.150.
[850] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.272; MAHMUTOĞLU, s.12; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 251.; ÖNOK s.469; HAKERİ (2009) s. 355; BAYRAKTAR, s.164; ALGAN, s.13.

varlığı yeterli görülmüştür. Buna göre işkence suçunun oluşması için, kamu görevlisinin insan onuruyla bağdaşmayan, kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açacak hareketleri gerçekleştirdiğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir[851].

İşkence suçunun oluşması için saik aranmaması hususu, suçun düzenlenme amacıyla bağdaşmayacak şekilde uygulama alanını genişlettiğinden bahisle öğretide eleştirilmiştir[852]. Zira işkence suçu esasen yargılama sırasında işlenebilecek fiilleri kapsamakta bunun dışındaki fiilleri işkence suçu kapsamında kabul etmek suçun varoluş amacı ile bağdaşmamaktadır[853]. Nitekim bir kamu görevlisinin, görevi sırasında bir başkasına bedensel veya ruhsal acı vermesine yol açan tüm hareketleri, işkence saymak mümkün değildir. Mesela bir profesörün, işini yetiştirmek için asistanını yemeğe göndermeyip onu gece geç saatlere kadar tutması halinde işkence suçunu işlediğini söylemek TCK m.94'ün mantığı ile uyuşmayacaktır[854].

Kanun koyucu işkence suçunda genel kastı benimseyerek 765 sayılı TCK m. 243'te sayılan saikler dışında saiklerle de TCK m. 94 kapsamında gerçekleştirilen fiilleri, işkence suçunun kapsamına sokmak suretiyle bu tür fiilleri cezalandırmayı ve sonlandırmayı amaçlamaktadır. Kamu görevlisi, TCK m.94'te sayılan seçimlik hareketleri, ikrar veya sair delil elde etmek, kişiyi cezalandırmak veya başka amaçla işleyebilecektir[855].

Yukarıda belirtildiği üzere, suçun faili bakımından kamu görevlisi sıfatına sahip olma şartından başka bir özelliğin aranmaması yanı sıra kamu görevlisinin maddede belirtilen hareketleri belirli bir saik gütmeksizin işleyebilmesi, işkence suçunun kapsamını oldukça genişletmiştir. Mesela duvara resim çizerek okulun malına zarar veren bir öğrenciyi cezalandırmak amacıyla dolaba kilitleyen okul müdürü, yeni keşfettiği tedavi yöntemini zorla bir başka hastasının üzerinde deneyen kamu kurumu doktoru, TCK m.94'te düzenlenen işkence suçununun unsurlarını gerçekleştirmiş olacaktır. Görüldüğü üzere belirli bir saikle hareket etmenin kanun metninde aranmaması bazı problemlere yol açmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre bu problemlerin giderilmesi için, kamu görevlisi

[851] ÜZÜLMEZ (2005) s. 239; BAŞBÜYÜK, s.1468; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 251.
[852] ÖNOK, s. 470; Aksi görüş: ''Kanun koyucu, insan haysiyetini en geniş anlamda koruyabilmek için failin suç işleme saiklerini sınırlandırmamıştır'' ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 251.
[853] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.272; ÖNOK 469-470; BAŞBÜYÜK, s.1470-1471.
[854] ÖNOK, s. 470.
[855] BAŞBÜYÜK, s.1469.

kavramı, işkence suçunun düzenlenme amacına uygun olarak kuvvet kullanma görev ve yetkisine sahip olan kişilerle sınırlı olarak dar yorumlanmalıdır[856].

İşkence suçu için saik aranmayıp genel kastın benimsenmesi hususu, işkence suçu ile TCK m.86/3-d'de düzenlenen kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle kasten yaralama ve TCK m.256'da düzenlenen zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçları ile ayrımını zorlaştırmaktadır[857].

Öğretide verilen bir polis memurunun sanığa tek yumrukla vurup çenesini kırması örneğinde fail özel saikle hareket etmediği için işkence suçu oluşmamış kabul edilmektedir. Buna göre, işkence suçunun oluşabilmesi için failin özel saikle hareket etmesi aranırsa, hem işkence suçunun çerçevesi diğer suçlar karşısında daha belirgin bir hal alacak, hem de suçun kapsamı bu kadar geniş olmayacaktır[858].

1984 tarihli BM Sözleşmesi'nde işkence, cezalandırmak, bilgi veya itiraf elde etmek, ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır. AİHM de işkenceye hükmederken kararlarının gerekçesinde mezkûr sözleşmeye atıfta bulunmaktadır[859].

5. HUKUKA AYKIRILIK

Ceza hukuku mevzuatında suç olarak düzenlenmek suretiyle yasaklanmış bir fiilin birtakım durum veya koşullarda yapılmasına izin veren bir hukuk kuralı mevcut ise burada hukuka uygunluk sebebinden bahsedilir. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı sebebiyle bu durum veya koşullarda bu hareketin yapılması suç teşkil etmeyecektir[860]. TCK m.24'te kanun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, m.25'te meşru savunma ve zorunluluk hali, m.26'da hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir.

Ulusal mevzuatımız ve uluslararası belgelerde işkence yasağı mutlak olarak düzenlenmiş ve bireylere işkenceden korunmak konusunda mutlak bir güvence verilmiştir. Diğer hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda meşru sınırlamalara dayanak oluşturan kamu düzeni, kamu yararı, kamu güvenliği gibi nedenler ve olağanüstü hâl, savaş gibi durumların hiçbir

[856] BAŞBÜYÜK, s.1469-1470.
[857] ÖNOK, s.470.
[858] BAŞBÜYÜK, s.1467-1468.
[859] BAŞBÜYÜK, s.1470.
[860] ÖNOK, s.446.

şekilde işkencenin önünü açması veya onu meşru hale getirmesi söz konusu olmayacaktır. Zira işkence ve kötü muamelenin gerek etik gerekse hukuk alanında meşru sayılabileceği hiçbir durum mevcut değildir[861].

Öğretide ise, işkence suçunda hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Winfried Brugger işkencenin meşruluğunu şu şekilde dile getirmektedir: ‘‘Suçsuz bir insanın hayatı veya bedeni dokunulmazlığı için, belirli, dolaysız, ciddi bir tehlike söz konusu ve tehlike teşhis edilmiş bir fail tarafından kaynaklanıyorsa, fail tehlikeyi ortadan kaldıracak tek kişiyse mecburen, bedeni cebir kullanmak suretiyle bilgileri elde etmek için başarı getirebilecek tek araç işkencedir”[862]. Buna göre, bomba ile birçok insanın ölümüne sebebiyet verebilecek kişiye, bombanın yerini söylemesi için işkence yapılmasının meşru savunma veya zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir[863]. Büyük çaplı terör faaliyetlerinin artması ile birlikte, bunların önüne geçmek için işkencenin uygulanıp uygulanmayacağı hususu öğretide tartışılır hale gelmiştir. Dershowitz’e göre, bombalama olaylarında yakın ve ağır terörist saldırıları engelleyecek bilgiyi elde etmek için terör zanlılarına öldürücü olmamak kaydıyla işkence yapılabilmelidir[864].

İşkence lehine olan bu şekilde bir görüş söz konusu olsa da işkence ve kötü muameleye yasağı, dokunulmaz ve mutlak niteliktedir. Dolayısıyla öğretinin ekseriyetine göre, herkes için dokunulamaz, mutlak bir hak olan insan onurunu koruyan işkence suçunu hiçbir sebep meşru kılamayacaktır[865].

Ulusal ve uluslararası pek çok belge insan onurunun dokunulmazlığı hususuna hiçbir istisna getirmemiştir. 1984 tarihli BM Sözleşmesi’nin 2.maddesinde hiçbir hâl ve şartta işkencenin meşru ve mazur görülemeyeceği şöyle ifade edilmektedir: ‘‘Hiçbir istisnai durum ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hâl, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez. Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez’’. Yine Türk

---

[861] ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA (2015) s. 252; ALGAN, s.4; ALTIPARMAK, s.145; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.124; DEMİRBAŞ (1992) s.41 vd.; ÖNOK, s.446-447; MAHMUTOĞLU, s.10; BAYRAKTAR, s.163; DOĞRU, s.1.

[862] BAŞBÜYÜK, s.1471-1472.

[863] HAKERİ (2009) s. 356.

[864] BAŞBÜYÜK, s.1472

[865] ÖNOK, s. 446-447; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s. 271; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 251-252; NUHOĞLU, s. 575; DEMİRBAŞ (1992) s. 40; ÜZÜLMEZ (2002) s. 154 vd.; NAL (2007), s.152-153; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s.124.

Anayasası m.17/3'te ''Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz' sözleriyle açıklanan işkence yasağına hilaf hareketler, hiçbir şekilde hukuka uygun hale gelmeyeceğinin altı çizilmiştir[866]. Keza AİHS m. 3'te ''Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz'' denilerek yalın ve kesin bir dille işkence yasağı düzenlenmiştir. AİHS m. 15 savaş ve ulusun varlığını tehdit eden diğer tehlikeli durumlarda taraf devletlere, sözleşme ve ek protokoller ile korunan ve güvence altına alınan bazı haklara, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla aykırı tedbirler alma imkânı tanıdığı halde 2. fıkrasında belirttiği üzere işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili hiçbir istisna öngörülmemektedir. Savaş, olağanüstü hâl veya ulusun yaşamını tehdit eden tehlikeli durumlarda veya terör ve organize suçla mücadele gibi en zor koşullarda dahi işkenceyi, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleyi ve cezayı mümkün kılan herhangi bir tedbirin alınması söz konusu olmayacaktır[867]. AİHS m.3, kayıtsız ve şartsız olarak düzenlenmiştir, buna göre ne AİHS ne de uluslararası hukuk kapsamında bu maddeyi ihlal edecek eylemlerin gerekçesi haklı olamaz. Mesela, mağdurun davranışı karşılığında soruşturmayı tamamlamak veya bir suçu engellemek için yapılan işkence ve kötü muamele haklı olmayacaktır[868]. AİHM, İrlanda v. Birleşik Krallık kararında ''AİHS m.3, Sözleşmenin ve Protokollerinin esasa ilişkin çok sayıdaki hükmünün tersine, hiçbir istisnayı kabul etmemektedir ve ulusun yaşamını tehdit eden kamusal tehlike hallerinde bile Sözleşme m.15 çerçevesinde hiçbir sapmaya imkân tanımamaktadır'' demiş ve bu pilot hükmünde belirtilen standardı izleyen kararlarında da tekrarlamıştır[869].

TCK m.24'te kanunun hükmünü yerine getirme ve amirin emrini ifa şeklinde iki hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. Kanun hükmünü yerine getirme, herhangi bir hukuk kuralı ile herkese veya belirli durumda bulunanlara, düzenlemede öngörülen şekilde davranma yetki veya yükümlülüğü getirilmesidir. Bazı devlet mevzuatlarında terörle mücadele adı altında üçüncü derece sorgu yöntemi olarak işkenceye bu tarz hukuka uygunluk sebepleri getirilmekle beraber Türk Anayasası gereğince Türk mevzuatına böyle

[866] BAYRAKTAR, s.163; BAŞBÜYÜK, s.1473; ÖNOK, s.446-447.
[867] ÇOR, s.69-70; DÜLGER, s.345; NAL (2007), s.152-153; GEMALMAZ (2007), s.171.
[868] REIDY, s.29; GEMALMAZ (2007), s.173.
[869] DOĞRU, s.1-2; GEMALMAZ (2007), s.174.

bir kuralın getirilmesi mümkün değildir[870]. Bu sebeple işkence suçu bakımından yükümlülüklerin çatışması sebebiyle hukuka uygunluk sebebi uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu doğrultuda ünlü ‘‘the bombing case’’ örneğinde bomba yerleştirmiş yada bombanın yerini bilen terörist, kolluk kuvvetlerinin bir kimseye bombanın yerini söyletmek için işkenceye başvurma yetkisine sahip olmasından bahsedilemeyecektir[871].

Yakalama, hâkim kararı olmaksızın kişinin hürriyetinden yoksun bırakıldığı bir koruma tedbiridir. Yakalanma ve gözaltı sırasında belirli hal ve koşullarda PVSK m.16 ve ek m.6 uyarınca polislere zor kullanma ve silah kullanma yetkisi tanınmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuk devletlerinde kolluk kuvvetleri tarafından bu yetkileri kullanmanın sınırı orantılılık ilkesidir. Hukuka uygun bir yakalama işlemine direnen kişinin direncini kırmak veya ağır, telafi edilemez ve derhal gerçekleştirilebilecek zararı önlemek için kamu yararı gözetilerek ölçülü kuvvet kullanımı ile yakalama işlemi gerçekleştirilmelidir. Eğer yakalama veya gözaltı sırasında kolluk kuvvetleri, mevzuatta öngörülen durum ve şartlarla orantılı biçimde kuvvet kullanımına giderlerse hareketleri görevin ifası hukuka uygunluk sebebi nedeniyle hukuka aykırı olmayacaktır. Fakat bu sınır aşılır ve kuvvet kullanımı seçimlik fiillerden birine vücut verir ise işkence suçu veya TCK m.256 uyarınca zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu oluşacaktır[872].

Amirin emri hukuka uygunluk sebebi TCK m.24/2’de düzenlenmiştir. Buna göre ‘‘Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz" ancak hem TCK m.24/3 hem de Anayasa m.137/2 uyarınca, konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemeyecektir. Yerine getirilmesi halinde ise yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla işkenceye vücut veren amirin emrini yerine getiren kimse için hukuka uygunluk sebebi söz konusu olmayacaktır[873].

Bazı fiiller ilk bakışta kötü muamele olarak görünseler de gerekçelendirilmesi kaydıyla bunların hukuka ve dolayısıyla AİHS m.3’e uygunlukları söz konusu olabilmektedir. Kolluk tarafından uygulanan meşru kuvvet, şüphelinin veya sanığın hâkim kararıyla alıkonulması veya hapsedilmesi gibi hareketler, sözleşmenin kapsamı dışında

[870] ÖNOK, s.447.
[871] ÖNOK, s.447.
[872] ÖNOK, s.448-451.
[873] MAHMUTOĞLU, s.11.

değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu tür fiiller, istisna olmayıp bu maddenin dışında yer aldıklarından bu madde kapsamında değerlendirilmemektedirler[874].

Bir diğer hukuka uygunluk sebebi olan meşru savunma TCK m.25'te düzenlenmiştir. Meşru savunma, bir kişinin kendisini ya da üçüncü bir kişiyi haksız bir saldırıdan korumak amacıyla saldırgana karşı gerçekleştirdiği zorunlu ve orantılı savunma hareketini ifade etmektedir[875]. Meşru savunmanın, orantılılık ilkesi gereğince işkence suçu bakımından uygulanması mümkün değildir[876]. Ayrıca işkence teşkil eden bir davranışın, savunma olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir zira bir hakka yönelik saldırıyı def etmek amacıyla işkence yasağı ile korunan tüm hakların üzerinde olan insan onuruna aykırı bir savunmanın gerçekleştirilmesi uygun olamayacaktır[877]. AİHM de vakaya ilişkin şartlar ve mağdurun kendi davranışı ne olursa olsun işkence yasağının mutlak olduğunu kararlarında sıklıkla belirtmiştir[878].

