



YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK ANABİLİM DALI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE YASAĞI

MAHYM ORAZMYRADOVA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

LEFKOŞA
2019

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE YASAĞI

MAHYM ORAZMYRADOVA

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
Yrd. Doç. Dr. TİMURÇİN KÖPRÜLÜ

LEFKOŞA
2019

KABUL VE ONAY

Mahym Orazmyradova tarafından hazırlanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İşkence Yasağı” başlıklı bu çalışma, 23/05/2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

.....
Yrd. Doç. Dr. Timuçin Köprülü (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

.....
Prof. Dr. Yıldırım Uler (Başkan)
Girne Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

.....
Doç. Dr. Reşat Volkan Günel
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

.....
Prof. Dr. Mustafa Sağsan
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin, tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

- ☐ Tezimin tamamı heryerden erişime açılabilir.
- ☐ Tezim sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişime açılabilir.
- ☐ Tezimin iki (2) yıl süre ile erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde tezimin tamamı erişime açılabilir.

Tarih: 23.05.2019

İmza:

Ad Soyad: Mahym Orazmyradova

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın yürütülmesi süresi boyunca, sağlamış olduğu bilimsel destek ve yol göstericiliğinden dolayı tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. Timuçin Köprülü olmak üzere, hocalarım Prof. Dr. Yıldırım Uler ve Doç. Dr. Reşat Volkan Günel' e teşekkür ederim.

ÖZ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE YASAĞI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde yer alan İşkence Yasağı bu çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. İşkencenin pozitif hukuk kurallarıyla uzun zamandan beri yasaklanmasına rağmen bu hükümlere uygulamada riayet edilmemesi sebebiyle bireylerin maruz kaldığı mağduriyetin küçümsenemeyecek ölçüde olmasıdır. Bu nedenle konunun farklı yönleri ve farklı bakış açılarıyla incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda bizde bu konuyu ele alarak daha önce yapılmış olan akademik çalışmalara katkıda bulunmayı amaçladık. Çalışmamız boyunca işkence yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemeler, Anayasal düzenlemeler, Türk Ceza Kanunu düzenlemeleri ve Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlemelerine yer vererek işkence yasağı hakkında bilgiler verilecektir.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde İşkencenin Tanımı, Unsurları, Tarihçesi ve İşkence Yasağının Uluslararası Belgelerdeki yeri incelenmiştir. İkinci bölümde ise, Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesinin genel yapısı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesi kapsamında İşkence, İnsanlık dışı muamele, Aşağılayıcı muamele ve Ceza kavramları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla örneklendirilerek incelenmiştir. Çalışmanın son bölümü olan Üçüncü bölümde ise, Türk Hukukunda İşkence suçuna yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İşkence, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), İşkence Yasağı, İşkence Suçu.

ABSTRACT

THE PROHIBITION OF TORTURE IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Torture prohibition stated in the article 3 European Human Rights Convention is the topic of this research. Although torture has been prohibited since long time ago this prohibition is ignored sometimes. It has been realized that this topic should be further studies in different perspectives. This study is to add more to the previous literature written about the topic.

Our study consists of three parts. Part one will focus on the definition of torture, the elements, the historical background and the prohibition of torture in International Regulations. Part two will look at the general structure of the European Convention on Human Rights (ECHR), Article 3 of the ECHR in terms of the concept of torture, inhuman and degrading treatment and the punishment for torture, taking into account the decisions given by the European Court of Human Rights. The final part of our study will focus on the crime of torture under Turkish Law.

Keywords: Torture, European Convention on Human Rights (ECHR), Prohibition of Torture, Torture as a Crime.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	2
İŞKENCENİN TANIMI, UNSURLARI, TARİHÇESİ VE İŞKENCE YASAĞININ ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ	2
1.1 İŞKENCENİN TANIMI VE İŞKENCENİN UNSURLARI	2
1.1.1 Tanımı	2
1.1.2 Unsurları	9
1.1.2.1 Genel Olarak	9
1.1.2.2 Şiddetli Fiziksel veya Ruhsal Yönden Acı Veren Fiil	10
1.1.2.3 Eylemin Bilgi, İtiraf Elde Etme, Cezalandırma veya Gözdağı Verme Gibi Belirli Bir Amaca Yönelik Olarak Kesten Gerçekleştirilmesi	14
1.1.2.4 Kamu Görevlisi Tarafından ya da Onun Bilgisi, Onayı ile Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmiş Olması	17
1.2. TARİHSEL SÜREÇTE İŞKENCE YASAĞI	19
1.2.1 Genel Olarak	19
1.2.2 Batı Hukukunda	19
1.2.2.1 Eski Yunan ve Roma Hukukunda	19

1.2.2.2 Ortaçağ Avrupa Hukukunda ve Müşterek Hukuk Döneminde	23
1.2.2.3 Aydınlanma Döneminde.....	26
1.2.3 Türk Hukukunda.....	30
1.2.3.1 İslamiyet'in Kabulünden Önce.....	30
1.2.3.2 İslamiyet'in Kabulünden Sonra.....	31
1.2.3.2.1 İslam Hukukunda	31
1.2.3.2.2 Tanzimat'tan Önce	33
1.2.3.2.3 Tanzimat'tan Sonra	35
1.3. İŞKENCE YASAĞININ ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ	36
1.3.1 Genel Olarak.....	36
1.3.2 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	38
1.3.3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (04.11.1950)	39
1.3.4 Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (16.12.1966)	39
1.3.5 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi	41
1.3.6 1987 tarihli İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi için Avrupa Sözleşmesi	46
1.3.6.1 Komite'nin Görev ve Yetkileri	47
1.3.6.2 Komite'nin Ziyaretleri ve Değerlendirme Raporu.....	48
1.3.7 İnsancıl Hukuk ve Uluslararası Ceza Hukukuna Yönelik Belgeler	49
1.3.7.1 Genel olarak.....	49
1.3.7.2 Cenevre Sözleşmeleri	50
1.3.7.3 Savaş Hukukuna İlişkin Belgeler	52
1.3.7.4 Uluslararası Kızıl Haç Komitesi.....	52
1.3.7.5 Uluslararası Ceza Statüsü	53
1.3.8 Uluslararası Örgütler Bünyesindeki Belgeler.....	54

1.3.8.1 BM İstanbul Protokolü	54
1.3.8.2 BM İşkence Özel Raportörlüğü	56
1.3.8.3 Avrupa Konseyi Belgeleri	57
1.3.8.4 Avrupa Birliği'ne Yönelik Belgeler	58
1.3.8.5 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Belgeleri.....	61
1.3.9 İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi	63
1.3.10 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı	64
1.3.11 İnsan Haklarına Dair Arap Şartı	65
İKİNCİ BÖLÜM.....	68
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE YASAĞI.....	68
2.1 AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİ.....	68
2.2 AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MADDE 3. KAPSAMINDA İŞKENCE YASAĞI.....	72
2.2.1 Madde 3. Kapsamında İşkence Yasağına İlişkin Kavramlar	76
2.2.1.1 Genel Olarak.....	76
2.2.1.2 İşkence Kavramı	78
2.2.1.3 İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza	80
2.2.1.4 Aşağılayıcı Muamele ve Ceza.....	83
2.2.2 İspat Yükü	86
2.3 ÜÇÜNCÜ MADDE AÇISINDAN BAZI FİİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	90
2.3.1 Hapis Cezası ve İnfaz Sürecinde İşkence Yasağı.....	90
2.3.2 Ölüm Cezası ve İşkence Yasağı	95
2.3.3 Bedensel Bütünlüğünü İhlal Eden Cezalar ve İşkence Yasağı.....	97
2.3.4 Yakalama ve Gözaltı Sırasında Kolluk Faaliyetleri ve İşkence Yasağı	99
2.3.5 İade, Sınır Dışı Edilme ve İşkence Yasağı	104

2.3.6 Ülkeye Kabul ve Göçte İşkence Yasağı	107
2.3.7 Zorla Tedavi, Açlık Grevi, Zorla Besleme ve İşkence Yasağı.....	108
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	111
TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE SUÇU.....	111
3.1 ANAYASA HUKUKU'NDA İŞKENCE SUÇU	111
3.2 TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE SUÇU	111
3.3 KORUNAN HUKUKİ YARAR	114
3.3.1 Genel Olarak.....	114
3.3.2 İnsan Onuru	115
3.3.3 Vücut Dokunulmazlığı	116
3.3.4 Adliye ve Adil Yargılanma Hakkı	117
3.3.5 İrade Özgürlüğü ve Susma Hakkı	119
3.3.6 Kamu İdaresi.....	121
3.4 MADDİ UNSUR.....	122
3.4.1 Genel Olarak.....	122
3.4.2 İnsan Onuruyla Bağdaşmama.....	126
3.4.3 Bedensel ya da Ruhsal Yönden Acı Çektirme	128
3.4.4 Algılama ve İrade Yeteneğini Etkileme	130
3.4.5 Mağdurun Aşağılanmasına Yol Açacak Davranışlar	131
3.5 MANEVİ UNSUR.....	133
3.6 FAİL VE MAĞDUR.....	134
3.6.1 Fail	134
3.6.2 Mağdur.....	135
3.7 SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	136
3.7.1 Teşebbüs	136
3.7.2 İştirak	137

3.7.3 İçtima	140
3.8 İŞKENCE SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI	143
3.8.1 Eziyet Suçu (TCK m. 96).....	143
3.8.2 Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86).....	150
3.8.3 Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması (TCK m. 256).....	152
SONUÇ	156
KAYNAKÇA	162

KISALTMALAR

ABD:	Amerika Birleşik Devletleri
ADÖ:	Amerika Devletler Örgütü
AGİK:	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
AGİT:	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AHİM:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM:	Anayasa Mahkemesi
B.N:	Başvuru Numarası
Bkz:	Bakınız
BM:	Birleşik Milletler
C:	Cilt
CD:	Ceza Dairesi
CGK:	Ceza Genel Kurulu
CMK:	Ceza Muhakemesi Kanunu
E:	Esas
ETCK:	765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu
İHAS:	İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi
İHEB:	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
K:	Karar
m:	Madde
MvSHUS:	Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
No:	Numara
p:	Paragraf
RG:	Resmi Gazete
s:	Sayfa
S:	Sayı
T:	Tarih
TCK:	Türk Ceza Kanunu
vb:	ve benzeri
vd:	ve devamı

Y: Yıl

Yar: Yargıtay

GİRİŞ

İşkence, insanların toplum halinde yaşamaya başladığı ilk günden beri var olan ve uygulandığı süre boyunca da insanlık üzerinde oldukça derin izler bırakan bir uygulama olmuştur. Ancak buna rağmen işkence uzun süre boyunca meşru olarak uygulanmış ve ne yazık ki işkence ile mücadeleye oldukça geç başlanmıştır. İşkence ile mücadele anlamında ulusal hareketlerin başlamasının ve işkencenin yasaklanmasının ardından ilk önce İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde ve İHEB'i takiben de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesiyle işkencenin yasak olduğu açıkça ifade edilmiş ve bu yasak sözleşme doğrultusunda kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile bu yasağın denetimi sağlanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak işkencenin tanımı, unsurları ve tarihsel süreçte işkence yasağı ve işkence yasağının uluslararası ve bölgesel olarak koruma altına alınan uluslararası belgelerini değerlendirerek genel anlamda işkence yasağını ele alacağız.

Çalışmaya esas konuyu değerlendirdiğimiz ikinci bölümünde ise, AİHS ve AİHS m. 3 ile koruma altına alınan işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele ve ceza kavramlarını AİHM'nin kararları ışığında inceleyeceğiz.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, Türk Hukukunda İşkence suçu, Anayasa hukuku ve TCK'da işkence suçunu ayrıntılı olarak açıklayacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCENİN TANIMI, UNSURLARI, TARİHÇESİ VE İŞKENCE YASAĞININ ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

1.1 İŞKENCENİN TANIMI VE İŞKENCENİN UNSURLARI

1.1.1 Tanımı

Farsça kökenli bir sözcük olan işkence (“şikenc/işkenc”), anlam itibarıyla “*bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet*”¹ veya “*herhangi bir amaçla bir kimseye maddi acı verici tutum ve davranışta bulunma*” anlamına gelmektedir². Yine Türk Dil Kurumu’nun yaptığı bir diğer tanıma göre, “*bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet veya düşüncelerini öğrenmek amacıyla birine uygulanan eziyet*”³ işkence olarak kabul edilmektedir. Bu tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere geniş anlamda işkence, eziyet yapma, acıya maruz bırakma veya ızdırap çektirmektir.

Türk Hukuk Sözlüğünde yapılan bir diğer tanıma göre de işkence, “*Herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı (cismen eza) verici*

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5aabd17fc06b32.50436679, (Erişim Tarihi: 18.04.2018).

² Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.:12, s. 5937; ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (İşkence Suçu), Ankara, 2003, s. 3; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, (İnsan Hakları), 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 133; ÖNOK, Murat, Uluslararası Boyutlarıyla İşkence Suçu, (İşkence Suçu), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 29; GÜNDÜZ, Orçun, “İşkence Suçunda Mağduriyet”, CHD, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 295.

³http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c94c8153bed23.57163419, (Erişim Tarihi: 18.04.2018); KAYA, Köroğlu, “İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller”, TAAD, S. 24, Ocak 2016, s. 467.

harekette bulunmak; sanıklara suçlarını itiraf etmeleri için canlarını yakıcı muamelelerde bulunmaktır"⁴.

BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de kabul edilen "*İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*" nin 5. maddesi, "*Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz*" ifadesi ile işkenceyi yasaklamış, ancak tanımına yer vermemiştir⁵.

04.11.1950 tarihinde Avrupa konseyi tarafından kabul edilen ve Türkiye tarafından 10.03.1954 tarihli 6366 sayılı kanunla onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesin de işkence yasağı düzenlenmiştir. AİHS m. 3 göre, "*Hiç kimse, işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulamaz*". Görüldüğü gibi AİHS'nin 3.maddesinde de işkencenin unsurlarına veya niteliğine ilişkin ayrıntıya yer verilmemiştir⁶. Sözleşme de koruma altına alınan diğer haklar bakımından da sözleşme genelinde çok açık ifadeler kullanılmamışsa da, diğer maddeler ve koruma altına alınan haklar açısından getirilen güvenceler için AİHS'nin 3.maddesi kadar kapalı bir anlatım kullanılmış değildir. Bu nedenle AİHS'nin 3.maddesi diğer maddelere nazaran anlaşılması ve uygulaması daha fazla yoruma ihtiyaç duyulan maddelerden birisidir⁷.

AİHS'nin 3. maddesi her ne kadar kapalı bir ifadeye sahipse de bireylere sağladığı ve koruma altına aldığı hakların mutlak ve dokunulmaz olduğu

⁴YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2006, s. 331;

TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, İnsan Hakları, s. 133.

⁵DEMİRBAŞ, Timur, İşkence Suçu, (İşkence Suçu), 2. Baskı, Ankara 2016, s. 53.

⁶BOYAR, Oya, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 138; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, (İnsan Hakları Sorunu), 2. Baskı, Ankara 2004, s. 192.

⁷NAL, Sebahattin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence" (AİHM Kararlarında Türkiye'de İşkence), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, Y.2007, s. 151.

madde metninden de açıkça anlaşılmaktadır⁸. Sözleşme de işkence yasağı, 15. madde gereğince de herhangi bir sınırlama sebebine bağlı olmaması nedeniyle, sert çekirdekli⁹ olarak nitelendirilen haklardan olduğu ve hiçbir koşul altında, hiçbir gerekçe ile ihlal edilmesi mümkün değildir¹⁰. Ayrıca herkes, birey oluş sebebiyle kendi vücudu ve dokunulmazlığı üzerindeki haklara sahip olup; bu haklar, bireylere bir anlaşma veya devlet tarafından tanınmış değildir¹¹. Bu sebeple bu hakkın ihlal edilmesini haklı gösterecek hiçbir istisnai durum söz konusu olamaz¹². Bu duruma, AİHS'nin 15/2 maddesinde, olağanüstü hallerde sözleşmeden doğan yükümlülükleri askıya almaya ilişkin hükmünde, “...*meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7.maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez*” ifadesiyle açıklık getirilmiştir¹³.

AİHS'nin 3. maddesinde, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele de, yasaklanmış ancak, hiç birinin tanımına ve içeriğine yönelik bir ölçütlere yer

⁸ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, İnsan Hakları Sorunu, s. 135; **DEMİRBAS**, İşkence Suçu, s. 53; **ÖZDEK**, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye, İstanbul 2004, s. 157; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (AİHS ve Uygulaması), 11. Baskı, Ankara 2016, s. 199.

⁹ **BİLGİN**, Pertev, “*Sert Çekirdekli Temel Haklar*” (Sert Çekirdekli), İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayın No:1, İstanbul 1995, s. 100; **KAPANI**, Münici, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, (İnsan Haklarının), Ankara 1996, s. 23; **ÇOR**, Yaşar, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 75, Y. 2008, s. 70; **BAKIM**, Sevil, 5337 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, (İşkence Suçu), İstanbul 2008, s. 47; **DEMİRBAS**, İşkence Suçu, s. 46; **DOĞRU**, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), İstanbul 2006, s. 2.

¹⁰ *Gäfgen/Almanya*, B.N. 22978/05, T. 01.06.2010; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 750.

¹¹ **NAL**, AİHM Kararlarında Türkiye’de İşkence, s. 153; **ÖNOK**, s. 160; **BOYAR**, s. 137.

¹² **REIDY**, Aisling, İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz/İnsan Hakları El Kitapları, No:6, Avrupa Konseyi 2002, S. 20-22, s. 198; **DOĞRU**, Osman/**NALBANT**, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, (İHAS ve Önemli Kararları), 1. Cilt, Ankara 2012, s. 125; **NAL**, Sabahattin, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık dışı Muamele ve ye Küçültücü Muamele veya Ceza*”, (AİHS İşkence...), Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001, s. 153.

¹³ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 143; **ÖNOK**, s. 161.

verilmemiştir. Bu sebeple sözleşmede sayılan bu muamelelerden herhangi birine maruz bırakılmış olmak, AİHS 3. maddenin ihlali anlamını taşıyacaktır¹⁴. Bu şekilde farklı unsurlar taşıyan ve farklı niteliğe sahip üç kavramı, birbiriyle bağlantılı olarak 3.madde ile koruma altına alınmıştır. Fakat bu üç kavramın önemi, AİHM tarafından verilecek ihlal kararlarında hükmedilecek tazminatın miktarı bakımından da önemlidir¹⁵.

İşkenceye ilişkin diğer bir düzenleme de, BM Genel Kurulunun 16.12.1966 tarihinde, 2200A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren “*Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşme*” de yer almaktadır¹⁶. Bu Sözleşme’nin giriş kısmında ifade edildiği üzere, BM Şartı’nda ilan edilen ilkeler çerçevesinde, tüm insanların doğuştan sahip olduğu onurun ve eşit, devredilmez haklarının tanınması, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu göz önünde bulundurulmuş ve bu hakların, kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığı kabul edilerek, sözleşme ile taraf devletlere, sözleşme’ de tanınan haklara saygı gösterilmesi, bunların geliştirilmesi için çaba gösterme sorumluluğu yüklenmiştir. Bu sorumluluklar çerçevesinde Sözleşme’nin 7. maddesinde “*Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ya da cezaya mazur bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz*” şeklinde işkence yasağı düzenlenmiştir¹⁷. Bu düzenleme ile Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşme’nin 7.maddesinde kişilerin rızası olmaksızın tıbbi veya bilimsel

¹⁴ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 17; BOYAR, s. 138.

¹⁵ ANAYURT, Ömer, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*”, (AİHM İçtihatlarında İşkence), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, T.2008, S. 1-2, s. 425; BOYAR, s.139; DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.17.

¹⁶ 25142 sayı ve 18.06.2003 tarihli Resmi Gazete ’de yayınlanan 4868 sy. Kanun uyarınca MveSHUS’nin onaylanmasına Bakanlar Kurulunca 07.07.2003 tarihinde karar verilmiştir.

¹⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 280; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, AİHS ve Uygulaması, s. 340.

deneylere tabi tutulması da işkence yasağı kapsamına alınmış ve böylece yasağın kapsamı genişlemiştir¹⁸.

İşkence konusunda en kapsamlı tanım, BM Genel Kurulunun 9.12.1975 tarih ve 3452 (XXX) sayılı kararıyla kabul edilen “*Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirisi*” nde yapılmıştır. Bildiri’nin 1. maddesine göre; “İşkence, bir kamu görevlisi tarafından bizzat veya onun teşvikiyle bir kimseye, kendisinden bir itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi elde etmek, işlediği veya işlediğinden kuşkulanan bir suçtan ötürü kendisini cezalandırmak, kendisinin veya başkalarının gözünü korkutmak gibi amaçlarla, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ızdırap veren herhangi bir fiildir”. Yine aynı maddenin 2. bendinde, “İşkencenin, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezanın ağırlaştırılmış ve kasten işlenmiş şekli olduğu” ifade edilmiştir¹⁹.

BM Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilen ve Türkiye tarafından 10 Ağustos 1988 tarihinde imzalanan “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” nin 1. maddesinde Sözleşme’nin amaçlarına göre kabul edilen işkence kavramı tanımlanmıştır²⁰. Maddeye göre “İşkence”, “Bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle,

¹⁸ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 43.

¹⁹ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 117; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 33; BAKIM, s. 5; DOĞAN, İlyas/KAYA, Mehmet, İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, (İstanbul Protokolü), Ankara 2010, s. 5.

²⁰ 21.04.1988 tarih ve 3441 sayılı “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” çıkarılmış ve kanunun 29.04.1988 tarih ve 19799 sayılı RG’de yayımlanmasıyla onaylanmış ve onay belgesinin 02.08.1988 tarihinde BM Genel Sekreterliğine depo edilmesiyle, 01.09.1988 tarihinde sözleşme Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez". Maddede, AİHS m. 3'ün aksine, işkencenin niteliğine ilişkin daha fazla ayrıntıya yer verilmiştir. Sözleşme işkence suçuna ek olarak, işkence kadar ağır olmayan, ancak insan onurunu zedeleyen diğer davranışları da 16.maddede yasaklamıştır²¹. Maddeye göre, işkence boyutuna ulaşmayan, ancak kişi onurunu zedeleyen "*diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza fiillerinin*" de bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesi halinde bu davranışlar da sözleşmenin 1.maddesinde düzenlenen işkence suçu gibi değerlendirilecektir.

Konuya ilişkin diğer bir sözleşme de, 26.11.1987 tarihinde imzaya açılan 23.maddelik "*İşkencenin ve Gayri insani ya da Küçültücü ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*" dir²². Sözleşmenin başlangıç bölümünde, "*Hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin, işkence ve gayriinsani ya da küçültücü ceza veya muameleye karşı korunmalarının ziyaretlere dayanan önleyici nitelikte, adli olmayan yollarla kuvvetlendirilebileceğine kani olarak*" şeklinde belirtildiği gibi, sözleşme, kötü muamele ve cezaları yasaklamakla kalmamış, aynı zamanda bir denetim mekanizması kurulmuştur²³. Söz konusu sözleşme, bölgesel bir sözleşme olmasıyla birlikte, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler sözleşmesinden farklı olarak konuya ilişkin tanımlara yer verilmemiştir. Ancak her iki sözleşmenin

²¹ **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 72.

²² Türkiye sözleşmeyi, 25.02.1988 tarih ve 3411 sayılı kanunla onaylanmış, 27.02.1988 tarihli Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²³ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 46; **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 86.

de caydırıcı özelliği oldukça büyüktür. Zira sözleşmelere katılan devletler, ülkesinde sözleşmenin ihlal edilmeyeceğini uluslararası alanda taahhüt etmektedirler²⁴.

Görüldüğü gibi, hukuki açıdan işkencenin nasıl tanımlanması gerektiği ve hangi unsurlardan oluştuğu konusunda, kabul görmüş ortak bir görüş yoktur²⁵. AİHM kararları incelendiğinde, Mahkeme'nin işkenceye ilişkin nitelendirmelerinin dahi geçen zamanla birlikte değişiklik gösterdiği görülmektedir²⁶. AİHM, 3. madde bakımından işkence nitelendirmesi yaparken “*dinamik yorum*” yöntemini tercih etmekte ve güncel koşullar ışığında değerlendirme yapmaktadır²⁷. Örneğin, Türkiye'nin “*işkence*” dolayısıyla mahkum edildiği ilk dava olan 18.12.1996 tarihli *Aksoy/Türkiye* davasında²⁸ mağdurun maruz kaldığı “*Filistin askısı*” adı verilen uygulamanın ancak işkence olarak nitelendirilebileceğine karar vermiştir²⁹. Yine, 25.09.1997 tarihli *Aydın/Türkiye* kararında³⁰ AİHM, özellikle mağdurun gözaltındayken tecavüz edilmesi ve maruz bırakıldığı muamelelerin her birinin ayrı ayrı işkence olarak nitelendirilebileceğine karar vermiştir³¹. Görüldüğü gibi, AİHM incelediği davalarda olayların özelliklerini, başvuru

²⁴ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 47.

²⁵ **NUHOĞLU**, Ayşe, “*İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*”, Sahir, Erman'a Armağan, Alfa Basım, (Erman'a Armağan), İstanbul 1999, s. 530; **ÜZÜLMEZ**, İlhan, “*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu*”, (İşkence ve Eziyet), Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s. 230; **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Ceza Hukuku Özel Hükümleri, (Ceza Özel), 2. Baskı, Ankara 2015, s. 245; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 130; **BASBÜYÜK**, İsa, “*Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*”, DEÜHFD, C.12, Özel S. 2010, s. 1445; **ÖZBEK**, Veli, Özer/**KANBUR**, Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ceza Özel), 9. Baskı, Ankara 2015, s. 262.

²⁶ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 4; **ÜZÜLMEZ**, s. 10.

²⁷ **ANAYURT**, AİHM İçtihatlarında İşkence, s. 430; **KAYA**, s. 467; **DOĞRU**, s. 4.

²⁸ *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21987/93, T. 18.12.1996; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 198.

²⁹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 139; **ÖNOK**, s. 174.

³⁰ *Aydın/Türkiye*, B.N. 23178/94 T. 25.09.1997; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 176.

³¹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 139; **ANAYURT**, AİHM İçtihatlarında İşkence, s.434; **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 175; **DEMİRBAŞ**, s. 141.

meydana getirdiği zarar ve bıraktığı izleri, ayrıca günün koşullarını ayrı ayrı değerlendirerek başvuru konusu yapılan muameleleri 3.madde bakımından farklı nitelendirmeler yapabilmektedir³².

Anayasa m. 17/3' de, Kişilerin Vücut Dokunulmazlığı Anayasa'da koruma altına alınmıştır. Madde, "*Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz; kimse, insanlık onuruyla bağdaşmayan bir cezaya çarptırılamaz veya muameleye tabi tutulamaz*" ifadesiyle kişinin her ne sebeple olursa olsun işkenceye maruz bırakılmasını yasaklamaktadır.

1.1.2 Unsurları

1.1.2.1 Genel Olarak

AİHS m. 3'te "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*" ifadesiyle işkence yasağı düzenlenmiş ve kişinin vücut bütünlüğü ile insan onurunu koruma altına almıştır. Madde, kişilerin işkenceye, insanlık dışı muamele ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmasını da yasaklamıştır³³. Ancak AİHM içtihatlarında, işkence, insanlık dışı muamele veya aşağılayıcı muamele veya ceza kavramlarını bir birlerinden ayrı ele alıp değerlendirirken, bazı durumlarda da hiçbir bir ayırım yapmaksızın doğrudan AİHS m. 3' ün ihlal edildiğine kararı vermektedir³⁴. Burada AİHM'nin işkence ile kötü muamelenin diğer türleri arasında yapacağı nitelendirmenin, AİHS'nin 41.maddesi uyarınca hükmedilecek tazminat miktarı ile mahkum edilecek devletin itibari

³² DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 4.

³³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, İnsan Hakları, s. 137; DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 53; BAKIM, s. 46; DOĞRU/NALBANT, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 126.

³⁴ "*Sözleşme'nin işkence ile insanlık dışı muamele kavramları arasında ayırım yapmaktaki amacının, çok ağır ve zalimane acılara sebep olan kasıtlı insanlık dışı muameleler için işkence terimini kullanmak suretiyle özel bir damga yapıştırmak olduğunu belirtmiştir*". (DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.17); TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, İnsan Hakları, s. 142; BOYAR, s. 139.

bakımından önem arz etmektedir³⁵. AİHM'nin, bir muameleyi işkence olarak nitelendirmek ve AİHS m.3'in ihlaline karar vermek için zaman zaman BM "*İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*" nin 1. maddesine gönderme yapmaktadır³⁶. Sözleşmede yer alan işkence suçunun unsurları şunlardır:

- Filin fiziksel veya ruhsal yönden acı vermesi,
- Eylem kastan gerçekleştirilmiş olması,
- Eylemin bilgi, itiraf elde etme, cezalandırma veya gözdağı vermek amacıyla işlenmiş olması,
- Filin resmi sıfatı haiz kişilerce ya da böyle bir sıfatı haiz olmayan ancak bu sıfatı haiz kişilerin onayıyla yahut bilgisi dahilinde gerçekleştirilmiş olması³⁷.

Aşağıda sıralamaya uygun olarak işkencenin unsurlarını ayrıntılı olarak ele alacağız.

1.1.2.2 Şiddetli Fiziksel veya Ruhsal Yönden Acı Veren Fiil

BM "*İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*" nin 1.maddesine göre işkence kavramı "*fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren fiiller*" için kullanılmaktadır. Görülüyor ki, bir eylemin işkence olarak nitelendirilmesi için, mağdurda meydana getirdiği etkinin, *ağır* olması beklenmektedir³⁸. Ancak bazı durumlarda AİHM gerçekleştirilen muamelenin *yoğunluğuna ve şiddetine*

³⁵ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 17; **NAL**, AİHM Kararlarında Türkiye'de İşkence, s. 155; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 142; **BOYAR**, s. 139.

³⁶ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.17; **ÖZDEK**, s. 160.

³⁷ **ANAYURT**, AİHM İçtihatlarında İşkence, s. 432; **NAL**, AİHM Kararlarında Türkiye'de İşkence, s. 156; **TAHTALI**, M., Buğra, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Türkiye'deki Yansımaları*", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Aralık 2011, Seçkin Yayıncılık, s. 60.

³⁸ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 18; **ÖZDEK**, s. 158; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 52; **BOYAR**, s. 138.

bakmak suretiyle işkence teşkil edip etmediğine karar vermektedir³⁹. AİHS'nin 3. maddesinin sağladığı korumadan yararlanılabilmesi için, davaya konu olan eylemlerin “*belirli bir ağırlıkta*”, “*belirli bir yoğunlukta*” olması gerektiği AİHM'nin yerleşik içtihatlarında ifade edilmiştir⁴⁰. Bunun yanında ağırlığının tespiti noktasında, olaya ilişkin tüm özellikleri, özellikle davranışın niteliği, olayın gerçekleştiği ortamı ve ortamın koşulları, uygulanma süresini, mağdur üzerinde yarattığı fiziksel ve ruhsal etkisi, cinsiyeti, yaşı, sağlığı ve işkence teşkil ettiği iddia edilen filin mağdur üzerinde devam eden etkileri dikkate alınarak davranışın ağırlığı ve işkence teşkil edip etmediği, maddenin koruma alanına girip girmediği değerlendirilir⁴¹. Ancak yapılan muamele mağdura acı veriyorsa ve ruhsal olarak etkilenmesine sebep olmuş olsada AİHM'nin, aradığı “*belirli bir ağırlık*” düzeyinde değil ise Mahkeme, AİHS m. 3'ün ihlal edildiği yönünde mahkûmiyet kararı vermeyecektir⁴².

AİHM'ne göre bir muamelenin işkence niteliği taşıyıp taşımadığı zamana ve olayın koşullarına göre değişiklik göstermektedir ve AİHM bu durumu birçok kararında ele almıştır⁴³. *İrlanda/Birleşik Krallık*⁴⁴ kararında ise, gözaltında tutulan kişilere “*Beş teknik*”⁴⁵ adı verilen sorgulama yöntemlerinin

³⁹ **BOYAR**, s. 140.

⁴⁰ *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T.18.01.1978; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 419; *Taşan/Türkiye*, B.N. 63748/00, T. 04.03.2008, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11333.htm>, Erişim Tarihi: 21.09.2018); *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 217; *Elçi ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 23145/93 ve 25091/94, T. 13.11.2003; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 27; *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 224.

⁴¹ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.19; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 54; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 137; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 50; **ÖZDEK**, s. 158; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 126.

⁴² **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 141; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 28; **ANAYURT**, AİHM İctihatlarında İşkence, s. 433.

⁴³ **ÖZDEK**, s. 161; **ÜZÜLMEZ**, s. 10.

⁴⁴ *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 419.

⁴⁵ Beş teknik (derin sorgulama), 1. Duvara karşı ayakta tutma, 2. Başa torba geçirme, 3. Yüksek sesli gürültüye maruz bırakma, 4. Uzun süre uykusuz bırakma, 5. Yiyecek ve içecek

uygulanmasını işkence olarak değil, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirmiştir. AİHM'nin bu kararında, işkence tespiti bakımından yapılacak değerlendirmenin olayın koşulları, mağdurun durumu ve muamelelerin mağdur üzerindeki etkileri göz önünde bulundurularak yapılması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁶.

AİHM göre daha önce işkence olarak kabul edilmeyen ve insanlık dışı muamele veya aşağılayıcı muamele olarak kabul edilen bazı fillerin, değişen koşullar ve insan haklarının korunmasına verilen önemin zamanla artması, temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplumlarda uygun bir şekilde sağlanması gerekliliği sebebiyle yeni baştan ele alınması gerektiği *Selmouni/Fransa* kararında da dile getirmiştir⁴⁷. Yine AİHM, daha önceki kararlarında⁴⁸ insanlık dışı muamele veya aşağılayıcı muamele olarak değerlendirdiği bazı filleri zamanla, *Selmouni/Fransa* kararında olduğu gibi işkence olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.

Bu durumu AİHM, *Batı ve Diğerleri/Türkiye*⁴⁹ kararında “...özel bir kötü muamelenin işkence olarak nitelendirilmesi gerektiğine karar vermek için 3.maddenin bu kavram ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele arasındaki ayrımı göz önünde bulundurmak gerektiğini hatırlatmış. Bu ayrım büyük ve dayanılmaz acıların tartışma konusu bazı insanlık dışı muamelelerin acımasızlığını belirtmek amacıyla AİHS’de yer almaktadır” ifadesiyle belirtmiştir. AİHM bu kararında, başvuruçuların birçoğunun yaşı küçük olması ve birisinin hamile olması, sağlık durumu tehlikede ve kötü olması,

vermeme, gibi uzun süreli olarak mağdurlara uygulanan ve ifade almak amacıyla kullanılan yöntemleri ifade etmektedir. (*İrlanda/Birleşik Krallık*, p. 97).

⁴⁶ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 141.

⁴⁷ *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 217.

⁴⁸ *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, T.09.06.1998, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11847.htm>, Erişim Tarihi: 12.08.2018).

⁴⁹ *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 224.

mağdurların yakınlarına haber verilmeksizin gözaltında dokuz gün tutulması ve yoğun şiddete maruz bırakılmış olmaları nedeniyle, dava konusu olayda gerçekleştirilen muamelelerin işkence teşkil ettiğine ve AİHS m.3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM *Mesut Deniz/Türkiye*⁵⁰ kararında, başvurucunun gözaltındayken polis memurları tarafından bilgi elde etmek amacıyla, dövülmesi, elektrik şokuna maruz bırakılması, kollarından asılması, tazyikli soğuk su sıkılması, cinsel organını ve parmaklarının sıkılması, buzlu yüzeyde yatmaya zorlanması ve bir polis memurunun hortumla tecavüzüne maruz kaldığı bu “*kötü muamelelerin ancak işkence olarak tanımlanabilecek derecede ciddi ve acımasız bir muamele olduğu kanaatine varmıştır*”⁵¹.

AİHM *Afet Süreyya Eren/Türkiye*⁵² kararında, başvurucunun yasa dışı bir partinin üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınması ve gözaltında tutulduğu dört gün boyunca parti bağlantısı hakkında bilgi almak amacıyla dövülmesi, kollarından asılması (Filistin askısı), kıyafetlerinin çıkartılması, cinsel tacize maruz bırakılması, başının duvara vurulması ve tecavüzle tehdit edilmesi, başvurucuda şiddetli acı ve ızdırap meydana getirdiği nedeniyle söz konusu kötü muameleleri, AİHS'nin 3. maddesi uyarınca işkence olarak nitelendireceğine karar vermiştir.

⁵⁰ *Mesut Deniz/Türkiye*, B.N. 36716/07, T. 05.11.2013, (<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/mesutdeniz.pdf>, Erişim Tarihi: 02.04.2019).

⁵¹ AİHM *Yaman/Türkiye* kararında da, mağdurdan bilgi elde etmek amacıyla gözlerinin bağlanması, çıplak soğuk suya sokulması, tavana asılması, vücuduna ve cinsel organına elektrik verilmesi, hayaları sıkılması nedeniyle maruz kaldığı “*kötü muamelelerin ancak işkence olarak tanımlanabilecek derecede ciddi ve acımasız bir muamele olduğu kanaatine varmıştır*”. *Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004; **DOĞRU**, *İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 29.

⁵² *Afet Süreyya Eren/Türkiye*, B.N. 36617/07, T. 20.10.2015, (<https://legalbank.net/belge/aihm-2-dsi-2007-36617-t-20-10-2015-afet-sureyya-eren-turkiye-davasi/1512805>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

AİHM *Elçi ve Diğerleri/Türkiye*⁵³ kararında, başvurulardan bir kısmı için aç bırakılmalarının, hakarete uğradıklarının, gözleri bağlı bir şekilde karanlık odada tutulduklarını, maruz bırakıldıkları koşulların işkence olarak kabul edilebilecek ağırlığa ulaşmadığı ve manevi boyutunun daha ağır olduğu gerekçesiyle işkence olarak değil, insanlık dışı muamele olarak nitelendirmeleri gerektiğine; ancak bazı başvurulardan bakımından da saldırıya ve tecavüze uğrama, çıplak kalacak şekilde soyulup dondurucu soğuk suyla ıslatılma gibi fillerin fiziksel etkilerinin daha fazla olduğu ve işkence olarak kabul etmek için gerekli ağırlık düzeyine ulaştığı gerekçesiyle işkence olarak nitelendirilmeleri gerektiğine karar vermiştir.

1.1.2.3 Eylemin Bilgi, İtiraf Elde Etme, Cezalandırma veya Gözdağı Verme Gibi Belirli Bir Amaca Yönelik Olarak Kasten Gerçekleştirilmesi

AİHS, işkencenin tanımına veya unsurlarına ilişkin hiçbir ayrıma gitmemiş olması, AİHM kararları aracılığıyla bir takım unsurlar tespit etme durumunda bırakmıştır⁵⁴. AİHM kararlarında BM “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme” nin 1. maddesinde öngörölmüş olan kriterler doğrultusunda işkence yasağının koruma alanının tespit edilmesi amacına yönelik olarak burada belirtmiş olduğumuz unsurları belirtmiştir⁵⁵. Bu kriter gere göre de işkencenin bir diğ er unsur, mağduru veya üçüncü bir kişiyi cezalandırma, gözdağı verme, delil elde etme, itiraf veya bilgi alma amacıyla ya da ayrımcılığa ilişkin herhangi bir nedenle kasten işlenmesidir⁵⁶.