Gözaltında uygulanmış olan kötü muameleye mağdurun davranışının yol açtığı kabul edilerek meşru savunma sebebiyle fail hakkında ulusal yargı yerleri tarafından yapılan yargılama sonucunda beraat hükmü verilmesi AİHM'sini bağlamayacak ve davalı Devletin sorumluluğu devam edecektir. Rivas v. Fransa kararına konu olayda hırsızlık suçundan gözaltına alınan başvurucuya polis memuru tarafından tekme atılması sonucunda başvurucu acil müdahale gerektirecek şekilde testislerinden yaralanmış, ilk derece mahkemesi tanık beyanlarını dikkate alarak mahkûmiyet hükmü kurarken üst yargı merci bunu bozmuş ve meşru savunma kapsamında kabul ederek beraat kararı vermiştir. Başvurucunun olay sırasında 17 yaşında 166 cm boyunda ve 50 kg ağırlığında olduğunu ve bu durumuyla polis memurundan yaş ve yapı itibariyle küçük olduğunu, polis memurunun tanık ifadelerinde bahsedildiği üzere genel olarak saldırgan tutumuyla tanındığını da dikkate alan AİHM, davalı devletin beraat kararı vermiş olmakla başvurucuya uygulanan kötü muamele hususunda sorumluluktan kurtulamayacağını şeklinde karar vermiştir[879].

Zorunluluk hali TCK m.25/2'de düzenlenmiştir. Buna göre gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak

[874] DÜLGER, s.343-344.
[875] ÖNOK, s.454.
[876] MAHMUTOĞLU, s.10; BAYRAKTAR, s.163; ÖNOK, s.454-455.
[877] ÖNOK, s.455.
[878] GEMALMAZ (2007), s.173.
[879] DORĞU, s.37-38.

zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiil cezalandırılmayacaktır. Bu kapsamda işkence suçu bakımından özellikle terör suçlarıyla bağlantılı kimselerim ifadesi alınırken toplumu büyük tehlikelerden korumak amacıyla işkence veya sair kötü muamele teşkil edecek sorgu yöntemlerine başvurulup başvurulmayacağı güncel tartışma konusudur[880].

Terör eylemlerinin batılı devletlerde özellikle ABD'de yaygınlaşmasının ardından bir terör zanlısının baskı olmaksızın sorgulanmasının imkânsız olduğu belirtilerek öncelikle fiziksel şiddet içermeyen psikolojik baskının uygulanması, bunun işe yaramadığı durumlarda da kaçınılmaz olarak ''ılımlı ölçüde fiziksel baskı''nın uygulanabileceği şeklinde bir görüş ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda kişilerin hayatı ağır ve muhakkak bir tehlike altında ise ve başka bir çare de yoksa, sorgu yöntemi olarak işkenceye başvurulması, zorunluluk hali kapsamında hukuka uygun olabilecektir[881]. Bu görüşün en yaygın argümanı ise yukarıda da bahsettiğimiz ''the bombing case'' örneğidir. Buna göre bir terörist ele geçirilmiş ve örgütün geniş kitleleri etkileyecek bombalı eylem yapacağı, ele geçirilen kimsenin de bombanın yerini bilip bunu söylemediği yüzlerce kişinin ölümüyle sonuçlanabilecek bir olayda bu kimseyi konuşturmak için psikolojik veya fiziksel zor kullanılmalı mı kullanılmamalı mı[882]? Terör faaliyetlerinin artması ile birlikte kitlesel kayıplara sebebiyet verebilecek bombalı eylemlerin önüne geçebilmek amacıyla belli durumlarda işkence yapılabilmesinin mümkün olabileceği şeklinde görüşün[883] karşısındaki görüşe göre, devletler hem kamu güvenliğini hem de insan yaşamı ve insan onurunu korumakla yükümlüdür. Bunlardan birini korumak için diğerini feda etmek için sunacağı hiçbir gerekçe hukuka uygun olmayacaktır[884]. Öğretinin ekseriyeti, işkenceyle korunan insan onurunun en üst hukuksal değerlerden biri olduğundan sebeple işkence suçunun herhangi bir hukuka uygunluk sebebiyle haklı görülmesinin mümkün olmayacağı görüşündedir[885].

Konu ile ilgili ünlü kararlardan biri olan Gafgen v. Almanya kararına konu olayda Almanya'da zengin bir aile olan von Metzler ailesinin 11 yaşındaki çocuğu Jakob, fidye istenmek maksadıyla Gafgen tarafından kaçırılmasının hemen ardından öldürülmüş ve

---

[880] ÖNOK, s.456.
[881] ÖNOK, s.457.
[882] ÖNOK, s.458.
[883] BAŞBÜYÜK, s.1471-1473.
[884] BAŞBÜYÜK, s.1473.
[885] ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN vd. s.271; BAŞBÜYÜK, s.1473; ÖNOK, s.446; ÜZÜLMEZ (2002) s.154; NUHOĞLU, s.575; BAYRAKTAR, s.163.

cesedi Frankfurt yakınlarında bir göl yakınlarına saklanmıştır. Gafgen, Jakob'un ölümünden haberi olmayan Metzler ailesine bir mektup yazarak 1 milyon Euro istemiş ve fidyeyi teslim aldığı sırada yakalanmıştır. Gafgen alınan ifadesi sırasında çocuğun nerede olduğuna veya sağlık durumuna dair hiçbir şey söylememiştir. Yakalanmasının üzerinden bir gün geçmesine rağmen bilgi alınamadığı için soruşturmayı yürütmekte olan Frankfurt Emniyet Müdürlüğü Başyardımcısı Wolfgang Dashner, çocuğun hayatını kurtarmak amacıyla doktor gözetiminde ve önceden şüpheliye bildirilmek suretiyle şüphelinin yaralanmasına yol açmayacak şekilde Gafgen'e acı verilmesini emretmiştir. Bunun üzerine emri yerine getiren kimse, şüpheliye çocuğun nerede olduğunu söylememeye devam ederse asla unutmayacağı şekilde ona acı vereceğini söylesi üzerine Gafgen çocuğun durumu ve yeri hakkında bilgi vermiştir. Emniyet amiri ve emri uygulayan astı, Frankfurt Bölge Mahkemesinde yargılanmış ve Alman Ceza Kanunu uyarınca delil elde etme amacıyla değil çocuğun hayatını kurtarma amacıyla hareket ettiklerinden işkence değil cebre azmettirme ve cebir suçlarından mahkûm edilmişlerdir. Mahkeme olayda meşru savunma ve zorunluluk halinin koşullarının gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. Ancak ifade alma sırasında Gafgen'in tavrı, sanıkların amacı, içinde bulundukları telaşlı ortam, üzerlerinde bulunan duygusal baskı, suçun sonucunda edinilen bilgi, kamuoyunun ilgisi gibi birçok faktöre işaret eden Mahkeme cebir suçunun kamu görevlisinin nüfuz veya sıfatını kötüye kullanması suretiyle işlenmesi nitelikli halinden değil basit cebir suçundan hüküm kurmak suretiyle sanıkları suçlu bulmakla beraber onları cezalandırmak istemediğini göstermiştir. Bu kararın ardından Almanya'da ''kurtarma işkencesinin'' meşruiyeti tartışma konusu olmuştur[886].

AİHM kararlarında işkence, işkence tehdidi ve sair kötü muamele, hiçbir zaman ve koşulda meşru bir zemine oturtulmamıştır. Devlet adına hareket eden kamu görevlilerince yapılan işkence tehdidi, mesela bir çocuğun veya yüzlerce insanın hayatını kurtarmak da dahil olmak üzere, düşünülebilen her koşulda insanlık dışı davranış olarak kabul edilmelidir[887]. Ayrıca Gafgen örneğinin dayandırıldığı zorunluluk halinden bahsedilebilmesi için, korunma hareketi ile tehlike arasında oran olması gerekmekte yani korunmak istenen değer, feda edilen değere en az eşit nitelikte olmalıdır. Oysa işkence ile yasağı ile korunan insan onuru, pek çok ulusal ve uluslararası belgede bütün haklar üzerinde bir değer olarak

[886] ÖNOK, s.458-459.
[887] DÜLGER, s.344.

görülmektedir ve bu sebeple herhangi bir hak veya kamusal amaç ya da yarar karşısında suçlunun cezasız kalması uğruna dahi olsa feda edilemeyecektir[888]. AİHM kararlarına göre, zaten başvurucu tarafından işlenen yahut işlendiği ileri sürülen suçun niteliği, işkence yasağının amaçları bakımından önem taşımayacaktır[889]. Bu husus işkence yasağı ile korunan insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin gereğidir[890].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere büyük çaplı terör faaliyetlerinde yetkililerin, işkence bakımında kamunun güvenliği ile insan onuru arasında tercih yapmaya zorlanması öğretide doğru bulunmamaktadır. Zira birçok kişinin ölümüne sebep olabilecek olay ile işkence yapılacak terör zanlısının bilgisi arasındaki bağlantının varlığını ortaya koymak zordur[891]; ki AİHM içtihatlarına göre bir kişinin terör ya da başka suç teşkil eden faaliyetlerine karıştığına dair ne denli sağlam temelli şüphe bulunursa bulunsun, işkence yasağına karşı aykırı hiçbir önlem alınmasına imkân bulunmamaktadır[892]. Ayrıca bu şekilde bağlantı olsa bile elde edilen bilginin, faaliyetin gerçekleşmesine engel olmada yeterli olabileceğini de bilmek her zaman mümkün değildir. Sadece bombalı saldırı örneğinden hareketle işkence gibi insanlık dışı bir fiil hakkında meşruiyet tartışması yapmak doğru değildir[893]. Zira örnekte ele geçirilen kişi şüphelidir, dolasıyla suçlu olduğu veya önlenmek istenen olayla bağlantısının olduğu kesin değildir. Bunlar kesin olsa bile bu kişinin konuşacağı, konuşsa bile doğruyu söyleyeceği, doğruyu söylese de bunun işe yarayacağı bile bilinmemektedir. Bu sebeple bir şüpheden hareketle insan onurunu yok saymak, hukuk devletinin bir gereği olan insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine aykırı olacaktır[894].

Burada şu soru akıllara gelebilmektedir şüphelinin onuru karşısında mağdurun onuru feda edilecek midir? Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuka uygunluk sebeplerinde orantılılık ilkesi söz konusu olduğundan hukuka uygunluk sebebinden bahsedebilmek için işkence veya sair kötü muamele ile feda edilecek değer karşısındaki değerin de insan onuru olması gerekirdi. Oysa işkence suçu dışında işlenen suçların koruduğu hukuki yarar ekseriyetle insan onuru değildir ve insan onuru karşısında bu değerin feda edilmesi gerekebilir[895]. İnsan onuru ve insan yaşamı arasında tercih yapmak zorunda kalınan

[888] ÖNOK, s.460-461.
[889] GEMALMAZ (2007), s.174.
[890] ÖNOK, s.460-461.
[891] BAŞBÜYÜK, s.1473.
[892] GEMALMAZ (2007), s.171.
[893] BAŞBÜYÜK, s.1473.
[894] ÖNOK, s.463-465.
[895] ÖNOK, s.463.

durumların yaşanmaması için devletler önlem almak zorundadır. İnsan yaşamı yanı sıra insan onurunu da korumakla görevli olan devletler, terör faaliyetlerini önleme konusunda hukukun kendilerine çizdiği sınırlar içerisinde ileri teknoloji araştırma tekniklerini de kullanarak bu faaliyetleri önlemek için gerekli olan bütün çabayı göstermek zorundadırlar. Ulusal ve uluslararası barış ve huzurun sağlanabilmesi için, insan yaşamı ile birlikte insan onurunun da etkin bir şekilde korunması gereklidir. Bunun için yetkililer, gerekli çabayı göstererek terör faaliyetlerinin önüne geçmelidirler[896]. Hiçbir çatışma veya teröre dayalı şiddet, kişilerin işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkını azaltmaz[897].

Chahal v. Birleşik Krallık kararında belirttiği üzere AİHM, son zamanlarda Devletlerin kendi toplumlarını terör faaliyetlerinden korumak için karşılaştıkları büyük güçlüklerin farkında olmakla beraber bu koşullarda dahi Sözleşme, mağdurun eylemi ne olursa olsun işkence ve sair kötü muameleyi mutlak şekilde yasaklamaktadır. AİHM, Eğmez v. Kıbrıs kararında ise bu ifade içerisinde organize suçlara da yer vermiştir[898].

AİHM'nin, özellikle örgütlü suçlar ve terörle mücadelenin yadsınamayacak zorluklarla dolu olduğunu kabul etmesi, bir kişinin terör suçu veya başka ağır bir suç işlemiş olması veyahut işlediğinden şüphe edilmesi halinde o kişiye uygulanan muamelenin, işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olup olmadığını saptamasına engel teşkil etmeyecektir[899]. Diğer bir deyişle AİHM, işkence yasağı çerçevesinde ürettiği standartlardan biri olan terörizme karşı mücadelede uygulanan önlemin arkasındaki meşru amacın hiçbir şekilde işkence veya sair kötü muameleyi haklı kılmayacağıdır. Buna göre demokratik bir toplumun gereği olan işkence yasağı, terörizm veya örgütlü suçlarla mücadele gibi en zor şartlarda dahi mutlak şekilde yasaktır[900]. AİHM bu gibi suçların takibinde delillere ilişkin kurallar ve haklarda bazı istisnalara izin vermekle beraber, kişilerin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hususunda kati surette müsamaha göstermemektedir. Sorgulama sırasında işkence ve kötü muameleye başvurulmaması ve elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmaması konusundaki yasaklar mutlaktır[901].

[896] BAŞBÜYÜK, s.1473.
[897] REIDY, s.31.
[898] DOĞRU, s.2.
[899] NAL (2007), s.153; REIDY, s.30; NAL (2001), s.530; NAL (2007), s.153.
[900] GEMALMAZ (2007), s.175.
[901] REIDY, s.30.

Bir diğer hukuka uygunluk sebebi olan hakkın kullanılması, TCK m.26/1'de düzenlenmiştir; buna göre, hakkını kullanan kimseye ceza verilemeyecektir. İşkence suçu bakımından bu hukuka uygunluk sebebinin uygulanması da mümkün değildir[902].

Hukuka uygunluk sebeplerinden ilgilinin rızası ise TCK m. 26/2'de düzenlenmiştir. Buna göre ''Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez''. İşkence ve sair kötü muamele yasağının amacı kişilerin beden bütünlüğü ve haysiyetini mutlak surette korumak olduğundan mağdurun rızasının bulunup bulunmaması ihlalin varlığı için bir önemi yoktur. Zira mağdurun bile üzerinde tam tasarruf yetkisine sahip olmadığı haklar bakımından rıza hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez[903]. İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, konusunun kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmaması gerekmektedir. Medeni Kanun'un 23. maddesinin 2. uyarınca ''Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz'' denilerek kişinin hürriyeti ve dokunulmazlığı bizzat kendisine karşı korunmuştur. İşkenceye gösterilecek rıza, kişilik haklarından, insan kişiliğini ve onurundan vazgeçmek hukuka aykırı olacağından, geçersiz olacaktır[904].

AİHS'ne taraf devletlerin, işlenen suçtan bağımsız olarak caydırıcı olabileceği gerekçesiyle AİHS m.3'e aykırı cezaları uygulaması da yine sözleşmenin ihlali kabul edilmektedir[905].

Tıbbi nedenlerle gözetim altında tutulan ve tedavi gören kişilere yönelik muameleler, AİHS m.3'ün koruması altında olup, işkence ve sair kötü muamele konusundaki yasak, tıbbi gözetim ve tedavi uygulamaları konusunda da mutlaktır[906].

Sonuç olarak AİHS m.3'te yer alan işkence yasağının hiçbir istisnaya yer vermediği açık ve kesindir. Bu durum, işkence tehdidi yasağı için de geçerlidir[907].

---

[902] MAHMUTOĞLU, s.10; BAYRAKTAR, s.163; ÖNOK, s.465.
[903] ÖNOK, s.162-163.
[904] MAHMUTOĞLU, s.11; BAŞBÜYÜK, s.1473; DEMİRBAŞ (1992) s. 40; NUHOĞLU, s. 575; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Rıfat Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 260; BAYRAKTAR, s.163; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 252.
[905] NAL (2007), s.153.
[906] NAL (2007), s.153.
[907] DÜLGER, s.344.

6. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

6.1. Teşebbüs

İşkenceye teşebbüs hususunda kanun ayrık bir durum düzenlemediğinden, TCK'nın genel hükümleri uygulanır. TCK m.35/1'e göre, kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Esasen işkence suçunda genellikle hareketle birlikte netice de meydana geldiğinden, suç hareketin yapılmasıyla tamamlanmaktadır[908]. İnsan onuruyla bağdaşmayan şekilde mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açabilecek elverişli hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır. Failin, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açabilecek elverişli harekete başlamasının ardından bunu iradesi dışında tamamlayamaması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır[909]. Mesela önceden hazırlanmış bir yere işkence yapılmak üzere götürülen şüphelilerin, bir şekilde kaçması ve işkence yapılmaktan kurtulması halinde teşebbüs hükümler uygulanabilecektir[910].

TCK m.36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmüne göre ise, fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önler ise teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

İşkence suçunun tamamlanabilmesi için maddede gösterilen insan onuruyla bağdaşmayan ve kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlardan birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Bu hareketlerin çeşitlilik ve devamlılık göstermesi sebebiyle kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüs mümkün olacaktır[911]. Öğretinin ekseriyetine göre, işkence suçunun oluşabilmesi için mağdurun acı çekmesine yol açacak davranışların varlığı yeterlidir. Bir başka deyişle mağdurun bu hareketler neticesinde acı çekmesi gerekmemekte, hareketin neticeyi meydana getirecek kabiliyette olması halinde suç

---

[908] BAYRAKTAR, s.163.
[909] ÖNOK, s.477.
[910] BAŞBÜYÜK, s.1477; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 254.
[911] ÜZÜLMEZ (2002) s.168; BAŞBÜYÜK, s. 1477; DEMİRBAŞ (1992) s. 44; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 255; ÖNOK, s.476-477.

tamamlanmaktadır[912]. Bu sebeple yukarıda da belirttiğimiz üzere mağdurun dayanıklılığı veya duyarsızlığı gibi sebeplerle acı duymamış olması suçun tamamlanmasına engel değildir[913].

İnsan onuruyla bağdaşmayan ve kanuni düzenlemede yer alan neticeleri gerçekleştirmeye elverişli olan hareketlerin gerçekleştirilmesi, suçun oluşması bakımından yeterli olduğundan işkence suçu sırf hareket suçu olarak nitelendirilmektedir[914]. Öğretide bir başka görüş ise işkence suçunun, netice suçu olduğunu belirtmektedir[915].

Herhangi birini bedensel bir temas olmaksızın dahi işkence ile tehdit etmek, en azından insanlık dışı davranış teşkil edeceğinden, işkence suçu tamamlanmış olacaktır[916]. Gafgen v. Almanya kararında başvurucunun işkence ve cinsel saldırı ile tehdit edilerek kendisinden ikrar edilmesi olayında işkence tehdidinin, işkence suçunu oluşturabileceği belirtilmiştir[917]. Mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine yönelik hareketin yarım kalması halinde yarım kalan fiil mağdurun aşağılanmasına sebep oluyor ise suç yine tamamlanmış olacaktır. Mesela Filistin askısına asılmak üzere giysileri çıkarılan mağdurun henüz askıya asılmadan kurtulması halinde mağdurun bu şekilde aşağılayıcı muameleye tabi tutulması sebebiyle işkence suçu tamamlanmış olacaktır[918].

6.2. İştirak

Ceza kanunlarında suçlar, genellikle tek kişi tarafından işlenebilecek şekilde düzenlenirler. Fakat bu suçların doğrudan yahut dolaylı olarak birden fazla kişi tarafından iştirak halinde işlenmesi kural olarak mümkündür[919]. İşkence suçu, çok failli değil bireysel bir suçtur. Ancak suç tek fail tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişinin iştiraki ile de işlenebilir[920].

---

[912] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.265; ÜZÜLMEZ (2005), s. 240; ÖNOK, s.476-477.
[913] ÖNOK, s.477.
[914] BAŞBÜYÜK, s.1477.
[915] ÖNOK, s. 476.
[916] DÜLGER, s.343; ÖNOK, s.477.
[917] **Gäfgen v. Almanya,** AİHM, Başvuru No:22978/05, Karar Tarihi: 01/06/2010 < https://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-ALMANYA.pdf > (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019, s.16.
[918] ÖNOK, s.479.
[919] KOCA / ÜZÜLMEZ, s.420; HAKERİ (2009) s.399.
[920] ÜZÜLMEZ (2002) s.168; BAYRAKTAR, s.165.

İşkence suçu, yukarıda da belirttiğimiz üzere, suçun faili ancak bir kamu görevlisi olabileceğinden, bu suç özgü suçtur[921]. Kamu görevlilerinin işkence suçuna iştirak etmesi halinde genel hükümler uygulanır ve her kamu görevlisi katkısına göre Kanun'un öngördüğü biçimde cezalandırılırlar. Burada önem arz eden husus ise, kamu görevlisinin işkence fiiline kamu görevlisi olmayan sivil bir kimsenin iştirak etmesi halidir[922]. TCK m.40/2'ye göre, ''Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenmesine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.'' Kanun'un gerekçesine göre, suçun işlenişine kamu görevlisinin yanı sıra diğer kişilerin de iştirak etmiş olduğu durumlarda kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek maksadıyla TCK m.94/4'te ''bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır'' hükmü düzenlenmiştir. Dolayısıyla işkence suçuna kamu görevlisi olmayan kişilerin iştirak etmesi halinde kamu görevlisi olmayan kişiler, kamu görevlisi gibi sorumlu tutulacaklardır. Ancak bu durumda şeriklerin, failin kamu görevlisi olduğunu bilmeleri gerekecektir. Birden çok kamu görevlisinin kendi aralarında iştirak halinde suç işlemeleri durumunda katkılarının şekli ve önemine göre sorumlu olacaklardır[923].

Özel faillik niteliği taşıyan kişiler tarafından işlenebilecek suçlara özgü suç denir. Kanun koyucunun özgü suçların faili olabilmek için öngörmüş olduğu özel şartlar, müşterek failler için de geçerlidir[924]. Örneğin karakolda görev yapan çaycının işkenceye iştirak ederek mağduru yaraladığı olayda çaycı işkence suçunun müşterek faili kabul edilecektir[925].

İşkencenin, kamu görevlisinin amiri tarafından verilen emir üzerine yapılması halinde Anayasa m.137/2 uyarınca konusu suç teşkil eden emir yerine getirilemeyeceğinden hem emri icra eden kamu görevlisi, hem de emri veren amir yani azmettiren, işkence suçundan fail sıfatıyla sorumlu olacağı hususunu yukarıda ayrıntıları ile işlediğimizden burada tekrar etmiyoruz.[926].

İştirakte bağlılık kuralı esastır. Mağdurun muayenesi sırasında zaten işkence suçu tamamlandığından doktorların gerçeğe aykırı rapor vermeleri halinde iştirak hükümleri

[921] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 254-255; ÖNOK, s.480.
[922] MAHMUTOĞLU, s.13.
[923] ÖNOK, s.481-482.
[924] KOCA / ÜZÜLMEZ, s.431.
[925] ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s.272.
[926] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 255.

uygulanmaz[927]. Diğer bir deyişle işkenceye maruz bırakılan mağduru inceleyen doktorun işkence bulgularına rastlamasına rağmen çeşitli sebeplerle bunu raporunda göstermemesi halinde iştirak söz konusu olmayacaktır zira tamamlamamış suça iştirak edilmesi mümkün değildir. Burada doktor ancak TCK m.204 uyarınca resmi, belgede sahtecilikten sorumlu tutulabilecektir[928].

6.3. İçtima

Ceza hukukunda aksi öngörülmemişse kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır kuralı geçerlidir. Bir başka deyişle asıl olan gerçek içtimadır. TCK'nın 43 vd. maddelerinde bir kimsenin birden çok suç işlemesine rağmen, bazı hallerde tek ceza ile cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir[929].

TCK m. 42'de birleşik suç düzenlenmiştir. Buna göre, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça, bileşik suç denir ve bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. İşkence suçu da içerisinde başka suçlara ilişkin unsurları barındıran birleşik bir suçtur. Kanun'un gerekçesinde de yer aldığı üzere işkence suçunu oluşturan fiiller, aslında kasten yaralama, öldürme, hakaret, tehdit, cinsel taciz gibi başka suçları da içinde barındıran fiillerdir. İşkence teşkil eden fiiller işlendiğinde TCK m.42 gereğince yalnızca işkence suçundan ceza verilecektir[930].

Bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek amacıyla bir kişiye işkence edilirken işlenen fiiller, aslında başka suçların da unsurlarını taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller mesela yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz veya saldırı niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak işkence yapılırken bu fiillerin işlenişi sırasında güdülen amaç işkenceyi, diğer suçlardan ayırmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, işkence suçunu oluşturan fiiller aynı zamanda yaralama, hakaret, tehdit gibi diğer suçları oluşturuyorsa TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi gerekmektedir[931]. Diğer bir görüşe göre ise, yaralama, hakaret, tehdit fiilleri işkence suçunun temel şeklini oluşturan maddi unsurları içerisinde değerlendirilmelidir[932]. Zira işkence suçu birleşik suç

---

[927] BAŞBÜYÜK, s.1478.
[928] ÖNOK, s.483.
[929] KOCA / ÜZÜLMEZ, s.471-472.
[930] BAYRAKTAR, s.164-165; ÖNOK, s.485-486.
[931] DEMİRBAŞ (1992) s. 45; ÖNOK, s. 490-491; ÜZÜLMEZ (2003) s. 175; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd. s. 328; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 265.
[932] ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.197: 765 sayılı TCK döneminde Özgenç/Şahin, mağdura karşı yapılan müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza tecavüz fiillerinin işkence suçunun maddi unsurları

niteliğindedir ve yaralama, hakaret, tehdit fiilleriyle işkence suçunun işlenmesi halinde yalnızca işkence suçu oluşmaktadır.

Özgenç ve Şahin'e göre, sadece bu amaçtan hareketle bu fiillere ayrı bir suç niteliğinin verilmesi yerinde olmamıştır. Çünkü işkence fiilleri, bağımsız bir suç oluşturmamaktadır. Kanunda yapılacak bir değişiklikle, kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz veya cinsel saldırı suçlarının, bir suç hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şeklinin oluştuğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır[933].

TCK m.94/3'e göre işkence fiilinin, cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmasını gerektirmektedir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere cinsel taciz, TCK'nın 105.maddesinde ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak işkence suçu cinsel taciz şeklinde işlendiği takdirde birleşik suç hükümleri gereği sadece işkence suçundan ceza vermek gerekecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise şudur, işkencenin nitelikli halinin uygulanabilmesi için mağdur üzerinde gerçekleştirilen fiillerin, cinsel saldırı boyutuna ulaşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere işkence suçunun yanı sıra, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekecektir[934]. Öğretide bu görüşe karşıt bir görüş bulunmaktadır. Buna göre, işkence fiillerinin sistematik olmasını gerektiğini söyleyen gerekçenin bağlayıcılığının bulunmadığından işkence suçunda davranışın sistematik ve sürekli olmasının zorunlu olmadığını kabul edildiğinde farklı sonuca varmak gerekecektir. Konuşması için mağdurun ırzına geçilmesi halinde tek hareketle hem işkence hem de cinsel saldırı suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu çerçevede fikri içtima kuralları gereğince fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olmalıdır[935].

Zincirleme suç, TCK'nın 43. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç söz konusu olacaktır. Bu halde tek bir cezaya hükmedilecek ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Mağdura karşı bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine yol açacak davranışlar, algılama veya

---

kapsamında olduğunu, dolayısıyla failin sadece işkence suçundan sorumlu olacağını belirterek duruma farklı bir gerekçeyle yaklaşmıştır.

933 ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.15-18.

934 ÖNOK, s. 486; MAHMUTOĞLU, s.13; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA (2015) s. 255; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 266; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN vd., s. 328.

935 BAŞBÜYÜK, s. 1480.

irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açacak davranışlar aynı anda veya art arda uygulanıyorsa bu hareketlerin her biri seçimlik hareket olduğundan burada zincirleme suçtan bahsedilemeyecek ve tek bir suç oluşacaktır. Aynı mağdura değişik zamanlarda birden çok işkence yapılması halinde TCK m.43/3 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanmayıp gerçek içtima söz konusu olacaktır. Aynı kişiye karşı tek bir kast altında mesela suçunu itiraf ettirmek maksadıyla kısa süreli aralıklarla art arda işkence yapılır ise hukuki anlamda hareket tek olduğundan tek bir işkence suçu işlenmiş olacaktır. Ayrıca zaten madde gerekçesinde belirtildiği üzere işkence teşkil eden fiiller ani olarak değil sistematik bir biçimde ve belirli bir süreç içerisinde işlenebilmektedir. Dolayısıyla işkence bir sürecinde kendi içinde bütünlük arz eden işkence teşkil eden hareketlerin, sırf birden fazla olması sebebiyle birden fazla işkence suçu oluşmayacaktır. Ayrıca işkencenin sistematik olması aranmasa bile hareketin hukuken tekliği söz konusu olacağından yine tek bir işkence suçundan bahsedilecektir. Mesela mağdur bütün gece çıplak ve gözleri bağlı bir biçimde soğuk bir hücrede bekletildikten sonra sabah sıcak su dökülerek uyandırılması halinde birbirini takip eden bu birden çok hareket hukuken tek bir hareket sayılmaktadır[936]. Hukuki anlamda hareketin tekliğinin söz konusu olduğu durumlarda tek suç oluşacağı ve bu nedenle zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamayacağı için TCK m. 43/3'te işkence suçu için öngörülen istisna da uygulanmayacaktır[937]. Mesela ikrar elde etmek amacıyla aynı kişiye karşı art arda işkence yapılması halinde tek bir işkence suçu oluşacaktır. Zira işkence suçunda hareketlerin sistematikliği gereğince hareketin birden çok olması, suçun da birden çok olduğu anlamına gelmez[938]. Başlı başına işkence oluşturacak birden çok hareket arasına belirli bir süre girmiş ve kesinti gerçekleşmiş ise kast yenileneceği için birden fazla suç işlenmiş olacaktır[939]. Mesela bir polis memurunun sorgu sırasında işkence ettiği kimse, bu olayı ihbar ederse ve ertesi gün polis memuru bu ihbar sebebiyle tekrar şahsı işkence teşkil edecek şekilde darp ederse burada birden fazla suç oluşmuş olacak, TCK m.43/3 gereği zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. TCK m.43/3'ün uygulanması için, işkence suçunun tamamen sona ermesinden itibaren bir sürenin geçmeli ve daha sonra işkence teşkil eden fiiller tekrarlanmalıdır[940].

[936] ÖNOK, s.487-488.
[937] BAŞBÜYÜK, s.1479.
[938] ÖNOK, s. 524; BAŞBÜYÜK, s.1479.
[939] ÖNOK, s.488.
[940] BAYRAKTAR, s.165.