AİHM’nin belirlediğı kriterlere uygun olan, yani işkence niteliğı taşıyan davranışların kasten işlenmesi dışında başka bir ihtimal de işlenmesi

⁵³ *Elçi ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 23145/93 ve 25091/94, T. 13.11.2003; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 27.

⁵⁴ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 131.

⁵⁵ **ÖZDEK**, s. 160; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 51.

⁵⁶ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 133; **ÖZDEK**, s. 161; **ÜZÜLMEZ**, s. 12; **BOYAR**, s. 140; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.18.

mümkün görünmektedir. Zira genellikle işkence niteliğindeki eylemle, karmaşık, tasarlanmış ve süregelen eylemlerdir ki, bu da kesten gerçekleştirilmelerini gerektirmektedirler. AİHM de birçok kararında bu durumu belirtmiştir⁵⁷.

Bunun yanında muamelenin niteliğinin yanı sıra sözleşme bağlamında eylemlerin özel bir amaç taşıması zorunluluğu, kast dışında başka bir yolla gerçekleştirilmesi olasılığını da ortadan kaldırmaktadır. Çünkü fail mağdura, onu veya üçüncü bir kişiyi cezalandırma gözdağı verme, delil elde etme, itiraf ve bilgi alma amacıyla yaklaştığından buda tamamıyla failin bilinçli hareketleri doğrultusunda gerçekleşmektedir⁵⁸.

AİHM *Selmouni/Fransa*⁵⁹ kararında, başvuruya konu olan muamelelerin, askeri yoğunluk eşiğine ulaştığını, ancak bazı muamelelerin kasten ve özel bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Olayda polis memurları, üst aramasında ve otel odasında yapılan aramada delil elde edilmemiş olmasına rağmen, suçlu olduğuna inandıkları Bay *Selmouni*' den itiraf almak amacıyla fiziksel ve bedensel kötü muamelelerde bulunmuşlardır. Mahkeme başvuru bakımından bu koşulunda gerçekleştiğini ifade etmiştir.

AİHM *Musa Ateşoğlu/Türkiye* kararında, polis memurları tarafından itiraf almak amacıyla yapılan kulak çekme, dayak atma ve falaka gibi muamelelerinin kasten uygulandığını ve fillerin ciddi ve zalimce olduğunu ve mağdurda ağır acı ve ızdıraba maruz bırakabilecek ölçüde olduğunu

⁵⁷ *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 217; *Labita/İtalya*, B.N. 26772/95, T. 06.04.2000; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 248; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 64.

⁵⁸ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 135.

⁵⁹ *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 217.

belirterek, bütün bu muameleleri AİHS'nin 3. maddesi bakımından işkence suçunu oluşturduğuna karar vermiştir⁶⁰.

Mahkeme *Dikme/Türkiye*⁶¹ kararında da, başvurucunun bilgi ve itiraf elde edilebileceğine yönelik bakış açısıyla meydana getirilen *kasıtlı* hareketlerle şiddete maruz bırakıldığını ifade etmiştir.

AİHM *Taylan/Türkiye*⁶² kararında, başvurucuya 7 günlük gözaltı süresince itiraf almak amacıyla polis memurlar tarafından, saat başı çıplak soyulması, elektrik verilmesi, kollarından asılması, çıplak olarak soğuk zeminde oturtulması ve hortumla soğuk suyla ıslatılması ve gözlerinin bağlanması; ancak itiraf almak kastıyla yapıldığını ve başvurucuda “şiddetli” acı ve ızdırap meydana getirdiği nedenle söz konusu kötü muamelelerin, AİHS'nin 3. maddesi uyarınca işkence olarak nitelendirileceğine karar vermiştir.

Mahkeme *Batı ve Diğerleri/Türkiye*⁶³ kararında da, başvurularda bilinçli olarak, itirafta bulunmaları ve kendilerine soru yöneltilen olaylar hakkında bilgi vermelerini sağlamak amacı ile acı çektirilmiş olmasını işkence olarak nitelendirmiştir. Başvuruya konu olan olayın AİHS 3.maddenin koruma alanında kalması ve BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 1. maddesinde ifade edildiği üzere, işkencenin oluştuğundan söz dilebilmesi için aranan *Kast* unsurunun var olduğunun kabul edilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir.

⁶⁰ *Musa Ateşoğlu/Türkiye*, B.N. 53645/10, T. 20.01.2015, (<https://legalbank.net/belge/aihm-k-2010-53645-t-20-01-2015/1450867>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁶¹ *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 25-26.

⁶² *Taylan/Türkiye*, B.N. 32051/09, T. 03.07.2012, (<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/taylan.pdf>, Erişim Tarihi: 02.04.2019).

⁶³ *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 224; *Aktaş/Türkiye*, B.N. 24351/94, T. 24.04.2003; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 73.

1.1.2.4 Kamu Görevlisi Tarafından ya da Onun Bilgisi, Onayı ile Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmiş Olması

Meydana gelen olaylarda işkence yasağının ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için aranan bir değer unsur da, failin kamu görevlisi veya onun bilgisi, onayı ile üçüncü bir kişi tarafından işkence niteliği taşıyan eylemlerin gerçekleştirilmiş olmasıdır⁶⁴. Bu unsurlar BM “İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi” nin 1.maddesinde de yer almaktadır. Ayrıca BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi’nin suçun failine ilişkin ifadesinin, gerek AİHS m.3 ile ve gerekse AİHM’nin kararlarında açıklamış olduğu kriterlerle de uyuşmakta olduğu görülmektedir. Zire AİHS’de bu konuya ilişkin hiçbir sınırlama getirilmemiştir; BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi’nin de failin niteliklerine ilişkin alan oldukça geniş tutulmuştur. Öyle ki kamu görevlilerinin işkence niteliği taşıyan eylemlerin gerçekleştirilmesinin yani sıra, kamu görevlilerinin teşvikiyle veya bilgisi dahilinde gerçekleştirilmesi halleri dahi işkence olarak kabul edilmiştir⁶⁵. Bu nedenle kamu görevlilerinin onayının bulunması ya da işkenceyi teşvik etmesi halinde bile meydana gelen fiiller işkence olarak kabul edilecektir.

AİHS bakımından bir eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin görevi ile bir bağlantısının bulunmasının şart olmamasıdır. AİHS ve BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi bakımından, işkence niteliği taşıyan eylemleri gerçekleştiren failin kamu görevlisi olması yeterlidir ve failin hareketinin görevi ile nedensel bir ilişki içinde olup olmaması işkence yasağı bakımından önem arz etmemektedir.

⁶⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, İnsan Hakları, s. 133; ÜZÜLMEZ, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 11; DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 18.

⁶⁵ BAKIM, İşkence Suçu, s. 53.

AİHM “*kamu görevlisi tarafından işlenmiş olma*” koşulunu *Selmouni/Fransa*⁶⁶, kararında ifade etmiştir. AİHM, askeri acı eşiğinin aşıldığı ve eylemlerin bir ya da daha fazla devlet memuru tarafından işlendiğinden bahisle *Selmouni*’nin maruz kaldığı kötü muamelenin işkence olduğuna karar vermiştir.

*Dikme/Türkiye*⁶⁷ kararında ise, mağdurun polis memuru tarafından fiziksel ve psikolojik işkencenin çeşitli türlerine maruz bırakıldığını, devlet korumasında gözaltında geçirmesi gereken süre boyunca kötü muamele gördüğünü ve haklarının ihlal edildiğini kabul eden mahkeme, olay bakımından ise işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM kararları ve bu kararları ile gönderme yaptığı BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi hükümleri dikkate alındığında, AİHS m. 3’ün koruma alanı belirlenebilmektedir. Buna göre kamu görevlileri tarafından ya da onların onayı ve teşvikiyle, mağduru cezalandırmak, caydırmak, ondan itiraf ya da delil elde etmek kastıyla, mağdurda “şiddetli” acı veya ızdırap meydana getiren fillerin kamu görevlileri tarafından ya da onların gözetimi veya denetimi altında işlenmesi sözleşme kapsamında “işkence” olarak nitelendirilecektir⁶⁸. Kaldı ki, AİHS bakımından işkence suçu yalnızca kamu görevlilerince işlenebilecek bir fiil olarak da düzenlenmemiştir.

⁶⁶ *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 217.

⁶⁷ *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 25-26.

⁶⁸ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 138; **BAKIM**, s. 52.

1.2. TARİHSEL SÜREÇTE İŞKENCE YASAĞI

1.2.1 Genel Olarak

İşkence, insanlıkla eş değer bir tarihe sahiptir⁶⁹. Geçmişten bu güne işkencenin nasıl bir değişim izlediğine baktığımızda, önce işkencenin serbestçe uygulandığı dönem, işkencenin yasaklandığı dönem ve işkence yasağının uluslararası belgelerde yer almaya başlaması ve bu hususta toplumsal bir bilinç oluşması; diğer yandan tüm bunların yanı sıra işkencenin, ülkelerin ulusal düzenlerine dahil olarak suç sayılması ve cezalandırıldığı dönemi, işkencenin tarihsel gelişimi dahilinde inceleyeceğiz.

1.2.2 Batı Hukukunda

1.2.2.1 Eski Yunan ve Roma Hukukunda

Gerek Eski Yunan döneminde ve gerekse Roma döneminde işkence (*quaestio*) uygulanmıştır⁷⁰. Bu dönemde, özgür vatandaşların düşünce yeteneğine sahip olduğu ve dolayısıyla gerçeği itiraf etme hususunda zekice hazırlanmış argümanlar karşısında ikna edilebileceği; ancak, kölelerin doğası gereği, düşünme yeteneğine sahip olmadığı, vücuttan ibaret obje olduğundan bahisle akılcı yollarla gerçeği itiraf etmeye ikna edilemeyeceği düşüncesiyle hareket edilmiştir⁷¹. Bu nedenle de kölelerin ifadeleri, işkence ile alınmış ve

⁶⁹ **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 43.

⁷⁰ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu s. 30; **ÖNOK**, İşkence Suçu s. 41; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 9.

⁷¹ Roma hukukunda cezaların acımaz ve sert olmasına özel önem yüklenmiş ve bu şekilde suçların caydırıcılığının sağlanabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca uygulanacak cezalar diğer kişiler için emsal teşkil edecek ve onların suç işlemesi bakımından korku yaratacaktır. Görüldüğü gibi o dönemde işkencenin kamu yararına olduğu kabul görmekteydi. Hatta o dönemde uygulanan cezalar o kadar aşağılayıcı ve küçük düşürücü nitelik taşımaktaydı ki mahkumlar bu cezalarla karşı karşıya kalmaktan duydukları korku sebebiyle ölüm yolunu tercih ederlerdi. (Döneme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **TÜRKOĞLU**, H. Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 169-176).

yaptıkları tanıklık işkence ile güçlendirilmesi halinde geçerli sayılırdı⁷². Özellikle Eski Yunan döneminde, işkence, adaletin tecelli edebilmesi için zorunlu bir delil elde etme aracı olarak da görülmüştür⁷³.

Eski Yunan döneminde olduğu gibi, Roma İmparatorluğu döneminde de, köle, ister tanık, isterse sanık olsun işkence uygulanması serbestti. Ancak hür kişilere ve vatandaşlara işkence uygulanması konusunda iki dönem arasında fark bulunmaktadır. Eski Yunan döneminde kırbaçlama ve diğer bedensel işkence filleri, hür bir kişinin suçunu itiraf etmemesi veya tanıklıktan kaçınması halinde uygulanmaktayken, Roma İmparatorluk döneminde ise, Roma vatandaşlarına ve hür kişilere ne suretle olursa olsun işkence uygulanması yasaktı. Fakat aynı koşullar altında, Roma döneminde de hür bir kişi, “*Magistrat*”⁷⁴ tarafından tutuklanabilir veya para cezası ile cezalandırılabilirdi, ancak bu sebebe dayanarak işkence yapılması yasaktı⁷⁵.

Özellikle Roma döneminde, kölelere işkence yapılması kaçınılmaz olarak kabul edilmiş ve çok çeşitli yöntemlerle işkence uygulanmıştır. Bu dönemde uygulanan en eski işkence yöntemlerinden biri olan işkence tezgâhında (*equuleus*) kollara bağlanan iplerin seviye seviye gerilmesi ile kölenin konuşmaya ikna edilmesi, kırbaçlama ve kamçılama⁷⁶, boyna demir halka ve kelepçe takma, hırsızlık yapanların ayak ve ellerini kesme, hadım, furca

⁷² ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 23; DEMİRBAS, s. 31; ÖNOK, s. 43; KISACIK, Raşit, *Dünyada ve Türkiye’de İşkencenin Tarihi*, İstanbul 2016, s. 16.

⁷³ ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 23.

⁷⁴ “*Magistrat*”, “*Roma’nın çeşitli dönemlerinde devletin başında bulunan büyük memurlara verilen unvandır*”. Bkz. UMUR, Ziya, *Roma Hukuku Lügati*, İstanbul, 1975, s.129.

⁷⁵ Bu kural “*Prinzipat döneminde değişmiş ve vatandaşlara da sanık veya tanık olduğuna bakılmaksızın işkence uygulanmıştır*” (ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 24).

⁷⁶ Roma’da flagellum’u, denilen öküz derisinden yapılan kamçı özellikle kullanılmaktaydı ve bu kamçı eti bir bıçak gibi keserdi. Ayrıca hafif suçlar için, parşömen iplerinden yapılmış olan scutica, küçük kusurlar için ise, düz deriden yapılmış bir kayış olan ferula denilen kamçılar kullanılmıştır. (SCOTT, Ryley George, *İşkencenin Tarihi*, Ankara 2001, s 64-66).

denilen tasmayı takarak köleye kırbaçlama, boğazından eritilmiş kurşun dökmeyi saymak mümkündür⁷⁷.

Roma Hukukunda çok önemli bir diğer gelişme de İlk İmparatorluğun başlangıcıyla birlikte kural bakımından, bazı yumuşamalar yaşanmaya başlamış olmasıdır. İlk imparatorluğun kurucularından İmparator *Claudis*, döneminde, işkencenin hür kişilere karşı yapılmamasını övmüş olsa da, İmparator *Tiberius* döneminden itibaren olağanüstü muhakeme usulünün kabulüyle sanıklar ancak yüksek mahkemenin kararları doğrultusunda, işkence ile sonuçlanan sorgulamalara maruz kalmaya başlamışlardır⁷⁸. Zira genel olarak özgür kişilere karşı işkence uygulanmazken sadece hainlikle suçlanmaları durumunda onlara da işkence uygulanmaktaydı⁷⁹.

İmparator *Marcus de Verus* dönemindeyse, hür kişiler kendi içinde ikiye ayrılmaktaydı ve bunlar arasında daha düşük seviyede olanlar kölelere yakındır; yapılan yargılama bakımından tanık ya da sanık olmaları bile önem taşımaksızın bu sınıftakilere işkence uygulanabiliyordu⁸⁰. Ancak kesin suretle işkenceye tabi tutulmayan; aristokratlar, şövalyeler, askerler ve onların çocukları barındıran diğer yüksek sınıflardı⁸¹. Fakat bu dönemde de devlete karşı işlenen suçlarla büyüclük, kalpazanlık suçları, bakımından sınıf farkı gözetilmeksizin her iki sınıfa da işkence uygulanabiliyordu⁸². Bununla birlikte, özgür kişilere işkence uygulanan bazı istisnai durumlar da mevcuttu; eşini

⁷⁷ SCOTT, s. 66.

⁷⁸ Bunun yanında, işkencenin hürlerle karşı uygulanmaması kuralı, takip eden 200 yıl boyunca, devlete karşı işlenen suçlar dışında bozulmamıştır. (DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 32).

⁷⁹ Hainlikle suçlanma durumunda özgür insana da işkence uygulanabilmesini ilk onaylayan *Arcadius Charisius* olmuştur. Ancak Gibbon, özgür kişinin quaestiodan muaf tutulması kuralının bu şekilde ihlal edilmesini eleştirmişti. Çünkü Gibbona göre “hainlik” oldukça genel bir cürümdür ve istenmesi halinde her cürüm kolaylıkla bu kategoriye dahil edilebilirdi. (SCOTT, s. 62); ÖNOK, İşkence Suçu, s. 43.

⁸⁰ ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 25; DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 32; ÖNOK, s. 43.

⁸¹ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 32; ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 25.

⁸² DEMİRBAŞ, s. 32; ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 25; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 43.

zehirlemekle suçlanan kadına, yanıltıcı ifade veren tanığa, *Severus* döneminde zinayla suçlanan kimselere; *Maximus* döneminde ensest ilişki ile suçlanan kişilere *questio* uygulanabiliyor yani işkence uygulamak suretiyle ifade veya itiraf elde ediliyordu⁸³. Ayrıca bu istisnalar hakkında en dikkat çeken nokta ise; aristokratların, din adamlarının, hamile kadınların ve on dört yaşından küçük olan çocukların da büyücülük, kalpazanlık ve hainlik suçları bakımından işkenceye tabi tutulabilmesiydi⁸⁴. Ancak işkence için yalnızca bu suçların sanıklarıyla sınırlı bir uygulama kabul edilmişti, yani suça ilişkin tanıklara ifade vermeleri için veya duruşma öncesinde mahkumlara işkence uygulanmazdı⁸⁵.

Eski Yunan'da ve Roma İmparatorluğu döneminde işkenceye, ifade ve itiraf elde etme amacının yanı sıra cezalandırma amacıyla da başvuruluyordu ve hatta cezalandırmanın yanında borcunu ödemeyen kişilere borçlarını ödeyinceye kadar “öldürmeyecek düzeyde” her türlü işkence uygulanıyordu⁸⁶. Bunun yanı sıra o dönemlerde kiliseye karşı işlenen suçlar gereğince de oldukça acımasız işkence yöntemleri uygulanmaktaydı. *Iustinianus*'un açık emrinin olması halinde kilisede bir papaza veya piskoposa hakaret edilmesi halinde, hakaret eden kişiler işkence ile cezalandırılırdı⁸⁷.

Cermenlerde ise, başlarda yasak olan işkence, Cermenlerin Romalılarla ilişki içinde olan kabilelerinin de kölelerle sınırlı olmak üzere işkence uygulamasını kabulüyle birlikte uygulanmaya başlanmıştır. Görüldüğü gibi Cermenler de işkence uygulamasını Romalılardan almışlardır⁸⁸.

⁸³ SCOTT, s. 63.

⁸⁴ SCOTT, s. 64.

⁸⁵ SCOTT, s. 63.

⁸⁶ SCOTT, s. 63.

⁸⁷ Çok eski dönemlerde bu kişiler elleri ve ayakları kesilerek cezalandırılırdı. Daha sonra *Iustinianus* bu kuralı hafifletti ve bu kişilerin yalnızca eli kesilerek cezaları çektirilmeye başlandı. Bununla birlikte işkencenin hafifletildiği bu dönemde bu suçun cezalandırılması bakımından uygulanan bir değer bir yöntem de sakatlama idi. (SCOTT, s. 63).

⁸⁸ DEMİRBAŞ, s. 32; ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 25; ÖNOK, s. 44; BAKIM, s. 11.

1.2.2.2 Ortaçağ Avrupa Hukukunda ve Müşterek Hukuk Döneminde

Neredeyse bin yıl süren ortaçağda Hristiyanlık yaygınlaşmış, hak ve özgürlüklere ilişkin bakış açısı değişmiş ve yeni boyutlar kazanmıştı. Tanrı karşısında insanların eşit olduğu düşüncesinin benimsendiği bu dönemde, kölelik reddedilmiş ve özgürlük anlayışı, insana ve haklarına daha fazla saygı duyulan bir bakış açısı benimsenmiş⁸⁹. Bu dönemde, işkence kilise tarafından kesinlikle reddedilmiş, Papa tarafından da açıkça lanetlenmiş ve İspanya hariç Batı Avrupa hukuk sistemlerinde uygulaması kalkmıştır⁹⁰. Papa I. *Nicolaus* 866'da yılında, işkence yoluyla kişileri yalan da olsa itirafa zorlamanın esas günah olduğunu, doğal yasalar gibi ilahi yasalarında işkenceyi yasakladığını ve gerçeğin insancıl yollarla araştırılması gerektiğini ifade etmiştir⁹¹. Ardından 1215 yılında Papa III. *Innozenz*, işkencenin uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir⁹².

Ancak 12. Yüzyılda, dini kurallardan sapmalar ve kiliseye karşı itaatsizlikler nedeniyle, bu tür davranışlar kilise tarafından cezalandırılmaya başlanmıştı. Bunu takip eden dönemde de, 1252 yılında Papa IV. *Innozenz*, “*Ad Extirpanra*” adlı bir kararnameme çıkarmış ve kararname ile kilisenin yargı yetkisine giren suçlarda (dini inançlara aykırı fiiller vs.) itiraf elde etmek amacıyla işkence uygulanmasının hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğini ve meşru kabul edileceğini açıklamıştı⁹³. Yine 1259'da IV. *Alexandre* ve halefi V. *Clement* işkence yapmak suretiyle ikrar alma yöntemini geliştirmiş ve

⁸⁹ **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 25; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 11.

⁹⁰ İşkence usullerinin ülkelere ve mahkemelere göre değişiklik gösterdiği bu dönemde; Paris'te su denemeleri, Normandiya'da kaba etlerin ezilmesi, İngiltere'de ateş ve Toulouse'de ipe ellerin arkadan bağlanması yöntemleri uygulanmaktaydı. Bolonyalı İppoloto Marsili tarafından bulunan ve vücuda zarar vermeyen işkence yöntemi olduğu ileri sürülen uyanık tutma yöntemi, soruşturmacılar tarafından kullanılmıştır. (**ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 27); **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 33.

⁹¹ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.: 12, s. 5937; **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 26.

⁹² Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.: 12, s. 5937; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 32; **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 26.

⁹³ **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 26; **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 44.

uygulamaya koymuştur⁹⁴. Ayrıca 500 yıl boyunca Engizisyon muhakemesinde⁹⁵ işkenceye başvurulmuş ve Avrupa ceza adalet sistemini de şekillendirerek hukuken kabul edilen bir uygulama olmuştur⁹⁶. Bu dönemde “*ruhun kurtuluşu*” na esas önem yüklenmişti. İşkence sonucu alınan ikrarla ruhun temizlendiği ve bu nedenle de işkenceyle çekilen acının önemsiz olduğu kabul ediliyordu⁹⁷.

Müşterek hukukunda ilk emsalleri olan, 1507’ de Schwarzenberg’ de yürürlüğe giren “*Consitutio Criminalis Bambergensis*” ve 1532’ de V. Kral zamanında yürürlüğe giren “*Consitutio Criminalis Carolina*” kanunlar uygulandıkları müşterek hukuk dönemine damga vurmuşlardır⁹⁸. Bu kanunlar⁹⁹ düşünülenin aksine işkenceyi yasaklamamış, aksine yasal bir çerçeveye bağlamışlardır¹⁰⁰.

Aynı dönemde Fransa’da da benzer bir gelişme olmuştu. 1670’da yürürlüğe giren bir emirname ile Engizisyon muhakemesi oldukça yüceltilmiş ve tüm Avrupa için de örnek teşkil eder hale gelmiştir. Bu dönemde sanık hakları tamamen geri plana itilmiş, tek amaç sanıktan itiraf elde etmek olmuştu. İşkence, davalarda mahkemelerin esas güvencesini teşkil etmekteydi. Bu dönemde sanığın suçunu itiraf etmesi dahi yeterli görülüyor ve eğer ikrar

⁹⁴ **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 27.

⁹⁵ Katoliklerde katı din inançlarına karşı gelenleri cezalandırmak için kurulan kilise mahkemeleridir(Bkz. Türkçe sözlük Türk dil kurumu, s. 270). Diğer bir tanıma göre de, Engizisyon, Roma Katolik Kilisesi tarafından din sapıklığını bastırmak ve ortadan kaldırmak amacıyla kurulmuş adalet mahkemelerinin tümünün adıdır. İlk Engizisyon,1233’te Toulouse da, ikincisiye 5 yıl sonra Aragon da kuruldu ve Avrupa’da bu mahkemeler oldukça yaygınlaşmıştı.(**SCOTT**, s.81-82).

⁹⁶ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 34; **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 27.

⁹⁷ **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 45.

⁹⁸ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s.33; **ÜZÜLMEZ**, s. 29; **ÖNOK**, İşkence Suçu, 47.

⁹⁹ *Consitutio Criminalis Bambergensis*, şüphelilere işkence yapılacağını, m. 23-29; *Consitutio Criminalis Carolina*’da ise, mahkumiyet kararının verilebilmesi ikrar m. 60, iki tanığın kendi gözlemlerine dayanan ifadelerine bağlıydı. Ayrıca ikrarın geçerliliğiye tekrarına bağlıydı. Yine, Carolina da işkencenin keyfi olarak uygulanmasının önüne geçmek amacıyla bazı hükümlere yer verilmiştir (m. 6, 8.9.20-61) **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s.29; **BAKIM**, s. 13.

¹⁰⁰ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 33; **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 29; **ÖNOK**, s. 46.

sanığın ağır bir ceza almasına yeterli olmuyorsa, daha ağır bir suçu itiraf etmesi amacıyla işkence uygulanmaya devam ediyordu¹⁰¹. Salt ikrar elde amacıyla, sanığa isnat edilen suçu bilmeksizin yahut müdafî veya müşavir olmaksızın sorgulamalar gerçekleştiriliyordu¹⁰². 17 yüzyıla gelindiğinde işkence, İskandinavya dışında tüm Avrupa’da ceza yargılamasının zorunlu bir parçası olarak kabul edilmekteydi¹⁰³.

Tüm Avrupa’da işkencenin sıradan bir uygulama haline gelmesinin ardından, İngiltere’de kralın yetkilerinin sınırlandırılması ve bu kanunlara uymasının sağlanabilmesi ve kişilere çeşitli haklar tanınması ve bu hakların korunması amacıyla, 1215 yılında *Lateran Klisesi Dördüncü Kurul Kararı* ve “*Magna Carta Libertatum*” (Büyük Özgürlük Fermanı) ilan edilmiştir¹⁰⁴. Magna Carta’nın 39. maddesinde, “*Yasal bir hüküm ya da memleket yasası olmadan hiçbir hür tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, sürülmeyecek ya da herhangi bir başka kötü muameleye maruz bırakılmayacaktır. Hiçbir hür kişiye zor kullanılmayacaktır*” denilmekteydi¹⁰⁵.

1679 yılında ise, Parlamento tarafından Kral *Charles II*’ ye, kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alan oldukça önemli belge olan “*Habeas Corpus*” (Haksız Yakalamayı Yasaklayan Yasa) kabul ettirilmişti¹⁰⁶. Yine, 1689 yılında ilan edilen “*Bill of Rights*” (Haklar Bildirisi) yine kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alan ve Parlamento ile Kral arasındaki bir diğer belge olarak kaydedildi.

¹⁰¹ **SCOTT**, s. 79.

¹⁰² **DEMİRBAS**, s. 34.

¹⁰³ **SCOTT**, s. 79.

¹⁰⁴ **GEMALMAZ**, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, (İşkencenin Önlenmesi)*, İstanbul 1990, s. 36; **ÖNOK**, *İşkence Suçu*, s. 46.

¹⁰⁵ **DEMİRBAS**, *İşkence Suçu*, s. 34.

¹⁰⁶ **NUHOĞLU**, Erman’a Armağan, s. s. 542; **DEMİRBAS**, *İşkence Suçu*, s. 35.

Görüldüğü gibi, işkencenin tüm Avrupa da yaygın olduğu dönemde, İngiltere kişi dokunulmazlığı ve güvenliği bakımından oldukça önemli adımlar atmıştır¹⁰⁷.

1.2.2.3 Aydınlanma Döneminde

Aydınlanma çağına gelindiğinde, düşünürlerin işkence uygulamasına karşı çıkmasıyla birlikte, işkenceye karşı mücadele başlamış ve doğal hukukun zaferiyle sonuçlanmıştır¹⁰⁸. La Bruyere, *“işkencenin vücut yapısı zayıf bir masumu mahvetmek ve kuvvetli bir suçluyu kurtarmak için bulunmuş şaşırtıcı ve güvenilir bir araç”* olduğunu belirtmiştir¹⁰⁹.

Montaigne, 1572-1591 yılları arasında yazdığı *“Denemeler”* adlı eserinde, *“Acı masuma da yalan söyletir. Bundan ötürü yargıcın masum olarak öldürmemek için işkence ettirdiği insanı hem masum, hem de işkence görmüş olarak öldürttüğü olur. Binlerce insan işlemedikleri suçları yüklenip başlarını vermişlerdir. ...Acıya katlanabilen gerçeği gizler. Ama bir de katlanamayan vardır. Çünkü neden acı, yaşanan şeyi daha çok söylettirecek, olmayan şeyi söylemeye beni zorlamayacak olsun? ...Onca acılardan kaçmak için insan neler yapmaz, neler söylemez ki?”* ifadesiyle işkenceye karşı çıkmıştır¹¹⁰.

Hobbes¹¹¹, 1588-1679 yılları arasında yazdığı *“Leviathan”* adlı eserinde, *“Hiç kimse kendini suçlamaya zorlanamaz. ...İşkence ile elde edilen suçlamalar*

¹⁰⁷ DEMİRBAŞ, s. 35; NUHOĞLU, Erman’a Armağan, s. 542; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 46.

¹⁰⁸ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 35; ÜZÜLMEZ, s. 31; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 46.

¹⁰⁹ ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 32.

¹¹⁰ MONTAİGNE, Denemeler (Çev: Sabahattin EYÜBOĞLU), İstanbul 1979, s.144.

¹¹¹ HOBBS’ e göre, *“Bir insanın af güvencesi olmaksızın kendini suçladığı bir ahit de geçersizdir. Çünkü herkesin yargıç olduğu doğa durumunda suçlamaya yer yoktur: devletin varlığında ise, suçlamanın ardından, güce dayalı olduğu için, insanın direnmek zorunda olduğu cezalandırma gelir. Aynı şey, bir baba, eş veya velinimet gibi, mahkûm olmaları sonucunda insanın yoksulluğa düşeceği kişilerin suçlanması için de doğrudur. Çünkü böyle bir suçlayıcının ifadesi, kendi isteğiyle verilmemişse, doğal olarak bozuktur ve bu nedenle kabul edilmemelidir: ve bir insanın ifadesi kabul edilmeyecekse, o insan böyle bir ifade*

da ifade olarak kabul edilmemelidir. Çünkü işkence, gerçeğin daha sonraki araştırma aşamalarına ışık tutmak için yapılır: ve bu durumda yapılan itiraf, işkencecilerin bilgi edinmesine değil, işkence edilen kişinin rahatlamasına yarar: ve dolayısıyla yeterli bir ifade olarak kabul edilmemelidir: çünkü itiraf eden kişi kendisini doğru veya yanlış bir suçlama ile teslim ederse, bunu kendi canını koruma hakkına dayanarak yapar” ifadesiyle işkenceye karşı çıkmış¹¹².

Montesquieu ise, İngilizlerin işkenceyi uygulamadığını ve bundan bir zarar görmediklerini ifade ederek, işkencenin hiçbir faydası olmadığını; aksine gerçeğin ortaya çıkarılmasına da yardım etmediğini ifade etmiştir¹¹³. Bu düşüncesini de “İnsanlar kötü oldukları için, kanun onları olduklarından iyiymiş gibi kabul etmek zorundadır. Böylece, bütün suçların cezalandırılmasında iki tanığın ifadesi yeterli görülür. Kanun inanır onlara, sanık gerçeği dile getirmişler gibi. ...Demek ki işkence niteliği bakımından zorunlu bir şey değildir” ifadesiyle dile getirmiştir¹¹⁴.

Beccaria ise, “Yargılamanın yürütülmesi sırasında yapılan işkence¹¹⁵, ulusların büyük çoğunluğunda kullanılan bir zorbalıktır” ifadesiyle işkenceye karşı bakış açısını ortaya koymuştur¹¹⁶. Yine Beccaria’ ya göre, “güçlü kuvvetli ve dayanıklı ancak suçlu kimseler işkence karşısında güçlü

vermek zorunda değildir”. HOBBS, Thomas, Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti (Leviathan), Çev: Semih LİM, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1993, s. 115.

¹¹² HOBBS, s. 115.

¹¹³ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 35.

¹¹⁴ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Espritdes Lois), Çev: Fehmi BALDAŞ, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2015, s. 118.

¹¹⁵ BECCARIA ‘ya göre “İşkence, suçluya kimi zaman bir suçu söyletmek, kimi zaman suçlunun düştüğü çelişkileri gidermek, kimi zaman suç ortaklarını ortaya çıkarmak, kimi zaman ne olduğunu bir türlü anlayamadığım şu doğaötesi ve akıl almaz arındırma yöntemleriyle suçluyu aşağılanmışlık/onursuzluk lekesinden sözde kurtarmak, kimi zaman da suçlanabileceği, fakat henüz suçlanmadığı suçlarını öğrenmek amacıyla yapılmaktadır”. BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev: Sami SELÇUK, İmge Kitabevi, Ankara 2010, s. 85.

¹¹⁶ BECCARIA, s. 85.

*kalabilecek ve kurtulabilecekken, suçsuz ancak sıksa ve korkak kişiler, işkenceye dayanamayacak ve işlemedikleri suçları ikrar edip hüküm giyecektir*¹¹⁷. Böylece, ne adalet tecelli edecek ne de maddi gerçeğe ulaşılacaktır.

Tüm bu Aydınlanma Çağı düşünürlerin mücadelelerinin sonucu olarak, 19. yüzyılın ortalarına kadar bazı ülkelerde işkence uygulanmaya devam edilmiş olsada, birçok ülkede de yavaş yavaş ortadan kalkmaya başlamıştır. Bu nedenle, işkence ilk olarak 1734 yılında İsveç'te kaldırılmıştır¹¹⁸. Prusya' da ise, işkencenin uygulanması 1740 tarihinde devlete karşı suçlar ve bir takım ağır suçlar hariç olmak üzere kısmen, 1756'da ise, hiçbir istisna için uygulanmamak üzere kaldırılmıştır¹¹⁹. Bu arada Almanya 1831 yılında, işkenceyi yasaklayan en son devlet Baden olmuştur¹²⁰.

Fransa'da özgürlükçü düşünürlerin benimsendiği aydınlanmacı felsefenin ve 1789 yılında gerçekleşen Büyük Fransız Devrimi'nin de etkisiyle, 1789'da Kurucu Meclis tarafından "*İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*" ilan edilmiştir. 17. maddelik olan bu bildiri, esas olarak koruma sağladığı temel hak ve özgürlükler dahilinde, her türlü kötü muameleyi ve sert davranışı yasaklamıştır¹²¹. Yine bu bildiriyle, m. 8 ve 9' da masumiyet karinesi kabul edilmiş ve aynı ilke 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın 9.maddesinde, "*Her insan, suçlu olduğu (hükümle) açıklanıncaya değin suçsuz sayılacağından sanığın tutuklanmasının zorunlu olduğu halde emniyete alınması için gerekli olmayan şiddet kesinlikle yasaklanmalıdır*" ifadesiyle tekrarlanmıştır¹²². Bu

¹¹⁷ BECCARIA, s. 92-93.

¹¹⁸ NUHOĞLU, Erman'a Armağan, s. 541; DEMİRBAŞ, s. 36; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 47.

¹¹⁹ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 15; ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 35.

¹²⁰ SCOTT, s. 147; DEMİRBAŞ, s. 36.

¹²¹ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 37; NUHOĞLU, Erman'a Armağan, s. 542; ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 35; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 47.

¹²² ÜZÜLMEZ, s. 35.

gelişmelerin sonucu, Fransa'da tahkik sistemi 1791'de, hazırlık işkencesi¹²³ 1780'de, ön işkence¹²⁴ ise 1788'de yasaklanmıştır. Ayrıca 1798' de, ise kazığa bağlama ilga edilmiş, kırbaçlama ve işkence tezgahı yasaklanmıştır¹²⁵.

Bu dönemde, Amerika Birleşik Devletleri'nde ise, Virginia Meclisi tarafından 1776 tarihinde kabul edilen 16. maddelik "*Haklar Bildirisi*" nin 8. maddesinde yer verilen "*Hiç kimse kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz*" ifadesi ile işkence yasaklanmıştır¹²⁶.

Bu gelişmelerin sonunda, İngiliz ve Fransız Hukukunda meydana gelen bazı değişimlerin etkisiyle, işkencenin suç olarak kabul edilmesi ve cezalandırılması gereği düşüncesi ile 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu m. 319'da *zorla ifade alma* suç olarak düzenlemiştir¹²⁷. Yine 18 Nisan 1869'da İsviçre Zürih Kantonu Anayasası, m. 7/3'te de işkence suretiyle delil elde edilmeyeceği. Ayrıca Ceza Yargılaması Kanunu'nun 154. maddesinde ise, vaat, aldatma, tehdit veya zorlama yoluyla delil elde edilemeyeceği ifade edilmiştir¹²⁸.

Sonuç olarak, Aydınlanma çağı düşünürlerinin etkisi ile insan hakları konusunda devrim yaratan önemli adımlar atılmış ve özellikle Amerika'da ve Fransa'da yayınlanan bildirilerde insan onuruna saygı gösterilmesi gerektiğine yer verilmiş ve devlete bu konuda önemli görevler de

¹²³ Hazırlık soruşturması sırasında bu tür işkencenin uygulanabilmesi bazı şartların varlığına bağlıydı: işlenen fiilin ölüm cezasını gerektirmesi, suçun işlendiğinin kesin bir şekilde tespit edilmesi, önemli delillerin bulunması. **DEMİRBAŞ**, s. 34.

¹²⁴ Kişinin ölüm cezasına hükmedilmesi ve hükmedilen ölüm cezasının infazından önce suç ortaklarını söylemesi için uygulanmıştır. Bkz. **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 34.

¹²⁵ **SCOTT**, s. 148.

¹²⁶ **DEMİRBAŞ**, s. 37; **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 47.

¹²⁷ **DEMİRBAŞ**, s. 76; **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 36; **ÖNOK**, s. 48.

¹²⁸ **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 36.

yüklenmiştir¹²⁹. O döneme kadar meşru ve yargılamanın da olmazsa olmaz bir parçası olarak görülen işkence yasaklanmaya başlanmış ve 19. yüzyılın ortalarında tamamen yasaklanmıştır¹³⁰.

1.2.3 Türk Hukukunda

1.2.3.1 İslamiyet'in Kabulünden Önce

Türk Devletlerinde İslamiyet'ten önce geçerli olan ceza hukuku ile ilgili kesin bilgiler içeren kaynaklar bulunmamakla birlikte, bu döneme ilişkin Çin kaynaklarından ve Türkler arasında yüzyıllardır uygulandığı söylenen Kanunname' den anlaşıldığı kadarıyla, eski Türklerde suç işleyenleri cezalandırmak devletin görevindeydi¹³¹.

Bu dönemde yargılama, "itham sistemi" ilkelerine göre, aleni ve sözlü yapıldığı ve bu sistemin sonucu olarak yargılama safhasında işkence veya kötü muamele uygulanmamaktaydı¹³². Ancak bu dönemde suçlar ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılmış ve suçların hafif ve ağırlığına göre idam veya hapis cezası verilmiştir. Yine yargılama sonucunda verilen mahkumiyet kararının hakana arz edildiği ve suçlu olduğuna karar verildiği kişilerin bazılarına işkence, bazıları ise sopa cezası ile cezalandırılmıştır¹³³.

¹²⁹ **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 47.

¹³⁰ **DEMİRBAŞ**, s. 38; **ÜZÜLMEZ**, s. 36; **ÖNOK**, s. 48; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 15.

¹³¹ **ARSAL**, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1947, s. 206; **CİN**, Halil/**AKGÜNDÜZ**, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, (Hukuk Tarihi), Konya 1989; **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 38; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 17.

¹³² **ÜZÜLMEZ**, s. 38; **DEMİRBAŞ**, s. 38.

¹³³ **CİN/AKGÜNDÜZ**, Hukuk Tarihi, s. 33.

1.2.3.2 İslamiyet'in Kabulünden Sonra

İslamiyet'i kabul ettikten sonra, Türkler, dinin ve hukukun iç içe olduğu uzun yüzyıllar boyunca etkin bir şekilde sosyal hayata ve hukuki yapıya damgasını vurmuştur. Özellikle İslam hukuku dışında bir hukukun uygulanmadığı Müslüman Türk Devletlerinde işkence suçunun tarihi gelişiminin açıklanabilmesi için öncelikle İslam hukukunun konuya ilişkin düzenlemelerinin bilinmesi gerekmektedir¹³⁴. Bu nedenle, ilk olarak İslam hukukunun işkence suçuna ilişkin düzenlemeleri, Osmanlı İmparatorluğu uygulaması incelenecek ve sonrasında ise Osmanlı İmparatorluğunun Tanzimat sonrası dönemi ayrıca değerlendirilecektir.

1.2.3.2.1 İslam Hukukunda

İslam hukukunda temel hak ve özgürlükler, Batı Toplumlarda olduğu gibi tarihi bir süreç içinde aşama aşama kazanılmayıp, başlangıçtan beri var olan doğal haklar olarak kabul edilmiştir¹³⁵. Ancak bu hak ve özgürlükler, zamanla uygulamada iktidarlara ve yöneticilere göre bazı farklılıklara maruz kalmıştır¹³⁶.

İslam hukukunda işkence uygulanması yasaklanmıştır¹³⁷. Hz. Peygamber bu prensibi, "*İnsanlara dünyada haksız yere işkence edenlere Allah da, ahirette azap edecektir*" şeklinde ifade etmiştir¹³⁸. Yine Hz. Ömer de valilerine şu talimatı vermiştir: "*Müslümanları dövmeyin ki, onların şeref ve haysiyetlerini kırmış olursunuz*" yine "*Eğer bir adam aç bırakılmış, zincirlenmiş ya da dövülmüşse kendinden mesul değildir; işkence, tehdit, hapis yoluyla kendi aleyhine ikrarda bulunan adamın bu aleyhine itirafına güvenilmez*" diyerek

¹³⁴ **ÜZÜLMEZ**, s. 38.

¹³⁵ **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi, 4. Baskı, İstanbul 1993, s.6; **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasa'sı, (Eski Anayasa), İstanbul 1989, s.13.

¹³⁶ **ARMAĞAN**, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, 2. Baskı, Ankara 1992 s.75; **AKGÜNDÜZ**, (Eski Anayasa), s.13.

¹³⁷ **DEMİRBAŞ**, s. 38; **BAKIM**, s. 18.

¹³⁸ **KARAMAN**, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, (İslam Hukuku), İstanbul 2012, s. 175.

işkencenin faydalı bir uygulama olmadığını ve yasak olduğunu vurgulamıştır¹³⁹.

Kur'an-ı Kerim'de de işkencenin yasak ve günah olduğuna ilişkin ayetler bulunmaktadır. Örneğin, *"Mü'min erkeklere ve mü'min kadınlara, yapmadıkları bir şeyden dolayı eziyet edenler, şüphesiz bir iftira ve apaçık bir günah işlemişlerdir"* şeklindeki ayet bunlardan sadece biridir. Hz. Peygamber, *"Hata, unutkanlık ve baskıdan ileri gelen mesuliyet benim ümmetim üzerinden kaldırılmıştır"* ve *"doğrusu bir Müslümanın her şeyi diğer bir Müslüman için mukaddestir; kanı, malı ve şerefi"* hadisleriyle, baskı ile alınan itirafların sorumluluğa yol açmayacağını ve sanığa karşı yetkililerin zor kullanmalarının mazur görülmeceğini ifade etmiştir¹⁴⁰.

İslam hukukunda yargılama sözlü ve aleni yapıldığından, mağduru itiraf ve ifade vermeye zorlamak yasak olup, zorla alınan ifadeler de geçersiz sayılmıştır¹⁴¹. Ayrıca işkence yasağı sadece sanıklar için değil tanıklar için de geçerli sayılmıştır. Kanuni delil sisteminin uygulandığı İslam Hukukunda ispat davacıya düşmektedir. Bu nedenle İtiraf, itirafı yapanın aleyhine delil olarak kabul edilmiştir¹⁴².

Yine İslam hukukçularının büyük çoğunluğu, baskı altında alınmış itiraf ve ifadelerin geçersiz olacağını ve bu itirafa dayanılarak itiraf edenin aleyhinde bir karar verilmesinin doğru olmayacağını belirtmekler beraber, bazı alimler, hırsızlık ve benzeri kötülükleriyle tanınan sanıklara dayak atmanın siyasi bir

¹³⁹ KARAMAN, (İslam Hukuku), s. 176; ÜZÜLMEZ, s. 41; DEMİRBAS, s. 38; BAKIM, s. 18.

¹⁴⁰ ÜZÜLMEZ, s. 41; DEMİRBAS, s. 38.

¹⁴¹ BAYINDIR, Abdülaziz, *"İslam'da Ceza Muhakemesi Hukuku, Hukuk Dünyası"*, Yıl 8, Ekim 1998/4-6, s. 101.

¹⁴² Alvani' den aktaran, ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s.40.

mesele olduğunu ve bu kişilerden alınan itirafların geçerli olduğunu savunmuşlardır¹⁴³.

1.2.3.2.2 Tanzimat'tan Önce

Tanzimat öncesi dönemde, Osmanlı hukuku, İslam hukukuna bağlı kaldığından, işkence genel bir uygulama alanı bulmamıştır¹⁴⁴. Osmanlı devletinde şer'i hukukunun yanı sıra, askeri ve idari yetkililerin keyfi cezalar vermesinin ve dilediği gibi vergi koymasının önüne geçmek; yani halkı idarecilerin zulmünden kurtarmak amacıyla "örfi hukuk"¹⁴⁵ olarak adlandırılan kanunnameler çıkartılmıştır¹⁴⁶. Çıkartılan kanunnamelerde genel olarak İslam Hukuku'nun esaslarına bağlı kalınmış ve hırsızlık suçu dışındaki sanıkların yargılanmasında "işkence" hukukileşmemiştir¹⁴⁷. Örneğin, Kanunu Sultan Süleyman Han'ın çıkardığı *Umumi Kanunnamenin Fis-Siyaset* başlığını taşıyan 3. faslının 41. maddesine göre, "*Evinde veya elinde çalınmış mal bulunan kimse bu malı satın almış olduğunu veya her hangi bir yerde bulduğunu ispat etmez ise, kişi suçlu sayılacak ve işkence uygulanacaktır. İşkencede sanığın ölmemesine dikkat edilecektir; işkenceden ölen sanıkların ölümünden zarar görenler ise dava açamayacaklardır*"¹⁴⁸.

¹⁴³ Hırsızlık davalarında baskı altında itiraf alınması çoğunluk tarafından hukuka uygun bulunmamıştır. Fakat dava sunucunda hırsızlık yaptığı kesinleşen kişiye malları iade etmesi konusunda yapılan baskılar desteklenmiştir. **ÜZÜLMEZ**, s. 42; **DEMİRBAŞ**, s. 39.

¹⁴⁴ **AKGÜNDÜZ/ÖZTÜRK**, s. 407; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 39.

¹⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **AKGÜNDÜZ**, s. 13.

¹⁴⁶ **ÜZÜLMEZ**, s. 45; **DEMİRBAŞ**, s. 39; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 18.

¹⁴⁷ 1328 tarihli Kütahya İl Kanunu m. 21 "*Suçlunun veya suçlananların (zanlıların) cerimesi vilayet kadılığınca veya bağlı yargılama yetkisine sahip mahkemelerce tespit edilip açıklanmadan ve infazı için yetkililere teslim edilmeden kişilerin alıp götürülmesi, kendilerine işkence yapılması ve cezalandırılmaları Şeriat hükümlerine ve kanunlara göre olamaz, yasaktır ve bir yetki tecavüzü olur. Eğer suçlular, suçlanan sanıklar suç işlemeye devam ediyorlarsa, mahkemede bulunmaları için yapılan çağrılara rağmen gelmiyorlarsa, inat ediyorlarsa bu durumda olayı araştırmaya kadılıktan ayrıca karar almaya gerek görülmeden, bu kişiler kendilerine baskı yapılarak, zor kullanılarak mahkemeye getirilirler, bu yasak değildir. Bütün örfi davalarda, dava yetkili yargıçlarca görülür*". Bkz. **AKÇAM**, Taner, Siyasi Kültürümüzde Zülüm ve İşkence, İstanbul 1992, s.430.

¹⁴⁸ **AKÇAM**, s. 34. Söz konusu 41. maddenin aslı şöyledir: "*Eğer kişinin evinde uğurluk esbab bulunsa, satın aldı ise, satanı bulduralar; bulamaz ise; müttehem ise, işkence vereler. Amma ihtiyat edeler ki, telef-i nefis olmaya. Ve eğer yabanda buldu ise, isbat ederse salah ola*". "*Ve bir kimsenin elinde veya evinde uğurluk nesne bulunsa, satın aldı ise satanı*

Hırsızlık suçu, haddi gerektiren bir suç olduğundan cezası bellidir¹⁴⁹. Bu nedenle hırsızlık suçu için kanunnameler de düzenlenen işkencenin ek bir ceza değil; sadece suçun ispatına yönelik bir takım düzenlemeler getirmişti¹⁵⁰. Ayrıca Kanunnamelerde, idam, sopa, hapis, sürgün, öğüt vermek, kınama, tehdit, para cezası, kürek cezası, düzenlenmiştir. Yine alnın dağlanması, damgalanması, sakalın kesilmesi ve kollara bıçak sancılanması da Osmanlı ceza hukukunda uygulanan ta'zir cezaları arasında yer almıştır. Bu cezaların insanın hasiyetine, şerefine aykırı olması sebebiyle, İslam ceza hukukunun esasları ile bağdaştırmak mümkün değildir¹⁵¹.

Sonuç olarak, Tanzimat öncesi hukukumuzda itiraf sağlamak amacıyla işkence uygulanmasına hırsızlık suçu dışında rastlanmamaktadır. Bunun dışında, günümüzde olduğu gibi uygulamada bireysel ihlallerin gerçekleştiği de kuşkusuzdur¹⁵².

bulduralar, bulunmazlarsa, müttehem ise işkence edeler; meğer kibulicak getirip kadiya teslim ede ve yahud yabanda bulunduğunu isbat ede. Amma işkencede ihtiyat edeler ki, kab'l'es-sübut telef-i nefis olmaya. Ve eğer işkencede ölürse davası sorulmaya" şeklindedir. İkinci Bayezid'in 15. Yüzyıl sonrasında yayınladığı Kanunname' nin 32. maddesi "*Bir kimsenin elinde veya evinde çalıntı bir eşya bulunduğu takdirde, eşya o kişi tarafından satın alınmışsa satanı bulduralar. Bulamazsa ve daha önce de hırsızlıkla suçlandıysa bulup kadiya götürüne veya bir başka yerde bulunduğunu ispat edene kadar işkence yapalar. Ama suçunun sabit olmadan evvel ölmemesi için işkencede ihtiyatlı davranalar ve işkencede ölenin dosyası kapatıla*" şeklinde düzenlenmiştir. Yine aynı kanunun 39. maddesinde, "*Hırsız taife işkence sırasında suçunu itiraf etse ve deliller de o yönde olsa, itiraf geçerlidir*" şeklindeki hükümle, işkence uygulanarak alınan ifadelerin reddedilmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Yine 40. maddede, "*Yakalanan ve suç sabit olan hırsız bir başkasıyla beraber çalıştığını söylerse ve suça ortak olduğu iddia edilen kişi başıboş bir serseriyse yahut sabıkası varsa o da işkenceye alına. Ama sabıkalı değilse hırsızın iddiası üzerine işkence edilmeye*" şeklinde suça iştirak edenlere uygulanacak işkence düzenlenmiştir. **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 46; **DEMİRBAŞ**, s. 39.

¹⁴⁹ **ÜÇÖK**, (Osmanlı Kanunnamelerinde), s. 141.

¹⁵⁰ Şeriatın öngördüğü biçimde ispat edilememiş hadd veya cinayet cezalarının cezalandırılabilmesi devlet başkanlarının ta'zir yetkisine dayanılarak sağlanmaya çalışılmıştır. Bu esas bazı kanunnamelerde "*siyaset olunmadığı takdirde*" deyiimiyle açıklanmıştır. **CİN/AGÜNDÜZ**, s. 287; **DEMİRBAŞ**, s. 40; **ÜZÜLMEZ**, İşkence Suçu, s. 46.

¹⁵¹ **CİN/AGÜNDÜZ**, s. 280; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 18.

¹⁵² **DEMİRBAŞ**, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, (Soruşturma Evresinde), 4. Baskı, 2015, s. 72.

1.2.3.2.3 Tanzimat'tan Sonra

Tanzimat'ın ve Tanzimat sonrasının anlaşılabilmesi için Osmanlı'yı Tanzimat'a götüren sürecin değerlendirilmesini gerektirmektedir. 17. Asrın sonlarına doğru birbirini izleyen savaşlar, iç karışıklık ve isyanlar sonucunda iç idare bozulmuş ve kişilerin temel haklar ve özgürlükleri gözetilmemiş ve keyfi muameleler uygulanmış¹⁵³. Bu dönemde yargılama yapılmaksızın, insanların asılması, sürgün edilmesi, mallarının müsadere olunması gibi huzur ve sükun bırakmayan uygulamalar yapılmıştır¹⁵⁴.

Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde ilan edilen 3.11.1939 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu ve 18.02.1856 tarihli Islahat Ferman'larında kişilere işkence ve eziyet yapılması yasaklamıştır¹⁵⁵.

1856 tarihli Islahat Fermanı'nda, tutukluluk ve hükümlülük şartlarının iyileştirilmesi, her türlü fiziksel ceza, eziyet, işkence ve benzeri uygulamalara son verilmesi, bunlara aykırı davranan, emri veren memurların derhal cezalandırılacağı düzenlenmiştir¹⁵⁶. Yine Tanzimat döneminde yürürlüğe girmiş olan Kanun-ı Cezanın 3. faslının 1.maddesi ve Kanun-ı Cedidin 2. faslının 4. maddelerinde “*kamu görevlilerinin kişilere karşı kötü muamele uygulamaları*” suç olarak düzenlenmiştir¹⁵⁷.

1858 yılında Ceza Kanunname-i Hümayununun 103. maddesinde “*Mehakim ve meclis erbabından ve sair memurin-i devletten biri müttehem olarak eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeği hüküm ve icra eder ise muvakkaten kalebentlik ve müebbeden rütbe ve memuriyetten*

¹⁵³ ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 48.

¹⁵⁴ ÜZÜLMEZ, s. 49.

¹⁵⁵ DEMİRBAŞ, s. 40.

¹⁵⁶ “*Hiçbir güne mücazati cismaniye ve eziyet ve işkenceyle müşabih kaffei muamele dahi kamilen lağiv ve iptal kılınması ve bunun hilafına vuku bulacak hareketi şedide men ve zecrolunacağından maada bunun icrasını emreden memurin ile bilfiil icra eyleyen kesianın dahi ceza kanunnamesi iktizasınca tebdil ve tedip olunması*” denilerek. ÜZÜLMEZ, s. 49.

¹⁵⁷ DEMİRBAŞ, s. 40; ÜZÜLMEZ, s. 50; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 49.

mahrumiyet cezaları ile mücazat olunur. Ve bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan amirlerinin emri ile yapmış ise bu cezalar emri eden kimse hakkında icra kılınır ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güna zarar ve noksan isabet eyler ise buna cüret eden memur hakkında katil veyahut carih cezası dahil icra edilir” şeklinde düzenlenmiştir¹⁵⁸. Ayrıca bu hüküm 765 sayılı TCK m. 243’ün temelini oluşturmuştur¹⁵⁹.

1876 Anayasası’nın 10. maddesinde “*Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahaneyle mücazat olunamaz*” denilerek kişi özgürlüğünün korunacağı ve kanunsuz ceza olmayacağını belirtmiş ve m. 26’da “*İşkence vesair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur*” ifadesiyle işkence, eziyet ve kötü muamele yasaklanmıştır¹⁶⁰.

1.3. İŞKENCE YASAĞININ ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

1.3.1 Genel Olarak

20. yüzyılın ilk yarısında insanlık tarihinin en kanlı çatışmalarına tanıklık eden dünya, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra yepyeni bir “*insan hakları*” dönemine girmiştir. Yaşanan savaş sonrasında insan haklarının içeriği bakımından evrensel modeller ortaya çıkmaya başlamıştır¹⁶¹. Ayrıca BM olmak üzere Avrupa Konseyi ve bu çerçevedeki diğer örgütlerce sözleşmeler ve hukuki

¹⁵⁸ **GÖKÇEN**, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul 1989, s. 97; **DEMİRBAŞ**, (Soruşturma Evresinde), s. 72.

¹⁵⁹ **DEMİRBAŞ**, s. 40; **ÜZÜLMEZ**, *İşkence Suçu*, s. 50.

¹⁶⁰ **ÖNOK**, s. 50; **DEMİRBAŞ**, s. 40; **ÜZÜLMEZ**, s. 50; **BAKIM**, s. 20.

¹⁶¹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 31; **DEMİRBAŞ**, s. 42.

belgeler hazırlanmış, kurumsal yapılanmalar ve denetim mekanizmaları oluşturulmuştur¹⁶².

İnsan hakları, insanların ayırım gözetilmeksizin, insanlık onurunun gereği sahip oldukları hakların bütünüdür; yani insanın hangi şartlar altında olursa olsun, sırf insan oluşu sebebiyle kazandığı değeri tanımak ve saymak demektir¹⁶³.

İnsan hakları ile ilgili Uluslararası sözleşmelerde korunan hakların başında işkence yasağı gelmektedir. Böylece işkence yasağının emredici (*jus cogens*)¹⁶⁴ nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı haline geldiği kabul edilmektedir¹⁶⁵. Bu nedenle hiçbir egemen devlet bu emredici nitelikteki uluslararası hukuk kuralının aksine bir düzenleme kural öngörmeleri ve uygulamaları mümkün değildir¹⁶⁶. Ayrıca emredici niteliğinden dolayı işkence yasağı, bu konuda hiçbir antlaşmaya taraf olmayan devleti de, emredici nitelikteki kuralların bir örf ve adet kuralı haline gelmesi sebebiyle bağlayacaktır¹⁶⁷. İşkence yasağının, “genel uluslararası hukuk” normu niteliğini kazanmasından ötürü, bu yasak uluslararası hukukun yazılı olmayan (antlaşma dışı) bir kuralını oluşturduğu söylenmektedir¹⁶⁸. Bu nedenle bu konuda açık bir antlaşma hükmü mevcut olmasa bile, devletlerarası ilişkilerde

¹⁶² **DÖNMEZER**, Sulhi, İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünyadaki ve Türkiye’deki Durumu, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), T. C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998, s. 28; **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 57.

¹⁶³ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 41; **BAKIM**, s. 29.

¹⁶⁴ “*Jus cogens*”, ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **PAZARCI**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 170; **DENK**, Erdem, “*Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları*”, AÜSBFD, C. 56, S.2, Y.2001, s. 46.

¹⁶⁵ **GEMALMAZ**, Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, (Yaşam Hakkı), 2. Baskı, 1994 İstanbul, s. 241; **AKILLIOĞLU**, Tekin, İnsan Hakları Kavramı, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, (İnsan Hakları), 2. Baskı, 2010 Ankara, s. 73; **GÜNDÜZ**, Aslan, Milletlerarası Hukuk, (Milletlerarası Hukuk), 9. Baskı, Ankara 2018, s. 27; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 125.

¹⁶⁶ **DOĞRU**, s. 2; **BAKIM**, s. 30.

¹⁶⁷ **DENK**, s. 53; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 145.

¹⁶⁸ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 145.

işkence yasağı bir teamül kuralı halini alarak genel hukuk ilkesi niteliğiyle uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁹.

1.3.2 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İnsan haklarının temel kaynaklarından birisi olan “*İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*” (İHEB) 10 Aralık 1948’de BM Genel Kurulu tarafından 217A (III) sayılı kararla kabul edilmiştir. Bildirinin 5. maddesine göre, “*Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da cezaya maruz bırakılamaz*”¹⁷⁰.

İHEB, uluslararası hukuk bakımından bir anlaşma veya sözleşme niteliği taşımadığından katılımcı devletler bakımından tek başına hukuki bağlayıcılığı yoktur¹⁷¹. Ancak, evrensel anlamda oldukça önem taşıyan uluslararası bir belgedir. Yani bağlayıcı nitelik taşımıyor olsa da; siyasi ve ahlaki olarak taşıdığı anlam oldukça fazladır¹⁷². Dolayısı ile bildiri, uluslararası bağlayıcılığı olan örf ve adet hukuk kuralı niteliğini kazanmıştır¹⁷³.

Türkiye ise bildiriye, 6.04.1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamış ve bildiriye kabul ettiğini 27.05.1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete’de yayınlayarak duyurmuştur¹⁷⁴.

İfade etmiş olduğumuz gibi, bildiri hukuken bağlayıcı niteliği taşımasa da, BM Genel Kurulunun insan haklarına ilişkin aldığı kararlara, daha sonraki dönemlerde insan hakları konusunda hazırlanan sözleşmelere, yasalara,

¹⁶⁹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 145.

¹⁷⁰ **GEMALMAZ**, Yaşam Hakkı, s. 170.

¹⁷¹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 35.

¹⁷² **GEMALMAZ**, İşkencenin Önlenmesi, s.46; **DÖNER**, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, (Uluslararası Alanda Koruma), Ankara 2003, s. 39; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 35; **DEMİRBAS**, s. 42; **ÖNOK**, s.63.

¹⁷³ **REİSOĞLU**, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, (İnsan Hakları), İstanbul 2001, s. 8; **KAPANI**, İnsan Haklarının, s.27; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, AİHS ve Uygulaması, s. 7; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 36; **ÖNOK**, s. 64.

¹⁷⁴ R.G., 27.05.1949, No:7217.

ulusal mevzuatlara ve mahkeme kararlarına dayanak olmuştur¹⁷⁵. Kısacası, hukuki bağlayıcılığı az olan bu sözleşme, insan hakları alanında yeni bir dönem başlatmış ve önemli gelişmeleri beraberinde getirmiştir. Bu nedenle BM İHEB'in temel taşı niteliğinde bir insan hakları kaynağı olduğu ifade edilebilir¹⁷⁶.

1.3.3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁷⁷ (04.11.1950)

İnsan hakları ile temek hak ve özgürlükler bakımından oldukça önemli olan ve çalışmamızın da temel dayanağını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve işkence yasağına ilişkin hükmü olan “İşkence Yasağı” başlıklı 3. maddesini ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alacağız.

1.3.4 Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (16.12.1966)

“*Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*” (MvSHUS), BM Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde, 2200 A(XXI) sayılı kararla kabul edilmiş, 23.03.1976’da ise yeteri sayıda onay alarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 14.08.2000’de imzalamış ve 04.06.2003 tarih ve 4668 sayılı yasayla uygun bulmuş, uygun bulma kanununun 18.06.2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanması ile yürürlüğe girmiştir. Bunun yanında sözleşmeye ek Protokolü 03.02.2004 tarihinde imzalanmış ve Bakanlar Kurulu’nun 29.06.2006 tarihli kararıyla onaylanmasının uygun olduğu kararı verilmiştir¹⁷⁸.

Bu sözleşme ile İHEB’ de açıklanan, ancak somutlaştırılmamış ve tam anlamıyla koruma altına alınmamış olan temel hak ve özgürlüklerin somutlaştırılması ve korunması için bir denetim mekanizması oluşturulması

¹⁷⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 35; ÖNOK, İşkence Suçu, s.64; BAKIM, s. 31; GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, s. 338.

¹⁷⁶ KAPANİ, İnsan Haklarının, s. 25; ÖNOK, s.64; GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, s. 338.

¹⁷⁷ Sözleşmenin orijinal ismi, “*İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya dair Avrupa Sözleşmesi*” dir. DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 261.

¹⁷⁸ RG: 05.08.2006, No: 26250.

amaçlanmıştır¹⁷⁹. Sözleşme'ye taraf devletler de, Sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlükleri hiçbir fark gözetmeksizin herkese sağlayacağını ve iç hukuklarını sözleşmeye göre uyumlu hale getirmeyi üstlenmişlerdir¹⁸⁰.

Sözleşmesi'nin, 7. maddesinde, *“Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca, hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz”* ifadesiyle işkence yasağı düzenlenmiştir¹⁸¹.

Sözleşme'nin 4. maddesine göre de, olağanüstü durum gerekçe gösterilerek 7. madde aracılığı ile koruma altına alınan işkence yasağının ihlal edilmeyeceği düzenlenmiştir¹⁸².

Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese insani biçimde ve insan olmak niteliğinden kaynaklanan kişi onuruna saygı gösterilerek muamele yapılacağı”* düzenlenmiştir¹⁸³.

Sözleşme'nin 28. maddesiyle bir *“İnsan Hakları Komitesi”* kurulması öngörülmüştür. Sözleşmede düzenlenen hakları koruma altına almak, dönemsel raporlara ve devletlerarası şikâyetlere dayanan, taraf devletlerin sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere saygılı davranıp davranmadığını denetlemek için bir denetim mekanizması oluşturulmuştur¹⁸⁴. Komite, devletlerin sunmakla yükümlü oldukları raporları incelemek, devletlerarası şikâyet başvurularını kabul etmek, bireysel şikâyet başvurularını ve m. 40/4 gereğince yorumlama ihtiyacı olan sözleşme

¹⁷⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 38; GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, s. 338.

¹⁸⁰ GEMALMAZ, İşkencenin Önlenmesi, s. 47.

¹⁸¹ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 19; GEMALMAZ, İşkencenin Önlenmesi, s. 49-50; ÖNOK, s.65; DEMİRBAŞ, s. 42.

¹⁸² REİSOĞLU, İnsan Hakları, s. 16; DEMİRBAŞ, s. 43; ÖNOK, s. 65; BAKIM, s. 32.

¹⁸³ GEMALMAZ, s. 171; DEMİRBAŞ, s.43; ÖNOK, s. 65; BAKIM, s. 32.

¹⁸⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 38; ÖNOK, s. 65.

kurallarına açıklık getirme amacıyla “*genel yorum*”¹⁸⁵ yapma yetkisine de sahiptir¹⁸⁶.

Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği iddiası söz konusu olduğunda, şikâyetçi devlet, yazılı bir bildirimle taraf devlete bir açıklama gönderir ve üç ay içerisinde bu usulden bir çözüm alamaz ise, olayı Komite’nin önüne getirebilir¹⁸⁷. Komite olayla ilgili yapacağı değerlendirme sonucunda, bir rapor hazırlar ve raporu çözüm önerisi ile birlikte Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla ilgili taraf devletlere gönderilir. Şayet bu yolla bir çözüm elde edemez ise, komite ilgili devletlerin rızasının bulunması koşuluyla, dostane çözüme ulaşılması için *ad hoc* bir uzlaştırma komisyonu tayin eder (m. 42). Ancak bu yolla da bir sonuca ulaşılmamış ve taraf devletler dostane çözüm önerilerini kabul etmemişler ise, komitenin ihlal iddiaları hakkında yapabilecekleri tükenektir¹⁸⁸. Çünkü Komite ve Komisyonun ihlal tespitinde bulunma, uyarıda bulunma, kınama, tazminata hükmetme gibi yetkileri yoktur. Bu nedenle sözleşme, insan hakları koruma mekanizması oluşturmuşsa da, yaptırım uygulama yetkisi bulunmadığından AİHM’ ne göre oldukça hafif niteliktedir.

1.3.5 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Sözleşmenin temelini, BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3452 (XXX) sayılı kararıyla kabul edilen “*Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına dair Bildirisi*” oluşturmaktadır¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Örneğin, İnsan Hakları Komitesi’nin 7.madde ile ilgili 2001 tarih ve 20 sayılı Genel Yorumunda, resmi sıfatı haiz olmayan özel kişilerin de işkence suçunun faili olabilecekleri ortaya koyulmuştur. (ÖNOK, İşkence Suçu, s. 66).

¹⁸⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 38; ÖNOK, s. 66.

¹⁸⁷ ÖNOK, s. 67; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 39.

¹⁸⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 39; ÖNOK, s. 68.

¹⁸⁹ GEMALMAZ, İşkencenin Önlenmesi, s. 44; ÖNOK, s. 70; DEMİRBAS, s. 43; Doğan/Kaya, (İstanbul Protokolü), s. 42; BAKIM, s. 37.

“İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, BM Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1984 tarihli ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilip, 26 Haziran 1987’de yürürlüğe girmiştir¹⁹⁰. Türkiye sözleşmeyi, 10 Ağustos 1988 tarihli ve 19895 sayılı Resmi Gazete’ de bir beyan bir de itirazı kayıt¹⁹¹ ile birlikte yayımlamak suretiyle yürürlüğe koymuştur.

Sözleşme ile işkencenin tanımı yapılmış ve sözleşmeye taraf devletlerin kendi egemenlik alanları içinde işkenceyi önlemesi, işkenceyi kendi yasalarında suç olarak düzenlemesi, işkence üzerine yapılan iddiaları soruşturması ve bu soruşturma sonucunda sanık olarak belirlenenleri adalet önüne çıkarmaları güvence altına alınmıştır. Tüm bunların yanında işkence sanıklarının yargılama sırasında adil yargılanma hakkından faydalanmalarını sağlamak, işkence ile elde edilen kanıtların dava ve benzeri dosyalardan çıkartılmasını sağlamak ve işkence mağdurlarına tazminat ödemek de devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır¹⁹².

Sözleşme’nin 1. maddesine göre “işkence” nin tanımı şöyle yapılmıştır: *“Bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya*

¹⁹⁰ **GEMALMAZ, M. Semih,** *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, (İşkence Yasağına), İstanbul 2001, s. 45.*

¹⁹¹ 29.04.1988 tarihi ve 19799 sayılı Resmi Gazetede Sözleşme ’ye ilişkin yer alan beyan ve itirazı kayıt: Beyan: *“Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Sözleşme’nin 21. madde 1. paragrafı uyarınca, bir Taraf Devletçe diğer bir Taraf Devletin bu sözleşme ’ye göre mükellefiyetlerini yerine getirmedeği hususunda yapılacak şikâyetleri kabul etmek ve incelemek için, İşkencenin Önlenmesi Komitesi’nin yetkisini tanıdığını beyan eder”*. 2. Beyan: *“Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Sözleşme’nin 22. madde 1. paragrafı uyarınca, ihlalinden mağdur olduğunu iddia eden, kendi yargısına tabi kişilerden gelen veya onlar adına yapılan şikâyetleri kabul etmek ve incelemek için, İşkencenin Önlenmesi Komitesi’nin yetkisini tanıdığını beyan eder”*.

İtirazı Kayıt: *“Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Sözleşme’nin 30. madde 2. paragrafı uyarınca, aynı maddenin 1. paragrafı ile kendisini bağlı addetmediğini beyan eder”*.

¹⁹² **ÖNOK,** *İşkence Suçu, s. 71.*

itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez". 2. "Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata helal getirmez".

Sözleşme'nin 16. maddesinde, "işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele ve ceza gibi fiillerin..." de önlenmesi sözleşmeye taraf devletin yükümlülüğü olarak belirlenmiştir. Böylece gerekli ağırlık düzeyine ulaşmamış veya belirli saiklerle gerçekleştirilmemiş olan fiiller, 1. maddede düzenlenen işkence yasağı kapsamında değil, 10. madde kapsamında değerlendirilecektir¹⁹³.

Yine Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Savaş, savaş tehdidi, iç siyasal karışıklık veya başka bir olağanüstü durumun varlığı işkenceyi haklı kılmaz" şeklindeki düzenleme ile işkence görmeme hakkının mutlak surette bir hak olduğu ve olağanüstü durum söz konusu olduğunda da ihlal edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ek olarak 2. maddesinin 3. fıkrasına göre de, "bir üstten veya resmi bir makamdan emir alınmış olması da hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez" ifadesi ile yasa dışı emirlerin uygulanmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Sözleşme'nin 3. maddesinde ise, bir kimsenin işkenceye tabi tutulma tehlikesi ile karşı karşıya olduğuna inanmak için önemli sebeplerin bulunduğu

¹⁹³ **GEMALMAZ**, (İşkencenin Önlenmesi), s. 213; **REİSOĞLU**, (İnsan Hakları), s. 24.

durumlarda, bir başka devlete iadesi veya sınır dışı edilmesi de yasaklanmıştır¹⁹⁴.

Sözleşme'nin 4. maddesinde, işkence yasağına ilişkin devletlerin pozitif yükümlükleri bakımından önemli bir maddedir; madde ile devletlere işkenceyi mevzuatlarında suç olarak düzenlemeyi ve cezalandırmaya yönelik etkili ve işkencenin ağırlığını karşılayacak ağırlıkta kanunlar yapılması öngörülmüştür¹⁹⁵.

Sözleşme'nin 15. maddesinde ise, *“her taraf devletin işkence altında alınan ifadenin işkence yapmakla suçlanan kişi aleyhine delil olarak kullanılması hali dışında, yargılamada delil olarak kullanılmamasını sağlamakla yükümlü olduğunu”* belirterek işkence ile elde edilen delillerin hukuken geçersiz olduğu kuralı kabul edilmiştir¹⁹⁶.

Sözleşme'nin 30. maddesinin 1. fıkrasına göre, Sözleşme'nin yorumlanması yahut uygulanmasına ilişkin olarak devletlerarasında anlaşmazlık çıkması ve bu sorunun görüşmeler sonucunda çözüme kavuşturulması mümkün olmazsa, taraflardan birinin talebi üzerine, uyuşmazlığın çözümü amacıyla ihtilaf hakeme iletilir. Bu talepten itibaren altı ay içinde taraflar, hakemliğin oluşturulmasında anlaşmazlarsa ise uyuşmazlığı *“Uluslararası Adalet Divanı”* na taşıyarak çözüm arayabileceklerdir¹⁹⁷. Ancak *“Uluslararası Adalet Divanı”* bu anlaşmazlığı çözüme kavuşturabilmesi için taraf ülkelerin bahsi geçen

¹⁹⁴ Konuya ilişkin AİHM kararları için bkz. *Jabari/Türkiye*, B.N. 40035/98, T. 11.07.2000; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 314; *Gebremedhin/Fransa*, B.N. 25389/05, T. 26.07.2007; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 596; *Chahal/Birleşik Krallık*, B.N. 22414/93, T. 15.11.1996; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 119.

¹⁹⁵ **GEMALMAZ**, İşkencenin Önlenmesi, s. 214; **ALGAN**, Bülent, *“İşkence İle Mücadelede Yargı Organının Tutumu”*, (Zabunoğlu), Zabunoğlu Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 7.

¹⁹⁶ **GEMALMAZ**, İşkencenin Önlenmesi, s. 325; **KORKUSUZ**, s. 67; **ÖNOK**, s. 76.

¹⁹⁷ **GEMALMAZ**, İşkencenin Önlenmesi, s. 237; **REİSOĞLU**, İnsan Hakları, s. 28; **DÖNER**, Uluslararası Alanda Koruma, s. 56; **ÖNOK**, s. 77.

maddeye çekince koymamış olmaları gerekmektedir. Kaldı ki, Türkiye Sözleşme'nin 30/1. maddesi ile bağlı olmadığına dair itirazı kayıt koymak suretiyle Sözleşmeyi onaylamıştır¹⁹⁸.

Sözleşmenin 17 vd. maddelerinde, işkence yasağı ihlallerini takip etmekle görevli bir Komitenin kurulması öngörülmüş ve bu komite 1988'de (*İşkenceye Karşı Komite/Committee Against Torture*) kurulmuştur¹⁹⁹. Amacı, sözleşmeye taraf devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak ve bu yönde gerekli denetim ve izleme işlevlerini sürdürmektir²⁰⁰. Ayrıca yargısal niteliği haiz olmayan bu komite; başta AİHS olmak üzere, Avrupa Konseyinin oluşturduğu koruma sistemini tamamlayıcı niteliktedir ve işkence ile benzeri kötü muamelelerin önlenmesine yönelik çalışmalar yürütür²⁰¹.

Sözleşme sistemi içinde yer alan en ağır yaptırımlardan birisi; Komite'nin yaptığı inceleme sonucunda işkence ve kötü muamele duyumunun yeterli bulgularla desteklenmesi durumunda yıllık raporlarında yayınlanarak alenileştirilmesidir²⁰². Komite söz konusu yaptırımı 1994 de Türkiye aleyhine ilk kez uygulanmıştır. AİHM de kararlarında komitenin tespit ettiği bulguları dikkate almaktadır²⁰³.

¹⁹⁸ REİSOĞLU, İnsan Hakları, s. 28.

¹⁹⁹ ÖNOK, İşkence Suçu, s. 77; DEMİRBAS, İşkence Suçu, s. 44.

²⁰⁰ GEMALMAZ, İşkencenin Önlenmesi, s. 326; BAKIM, s. 40.

²⁰¹ ÖNOK, s. 94.

²⁰² GEMALMAZ, Yaşam Hakkı, s.326.

²⁰³ İşkenceye karşı komitenin tespit ettiği vakaları ve bulgulara AİHM'nin atıfta bulunduğu kararlar bkz. *Gäfgen/Almanya*, B.N. 22978/05, T. 01.06.2010; *Doğru/Nalbant*, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 750; *Devrim Turan/Türkiye*, B.N. 879/02, T. 02.03.2006, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11705.htm>, Erişim Tarihi: 04.02.2018); *Jones ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B.N. 34356/06 ve 40528/06, T.02.06.2014, (https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2014_01_170_TUR.pdf, Erişim Tarihi: 04.02.2018).

1.3.6 1987 tarihli İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi için Avrupa Sözleşmesi

Avrupa Konseyi, BM Örgütü tarafından kabul edilen belgeleri daha etkili hale getirilebilmesi amacıyla, bölgesel düzeyde uygulanacak bir belde hazırlamıştır. Bu doğrultuda bölgesel bir koruma ve denetim mekanizması öngörülen bu sözleşmeyle daha etkili bir koruma sağlamıştır²⁰⁴. Sözleşmede işkence yasağının düzenlenmesinin yanı sıra, bir denetim mekanizması oluşturulmasına ilişkin düzenlemelere ve diğer sözleşmelerin aksine denetim mekanizmasının yetkisinin tanınmadığına dair devletlerin çekince koymalarına da izin verilmemiştir.

26.11.1987 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından imzaya açılan ve 01.02.1989 tarihinde yürürlüğe giren bu Sözleşmeyi Türkiye 25.02.1988 tarih ve 3411 sayılı kanunla onaylamış, 27.02.1988 tarihli Resmi Gazete’de yayımlayarak yürürlüğe koymuştur²⁰⁵.

23. maddeden oluşan sözleşmenin başlangıç kısmında yer alan, “Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin işkenceye ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya karşı korunmasının, ziyaretlere dayanan ve yargısal nitelikte olmayan önleyici vasıtalarla güçlendirilebileceği...” kanısına varıldığı ve bu amaç doğrultusunda Sözleşme’nin 1. maddesinde, “İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi için bir Avrupa Komitesi” kurulacağı ifade edilmiştir²⁰⁶. Amaç, özgürlükleri kısıtlanmış kişilerin, adli nitelik taşımayan ve ziyaret esasına dayalı bir mekanizma yoluyla, işkence ve kötü muamelelere karşı korunması.