TCK 43/2'ye göre aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Öğretide bu durum aynı neviden fikri içtima olarak nitelendirilmektedir[941]. Ancak TCK m. 43/3 gereği, işkence suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir, bir başka deyişle işkence suçunda gerçek içtima kuralı geçerli olacak ve mağdur sayısınca ceza verilecektir. Mesela bir anneye sorgusu esnasında cinsel saldırıya uğrayan kızı izlettirilir ve acı çekmesi sağlanırsa hem anne hem de kızı işkence suçunun mağduru olur ve iki ayrı işkence suçundan fail cezalandırılır [942].

Özgenç ve Şahin'e göre işkence fiilleri, bağımsız bir suç oluşturmadığından ve esasen kişiye karşı kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz veya saldırı suçları işlendiğinden, işkence kapsamında mağdura karşı bu suçlardan birkaçının işlenmesi durumunda her bir suçun bağımsız olarak işlendiğinin kabul edilmesi ve failin buna göre cezalandırılması gerekmektedir. 765 sayılı TCK döneminde Özgenç ve Şahin, bu suçların belli bir zaman zarfında süreklilik arz eder şekilde art arda işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak bu dönemde de Yargıtay, bu gibi durumlarda her bir kişi açısından ayrı bir işkence suçunun oluştuğundan bahisle gerçek içtima kuralları uygulamakta idi[943]. Görüldüğü üzere yazarlar her ne kadar bunu eleştirmiş olsa da[944] Yargıtay, içtihatlarının bu yönüyle TCK m. 43/son hükmünü şekillendirmiştir.

TCK m.44'te farklı neviden fikri içtima düzenlenmiştir[945]. Buna göre, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Burada tek fiille iki farklı suçun işlenmesi gerekmektedir. TCK m.43/2 uyarınca, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin, aynı suç sayılacağını belirtmekte fayda vardır. İnsan üzerinde bilimsel amaçlı deneyler yapılması sırasında deneyin insan onuruna aykırı ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açması halinde TCK m.90 insan üzerinde deney suçu yanı sıra işkence suçu oluşacak, TCK m.44/1 uyarınca daha ağır olan işkence suçundan ceza verilmesi gerekecektir[946].

---

941 KOCA / ÜZÜLMEZ, s.499.
942 ÖNOK, s.487-488.
943 BAŞBÜYÜK, s.1478.
944 ÖZGENÇ / ŞAHİN, s.18.
945 KOCA / ÜZÜLMEZ s.498.
946 ÖNOK, s.493.

Failin işkence yaptığı mağdur ölürse neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunun oluştuğunu yukarıda belirtmiştik. Buna karşılık, kamu görevlisi işkence yaptığı mağduru, kendisini ihbar edeceği düşüncesiyle öldürürse bu durumda hem işkence suçundan hem de nitelikli kasten öldürme suçundan gerçek içtima kuralları gereğince ceza vermek gerekecektir[947].

7. KOVUŞTURMA USULÜ, YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI

Anayasa 129/son uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunda öngörülen istisnalar dışında anunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır. Bu hususta 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda memurlar ve diğer kamu görevlileri, görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle 4483 sayılı Kanun'un 3. maddesinde belirtilen yetkili merciin izniyle kovuşturulabilecektir[948]. Ancak mezkûr Kanun'un 2/5 maddesi uyarınca işkence suçu işleyen memur ve diğer kamu görevlilerinin soruşturulması için izni alınmasına gerek olmadığından, işkence suçu doğrudan soruşturulacak ve kovuşturulacaktır.

4483 sayılı Kanun'un 2/5 maddesi olmasaydı dahi CMK 161/5 uyarınca kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapabilir hükmü uyarınca Cumhuriyet savcıları adli kolluk ile alakalı soruşturmaları izin almaksızın doğrudan yürütebileceklerdi. Ancak maddenin son cümlesine göre, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında yapılacak soruşturmalarda hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanacaktır. Hakimler ve Cumhuriyet savcıları 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na tabidirler ve Kanun'un 82. maddesine göre hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları sebebiyle haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Ancak Kanun'un 94. Maddesine göre hâkim ve savcıların ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere

[947] DEMİRBAŞ (1992) s. 45.
[948] ÜZÜLMEZ (2002) s.171.

göre yapılacaktır ve hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülecektir. Bu halde soruşturma izni söz konusu olmasa bile durumun hemen Adalet Bakanlığına bildirilmesi zorunludur[949].

İşkence suçu TCK m.94 uyarınca, on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan olduğundan, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 12 uyarınca işkence suçuna dair yargılama ağır ceza mahkemesince yapılacaktır.

İşkence suçunun basit şekli için TCK m.94/1'de üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörülürken TCK m.94/2'deki nitelikli haller için sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası, TCK m.94/3'teki nitelikli haller için ise on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası düzenlenmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence hallerinden TCK m.95/1'de düzenlenenler için TCK m.94'e göre verilecek ceza yarı oranında, TCK m.95/2'de düzenlenenler için bir kat artırılacaktır. TCK m.94/3 uyarınca işkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacakken, işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse TCK m.94/4 uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır.

Cezanın belirlenmesinde hâkim, TCK m.61'de sayılan kriterleri göz önünde bulundurur. Buna göre hâkim, suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını ve son olarak failin güttüğü amaç ve saiki dikkate alarak suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus TCK m.61/1-g bendinde düzenlenen failin güttüğü amaç ve saikin dikkate alınmasıdır. Yukarıda da ayrıntıları ile ele aldığımız üzere TCK'da işkence suçu saik suçu olarak düzenlenmemiş, sadece teknik anlamda adli işkence değil geniş anlamda işkence olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla failin amaç ve saiki TCK m.61 uyarınca ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşma sebebi olabilecektir[950]. Failin başkasının hayatını kurtarmak, terör örgütünü ortadan kaldırmak, büyük çaplı eylemleri engellemek, devleti veya halkı korumak gibi masumane amaçlarla işkenceye başvurmuş olmasının bu bent kapsamında

[949] ÖNOK, s.518-519.
[950] ÖNOK, s.500.

değerlendirilerek alt sınıra yaklaşılmaması gerektiği yönünde bir öğretide bulunmaktadır. Çünkü bu şekilde yapılacak bir değerlendirme işkenceye karşı hoşgörü veya anlayışla yaklaşma anlamına gelecektir ki bu suçun düzenleniş amacına uygun olmayacaktır. Yine bu gerekçe ile TCK m.62'de öngörülen takdiri indirimin uygulanması da doğru olmayacaktır. TCK m. 62'ye göre failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurularak faile verilecek cezada kanunda belirtilen oranda indirim yapılabilecektir. Kamu görevlisinin görevi gereği soğukkanlı olması gerektiğini savunan görüşe göre kamu görevlisinin tecrübesizliği, bilgisizliği gibi gerekçelerle takdiri indirim yapılmaması gerekmektedir[951].

İşkence iddialarına ilişkin davaların zamanaşımına uğraması AİHM tarafından ihlal sebebi sayılmakta ve doktrinde eleştirilmekte idi[952]. Kanun koyucu bu hususu dikkate alarak 11.04.2013 tarih 6459 sayılı Kanun m.9 ile TCK m.94'e ''Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez'' hükmünü eklemiştir. Madde gerekçesinde yer aldığı üzere AİHM'nin, işkence ve kötü muamele iddiası ile kamu görevlileri hakkında yargı mercileri tarafından yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda davanın zamanaşımı ile fiilin cezasız kalmasını ihlal sebebi olarak kabul etmesi sebebiyle bu düzenleme yapılmıştır. Getirilen düzenleme dolayısıyla işkence suçlarında zamanaşımı söz konusu olmayacaktır.

8. İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

8.1. Genel Olarak

Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca ''Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.'' denilmiş ve bireysel başvuru 07/05/2010 tarihinde Anayasa'da yapılan değişiklik ile yargı sistemimize dahil olmuştur. Kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı 23/09/2012 tarihinden itibaren anayasal yargı denetimi başlatılmıştır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.45/1 uyarınca ''Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve

[951] ÖNOK, s.500-501.
[952] ALGAN, s.30.

özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.'' denilerek bireysel başvuru düzenlenmiştir. Mezkûr maddenin 2. fıkrasında ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiş ve bireysel başvuru öncesinde yer alan iç hukuk yollarının tüketilmesi hususu aranmıştır. Bireysel başvuru yolunun usul ve esasları ilgili Kanun ve İçtüzükte düzenlenmiştir.

Defaten belirttiğimiz üzere işkence yasağı, Anayasa'nın 17. maddesinde AİHS'nin ise 3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu haliyle işkence yasağı bireysel başvuruya konu olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 17. Maddesiyle korunan işkence ve kötü muamele yasağı hakkında yakın tarihlerde vermiş olduğu kararları bir sonraki başlık altında ele alacağız.

8.2. Anayasa Mahkemesi Kararları

Bu başlık altında Anayasa Mahkemesi önüne gelen ve yakın tarihte kararları verilmiş olan işkence ve kötü muamele yasağına dair başvuruları ele alacağız.

İlk ele alacağımız başvuruya konu olayda 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrasında Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) üyesi olduğu gerekçesiyle tutuklanmış olan başvurucu, 27/12/2017 tarihinde Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan mahkûm edilmiş ve tutukluluğunun devamına karar verilmiştir. 08/02/2019 tarihi itibarıyla başvurucu 855 gündür tek kişilik odada tutulmaktadır. Başvurucu, usul ve yasaya aykırı olarak tek kişilik odaya konulduğunu, bu konuya ilişkin olarak İnfaz Hâkimliğine yapmış olduğu itirazına cevap alamadığını belirtmiştir. Başvurucu 09-10/10/2016 tarihlerinde havalandırma bahçesine çıkmasının tamamen engellendiğini, 11/10/2016 tarihinde kırk dakika, 12/10/2016 tarihinde ise yirmi dakika havalandırma bahçesine çıkma süresinin kısaltıldığını iddia etmiştir. Kaldığı koğuşta suların günde on beş saat boyunca kesik olduğunu belirten başvurucu, saç tıraşının kaldığı koğuşun önünde yapılabileceğinin kendisine söylenmesinin kötü muamele yasağının ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi daha önce ceza infaz kurumlarında hükümlü ya da tutuklu statüsüyle tutulan kişilerin hücre hapsine alınmasının ya da diğer tutulanlardan ayrılmasının tek başına

Anayasa'nın 17. maddesine aykırı bir durum oluşturmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, tek başına tutma tedbirinin sadece güvenlik veya disiplini sağlama kaygısıyla değil mahpusların devam eden soruşturmalarda hileli iş birliği yapmalarını veya dışarıdakilerle yeni bir suç işlemek için iş birliği yapmalarını önleme gibi amaçlarla uygulanması da mümkündür. Başvuru konusu olayda başvurucunun tutulduğu tek kişilik yaşam odasının fiziki koşullarından şikâyet etmediği, başvurucunun tutulduğu odanın fiziksel koşulları Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Avrupa Cezaevi Kurallarına uygun olduğu, başvurucunun kurum kütüphanesinden faydalanabildiği, odasında televizyon bulundurabilme hakkı bulunduğu ve belirli tarihlerde düzenli olarak yakınlarıyla açık ve kapalı şekilde görüşmesine izin verildiği hususları belirlenmiştir. Başvurucunun tek kişilik odada tutulduğu zaman diliminde kamu makamlarınca gerekli sağlık hizmetine erişiminin sağlandığı ceza infaz kurumu tarafından kendisine iletilen psikolojik değerlendirmeye alınma talebini de reddettiği anlaşılmıştır. Başvurucunun her gün diğer mahpuslarla birlikte açık havaya çıkma imkânından bir saat süresince faydalandırıldığı tespit edilmiştir. Mahkeme, tüm bu tespitler çerçevesinde yaklaşık 2,5 yıl süreyle tek başına tutulmakla birlikte dış dünyayla ve diğer tutulanlarla bütünüyle irtibatı kesilmeyen, kendisine belirli kolaylıklar sağlanan başvurucu yönünden kişiliğini tahrip edecek nitelikte tam bir duyusal veya sosyal izolasyonun varlığından bahsetmenin söz konusu olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre, tek kişilik bir odada tutulmaya ilişkin koşulların kötü muamele olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu uygulamanın niteliğinden kaynaklanan ve özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinin ötesinde asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir. Mahkeme, başvurucunun şikâyetine konu uygulamanın kaçınılmaz elem seviyesinin ötesinde asgari bir ağırlık derecesine ulaştığı kanaati oluşturacak bir açıklamada bulunmadığı ve somut olayda tutulma koşulları bakımından asgari eşik derecesinin aşılmadığı sonucuna varmış ve kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir[953].

Ele alacağımız ikinci başvuru A.D. Başvurusuna konu olan olayda Somali'yi 1969-1991 yılları arasında yöneten devlet başkanının torunu olan başvurucu, ülkede yönetimin el değiştirmesinin ardından ailesiyle birlikte halen vatandaşı olduğu Hollanda'ya yerleşmiştir.

[953] **Timur Demir Başvurusu,** AYM, Başvuru No: 2018/33190, Karar Tarihi: 09/05/2019 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/33190 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

Başvurucu, Alman uyruklu eşiyle üç yıl yaşadığı Mısır'da tutuklanmış ve yedi ay sonra 23/03/2014 tarihinde serbest bırakılmıştır. Başvurucu, ülkesine dönerken İstanbul'da havaalanı transit bölgede Interpol tarafından arandığı gerekçesiyle gözaltına alınmıştır. Sulh Ceza Hâkimliğinin 24/03/2014 tarihli kararıyla terörizm suçundan uluslararası düzeyde Kırmızı Bülten'le aranan başvurucunun ABD'ye iade işlemlerinin yürütülmesi için tutuklanmasına karar verilmiştir. Ağır Ceza Mahkemesindeki yargılama sonucunda başvurucunun iadesine ilişkin talebin reddine ve başvurucunun tahliyesine karar verilmiştir. Göç İdaresi tarafından aynı gün başvurucu hakkında adli işlem yapılmış olması nedeniyle kamu güvenliği bakımından tehlike oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı etme ve idari gözetim altına alma kararları alınmıştır. Başvurucu hakkındaki idari gözetim süreci Sulh Ceza Hâkimliğinin 01/09/2014 tarihli kararıyla sonlandırılmıştır. Sınır dışı etme kararının iptali istemiyle dava açan başvurucu İdare Mahkemesinin ret kararı üzerine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, Hollanda'nın Kırmızı Bülten'le aranan kişileri vatandaşlık bağına bakmaksızın ABD'ye iade edebildiğini, Hollanda'dan sınır dışı edilmesi hâlinde ABD'ye iadesinin kuvvetle muhtemel olduğunu, ABD'de ise işlemediği suçlar ve hiçbir dayanağı olmayan suçlamalar nedeniyle yaşamı, maddi ve manevi bütünlüğü ile özgürlüğünün tehlikeye düşeceğini, ülkesine geri gönderilmesi hâlinde temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edileceğini ileri sürmüş ve sınır dışı işleminin tedbiren durdurulması, maddi ve manevi tazminat ile adli yardım talepleriyle bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuru konusu olayda İdare Mahkemesi, başvurucunun kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturan kişilerden olduğu, hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunduğu ve Interpol tarafından Kırmızı Bülten'le arandığı gerekçesiyle sınır dışı edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Ancak Ağır Ceza Mahkemesi başvurucunun iadesine ilişkin yargılamada iade istemini ve buna dayanak gösterilen belgeleri yeterli görmemiş ve iade talebinin mevcut hâliyle siyasi nitelikte olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yine Cumhuriyet Başsavcılığı başvurucunun iade edilmesi hâlinde kötü muameleye maruz kalma ihtimali bulunduğu yönünde görüş bildirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, kamu makamlarının sınır dışı etme kararı alırken kişinin kötü muameleye maruz kalabileceğini iddia ettiği ülkeye doğrudan veya dolaylı olarak gönderilme ihtimalini gözetmeleri gerekmektedir. Mahkemeye göre, geri gönderilen ülkenin Avrupa Konseyi üyesi veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması yalnız başına kötü muamele riskine yönelik iddiaların araştırılması yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Başvurucunun, havalimanında

gözaltına alınmasına karar verildiği andan itibaren gerek İstanbul Göç İdaresi nezdinde yaptığı uluslararası koruma başvurusunda gerekse İdare Mahkemesinde görülen davada Hollanda devletinin kendisini ABD'ye iade edeceğini istikrarlı bir şekilde ifade ettiğini belirten Anayasa Mahkemesi, başvurucunun ayrıntılı şekilde dile getirdiği ve denetime elverişli somut bilgiler içeren iddialarının doğru olup olmadığı hususunda yargılama aşamasında herhangi bir araştırma yapılmaması ve verilen mahkeme kararında anılan iddialara neden itibar edilmediği konusunda da bir değerlendirmeye yer verilmediğinin altını çizerek Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlaline ve yapılacak yeni yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı işlemi yapılmamasına karar vermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu ihlal kararı başvurucunun Hollanda'ya gönderilmesi hâlinde buradan ABD'ye iade edileceği ve bu ülkede de kötü muameleye maruz kalacağı iddialarının kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi bu konudaki ilke kararında etnik köken, dinî inanç, siyasi görüş ya da belirli bir gruba mensubiyetin başvurucu tarafından ortaya konulduğu durumlarda geri gönderilecek ülkede kötü muamele riski bulunup bulunmadığı konusundaki ispat külfetinin devlete ait olduğunun altını çizmektedir[954].