²⁰⁴ DEMİRBAŞ, s. 46.

²⁰⁵ GEMALMAZ, İşkencenin Önlenmesi, s. 241.

²⁰⁶ REİSOĞLU, İnsan Hakları, s. 57; DEMİRBAŞ, s. 46; ÖNOK, s. 86.

1.3.6.1 Komite'nin Görev ve Yetkileri

Sözleşmeye katılan devlet sayısınca tarafsız ve bağımsız üyelerden oluşan Komite, kamu makamlarınca özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin bulundukları yerleri (polis karakollarını, hapishaneleri vs.)²⁰⁷ *periyodik* veya *ad hoc* ziyaretlerle, bu kişilere yapılan işkence, insanlık dışı muamele veya aşağılayıcı muamele ve cezaları önlemeye yönelik incelemeler yapmak ve ilgili devletlere bu kişilerin korunması için gerekli önlemler konusunda tavsiyelerde bulunma yetkisine sahiptir²⁰⁸. Sözleşmeye taraf devletler, Komite'nin, sözü geçen yerleri ziyaret etmesine, incelemelerde bulunmasına izin vermekle yükümlüdürler (m. 2)²⁰⁹.

Komite ziyaretten önce, taraf devlete "ziyaret yapma niyetini" ve ziyarete katılacak yardımcı şahısların (uzman vs.) isimlerini bildirir ve bu bildirimden sonra Komite yukarıda belirtilen yerleri ziyaret edebilir(m. 8/1). Ancak istisnai olarak, ilgili devletin yetkili makamları, milli savunma, kamu güvenliği, ciddi karışıklık, sağlık durumu veya önemli bir suça ilişkin acil soruşturmadan kaynaklanan nedenlerle, Komite'ye, ziyaret zamanına veya ziyaret edilecek yere yönelik itirazlarını iletebilir. Bu takdirde durum, karşılıklı görüşme ile bir çözüme bağlanır²¹⁰.

Yine Taraf devletler, Komite'nin görevini yerine getirebilmesi için gerekli kolaylıkları sağlamakla yükümlüdürler(m.8/2). Komite, ziyaret ettiği ülkede, kısıtlama olmaksızın seyahat etme; özgürlüğünden yoksun bırakılan

²⁰⁷ Komite, ziyaretlerini özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin bulundukları her türlü yere düzenleyebilmektedir. Örneğin, hapishane, polis karakolu, tıbbi müşahede altında bulunduruldukları, bir ülkeye yasal olmayan yollarla girip iltica sığınma isteğinde bulunan yabancıların konduğu yerleri ve bu arada havaalanlarındaki aynı amaçla kullanılan transit alanını da, denetlemektedir.

²⁰⁸ DEMİRBAS, s. 46.

²⁰⁹ Komite'nin bireylerden gelen somut şikâyet duyurularını soruşturup kovuşturma, cezaya veya tazminat gibi bir müeyyideye hükmetme yetkisi yoktur (m.3).

²¹⁰ SEVEN, Huriye, "Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi ve Uygulaması", Türk İdare Dergisi, s. 109, (<http://www.tid.gov.tr/Makaleler/H.Seven%20101-130.doc>, Erişim Tarihi: 18.03.2018).

insanların bulundukları yerlere serbestçe, istediği zaman ve istediği kadar girme; özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler ile özel olarak görüşme; görevi ile ilgili olarak bilgi verebileceğine inandığı gerçek veya tüzel kişilerle serbestçe iletişim kurabilme hakkına da sahiptir²¹¹.

1.3.6.2 Komite'nin Ziyaretleri ve Değerlendirme Raporu

Komite, Sözleşmeye taraf devletleri *periyodik*²¹² veya *özel*²¹³ ziyaretler yaparak denetlemektedir. Periyodik ziyaretler yılda kaç defa yapılmasına ilişkin belirlenmiş bir kurak yoktur. Bu nedenle Komite, taraf devletlerde işkence veya kötü muameleyle ilişkin mevcut şartları dikkate alarak, periyodik ziyaretlerini programlamaktadır²¹⁴.

Komite, faaliyetlerini gizlilik içerisinde yürütmektedir. Bu nedenle sözleşme de öngörülen en önemli yaptırım, Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen ilgili tarafın Komite ile işbirliği yapması kuralına aykırı davranan devlet hakkındadır. Buna göre, Komite, yapılan ziyaretler sonucu verilen tavsiyeler üzerine ülkesindeki durumu iyileştirmeyi reddederse ilgili taraf devletin Komite ile işbirliği yapmaması halinde, Komite konu hakkında raporlarını kamuoyuna açıklayabilmektedir²¹⁵. Komite bu açıklamayı sözleşmenin yürürlüğe girmesinin ardından ilk kez Türkiye hakkında 15.12.1992²¹⁶

²¹¹ **ALGAN**, (Zabunoğlu), s. 19; **SEVEN**, s. 126; **DEMİRBAŞ**, s. 47; **ÖNOK**, s. 91.

²¹² Periyodik ziyaret (Dönemsel ziyaretler), Komite'nin programlı olarak gerçekleştirdiği ziyaretlerdir. Komite her yılın sonunda, yeni yılda gerçekleştireceği ziyaretleri programlar ve hangi ülkelere ziyaret yapacağını kamuoyuna da duyurur.

²¹³ Özel ziyaret (Ad hoc), Komite'nin o yılki ziyaret programında yer almayan, ancak şartların zorlaması sonucu gerçekleştirilen ziyaretlerdir. Örneğin Komite, bir taraf devlette ciddi anlamda işkence veya kötü muamele uygulandığına dair duyurular alıyor ise, o taraf devlete *ad hoc* yoluyla bir ziyaret düzenleyebilecektir.

²¹⁴ **SEVEN**, s. 109.

²¹⁵ **ALGAN**, (Zabunoğlu), s. 10.

²¹⁶ Komite 1992 yılında yaptığı ilk kamuoyu açıklamasına göre, "işkence ve kötü muamele uygulamaları, Türkiye'de gözaltının karakteristik özelliği olarak kendini gösterdiği ve önemli ölçüde tıbbi bulgularla desteklenen şikâyetler dinlediği ve gözaltında bulunan kişilerin, kollardan asma veya el bileklerinin arkadan bağlamak, cinsel bölgeler de dahil olmak üzere vücudun duyarlı bölgelerine elektrik verme, hayaları sıkma, falakaya yatırma, yüksek basınçlı soğuk su sıkma, küçük, karanlık ve havasız hücrelerde uzun süre tutma, işkenceyle tehdit

tarihinde yapmıştır; bu açıklamayı takiben Komite'nin 06.12.1996²¹⁷ tarihinde yaptığı ikinci kamuoyu açıklaması da ne yazık ki Türkiye hakkında olmuştur²¹⁸. Buradaki asıl amaç işbirliğinden kaçınan taraf devleti cezalandırmaktan ziyade Komite'nin önerilerini tavsiyelerinin dikkate alıp uygulanmasını sağlamaktır²¹⁹.

Komite, yaptığı ziyaretinin neticesi olan raporu ilgili devlete; faaliyetleri konusunda hazırlayacağı yıllık bir genel raporu da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunar ve bu raporun bir sureti Konsey Danışma Meclisi'ne gönderilir(m.12). Komite'nin hazırladığı raporlar esas itibariyle gizlidir. Ancak, bu raporlar, taraf ülkenin onay vermesi durumunda yayımlanır.

1.3.7 İnsancıl Hukuk ve Uluslararası Ceza Hukukuna Yönelik Belgeler

1.3.7.1 Genel olarak

İnsancıl hukuk, uluslararası hukukçular tarafından “*Savaş ve silahlı çatışma durumlarının etkilerini sınırlandırmak amacıyla insanlara (çatışanlara ve sivillere) yapılması gerekli olan asgari davranış ve yardıma dair kurallar bütünü*” şeklinde tanımlanmaktadır²²⁰.

Uluslararası ceza hukuku ise, bazı kategorideki eylemleri yasaklayan (savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar, soykırım, işkence, vd.) ve bu yasaklanan eylemlere katılan kimseleri cezai anlamda sorumlu tutmaya

etme ve diğer psikolojik olarak küçültücü muamelelerle karşılaştığından şikayetçi olmuşlardır”. Bkz. (<https://www.coe.int/en/web/cpt/turkey>, Erişim Tarihi; 08. 03. 2019).

²¹⁷ Komite 1996 tarihli ikinci kamu açıklamasında, işkence ve kötü muamele uygulamalarının geniş ölçüde yaygınlık taşıdığını tespit etmiştir. Bkz. (<https://www.coe.int/en/web/cpt/turkey>, Erişim Tarihi; 08. 03. 2019).

²¹⁸ **SEVEN**, s. 126; **DEMİRBAŞ**, s. 47.

²¹⁹ **GEMALMAZ**, İşkencenin Önlenmesi, s. 249; **ÖNOK**, s. 91.

²²⁰ **TÜTÜNCÜ**, Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, İstanbul 2006, s. 1; **BAŞER**, Murat, İnsancıl Hukuk, Yeni Savaşlar, Yapısal Sorunlar ve Korunmayan İnsan Hakları, Ankara, s. 2014, s. 38; **GÜNDÜZ**, Milletlerarası Hukuk, s. 411; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 57.

yönelik uluslararası kuralların bir parçasıdır. Diğer bir deyişle uluslararası ceza hukuku, uluslararası hukuk kapsamındaki suçlardan dolayı sorumluluğu düzenleyen kurallar bütünüdür²²¹.

İnsancıl hukukun devreye girmesi, bir silahlı çatışmanın varlığına bağlıdır. Ancak uluslararası ceza hukuku alanına giren suçların ille de savaş veya silahlı çatışma halinde işlenmesi gerekmemektedir²²². Yine uluslararası ceza hukuku temelde savaş zamanında silahlı çatışmalarda işlenen suçlarla ilgilenirken, insancıl hukuk ise, savaş döneminde kullanılabilecek savaş araçlarına birtakım sınırlamalar getirerek yıkım, ölüm ve ezayı aza indirmeyi ve silahlı çatışma içinde yer almayan kimseleri çatışmaların olumsuz etkilerinden korumaya yönelik kuralları içermektedir²²³.

1.3.7.2 Cenevre Sözleşmeleri

Uluslararası nitelikli silahlı çatışmalarda uygulama alanı bulan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin hükümlerine göre, çatışmalara doğrudan katılmayan kişilerin, katılıp da silahlarını terk etmiş kişilerin ve çatışmalara katılıp hastalık, yaralanma, tutukluluk ya da başka bir sebeple çatışma dışı kalan kişilerin vücut bütünlüklerine, onurlarına karşı her türlü saldırıya, işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama haklarına her zaman sahip oldukları belirtilmiştir²²⁴. Yine, her dört Cenevre Sözleşmesinde de, işkence bu sözleşmelerin en ağır ihlallerinden sayılmıştır.

08.06.1977 tarihli, Cenevre Sözleşmesine Ek İkinci Protokolde de benzer maddelere yer verilmiştir. Bu protokolün başlıca amaçlarından birisi herkesin

²²¹ GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, s. 387.

²²² Örneğin bir etnik veya dinsel grubun kısmen veya tamamen imhası maksadıyla yaşam koşullarının imhayı sonuçlanacak biçimde zorlaştırılması gibi soykırımın çeşitlerinden biri savaş hali dışında da gerçekleştirilebilir. GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, s. 388.

²²³ BAŞER, s. 63; TÜTÜNCÜ, s. 2; ÖNOK, s. 101; DEMİRBAŞ, s. 48; GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, s. 387.

²²⁴ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, (PAZARCI, IV. Kitap), IV. Kitap, 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2017, s. 185.

insanca muamele görmesini sağlamaktır. Bu çerçevede, çatışmalara katılan ya da katılmayan herkesin kişiliğine, onuruna saygı gösterilir; bunlara insanca muamele yapılır (m. 4/1). Yine m. 4/2 fıkrasında, buna aykırı düşecek belirli davranış türleri (ör. ırza geçme, fuhuşa zorlama gibi aşağılayıcı muameleler; bedensel ve ruhsal sağlığa zarar verecek işkence vb. muameleler) yasaklanmıştır²²⁵.

Silahlı çatışmalar esnasında özellikle koruma altına alınmış olan diğer bir kategori, sivillerdir. Bu konu kamuoyunun en hassas olduğu noktalardan biri olmakla birlikte, esasen savaşın yürütülmesiyle hiçbir ilgisi olmayan bazı masum kişilerin saldırgan davranış ve tutumlardan korunmaya çalışılması, uluslararası siyasi ve hukuki platformda destek gören bir konudur²²⁶.

Bu çerçevedeki en önemli sözleşmeler, 1949'li *Savaş Sırasında Sivillerin Korunmasına dair Cenevre Sözleşmesi* ile buradaki kuralları tamamlayan ve geliştiren 1977 tarihli Ek Birinci Protokoldür²²⁷. Buradaki düzenlemeler, sivillerin silahlı çatışmalar sırasında insanca muamele görme hakkı çerçevesinde yapılmıştır.

Sözleşmeye göre sivillerin kişiliğine ve onuruna saygı gösterilecek, bu kişiler şiddet konusu yapılmayacak, kadınların ırzına geçilmesi, fuhuşa zorlanması da dahil olmak üzere bütün utanç verici hareketten korunmaları da sağlanacaktır²²⁸. Çalışmamız açısından en önemlisi, işkence ve her türlü kötü muamele ve cezada açıkça yasaklanmıştır.

Söz konusu fiilleri suç olarak işleyen kişilerin devlet ile organik ya da fonksiyonel bir bağlantısı olması gerekip gerekmediği; başka bir deyişle,

²²⁵ PAZARCI, (IV. Kitap), s. 188.

²²⁶ PAZARCI, (IV. Kitap), s. 189.

²²⁷ PAZARCI, (IV. Kitap), s. 243.

²²⁸ PAZARCI, s. 245.

işkence suçunun failinin mutlaka kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden kişilerin olacağına ilişkin insancıl hukuk her hangi bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, şahsi sıfatla hareket eden özel kişilerin dahi bu fiili işleyebileceği öne sürülmüştür²²⁹.

1.3.7.3 Savaş Hukukuna İlişkin Belgeler

Savaş durumunda gereksiz acının ıka edilmesini yasaklayan bazı uluslararası sözleşmelerin dolaylı olarak işkence yasağının uygulanmasına yönelik olduğu görülmektedir. Bu sözleşmeler kronolojik sıraya göre, 1907 tarihli *Lahey Sözleşmeleri*, 1972 tarihli *Bakteriyolojik Silahlara Dair Sözleşme*, 1980 tarihli *Geleneksel Silahlar Sözleşmesi* ve buna ek protokoller ve 1993 tarihli *Kimyasal Silahlar Antlaşması*'dır. İnsanlığa karşı bazı savaş araçlarının kullanılmasını önlemeye yönelik bu düzenlemeler, insan onurunu korumayı amaç gütmektedir²³⁰.

1.3.7.4 Uluslararası Kızıl Haç Komitesi

Silahlı çatışmalar sırasında uluslararası insancıl hukukla olan uyumu denetlemek bakımından en önemli görevi bu kuruluş üstlenmiş ve yerine getirmiştir. Kızıl Haç'a bu sorumluluk ve görevi Cenevre Sözleşmeleri yüklemiştir. Komite'nin görevi, uluslararası olan veya olmayan silahlı çatışmalar halinde uygulama bulan insancıl hukuk kurallarına uymayı teşvik etmektir²³¹.

Komite 1863 yılında bir hayır derneği olarak kurulmuştur ve İsviçre hukukuna tabi özel bir kurum olarak uzun yıllar statüsünü sürdürmüştür. Üyelerinin ve yöneticilerinin çoğunluğu İsviçre vatandaşı olan komite, uluslararası bir örgüt değil nitelik itibarıyla hükümet dışı bir kuruluştur²³².

²²⁹ ÖNOK, s. 107.

²³⁰ ÖNOK, s. 108.

²³¹ ÖNOK, s. 109.

²³² ÖNOK, s. 110.

Komite'nin yetkisi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine taraf devletler, Komite delegelerinin, savaş esiri kamplarına, yabancı sivillerin esir tutulduğu her türlü yerlere yapacakları ziyaretleri kabul etmek zorundadırlar. Bilindiği gibi, çatışma ortamlarında esir tutulan kişilerin bulunduğu bu tür yerler, işkence ve benzeri kötü muamelenin yaşanma olasılığının çok yüksek olduğu yerlerdir²³³.

1.3.7.5 Uluslararası Ceza Statüsü

Uluslararası Ceza Divanının kurucu Statüsü (Roma Statüsü), 1998 tarihinde Roma'da yapılan uluslararası bir konferansta kabul edilmiş²³⁴ ve 01.07.2002 de yürürlüğe girmiştir. Konferansta çekimser oy kullanan Türkiye, Statü'ye taraf değildir²³⁵.

Yine Uluslararası Ceza Divanı, kendisinden önce kurulmuş olan uluslararası yargı organlarından farklıdır. Bu nedenle Uluslararası Ceza Divanı ceza yargılaması yapmakta ve gerçek kişileri hedef almaktadır. Divan kendisinden önce kurulan diğer uluslararası ceza mahkemelerinden başlıca farkı ise *ad hoc* olmaması, yani sürekli yapıya sahip olması ve bu bakımdan sadece belirli coğrafi alanda, belirli dönemde ve belirli kişilerce gerçekleştirilen davranışları yargılamakla sınırlı bir görevinin bulunmamasıdır²³⁶.

Uluslararası Ceza Divanı, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ağır suçlardan failleri, cezai açıdan yargılamakla görevli uluslararası bir yargı organıdır (statü md.1/5). Divan, Hollanda'nın La Haye kentinde merkezi olan,

²³³ **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 110; **DEMİRBAŞ**, s. 47.

²³⁴ Oylamada, 120 devlet kabul, 21 devlet çekimser, 7 devlet de red oyu vermiştir. **DEMİRBAŞ**, s. 51.

²³⁵ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s.43; **DEMİRBAŞ**, s. 51.

²³⁶ **ÖNOK**, s. 115.

sürekli yapıda, uluslararası tüzel kişiliğe sahip, BM ile özel bir ilişkisi olmasına rağmen, ondan bağımsız bir evrensel mahkemedir²³⁷.

Uluslararası Ceza Divanı Statüsü m. 7/1- f bendine göre işkence, insanlığa karşı bir suç olup mahkemenin yargı yetkisi içine girmektedir. Bu durumda, “*sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın ve sistematik saldırının bir parçası olarak*” işlenen işkence fiilleri mahkeme tarafından yargılanabilecektir.

Uluslararası Ceza Divanı Statüsü m. 7/2- e bendindeki hükme göre, işkenceden bahsedebilmek için “*sanığın, kontrolü veya gözetimi altında bulunan bir kişiye kasten, ağır fiziksel veya zihinsel acı veya eza çektirmesi*” gerekmektedir. Fakat kanuni yaptırımlardan kaynaklanan acı ve ızdırap, işkence çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. Kısaca Roma Statüsü bakımından işkenceden bahsedebilme için failin resmi sifata haiz bir kimse olması gerekmektedir²³⁸.

1.3.8 Uluslararası Örgütler Bünyesindeki Belgeler

1.3.8.1 BM İstanbul Protokolü²³⁹

BM Genel Kurulunca 04.12.2000 tarih ve 55/89 sayılı kararı ile kabul edilen “*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı Aşağılayıcı Muamele ve Cezaların Etkili Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin Prensipler*”²⁴⁰ olarak anılan, 58 sayfa ve 4 ekten oluşan, BM İstanbul Protokolü’nde, ifade edilen ilkeler de, AİHM kararlarına dayanak teşkil etmektedir. Esasen uluslararası sözleşme niteliğinde olmayan bu protokol, Mahkemece referans alınmakta ve birçok

²³⁷ **ÖNOK**, Murat, “*Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Uluslararası Ceza Divanı*”, Hukuk ve Adalet, Y. 1, S. 3, Temmuz 2004, s. 221; **ÖNOK**, s. 114; **DEMİRBAŞ**, s. 51.

²³⁸ **ATES EKŞİ**, Canan, Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Ankara 2004, s. 134.

²³⁹ Orijinal adı, “*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirmesi için El Kılavuzu*”.

²⁴⁰ Çalışmamızda genellikle “*İstanbul Protokolü*” veya “*Protokol*” olarak anılacaktır.

kararda protokole gönderme yapılmaktadır. Bu da, protokolün soruşturma ilkeleri bakımından hukuken önem atfedilen bir kaynak değerinde olduğunu ortaya koymaktadır²⁴¹.

Protokol, işkence ve kötü muamele iddialarının doğruluğunu değerlendirerek, mahkemeye ve diğer adli makamlara rapor etme noktasında yöntemler ortaya koyan ilk uluslararası rehberdir. Protokol, işkence izlerinin, belirtilerinin nasıl tanımlanırsa mahkeme delil olarak kabul edileceğine dair uluslararası standart ve usulleri içermektedir²⁴².

İstanbul Protokolü'nün hukuksal açıdan bağlayıcı olmadığı, sadece tavsiye niteliğinde olduğu açıktır²⁴³. Yine de Protokolde yer alan ilkeler uluslararası hukuk gereğince bu yükümlülük altına giren Devletleri, işkence ve kötü muamele olaylarını etkili ve tarafsız bir şekilde soruşturma, cezalandırma, belgeleme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Protokol bu amaçla kullanılabilecek yararlı bir araçtır²⁴⁴.

İstanbul Protokolü, işkence suçunun önlenmesine değil, yaşanmış ihlallerin ortaya çıkarılmasına ve bununla birlikte etkin biçimde soruşturulmasına hizmet etmek amacıyla oluşturulmuştur²⁴⁵. Protokolü bir yandan BM tarafından işkenceyi önlemek amacıyla hazırlanıp yürürlüğe konan

²⁴¹ **ANAYURT**, Ömer, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*” (AİHS’de işkence ve Kötü Muamele), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, (Editör: **Doğan, İlyas**), Ankara 2009, s. 271; **ERYILMAZ**, Mesut Bedri, “*İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi*”, (Editör: **Doğan, İlyas**), İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009, s. 101.

²⁴² **ANAYURT**, s. 272; **DOĞAN/KAYA**, İstanbul Protokolü, s.118.

²⁴³ **DOĞAN/KAYA**, İstanbul Protokolü, s.119.

²⁴⁴ **ERYILMAZ**, s. 103.

²⁴⁵ Protokolün hazırlık çalışmalarının tarihçesi için bkz. **DOĞAN/KAYA**, s. 117.

sözleşmelerin hayata geçmesinin, diğer yandan AİHS'nin somut olarak uygulanmasının kılavuz kitapçığı olarak görülmektedir²⁴⁶.

1.3.8.2 BM İşkence Özel Raportörlüğü

BM İnsan Hakları Komitesinin bir alt organını teşkil eden BM İşkence Özel Raportörü, BM İnsan Hakları Komisyonunun 1985/33 sayılı kararıyla kurulmuştur. BM İşkence Özel Raportörü, dünya çapındaki işkence uygulamalarını izlemek ve İnsan Hakları Komisyonu ya da BM Genel Sekreterine rapor etmek amacı taşıyan tek kişilik bağımsız bir uzmandan oluşan bir organdır. Atanma amacı, işkence konusunda güvenilir ve gerçek bilgi toplanabilmesidir²⁴⁷. Kısaca raportör bireylerin fiziksel ve zihinsel bütünlük haklarının korunmasına da katkı sağlamaktadır²⁴⁸.

BM İşkence Özel Raportörü, 1984 BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesini onaylamış olmayan BM üyesi devletler bakımından da yetkili kılınmıştır²⁴⁹. Özel raportörün çalışma usulü alenidir ve tespitleri devletler üzerinde baskı oluşturabilmektedir. Raporunda incelemeleri sonucundaki gözlemleri, ulaştığı sonuçlar ve tavsiyeleri yer almaktadır²⁵⁰. Ayrıca kararlarının hukuken bağlayıcı olmaması nedeniyle, kararı uygulama veya uygulatma yetkisi de bulunmamaktadır.

Özel Raportör ülke ziyaretleri yaparken, ilgili ülkeden şu güvenceleri alır: ülkede serbestçe dolaşma; tüm cezaevleri, nezarethaneler ve diğer sorgu merkezlerinde serbestçe inceleme yapma; ilgili yerel ve merkezi hükümet yetkilileri ile serbestçe temasa geçme; hükümet dışı örgütler, özel kuruluşlar ve medya temsilcileri ile doğrudan temasa geçebilme; Özel Raportörün

²⁴⁶ DOĞAN/KAYA, İstanbul Protokolü, s.120.

²⁴⁷ KORKUSUZ, s. 72.

²⁴⁸ ÖNOK, İşkence Suçu, s. 128.

²⁴⁹ DEMİRBAS, İnfaz Hukuk, s. 403.

²⁵⁰ ÖNOK, İşkence Suçu, s. 128.

yetkisi içerisinde, tanıklar ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerle güven içinde ve denetimsiz bir şekilde görüşebilme; yetkisi içindeki tüm dokümanlara tam ulaşabilme; Özel raportörle temasa geçen resmi ya da sivil hiç kimsenin sıkıntı, ceza ya da yargılanma gibi bir tehditle karşı karşıya kalmayacağı yönünde güvence sağlanır²⁵¹.

BM İşkence Raportörünün kararları ve tavsiyeleri hukuken bağlayıcı olmasa da insan hakları ihlalleriyle mücadelede başarılı ve aktif bir rol aldığı söylenebilir. Özellikle, yetkili olmadığı bir uygulamayı uluslararası kamuoyuna kabul ettirmede başarılı olmuştur. Söz konusu başarı, işkence ve benzeri uygulamaların yapıldığına ilişkin bir ihbar aldığı zaman, ilgili kişi adına, ihlalci devlet nezdinde “acil eylem“, yani müdahalede bulunma yetkisini fiilen kabul ettirmiş olmasıdır. Ayrıca, özel raportörün ihlalde bulunduğu iddia edilen devlete değerlendirme mektubu göndermesi ve ilgili devlet hükümetinin kabul etmesi halinde, ihlallerin yaşandığı iddia edilen ülkeyi ziyaret etmesi gibi faaliyetleri de mevcuttur²⁵².

1.3.8.3 Avrupa Konseyi Belgeleri

Avrupa Konseyi bünyesinde değerlendirilen diğer önemli bir husus, polislerin uyması gereken kurallardır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclis’in 08.05.1979 tarih ve 690 (1979) no.lu kararı ile “*Polis Hakkındaki Bildiri*” yi kabul etmiştir²⁵³. Bildirinin 3. maddesinde, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza ve muamelenin her koşulda yasak olduğu belirtilmiş ve bu tür eylemlerin işlenmesine yönelik emir ve yönlendirmelerin dikkate alınmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir²⁵⁴.

²⁵¹ ÖNOK, İşkence Suçu, s. 129.

²⁵² ÖNOK, İşkence Suçu, s. 129.

²⁵³ GEMALMAZ, İşkencenin Önlenmesi, s. 191.

²⁵⁴ GEMALMAZ, İşkencenin Önlenmesi, s. 192; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 130.

Avrupa Konseyi bakımından diğer bir koruma aracı, Avrupa Konseyi Statüsünün 8. maddesidir. Buna maddeye göre, insan haklarını ağır bir şekilde ihlal eden ve ülkesinde sistematik olarak işkence ve kötü muamele yapılan bir devletin Avrupa Konseyi'ndeki üyeliği askıya alınabilecektir²⁵⁵.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İnsan Hakları ve Terörle Mücadeleye Dair Rehber İlkeler adlı kararında, terörle mücadelede işkencenin mutlak surette yasak olduğu; hiçbir şart altında, kişinin yakalanması, sorgulanması, tutuklanması ve tutulması sırasında işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele veya cezaya başvurulamayacağı belirtilmiştir²⁵⁶.

1.3.8.4 Avrupa Birliği'ne Yönelik Belgeler

AB üyesi devletler, vatandaşlarının temel haklarını ihlal etmeleri durumunda hem ulusal hem de topluluk düzeyinde sorumlu tutulabileceklerdir. Bu kapsamda AB Temel Haklar Şartının özelliği, Avrupa Birliği tarihinde ilk kez medeni, ekonomik, siyasi ve sosyal haklar öngören tek bir metin ortaya koymuş olmasıdır. Birliğe üye olan tüm devlet vatandaşlarını kapsayan geniş bir haklar alanı tanınmıştır²⁵⁷.

AB Temel Haklar Şartı, bu anlamda temel hakları daha anlaşılır bir şekilde ortaya çıkarma ve temel haklara daha özel bir yer verme imkanı sağlamaktadır²⁵⁸. Temel hakların sistemli bir şekilde belirlenmesinin, Avrupa temel haklar kültürünü derleyeceği, hukuk güvenliğine katkıda bulunacağı, gelişmekte olan Avrupa hukuku düzeninin temel normlarına daha fazla demokratik bir ivme kazandıracağı savunulmaktadır²⁵⁹.

²⁵⁵ REİSOĞLU, İnsan Hakları, s. 55.

²⁵⁶ METİN, Yüksel, "Terörle Mücadele ve İnsan Hakları", HPD, S. 5, Aralık/2005, s. 124.

²⁵⁷ METİN, Yüksel, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", (Şart), AÜSBFD, Cilt:57, Sayı:4, Ekim 2002 (Doç. Dr. Cahit Emre'ye Armağan), s. 37.

²⁵⁸ METİN, Şart, s. 38.

²⁵⁹ METİN, Şart, s. 39.

Şartın amacı, AB kurumlarının insan hak ve hürriyetlerine saygı duymasını sağlamak, temel hakları güvence altına almak ve etkin bir şekilde korumaktır. Avrupa Birliği'nin yetkilerini kullanırken temel hakları her zaman göz önünde bulundurmasıdır. Şartın önsözünde de vurgulanan amaç, Avrupa halklarının aralarında yakın bir birlik ve beraberlik sağlamak için ortak değerlere dayalı barışçıl bir gelecek yolundaki kararlılığı ortaya koymaktır²⁶⁰.

Şartın m. 2/2 bendinde, ölüm cezasının verilemeyeceği ve uygulanamayacağı belirtilmiştir. Böylece, AİHS m. 2'deki açık kapatılmış, ölüm cezasını kaldıran AİHS'ne Ek 6. ve 13. Protokole ihtiyaç duyulmaksızın bu yasak ortaya koyulmuştur.

Çalışmamızı yakından ilgilendiren hüküm ise, "*işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü ceza veya muamele yasağı*" başlığını taşıyan 4. maddedir. Maddede, AİHS'nin 3. madde hükmü aynen vurgulanmıştır. Söz konusu hüküm ile anılan türden davranışlar kesin bir şekilde yasaklanmıştır. Bunun yanında, AİHS m.15'te yer alan ve işkence yasağı bakımından hiç bir muafiyet, istisna öngörülemezliğine dair bir hüküm, yani işkence yasağının mutlak koruma altında olduğu yönündeki hüküm Şartta yer almamaktadır²⁶¹.

AİHS m. 15'te yer alan hüküm benzeri bir düzenlemenin söz konusu Şartta yer verilmemiş olması işkence yasağının mutlak doğası itibariyle herhangi bir şekilde kısıtlayabilecek bir halin varlığının kabul edilmemesini, hakkın özüne dokunmama ilkesi ile sağlayacaktır²⁶².

Şartın 52. maddesinin üçüncü bendine göre Şartın, AİHS'de tanınmış bulunan ve tekabül eden hakları öngörmesi halinde bunların anlam ve amacı

²⁶⁰ **METİN**, Şart, s. 345.

²⁶¹ **ERDEM**, Mustafa Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, (AB Hukuku'nun), 1. Baskı, Ankara 2004, s. 50.

²⁶² **ÖNOK**, s. 137.

AİHS’de öngörüldüğü şekilde olacaktır²⁶³. Yine aynı maddeye göre Şarttaki hiç bir hüküm, AİHS de dahil olmak üzere, AB’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan hakları sınırlayıcı ya da olumsuz yönde etkileyici şekilde yorumlanamayacaktır.

Bu hükümlerden çıkacak başlıca netice, işkence ve benzeri muamele yasağının mutlak ve istisna kabul etmez olduğunun Şartça da geçerli olacağıdır. Çünkü m. 52 ve 53’ten çıkan sonuç, Şart ile sağlanan koruma düzeyinin hiç bir şekilde AİHS ile sağlanmış olan korumadan daha düşük olamayacağı ve Şart ile ortaya koyulmuş sınırlandırma hükümlerinin hiçbir surette Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi’nde öngörülenlerden daha geniş kapsamlı etkide bulunamayacağıdır²⁶⁴. Mutlak haklar açısından konuya bakıldığında işkence yasağını da içeren mutlak haklar genel uluslararası hukukun amir hükümleri olarak “*Jus cogens*” normu teşkil ederler²⁶⁵. Bir mutlak hak çekinceye konu olamaz ve mutlak haklar ile diğer haklar arasında olası bir çatışma hali ortaya çıktığında daima mutlak haklara üstünlük tanınmalıdır. Başka bir deyişle bir mutlak hak böyle bir etiketi taşımayan diğer haklara üstün olmalıdır²⁶⁶.

Sonuçta Şart ile işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele veya ceza yasağına, uygulamada doğabilecek ve Strazburg organlarının içtihatlarından yararlanılarak öngörülmüş ilgili sorunlara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmek suretiyle değinilmiş ve bu konuda Avrupa Birliği bünyesindeki mevzuat boşluğu giderilmiştir²⁶⁷.

²⁶³ **DÖNER**, Ayhan, “Avrupa Birliği/Topluluğu Hukuk Düzeninde İnsan Hakları: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 963.

²⁶⁴ **DÖNER**, Uluslararası Alanda Koruma, s. 128; **ERDEM**, AB Hukuku’nun, s. 51.

²⁶⁵ **DENK**, s. 47.

²⁶⁶ **ERDEM**, AB Hukuku’nun, s. 52.

²⁶⁷ **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 139.

Avrupa Birliği bünyesinde insan hakları ile temel hürriyetlerin geliştirilmesi amacıyla yürürlüğü konan diğer önemli bir kaynak tüzüklerdir. Bu amaç çerçevesinde çalışmamızı da ilgilendiren ilgili tüzük hükümlerine göre, işkence veya kötü muameleyi önlemek üzere, kişilerin hürriyetinden mahrum tutulduğu yerlerdeki koşulları iyileştirmeye yönelik çabalar mutlak surette desteklenecek ve işkence mağdurlarının rehabilitasyonları sağlanacaktır(m. 2/1-f).

AB'nin faaliyetlerinin merkezinde insan haklarına saygı ilkesinin yer aldığını söylemek mümkündür. Avrupa Topluluğu ve AB Kurucu Antlaşması, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacı ilgili kurumun önde gelen gayelerindendir. Bunun açık göstergesi, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin AB'ye uyumu sürecinde karşılamaları gereken koşulların belirlendiği ve Kopenhag Kriterleri diye adlandırılan ilkeler arasında insan haklarına saygının kesin bir dille vurgulanmış olmasıdır²⁶⁸.

1.3.8.5 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Belgeleri

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), “*Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı*” (AGİK) ismiyle 1970'li yılların başında soğuk savaş koşullarındaki Avrupa'nın bölünmüşlüğüne son verilmesi, güvenlik ve istikrarın sağlanması ve katılan devletler arasında bu amaca yönelik işbirliğinin geliştirilmesi düşüncesiyle kurulmuş bir teşkilattır²⁶⁹.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT), bazı belgeleri insan hakları hukukunun “yumuşak yasaları” sayılmaktadır. AGİT'in hazırladığı metinler uluslararası hukuk anlamında sözleşme teşkil etmezler²⁷⁰. Bu husus AGİT'in oluşturduğu çeşitli metinlerde yer alan ifadelerden ve kullanılan kavramlardan

²⁶⁸ ÖNOK, İşkence Suçu, s. 139.

²⁶⁹ GÜNDÜZ, s. 648.

²⁷⁰ ALPKAYA, Gökçen, AGİK Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları, (AGİT), İstanbul 1996, s. 51; DÖNER, Uluslararası Alanda Koruma, s. 108; ÖNOK, s. 139.

açıkça saptanabilmektedir. Fakat bu işlemler siyasi bakımdan büyük öneme haizdirler ve bazı hukuki sonuçlar da doğururlar²⁷¹.

İşkence yasağı bu belgelerden birçoğunda yer almıştır. 1989 tarihli Viyana Belgesi bunlardan biridir. Burada, 1957 tarihli *Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallara* ve BM tarafından çıkarılan *Yasaların Uygulanmasından Sorumlu Kişilerin Davranış Kurallarına* saygı gösterme yükümüne yer verilmiş, 1987 tarihli BM İşkence Sözleşmesine taraf olma çağrısı yapılmıştır. Bununla birlikte tutulan veya hapsedilenlere insanca, insan onurunun gerektirdiği saygıya uygun nitelikte davranma zorunluluğu vurgulanmıştır. Katılan devletler işkence ve benzeri fena muameleyi yasaklayacak ve bunları önlemeye yönelik tüm gerekli tedbirleri alacaklardır²⁷².

İşkence yasağına mutlak olarak değinen ilk metin ise 1990 tarihli Kopenhag Belgesi olmuştur. Bu belgede Viyana Belgesindeki vaatler tekrarlanmıştır ve 1984 tarihli BM İşkence Sözleşmesine taraf olunması ve bununla kurulan “İşkenceye Karşı Komitenin” yetkisinin tanınması konusunda çağrıda bulunulmuştur. Ayrıca hiç bir istisnai durumun²⁷³ işkenceyi yasal hale getirmek için öne sürülemeyeceği belirtilmiştir. Türkiye de bu belgeyi imzalamıştır.

Bu konuda diğer bir belge, 21.11.1990 tarihli *Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartıdır*. Fakat bu Şartta sadece işkence ya da diğer zalimce, insanlık dışı, aşağılayıcı davranış ve cezanın yasaklanmasıyla yetinilmiş; bu ilkenin de aralarında yer aldığı ve Şartta zikredilen diğer ilkelere tam saygının, inşa edilmeye çalışılan yeni Avrupa düzeninin temelini oluşturduğu belirtilmiştir²⁷⁴.

²⁷¹ **AKILLIOĞLU**, İnsan Hakları, s. 280.

²⁷² **ALPKAYA**, AGİT, s. 66; **DÖNER**, Uluslararası Alanda Koruma, s. 108.

²⁷³ Bu durum, savaş, savaş tehdidi, iç siyasi istikrarsızlık ve olağanüstü haller olarak sayılabilir. **ÖNOK**, s. 140.

²⁷⁴ **ALPKAYA**, AGİT, s. 67; **DÖNER**, Uluslararası Alanda Koruma, s. 110.

Üzerinde durulması gereken diğer bir metin de, 1991 tarihli Moskova Belgesidir. Bu belgede, işkencenin önlenmesi yolunda alınabilecek önlemlere en ince ayrıntısıyla değinilmiştir. Tutuklanan ya da tutulan kişilerin haklarına, bunların sınırlarına, sorgu yöntem ve yasaklarına vurgu yapılmıştır. Ayrıca, işkence ve benzeri davranışların gerçekleşmesi halinde ilgililere yararlandırılması gereken başvuru yolları ortaya koyulmuştur²⁷⁵. Moskova Belgesinde daha soyut birtakım ilkeler de göze çarpmaktadır. Bunlardan birisi insan hakları sorunlarıyla ilgilenmenin devletlerin içişlerine karışma kapsamına girmediğinin ilk defa belirtilmesidir²⁷⁶. Bu anlayış uluslararası hukuka hakim olan anlayışa uygundur. Diğer önemli bir ilke, sert çekirdekli hakların askıya alınamayacağının belirtilmiş olmasıdır²⁷⁷. Bu da uluslararası hukuka hakim olan anlayışa uygun olan bir görüştür.