Bireysel başvuruya konu bir başka olayda başvurucu, bir internet sitesi etkinliği çerçevesinde düzenlenen müzikli bir organizasyona katılmıştır. Söz konusu internet sitesinin amacı üyelerinin farklı ülke ve kültürlerle tanışmasını kolaylaştırmak olup bu sayede bir üye, kültürünü tanımak istediği başka bir ülke veya şehirdeki diğer bir üyenin evinde kalarak konaklama ihtiyacını karşılamaktadır. Söz konusu organizasyonda yabancı uyruklu W.J.L. aralarında başvurucunun ve daha sonra başvuruya konu olan müzisyen G.C.'nin de bulunduğu katılımcıları evinde ağırlamak üzere davet etmiştir. Ev sahibi, başvurucu ve G.C.'ye ayrı birer oda tahsis etmiştir. Başvurucu odasında uyurken sabah saatlerinde bir anda uyanmış ve G.C.'nin uygunsuz şekilde karşısında olduğunu görmüştür. Başvurucu, G.C'nin, vücuduna dokunduğunu algılayınca bağırarak yataktan çıkmış, salonda bulunan ev sahibinin yanına koşmuş ve kolluk görevlilerine haber vermiştir. Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında öncelikle başvurucunun ve ev sahibi W.J.L.'nin beyanları alınmış, olay yeri tespit tutanağı düzenlenmiş, başvurucunun kıyafetleri ve yatak eşyaları incelenmek üzere delil olarak muhafaza altına

[954] **A.D. Başvurusu,** AYM, Başvuru No: 2014/19506, Karar Tarihi: 03/04/2019 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/33190 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

alınmış ve Sulh Ceza Mahkemesi tarafından G.C. tutuklanmıştır. Yargılama sırasında tahliye edilen G.C. hakkında Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonunda suçu işlediği kabul edilerek alt sınırdan cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmiştir. Başvurucu cinsel saldın suçunun mağduru olduğu hususunun mahkemece kabul edilmesine rağmen gerçekleşen eylemin manevi varlığına etkisinin tam olarak ortaya konulamadığını, ruhsal bütünlüğünün bozulup bozulmadığı konusunda hakkında alınan iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmediğini ve bu haliyle eylemin hukuki nitelendirilmesinin HAGB kapsamında kalacak şekilde yapıldığını, cinsel saldırı suçu ile ilgili yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Anayasa Mahkemesi başvuru hakkında yapmış olduğu değerlendirmede ceza miktarı tayini hususunun esasen derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında kaldığını ve Anayasa Mahkemesinin kural olarak takdir edilen cezaya müdahale etmesinin mümkün olmadığını ancak takdir yetkisinin bu tür olaylara müsamaha gösterme şeklinde kullanılması halinde etkin yargısal korumayı zayıflatarak temel hak ve hürriyetlerin zedelenmesine yol açabileceğini ve bireysel başvuruya konu olabileceğini belirtmiştir. Uyku hâlinde olan başvurucunun tanımadığı biri tarafından taciz edildiği sırada uyanması ve bu nedenle travma yaşaması şeklinde gerçekleşen başvuru konusu olayda Mahkeme'ye göre olayın gerçekleşme biçimi ve başvurucunun yaşadığı travma göz önüne alındığında derece mahkemesince en alt sınırdan ceza verilip HAGB kararıyla yargılamanın sonuçlandırılması cinsel saldırı eylemini cezasız bırakmıştır. Çünkü HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakmaktan ibarettir. Başvuru konusu olayda suçu işleyen kişinin cezalandırılması ancak denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi şartına bağlanmakta böylelikle suç olan eylem cezasız kalmaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanun koyucunun, işlediği suçtan dolayı kişinin tekrar topluma kazandırılması amacıyla getirdiği bu cezasızlık kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilirken mağdurun söz konusu suçtan etkilenme derecesiyle orantılı olarak yaptırımın caydırıcılığı hususunun da göz ardı edilmeden yorumlanması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği kararla bu yetkisini, söz konusu eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmak yerine toplumca hassasiyet gösterilen cinsel saldırı eyleminin sonuçlarını hafifletmek için kullanmayı tercih ettiği izlenimi verdiği kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi, kötü muamele iddiaları yönünden

HAGB kararının uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığını değerlendirmiştir. Başvurucuya yönelik cinsel saldırının ağırlığı karşısında eylemi yapanın sadece ceza tehdidi altında bırakılmasının, bireylerin kötü muamele yasağına karşı korunması amacıyla alınan caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kıldığı kanaatine varan Anayasa Mahkemesi, kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir[955].

Ele alacağımız diğer bir başvuruda başvuru konusu olayların meydana geldiği tarihte terör örgütü üyeliği suçundan tutuklu bulunan yaşları 16-17 arasında değişen başvurucuların Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda yapılan sayım sırasında infaz koruma memurları ile aralarında tartışma yaşanmış ve diğer tutuklu çocuklar da toplu olarak arbedeye dahil olmuşlardır. Olaylar kontrol altına alındıktan sonra 11 çocuk hakkında idari soruşturma başlatılmış ve kaldıkları kurumun değiştirilmesine karar verilmiştir. Olayların ertesi günü Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü tutuklu çocuklar hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuş, olaya karışanların doktor raporları ve olaya ait kamera görüntülerini içeren CD'ler Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Öte yandan başvurucular ile görüşen avukatlar, tutuklu çocuklar ile yaptıkları görüşme tutanaklarını ekleyerek infaz koruma memurlarının kötü muamelede bulundukları iddiası ile suç duyurusunda bulunmuşlardır. Diğer taraftan olaya ilişkin kamera kayıtlarının incelenmesi için görevlendirilen bilirkişi iki ayrı rapor hazırlamıştır. Cumhuriyet Başsavcılığı, infaz koruma memurları hakkında basit yaralama, hakaret, tehdit, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçlarından başlattığı soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyon raporuna atıfta bulunularak infaz koruma memurlarının orantılı güç kullanarak isyanı engellediği, hakaret ve tehdit iddialarına ilişkin olarak ise soyut iddia dışında somut herhangi bir bulgu olmadığı belirtilmiştir. Kararda başvuruculara müşahede odasında darp edilme, ters kelepçe takılma, çıplak aranma iddiaları değerlendirilmemiştir. Başvuruculara bu karara karşı yaptıkları itirazlar, Sulh Ceza Hâkimliği tarafından reddedilmiş ve başvurucular konu hakkında bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Başvurucular, tutuklu bulundukları İnfaz Kurumunda infaz koruma memurları tarafından ayakta sayım vermeye zorlandıkları sırada hasta olması sebebiyle tutuklu çocuklardan birinin buna karşı çıktığını ve bu nedenle infaz

[955] **E.A Başvurusu,** AYM, Başvuru No: 2014/19112, Karar Tarihi: 07/05/2018 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/19112 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

koruma memurları tarafından duruma müdahale edildiğini, müdahale sırasında ve öncesinde uygulanan muamelelerin insan haklarına aykırı olduğu, bu kapsamda ayakta sayım vermeye zorlandıklarını, onur kırıcı ve rencide edici bir şekilde çıplak olarak arandıklarını, infaz koruma memurlarınca zor kullanıldığı özellikle kameraların kayıt almadığı yerlerde işkenceye maruz bırakıldıklarını ve ilgili kayıtların da Savcılığa sunulmadığını, ellerinin ters kelepçelendiğini ve ayaklarından kelepçelenerek müşahede/süngerli oda adı verilen hücrede tutulduklarını, yemek gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmadığı, koğuşta bulunanlara yangın söndürme tüpleriyle gaz ve tazyikli su sıkıldığını, buna gerekçe olarak yangın çıkaracakları iddiası ileri sürülmüşse de ellerinde yakıcı bir aletin olmadığının idare tarafından bilindiğini, olaylardan yaklaşık dört saat sonra alınan sağlık raporlarında işkenceye uğradıklarının tespit edildiğini, bu nedenle suç duyurusunda bulunduklarını ancak maruz kaldıkları işkence ve kötü muameleler hakkında etkin soruşturma yapılmadığını ve ayrıca çocuk olmaları nedeniyle kendilerine gösterilmesi gereken özenin gösterilmediğini iddia etmişlerdir. Başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde yasağın maddi ve usul boyutlarının ayrı ayrı ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, kötü muamele yasağının usul boyutu, bu yasağın ihlal edildiğine yönelik tartışılabilir ve makul şüphe uyandıran iddiaların sorumlularının tespiti ve cezalandırılmasını sağlayacak etkili bir soruşturma yapılması sorumluluğunu içermektedir. Başvuru konusu olayda Anayasa Mahkemesi kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilmediğine karar vermiş, etkili soruşturma yapılmadığı iddialarını ise usul boyutu yönünden ele alarak ayrıca incelemiştir. Mahkemeye göre, başvuru konusu olayda kötü muamele yasağının usul yönü açısından incelenmesini gerektiren hususlar, başvurucuların kontrol altına alındıktan sonra kamerasız alanlarda darp edilmesi, ellerinin ve ayaklarının kelepçeli olarak müşahede odasında tutulmaları, doktor raporu için geç gönderilmeleri ve raporun gerçekleri yansıtmayacak şekilde yazılması hususlarıdır. Anayasa Mahkemesi, Devletin kontrolü altında bulunan kişilere yönelik tıbbi muayenelerin sağlanması, kötü muameleye karşı önemli tedbirlerden birini oluştururken bu muayenelerin usulüne uygun olarak yapılması ve raporların usulüne uygun düzenlenerek gerekli mercilere sunulması hususlarına verdiği önemin altını çizmiştir. Mahkemeye göre, tıbbi muayeneler güvenilir ve gerçeğe uygun raporlarla sonuçlanmalı, bunun için de muayeneler güvenlik ve diğer kamu görevlilerin bulunmadığı

bir şekilde tıp uzmanlarının kontrolünde özel olarak yapılmalıdır. Başvuru konusu olayda Mahkeme, Ceza İnfaz Kurumu tarafından aldırılan sağlık raporunun gerekli koşulları taşıyıp taşımadığının araştırılmayarak tek başına karara esas alınmasının anılan ilkelere aykırılık teşkil ettiği kanaatine varmıştır. Yine Mahkeme, başvurucuların etkisiz hâle getirilmelerinden sonra darp olayına maruz kaldıklarına yönelik iddiaları da ayrıntılı olarak incelenmediğinin, özellikle başvurucuların kameranın bulunmadığı yerlerde ve müşahede odasında darp edildikleri yolundaki iddiaları değerlendirilmediğinin ve savcılık kararındaki temel değerlendirmenin Komisyonun incelemesi ve olaylara müdahaledeki zor kullanma yetkisinin aşılıp aşılmadığı ile sınırlı kaldığını belirtmiştir. Mahkeme, başvurucuların olaydan sonra yapıldığını iddia ettikleri uygulamaların incelenmediği, bu bağlamda olayların kontrol altına alınmasından sonrasına ilişkin iddiaların gerçek olup olmadığı, gerçek ise güç kullanmayı gerektiren bir durum olup olmadığı gibi hususlar hakkında değerlendirme yapabileceği etkili bir soruşturmanın yürütülmediği sonucuna varmıştır. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir[956].