1.3.9 İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi

22 Kasım 1969'da tarihli İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (İHAS), Amerikan Devletler Örgütü (ADÖ) tarafından imzalanan ve Amerikan Devletler Örgütüne üye olan devletlere açık olan bir sözleşmedir. 27. maddeden oluşan bu sözleşmede temel hak ve özgürlüklere ilişkin bölgesel bir koruma sağlamaktadır.

Sözleşmenin “*İnsanca Muamele Görme Hakkı*” başlığını taşıyan 5. maddesinde işkence ve benzeri kötü muameleyi altı bent halinde yasaklanmıştır²⁷⁸.

²⁷⁵ ALPKAYA, AGİT, s. 69.

²⁷⁶ KORKUSUZ, s. 159; DÖNER, Uluslararası Alanda Koruma, s.110.

²⁷⁷ KORKUSUZ, s. 160.

²⁷⁸ İHAmES Madde 5. İnsanca Muamele Görme Hakkı: “*Her kişi, fiziksel, zihni ya da moral bütünlüğüne saygı gösterilmesine hak sahibidir. Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insan kişiliğine yerleşik onuruna saygı gösterilerek muamele görecektir. Ceza, suçludan başka herhangi bir kimseyi kapsayacak şekilde olmayacaktır. İstisnai haller saklı kalarak, suç isnat edilen kişiler mahkûmlardan ayrı tutulacaktır ve*

İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin yayınlanmasından sonra 1979 yılında Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme, yapılan başvuruları kesin çözüme kavuşturan yargı organıdır²⁷⁹. Ayrıca Amerikan Devlet Örgütüne üye olan devletler, insan haklarına ilişkin her hangi bir konuda görüş almak için Mahkemeye başvurabilmektedirler. Bunun yanında Mahkeme, yargı yetkisini kabul etmiş devletler bakımından yapılan bireysel başvuruları da inceleme yetkisine de sahiptir²⁸⁰. Mahkeme'nin bağlayıcı karar verme yetkisi oldukça önemlidir. Mahkeme'nin icrai karar alma yetkisi bulunmaktadır. Bu kararı taraf devlet yerine getirmek zorundadır. Bunun yanında, Mahkemenin diğer bir önemli yetkisi de kişiler bakımından doğabilecek zararlara engel olunmasının mümkün olmayacağı hallerde geçici önlemler alma, faillerin kavuşturulmasını emretme ve tazminata hükmetme yetkisine de sahiptir²⁸¹.

1.3.10 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Afrika ülkeleri açısından önemli bir kaynak olan, “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı*” (AİHHŞ) 27 Haziran 1981 yılında yapılan 18'inci Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansında kabul edilip, 21.10.1986'de yürürlüğe girmiştir²⁸².

mahkûm edilmemiş kişiler olma statülerine uygun ayrı muameleyle tabi tutulacaklardır. Küçükler, ceza kovuşturmasına tabi oldukları sırada yetişkinlerden ayrılacaklardır ve küçük olma statülerine uygun muamele görebilmelerini sağlamak üzere, mümkün olan ivedilikle özel nitelikli yargı yerleri önüne çıkarılacaklardır. Özgürlükten yoksun bırakmayı içeren cezalarda, reform ve mahpusların topluma yeniden kazandırılması zorunlu bir amaç olarak yer alacaktır”.

²⁷⁹ KAPANİ, İnsan Haklarının, s. 70.

²⁸⁰ DÖNER, Uluslararası Alanda Koruma, s. 131; ÖNOK, s. 145.

²⁸¹ ÖNOK, s. 146.

²⁸² GEMALMAZ, İşkencenin Önlenmesi, s. 56; DÖNER, Uluslararası Alanda Koruma, s. 132; ÖNOK, s. 148; DOĞAN/KAYA, İstanbul Protokolü, s. 88.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 5. maddesinde işkence ve kötü muamele yasağına yer verilmiştir²⁸³. Buna göre; *“Her birey, insan olmasına yerleşik onuruna saygı gösterilmesi ve hukuksal statüsünün tanınması hakkına sahiptir. Sömürü ve aşağılamanın, özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza ve muamele olmak üzere, her biçimi yasaktır”* ifadesiyle işkence görme yasağına açıklık getirilmiştir. Şartı'n 4. maddesinde kişi dokunulmazlığı, 6. maddede ise kişi güvenliği hükme bağlanmıştır²⁸⁴.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 30. maddesine dayanarak 1987'de işlerlik kazanan, altı yıllık göreve sahip, Şarta taraf devletlerin vatandaşı olan on bir bağımsız uzmandan oluşan bir Komisyon kurulmuştur²⁸⁵. Komisyon, Afrika Birliği Örgütü'yle işlevsel ve organik bir bağa sahiptir, ancak örgütten bağımsızdır. Komisyon, insan hakları sorunlarını izlemek (45.m), ziyaretlerde bulunmak süratiyle ihlallere ilişkin olarak delil tespiti yapmak (45-58.m), rapor hazırlamak (54-62.m), devletlerarası (47.m) ve bireysel başvuruları (55.m) inceleme gibi fonksiyonlara sahiptir²⁸⁶. Kısacası 30. maddede de ifade edildiği gibi komisyon, Afrika İnsan ve Halkların Haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla faaliyet gösterecektir.

1.3.11 İnsan Haklarına Dair Arap Şartı

Bu şart, İnsan hakları ve dünya barışı arasındaki güçlü bağlantının önemine istinaden, BM Şartı, İHEB, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile BM Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Haklar Sözleşmesi ve İslam'da İnsan Hakları Kahire Bildirisi hükümlerini temel alarak hazırlanmıştır²⁸⁷. Arap Devletlerinde hukukun üstünlüğü, toplumda fırsat eşitliği, adalet ve insan özgürlüğünün

²⁸³ **GEMALMAZ**, İşkencenin Önlenmesi, s. 57; **ÖNOK**, s. 148; **BAKIM**, s. 37.

²⁸⁴ **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 148.

²⁸⁵ **GEMALMAZ**, Mehmet, Semih, *“Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu”*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.1, Y. 9, 1989, s. 12.

²⁸⁶ **GEMALMAZ**, s. 17; **ÖNOK**, İşkence Suçu, s. 149.

²⁸⁷ **ÖNOK**, s. 153.

sağlanması amacıyla, Arap Devletleri Birliği Meclisi tarafından 1994 yılında İnsan Haklarına Dair Arap Şartı kabul edilmiş, Mayıs 2004'te ise, uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu hale getirilmek amacıyla gözden geçirilmiş ve 15.03.2008 yılında yürürlüğe girmiştir²⁸⁸.

1994 tarihli Şartın, 13. maddesinde işkence yasağına yer verilmiştir. Maddenin (a) bendine göre, şarta taraf devletler, ülkelerinde yaşayan herkesi, zihinsel veya fiziksel işkenceye uğramaktan, zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden korumak, yasaklanması için etkili tedbirler almak ve bu suça iştirakin cezalandırılması gereken suç olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Maddenin (b) bendine göreyse, hiç kimsenin rızası olmaksızın tıbbi veya ilmi deneye tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Şartın 15.maddesinde, özgürlüğünden mahrum bırakılan herkese insani muamelede bulunulması gerektiğine dair kural getirilmiş ve bu nedenle sözleşmenin işkence yasağına ilişkin maddesi desteklenmiştir²⁸⁹.

2004 tarihli Şartta ise, işkence yasağına 8. maddede yer verilmiştir. Maddenin a) bendine göre, hiç kimse, fiziksel ya da psikolojik işkenceye ve yahut zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muameleye maruz bırakılamaz. Maddenin b) bendine göreyse, şarta taraf devlet, yargı yetkisine tabi olan herkesi işkenceden ve bu tür uygulamalardan korumalı ve bunları önlemeye yönelik kanuni düzenlemeler yaparak bu davranışları suç sayıp cezalandırmalarını sağlamalıdır. Ayrıca, her taraf devlet işkence mağdurlarının zararlarını tazmin etmelidir²⁹⁰.

Şart diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, işkence teşkil eden cezaların uygulanması şart ile yasaklanmamıştır. Öte yandan işkenceye tabi

²⁸⁸ ÖNOK, İşkence Suçu, s. 153.

²⁸⁹ ÖNOK, s. 154.

²⁹⁰ ÖNOK, s. 154.

tutularak elde edilen beyanın, delil olarak değerdendirilemeyeceği, işkence ve kötü muameleyle karşılaşma yönünden ciddi risk altında olan kişilere ilişkin iade yasağı da, şartta yer almamaktadır ayrıca ölüm cezası ve benzeri cezalar da yasaklamış değildir²⁹¹.

²⁹¹ ÖNOK, s. 154.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE YASAĞI

2.1 AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİ

Avrupa'nın birliğini sağlamaya yönelik olarak Bir İnsan Hakları Şartı fikri ilk olarak Mayıs 1948'te Lahey'de toplanan Avrupa Kongresinde öne sürülmüştür. Kongrenin aldığı kararların birçoğunda bir Şartın hazırlanması ve buna uyumu kontrol etmeye yönelik bir de mahkemenin kurulması zorunluluğuna yer verilmiştir²⁹².

“*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*”²⁹³ Avrupa Konseyi tarafından 04.11.1950'de Roma'da imzaya açılmış ve 03.09.1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı onay kanunu ile yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, dünya çapında insan hakları standartlarının belirlenmesinde önemli bir yere sahiptir²⁹⁴.

İkinci Dünya Savaşında yaşanan yoğun insan hakları ihlalleri neticesinde, savaş sonrası döneme insan hakları, hukukun üstünlüğü ve siyasi demokrasi ilkelerinin yerleşmesi sağlanmak istenmiştir²⁹⁵. Bu nedenden ötürü ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan ziyade öncelikli olarak siyasi ve medeni hakların

²⁹² **TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK**, s. 48.

²⁹³ Sözleşmenin tam adı “*İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi*” dir. **DOĞRU**, (Mevzuatı), s. 261.

²⁹⁴ **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, AIHS ve Uygulaması, s. 18; **ÖNOK**, s.158; **DEMİRBAŞ**, s. 46; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK**, İnsan Hakları Sorunu, s. 47.

²⁹⁵ **ÜNAL**, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (İnsan Hakları), Ankara 2001, s. 66.

korunmasına yönelme gereği duyulmuştur. Bunun yanında, Sözleşme metninin hazırlandığı süreçte birçok devletin ekonomik ve sosyal hakları uygulamaya geçirecek konumda olmamaları bu tutuma destek sağlayacak bir gerekçe teşkil etmiştir²⁹⁶. Bu nedenle, Sözleşmede öncelikli olarak klasik haklara yer verilmiş, diğer haklar ise zamanla ve oluşturulan ek protokoller aracılığıyla güvence altına alınmıştır. AİHS insan haklarını korumaya yönelik etkin mekanizmalar öngörmüş en eski sözleşmedir. Ayrıca en gelişmiş ve en zengin içtihat arşivine sahip bir uluslararası bir belgedir²⁹⁷.

AİHS insan hak ve hürriyetleri alanında Avrupa devletleri için asgari ortak standartları belirlemektedir. Belirlenmiş olan bu standartlar Sözleşmeye taraf olan devletler için bağlayıcı hukuk kuralı haline gelmektedir. Çünkü klasik uluslararası kamu hukuku doktrinine göre oluşturulan ve devletlerin egemen eşitliği, karşılıklılık, uluslararası nezaket ilkelerine dayanan sözleşmelerin aksine, modern uluslararası insan hakları hukuku doktrinine göre hazırlanan AİHS tek taraflı hukuken bağlayıcı kurallar ihdas etmektedir. Sözleşme, devletle birey arasında bir hukuki ilişki doğurmaktadır. Bireyler, uluslararası hukukun öznesi haline gelmekte ve devletten yerine getirilmesini isteyebileceği ve talep edebileceği birtakım haklara sahip olmaktadır²⁹⁸. Ayrıca sözleşme temin ettiği hak ve özgürlüklere ilişkin yargısal bir denetim mekanizması kurduğu ve sağlanan güvenceleri teminat altına alan bir yaptırım mekanizmasına sahip olduğu için önemlidir²⁹⁹.

AİHS'nin öne çıkan ve diğer uluslararası sözleşmelerde bulunmayan özgün özelliklerinde birisi de, bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmış

²⁹⁶ **ÖNOK**, s. 158; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR**, İnsan Hakları, s. 48.

²⁹⁷ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 48; **ÖZTÜRK**, Bahri/**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, M. Ruhan/**SIRMA**, Özge/**KIRIT**, Saygılar/**ÖZAYDIN**, Özdem/**AKCAN**, Esra Alan/**ERDEN**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ceza Muhakemeler Hukuku), 11.Baskı, Ankara 2017, s. 98.

²⁹⁸ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR**, s. 68; **DÖNER**, Uluslararası Alanda Koruma, s. 32.

²⁹⁹ **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN**, s. 97.

olmasıdır³⁰⁰. Sözleşme bireye haklarını çiğneyen devlete karşı sözleşmenin denetim organlarına bireysel olarak başvurabilme yolunu açmış ve bu hakkın kullanılmasını bireyin iç hukuk yollarını tüketmiş olması koşuluna bağlamıştır³⁰¹.

AİHS'nin ortak güvence olarak da bilinen devlet başvurusu ile devletlerin sözleşme denetim organlarına başvuru hakkını da düzenlemektedir. Böylece AİHS ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere, taraf devletler hem uymakla yükümlüdür hem de diğer taraf devletlerin Sözleşme'nin yetki ve uygulama alanı içinde Sözleşmeye saygılı olup olmadığını denetleyebilmektedir. Ayrıca sözleşme taraf devletlerin çekince koyma hakkını da sınırlamaktadır³⁰².

Sözleşme imzalandıktan sonra çıkarılan ek protokollerle sürekli geliştirilmekte ve güncellenmektedir. Sözleşmeye ek 11. No.lu protokol öncesi dönemden farklı olarak bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için devletlerin AİHM' in yargı yetkisini ayrıca tanımış olması gerekliydi, bu Protokolle bu koşul kaldırılmış ve devletler tarafından yapılacak ek bir tanımaya gerek kalmaksızın bireyler doğrudan AİHM'ye başvurabilir konuma gelmiştir³⁰³.

³⁰⁰ **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, AİHS ve Uygulaması, s. 13; **DEMİRBAS**, İşkence Suçu, s. 46; **BAKIM**, İşkence Suçu, s. 35.

³⁰¹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK**, s. 49; AİHM'nin iç hukuk yolları tüketilmedi gerekçesiyle reddettiği yeni kararlar. *Draniceru/Moldova Cumhuriyeti*, B.N. 31275/15, T. 12.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019); *Elçi/Türkiye*, B.N. 63129/15, T. 07.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019); *Ahmet Tunç ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 4133/16, T. 07.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019); *Tunç ve Yerbasan/Türkiye*, B.N. 31542/16, T. 07.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

³⁰² **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN**, s. 99; **BAKIM**, s. 36; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, AİHS ve Uygulaması, s. 13.

³⁰³ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR**, İnsan Hakları, s. 70.

Türkiye Büyük Millet Meclisi 1 Haziran 2006 tarihinde, Avrupa Konseyi bünyesinde 13.05.2004'de imzaya açılan ve Türkiye tarafından 06.10.2004'de imzalanan "*İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin*" Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 no.lu Protokol'ü onaylanmasına dair 5512 sayılı kanunu kabul etmiştir. 5512 sayılı kanun, 06.06.2006 tarihli ve 26190 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 14 no.lu Protokol ile AİHM ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin iş yükünün sürekli artması karşısında, uzun dönemde denetim sisteminin etkinliğinin sağlanması ve geliştirilmesi hedeflenmiştir³⁰⁴.

Türkiye, 1987 yılında AİHM'ne kişisel başvuruyu kabul etmiştir. Türkiye'de yaşayan her birey, AİHS madde 35'teki şartlara uyarak Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde dava edebilecektir³⁰⁵. Türkiye açısından da, 1999'dan beri Avrupa Birliği'ne Uyum Yasaları çerçevesinde Anayasa'da ve birçok temel kanunda yapılan değişikliklerin geniş ölçüde Mahkeme içtihatlarından yararlanarak ortaya koyulduğunu söylemek mümkündür³⁰⁶.

³⁰⁴ AİHM, taraf devletlerin AİHS'den ve buna ilişkin Protokollerden doğan yükümlülüklerine uymalarını sağlamak amacıyla oluşturulmuş, devamlı olarak görev yapan bir yargı organıdır. AİHM yapılan başvuruları incelemek üzere 3 hakimli komite, 7 yargıçlı daire ve 17 yargıçlı bir Büyük Daire şeklinde toplanır. AİHM'nin toplantı yeri Strasburg'dur. AİHM'nin yargı yetkisi, sözleşme ve protokollerin yorumu ve uygulamasına ilişkin tüm konuları kapsar. Komiteler yapılacak olan kişisel başvuruları "*kabul edilebilirlik*" yönünden incelemek üzere Daireler tarafından oluşturulur ve oluşturulacak komite sayısını AİHM'nin başkanı belirler. Komiteler yapılan bir kişisel başvurunun daha fazla incelemeye gereksinme duyulmaksızın karar verilebilmesi halinde "*kabul edilemezliğine*" veya "*kayıttan düşürülmesine*" oy birliği ile karar verilebilir. Ayrıca Komite'nin kararları kesindir ve Komite kabul edilebilir bulduğu başvuruyu bir daireye gönderir ve bu daire başvuruyu hem kabul edilebilirlik açısından hem de işin esası bakımından inceler.

³⁰⁵ SUR, Melda, "*Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Kişisel Başvuru (Tebliğ)*", İzmir Barosu Dergisi, Y. 1993 S. 2, s. 75; DEMİRBAS, s. 46.

³⁰⁶ ÖNOK, İşkence Suçu, s. 160.

2.2 AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MADDE 3. KAPSAMINDA İŞKENCE YASAĞI

AİHS'nin 3. maddesinde “*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz*” ifadesi ile “işkence” yasağı düzenlenmiştir.

İşkence yasağını düzenleyen 3. madde, bu yasağın kapsamına veya hangi koşullar altında ihlal edilmiş sayılacağına ilişkin ayrıntılı bir açıklama getirmemiştir. Bu nedenle işkence suçunun unsuru, yasağa ilişkin yükümlülükleri, esasları, maddenin kapsamı ve meydana gelen ihlalin işkence yasağı boyutunu ulaşıp ulaşmadığına ilişkin ayrıntılar, AİHM kararları ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır³⁰⁷.

O halde işkence yasağının ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için meydana gelen olayda yer alması gereken unsurların, “a) Fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veren bir fiilin mevcut olması. b) Eylemin bilgi, itiraf elde etme, cezalandırma veya gözdağı vermek, amacıyla kasten gerçekleştirilmesi. c) Fiilin kamu görevlisi tarafından veya onun bilgisi ya da onayı ile gerçekleştirilmiş olması” olduğunu ilk bölümde ifade etmiş ve açıklamıştık, bu nedenle bu bölümde sadece hatırlatmakla yetinmeyi tercih ediyoruz³⁰⁸.

AİHS'nin 3. maddesinde korunan haklar kapsamında sözleşmecî devletlere üç tür yükümlülük yüklenmiştir³⁰⁹.

- Negatif Yükümlülük, Devlet eliyle yahut devlet yetkililerinin bilgisi ya da rızası dahilinde bireylere işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmamasını ifade etmektedir. Gerek

³⁰⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 135; ÖZDEK, s. 158; BAKIM, s. 51.

³⁰⁸ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.18; ÖNOK, s. 162; BAKIM, s. 51.

³⁰⁹ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 2; BOYAR, s. 138.

maddenin kenar başlığı ve gerekse madde metni bu yasağın bir “yapmama” yükümlülüğü teşkil ettiğini açıkça ifade etmektedir³¹⁰. Bu yükümlülük gereğince, devlet görevlilerinin bireylere işkence veya kötü muamele uygulamaması gerekmektedir³¹¹.

•Pozitif yükümlülük³¹², negatif yükümlülüğün aksine “yapmama” değil; bir davranış, harekete geçme yükümlülüğü olarak ifade edilebilir. Sözleşmenin bu maddesi kapsamında Devletler, koruması altında bulunan kişilerin işkenceye maruz kalmasını önlemek, işkence görme tehlikesi altında bulunan kişilerin korunması için gerekli önlemleri almak, işkencenin önlenmesi amacıyla gerekli ve caydırıcı yasal düzenlemeleri yapmak zorundadır³¹³. Başka bir deyişle, bu yükümlülüğün bir önleme yükümlülüğü olduğunu ifade etmek de mümkündür³¹⁴. Diğer yandan, bu yükümlülük yalnızca resmi görevliler tarafından yaratılması muhtemel tehlikeleri

³¹⁰ **REİSOĞLU**, (İnsan Hakları), s. 44; **ÖNOK**, s. 163; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 21; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 136; **ANAYURT**, s. 269.

³¹¹ AİHS 3.maddeden kaynaklanan negatif yükümlülüğün yanı sıra, AİHS 13. maddenin de ihlal edildiğine ilişkin kararlar için Bkz. *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, T. 09.06.1998, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11847.htm>, Erişim Tarihi:03.06.2018); *Çakıcı/Türkiye*, B.N. 23657/94, T. 08.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 465; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 71.

³¹² “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme” m. 2’ de de bu husus ifade edilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında “Her bir taraf devleti kendi egemenliği altındaki ülkelerde işkence eylemlerini önlemek üzere etkin yasal, idari, yargısal ya da diğer önlemleri alacaktır” ifadesiyle, sözleşmeye taraf olan devletlerin yükümlülüklerine açıklık getirilmiştir.

³¹³ **ÖNOK**, s. 163; **REIDY**, s. 9; **DOĞRU**, s. 22; **DOĞRU**, Osman/**NALBANT**, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar. 2. Cilt, Ankara 2013, s. 145; **BOYAR**, s. 143.

³¹⁴ *Ilgiz Khalikov/Rusya*, davasında tutuklu başvurucunun, başka bir kuruma transfer edilmesi sırasında nezaret eden polisler ile tutuklular arasında çıkan silahlı çatışmada rastgele sıkılan bir kurşunla başvurucunun ağır bir şekilde yaralanması ile ilgili AİHM, nezaret eden polislerin transfer sırasında tutukluların güvenliğini sağlamalarını öngören düzenlemeleri ihmal etmeleri nedeniyle başvurucunun yaralanmasından ötürü devleti sorumlu tutmuş ve AİHS m. 3’ün ihlal edildiğine karar vermiştir. *Ilgiz Khalikov/Rusya*, B.N. 48724/15, T. 15.01.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

kapsamakla kalmayıp, özel kişilerce yöneltilebilecek tehlikelere karşı da bir koruma sağlanmasını gerektirmektedir³¹⁵.

Mahmut *Kaya/Türkiye*³¹⁶ kararında Mahkeme, devletin kaybolan mağdurun ölümünden önce gördüğü kötü muameleden Devleti sorumlu tutulmuştur. Hasan Kaya'nın ellerini, derisini kesecek kadar iple bağlamanın, muamelenin niteliği bakımından yasağı ihlal ettiği sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle AİHM, insanlık dışı ve kötü muamele görmesine engel olamadığı için Türkiye'yi m. 3 ihlali dolayısıyla mahkum etmiştir³¹⁷.

³¹⁵ Mahkeme, bahçeden aldığı sopayla oğlunu döven üvey babanın bu davranışının çocuğun terbiyesi kapsamında "*kabul edilebilir dayak/ceza*" kabul edilmesi ve baba hakkında yapılan yargılama sonucunda beraat etmiş olması durumu ile ilgili olarak, hukukun kişileri bu tür muamelelere maruz kalmaktan koruyamadığı, yani konuya ilişkin hukuki düzenlemelerin yetersiz olduğu gerekçesiyle AİHS m. 3'ün ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. *A./Birleşik Krallık*, B.N. 25599/94, T. 23.09.1998; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 133; Karara konu olan olayda, İngiliz vatandaşı beş çocuğun yaşam koşullarının çocukların yaşamasına uygun olmaması, yiyeceklerini çöpten toplamaları, aileleri tarafından kötü muameleye tabi tutulmaları, vücutlarının yara bere içerisinde olması, psikolojik travma belirtileri gösteriyor olmaları dolayısıyla devletin bireyleri işkenceye karşı koruyamaması sebebiyle AİHM, Birleşik Krallığı AİHS m. 3 ihlali dolayısıyla mahkum etmiştir. *Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B.N. 29392/95, T. 10.05.2001; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 260. Benzer bir karar ise Devletin başvuruları tecavüzden koruyamamış olması nedeniyle AİHS 3. maddeye yönelik pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olmasına ilişkin Bulgaristan'ın mahkum edildiği, *M.C./Bulgaristan*, B.N. 39272/98, T. 4.12.2003; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 266, karardır; AİHM *Khan/Fransa* kararında, 11 yaşındaki başvuruçunun, Fransa'nın Calais kentindeki "Jungle" adlı göçmen kampında 6 ay tek başına yaşamak zorunda bırakılması ve ulusal makamlar tarafından bakım hizmetinin sağlanmamasını insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirmiştir. *Khan/Fransa*, B.N. 12267/16, T. 28.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

³¹⁶ *Mahmut Kaya/Türkiye*, B.N. 22535/93, T. 28.03.2000; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 74.

³¹⁷ Mahkeme, Devlet yetkililerince Hasan Kaya'nın PKK örgütü tarafından tehdit edildiğini ve hayatı ile vücut bütünlüğünün tehlike altında olduğunu bilmekte olmasına rağmen, insanlık dışı muamele görmesini ve hayatını kaybetmesini önleyemediği için, yani önleyici nitelikli yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği için AİHS m. 3 dolayısıyla ihlal kararı vermiştir. *Mahmut Kaya/Türkiye*, B.N. 22.535/939 T. 28.03.2000; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 74. Benzer yönde bkz. *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11645.htm>, Erişim Tarihi: 26.05.2018).

•Devlet işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları etkili bir şekilde soruşturmak ve kovuşturmakla yükümlüdür³¹⁸. Devletin bu yükümlülüğü, ceza hukuku alanındaki soruşturma ve kovuşturmanın yanında, idare hukuku alanındaki idari soruşturmalar ve idari davalar ile medeni hukuk alanındaki haksız fiil sorumluluğuna dayalı davaları da kapsamaktadır³¹⁹.

Gerek pozitif gerekse bunun uzantısı olan usuli yükümlülük bakımından esas önem taşıyan nokta ise gerekli önlemlerin alınması ve düzenlemelerin yapılmasıdır. Devletlerin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesine rağmen, işkence olaylarını önleyememiş olması, tek başına devletleri

³¹⁸ *Ebru Dinçer/Türkiye* davasında, başvurunun tutulduğu Bayrampaşa Cezaevi'nde Hayata Dönüş Operasyonu isimli polis operasyonunda, kadınlar koğuşunda çıkan yangın sonucu başvurunun yüzü ve vücudunun farklı bölgelerinde yanıklara maruz kalması ve olayla ilgili ceza davası hala sürmekte olup başvurunun açtığı idari davada reddedilmiştir. AİHM özellikle yangının sebebinin etkili bir soruşturma yapılması halinde ortaya çıkarılabileceğini ve yangının sebebinin ne olduğuna dair bu güne kadar hiçbir aydınlatmanın olmaması ve olaydan 18 yıl, sonra cezai işlemlerin ulusal mahkemeler önünde hala bekletildiğini ve başvurunun fiziki ve zihinsel acıya sebep olan şiddetin kendi davranışıyla kaçınılmaz hala geldiğini de göstermediğinden, AİHS. 3 ihlal edildiğine karar vermiştir. *Ebru Dinçer/Türkiye*, B.N. 43347/09, T. 29.01.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019); AİHM *Gjini/Sırbistan* kararında başvurunun, aynı koğuşta kaldığı mahkumlar tarafından bir çok defa şiddete ve tecavüze maruz kalmış olması nedeniyle fiziksel ve ruhsal olarak ağır zarar gördüğü ile ilgili AİHM, cezaevi görevlilerinin başvurucuya yapılan kötü muameleyi açıkça görebileceklerini ancak başvuru için bir müdahalede bulunmadığı ve etkili soruşturma yapılmaması nedeniyle AİHS m. 3 ihlal edildiğine karar vermiştir. *Gjini/Sırbistan*, B.N. 1128/16, T. 15.01.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

³¹⁹ AİHM'nin, *Eğmez/Kıbrıs*, kararında vurguladığı gibi "bir kişi işkence uğradığını ciddi bir şekilde iddia etmişse, etkili başvuru yolu devletin bu iddia etkili bir biçimde soruşturmak, sorumluları teşhis etmek ve cezalandırmak ödevini de kapsamaktadır". *Eğmez/Kıbrıs*, B. N. 30873/96, T. 21.12.2000; **AKILLIOĞLU**, s. 52. (<http://www.anayasa.gen.tr/akillioglu-egmez.htm>, Erişim Tarihi: 15.05. 2018); AİHS 3.maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüğün ihlal edildiğine ilişkin kararlar için Bkz. *Türkmen/Türkiye*, B.N. 43124/98, T. 19.12.2006, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11696.htm>, Erişim Tarihi: 03.01.2018); *Aksoy/Türkiye*, B.N 21897/93, T. 18.12.1996; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 198; *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11645.htm>, Erişim Tarihi: 03.06.2018); *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 26; *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 224.

sorumlu tutmak için yeterli değildir. Başka bir ifadeyle burada bir *sonuç* değil, *davranış yükümlülüğü* söz konusu olmaktadır³²⁰.

2.2.1 Madde 3. Kapsamında İşkence Yasağına İlişkin Kavramlar

2.2.1.1 Genel Olarak

AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarına göre, bir muamele veya cezanın AİHS m.3 ihlali anlamına gelebilmesi için mağdurda yarattığı etkinin "*belirli bir ağırlığa*" ya da "*belirli bir yoğunlukta*" olması gerekir³²¹. Ayrıca AİHS m. 3. de yer alan "*işkence*" "*aşağılayıcı muamele*" veya "*insanlık dışı muamele*" veya "*ceza*" bakımından da "*ağırlığın belirli bir yoğunlukta*" olması koşulu aranmaktadır³²². Zaten bu kavramlar arasındaki ayrımı kavramamızı sağlayan da bu ağırlığın farklı düzeylere ulaşması ve mağdur üzerindeki etkilerinin farklı şekillerde karşımıza çıkmasıdır³²³.

AİHM ağırlığın tespiti için, olaylara ilişkin özellikleri değerlendirerek karar vermektedir. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi "*işkence*" kavramı farklı olaylar ve hatta farklı zamanlarda gerçekleşen benzer olaylar bakımından birbirinden farklı kavramlarla nitelendirilmektedir. Bu nedenle AİHM, işkenceye yönelik yaptığı nitelendirmeler bakımından "*dinamik yorum*"

³²⁰ **ÖNOK**, s. 167; **GEMALMAZ**, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, s. 206.

³²¹ *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71 T. 18.01.1978; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 419; *Taşan/Türkiye*, B.N. 63748/00, T. 04.03.2008, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11333.htm>, Erişim Tarihi: 15.09.2018); *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 217; *Elçi ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 23145/93 ve 25091/94, T. 13.11.2003; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 27; *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 224.

³²² *Foka/Türkiye*, B.N. 28940/95, T. 24.06.2008, (<http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx>, Erişim Tarihi: 21.06.2018); *Amer/Türkiye*, B.N. 25720/02, T. 13.01.2009, (<http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx>, Erişim Tarihi: 01.08.2018). **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 134; **ÖNOK**, s. 175; **DEMİRBAŞ**, s. 57; **ÖZDEK**, s. 158; **BAKIM**, s. 49; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 127; **BOYAR**, s. 156; **DOĞRU**, 3.

³²³ **ANAYURT**, AİHM İctihatlarında İşkence, s. 432; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 140.

yapmayı tercih etmektedir³²⁴. Bu durum da işkencenin stabil bir kavram olmamasından ve muamelenin niteliği, gerçekleştirildiği ortam, süresi³²⁵, mağdur üzerindeki fiziksel veya ruhsal etkileri, cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, gibi birçok farklı değişkene göre farklı şekillerde nitelendirilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır³²⁶.

AIHS m. 3'te “işkence”, “insanlık dışı” veya “aşağılayıcı muamele” terimleri arasında tercih yapılması yoluyla, belirli bir ağırlık düzeyini aşan, ciddi boyuta ulaşmış ve mağdurda sıkıntı doğuran davranışlar arasında ağırlık ve meydana getirdiği zarara ilişkin farklılığın belirlenmesi amacı güdülmektedir³²⁷. Önemli boyutta acı çekilmesine yol açan insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele veya cezaya hiçbir koşulda onay verilmemektedir³²⁸. Bu nedenle davranışın da ayrıma gidilerek belirlenmesi ve hangi boyutta ihlalin var olduğunun tespit edilmesi yoluyla cezalandırılması gerekmektedir. AIHS m. 3 içerisinde yer alan kavramları birbirinden ayıran esas unsur, mağdurda yarattıkları etkinin ağırlığı ve

³²⁴ **ANAYURT**, AIHM İçtihatlarında İşkence, s.430; **ÖZDEK**, s. 160; **DOĞRU**, s. 4.

³²⁵ Örneğin, *Eğmez/Kıbrıs* kararında, kötü muamelenin kısa süre içerisinde cereyan ettiğinden hareketle, işkence derecesine varmadığı kabul edilmiştir. Bkz. **AKILLIOĞLU**, s. 55.

³²⁶ *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 217; *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000; **Doğru**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 25; *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 224; *Gülizar Tuncer Güneş/Türkiye*, B. N. 32696/10, T. 11.02.2014, (<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/gulizartuncergunes.pdf>, Erişim Tarihi: 27.03.2019).

³²⁷ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.20; **ÖZDEK**, s. 161.

³²⁸ Bu hususun ifade edildiği kararlar için bkz. *Tyrer/Birleşik Krallık*, B.N. 5856/72, T. 25.04.1978; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 301; *Tomasi/Fransa*, B.N. 12850/87, T. 27.08.1992; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 188; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 31; *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 217; *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 1 1.04.2000, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11645.htm>, Erişim Tarihi: 19.03.2018); AIHM *Gäfgen/Almanya* kararında, bir kimsenin hayatı tehdit altında olduğundan bahisle, başvurunu işkence göreceği hususunda tehdit edilmesini ve psikolojik anlamda işkenceye maruz bırakılmasını işkence yasağının ihlali kabul etmiş ve hiçbir suretle bu yasağın ihlalinin meşru kabul edilemeyeceğini açıklığa kavuşturmuştur. *Gäfgen/Almanya*, B.N. 22978/05, T. 01.06.2010; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 750.

yoğunluğudur³²⁹. Bu nedenle, AİHS m.3 ihlali gündeme getiren her olay zorunlu olarak insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilir; ancak, her aşağılayıcı muamele, işkence ya da insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmeyebilir³³⁰.

Mahkeme, AİHS m. 3' n ihlali bakımından bu üç kavram arasında bir ayırımı gitmiyor ise de; oldukça ağıır nitelikteki ihlaller bakımından "işkence" nitelendirmesini yapmakta; hükmedeceği tazminatın miktarını buna göre belirlediği gibi, uluslararası platformda devletleri en ağıır ihlal kategorisi ile "damgalama" ve böylece devletlerin m. 3 ihlallerinden kaçınmasını sağlama amacını g tmektedir³³¹.

şimdi AİHM'nin hangi kriterleri esas olarak işkence yasağı kapsamında yer alan kavramları değerlendirdiğini açıklamaya çalışacağız.

2.2.1.2 işkence Kavramı

AİHS'nin 3. maddesine göre, işkence nitelik ve içerik itibariyle en ağıır ihlal türlerinden birini teşkil etmektedir³³². İnsanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamelenin ağıırlığını da karşılayan işkence kavramı, meydana gelen olaylar bakımından en ağıır ve ciddi muameleleri kapsayan, mağdurda oldukça

³²⁹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK** s. 137; **SEVÜK**, Handan Yokuş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi", (AİHM işkence), Ceza Hukuku Dergisi, Y.7, S.20, Aralık 2012, s. 10; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, AİHS ve Uygulaması, s. 198; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 140; **ÖZDEK**, s. 158. Mahkemenin bu konuya dikkat çektiği kararları için bkz. *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999; **DOğRU/NALBANT**, (İHAS ve önemli Kararlar), s. 217; *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000; **DOğRU**, (işkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 25-26; *Selçuk ve Asker/Türkiye*, B.N. 23184/94, T. 24.04.1998; **DOğRU**, (işkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 158; *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11645.htm>, Erişim Tarihi: 20.04.2018).

³³⁰ **REIDY**, s. 15; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 143; **SEVÜK**, AİHM işkence, s. 10; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, AİHS ve Uygulaması, s. 199.

³³¹ Mahkemenin bu durumu ifade ettiği kararlar için bkz. *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21987/93, T. 18.12.1996; **DOğRU/NALBANT**, (İHAS ve önemli Kararlar), s. 198; *Aydın/Türkiye*, B.N. 23178/949 T. 25.09.1997; **DOğRU**, (işkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 176; **BOYAR**, s. 139; **NAL**, (AİHS işkence...), s. 154; **ANAYURT**, AİHM içtihatlarında işkence, s. 427.

³³² **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 138.

önemli ve büyük zarar, acı ve eza doğuran davranışları nitelendirmek amacıyla kullanılmaktadır³³³.

İşkence niteliğindeki davranışlar insanlık dışı muamele olmakla birlikte, özel bir amaçlarla veya kasten gerçekleştirilmesi ve oldukça ağır muamele olmaları dolayısıyla diğer işkence biçimlerinden ayrılmaktadır³³⁴.

AİHM'nin gözaltında işkence yapıldığını tespit ettiği ve Türkiye aleyhine 3. maddenin ihlaline ilişkin verdiği ilk karar, *Aksoy/Türkiye*³³⁵ kararıdır. AİHM, mağdurun maruz kalmış olduğu; gözaltı esnasında göz bağı kullanılması, Filistin askısı yapılması, elektrik verilmesi, tazyikli su sıkılması, çok sayıda darbe vurulması, hakaret ve küfür edilmesi gibi muameleler ve bu muameleler sonucunda mağdurun kolunu kullanma kabiliyetini yitirmesi ve psikolojik durumunun zarar görmüş olması, mahkeme nezdinde ağırlığı ve mağdur üzerindeki etkileri göz önünde bulundurularak “işkence” olarak değerlendirilmiştir.

Tekin/Türkiye davasında AİHM, mağdurun Jandarma karakolunda gözleri bağlanmış bir şekilde sorgulanmasını, tacize uğramasını, sıfır derecenin altında dört gün boyunca, yataksız, battaniyesi, içecek ve yiyecek verilmeden tutulmasını, kıyafetsiz soğuk suda tutulmasını, bedenine ve ayaklarının tabanına copla vurulmasını, eli ve ayak parmaklarına elektrik verilmesini; mağdurun kişisel durumunu ve tek böbreğinin olmamasını da göz önünde bulundurarak işkence olarak nitelendirmiştir³³⁶.

³³³ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.18; **DOĞAN/KAYA**, (İstanbul Protokolü), s. 430; **ÖZDEK**, s. 158.

³³⁴ **ANAYURT**, AİHM İçtihatlarında İşkence, s. 430.

³³⁵ *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21987/93, T. 18.12.1996; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 198.

³³⁶ *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, T. 09.06.1998, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11847.htm>, Erişim Tarihi: 01.02.2018).

Akkoç/Türkiye davasında AİHM, mağdura elektrik verilmesi, sıcak ve soğuk su dökülmesi ve başına darbe alması yanında; mağdurun, gördüğü bedensel ve psikolojik baskı ile uzun süre korku ve güvensizlik duygusu içine girmesini değerlendirerek, işkence olarak tanımlanabilecek çok ciddi ve zalimce bir muamelenin mağduru olduğuna karar vermiştir³³⁷.

AİHM'nin ölümden önce işkence yapıldığı sonucuna vardığı ilk kararı *Çakıcı/Türkiye*³³⁸ kararıdır. AİHM başvurusunun gözaltında dövülmesi, kaburgalarının ve kafatası kemiğinin kırılması, gözaltında elektrik şokuna maruz bırakılması, mağdurda meydana getirdiği etkileri de dikkate alarak işkence yasağının ihlal edildiğini kabul etmiştir.

2.2.1.3 İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza

İnsanlık dışı muamele, somut olayda halin haklı göstermediği ve ciddi zihinsel ya da fiziksel acıya kasten yol açan muameleleri ifade etmek için kullanılmaktadır³³⁹. Yine asgari ağırlık düzeyine ulaşan ancak işkence olarak nitelendirmek için gerekli unsurlardan en az birine sahip olamayan, belirli bir saikin varlığının aranmadığı gibi ızdıraba yol açma amacının da gerekli olmadığı fiiller insanlık dışı muameleyi oluşturur³⁴⁰.

Maddi unsur bakımından İnsanlık dışı muamele, işkence suçu kadar özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği acıya neden olmamakla birlikte yine de fiziksel yaralanmaya ve yoğun fiziksel veya ruhsal acıya sebep olan muameledir³⁴¹. İşkence olarak gerekli olan kastın bulunması insanlık dışı muamelenin

³³⁷ *Akkoç/Türkiye*, B.N. 22947/93 ve 22948/93, T. 10.10.2000; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 27.

³³⁸ *Çakıcı/Türkiye*, B.N. 23657/94, T. 08.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 465; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 71.

³³⁹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 139; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, AİHS ve Uygulaması, s. 199; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 139.

³⁴⁰ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.19; **ANAYURT**, AİHS'de İşkence ve Kötü Muamele, s. 233; **BAKIM**, s. 54; **BOYAR**, s. 141.

³⁴¹ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 20; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 140; **BOYAR**, s. 141.

oluşması için zorunlu değildir, böyle bir kastın bulunmadığı durumlarda da insanlık dışı muamele oluşabilir. İnsanlık dışı muamelenin faili bazen üçüncü kişi bile olabilmektedir³⁴².

Mahkeme, m. 3'ün içeriğine ve koruma alanına ilişkin ayrıntılı açıklamada bulunduğu ilk karar olan *İrlanda/İngiltere*³⁴³ kararında, karakolda “beş teknik” adı altında uygulanan sorgulama yöntemlerini, mağdurlar üzerinde psikolojik ve fiziksel hasara ve acıya yol açan davranışları önlemleri ağırlıkta bedensel zarar meydana getirmedeği gerekçesiyle, insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir³⁴⁴.

AİHM *Tuncer ve Durmuş/Türkiye*³⁴⁵ davasında, gözaltına alınırken polisler tarafından dövülen başvuruçuların polisleri savcılığa şikayeti üzerine gönderildikleri Adli Tıp'ta başvuruçuların 10'ar gün iş göremez şekilde yaralandıkları tespit edilmiştir. AİHM, haklarında dava açılan polislerin kötü muameleden sorumlu olduğuna dair yeterli delil bulunmaması sebebiyle ulusal mahkemede beraat etmeleri, bu kararın Temyiz Mahkemesinde kesinleşmesi karşısında kendilerine suç isnat edilen polislerin mahkum edilmiş olmamalarının devleti gözaltına alınanlarda mevcut olan yara bereleri açıklamaktan kurtarmayacağını belirtmiştir. Mahkeme, tıbbi rapor dışında başvuruçuların iddialarını destekleyen bağımsız tanık ifadeleri bulunmasa bile, gözaltına alınırken devletin kontrolü altında bulunan başvuruçularda meydana gelen yara bere izlerini aklın kabul edeceği şekilde açıklayamaması

³⁴² **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.20.

³⁴³ *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 419.

³⁴⁴ **ANAYURT**, AİHS'de İşkence ve Kötü Muamele, s. 432; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 139; AİHM *Gäfgen/Almanya*, kararında mağdurun işkence ile tehdit edilerek itiraf temin edilmeye alışılmasını, psikolojik etkileri ve mağdurun iradesine etki etmesi sebebiyle insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir. *Gäfgen/Almanya*, B.N. 22978/05, T. 01.06.2010; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 750.

³⁴⁵ *Tuncer ve Durmuş/Türkiye*, B.N. 30494/96, T. 02.11.2004; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 35.

sebebi ile olayda devleti sorumlu görmüş ve insanlık dışı muamele yasağının ihlaline karar vermiştir.

Mahkeme *Christodoulidou/Türkiye*³⁴⁶ kararında, Türk polislerinin başvurana süngü darbesi olarak tanımlanan keskin bir cisimle vurması sonucunda üst kaval kemiğinde derin yara oluşması ve muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri, cinsiyeti göz önünde bulundurarak, başvurana Türk polisinin uyguladığı muamelenin AİHS m. 3 kapsamında insanlık dışı muameleyle tekabül ettiği kanısına varmıştır.

Mahkeme *Tomasi/Fransa*³⁴⁷ kararındaysa, uzun süren ve geç saatlerde gerçekleştirilen sorgulama koşullarının, avukattan yardım alma ve dış dünya ile iletişim kurma olanağı verilmemesi ve gözaltında kaldığı süre zarfında defalarca dövülmüş olması nedeniyle insanlık dışı muamele olduğuna kanaat getirmiştir. Bu kararda olduğu gibi AİHM, bazı başvurular bakımından, yapılan davranışın aşağılama ve küçük düşürme niteliği, bedensel acıya göre daha baskınsa, iki kavrama da birlikte yer vererek “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” olarak kararı vermektedir³⁴⁸. Zira AİHM bu kavramlar arasında ayırma giderken esas amacı da işkenceyi bu iki kavramdan ayırabilmektir.

AİHM *Mammadov ve Diğerleri/Azerbaycan*³⁴⁹ davasında, başvurucunun Bakü’de Milli Güvenlik Bakanlığı yetkililerince gözaltına alınması ve Milli Güvenlik Bakanlık yetkililerince parmaklarının sandalye ile ezilmesi, sol

³⁴⁶ *Christodoulidou/Türkiye*, B.N. 16085/90, T. 22.09.2009, (<http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx>, Erişim Tarihi: 26.08.2018).

³⁴⁷ *Tomasi/Fransa*, B.N. 12850/87, T. 27.08.1992; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 188; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 31.

³⁴⁸ *Ribitsch/Avusturya*, B.N. 18896/91, T. 04.12.1995; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 195; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 33; *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, T.09.06.1998, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11847.htm>, Erişim Tarihi: 27.04.2018).

³⁴⁹ *Mammadov ve Diğerleri/Azerbaycan*, B.N. 35432/07, T. 21.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

göğüs kafesine vurulması, omzunun yaralanması, geceleri kayıt dışı sorgulamalar yapılması, prostatı olduğunu söylemesine rağmen sorgulama boyunca tuvalet ihtiyacının karşılanmasına izin verilmemesi, pantolonuna idrarını yapmak zorunda kalması, prostat, hipertansiyon ve tiroid bezi hastalığı sebebiyle sağlık yardımı yapılmaması ve başvurucunun yaşının ileri olması nedeniyle bu muameleler ile başvurucunun fiziksel acı ve insan onurunu zedeleyen zihinsel acı çekmesine sebebiyet verildiği gerekçesiyle insanlık dışı muamele olduğu ve AİHS 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM *Utvenko ve Borisov/Rusya* davasında³⁵⁰, başvuruçuların gözaltına alındıkları cezaevlerinde yüklenen suçlu ikrar etmeleri için aynı koşullarda kaldıkları kişiler tarafından polislerin yönlendirmesiyle dövüldükleri ve kötü muamele gördükleri ve yüklenen suçlu itiraf etmek zorunda kaldıkları ile ilgili AİHM, daha öncede Rusya'daki cezaevlerindeki tutulma koşullarının AİHS m.3'ü ihlal ettiği içtihadında bulunduğunu hatırlatmış ve bu davada farklı bir sonuca ulaşmak için bir sebep olmadığı nedeniyle, insanlık dışı muamele yasağının ihlaline karar vermiştir.

2.2.1.4 Aşağılayıcı Muamele ve Ceza

AİHS'nin 3.maddesinde yasaklanan üç muamele ve cezadan, en az acı ve eza eşliğinde bulunan türü “*Aşağılayıcı muamele ve cezalardır*”.

Aşağılayıcı muamele kavramı, mağduru diğer kişiler karşısında utandıran, rezil eden yahut korkmasına veya değersiz hissetmesine yol açması sebebiyle onurunu zedeleyen her türlü muameleyi ifade etmektedir³⁵¹. Başka

³⁵⁰*Utvenko ve Borisov/Rusya*, B.N. 457667/09, T. 05.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

³⁵¹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 140; **ÖNOK**, s. 171; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 20; **DEMİRBAŞ**, s. 56.

bir ifadeyle, mağdur üzerinde korku, panik, sinirsel bozuklar doğuran³⁵² veya kendini aşağılık hissetmesine neden olan davranışlar aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilmektedir³⁵³.

AİHM'nin birçok kararında belirttiği gibi, bir muamelenin AİHS 3. maddesi anlamında “aşağılayıcı muamele” olup olmadığını değerlendirirken, bunun amacının mağdurda aşağılanma hissi meydana getirme, *kastıyla* yapılıp yapılmadığını ve mağdurun kişiliğini 3. maddenin ihlalini oluşturacak surette olumsuz olarak etkileyip etkilemediğini göz önünde bulunduracaktır³⁵⁴. Ancak failin böyle bir amacının veya kastının olması şart değildir. Başka bir anlatımla, kural olarak bu tür muamele ve cezaların kişiyi aşağılayıcı bir niyet taşıması gerekir, ama bazı durumlarda bu niyetinin veya kastının olup olmadığı önemsizdir³⁵⁵. Mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde, kendisini insanlık dışı muameleye maruz kalmış veya aşağılanıp küçük düşürülmüş hissetmesi yeterli olacaktır³⁵⁶.

³⁵² AİHM *Kurt/Türkiye*, kararında başvuranın gözaltında kaybolan oğluna yönelik işkence iddialarını temelsiz bulmuş ve bu bakımdan ihlal tespiti yapmıştır. Ancak, başvuran, yani oğlunu kaybeden anne bakımından, kayıp olayına ilişkin yetkililerce gerekli açıklama ve araştırma yapılmadığı, bu durumunda başvuruda oldukça büyük korku ve üzüntüye yol açtığı sebebiyle, söz konusu başvurunun kötü muamele sebebiyle AİHS m.3 ihlal ettiğine karar vermiştir. *Kurt/Türkiye*, B.N. 24276, T. 25.05. 1998; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 161; *Çakıcı/Türkiye*, B.N. 23657/94, T. 08.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 465; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 71; *Timurtaş/Türkiye*, B.N. 23531/94, T.13.06.2000, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11881.htm>, Erişim Tarihi: 19.06.2018); *Taş/Türkiye*, B.N. 24396/94, T.14.11.2000, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11848.htm>, Erişim Tarihi: 19.06.2018).

³⁵³ **REIDY**, s. 17; **BOYAR**, s. 142.

³⁵⁴ **DOĞRU**, s. 20; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 140; **ÖNOK**, s. 57; **BAKIM**, s. 57; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 140.

³⁵⁵ *Karalevicius/Litvanya* kararında, Mahkeme muamelenin amacının mağduru utandırma veya küçültme olup olmadığı dikkate alınması gereken bir husus olmakla beraber böyle bir amacın bulunmaması Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali sonucunu ortadan kaldırmaz. *Karalevicius/Litvanya*, B.N. 53254/99, T. 07.04.2005; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 140; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 84.

³⁵⁶ **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 20; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 140; **REIDY**, s.17; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 140; **BOYAR**, s. 142.

AİHM 1978 tarihli *Tyrer/Birleşik Krallık*³⁵⁷ kararında, *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında açıklık getirdiği “insanlık dışı muamele” ve “aşağılayıcı muamele” kavramları haricinde birde “aşağılayıcı ceza” kavramına açıklık getirmiştir. Kararda 15 yaşındaki başvuran, okula bira soktuğu ve bir başka öğrenciyi de yaraladığı gerekçesiyle, sopa ile vurulma cezasına mahkum edilmiştir. Mahkeme, hem bedene uygulanıyor olması, aşağılayıcı unsur barındırdığı için ve hem de cezanın infazına kadar geçen sürecin oldukça şiddetli ruhsal acılar yarattığı gerekçeleriyle, başvuran hakkında verilmiş olan ve infazı gerçekleşen bu cezanın “aşağılayıcı ceza” olarak nitelendirilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁵⁸.

AİHM *Peers/Yunanistan*³⁵⁹ kararında, başvurucunun cezaevinde adım atmak için yer kalmayan sürekli yatağının üstünde oturmak zorunda kaldığı, tuvalet ihtiyacını mahrem bir şekilde karşılama imkanı olmayan, doğal ışığın girmediği, yazın çok sıcak olan havalandırmasız bir hücrede kötü koşullar altında tutulmasının başvurucuyu aşağılama niyeti bulunmasa dahi aşağılayıcı muamele olduğuna karara vermiştir.

AİHM *H.A. ve Diğerleri/Yunanistan*³⁶⁰ kararında, başvurucunun polis karakolunda tutuldukları hücrelerin kalabalık, ısıtmanın, havalandırmanın ve ışığın yetersiz olması, kirli zeminde uyumak zorunda kalmaları, dışarıda yürüyüş yapmalarına ve hava almalarına izin verilmediği ve başvurucuların gözaltına alındıkları karakolda dış dünyadan izole edildikleri ve bu durumun çocukların fiziksel ve psikolojik durumlarını kötü etkileyebileceğini, koruma amacıyla psikolojik veya sosyal bir destekçi olmadan günlerce gözaltında

³⁵⁷ *Tyrer/Birleşik Krallık*, B.N. 5856/72, T.25.04.1978; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 301.

³⁵⁸ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 130.

³⁵⁹ *Peers/Yunanistan*, B.N. 28524/95, T. 10.06.2001; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 278.

³⁶⁰ *H.A. ve Diğerleri/Yunanistan*, B.N. 19951/16, T. 28.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

tutulmalarının kabul edilemez olduğunu belirterek polis karakolundaki tutulma koşullarını, AİHS 3. maddesi kapsamında aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir.

2.2.2 İspat Yüğü

Davalı devletin ihlalden ötürü sorumlu tutulabilmesi için şikayet konusu olayların kanıtlanmış olması gerekmektedir³⁶¹. AİHM'nin *İrlanda/Birleşik Krallık*³⁶² davasında belirtildiğı üzere “her türlü şüphenin ötesinde/kesin” bir ispat düzeyi aranır. AİHM göre, yeterli ispat kuvvetine sahip, açık ve birbiriyle uyumlu sonuçlar çıkarmaya yetecek olguların bir arada bulunması veya aksi kanıtlanamamış benzeri maddi karinelerin varlığı durumunda, iddia ispat edilmiş sayılacağını belirtmektedir³⁶³.

AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğı iddiasına konu olan olaylar AİHM'ne gelmeden önce ulusal makamlar tarafından araştırılmış veya herhangi bir şekilde muhakeme konusu edilmiş ise, bu durum AİHM'nin işini kolaylaştıracaktır³⁶⁴. Eğer şikayet konusu olaylar hakkında taraflar arasında bir uzlaşma bulunmuyorsa ve başvurucunun da savunulabilir bir iddiası varsa mahkeme, AİHS'nin 38. maddesinden kaynaklanan yetkisini kullanarak, şikayet konusu olay ile ilgili soruşturma yapabilecektir³⁶⁵. AİHS 38. maddesinin 1/a bendi, Sözleşmeye taraf Devletlere AİHM'nin yapacağı soruşturmaya gerekli kolaylıkları sağlama yükümlülüğü yüklemektedir. AİHM'ne göre, Sözleşmeye taraf devletlerin elinde olan bilgileri geçerli bir

³⁶¹ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.7.

³⁶² *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978; DOĞRU/NALBANT, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 419.

³⁶³ *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978; DOĞRU/NALBANT, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 419; *Labita/İtalya*, B.N. 26772/95, T. 06.04.2000; DOĞRU/NALBANT, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 248; DOĞRU, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 64; *Afet Süreyya Eren/Türkiye*, B.N. 36617/07, T. 20.10.2015, (<https://legalbank.net/belge/aihm-2-dsi-2007-36617-t-20-10-2015-afet-sureyya-eren-turkiye-davasi/1512805>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

³⁶⁴ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 7.

³⁶⁵ DOĞRU/NALBANT, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 128.

açıklama sunmadan Mahkemeye vermemesi halinde bu maddenin ihlalini oluşturduğu gibi, söz konusu Devlet hakkındaki iddiaların doğru olduğuna dair AİHM'nin sonuç çıkarmasına da yol açabilecektir³⁶⁶.

AİHM bireysel başvuru sisteminin etkili şekilde işlemesi için taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesine çok önem vermektedir. AİHS'nin 3. maddesindeki hakları ihlal edildiği iddiasında olan bireylerin AİHM'ne bireysel başvuru yapabilmesi için; başvurusunun iç hukuk yollarını tüketmesi ve iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 ay içerisinde, başvurusunu yapmış olması gerekmektedir. Bu kapsamda bireyin iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü ile Devlet'in işkence ve kötü muamele iddialarını soruşturma yükümlülüğü arasında yakın bir bağ vardır. Bu nedenle soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmeyen Devlet'in, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı AİHM'si önünde kabul edilmeyecektir³⁶⁷.

İspat yükü bakımından davranışların idari pratik haline dönüşmesi ayrık bir durum oluşturmaz³⁶⁸. Olayların tekrarı, işkence ve kötü muamelelilerin yaygın bir uygulama alanı bulmasıdır³⁶⁹. Resmi müsamaha ise, işkence ve kötü muamelelerin yasak olmasına rağmen sorumlu üst konumundakilerin de bu tür muameleleri hoşgörü ile karşılamaları, failleri cezalandırmamaları, eylemlerin tekrarlanmasını önlememeleri, yargı önüne gelen olaylarda da adil yargılamayı gerçekleştirmemeleridir³⁷⁰.

AİHM' göre, işkence ve kötü muameleye uygulamasının idari pratik şeklinde süreklilik kazanması ve devlet makamlarının buna gösterdikleri tolerans karşısında iç hukuk yollarının tüketilmesi gereksiz ve etkisiz ise bu durumda

³⁶⁶ DOĞRU, s. 7; DOĞRU/NALBANT, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 128.

³⁶⁷ BAKIM, İşkence Suçu, s. 60.

³⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, AİHS ve Uygulaması, s. 202; DEMİRBAŞ, s. 59.

³⁶⁹ ÖNOK, s. 181; DEMİRBAŞ, s. 59.

³⁷⁰ REİDY, s. 42; ÖNOK, s.181; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, AİHS ve Uygulaması, s.197; AKILLIOĞLU, İnsan Hakları, s.39.

iç hukuk yollarını tüketmek zorunlu olmayacağından şikayetin kabul edilebilirlik incelemesinde (AİHS m.35) iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı artık aranmayacaktır³⁷¹.

AİHS'nin 3. maddesini ihlal eden bir muamele olduğu iddiası uygun delillerle ispatlanması gerekmektedir. AİHM iddiaların doğruluğunu araştırıp değerlendirirken, tarafların mahkemeye sunduğu ve re 'sen elde ettiği bütün materyallere dayanır ve delilleri takdir eder³⁷². Bu nedenle ispat yükümlülüğünün taraflar arasında dağıldığı görülmektedir³⁷³. Özellikle başvuru ile taraf devletin delillere ulaşma imkanı kıyaslandığında sadece taraf devletin ulaşabileceği başvurunun ise ulaşmasının asla mümkün olmadığı deliller açısından ispat yükünün tek başına başvurucuya yüklenemeyeceği belirtilmektedir³⁷⁴.

AİHM iddiaların kanıtlanmasında “*makul şüphe*” kriterine dayanmaktadır. Devletler kendi denetimi altında olan ve devlet tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin hayatını ve sağlığını korumakla yükümlüdürler³⁷⁵. Gözaltına alındığı esnada sağlığı iyi durumda olan bir kişinin salıverildiğinde ya da tutuklandığında yaralanmış olduğu tespit edilirse, bu yaraların nasıl

³⁷¹ AİHM'nin Türkiye'de iç başvuru yollarının hukuken işlemez olduğuna kanaat ettiği yönünde Türkiye aleyhinde birçok kararı mevcuttur. Bkz. *Selçuk ve Asker/Türkiye*, B.N. 23184/94, T. 24.04.1998; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 158; *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11645.htm>, Erişim Tarihi: 23.09.2018); *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21987/93, T. 18.12.1996; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 198; *Aydın/Türkiye*, B.N. 23178/94, T. 25.09.1997; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 176.

³⁷² **Doğru**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.7; **Doğru/Nalbant**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 129.

³⁷³ AİHM, sözleşme organları önündeki bazı davalarda, “iddia eden iddiasını kanıtlamak zorundadır” prensibini katı bir şekilde uygulama imkanının olmadığını belirtmiştir.

³⁷⁴ **DOĞRU**, s.7; **ÖNOK**, s.180; **GEMALMAZ**, İşkencenin Önlenmesi, s. 395.

³⁷⁵ *Mesut Deniz/Türkiye*, B.N. 36716/07, T. 05.11.2013, (<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/mesutdeniz.pdf>, Erişim Tarihi: 02.04.2019).

meydana geldiğini ilgili devlet açıklamakla yükümlüdür³⁷⁶. Devletin kontrolü altında kötü muameleye maruz kaldığı iddiasında bulunan kişilerin yaralarını ve vücutlarında meydana gelen izleri tıbbi raporlarla ya da benzeri delillerle ispat emesi halinde devlet görevlilerinin işkence yaptığı yönünde oluşan güçlü karine, ilgili devlet tarafından başvurunun davranışlarının nedeniyle gerekli olan ve gereken ölçüde kuvvet kullanıldığı ya da bu yaraların bizzat başvurunun neden olduğu gibi sebeplerle çürütülebilir³⁷⁷. Bu durumda yaralanmanın ve izlerin nasıl meydana geldiğini inandırıcı bir biçimde ve 3. maddeye uygun bir şekilde açıklamak tamamen ilgili devletin yükümlülüğündedir³⁷⁸. İlgili devlet bu açıklamayı getirmez ya da getiremez ise, Mahkeme önündeki delillerden, başvurunun gözaltında ya da ceza evinde açıklanamayan yaralar aldığı şeklinde bir karara varabilecektir³⁷⁹.

AİHM *Tomasi/Fransa*³⁸⁰ kararında, tıbbi belge ve raporlarda başvurucuya çok sayıda darbe vurulması sonucu gözaltında bulunan kişideki yaraların ve izlerin, eğer bu yaralar kişi gözaltına alınmadan öncesinde var olduğu ya da kişinin kendisi tarafından bu yaraların meydana getirildiği ispatlanamazsa, bu yaraların ilgili devletin görevlilerince meydana getirildiğinin tahmin edileceğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme bu karında, soruşturma şartlarının, terör suçu

³⁷⁶ *Satık ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 312850/96, T. 10.10.2000; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 67; *Berktaş/Türkiye*, B.N. 22493/93, T. 01.03.2001, (<https://legalbank.net/belge/aihm-2-d-9203-03-t-21-09-2010/752373/>, Erişim Tarihi: 10.10.2018).

³⁷⁷ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 8; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 129.

³⁷⁸ *Mesut Deniz/Türkiye*, B.N. 36716/07, T. 05.11.2013, (<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/mesutdeniz.pdf>, Erişim Tarihi: 02.04.2019); *Ebru Dinçer/Türkiye*, B.N. 43347/09, T. 29.01.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019); *Afet Süreyya Eren/Türkiye*, B.N. 36617/07, T. 20.10.2015, (<https://legalbank.net/belge/aihm-2-dsi-2007-36617-t-20-10-2015-afet-sureyya-eren-turkiye-davasi/1512805>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

³⁷⁹ **DOĞRU**, s.8; **ÖNOK**, İşkence Suçu, s.180; **REİDY**, s. 22.

³⁸⁰ *Tomasi/Fransa*, B.N. 12850/87, T. 27.08.1992; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 188; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 31.

bile olsa bir suçla mücadelenin güçlüklerinin dahi kişilerin maddi bütünlüklerinin korunmasına sınır getiremeyeceğini ifade etmiştir³⁸¹.

2.3 ÜÇÜNCÜ MADDE AÇISINDAN BAZI FİİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.3.1 Hapis Cezası ve İnfaz Sürecinde İşkence Yasağı

Hapis cezası infaz edilirken her şeyden önce, en değerli varlığı olan özgürlüğünden mahrum bırakılan hükümlünün insan onuru göz önünde bulundurulmalı ve özgürlüğünden mahrum edilmiş kimselerin barındırıldığı koşullar asgari hayat gereklerine uydurulmalıdır³⁸². Kişi, hükümlü olmanın zorunluluğu içerisinde barındırdığı eza düzeyini aşan ölçüde ızdırap ve sıkıntıya maruz kalmasına yol açacak şekilde infaz koşullarına tabi tutulmamalıdır. Özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin fiili gereksinimleri göz önünde bulundurularak, gerekli tıbbi yardım da sağlanmak suretiyle, hükümlünün sağlığı ve iyiliği en iyi şartlar altında temin edilmelidir³⁸³. Öte yandan Devletin mali sıkıntı gibi imkansızlıkları öne sürerek bu yükümlülüğünden kurtulması da mümkün değildir³⁸⁴.

Yetkili bir mahkemenin hükmetmiş olduğu hapis cezasının süresi de AİHS'nin 3. maddesi açısından değerlendirme konusu yapılamaz. Çünkü AİHM içtihadına göre, ulusal merciler kendi ceza sistemlerinin tayin ve tespitinde çok geniş takdir hakkına sahiptirler. Bu nedenle, bir suç için bir devletin diğer devletlerden farklı olarak çok daha ağır bir cezaya mevzuatında yer vermiş olması, tek başına AİHS'nin 3. maddesine aykırılık iddiasına dayanarak öne

³⁸¹ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, 32; REİDY, s. 22; NAL, (AİHS İşkence...), s. 549; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, AİHS ve Uygulaması, s.195; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 180.

³⁸² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 152; DEMİRBAŞ, s. 35; GEMALMAZ, s. 251; ÖNOK, s. 190; DOĞRU/NALBANT, İHAS ve Önemli Kararlar, s. 163; BOYAR, s. 147.

³⁸³ Kalashnikov/Rusya, B.N. 47095/99, T. 15.07.2002, (<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2004-50-734>, Erişim Tarihi: 04.06.2018).

³⁸⁴ Poltoratskiy/Ukrayina, B.N. 38812/97, T. 15.07.2002, (<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2004-50-734>, Erişim Tarihi: 04.06.2018).

sürülemez³⁸⁵. Ancak hükmedilen cezanın işlenilen suça nazaran aşırı orantısız olması durumunda insanlık dışı ceza yasağının ihlal edilmiş olması ihtimali değerlendirilebilecektir³⁸⁶.

Mahkumun kişisel durumundan kaynaklanan sebeplerle, cezasının infaz edilmesi durumunda da AİHS'ne aykırılık oluşturmayacaktır. Bu nedenle AİHM başvurusunun yaşı veya sağlık durumu sebebiyle cezanın infazının maddeye aykırılık teşkil edeceğine dair iddiaları reddetmiştir. Örneğin, *Bonnechaux/İsviçre* kararında, AİHM, şeker ve kalp hastası olan 74 yaşındaki başvurusunun otuz beş ay süreyle hapiste kalmasını AİHS 3. maddesine aykırı bulmamıştır³⁸⁷.

³⁸⁵ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 154; **ÖNOK**, s. 191.

³⁸⁶ AİHM *Kafkaris/Kıbrıs*, kararında bu hususu vurgulamıştır. Kararda, reşit bir suçluya ömür boyu hapis cezası verilmesinin tek başına AİHS'nin 3. maddesi tarafından yasaklanmadığı veya bununla bağdaşmaz nitelikte olmadığı belirtilmiş ve indirilme olanağı olmayan bir müebbet hapis cezasının AİHS'nin 3. maddesi uyarınca değerlendirilmeyi gerektirecek bir sorun teşkil edebileceği ifade edilmiştir. *Kafkaris/Kıbrıs*, B.N. 21906/04, T. 12.02.2008, (<http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx>, Erişim Tarihi: 01.04.2019). Aynı esasları *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, kararında da tekrarlanmıştır. *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. N. 66069/09, T. 09.07.2013, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-138-1793>, Erişim Tarihi: 01.04.2019); *Gömi/Türkiye* davasında, başvuru azaltılamayan ömür boyu hapis cezasından açıkça şikayetçi olmasa da AİHM daha öncesinde birçok kez, bu tür cezaların tatbikinde tahliye umudunun ve yeniden gözden geçirme olasılığının hiç bulunmamasının AİHS'nin 3. maddesindeki gerekliliklerle bağdaşmadığını vurgulamıştır. Somut olayda, akıl hastalığından muzdarip bir birey tarafından bu tür bir müebbet hapis cezası çekilmektedir. *Gömi/Türkiye*, B.N. 38704/11, T. 19.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019); AİHM *Harakchiev ve Tolumov/Bulgaristan*, kararında, AİHS m. 3'ün devletlere, mahkumları rehabilitasyon ve reintegrasyon programlarından yararlandırılmak gibi mutlak bir ödev yüklediğini belirtmiş; ayrıca, müebbet hapis cezası çeken mahkumlara düşük bir ihtimal olsada bir gün özgürlüğe kavuşma imkanının sağlanmasının gerektiği belirtilmiştir. *Harakchiev ve Tolumov/Bulgaristan*, B. N. 15018/11, 61199/12, T. 08.07.2014; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 155.

³⁸⁷ *Bonnechaux/İsviçre*, B.N. 8224/78, T. 05.12.1979, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1120>, Erişim Tarihi: 21.09.2018); Yine *Papon/Fransa*, davasında, 3 damardan By-Pass ameliyatı geçirmiş olan, 90 yaşındaki başvurusunun, insanlığa karşı suça yardım ve yataklıktan 10 yıllık hapis cezasını, cezaevinin 12 metrekairelik tek kişilik odasında çekmesi ve cezasının kaldırılması için Cumhurbaşkanına yaptığı başvurusunun doktor raporlarına dayanarak reddedilmesi ile ilgili, AİHM Avrupa Konseyine üye devletlerde cezanın infazı için üst yaş sınırı bulunmadığı, başvurusunun sağlık durumunun iyi olduğuna dair doktor raporlarını, başvurusunun serbest kalmış olsaydı yaşayacağı kalitede bir yaşamı cezaevinde yaşamamasına rağmen ulusal makamların kendisinin sağlığı ve yaşı için her türlü şeyi yaptıklarını, ailesi ve avukatıyla düzenli olarak görüşüğünü göz önünde tutarak,

Yine kişinin hastalığı veya yaş durumuna bağlı olarak özel birtakım sebeplerle, AİHS m. 3. dayanarak serbest bırakılmasını talep etmesi de mümkün değildir. Böyle bir kişinin özel durumu göz önünde bulundurulmak suretiyle ona gerekli tıbbi yardımı ve desteği sunmak da devletin görevidir³⁸⁸. Ancak, devletin bütün imkanlarını kullanmasına rağmen, kişiye yönelik cezanın infazına devam edilmesi sağlık durumu ya da özel koşulu sebebiyle cezanın caydırıcı ve ıslah edici amacını aşacak şekilde ve AİHS m. 3 kapsamında değerlendirilecek ağırlıkta bir acı ya da eza çekmesine veya küçük düşürülmesine yol açacaksa, artık infazda ısrar edilmesi AİHS 3. maddesi açısından aykırılık teşkil edebilecektir³⁸⁹.

Küçük yaştaki çocukların cezai ehliyetinin varlığı kabul edilerek mahkum edilmesi de AİHS 3. maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir. AİHM suçu işlediği sırada 10 yaşında olan iki küçüğün süresiz hapis cezasına mahkum edilmesini, AİHS'nin 3. maddesine aykırı bulmamıştır³⁹⁰.

Bir ceza müeyyidesi olarak hapis cezasına hükmedilmesi, insan hakları açısından sorun yaratmazken; bazı durumlarda cezaların infaz şekli AİHS'nin

başvurucunun durumunun AİHS 3. madde kapsamına giren ağırlık düzeyinde olmadığı gerekçesiyle başvuruyu açıkça temelsiz bulmuş ve kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. *Papon/Fransa*, B.N. 64666/01, T. 07.06.2001; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 96.

³⁸⁸ AİHM *Roman/Belçika* davasında, başvurucunun hapis cezasının sona ermesinin ardından, Sosyal Koruma Kurumunda zorunlu olarak gözetim altında tutulması ve psikolojik tedavi edilmesi ile ilgili karara karşı; Kurum'da 13 yıl boyunca başvurucunun anlayabildiği ve konuşabildiği tek dil olan Almanca dilinde psikiyatrist ile görüşülmediği ve etkili tedavi uygulanmadığı nedeniyle, AİHS m. 3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir. *Roman/Belçika*, B.N. 18052/11, T. 31.01.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

³⁸⁹ *Tekin Yıldız/Türkiye*, B.N. 22913/04, T. 10.11.2005; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 291; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 90.

³⁹⁰ *T./Birleşik Krallık* B.N. 24724/94, T. 16.12.1999; *V./Birleşik Krallık* B.N. 24888/94, T. 16.12.1999; Bkz. **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 136-140.

3. maddesi açısından aykırılığı gündeme getirebilir. Özellikle “tecrit”³⁹¹ uygulaması bu konuda ciddi problemleri beraberinde getirmektedir. Toplumun tehlikeli faillerden korumak amacıyla özel tehlikelilik arz ettiği düşünülen mahkumların devlet tarafından sıkı güvenlik önlemleri altında tutulması anlamına gelen tecrit bir güvenlik tedbiri olarak uygulanmaktadır³⁹².

AİHM cezaların infazı konusunda vardığı sonuca bakacak olursak, AİHS’nin 3. maddenin ihlal edilip edilmediğinin tespiti için özel birtakım koşullara, önlemin sertliğine, süresine, mağdur üzerindeki etkisine ve amacına bakılması gerekliliği üzerinde durmuştur³⁹³. Tam bir tecrit, aynı zamanda diğer kişilerle iletişimi de kesen sosyal tecridi içeriyorsa bu durum, kişiliğin yok olmasına yol açabileceği gibi hiç bir güvenlik tedbiri amacıyla bağdaşmayan insanlık dışı bir muamele teşkil etmesi kaçınılmaz bir sonuç olacaktır³⁹⁴.

Durumun haklı gösterdiği ve zaman bakımından sınırlı tecrit uygulaması, adaletin selameti, güvenlik ve disiplin gerekçesiyle maruz görülebilir. Örneğin, AİHM *Öcalan/Türkiye*³⁹⁵ kararında, başvurucunun İmralı’da tek başına tutulmasını, güvenlik gerekçelerinin bunu gerektirmesi ve Öcalan’ın tam anlamıyla tek başına tecrit edilmiş olmaması; kitap, radyo, gazeteye sahip olması, avukat ve doktorla periyodik olarak görüşme fırsatına sahip olması gibi nedenlerle AİHS’nin 3. maddesine aykırılık görmemiştir³⁹⁶.

³⁹¹ Tecrit kavramı için bkz. **DEMİRBAS**, Timur, *İnfaz Hukuku*, (İnfaz), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 450; **SEVÜK**, Handan Yokuş, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 7, S. 3-4, Aralık 2003, s. 334.

³⁹² **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, (Emniyet Tedbirleri), Ankara 1997, s. 265; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 158.

³⁹³ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 158.

³⁹⁴ **YENİSEY**, Feridun, *İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü*, *İnfaz Hukukunun Sorunları*, Ankara 2001, s. 245; **DOĞRU**, İskence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 100.

³⁹⁵ *Öcalan/Türkiye*, B.N. 46221/99, T. 12.03.2005, **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 478.

³⁹⁶ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 158.

Cezanın infazı sürecinde karşılaşılan kötü muamele sebeplerinden bir diğeri de kötü hapisane koşullarıdır. Bu sebep sayısız davanın konusunu oluşturmuştur. 1969 tarihli Yunanistan Raporunda, hücrelerin fazla kalabalık olması, dış dünyayla işetişimin olmaması, açık havaya çıkarılmaması, ışıktan faydalanma imkanının sınırlı olması ve fiziksel eksersiz yapamama koşullarının bütünü, AİHS'nin 3. maddesine aykırı olarak değerlendirmiştir³⁹⁷.

Yine, AİHM *Peers/Yunanistan*³⁹⁸ davasında başvuru, en az iki ay süreyle günün yirmi dört saatinin önemli bir bölümünü havalandırması ve penceresi olmayan zaman zaman tahammül edilemeyecek derecede sıcak olan hücreindeki yatağında geçirmek zorunda bırakılmış olması, tuvalete aynı hücreyi paylaştığı mahkumun önünde gitmek zorunda bırakılması ve diğ er mahkumun tuvaleti kullanırken de onu seyretmek zorunda bırakılmasını, AİHM, cezaevi koşullarının mahkumun onurunu kirdiğı ve kendisinde acı ve aşağılık duyguları uyandırarak, küçük düşürücü ve alçaltıcı etki yarattığı ve ruh ve beden direncini kirdiğı nedeniyle, başvuruçunun cezaevinin tecrit bölümünde maruz bırakıldığı koşulları, AİHS'nin 3. maddesi kapsamında aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir³⁹⁹.

AİHM *H.A. ve Diğ erleri/Yunanistan*⁴⁰⁰ davasında, başvuruçuların Yunanistan'da koruyucu gözaltı kararı ile 21 ve 33 gün arasında polis karakolunda tutuldukları ve tutuldukları hücrelerin kalabalık, havalandırmasız ve ışığın yetersizliği, kirli zeminde uyumak zorunda kalmaları, dışarıda yürüyüş yapmalarına ve hava almalarına izin verilmemesiyle ilgili olarak

³⁹⁷ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 157.

³⁹⁸ *Peers/Yunanistan*, B.N. 28524/95, T. 19.04.2001; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 278.

³⁹⁹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 157.

⁴⁰⁰ *H.A. ve Diğ erleri/Yunanistan*, B.N. 19951/16, T. 28.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

AİHM, başvuruçuların gözaltına alındıkları karakolda dış dünyadan izole edildikleri ve bu durumun çocukların fiziksel ve psikolojik durumlarını kötü etkileyebileceğini, koruma amacıyla psikolojik veya sosyal bir destekçi olmadan günlerce gözaltında tutulmalarının kabul edilemez olduğunu belirterek polis karakolundaki tutulma koşullarının, AİHS'nin 3. maddesi kapsamında aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir.