Başvuru konusu diğer bir olayda başvurucu Bayram Tuğrul Yıldırım, Hava Harp Okulunda (HHO) eğitim görmekte iken aldığı disiplin cezaları nedeniyle HHO Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla okuldan çıkarılmış; başvurucu, HHO'da sistematik olarak kötü muameleye maruz kaldığı iddiasıyla askerî savcılığa suç ihbarında bulunmuş, ayrıca askerî savcıya verdiği dilekçede işkence seviyesine varan, eğitimle ilgisiz nitelikte olaylar yaşadığını ileri sürmüş ve bu olaylara yer vermiştir. Başvurucu, HHO'dan çıkarma işleminin iptali için Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) dava açmış ancak daha sonra davadan feragat ettiğinden AYİM uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Ancak feragat nedeniyle davanın esasına yönelik bir karar verilmese bile başvurunun önemine binaen AYİM Başsavcılığı davanın esası hakkında başvurucunun atılmasına yol açan eylemlerin büyük çoğunluğunun askerî disiplini onarılamayacak derecede sarsan vahamet derecesine ulaşmadığı ve HHO'dan çıkarma işleminin iptali yönünde görüş bildirmiştir. Askerî savcılık, başvurucunun iddiasına ilişkin olarak şüpheliler hakkında soruşturma başlatmış, kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. İlgili Ordu Komutanlığı Askerî Mahkemesi, başvurucunun bu karara yaptığı

[956] **F.E. ve Diğerleri Başvurusu,** AYM, Başvuru No: 2014/19506, Karar Tarihi: 03/04/2019 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15586 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

itirazı reddetmiştir. Başvurucu Bayram Tuğrul Yıldırım, Işıklar Askeri Lisesini bitirdikten sonra HHO Öğrenci Seçme Uçuşu Kampı'na katıldığını, daha sonra HHO'da eğitimine devam ettiğini ancak kampta ve eğitim sürecinde bazı subaylar ve okuldan ayrılmaya zorlamak gayesiyle lider öğrenciler tarafından, ayrıntıları Savcılığa yaptığı müracaatta belirtilen psikolojik ve fiziksel onur kırıcı kötü muamelelere maruz kaldığını, bazen önemsiz nedenlerle bazen gerçeğe aykırı disiplin soruşturmaları sonucunda disiplin puanının eksiye düştüğü ve iki kez üst üste kopya çektiği gerekçesiyle okuldan atıldığını, İngilizce düzeyinin kopya çekmesini gerektirmediğini gösteren sınav sonuçlarının olduğunu, yaptığı şikayetin sonuçsuz kaldığını, maruz kaldığı eylemlerden dolayı ruh sağlığının bozulduğunu, benzeri uygulamalarla pek çok öğrencinin okuldan atılmasına ya da ayrılmasına neden olunduğunu dile getirmiş ve bu nedenlerle Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan kötü muamele yasağı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasının mağdurların eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun kötü muamele yasağının ihlal edilmemesi gerektiğini vurguladığını, bu doğrultuda Devletin, bireylerin kötü muameleye maruz kalmasını engelleyecek etkili önleyici mekanizmaların kurulması yönünde pozitif yükümlülüğü bulunduğunu ve bu çerçevede bireyin bir devlet görevlisi tarafından hukuka aykırı muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiası bulunması hâlinde devletin, muamelenin sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek zorunda olduğunun altını çizmiştir. Soruşturma kapsamında dinlenen bazı tanıkların başvurucunun iddialarını büyük ölçüde desteklediklerini, askerî savcılığın kovuşturmaya yer olmadığı kararından önce yayımlanan TBMM raporunda da başvurucununkine benzer iddiaların yer aldığı görülmüştür. Mahkeme, başvurucunun yaklaşık on günde bir ceza alması, maruz kaldığı olayların sistematik bir aklın parçası olduğu iddiasını kuvvetlendirdiği ve FETÖ/PDY örgütünün HHO'ya sızdığını belirten benzer Anayasa Mahkemesi karardaki tespitlerden ve başvurucunun şikâyette bulunduğu şüphelilerden bir kısmının 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra devlet memurluğundan ihraç edilmesinden hareketle şikâyetin savunulabilir olduğu kanaatine ulaşmıştır. Mahkeme vermiş olduğu kararda başvurucunun öğrencilik sürecinde kullandığı psikiyatrik ilaçlar ve ihraç edildikten sonra ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanınca tespit edilen muayene bulgularının, iddia konusu kötü muamele fiillerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı

saptanması gerektiğini bildirmiştir. Başvuru konusu hakkında yürütülen soruşturmada, başvurucuya yönelik eylemlerin örgütsel bir yapı içinde ve yaygın şekilde başka öğrencilere yönelik olarak da gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği iddialarının değerlendirilmediği görülmüştür. Ayrıca başvurucunun iddialarını teyit eden tanıkların ifadelerine hangi mülahazayla itibar edilmediği konusunda tatminkâr bir açıklama getirilmemiştir. Sistematik ve örgütlü bir biçimde belli bir grubun dışında kalanlara karşı gerçekleştirildiği iddia edilen kötü muamele vakasında başvurucu aleyhine ifade veren bazı tanıkların anlatımlarına üstünlük tanınması maddi gerçeğe ulaşılmasında sınırlayıcı bir etki doğurmuştur. Anayasa Mahkemesi başvurucunun soruşturmadaki diğer delillerle birlikte kötü muameleye ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunmasına rağmen bu iddiaların özen ve hassasiyetle soruşturma konusu yapılmadığı kanaatine ulaşılmış ve kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir[957].

9. İŞKENCENİN ÖNLENMESİ

9.1. Genel Olarak

İşkence, ister Orta Çağ'da olduğu gibi ikrar elde etme amacıyla isterse günümüzde birçok ülkede olduğu gibi bir cezalandırma amacıyla uygulansın, toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilebilir hale gelmesi ve uygun koşullar altında yayılma tehlikesi içermektedir. Zira işkence ile tanışıklık önce işkencenin normalleşmesini sağlar sonra ise meşruluğunun kabulüne kadar gidebilir. İşkencenin, başlangıçta zamanın etik, dinsel ve toplumsal kabullerine uygun olarak birer canavar kadar tehlikeli oldukları düşünülen belli suçlularla sınırlı olması dahi sonucu değiştirmez[958]. Her suç ve suçlu için işkencenin önlenmesi için gerekli tedbirleri almak son derece mühimdir.

Kişilerin insan hakları ve hürriyetlerinin korunması bakımından asli sorumlu olan devletler, bunun doğal bir sonucu olarak işkence ve kötü muamelelerin önüne geçmekle de yükümlüdürler. Toplumsal ilişkilerde her türlü şiddetin önlenmesi ve düzenin sağlanması ile yükümlü olan devletlerin, kendi organları eliyle şiddet uygulaması yahut şiddetin önünü açması düşünülemez[959].

---

[957] **Bayram Tuğrul Yıldırım ve Hasan Yıldırım,** AYM, Başvuru No: 2014/5280, Karar Tarihi: 24/05/2018 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5280 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).
[958] SCOTT, s.27-28.
[959] ALGAN, s.2-3.

Türkiye, taraf olduğu uluslararası belgelerde işkencenin yasak olduğunu kabul ederek işkencenin önlenmesi ile ilgili gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir. Zaten uluslararası hukukun genel ilkeleri çerçevesinde taraf devletlerin ahde vefa göstererek bu yükümlülükleri yerine getirmeleri de teamüldür[960]. Gerek ülkemizde gerekse dünyanın birçok ülkesinde yapılan hukukî düzenlemeler ve uluslararası belgeler, dünya toplumlarının artık insan onurunu ve insan haklarını koruma konusunda duyarlı hâle geldiğini göstermektedir[961].

Bireylerin düşünce özgürlüğünü cezalandıran bir devlet ve böyle bir devletin özgür düşünceyi cezalandırma politikaları, insanlığın gelişiminin önünde set vazifesi görür. Ortaya çıkabilecek herhangi bir düşünceyi ve eylemi, yok etmek için harekete geçen karşıt görüşlü halkın ilkel intikam alma dürtüsü ancak özgür düşünce ortamında bastırılabilir. Devlet, çoğulcu-demokratik ve uzlaşmacı egemenlik politikalarıyla kitleleri olumlu etkileyebilir. Yine eğitim sisteminde bir yenileştirme ile çok yol alınabilir. Bu doğrultuda çocuklara insani idealler öğretilmelidir. Her türlü insan ve hayvana, herhangi bir zulüm yapmak yahut yapılmasından hoşlanmanın, insan ahlakının kabul edemeyeceği bir durum olduğu onlara anlatılmalıdır[962]. Bugün hayvanlara yapılan zulümler ve bunlar konusunda sessiz kalmak, insanoğlunun bir diğerine yaptığı zulüm ve insanlık dışı hareketlerin temel kaynağıdır. Çünkü hayvanlara eziyet etmesine izin verilen çocuk büyüdüğünde zulmü sıradan bir davranış gibi görür. Hayvanlara eziyet edilmesi konusunda duyarsızlaşır ve bunun sonucunda kendi türüne karşı da duyarsızlık geliştirmesi için bütün unsurlar oluşur[963].

1984 tarihli BM Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre ''Sözleşmeye taraf devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri alacaktır.'' Sözleşme devletlerin alacağı önlemler konusunda sınırlı bir saymaya gitmemiş, "veya başka tedbirleri" ifadesiyle taraf devletlerin tüm imkanlarını seferber ederek işkenceyi önlemeleri yükümlülüğü öngörülmüştür[964]. Mezkûr Sözleşmenin 11. maddesine göre ise ''Her taraf devlet, işkence olaylarını önlemek maksadıyla yetkisi altındaki ülkelerde herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen kişilerin tutuklanması ve tâbi tutulacağı muamele ile ilgili düzenlemeleri ve bunlara ait

[960] ER, s.173.
[961] ÜNALAN, s.2.
[962] SCOTT, s.317.
[963] SCOTT, s.318.
[964] ER, s.173.

sorgulama kurallarını, talimatları, yöntemleri ve uygulamaları sistematik şekilde gözden geçirecektir.''

Devletlerin almakla yükümlü olduğu önlemleri aşağıda üç başlık altında inceleyeceğiz.

9.2. Yasal Önlemler

AİHM'nin, işkence ve sair kötü muamele yasağının ihlali nedeniyle Türkiye aleyhine çok sayıda karar vermesi üzerine, bu tür muamelelerin önüne geçmek amacıyla bir takım hukuki düzenlemeler yapılmıştır[965]. Türkiye, 1992 tarihinde Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (CMUK) değişikliğinden itibaren ''işkenceye karşı sıfır tolerans'' sloganıyla işkenceyle mücadeleyi amaçlayan pek çok yasal değişiklik yapılmıştır[966]. Zira devletlerin taraf olduğu uluslararası belgelerde belirtildiği üzere devletin en önemli görevlerinden biri, ülke mevzuatlarını bu sözleşmelere uygun hale getirmektir. Yasal yükümlülüklerin başında ulusal ceza kanunlarında işkence ve benzeri fiillerin, suç olarak düzenlenmesi gelmektedir[967]. Yukarıda ele aldığımız üzere, 5237 sayılı Kanun m. 94 ve 95 işkence suçunu düzenlemiştir. Bu düzenlemelerde cezaların 765 sayılı TCK'na göre artırıldığı görülmektedir. Yasal önlemlerin diğer bir kısmı da Ceza Muhakemesi Kanunu[968], diğer ceza ve ceza usul kanunları ve yönetmeliklerde yer almaktadır. Yasal önlemlere ilişkin olarak Türk Hukukunda İşkence Yasağına Dair Yasal Mevzuat kısmında anlattığımız düzenlemelere ek olarak aşağıda bu amaca hizmet eden başka düzenlemeleri ele alacağız.

1982 tarihli Anayasa'nın 19/5 maddesi ''Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz.'' diyerek kişi güvenliğini koruma altına alarak işkence ve sair kötü muamele yasağına hizmette bulunmaktadır. Türkiye açısından AİHM nezdinde sorun teşkil eden gözaltı süreleri CMK ve Yönetmelikte de düzenlenmiş ve AİHM içtihatlarıyla belirlenen dört günlük azami gözaltı süresine uyumlu hale getirilmiştir. CMK 91. maddesinde ''Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya

[965] NAL (2007), s.174-175.
[966] ÖNOK, s.527.
[967] ÖZGEN, s.221.
[968] ÖZGEN, s.222-223; NAL (2007), s.175.

mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz. Toplu olarak işlenen suçlarda delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve herhâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır.'' şeklinde ayrıntılı biçimde gözaltı süreleri, bu sürenin uzatılması düzenlenmiş ve belirli şartlara bağlanmıştır.

Mesela Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.6/4'e göre, yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilecektir[969]. Anayasa 19/6 uyarınca ''Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir'' denilerek soruşturmayı tehlikeye sokması dahi yakınlara haber verilme kuralına istisna olarak gösterilmemiştir[970].

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin etkili bir biçimde uygulanmasını ve uygulanmasının sıkı bir biçimde denetlenmesini sağlamak amacıyla genelgeler çıkarılmıştır. Yönetmelikte işkencenin önüne geçilmesini sağlamak maksatlı pek çok düzenleme bulunmaktadır. Yönetmeliğin 6/5 maddesinde ''Kolluk kuvveti tarafından yapılan yakalama hâlinde işlem, yakalanan kişi ve uygulana tedbirler derhâl Cumhuriyet savcısına bildirilir'' denilmektedir. Yönetmeliğin 8. maddesinde yakınlara haber verme, 9. maddesinde sağlık kontrolü düzenlenmiştir. Yine söz konusu Yönetmeliğin 10. Maddesinde gözaltı birimine getirilen kişinin kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelerden arındırılmak suretiyle kendine zarar

[969] ÖNOK, s.527.
[970] ÖNOK, s.528.

verme ihtimali ortadan kaldırılmak istenmiştir. Bu düzenleme ile devlet kontrolü altındaki kişinin sağlık ve güvenliğini gözetme konusunda devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirmektedir[971]. Yönetmelik m.11 ve 12'de ise nezarethane işlemleri ve nezarethaneye alınanların kaydına ait defter düzenlenmiş, böylece nezarethane koşulları insani koşullara uygun hale getirilmiş ve AİHM kararlarında sıklıkla yaşanan resmi kayıtlara yaşanan sıkıntı aşılmaya çalışılmıştır[972]. Yönetmelik m.15'te yakalama ve gözaltı işlemlerine karşı hâkime başvurma hakkı, m.16'da gecikmeksizin hâkim önüne çıkarılma hakkı, [973] m.18'de yeniden yakalama yasağı düzenlenerek azami gözaltı sürelerini aşmaya yönelik mükerrer yakalamaların önüne geçilmek istenmiştir[974].

Müdafi tayinine ilişkin düzenleme ise Yönetmeliğin 20. Maddesinde ‘‘Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiîn yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafi seçebilir. ... Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, talebi hâlinde baro tarafından bir müdafi görevlendirilir.’’ şeklinde yapılmıştır. Terörle Mücadele Kanunu'nun 10-b maddesinde ‘‘Şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafiin hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz.’’ Şeklinde bir düzenleme bulunmakta idi ancak söz konusu düzenleme, 6526 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile 21/2/2014 tarihinde ilga edilmiştir. Ancak 676 sayılı KHK'nın 1. Maddesi ile 3/10/2016 tarihinde CMK'ya benzer bir sınırlama getirilmiş ve CMK m. 149/2 hükmü ‘‘Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir.’’ Şeklinde son halini almıştır. Yine aynı KHK ile CMK 154/2'ye ‘‘Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.’’ Hükmü eklenmiştir.

[971] ÖNOK, s.529.
[972] ÖNOK, s.529.
[973] ÖNOK, s.529.
[974] ÖNOK, s.529.

İşkence ve sair kötü muameleye karşı alınan yasal önlemler kapsamında yönetmeliğin 23. maddesinde ifade almanın esasları, 24. Maddesinde ise ifade almada yasak yöntemler düzenlenmiştir.

1988 tarihli bir makalede işkence ve kötü muamelenin önüne geçilebilmesi için şüphelinin ilk ifadesinden itibaren yanında müdafinin hazır bulunmasını gerektiren zorunlu müdafi sisteminin ülkemizde uygulanması gerektiğini belirtilmiştir. İlk andan itibaren şüphelinin yanında müdafi olursa hem işkence hem de uydurma işkence iddiaları önlenmiş olacağını söyleyen yazara göre, müdafinin hazır bulunması hak değil zorunluluk olmalıdır. Zira sadece hak olursa işkence sonucu şüpheli veya sanıklar bu haklarından vazgeçtiklerini söyleyebileceklerdir. Dolayısıyla zorunlu müdafiye ilişkin düzenlemenin, bu hususları dikkate alarak yapılması işkenceye karşı alınacak önemli yasal önlemlerden olacağına dikkat çekilmiştir[975].

Yine aynı makalede yazar, Cumhuriyet Savcılığına bağlı ayrı bir adli kolluğun kurulmasının da işkence olaylarının önüne geçebileceğini ileri sürmektedir[976]. CMK'nın Adlî kolluk ve görevi başlıklı 164. Madde şu şekilde düzenlenmiştir ''Adlî kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 8, 9 ve 12. maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 7. maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder. Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.'' Adli Kolluk Yönetmeliği ile kurulması öngörülen adli kolluk teşkilatının işler kılınması halinde kolluk eylemleri üzerinde etkin ve adil bir denetim yaratılacağından işkence vakalarının önüne geçilmesi sağlanabilecektir. Teşkilat içinde uzmanlaşan, sadece adli alanda çalışan kolluk görevlileri kişileri değil delilleri konuşturacaktır[977]. Bu şekilde de ikrar ve sair delil elde etme için işkence ve sair kötü muameleye başvurmaya gerek kalmayacaktır.