İnfaz koşulları bakımından devletin yerine getirmesi gereken önemli bir yükümlülüğü de, infaz süresi boyunca hükümlülere gerekli tıbbi desteği sağlamaktır⁴⁰¹. Hasta kimselerin infaz için cezaevine gönderilmesi mümkün ise de, hapishanelerde bulunan hükümlülere uygun sağlık hizmetleri sunma yükümlülüğü kabul edilmiştir⁴⁰². Bu nedenle, gerekli tıbbi kolaylıklar hapishanede sağlanamıyorsa hükümlünün gerekli sağlık hizmetlerinden faydalanmasını sağlamak üzere geçici olarak salıverilmesi gerekmektedir⁴⁰³.

2.3.2 Ölüm Cezası ve İşkence Yasağı

AİHS m. 2/1, *“Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kesten son verilemez”* ifadesiyle belirli şartlarda ölüm cezasının infaz edilebileceği belirtilmektedir. Öte yandan, ölüm cezasını, savaş ve yakın savaş tehdidi durumları gibi istisnai durumlar dışında yasaklayan AİHS'ne Ek 6. Protokol ve AİHS'ne Ek

⁴⁰¹ *Gömi/Türkiye* davasında, Müebbet hapis cezasının infazında ruh sağlığı bozulan ve şizofreni teşhisi koyulan başvuruçunun, AİHS'nin 3. maddesinin gerekliliklerine uygun şekilde başvuruçunun hastalığının uzman bir ekip tarafından sürekli olarak izlenmemesinde, yetkililerin cezaevi ortamına uygun tıbbi tedaviyi başvuruçuya sağlamadığı gerekçesiyle insanlık dışı ve kötü muamele yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir. *Gömi/Türkiye*, B.N. 38704/11, T. 19.02.2019, (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/201902aihm.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁴⁰² *Popov/Rusya*, B.N. 26853/04, T. 13.07.2006, (http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf, Erişim Tarihi: 01.04.2019).

⁴⁰³ *ÖNOK*, s. 201; *TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK*, s. 153.

13. Protokol ile ölüm cezasını hiçbir istisnaya yer vermeksizin yasaklamıştır⁴⁰⁴.

AİHM'si *Öcalan/Türkiye*⁴⁰⁵ kararında, AİHS m. 2/1 hükmüne göre, mahkemeden kasıt edilenin adil ve bağımsız mahkemeler olduğunu, adil olmayan bir yargılama sonucu verilen ölüm cezasının AİHS 3. maddesi bakımından sonuç doğurduğunu; başvurucuya adil olmayan bir yargılama sonucu idam cezası verilmiş olduğu için, kendisinde idam cezasının infaz edileceği korkusunun doğmuş olabileceğini ve idam cezasının infaz edileceğine dair gerçek bir ihtimal bulunduğundan ızdırap çekmiş olabileceğini, bu koşullarda verilmiş bir idam cezasının kendiliğinden insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele oluşturduğunu belirterek, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ölüm cezası bakımından çok önemli bir içtihat *Soering/Birleşik Krallık* davasıdır. AİHM burada "ölüm koridoru"⁴⁰⁶ olgusundan bahisle AİHS m.3'ün ihlaline hükmederken, ölüm cezasının AİHS aykırı olduğunu incelemeye gerek görmeyip sadece infaz koşulları üzerinde durmuş ve somut olay bakımından bunların maddeye aykırılığa yol açacağına hükmetmiştir. Ayrıca ölüm koridoru olgusuyla ilgili görüş belirtilen bölüm, Bay *Soering*'in ABD'ye iade edilmesi durumunda büyük bir olasılıkla ölüm cezasına mahkum edileceği ve ABD'nin bu cezanın infaz edilmeyeceğine dair yeterli güvence vermediği vurgulanmıştır. Bu nedenle, *Soering*'in ABD'ye iade edilmesi durumunda, ölüm cezasına çarptırılma korkusuyla karşılaşacaktır⁴⁰⁷. Ölüm

⁴⁰⁴ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 93; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.113.

⁴⁰⁵ *Öcalan/Türkiye*, B.N. 46221/99T. 12.05.2005; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 478.

⁴⁰⁶ Ölüm koridoru, idam mahkumunun ceza evinde sıkı ve katı güvenlik tedbirleri altında tutulduğu, temyiz sürecinin çok uzun süre devam etmesi nedeniyle mahkumun uzun süre bu rejime katlanarak akıbetini beklediği, sürekli olarak ölüm korkusu ile yaşadığı bir süreçtir.

⁴⁰⁷ Bu nokta da AİHS m. 3 anlamında "*insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele*" den bahsedebilmek için, mutlaka fiziksel acının şart olmadığı; mahkumun maruz kalacağı şiddet

cezasına çarptırılması durumunda, Virginia Eyaleti'nde hüküm infaz edilene kadar geçen süre ortalama altı yılı bulmaktadır. Bu durumda, *Soering*'in, ABD'ye iade edilmesi halinde “*süregiden bir ölüm gölgesi altında yükselen bir tansiyon ve gerilimle*” yaşayacaktır⁴⁰⁸. Sonuç olarak, AİHM ölüm cezasının, AİHS m.2 ve m.3'e aykırılık oluşturmamasına karşılık, olaydaki koşullar altında gerçekleşecek bir iadenin *Soering*'i, “*ölüm bekleyiş olgusu*” yla karşı karşı bırakacağı ve bu durumun *Soering*'de yol açacağı ağır psikolojik etkilerin insanlık dışı muameleye teşkil edeceğinden, iadenin gerçekleşmesi durumunda AİHS'nin 3. maddesine aykırılık oluşturacağına karar vermiştir⁴⁰⁹.

2.3.3 Bedensel Bütünlüğünü İhlal Eden Cezalar ve İşkence Yasağı

Bedensel ceza, adli ve idari bir suçun yaptırımı olarak, yetkili kişiler tarafından uygulanmasına belirli usul ve esaslar çerçevesinde karar verilen, yasal bir şiddet türü olarak bilinmektedir. AİHM'si bedensel cezayla ilgili verdiği ilk karar, *Tyrer/Birleşik Krallık*⁴¹⁰ kararıdır. Bu karara konu olan olayda, Man Adasında yaşayan 15 yaşındaki başvuru, okul arkadaşını yaraladığı gerekçesiyle, yargılanmış ve yerel mahkeme tarafından başvurucuya ağaçtan yapılmış bir sopayla üç kez vurulmak suretiyle dayak cezası verilmiş ve bu cezaya katlanabileceği doktor raporuyla tespit edilmiştir. Temyiz mahkemesinin bu kararı onadığı gün, çocuk karakola alınmış, babasının ve doktorun huzurunda, iki polis tarafından kollarından tutularak masaya eğdirilmiş, pantolonu ve külotu sıyrılmış, bir diğer polis

nedeniyle hissedeceği korkunun yol açtığı zihinsel kaygının da AİHS'nin 3. maddesinin ihlaline yol açabileceği belirtilmiştir. **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 155.

⁴⁰⁸ *Soering/Birleşik Krallık*, B.N. 14038/88, T. 07.07.1989; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 306; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 161.

⁴⁰⁹ AİHM *Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık* davasında, ölümün önceden bilinmesi sonucu Devlet yetkilileri tarafından kişiye fiziksel acı ve psikolojik eziyet yaşatılarak bu kişinin kasten ve tasarlanarak yok edilmesini içeren ölüm cezasının, AİHS m. 3'e aykırı olarak, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil ettiğine karar vermiştir. *Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık*, B.N. 61498/08, T. 02.03.2010; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 161.

⁴¹⁰ *Tyrer/Birleşik Krallık*, B.N. 5856/72, T. 25.04.1978; **Doğru/Nalbant**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 301; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 130; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 162.

uzunluğu ve kalınlığı kararname ile belirlenmiş olan sopayı üç kez başvurucunun kaba etine vurmuştur⁴¹¹. AİHM, uygulanan bu cezanın “aşağılayıcı ceza” olduğuna ve AİHS m. 3 ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bedensel cezanın bir insanın diğer bir insana fiziksel şiddet kullanması suretiyle oluştuğunu, bunun yargı makamları tarafından karar verilen ve devlet memurlarınca yerine getirilmesi sebebi ile kurumsal şiddet oluşturduğuna değinmiştir. Başvurucuya bu cezanın uygulanması sebebi ile uzun süre fiziksel acı çekmemiştir ancak bu ceza, AİHS m. 3’ün korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel bütünlüğüne açık bir saldırı oluşturmuştur. Mahkemeye göre, AİHS’nin 3. maddesine aykırı olan cezaların caydırıcılık etkisi ne olursa olsun bu tür cezalar uygulanamaz; bu yargısal, bedensel cezanın aleni olmayan bir şekilde infaz edilmiş olması cezanın aşağılayıcı olma vasfını ortadan kaldırmaz, cezanın aşağılayıcı sayılması için mağdurun başkaları gözünde olmasa bile kendi gözünde aşağılanmış olması yeterlidir⁴¹².

Bireyin yasal temsilcisi konumundaki ebeveynler tarafından uygulanan bedensel ceza ve yaptırımlar hakkında da devletin sorumluluğu olacağı söylenebilir⁴¹³. Devlet, tedip (uslandırma) hakkının kullanılması kapsamında değerlendirilemeyecek ve özellikle yaralama düzeyine varan davranışları, imkanı ölçüsünde önlemekle yükümlüdür. Bu konuda AİHS’nin 1. maddesinden doğan ve taraf devletlere pozitif yükümlülük ve sorumluluklar

⁴¹¹ AİHM *Costello-Robert/Birleşik Krallık*, davasında, özel bir okulda, disiplinsiz hareketleri nedeniyle yedi yaşındaki çocuğun kaba etine altı lastikli terlikle üç kez hafifçe vurulması cezası verildikten sonra üç gün sonra okul müdürü tarafından uygulanmıştır. AİHM olayda maddede aranan askeri ağırlık seviyesine ulaşmadığı nedeniyle AİHS 3. maddesine aykırılık iddiasını reddetmiştir. *Costello-Robert/Birleşik Krallık*, B.N. 13134/87, T. 25.03.1993; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 132. AİHM’nin benzer yöndeki kararı, *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, B.N. 7511/76, T. 25.02.1982, **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 784.

⁴¹² **ÖNOK**, s. 214; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.130; **NAL**, (AİHS İşkence...), s.541; **REİDY**, s.18.

⁴¹³ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 133; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, s. 174.

getiren anlayışın hakim olduğu görülmektedir⁴¹⁴. Bu sebepten dolayı, maddede aranan asgari düzeyin altında kalmayan davranışlardan ötürü, devletin bunların önüne geçmek ya da cezalandırmak için birtakım koruyucu ve yeterli tedbirleri almaması durumunda sorumluluğu doğabilecektir⁴¹⁵.

2.3.4 Yakalama ve Gözaltı Sırasında Kolluk Faaliyetleri ve İşkence Yasağı

Özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere herhangi bir kötü muamele yapıp yapılmadığının değerlendirilmesinde hareket noktası, alıkonulan kişilere kaba kuvvet uygulanıp uygulanmadığının saptanmasıdır⁴¹⁶. Burada AİHM'nin kabul ettiği temel kıstas, alıkonulan kişinin kendi davranışı sebebiyle gerekli olmadığı halde kaba kuvvete başvurulması durumunda, AİHS 3. maddesinde düzenlenen hakkın ihlali anlamına geleceğidir⁴¹⁷. Bu kıstasın temelinde,

⁴¹⁴ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, s. 174.

⁴¹⁵ Mahkeme, bahçeden aldığı sopayla oğlunu döven üvey babanın bu davranışının çocuğun terbiyesi kapsamında "*kabul edilebilir dayak/ceza*" olarak kabul edilmesi ve baba hakkında yapılan yargılama sonucunda beraat etmiş olması durumu ile ilgili olarak, hukukun kişileri bu tür muamelelere maruz kalmaktan koruyamadığı, yani konuya ilişkin hukuki düzenlemelerin yetersiz olduğu gerekçesiyle AİHS m. 3'ün ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. *A./Birleşik Krallık*, B.N. 25599/94, T. 23.09.1998; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 119. AİHM *Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* davasındaysa, İngiliz vatandaşı beş çocuğun yaşam koşullarının çocukların yaşamasına uygun olmaması, yiyeceklerini çöpten toplamaları, aileleri tarafından kötü muameleyle tabi tutulmaları, vücutlarının yara bere içerisinde olması, psikolojik travma belirtileri gösteriyor olmaları dolayısıyla devletin bireyleri işkenceye karşı koruyamaması sebebiyle AİHM, Birleşik Krallık AİHS m. 3 ihlali dolayısıyla mahkum etmiştir. *Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B.N. 29392/95, T. 10.05.2001; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 260.

⁴¹⁶ Yakalama ve gözaltı sırasındaki kötü muamele iddiaları konusunda, 1.6.2005'te yürürlüğe giren Yeni "*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*" m. 9'da yer alan "sağlık kontrolü" uygulaması ile bir yandan işkenceye maruz kaldığını iddia eden vatandaşlara bu hususu resmi belgelerle ispat etme imkanı sağlanırken, bir yandan da devlet asılsız işkence iddialarından korunmuş olmaktadır. Bu husus *Toması* kararı ile ortaya konan karine karşısında devlete kendisini sorumluluktan kurtarma imkanı sağlamaktadır. Yine, söz konusu Yönetmeliğin 10. maddesinin (b) bendinde yer alan gözaltına alınan kişinin, "*kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelerden arındırılacağı*" hükmü de devleti sorumluluktan kurtaracaktır.

⁴¹⁷ *Bouyid/Belçika*, kararında polis memurunun her bir başvuruçuya attığı tek tokattı aşağılayıcı muamele olarak nitelendirmiştir. *Bouyid/Belçika*, B.N. 23380/09, T. 28.09.2015. **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s. 164. Özellikle biber gazı kullanımına dair örnek bir içtihat *Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye* kararıdır. AİHM, "*Diyarbakır'da gerçekleşen ve barışçıl nitelikte olmayan toplumsal eylemlerde biber gazı kapsülünün kollukça ateşlenerek 13 yaşındaki başvuruçunun yüzünde yaralanması ile ilgili*

insan haysiyeti ve fiziksel bütünlüğünü koruyan AİHS 3. maddenin amacı yatmaktadır⁴¹⁸.

AİHM'nin gözaltına alma sırasında kullanılan şiddetin ağırlığı nedeniyle işkence sonucuna vardığı ilk karar, *İlhan/Türkiye*⁴¹⁹ kararıdır. Bu kararda, başvuruçunun jandarma tarafından yakalanması sırasında kafasına tüfek dipçigiyle vurulması sonucu beyninin hasar görmüş olması, tekme ve yumruklamalarla ağır dayak uygulanması ve uzun süre tıbbi tedaviden yoksun bırakılması ve bunun sonucu kişinin kısmi fonksiyon kaybına uğramasını ve şiddetin ağırlığını da dikkate alarak uygulanan muameleyi “işkence” olarak nitelendirmiştir.

Yakalama işleminin gerçekleştirilmesi veya kaçmanın önlenmesi için devlet görevlilerinin, olayın “mutlaka gerekli” kıldığı düzeyi aşmayan bir kuvvet kullanımı sonucunda neden oldukları, kasten işlenmeyen, görevin ifası kapsamındaki yaralama ve öldürmeler, AİHS'nin 2. maddesindeki açık hükmü karşısında Sözleşme 'ye uygundur⁴²⁰. Bu konudaki hukuka uygunluk sebebi, AİHS m. 3. açısından da geçerli sayılmalıdır⁴²¹. Ayrıca başvuruçunun

*kararında, ulusal mevzuatta gösteriler esnasında göz yaşartıcı gazın kullanımını düzenleyen spesifik hükümler bulunmadığı gibi kullanım sekline ilişkin herhangi bir talimatın da olmadığını belirtmiştir. Yine 2006'da Diyarbakır'da meydana gelen olaylar esnasında iki kişinin göz yaşartıcı gaz atılması sonucu ölümü ve başvuruçunun da bu nedenle yaralanması olguları dikkate alındığında, polis memurlarının büyük bir özgürlükle hareket ettikleri ve düşüncesizce inisiyatif aldıkları sonucunun çıkarılabileceği ve müdahalede bulunan polislerin eğitim alıp, uygun talimatlarla yönlendirilmiş olmaları durumunda, muhtemelen böyle bir olayın gerçekleşmeyeceği değerlendirilmesi yapılarak” AİHS'nin 3. maddesini ihlaline kararı verilmiştir. Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 44827/08, T. 25.06.2013; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, İnsan Hakları, s.165. Aynı yönde Bkz. *Ali Güneş/Türkiye*, B. N., 9829/07, T. 10.04.2013, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11881.htm>, Erişim Tarihi: 20.03.2019).*

⁴¹⁸ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 165; **REİDY**, İşkencenin Yasaklanması, s. 22.

⁴¹⁹ *İlhan/Türkiye*, B.N. 22277/03, T. 27.06.2000; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 52.

⁴²⁰ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, s. 167; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, AİHS ve Uygulaması, s. 164.

⁴²¹ Bkz. Örneğin, *Caloc/Fransa*, B.N. 33951/96, T. 20.07.2000; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 53.

maruz kaldığı yaralanmanın gözaltına alınırken direnmesi nedeniyle yasal bir zor kullanmanın neticesinde ortaya çıktığı yönündeki makul ve mantıklı bir savunmanın varlığı durumunda, devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁴²². Gözaltında bulunan kimselere yönelik kötü muamele niteliğindeki davranışlar bakımından da, eylemin AİHS 3. maddeyi ihlal etmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması koşulu aranacaktır.

AİHM'nin *Berktaş/Türkiye*⁴²³ kararında, babasının balkondan düşüp yaralanan oğlunu hastaneye götürme yönündeki ısrarlarına rağmen, kolluk kuvvetlerinin olayı aydınlatmak amacıyla kendisini karakola götürmesi sonucunda babanın içinde bulunduğu korku ve manevi çöküntünün, AİHS 3. maddesi bakımından aranan asgari eşik düzeye varmadığı; polislerin takip ettiği yasal yöntemin de adli olayın aydınlatılması bakımından olağan bir yol olduğu belirtilmiştir.

AİHM *Hurtado/İsviçre*⁴²⁴ kararında, başvurusunun gözaltına alma esnasında kullanılan patlayıcı maddenin yarattığı şokun etkisiyle büyük tuvaletini altına kaçırmayı ve ertesi güne kadar üstünü değiştirmesine izin verilmemesini aşışılabilir muamele olarak nitelendirmiştir.

Kaba kuvvete başvurulduğunun en açık göstergesi fiziksel yara izleri ve psikolojik travmaya ilişkin gözlemlerdir. Eğer alıkonulan kişi, serbest bırakıldıktan sonra veya alıkonulduğu sırada yara izleri taşıyor veya sağlığının bozuk olduğu müşahade ediliyorsa, söz konusu izlerin ve semptomların alıkoyma süresi ile ilgili olmadığını ispat yükü kişiyi alıkoyan

⁴²² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 167; ÖNOK, s. 215; ÖZDEK, s. 167.

⁴²³ *Berktaş/Türkiye*, B.N. 22493/93, T. 01.03.2001, (<https://legalbank.net/belge/aihm-2-d-9203-03-t-21-09-2010/752373/>, Erişim Tarihi: 30.09.2018).

⁴²⁴ *Hurtado/İsviçre*, B.N. 17549/90, T. 28.01.1994; ÖNOK, İşkence Suçu, s. 276.

davalı devlete düşmektedir⁴²⁵. Kişilerin gözaltı sürecinde maruz kaldıkları yaralanmaların gerekçesi, ilgili resmi makamlar tarafından makul ve ikna edici bir şekilde açıklanamazsa, bu yaralanmaların devlet adına görev yapan kişilerin davranışlarından kaynaklanmadığı ispat edilemez ise, AİHS 3. maddesinin ihlal edildiğine karar verilebilir⁴²⁶. Genel olarak bir kimsenin Devletin hakimiyet alanı içinde iken, hayatı veya vücut bütünlüğünde meydana gelebilecek herhangi bir olumsuzluğun görevlilerin bilgisi ve sorumluluğu altında olduğu karine olarak kabul edilecektir⁴²⁷.

Yakalama ve gözaltına bağlı önemli konulardan birisi de, devlet yetkililerinin gözetiminde, özellikle de gözaltında bulunan kimselerin kaybolması ve bunlardan bir daha haber alınamaması durumudur. Bu durumda kaybolan kişi bakımından ihlalin varlığına hükmedebilmek için Mahkeme, genel ispat kuralı uyarınca, kişinin gerçekten de devlet otoritelerinin kontrolü altındayken ortadan kaybolduğunun kesin olarak ispatlanmasını aramaktadır⁴²⁸.

Kaybolan kimsenin yakınları üçüncü maddenin uygulanması için mahkemeye başvurabilirler. Şöyle ki, kaybolan kimsenin mukadderatını araştırmak ve

⁴²⁵ **REİDY**, İşkencenin Yasaklanması, s. 22; **ÖZDEK**, s. 167; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 162; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 129.

⁴²⁶ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 162; **ÖZDEK**, s. 167.

⁴²⁷ *Tomasi/Fransa*, davasındaki bu anlayış genel bir ispat karinesi kuralı haline gelmiştir. *Tomasi/Fransa*, B.N. 12850/87, T. 27.08.1992; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 188; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 31. Örneğin, *Satık ve Diğerleri/Türkiye* davasında başvuru mahkemeye götürülmek üzere hapis hanesindeki hücrelerinden çıkartıldıklarında üzerlerinin aranmasını reddettiklerinden dövmüşlerdi. Hapis hanesindeki görevlilere göre insan zinciri oluşturan mahkumlar merdivenlerdeki bir çarpışma sebebiyle düşmüş ve yaralanmışlardı. Yürütülen soruşturma sonucunda görevlilere karşı hiçbir tedbirle başvurulmamış ve hatta soruşturma dosyası kaybolmuştur. Tüm bu olaylar karşısında Mahkeme, yürütülen iç soruşturmanın doğruluğu hakkında şüphelerini belirtmiş ve merciler tarafından makul bir açıklama sunulmadığı için başvuru mahkemeye iddia ettikleri gibi devlet ajanları tarafından dövlüğünü tespit etmiştir. Bkz. *Satık ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 31866/96, T. 10.10.2000; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 67; Benzer bir karar, *Mesut Deniz/Türkiye*, B.N. 36716/07, T. 05.11.2013, (<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/mesutdeniz.pdf>, Erişim Tarihi: 02.04.2019).

⁴²⁸ **ÖZDEK**, s. 173; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, s. 171.

konu hakkında yakınlarını haberdar etmek devletin göreviyken, devletin bu sorumluluğunu yerine getirmemesi durumunda bu kişilerin yaşadıkları manevi acı ve ızdırap, kaybolan kişinin yakınları bakımından AİHS'nin 3. maddesinin ihlalini oluşturacaktır⁴²⁹.

AİHM ilk kez *Kurt/Türkiye*⁴³⁰ davasında, güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındıktan daha sonra kayıp edilen başvurunun oğlunun, gözaltında kayıp edilmesi nedeniyle uzun süre ve sürekli olarak yaşadığı belirsizlik, korku ve üzüntünün annede derin bir elem ve ızdırap yarattığı, kayıp kişinin annesi olan başvurunun ulusal makamlara başvurmasına rağmen etkili soruşturulmadığı, oğlunun PKK'lılar tarafından kaçırıldığına dair jandarmaların verdiği ifadeye inanmakla yetindiği ve başvurunun şikayete önem vermediği, ağır bir insan hakları ihlalinin mağdurunun, annesi olması sebebi ile çektiği acı ve endişe karşısında, yetkililerin ilgisizliği sonucunda başvurunun kendisinin de mağdur olduğu sebebiyle başvuru bakımından AİHS m. 3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM *Kıbrıs/Türkiye*⁴³¹ davasında, 1974 tarihlerinde Kıbrıs'a müdahale sırasında kayıp edilen kişilerle ilgili olarak, davalı Devletin herhangi bir soruşturma yapmamış olmasını, kayıp edilen kişilerin yakınlarının arada geçen uzun zaman rağmen endişelerinin silinmiş sayılamayacağını, kayıp yakınlarının olaya tanık olmamış olmalarının kendilerinin mağdur statüsünü ortadan kaldırmadığını, kayıp edilen kişilerin yakınlarının kaygıları karşısında

⁴²⁹ AİHM benzer yönde verdiği kararı için bkz. *Timurtaş/Türkiye*, B.N. 23531/94, T. 13.06.2000, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11881.htm>, Erişim Tarihi: 01.06.2018); *Çakıcı/Türkiye*, B.N. 23657/94, T. 08.07.1999; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 465; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 71.

⁴³⁰ *Kurt/Türkiye*, B.N. 24276, T. 25.05. 1998; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 161.

⁴³¹ *Kıbrıs/Türkiye*, B.N. 25781/94, T. 10.05.2001, (<http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx>, Erişim Tarihi: 01.06.2018).

Türk makamların sessiz kaldıklarını belirterek bunun bir insanlık dışı muamele oluşturduğuna karar vermiştir.

2.3.5 İade, Sınır Dışı Edilme ve İşkence Yasağı

Ulusal hukuka veya uluslararası anlaşmalara aykırı olarak bir şüpheli ya da mahkumu iade etmek, AİHS 3. maddesi açısından bir sorun yaratmaz. Ancak iade edildikleri ülkede çeşitli sebeplerle zulme maruz kalma veya kötü muameleyle karşılaşma ihtimali olan kişilerin durumu AİHS m. 3'ün ihlali açısından tereddütlere yol açabilecek niteliktedir⁴³².

AİHM'nin bu konudaki genel anlayışına bakacak olursak her şeyden önce, bir kimsenin Sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü devlete gönderilmesi durumunda, artık uyuşmazlığın AİHM'nin yetki alanına girmeyeceğini kabul etmek mantıklı bir yorum olmayacaktır⁴³³. Çünkü bu üçüncü devlette AİHS'ne aykırı muameleyle karşılaşma riski varsa, bunu önceden önlemek iade kararı vererek bu duruma zemin hazırlayan devletin yükümlülüğüdür ve bu bakımdan da AİHM'si, gönderen devletin, yani Sözleşmeye taraf bir devletin davranışını değerlendirmektedir. Ayrıca iade veya sınır dışı edilmek istenen kişinin gönderilmesi düşünüldüğü ülkede AİHS'ne aykırı bir muameleyle maruz kalma riskinin olduğunu gösteren ciddi sebep veya emareler varsa, bu kişiyi iade ya da sınır dışı etmek suretiyle bu riske maruz kalmasına yol açan ilgili taraf devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴³⁴.

⁴³² DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 118; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 175; ÖNOK, s. 224; ÖZDEK, s. 175; Boyar, s. 144.

⁴³³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 175.

⁴³⁴ *Azizjon Hikmatov* tarafından yapılan bireysel başvurusunda, Anayasa Mahkemesi bu iddia kapsamında özetle aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır; “Başvurucunun sunduğu bilgi ve belgeler, geri gönderilen ülkenin koşullarına ilişkin AİHM tarafından yapılan değerlendirmeler, başvurunun uluslararası koruma talebinde bulunması ve BMMYK tarafından başvurucuya statü verilmesi birlikte değerlendirilerek başvurunun ülkesinde kötü muameleyle maruz kalabileceğine ilişkin iddialarının araştırmaya değer nitelikte olduğu, başvurunun savunulabilir iddiasının idari ve yargısal makamlar tarafından ayrıntılı bir şekilde araştırılıp araştırılmadığı, bir diğer ifadeyle yargılama aşamasında kötü muamele yasağı kapsamındaki ulusal güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığı incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında İdare Mahkemesinin hukuka aykırılık bulunmadığından bahisle

Diğer bir önemli husus ise, iade veya sınır dışı etme halinde işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyle karşılaşma riskinin sadece devlet otoritelerinden kaynaklanıyor olması gerekmediğidir. Yani Devlet içinde fiilen etkin konumda bulunan grupların⁴³⁵ veya bununla birlikte özel kişilerin⁴³⁶ bile böyle bir tehdidi doğuruyor olması yeterlidir⁴³⁷. Çünkü sözleşmecî taraf devlet, kötü muamele ve işkence niteliğindeki davranışlar kimden kaynaklanacak olursa olsun, insan hakları ihlallerinin dolaylı olarak da olsa sorumlusu olmama yükümlülüğü altındadır⁴³⁸.

İade ile AİHS'nin 3. maddesi arasındaki ilişki, *Soering/Birleşik Krallık*⁴³⁹ davasında ele alınmıştır. Bir Alman vatandaşı olan Bay *Soering* ABD'nin Virginia Eyaletinde cinayet suçu işlemiş ve ölüm cezasına çarptırılmıştır. Karar verilmeden önce Birleşik Krallık'a kaçan başvurunun, ABD

reddetmiş olduğu kararın; başvurunun istikrarlı bir şekilde önce BMMYK ve Göç İdaresi önünde ve sonrasında ise İdare Mahkemesinde görülen davada dile getirdiği iddialarının dikkate alınmadığını, başvurunun AİHM'nin kararlarına ve insan hakları alanında araştırma yapan sivil toplum örgütlerinin raporlarına konu edilmiş iddialarının doğru olup olmadığı hususunda yargılama aşamasında herhangi bir araştırma yapılmadığı gibi kararda da anılan iddialara neden itibar edilmediği konusunda bir değerlendirmeye yer verilmemesi sebebiyle idare mahkemesinin dava sürecinde kişinin gönderileceği ülkede maruz kalabileceği iddia edilen riske ilişkin araştırma ve değerlendirme yükümlülüğü yerine getirilmemiş olması sebebiyle". Anayasa m. 17'de güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Azizjon Hikmatov*, B.N. 2015/18582, T. 10.05.2017. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18582?BasvuruNoYil=2015&BasvuruNoSayi=18582>, (Erişim Tarihi: 01.04.2019). **BOYAR**, s. 145.

⁴³⁵ *Ahmed/Avusturya*, B.N. 25964/94, T. 17.12.1996; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 121.

⁴³⁶ *H.L.R./Fransa*, B.N. 24573/94, T. 29.04.1997; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 125. Buna göre, mafya tarafından öldürülme tehdidi altında olan bir esrar satıcısını Kolombiya'ya sınır dışı etmek, maddeye aykırı olabilecektir. Aynı olaya ilişkin 40. paragrafında da, tehdidin kamu görevlisi olmayan kişi veya kişi grubundan kaynaklanması halinde de maddenin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Yine AİHMN/Finlandiya kararında, başvurunun iade edilmesi durumunda kötü muameleyle maruz kalma yönünde gerçek riskin, kamu görevlisi olmayan kişi veya kişi topluluklarından kaynaklanabileceğini belirtmiştir. *N./Finland*, B.N. 38885/02, T. 26.07.2005; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 127.

⁴³⁷ **DOĞRU**, s. 125.

⁴³⁸ **ÖNOK**, s. 226.

⁴³⁹ *Soering/Birleşik Krallık*, B.N. 14038/88, T. 07.07.1989; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 306.

tarafından “*Suçluların İadesi Sözleşmesi*” kapsamında ABD’ye iadesi istenmiş ve AİHM, başvurucunun iadesi durumunda, AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edileceğine karar vermiştir. Bu olayda *Soering*, siyasi suçlu olmaması ve mülteci statüsünden yararlanamamasına rağmen, AİHM’nin vermiş olduğu bu karar, geri göndermeme ilkesinin vurgulanması bakımından önemlidir.

AİHM *Jabari/Türkiye*⁴⁴⁰ kararında, İran uyruklu başvurucunun, zina suçu işlediği ülkesine geri gönderilmesi durumunda taşlanarak öldürölme cezasına çarptırılacağı ile ilgili ciddi tehlike altında olması. Nedeniyle İran’dan kaçmış ve sahte pasaport kullanarak Kanada’ya gitmiş, ancak Fransa’da sahte pasaport taşıdığı fark edilince Türkiye’ye gönderilmiş ve başvuru Türk makamlarından sığınma talebinde bulunmuş. Türk makamları başvurucunun sığınma talebini süresi içerisinde yapmadığı gerekçesiyle reddetmiş, daha sonra başvurucunun yürütmeyi durdurma talebi de reddedilmiş. Başvurucuya Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği tarafından İran’a gönderilmesi durumunda taşlanarak ve kırbaçlanarak öldürölme riski olduğu gerekçesiyle mülteci statüsü tanınmıştır. AİHM, başvurucunun İran’a gönderilmesi halinde AİHS’nin 3. maddesine aykırı muameleyle karşılaşacağına dair “gerçek riskin” varlığı kanıtlandığı ve başvurucunun İran’a geri gönderilmesi durumunda, AİHS m. 3’ün ihlali söz konusu olacağına karar vermiştir.

Sözleşmeye taraf Devletin bir kimseyi sınır dışı edecek olması durumunda o kişinin AİHS’nin 3. maddesine aykırı bir muameleyle maruz kalacağına dair “*gerçek bir risk*” ile karşılaşacağına dair maddi sebepler göstermesi durumunda, devletin Sözleşme gereğince sorumluluğunun doğabileceği

⁴⁴⁰ AİHM başvurucunun İran’a gönderilmesi durumunda AİHS m. 3’ün ihlal edileceğine karar verirken, başvurucunun ülkesinde zina suçu işleyen kişinin, İslam hukukuna göre cezalandırılabilir bir eylem olarak kabul edilmediği yönünde bir gelişme bulunmadığını ve aynı zamanda zina suçu işleyen kişinin taşlanarak cezalandırılmasına ilişkin kanunda düzenlemenin var olduğuna ve yetkili makamlar tarafınca kullanılabileceğini belirtmiştir. *Jabari/Türkiye*, B.N. 40035/98, T. 11.07.2000; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 314; **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 121.

AIHM'nin yerleşik içtihadı haline gelmiştir⁴⁴¹. Bu şartlarda AIHS'nin 3. maddesinin, söz konusu kişiyi o ülkeye göndermeme yükümlülüğü yüklediği söylenebilir⁴⁴².

*Chahal/Birleşik Krallık*⁴⁴³ kararında Mahkeme, Hindistan vatandaşı bir militan olan başvurucunun, Birleşik Krallık 'ta terörist faaliyetlerine devam ettiği gerekçesiyle Hindistan'a sınır dışı edilmesine karar verilmesini, bu kişinin Hindistan polisin elinde kötü muameleye maruz kalacağına dair "gerçek bir risk" bulunması nedeniyle, başvurucunun gönderilmesi halinde, AIHS'nin 3. maddesinin ihlal edeceğine karar vermiştir.

2.3.6 Ülkeye Kabul ve Göçte İşkence Yasağı

Bir devletin ülkesine bazı kişilerin alınmamasının da belirli durumlarda AIHS'nin 3. maddesine aykırılık teşkil edebilecektir. Bu konudaki en önemli davalardan birisi de *Doğu Afrikalı Asyalılar/Birleşik Krallık*⁴⁴⁴ davasıdır. Davanın konusu, 1968 yılına kadar İngiliz vatandaşlığına da sahip olan bazı Afrika ülkesi vatandaşlarının, o yılda çıkarılan özel bir kanunla⁴⁴⁵ Birleşik Krallık'a giriş hakları kısıtlanmıştır. Başvurucular, bu düzenlemenin ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu ve bu nedenle de aynı zamanda aşağılayıcı muamele oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Komisyon, ırka veya dine dayalı bir ayırımın belirli kişileri veya grupları diğer kişilerden farklı tutmayı

⁴⁴¹ **DOĞRU**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 118.

⁴⁴² **ÖZDEK**, s. 175; Boyar, s. 145.

⁴⁴³ *Chahal/Birleşik Krallık*, B.N. 22414/93, T. 15.11.1996; **DOĞRU**, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 119. AIHM benzer yöndeki kararları için bkz. *D. ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 24245/03, T. 22.06.2006. (<https://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10608.htm>, Erişim Tarihi: 04.11.2018); *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, B.N. 30471/08, T. 22.09.2009; **DOĞRU/NALBANT**, (İHAS ve Önemli Kararlar), s. 602.

⁴⁴⁴ *Doğu Afrikalı Asyalılar/Birleşik Krallık*, B.N. 4403/72, T. 10.10.1970, (<https://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10608.htm>, Erişim Tarihi: 21.09.2018).

⁴⁴⁵ "Commonwealth Immigrants Act". Bu kanunun amacı, çift vatandaşlığa dayanarak Birleşik Krallık'a girme hakkını mahfuz tutan Afrika kökenlilerin sayısındaki büyük artış sebebiyle yaşanan sorunu çözmek, bu kişilerin Krallık'a giriş haklarını ellerinden almaktır. Yine kanuna göre, artık sadece doğum yeri ya da aile kökeni olarak Birleşik Krallık'la bir bağlantı noktasını muhafaza edenler ülkeye vatandaş gibi girebilecekti. **ÖNOK**, s. 244.

amaçladığından bu durumun kişinin haysiyetine dokunabileceğini ve aşağılayıcı muamele oluşturabileceğini belirterek istemi kabul edilebilir bulmuştur. Bunun üzerine İngiltere yasal düzenlemelerle sorunu çözmüş ve başvurucular ülkeye kabul edilmiş ve dava hakkında kayıttan düşme kararı verilmiştir⁴⁴⁶.

*Kıbrıs/Türkiye*⁴⁴⁷ davasında, Kıbrıs'ta gerçekleşen Türk askeri hareketi sonrasında meydana gelen olaylar ile ilgili şikayetler AİHM tarafından değerlendirilmiştir. Oldukça geniş kapsamlı şikayetleri içeren bu başvuruda yer alan bir kısım şikayet ise, Karpaz Rumlarının ayrımcılığa maruz kaldığına ilişkindir; 16 yaşından küçük erkek ve 18 yaşından küçük kadınların Kuzey Kıbrıs'ta yerleşme ve dolaşma hakları sınırlandırılmakta, o bölgede okula devam edememektedirler. AİHM'ye göre bu muamele belirli bir grubun mensubu olmaları dolayısıyla Karpaz Rumlarına yöneltilmiştir. Bu grubu Türk nüfusundan ayıran; etnik köken, ırk ve din gibi özellikler dolayısıyla ayrımcılığa uğruyor olmalarıdır. Bu ayrımcı muamelenin aşağılayıcı muamele düzeyine ulaşmış olması nedeniyle AİHS 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2.3.7 Zorla Tedavi, Açlık Grevi, Zorla Besleme ve İşkence Yasağı

AİHM *Nevmerzhitsky/Ukrayna*⁴⁴⁸ kararında, tutulan bir kişinin açlık grevini sürdürmesi durumunda, kişinin fiziksel bütünlük hakkıyla, Sözleşmecî Devletin AİHS'nin 2. maddesindeki pozitif yükümlülüğü arasında çelişki oluşacağını belirtmiştir. Yerleşik tıbbi ilkelere göre, tedavi için gerekli olan bir tedbirin uygulanması kural olarak insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele

⁴⁴⁶ Benzer bir durumun bu gün yaşanması durumunda, AİHS'ye Ek 4. Protokoldeki "hiç bir devletin kendi vatandaşlarını ülkeye girmekten alıkoymayacağı" na dair kural çerçevesinde çözümlenmelidir.

⁴⁴⁷ *Kıbrıs/Türkiye*, B.N. 25781/94, T. 10.05.2001, (<http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx>, Erişim Tarihi: 19.09.2018).