[975] ÖZGEN, s.223.
[976] ÖZGEN, s.227.
[977] ÖNOK, s.536.

9.3. İdari Önlemler

BM Sözleşmesi, taraf devletlere, işkenceye karşı bir takım idari önlemler alma yükümlülüğü yüklemiştir. Alınacak önlemlerden ilki, Sözleşmenin 10. maddesi uyarınca, uygulayıcı personel, sivil veya askeri, tıbbi personel, kamu görevlileri ve herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen herhangi bir şahsın tutuklanması, sorgulanması veya muamelesiyle ilgilenebilecek diğer şahıslara, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin eğitim verilmesidir. Bahsedilen kimseler ilk olarak göreve başlamadan önce, işkence ve kötü muamele yasağı hakkında eğitimden geçirilmelidirler. İkinci olarak ise göreve başladıktan sonra, belirli zaman aralıklarıyla hizmet içi eğitimden geçirilmelidirler[978].

Bu doğrultuda Türkiye BM Sözleşmesi m.10'da öngörülen eğitim çalışmalarını yürütmekte özellikle kolluk kuvvetleri eğitilmektedir. Yakalama, Gözaltına alma ve İfade alma Yönetmeliği m.30 uyarınca, yönetmelikle kolluk kuvvetine verilen görevleri yerine getiren personelin eğitim görmüş olması gerekecektir. Eğitim m.31'de düzenlenmiş olup buna göre, eğitime, tecrübeli, suçluluk psikolojisinden anlayan, sabırlı, soğukkanlı, kavrama kabiliyeti yüksek, tercihan psiko-teknik testten geçirilmiş personel katılabilecektir[979]. Bu kapsamda Polis Koleji, Polis Meslek Yüksekokulları ve Polis Akademisinde ceza hukuku ve insan hakları dersleri verilmekte, hizmet içi değilim kapsamında bilimsel toplantılar ve kurslar düzenlenmekte, personel yurt dışına yüksek lisans eğitimine gönderilmekte, mevzuat değişiklikleri ve uygulamasını gösteren kitapçıklar ilgili birimlere dağıtılmaktadır[980].

İkinci yükümlülük ise, mevzuatın çağa uygun hale getirilmesi ve iyileştirilmesi için belirli aralıklarla kontrol edilmesi ve gerekenin yapılmasıdır. Sözleşmenin 11. maddesine göre, taraf devletler, işkence olaylarını önlemek için ülkelerinde herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen kişilerin tutuklanması ve tâbi tutulacağı muamele ile ilgili düzenlemeleri ve bunlara ait sorgulama kurallarını, talimatları, yöntemleri ve uygulamaları belirli aralıklarla gözden geçirmelidir.

Üçüncü yükümlülük ise, mezkûr sözleşmenin 13. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, devletler, kendi yetkisi altındaki ülkelerde işkenceye maruz kaldığını iddia eden herhangi

[978] ER, s.176-177.
[979] ÖNOK, s.539.
[980] ÖNOK, s.539.

bir kimsenin, yetkili mercilere şikâyet hakkını ve davasının bu mercilerce hemen ve tarafsızca incelenmesini sağlayacaktır. Bu hükümle sözleşme, kişilerin etkili başvuru hakkını güvence altına almıştır. Ayrıca şikayetçi ve tanıkların, şikayetleri ve beyanları sebebiyle kendilerine yönelebilecek bütün kötü muamele veya tehditlere karşı korunmalarını sağlamak için devlet gerekli idari önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır.

Anayasal ve yasal düzenlemeler dışında yürütme organı tarafından işkence ve kötü muamelenin önlenmesi amacına yönelik genelgeler de düzenlenmektedir. Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından ortak olarak hazırlanan ve 2005 yılında ayrıntılı olarak yeniden düzenlenen yukarıda da ilgili maddelerine değindiğimiz Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade alma Yönetmeliği, bu düzenlemelerden biridir. İnsan Haklarına Saygı, İşkence ve Kötü Muamelenin Önlenmesi Hakkındaki 3/12/1997 tarih ve 1997/73 sayılı Başbakanlık Genelgesi de bir başka örnek olarak gösterilebilir[981]

Ayrıca kamuoyunda ‘‘İkinci Uyum Yasaları Paketi” olarak bilinen Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun adlı 4748 sayılı yasanın 3. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesine eklenen ikinci fıkra ile işkence ya da zalimane, gayri insani ya da onur kırıcı muamele suçları nedeniyle AİHM tarafından verilen kararlar sonucunda Devlet tarafından ödenen tazminatlardan dolayı bu fiilleri işleyen kamu personeline rücu edilmesini düzenlemiştir[982].

9.4. Yargısal Önlemler

İşkence yasağını düzenleyen uluslararası belgeler ve bu belgelerle kurulmuş olan denetim mekanizmalarının yorum ve içtihatları ile standartları belirlenmeye çalışılan işkence ve kötü muamele yasağının devletlere yüklediği yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ulusal yargı yerleri önemli rol üstlenmektedir[983]. İşkence ve kötü muamele yasağı kapsamında alınacak yargısal önlem, işkence ve kötü muameleye ilişkin suç şüphesi olduğunda soruşturmanın derhal başlatılması ve tarafsız, etkili soruşturma ve adil bir yargılama yapılmasıdır. BM Sözleşmesi’nin 12. maddesi bu hususu düzenlemiştir[984].

Yargı organlarının elinde kişileri AİHS m.3 ile yasaklanmış işkence ve kötü muamele teşkil edecek fiillere karşı etkili şekilde koruyacak araçlar bulunmalıdır. Etkin bir koruma

[981] ALGAN, s.17.
[982] ALGAN, s.16; NAL (2007), s.175-176; ÖNOK, s.537.
[983] ALGAN, s.1,31.
[984] ÖZGEN, s.228.

sağlayabilmek için hukuk sisteminin yeterli olmaması veya bunların kullanılmaması halinde AİHS m.3'e aykırılıklar söz konusu olacaktır. Hukuk sistemindeki boşlukların ve yetersizliklerin, AİHS kararları ışığında doldurulması ve tamamlanması gerekecektir[985].

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi için ilk olarak temel sorunların çözümüne odaklanmak gerekmektedir. İşkence yapıldığına ilişkin iddia ve şikâyetlerin ciddi şekilde değerlendirilmesi ve değerlendirme sonucunda yaptırımla karşılanmalıdır[986]. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, işkence ve sair kötü muamele iddialarının etkin bir biçimde soruşturulması gerekmektedir. Savcılar, kötü muamele iddialarını ciddiye alarak ilgili kolluk mensuplarının savunmalarını almalı, iddiaların doğru olup olmadığının belirlenmesi için gerekli araştırmaları yapmalı, kolluk güçlerince verilen bilgilerdeki çelişkileri, tutarsızlıkları ve boşlukları göz ardı etmeden soruşturma yürütmelidirler. İşkence veya sair kötü muameleye ilişkin adli tıp delilleri de dâhil olmak üzere tüm deliller bağımsız ve eksiksiz olmalı bu sayede maddi gerçeğe ulaşılmalıdır[987]. Savcılar, devlet görevlilerinin haklı olduğu ve işkence iddiasında bulunan kimseye yapılan uygulamanın yasal sınırlar dahilinde oluştuğu kabulüyle soruşturmaya başlamaktan kaçınmalıdırlar[988].

Ceza ve tutukevleri ile karakollardaki olumsuz koşullar giderilmelidir. Ayrıca cumhuriyet savcıları, hâkimler ve adli tabiplerin tarafsız olması sağlanmalı ve baskı altında bırakılmamalıdırlar. Aksi takdirde bu hususlar birleştiğinde işkence iddialarının hiç ya da gereği gibi soruşturulmaması sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar yahut beraat kararı verilmesinin önüne geçilemeyecektir[989].

Cezalandırma aşırı ve katı olduğunda suçun önlenmesinden ziyade işlenmesine sebep olabilir. Bu da iki şekilde olur: İlk olarak cezalandırma biçiminden duyulan korku, çoğunlukla önceden tasarlanmamış ya da bir suçun sonuçlarından kaçmak için başka suçlar işlenmesine neden olabilir. Mesela bir katil, ilk suçunu kazara gören ya da kimliğini öğrenen birini susturmak için ikinci hatta üçüncü bir cinayet işleyebilir. Yine cinsel suçlarda alacağı cezaların şiddetinden korkan suçlu, suçunun tek tanığını susturmak için onu öldürebilir. İkinci olarak cezalandırmanın şiddeti, suçlu üzerinde yeniden suç işleme eğilimi yaratabilir. Mahkumların cezalarının infazından sonra tekrar suç işledikleri sıklıkla görülmektedir çünkü cezalandırmanın şiddeti onlarda bir çöküş ve topluma karşı kin

[985] REIDY, s.58.
[986] ALGAN, s.27.
[987] NAL (2007), s.178.
[988] REIDY, s.40.
[989] ALGAN, s.27.

duygusu yaratır, toplumda saygınlık kazanmalarına ise güçlü engeller olacaktır. Fiziksel şiddete uğramasa bile suçu meslek edinenler dışında bir kimsenin cezalandırılması, onun açısından bir nevi psikolojik şiddet olarak düşünülebilir. Ayrıca cezanın infazını tamamlamasa bile toplumun suçlulara karşı tepkisi devam eder. Bu durum Orta Çağ'da suçlularının yüzlerini dağlayarak yapılan damgalar kadar etkili ve görünmez bir leke bırakır[990]

[990] SCOTT, s.304-305.

SONUÇ

İşkencenin tarihi, neredeyse insanlık tarihi kadar eski olmakla beraber belirli dönemlerde belirli coğrafyalarda yaygın bir şekilde uygulama alanı bulmuştur. Özellikle Orta Çağ Avrupası'nda suçun ortaya çıkarılması ve suçlanan kişinin cezalandırılması için yargılamalarda ikrarın önemli bir delil haline gelmesiyle ikrar veya sair delil elde edilmek için kullanılan her yöntem mubah sayılmış, bunun sonucunda da sanık ya da şüpheli hatta tanıklardan bilgi edinmek için bu kimseler, maddi veya manevi yönden ıstırap verici birtakım uygulamalara maruz bırakılmıştır. İşkence ve sair kötü muamelenin, insan onuruyla bağdaşmadığının kabul edilerek yasaklanması ve suç sayılması ise Aydınlanma Çağı'na denk gelmekte, işkenceyi bir delil elde etme yöntemi olarak kabul etmeyen, karşı çıkan ve tarihe yön vermeyi Aydınlanma Çağı düşünürlerinin etkisi ile 18. yüzyıl sonlarından itibaren ülkelerde tek tek meşru işkence uygulaması kaldırılmıştır.

İşkence ve kötü muamele yasağının kabul edilmesinden sonra belli bir suçu işlediğinden şüphelenilen, suç işlediği düşünülen şüpheli veya sanık, ceza muhakemesi sürecine katılan süjelerden biri haline gelmiş, maddi gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılması ve adil bir yargıya varılması ise ceza sistemlerinin temel amacı olmuştur. Bu amaç doğrultusunda kişilere bazı koruma tedbirlerine katlanma yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak kati suretle belirttiğimiz üzere hiçbir yükümlülük gereği, ikrar veya sair delil elde etmek amacıyla yargılama sürecinde yahut sonunda insan onurunu zedeleyecek muamelelerde bulunulmasının önü açılmamıştır.

Tüm bu gelişmeler sonunda uluslararası ve ulusal belgelerde işkence ve sair kötü muamele yasaklanmış ancak bu tür muamelelerin önüne tamamen geçilememiştir. İlk olarak 1984 tarihli BM Sözleşmesi'nde işkencenin etraflıca bir tanımı yapılmış ve bu tanım diğer ulusal veya uluslararası belgelere, ulusal veya uluslararası yargı mercilerine de yol göstermiştir. Buna göre, bir kimseye, kendisinden ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü bir kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle onu cezalandırmak, kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla yahut ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya devlet adına hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki, rızası veya izniyle üçüncü bir kişi tarafından kasten işlenen ve yöneltildiği kimseye bedensel ya da ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren bütün fiiller işkence olarak tanımlanmıştır. Çalışmamızın esas konusunu

oluşturan AİHS'nin 3.maddesinde ''Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı yahut onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz'' denilerek işkence ve sair kötü muameleyi kısa ve öz biçimde yasaklamış, işkence ve sair kötü muamele yasağının kapsamını 1984 tarihli BM Sözleşmesi'ndeki tanımın ışığında AİHM içtihatlarıyla belirlemiştir.

AİHS m.3 yukarıda da belirttiğimiz üzere, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza kavramlarına yer vermiştir. İşkence yasağı, insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleleri de kapsayan üst kavramdır. AİHM, AİHS m.3 kapsamındaki işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele şeklindeki hareketlerin aralarındaki düzey, yoğunluk, ağırlık ve etkilerine dair farkları gözeterek bu muameleleri birbirinden ayırmaktadır. İşkence ve diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrım özellikle fiilin yoğunluğu ve kastına bağlıdır. İşkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren halidir. İşkence teşkil eden hareketler kasten yapılan, taammüt içeren, genellikle kesintisiz olarak belirli bir süre boyunca uygulanan, yoğun bedensel veya ruhsal acıya yol açan davranışlardır. Bu muamelenin işkence olarak nitelendirilmek için yeterli yoğunluğa ulaşmaması halinde ise muamele, insanlık dışı muamele olarak nitelendirilecektir. Onur kırıcı muamele ise, kişileri küçük düşürüp utandırabilecek şekilde onlarda korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya kişiyi kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen muamelelerdir.

AİHM, işkence ve sair kötü muameleden söz edebilmek için asgari eşik ve ispat yükü olarak adlandırılan bazı kriterler ortaya koymuştur. Buna göre, muamelenin işkence ve sair kötü muamele olarak nitelendirilebilmesi için belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Muamelenin ağırlığının tespitinde somut olayın tüm özellikleri mesela muamelenin niteliği, gerçekleştiği yer ve süresi, fiziksel veya zihinsel etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, sonraki süregelen etkileri dikkate alınmakta, ayrıca sübjektif algılamaları da asgari eşiğin belirlenmesinde önem arz etmektedir. AİHM, diğer kriter olan ispat yükü bakımından taraflardan herhangi birine kural olarak ispat yükü yüklememekle beraber devletin işkence ve kötü muamele yasağına aykırı davrandığını iddia eden kimsenin iddiasını, makul bir kuşkuya yer bırakmayacak delil ile desteklemesi gerektiğini belirtmekte, bu delilin ciddi, açık, belirgin ve tutarlı çıkarımlara ya da çürütülmemiş karinelere dayanmasını aramaktadır.

AİHS m.3 devletlere belirli eylemlerden kaçınmak yanı sıra kişilerin haklarının güvence altına alma ve yasaklanmış muamelelere karşı onları koruma yükümlülüğü yani hem

negatif hem de pozitif yükümlülükler getirmiştir. Mahkeme, devletlere kişilere karşı AİHS m.3 ile yasaklanan eylem ve davranışların mağduru olmasını önlemek için önlemler alma yükümlülüğü yani pozitif yükümlülük, kötü muamele yapma yasağı yani negatif yükümlülük ve devletin genel koruma yükümlülüğüne bağlı olarak işkence ve sair kötü muameleleri etkili bir biçimde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü yani etkin soruşturma yükümlülüğü yüklemektedir.

AİHS m.3'te düzenlenen işkence ve sair kötü muamele yasağının kapsamı AİHM'nin içtihatlarıyla belirlenmiştir. Bu içtihatlardan da anlaşıldığı üzere, işkence ve kötü muamele genellikle alıkonulma sırasında uygulama alanı bulmaktadır. Alıkonulma, bir kişinin yakalanma, gözaltına alınma, tutuklanma yoluyla alıkonulduğu andan serbest bırakıldığı ana kadarki süreci ifade etmektedir. Bu süreçte özellikle kolluk kuvvetleri ve cezaevi görevlileri tarafından ifade alma veya sorgu esnasında yahut tutukluluk veya hükümlülük sürecinde ceza soruşturması veya kovuşturulmasının süjesi olan şüpheli veya tanıklara yönelik işkence ve sair kötü muamele uygulandığı görülmektedir. Devletler, bu süreç içinde alıkonan kişilerin insan onuruyla bağdaşan muameleler görmelerini sağlamalı, kötü muamele görmelerinin önüne geçmeli, bu kişilerin barınma koşulları ve tıbbi gereksinimleri iyileştirilmeli özellikle gıda, sağlık, esenlik gibi zorunlu ihtiyaçları karşılamalıdır.

AİHM, devletlerin egemenlik yetkilerinin bir gereği olarak cezalandırma politikalarını belirleme hususunda geniş takdir yetkisi vermiştir. Ancak verilen takdir yetkisi insan onuru ile sınırlı olup mesela bedensel nitelikte cezalar, işkence yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Uzun süreli hapis cezaları ve ölüm cezası ise yine AİHS m.3'e kural olarak aykırı olmamakla beraber cezaların infazı veya hükmediliş sebebi maddeyi ihlal edebilmektedir.

Suçluların iadesi, sınır dışı edilmesi ve iltica hususunda AİHS m.3'ün uygulama alanı ise yine AİHM içtihatları ile çizilmiş olup, iade veya sınır dışı edilen kişinin gönderildiği ülkede işkence veya sair kötü muamele veya cezaya maruz kalacağı konusunda ciddi ve inandırıcı delil bulunması durumunda kişiyi gönderen ülkenin sorumluluğu doğacaktır.

AİHS ve diğer uluslararası belgelerin gereği olarak Türk hukukunda da İşkence ve sair kötü muamele yasaktır. Bu doğrultuda işkence yasağı, anayasal güvence altına alınmış ayrıca ceza kanunu ile işkence suç olarak düzenlenmiş, ceza usul yasalarında ise işkenceyi önleyici birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Mesela yakalama sonrası doktor kontrolü

yapılması, işkence vakası ile karşılaşan doktorun ihbar yükümlülüğü, şüpheli ve sanığa haklarını bildirme yükümlülüğü, kişinin kendisini veya yakınını suçlayıcı beyana veya delil göstermeye zorlanamaması, müdafi ile görüşme hakkı ve gözaltında ifade alınması sırasında müdafin hazır bulunma hakkı ve müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı gibi düzenlemeler usul mevzuatında yer alan işkence ve sair kötü muameleyi önleyici nitelikteki düzenlemelerdir. AİHM, Anayasa ve CMK, sorgu, ifade yahut gözaltı sırasında kötü muameleye başvurulması ve bu muameleler sonucunda elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması mutlak bir biçimde yasaklanmıştır. İşkence ile delil elde edilse dahi bunun kullanılamayacak olması hususu da işkence suçunun önlenmesi amacına hizmet etmektedir.

TCK'nın gerekçesinde yer aldığı üzere işkence suçunu, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak nitelikte davranışlar oluşturmaktadır. İşkence suçu ile korunan hukuki yarar, karma nitelikte olup bu suç ile hem vücut bütünlüğü ve insan onuru hem de ceza adaletinin ve kamu idaresinin işleyişi korunmaktadır.

İşkence suçunun mağduru herkes olabilmekle beraber 5237 sayılı TCK'da da belirtildiği üzere faili ancak kamu görevlisi olabileceğinden özgü suçtur. İşkence seçimlik hareketli bir suçtur, bu hareketler insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak nitelikte davranışlardır. Seçimlik hareketlerin ortak özelliği insan onuru ile bağdaşmayan nitelikte olmalarıdır. İşkence suçu, onur kırıcı olmak kaydıyla icrai veya ihmali her türlü davranışla işlenebilir. Serbest hareketli bir suçtur, mesela, elektrik vermek, falakaya yatırmak, cinsel istismar yahut saldırıda bulunmak, kendisine veya yakınlarına zarar vermekle tehdit etmek, yormak, aç veya susuz bırakmak, başkalarına yapılan işkenceyi izletmek veya seslerini dinletmek ve benzeri şekillerde işkence suçu işlenebilir.

TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçuna ilişkin olarak öğretide suçun oluşumu bakımından davranışın belirli ağırlık düzeyine ulaşmasının veya hareketin sistematikliğinin aranıp aranmaması ve belirli bir saikle hareket etme unsuruna yer verilmemesi hususu tartışmalara neden olmuştur. Kanun'un lafzı uyarınca seçimlik hareketlerden birinin varlığı, işkence suçunun oluşması için yeterlidir. Ancak Kanun'un gerekçesinde işkence

suçunu oluşturan seçimlik fiillerin, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmesi ve süreç içinde süreklilik arz etmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanun metninde yer almayıp gerekçede belirtilen bu husus, yukarıda da ayrıntıları ile ele aldığımız üzere öğretide tartışmalara sebebiyet vermiştir. Yine uluslararası belgelerde aranan seçimlik hareketin ağırlığına dair somut bir ölçüt ülkemiz öğretisi ve mevzuatında mevcut olmadığından bu hareketlerin belirli bir ağırlığa ulaşmasına ilişkin olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. TCK m.94'ün lafzına göre işkenceyi oluşturan ıstırap veren bedensel veya ruhsal mahiyetteki fiillerin ağır nitelikte olması gerekmemektedir.

İşkence suçu TCK'da yer alan ve ancak kasten işlenebilen suçlardandır. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'nın aksine işkence suçunun oluşması için saik aranmamış, bu husus da suçun düzenlenme amacıyla bağdaşmadığı ve suçun uygulama alanını genişlettiğinden bahisle öğretide eleştirilmiştir.

Ulusal ve uluslararası belgelerde düzenlenen işkence yasağı mutlak niteliktedir. Kamu düzeni, kamu yararı, kamu güvenliği gibi nedenler ve olağanüstü hâl, savaş gibi durumlar hiçbir şekilde işkencenin yasağına meşru dayanak teşkil etmemektedir. Özellikle örgütlü veya organize suçlarla mücadele konusunda işkencenin meşruluğunda öğretide birtakım tartışmalar olsa da AİHM bu suçlarla mücadelenin zorluğunu kabul etmekte ancak bunun kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüğüne zarar verilmesini hiçbir şekilde meşru hale getirmeyeceği hususuna değinerek işkence ve sair kötü muamele yasağına hiçbir istisna getirmemektedir.

Suçun özel görünüş biçimlerinden teşebbüs, iştirak ve içtima konularında işkence suçu bakımından ayrık bir durum bulunmamaktadır.

İşkence suçu doğrudan soruşturulacak ve kovuşturulacak suçlardan olduğundan işkence suçunu işleyen memur ve diğer kamu görevlilerinin soruşturulması için izin alınmasına gerek olmayacaktır. Ayrıca belirmek gerekir ki TCK m.94/6 uyarınca işkence suçu zamanaşımına uğramamaktadır.

Uluslararası ve ulusal belgeler ile devletlere yüklenen işkence ve sair kötü muameleleri önleme yükümlülüğünün gereği olarak devletler, yasal, idari ve yargısal birtakım önlemler almak zorundadırlar. Yasal yükümlülüklerin başında ulusal mevzuatın uluslararası standarda uygun hale getirilmesi ve ceza kanunlarında işkence ve benzeri fiillerin, suç olarak düzenlenmesi, bu muamelelerin önlenmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gelmektedir. İdari yükümlülükler ise soruşturma, kovuşturma ve infaz

süreçlerinde görevli kimselerin yasal düzenlemelere göre eğitim görmelerinin sağlanmaları, bu doğrultuda gerekli denetimlerin yapılmasıdır. Yargısal yükümlülükler uyarınca ise devletler, işkenceye mağduru olduğunu iddia eden kimselerin, iddiaları hakkında etkin soruşturma ve kovuşturma yapmak zorundadırlar. Yapılacak adil bir yargılama sonucunda devletler, suçu açığa çıkarıp suçluyu belirlemekle ve cezalandırmakla yükümlüdürler. Bu doğrultuda tüm hâkim ve savcıların hangi amaçla olursa olsun kişilere uygulanan işkence veya sair kötü muameleyi göz ardı etmemesi yahut hoşgörü ile karşılamamaları gerekmektedir. İşkencenin önlenmesi açısından ulusal mevzuattaki işkence suçu için öngörülen cezanın ağırlığından daha önemli olan bir husus varsa yapılacak yargılama sonucunda failin tespit edileceği ve cezalandırılacağının mutlak olması hususudur.

Çalışmamızda işkence ve sair kötü muamele yasağı, AİHS çerçevesinde ayrıntıları ile ele alınmış olup AİHM kararları ve Türk Ceza Hukuku mevzuatı ışığında yasağın uygulama alanı geniş biçimde anlatılmış ve bu şekilde tamamlanmıştır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

KİTAP VE MAKALELER:

AKYÜZ, Özlem **'İşkence Suçu'** 2014, http://www.alitizik.av.tr/files/iskence_sucu_suc_tipinin_unsurlari_uluslararasi_hukuktaki_yeri_zamanasimi.docx (Son Erişim Tarihi: 05/04/2019).

ALGAN, Bülent **'İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu'** Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011

ALTIPARMAK, Kerem **'Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?'** Anayasa Yargısı Dergisi, C.32, 2015.

ANAYURT, Ömer **'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı'** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII S.1-2, 2008.

ARSLAN, Kahan Onur **'İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması'** TBB Dergisi, S.120, 2015.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, c. III, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

ARTUK, Mehmet Emin **'İşkence Suçu'** Ceza Hukuku Dergisi, S.7, 2008.

AVCI, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş,** 1. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2008.

AVCI, Mustafa, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, 1. Baskı, Gökkubbe Yayınları, İstanbul, 2004.

BAŞBÜYÜK, İsa **'Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu'** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel S., 2010.

BAYRAKTAR, Köksal **'İşkence Suçu'** Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011.

BECCARIA, Cesare, **Essay on Crimes and Punishments**, Londra, 1785, aktaran SCOTT, George Ryley, **İşkence Tarihi**, 1. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001.

ÇALIŞKAN, Bilal, **'AİHM Ülkemize Karşı Başvurularda İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Şartını Neden Aramıyor'** Adalet Dergisi, S.14, 2003, http://www.cemayma.net/okuma_metinleri/AB_de_insanhaklari_mahkemesi.pdf (Son Erişim Tarihi: 04/04/2019).

ÇOR, Yaşar **'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkında Bakış Açısı'** TBB Dergisi, S.75, 2008.

DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu,** Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.

DEMİRBAŞ, Timur**, 'Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi'** Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999.

DEMİRBAŞ, Timur **'Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması'** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 1996.

DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı,** 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

DÜLGER, Murat Volkan **'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gafgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu'** TBB Dergisi, S.111, 2014.

ER, Cüneyd **'İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'** TBB Dergisi, S.60, 2005.

ERDAL, Meryem, **İşkence ve Cezasızlık Dosyası,** 1. Baskı, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara, 2005.

EREM, Faruk **'İşkence'** TBB Dergisi, S.2, 1988.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı Analizi),** 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2007.

HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 4. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, 2015.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

HAKERİ, Hakan **'Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu'** İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, 2009.

İşkence İle Mücadele Eylem Kılavuzu, 1. Baskı, Uluslararası Af Örgütü Yayınları, İstanbul, 2003.

KILINÇ, Ahmet **'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir'** (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013.

MAHMUTOĞLU, Fatih S. **'İşkence ve Eziyet Suçu'** Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Dergisi, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Ankara, 2008.

NAL, Sabahattin **'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele'** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2007.

NAL, Sabahattin **'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza'** Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1999-2000, C.19, S.1-2, 2001.

NUHOĞLU, Ayşe **'İşkence Yasağı ve İşkence Suçu'** Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999.

ÖNOK, R. Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZGEN, Eralp **'İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması'** TBB Dergisi, S.2, 1998

ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur '**İşkence Suçu'** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 2000.

REIDY, Aisling, **İşkencenin Yasaklanması – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Müdürlüğü, Ankara, 2003

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.

SCOTT, George Ryley, **İşkence Tarihi**, 1. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Rıfat Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Türk Hukuk Kurumu **'Türk Hukuk Lügatı'** 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi < https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).

'USA: Shadow over Justice' Amnesty International, 2010 < https://www.amnesty.org/en/documents/AMR51/094/2010/en/ > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).

ÜNALAN, Abdülkerim **'Bir İnsanlık Suçu: İşkence'** https://docplayer.biz.tr/24038914-Bir-insanlik-sucu-iskence.html (Son Erişim Tarihi: 04/04/2019).

ÜZÜLMEZ, İlhan, '**Türk Hukukunda İşkence Cürmü'**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.3-4, 2002.

ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Hukukunda İşkence Suçu**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan **'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu'** Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S.5, 2005.

YILMAZ, Metin **'İtaatkâr Toplum Oluşturma Aracı Olarak İşkence (Emevi Örneği)'**, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, C.8, S.4, 2008, < https://dergipark.org.tr/daad/issue/4501/61988 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

YÜKSEL, Turgut, **Adam Öldürme Yaralama İntihara Yönlendirme İşkence ve Eziyet Suçları,** 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yafyımevi, İstanbul, 2007.

KARARLAR:

A.D. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/19506, Karar Tarihi: 03/04/2019 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/33190 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

Bayram Tuğrul Yıldırım ve Hasan Yıldırım, AYM, Başvuru No: 2014/5280, Karar Tarihi: 24/05/2018 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5280 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

E.A Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/19112, Karar Tarihi: 07/05/2018 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/19112 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

F.E. ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/19506, Karar Tarihi: 03/04/2019 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15586 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

Gäfgen v. Almanya, AİHM, Başvuru No:22978/05, Karar Tarihi: 01/06/2010 < https://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-ALMANYA.pdf > (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019).

Işıl Yaykır, AYM, Başvuru No: 2013/2284, Karar Tarihi: 15/04/2014 < http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140524-22.pdf > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).

Kurt v. Türkiye, AİHM, Başvuru No: 24276/94, Karar Tarihi: 25/05/1998 < http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/kurt.pdf > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).

Tahir Canan Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/969, Karar Tarihi: 18/09/2013, < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/969 > (Son Erişim Tarihi:21/05/2019)

Timur Demir Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2018/33190, Karar Tarihi: 09/05/2019 < https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/33190 > (Son Erişim Tarihi: 19/06/2019).

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Esas No: 2017/5162, Karar No: 2017/14778, Karar Tarihi: 15/11/2017, UYAP, (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019).

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Esas No: 2012/199, Karar No: 2014/32, Karar Tarihi: 03/11/2015, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas No: 2015/1167, Karar No: 2017/247, Karar Tarihi: 25.04.2017, UYAP (Son Erişim Tarihi: 20/05/2019).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas No: 2014/269, Karar No: 2007/108, Karar Tarihi: 14/02/2017 < https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet > (Son Erişim Tarihi: 21/05/2019).