⁴⁴⁸ *Nevmerzhitsky/Ukrayna*, B. N. 54825/00, T. 05.04.2005; DOĞRU, (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı), s. 94; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları, s. 650.

oluşturmayacağını ve aynı durumun bilinçli olarak beslenmeyi reddeden hükümlünün yaşamını kurtarmak amacıyla yapılan zorla beslenme bakımından da geçerli olacağı ifade etmiştir. Bu uygulama yapılırken usulün güvencelerine uygun davranılıp davranılmadığının da AİHM tarafından belirlenecektir. İlgili Devlet'in, başvurunun sağlık durumundaki kötüleşmenin hayatını tehdit eder düzeye vardığını gösteren bir sağlık raporunun ve ulusal mevzuat uyarınca gerekli olan, cezaevi müdürünün zorla beslenme yönündeki kararının Mahkeme'ye sunamamış olması karşısında, Hükümet tarafından zorla beslenmenin tıbbi gereklilik bulunduğu savını gösteremediğini, bu nedenle zorla beslemenin keyfi bir uygulama olarak varsayılabilirliğini belirtmiştir. AİHM ilgili devlet tarafından yapılan muamele ile başvuruycuyu zorla beslerken başvurunun iradesine aykırı zorlayıcı muamele ile başvurunun bilinçli olarak yiyecek almayı reddetmesine saygı gösterilmediğini tespit etmiştir. Tıbbi açıdan gerekli olmamasına rağmen direnmeye karşı kuvvet kullanma, kelepçeleme, ağız genişletmek için bir aygıt yerleştirilmesi, yiyecek borusuna bir plastik hortumun sokulması gibi önlemlerin uygulanmış olması durumunda, bu muamelelerin AİHS'nin 3. maddesi anlamında işkencenin oluşacağını vurgulamıştır. Yine AİHM dava konusu olayda, tıbbi bir sebep bulunmaksızın başvurunun direnmesine rağmen zorla beslenmesinin işkence olarak nitelenebilecek kadar ağır bir muamele oluşturduğuna karar vermiştir⁴⁴⁹.

Kişilere zorla deneysel tedavi ve ilaç uygulanması da AİHS'nin 3. maddesine aykırılık oluşturabilecektir. *Bataliny/Rusya*⁴⁵⁰ davasında, başvuranın intihar girişimi üzerine kaldırıldığı psikiyatri hastanesinde yaklaşık 15 gün iradesi dışında tutulması, sağlık görevlileri ve diğer hastalar tarafından kötü muameleyle maruz kalması, ayrıca hastanede kaldığı süre zarfında kendisine

⁴⁴⁹ DOĞRU, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 94-96; ÖNOK, s. 253.

⁴⁵⁰ *Bataliny/Rusya*, B. N. 10060/07, T. 23.07.2015; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, İnsan Hakları, s. 180.

o dönem, henüz piyasaya sürülmemiş olan yeni bir ilacın etkilerine dair bilimsel araştırma yapmak amacıyla yeni ilaç tedavisi uygulanarak, iradesi dışında bilimsel araştırmaya tabi tutulmasıyla ilgili AİHM, başvuranın tıbbi bir zorunluluk olduğu tespit edilmediği halde psikiyatrik tedaviye zorlanması, başvurana yeni bir antipsikotik ilaç tedavisi uygulanarak rızası dışında bilimsel araştırmaya dâhil edilmesi, başvuranda aşağılanma ve küçük düşürülmeye yol açacak korku, endişe ve değersizlik hissi yaratmıştır. AİHM başvuranın rızası dışında maruz kaldığı muamelenin AİHS'nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE SUÇU

3.1 ANAYASA HUKUKU'NDA İŞKENCE SUÇU

Anayasası'nın ikinci bölümü olan “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlığı altında “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*”, alt başlığı altındaki 17. maddenin 3. fıkrasında “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*” ifadesiyle, işkence yasağı düzenlenmiştir.

Anayasası'nın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde de “*kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı*” şeklindeki düzenleme ile de dolaylı olarak işkence yasağının olağanüstü dönemlerde de devam edeceği kabul edilmiştir⁴⁵¹.

3.2 TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE SUÇU

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında “*Kişilere karşı suçlar*”a ilişkin ikinci kısmın “İşkence ve Eziyet” başlıklı üçüncü bölümün 94. maddesinde işkence suçu, 95. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence⁴⁵² suçu düzenlenmiştir. Madde başlığı “işkence” olan TCK m. 94

⁴⁵¹ AKILLIOĞLU, Tekin, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 10-11/1, Y.1989, s. 21.

⁴⁵² Netice sebebiyle ağırlaşmış işkence, m. 95 (1) “İşkence fiilleri, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

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

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunun 94. madde hükümleri, Anayasa m. 17/3’ te “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığı altında “kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan hâsiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” ifadesiyle koruma altına alınan hakkın güvencesini ve diğer yandan, Anayasa m. 38/5. de, “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” ve CMK m. 148’de düzenlenen “yasak sorgu yöntemlerine” başvurulmasının da cezai yaptırımını teşkil

c)Yüzünde sabit ize, d)Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, e)Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

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

(2) İşkence fiilleri, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c)Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d)Yüzünün sürekli değişikliğine, e)Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

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

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

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

etmektedir⁴⁵³. Türkiye, imzaladığı birçok uluslararası sözleşme ve AİHS m.3'te açıkça belirtilmiş olan pozitif yükümlülüğün gereği, kişilerin bu tür muamelelere maruz kalmasını engellemek ve bu tür durumları cezalandırmak amacıyla caydırıcı yasalar yapma ve işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü kapsamında gerekli tedbirleri almayı taahhüt etmiştir⁴⁵⁴. Bu taahhütleri yerine getirmek için 765 sayılı ETCK' da⁴⁵⁵ olduğu gibi, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda da “işkence” suçu bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 94'de düzenleme bulan ve vücut bütünlüğü ile kişi dokunulmazlığı hakkını güvence altına alarak, ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımları düzenleyen “işkence suçu”, günlük dilde kullandığımız, geniş anlamda “acı, ızdırap, eziyet, işkence” gibi ifadelere kıyasla daha belirlidir ve günlük dildeki kullanımına nazaran daha dar bir alanı kapsamaktadır⁴⁵⁶. TCK m. 94'te ifade edilen geniş anlamda işkence suçunun uygulama alanına, ceza

⁴⁵³ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, (Ceza Özel), s. 244; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, 136; **TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, M. Ruhan/**ÖNOK**, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (Ceza Özel), 13. Baskı, Ankara 2016, s. 268; **ARTUK**, M. Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ceza Özel), 15. Baskı, Ankara, 2015, s. 125; **BASBÜYÜK**, (DEÜHFD), s. 1446.

⁴⁵⁴ **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara 2015, s. 170; **Ünver**, **Yener/Hakeri**, **Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 14; **Önok**, s. 273.

⁴⁵⁵ 765 sayılı ETCK' da suçun basit halini düzenleyen m. 243/1 'e göre, “Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir” şeklinde düzenlenmekteydi. Ayrıca ETCK m. 243'te işkence suçu daha dar anlamda kullanılmıştır ve yalnızca kimselere cürümlerinin söylenmesi amacıyla işkence yapılması halinde işkence suçu dolayısıyla sorumlu tutulması mümkün kılınmıştır.

⁴⁵⁶ **DEMİRBAŞ**, s. 73; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 265; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s.267; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Ceza Özel, s. 254; **HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**KETİZMEN**, Muammer, “İşkence ve Eziyet Suçları”, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 1207; **GÜNDÜZ**, s. 321.

muhakemesinin yanı sıra, idari ve disiplin soruşturmaları esnasında uygulanan kötü muamele ve işkence olayları da dahil olacaktır⁴⁵⁷.

3.3 KORUNAN HUKUKİ YARAR

3.3.1 Genel Olarak

İşkence suçu ile korunan hukuksal yarar birden fazladır ve bu açıdan karma bir nitelik taşımaktadır⁴⁵⁸. İşkence suçu ile bir yandan “insan onuru”, “kişinin vücut bütünlüğü ile dokunulmazlığı”, “adliye ve adil yargılanma hakkı”, korunurken diğer taraftan kamu idaresinde disiplin sağlama amacı da hedeflenmektedir⁴⁵⁹.

İşkence niteliği taşıyan fiiller işkence mağdurunun vücut bütünlüğüne ve dokunulmazlığına ve de onuruna saldırı niteliği taşıdığı için kişinin ruhsal ve fiziksel anlamda sağlığı bozmaktadırlar⁴⁶⁰. Ayrıca işkenceye maruz kalan kişinin irade serbestliği yok edildiğinden algılanma yeteneği etkilenmekte duyduğu acı ve ızdırabın etkisiyle gerçek dışı açıklamalarda ya da

⁴⁵⁷ **DEMİRBAŞ**, s. 89; **BAYRAKTAR**, Köksal, “İşkence suçu”, Zabunoğlu Armağanı, Ankara 2011, s. 149; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 268.

⁴⁵⁸ **ÜZÜLMEZ**, İşkence ve Eziyet Suçu, s. 232; **BAKIM**, s. 86; TCK m. 94’in gerekçesine göre; “İşkence suçu ile korunan hukuki değer, karma bir nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemi etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvuru işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacın gerçekleştirilmesine de hizmet eder” şeklinde bu durum ifade edilmiştir. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel, s. 269; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 268; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, (Ceza Özel), s. 252; **ARTUK**, M. Emin, “İşkence Suçu (TCK m. 94, 95)”, CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 19; **BAŞBÜYÜK**, DEÜHFD 2010, s. 1447.

⁴⁵⁹ **NUHOĞLU**, Erman’a Armağan, s. 550; **DEMİRBAŞ**, s. 81; **ÖNOK**, s. 350; **BAKIM**, s. 86; **BAŞBÜYÜK**, DEÜHFD 2010, s. 1447.

⁴⁶⁰ **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2014, s. 215; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 266; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, s. 269.

kabullenmelerde bulunabildiği için belli bir suça ilişkin gerçeğe aykırı ikrarla gerçeğin ortaya çıkmasına ya da adaletin doğru bir şekilde tecelli etmesine engel olunmaktadır⁴⁶¹. Bunun yanında kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlemiş olduğu suç olması sebebiyle de kamu idaresinin güvenilirliği ve saygınlığı zarar görmektedir⁴⁶². Başka bir anlatımla kamu görevlisi şahsında idareyi temsil ettiğinden işkence yapan memurun şahsında idare yıpranmaktadır. Bütün bunların yanında işkence suçu ile korunan asıl yararın “*insan onuru*” olduğu söylenmiştir⁴⁶³.

TCK’da işkence suçunun “*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*” başlığı altında düzenlenmesi de, korunmak istenen hukuki değerın “*kişi dokunulmazlığı*” olduğu açık bir şekilde ortaya koymaktadır⁴⁶⁴.

3.3.2 İnsan Onuru

İnsan onuru, diğer tüm insan haklarının temeli olan mutlak, dokunulmaz bir değerdir. Kant’a göre, “*insan onuru içerisinde, insanın kişiliğinden ve doğasından ayrılması olanaksız çekirdeği bulunmaktadır. Bu haliyle insan onuru insanın insan olmasının özerkliğinin, varlık nedeninin özünü ve temelini oluşturmakta, insanın insan olmasının anlamını ve amacını anlatmaktadır*”⁴⁶⁵.

Anayasa Mahkemesi 1966 tarihli bir kararında⁴⁶⁶, “insan onuru” kavramını, “*insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan*

⁴⁶¹ DEMİRBAŞ, s. 82; NUHOĞLU, Erman’a Armağan, s. 552; ARTUK, s. 20; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel, s. 266; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, (Ceza Özel), s. 264; KAYA, s. 478.

⁴⁶² SOYASLAN, s. 214; BAKIM, s. 86.

⁴⁶³ ÖNOK, s. 349; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel, s. 266; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Ceza Özel), s. 268; SOYASLAN, s. 214; KAYA, s. 476.

⁴⁶⁴ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 241; SOYASLAN, s. 152; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel, s. 270.

⁴⁶⁵ ÖNOK, s.351.

⁴⁶⁶ AYM, 28.06.1966, E. 1963/132, K.1966/29 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/5dc9c960b5d24b1eb70671f5b842e0ea?excludeGerekece=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:03.03.2018).

oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır” şeklinde ifade edilmiştir⁴⁶⁷.

TCK m. 94’de “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren” kişinin işkence suçunu işleyeceği belirtilmiştir. Bu maddede yer alan seçimlik hareketlerin ortak noktası “insan onuruyla bağdaşmayan” bir nitelik taşımasıdır⁴⁶⁸. Bunun yanında işkence suçu ile Anayasa’nın başlangıç bölümünde ve 17. maddesinde temel bir değer olarak belirtilen “insan haysiyeti” cezai açıdan yaptırım altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle insanın içinde bulunduğu şartlar ve diğer şahıslarla ilişkileri ne olursa olsun, onuruna uygun olarak utanca düşürülmeden veya ızdıraba maruz bırakılmadan muamele görme hakkı işkence suçunun özerkliğini oluşturmaktadır⁴⁶⁹.

3.3.3 Vücut Dokunulmazlığı

Anayasa’nın “Kişinin Hak ve Ödevleri” bölümünde “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığını taşıyan 17. maddesinin 1. fıkrasında, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip” olduğu; 2. fıkrasında “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaz” lığının bulunduğu ve 3. fıkrasında ise, “Kimseye işkence ve eziyet yasak” olduğu belirtilmiştir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ DEMİRBAŞ, s. 94; ÖNOK, s. 351; KÖPRÜLÜ, Timuçin, Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı, (Ceza Özel), 3. Baskı, 2017, s. 88; İnsan Onuru Kavramına İlişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, (CHD), CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 50.

⁴⁶⁸ ÖNOK, s. 350; DEMİRBAŞ, s. 81; BAKIM, s. 87.

⁴⁶⁹ ÜZÜLMEZ, İşkence Suçu, s. 236; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 249; DEMİRBAŞ, s. 48; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (Ceza Genel), 17. Baskı, Ankara 2017, s. 37.

⁴⁷⁰ AİHM’si *Tyrer/Birleşik Krallık* davasında, AİHS’nin işkenceyi yasaklayan 3. maddesinin koruduğu amacın “insan onuru” ve “fiziksel bütünlüğü” olduğu belirtilmiştir (Bkz:

TCK da işkence suçunun “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmesi de, korunmak istenen esas hukuki yararın kişinin “*vücut bütünlüğü*” ve “*vücut dokunulmazlığı*” olduğu kuşkusuzdur⁴⁷¹. Bir başka anlatımla, kişilerin bedensel ve ruhsal anlamda acı çekmesine yol açan davranışların gerçekleştirilmesiyle meydana gelen işkence suçu ile mağdurun vücut bütünlüğü, ruhsal ve fiziksel anlamda sağlığı ihlal edildiğinden; bu suç ile kişi dokunulmazlığı ve hatta yaşama hakkı da korunmaktadır⁴⁷².

Burada kişi bütünlüğüyle kastedilen sadece fiziki-anatomik varlığı değil manevi (ruh ve akıl sağlığı) varlığı da bu kapsamdadır. Kişinin bedeni kavramının maddi ve manevi varlığı biyolojik bir bütün olarak kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılması gerekmektedir⁴⁷³. Bu nedenle vücuda yönelik acı verici veya ruhi rahatsızlıklara yol açan hareketlerle vücudun kendi kendine karar verme yeteneğinin azalmasına sebep olduğundan yaşam hakkı, irade özgürlüğü, maddi ve manevi varlığın dokunulmazlığı ihlal edilmektedir⁴⁷⁴.

3.3.4 Adliye ve Adil Yargılanma Hakkı

TCK m. 94 gerekçesine göre, işkence suçuyla adliyenin de korunduğu sonucu çıkmaktadır. Adliye aleyhine gerçekleştirilen eylemler adli fonksiyonların etkinliğini zayıflatır veya azaltarak ortadan kaldırır. Bu durum ise, adli fonksiyonların kişilere sağlayacağı yararlar yerine zarar verebilecek ve kişilerin devlete olan güveninin de sarsılmasına sebep olacaktır⁴⁷⁵. Ayrıca işkencenin cezalandırılmasıyla, adli fonksiyonların kanunlara ve adalete

GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, AİHS ve Uygulaması, s. 198); **GEMALMAZ**, s. 91; **ÜZÜLMEZ**, s. 68; **ÖNOK**, s. 353.

⁴⁷¹ **ÖNOK**, s. 353; **DEMİRBAŞ**, s. 82.

⁴⁷² **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Özel, s. 241.

⁴⁷³ **NUHOĞLU**, Erman'a Armağan, s.555.

⁴⁷⁴ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 105; **ÜZÜLMEZ**, s. 67; **DEMİRBAŞ**, s. 82.

⁴⁷⁵ **SOYASLAN**, s. 215.

uygun gerçekleştirilmesi sağlanarak adli faaliyetin tarafsız, süratli ve isabetli ve adil yürütülmesi hususundaki devlete ve topluma ait yararlar da korunmaktadır⁴⁷⁶.

Anayasa'nın 36. maddesine göre, herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa m. 38/5 fıkrasında *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye"* zorlanamayacağı ve CMK' nın "ifade ve sorgu tarzını" düzenleyen m. 147/1-e bendinde "sanığın susma hakkı" olarak kanunda düzenlenmiştir⁴⁷⁷.

Adliyenin görevi adaletin gerçekleştirilmesiyken, adaletin sağlanması yargılamanın adil yapılmasına ve yargılama sonucunda ortaya çıkan hükmün adil olmasına bağlıdır. Yargılama kişinin suçlanmasından başlayıp infaza kadar olan süreci kapsadığından *"adil yargılanma"* hakkı yargılamanın bütün aşamaları boyunca devam etmektedir. Adil yargılanma hakkı, sanığa tanınan susma, kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamama, müdafiden faydalanma, işkence ve kötü muameleye uğramama, tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde aleni olarak yargılanma, isnad edilen suç hakkında bilgilendirilme haklarını gereği gibi kullanabildiği bir ortamda yargılanmasını ifade eder⁴⁷⁸.

CMK m. 148'de *"Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma,*

⁴⁷⁶ **DEMİRBAŞ**, s. 83; **NUHOĞLU**, Erman'a Armağan, s. 552; **ARTUK**, s. 20; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 266; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 264.

⁴⁷⁷ **Üzülmüş**, s.231.

⁴⁷⁸ **ŞAHİN**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 766; **DEMİRBAŞ**, s. 83; **YENİSEY**, s.48-59; Adil yargılanma hakkını, uyumsuzluğun olanakları ölçüsünde gerçeklerin yansıtılabilmesi için, uyumsuzluğun tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetilmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılanmadır şeklinde tanımlanmaktadır. **DONAY**, Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2015, s. 37.

aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel ve ruhsal muameleler” yasaklanmıştır. CMK m. 148/3’te “Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak” değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, adil yargılanma hakkının kişilere tanınması ile işkence ve benzeri kötü muamelelerin ifade ve sorguda gerçekleştirilmesinin önüne geçilmiş ve bu davranışların yaptırıma bağlanarak kişilere güvence sağlanmıştır⁴⁷⁹. Yine Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca iç hukukumuzun bir parçası haline gelen AİHS’nin 6. maddesinde de adil yargılanma hakkı düzenlenmiş ve adil yargılanma hakkı kapsamında şüpheli veya sanığa soruşturma ve kovuşturma aşamasında tanınan hakların teminatı oluşturulmuştur⁴⁸⁰.

3.3.5 İrade Özgürlüğü ve Susma Hakkı

Kişinin özgürce karar verebilme ve buna uygun olarak hareket edebilme özgürlüğü, kişinin manevi varlığı bağlamında sahip olduğu dokunulmaz bir haktır⁴⁸¹. İşkencenin temel amaçlarından birisi de, bedensel veya ruhsal acı ve ızdırap uygulanarak mağdurun iradesini etkilemek ve dayanma gücünü yitirerek işkence failinin istediği şekilde hareket etmesini sağlamaktır⁴⁸².

Sanık gerçekten suçlu olsa bile suçluluğunun ispatlanmasına aktif olarak katılmak zorunda olmadığından isterse susarak isterse konuşarak ya da ikrarda bulunarak kendisini savunabilir. Dürüst yargılanma ilkesi gereğince savunma hakkı ve ifade özgürlüğü, sanığın her türlü baskıdan uzak olarak konuşup konuşmamaya ve istediği ölçüde konuşmaya karar verebilmesi durumunda mümkün olmaktadır⁴⁸³.

⁴⁷⁹ **ERDEM**, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 425; **DEMİRBAŞ**, s. 30; **NUHOĞLU**, Erman’a Armağan, s. 550; **ÖNOK**, s. 357.

⁴⁸⁰ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Özel, s.104; **ÖNOK**, s. 357; **BAKIM**, S. 89.

⁴⁸¹ **ÖNOK**, s. 354.

⁴⁸² **NUHOĞLU**, Erman’a Armağan, s. 553.

⁴⁸³ **ERDEM**, s. 266; **CENTEL/ZAFER**, s. 137.

Susma hakkı; “şüphelinin veya sanığın kendisine yöneltilen suçlamalar karşısında ifade alan ya da sorgu yapan hakim tarafından isnad edilen fiile ilişkin olarak sorulacak sorulara hiç yanıt vermemesi veya istediği soruya yanıt verip istediğine yanıt vermemesi” olarak tanımlanmıştır⁴⁸⁴. Suç şüphesi altında bulunan kişinin soruşturma ve kovuşturma süresi boyunca işlediği iddia edilen suçla ilgili olarak kendisine sorulan sorulara cevap vermeye veya bu yola delil göstermeye zorlanamaması sebebiyle bu durumun kişi aleyhine yorumlanmaması esastır. Şüphelinin veya sanığın susma hakkını ihlal edecek şekilde iradesine aykırı olarak alınacak ifade ve ikrar masumiyet karinesini de ihlal edecektir⁴⁸⁵.

Anayasa m.38/5 fıkrasında; “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolla delil göstermeye zorlanamaz” ifadesiyle susma hakkı ile sanığın ifade özgürlüğü koruma altına alındığı gibi ayrıca bu hükümle masumiyet karinesine, hukuka aykırı delil yasağına da yer verilmiştir⁴⁸⁶.

TCK m. 94’de, suçun maddi unsurunu oluşturan “algılama ve irade yeteneğini etkilenmesine” yol açan bazı davranışların da hile, aldatma, zorlama ya da iradeyi bozan bu gibi yöntemler kullanılmak suretiyle her hukuka aykırı delil yasağı için geçerli olmasa dahi yasak sorgu yöntemine başvurma yasağının işkence suçu ile yaptırım altına alındığı söylenebilecektir⁴⁸⁷. Yine CMK m. 147/1-e bendinde, ifade veren kişinin kendisine “yüklenen suç hakkında

⁴⁸⁴ **CENTEL/ZAFER**, s. 138; **ÖNOK**, s. 356; **EVİK**, Ali Hakan, “Susma Hakkı”, Güncel Hukuk Dergisi, S.12, T. 2004, s. 48. AY 38/5. maddesinde yer alan “hiç kimse” ifadesiyle ve bu hakkı kullanmak için herhangi bir makam belirtilmemiş olmasının sanık ve şüpheliler dışında kalan kişilerinde bu haktan yararlanabileceği ve diğer resmi organlar veya yetkili merciler önünde de bu hakkın öne sürülebileceği yönünde bir görüş ifade edilmiştir.

⁴⁸⁵ **EVİK**, “Susma Hakkı”, s. 49; **DÖNMEZER**, Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 68.

⁴⁸⁶ **CENTEL/ZAFER**, s.149.

⁴⁸⁷ **ÖNOK**, s.357.

açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu” belirtilmiştir. CMK m.148’de şüphelinin ve sanığın beyanının kişinin kendi özgür beyanına dayanması gerektiği bunu engelleme için yapılan “*kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçlar kullanma gibi ruhsal veya bedensel müdahaleler*” yapılamayacağını ve kişinin özgür iradesiyle karar verebilmesini ve verdiği karara göre de hareket edebilmesini engellenemeyeceği ifade edilmiştir⁴⁸⁸. CMK m. 148/3’e göre, “*kanunda yasaklanan bu usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemeyeceği*” düzenlenmiştir.

3.3.6 Kamu İdaresi

TCK m. 94’de işkence suçunun faili kamu görevlisi olacağını düzenlenmiştir. Buna göre, kamu görevlisi bu eylemleri ancak kamusal faaliyetleri yerine getirirken gerçekleştirebilecektir. Kamusal faaliyet esnasında kamu görevlisinin işkence niteliğinde kötü muamelelerde bulunması ise, kamusal faaliyetin kötü yürütülmesinin yanı sıra kişilerin devlete olan güvenin azalmasına ve idarenin vatandaşlar nezdinde itibarının sarsılması söz konusu olacaktır⁴⁸⁹. İşkence suçunun madde metninde yaptırımının belirlenmesi ile birlikte kamu faaliyetlerinin yürütülmesinde disiplinin sağlanması ve vatandaşlar tarafından idareye duyulan güvenin korunması amaçlanmıştır⁴⁹⁰. Bu sebeple, kamu görevlisinin gerçekleştireceği kötü muameleler yalnızca kamu idaresinin güvenilirliğini ve işleyişini zedelemeyecek, ayrıca kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğü, dokunulmazlığı, adil yargılanma hakkı ve buna bağlı olarak da şüpheli ve sanık haklarının ihlali sonucunu doğuracaktır.

⁴⁸⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Özel, s.105.

⁴⁸⁹ NUHOĞLU, s. 535; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 18; DEMİRBAŞ, s. 83.

⁴⁹⁰ ÖNOK, s. 357.

3.4 MADDİ UNSUR

3.4.1 Genel Olarak

Suçtan bahsedebilmek için failin olumlu ya da olumsuz bir davranışının bulunması, bu davranışın dış dünyada bir değişikliğe neden olması ve yapılan davranışla dış dünyada oluşan değişiklik arasında bir nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir⁴⁹¹. Maddi unsur (fiil); hareket, netice ve hareketle netice arasındaki bağlantıyı oluşturan nedensellik bağından oluşmaktadır⁴⁹².

TCK m. 94’de işkence suçunun maddi unsuru “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar*” oluşturmaktadır.

TCK m. 94’de işkence suçu seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlendiği için madde metninde öngörülen birden fazla hareketten herhangi birisinin yapılması halinde suç gerçekleşmiş sayılacaktır⁴⁹³. İşkence suçu, “*insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışla*”, bu davranışın mağduruna “*bedensel ya da ruhsal yönden acı çektiren*” veya “*algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine*” veya “*aşağılanmasına yol açacak*” hareketlerle işlenebilecektir. Böylece TCK m. 94’teki düzenlemeye, sadece bedene doğrudan etki yapan maddi nitelikteki ızdırap ve acı veren hareketlerle değil, bedene doğrudan ve dolaylı etki yapmayan fakat algılama ve irade yeteneğini ihlal eden akıl ve ruh sağlığı açısından ızdıraba yol açan hareketlerle de işkence suçu meydana getirebilecektir⁴⁹⁴. Bunun yanında kişinin bedenine doğrudan fiziki müdahalede bulunmadan da işkence fiili

⁴⁹¹ **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2017, s. 230.

⁴⁹² **ARTUK**, M, Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ceza Genel), 9. Baskı, Ankara 2015, s.411; **ÖNOK**, s. 382.

⁴⁹³ **DEMİRBAŞ**, s. 93; **BASBÜYÜK**, s. 1453; **ÜZÜLMEZ**, s. 98; **ÖNOK**, s.383.

⁴⁹⁴ **ARTUK**, s. 21; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 272.

gerçekleşebilecektir⁴⁹⁵. Ayrıca işkence suçunu oluşturan seçimlik hareketlerin hepsinin birden uygulanması halinde de birden fazla suç oluşmaz, ortada yine tek bir suç vardır⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵Yargıtay, “Terörle mücadele şube görevlileri olan sanıkların mağdurlar hakkında başlattıkları soruşturmada, göz altı sürecinde sorgulanırken, suçlarını söyletmek amacıyla hakaret, tehdit, göz bağlamak, yüksek sesli müzik dinletmek, çırılçıplak soymak, elektrik vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak, erkeklerin hayalarını sıkmak, kızlara cinsel tacizde bulunmak, makatlardan cop sokmak, diğer kişilere yapılan işkenceyi seyrettirmek şeklinde sonuç almaya yönelik eylemlerde bulundukları” muamelelerle, TCK m. 94 ve 95’de tanımlanan işkence suçunu işlediklerine karar vermiştir; Mağdurlar üzerinde fiziksel müdahale içermemelerine rağmen, meydana getirdikleri manevi acının büyüklüğü ve algılama ve irade yeteneği üzerinde gerçekleştirdikleri etki sebebiyle işkence olarak değerlendirilmiştir. Bu tür davranışlar AİHM tarafından “manevi işkence” olarak adlandırılmıştır. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 270; Yar.8. CD. 12.10.1998, 10667/12819, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.07.2018); “Emniyet Müdür Yardımcısı olarak görev yapan sanığın, 03.10.2003 tarihinde meydana gelen bir kavga olayı nedeniyle meydana gelen ve 06.10.2003 tarihinde şüpheli/sanık sıfatıyla gözaltına alınan mağdura suçunu söyletmek amacıyla yumruk ve tekme atarak, kulağına ve hayalarına vurup, seni 20 kişinin içinden alıp i... yaparım, diyerek tehdit ettiği, bilahare serbest kalan mağdurun sanık hakkında işkence suçundan şikayette bulunarak hastaneden kesin rapor almaya çalıştığı süreçte, 17.10.2003 günü kahvehanede yanında tanık S.. O... 'da bulunduğu esnada yeniden karakola getirtildiği ve şikayette bulunması sebebiyle mağdurun başına vurup, seni yaşatmam, sana bu raporu aldırtmam, seni anadan doğma soyarım, dansöz elbisesi giydirip T... Ü... Caddesinde oynatırım, diyerek hakaret ve tehdit etmek suretiyle zalimane, gayri insani ve haysiyet kırıcı muamelelerde bulunarak işkence suçunun oluştuğuna, ve TCK m. 94-95’de tanımlanan işkence suçunu işledikleri” kanaatine varmıştır. Y.8.CD.E. 2012/11294, K. 2012/22677, T. 2.7.2012, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.03.2019). “Somut olayda; jandarma görevlisi olan sanığın bir suç nedeniyle yakalanan şikayetçiye önce suçunu söyletmek amacıyla tokat atması, akabinde de jandarma karakolunda falakaya yatırarak ayaklarının altına copla vurması, belli bir süreç içerisinde süreklilik gösteren ve dolayısıyla sistematik bir şekilde işlenen, insan onuru ile bağdaşmayan, mağdurun bedensel ve özellikle ruhsal yönden acı çekmesine neden olan, algılama ve irade yeteneğini ve buna bağlı olarak da hiçbir şekilde etkilenmeden, özgür iradesiyle ifade vermesini etkileyen, aşağılanmasına yol açan davranışlar olduğu” gerekçesiyle işkence suçunun oluştuğu kabul edilmiştir. Y.8.CD. E. 2013/15223, K. 2014/7817, T. 26.03.2014, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.03.2019); “Sanıklar hakkında işkence suçundan kurulan hükümlere yönelik sanıklar müdafilerinin temyiz itirazlarının incelenmesinde; olay tarihinde polis memuru Z. Ç.’nin kaybolan silahını aldığını öne sürdüğü şikayetçiye gözaltına alan sanıkların herhangi bir evrak tanzim etmedikleri, karakola götürdükten sonra, şikayetçiye çırılçıplak soyarak muhtelif yerlerinden darp ederek, tehdit ve hakaretlerde bulundukları anlaşılmakla, yapılan yargılamaya, dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde gösterilen ve değerlendirilen delillere, oluşa ve mahkemenin soruşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçun oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye göre sanıklar müdafilerinin, suçun sabit olmadığına dair temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddiyle hükümlerin onanmasına” karar vermiştir. Y.8.CD.E.2013/16972, K. 2014/3087, T. 13.2.2014, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.03.2019); “Oluşa, iddia, adli raporlar, mağdur ve tanık beyanları ile tüm dosya kapsamına göre, olay tarihinde 4. Zırhlı Tugay Komutanlığı Disiplin cezaevinde gardiyan olan sanığın, oda hapsi cezası verilen katılan İ. F.’ın elbiselerini

çıkartarak çırlıçiplak vaziyette sınav çektiği, üzerine oturduğu, hortumla ıslattığı, özellikle kafasını masaya vurmak suretiyle dövdüğü, böylece sistematik olarak gerçekleşen ve insan onuruyla bağdaşmayacak eylemlerin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı 243. (suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı 94.) maddesinde tanımlanan işkence suçunu oluşturduğu gözetilmeden, eylemin efrada kötü muamele suçunu oluşturduğundan bahisle yazılı şekilde düşme kararı verilmesi” ni hukuka aykırı bularak bozulmasına karar vermiştir. Y.8.CD,E.2012/31460, K. 2013/6705,T. 27.2.2013, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.03.2019). “Polis memuru olan sanık A. U.’ın, olay günü gözaltına alınarak karakola getirilen katılan A. B.’a yönelik olarak üst arama sürecinde karakolun alt katında başlayarak ikinci katta, daha sonra parmak izi alınma ve fotoğraf çekimi için götürdükleri ilçe emniyet müdürlüğü biriminde devam eden, dolayısıyla bir veya iki sefer olmayıp sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde süreklilik arz eder şekilde gerçekleştirdiği vurma, saç çekme, hakaret içeren sözlerle aşağılama ve baygın vaziyette karakolda yerde yatırma şeklindeki zor kullanma yetkisi ile ilgisi bulunmayan eylemlerinin, işkence suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama suçundan hüküm kurulması, cezaevi jandarma bölük komutanlığında uzman çavuş olarak görev yapan ve jandarma erlerinin amiri olan sanık M. İ.’in, tutuklanarak cezaevine getirilen katılan Ö. K.’ya yaklaşık 30 dakika süren arama sırasında aralıklarla yanına gidip gelerek kamera kayıtlarında görüldüğü üzere odalar arasında sürekli dolaştırılan tahta sopa ile vurmak ve aşağılayıcı sözler söylemek suretiyle işkence yaptığının katılan ve tanık anlatımları, kamera kayıtları ve tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında işkence suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle beraat kararı verilmesi” hukuka aykırıdır. Y.8.CD, E. 2013/13411, K. 2013/26551, T. 06.11.2013 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.03.2019); “Saraylar Jandarma Karakol Komutanı astsubay B. ile aynı karakolda görev yapan uzman çavuş G.’in, S. isimli şahsın annesine telefonla cinsel tacizde bulunduğu öne sürülen şikayetçi H.’i saat 22.00 civarında gözaltına aldıkları, ancak herhangi bir işlem yapmadıkları gibi, gözaltına alındığına yönelik giriş ya da çıkış raporu da almadıkları, ayrıca sanık B.’in müştekiye nasıl böyle yaparsın diyerek ve hakaret içerikli sözler söyleyerek tokat atmaya başladığı, sonrasında, banyoya götürülerek, sanık B. tarafından ayaklarının altına job ile vurulmak suretiyle ve ayaklarına soğuk su dökülüp tuza bastırıldığı, sanık G.’in, sanık B.’in istediği tuz, soğuk su gibi materyalleri temin ederek şüpheli B.’e verdiği, sonra müştekinin asayiş odasına götürüldüğü, sanık B.’in sanık G.’a bir poşet getirin dediği, sanık G.’in getirdiği poşeti, her iki sanığın birlikte müştekinin kafasına geçirdikleri, sanık B. tarafından bir süre poşetin müştekinin boğaz kısmına sıkıca tutularak müştekinin nefes almasının engellendiği, poşeti müştekinin kafasından çıkaran sanık B.’in müştekiye, seni bir daha çarşıda görmeyeceğim, evden aşağı inmeyeceksin, inersen böylede olmaz alt takımların gider, kahvede çalışmayacaksın, kahvecide seni” “çalıştırırsa kahvecinin de tepesine binerim diyerek tehdit ettiği, müştekinin, sanık G. tarafından devriye aracı ile saat 24:00 civarında evine bırakıldığı, müştekinin 25.02.2010 tarihinde aldığı rapora göre; her iki ayak tabanında yaygın ödem ve morluklar, basmakla yaygın ağrı, ayrıca sol ayak tarak kemiğinin yanında 2x1 cm ağrılı hem atom ve morluk, sol omuzda 5x3 cm ağrılı lezyon bulunduğunun belirlenmesi karşısında sanıkların eylemi” işkence suçunu oluşturmaktadır. Y.8.CD, E. 2013/11882, K. 2014/1575, T. 23.1.2014, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.03.2019).

⁴⁹⁶ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s.109; **BASBÜYÜK**, s. 1452; **DEMİRBAŞ**, s. 93; **ÖNOK**, s. 383.

İşkence suçu hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilen bir suçtur⁴⁹⁷. TCK m. 94/5'te, *“bu suçun ihmali bir davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz”* şeklindeki düzenlemeyle işkence suçunun ihmali hareketlerle de işlenebileceği açık olarak belirtilmiştir. İşkencenin ihmali davranışla işlenmesine bir kimseyi uzun süre aç, susuz ve uykusuz bırakma, tuvalete gitmeye izin vermeme, yaralı sanığın doktorla görüşmesine izin vermeme gibi örnekler verilebilir.

TCK m. 94'ün gerekçesine göre, *“İşkence suçu, çoğu zaman amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımni muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalelerde bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışlarla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır”*. Maddenin gerekçesine göre amirin işkence suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğü yerine getirebilmesine imkan olması gerekmektedir. Örneğin, amirin izinde olması veya görevi başında olmasına imkan vermeyecek herhangi bir diğer nedenden dolayı, alt kademedeki memurun işkence yaptığını bilmesine veya bunu öngörmesine imkan yoksa amirin bu davranışlarından dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkün olamayacaktır⁴⁹⁸. Amirin ihmali davranışla işkence suçundan sorumlu tutulabilmesi için görevi başında olması, alt kademedeki memurlar tarafından işkence yapıldığını bilmesi ve öngörmesi, yani ihmali

⁴⁹⁷ NUHOĞLU, s. 563; BAYRAKTAR, s. 186; ÜZÜLMEZ, s. 237; SOYASLAN, s.150; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 143; ÖNOK, s.383; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 230; KÖPRÜLÜ, (Ceza Özel), s. 88.

⁴⁹⁸ ÖNOK, s.384; BAŞBÜYÜK, s. 1452.

davranışı kasten yerine getirmesi gerekmektedir⁴⁹⁹. İhmali davranışın kasten yerine getirilmesi söz konusu olmasa dahi amirin kusurunun en azından olası kast⁵⁰⁰ düzeyinde olması gerekmektedir⁵⁰¹.

TCK m. 279 göre, “Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip, yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi”nin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla öğrendikleri suçları yetkili makama bildirme yükümlülüğü TCK 94. madde gerekçesinde yalnızca amirlere yüklenmiş bir yükümlülük gibi gözükse de TCK 279. madde ile her kamu görevlisi bu yükümlülüğe sahiptir⁵⁰².

3.4.2 İnsan Onuruyla Bağdaşmama

İnsan onuru, “*bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güç*” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁰³. İnsan onuru bireye, diğer bireyler ve devlet

⁴⁹⁹ “Suç tarihinde müşteki M.’in, tanık G. ile birlikte. ...istikametinden. ...Caddesine yürürken 34 A ... kod nolu araçta görev yapan sanık A.’ in, Sen gel bakım buraya diyerek seslenip çağırması üzerine müştekinin üslûbun düzgün olmadığı şeklinde uyarması sonrasında, sanık A.’ in şikayetçinin yakasını tutarak tekme attığı, daha sonra diğer sanıklar M. ve M.’nin gelerek ellerindeki joplar ile müştekiye vurdukları ve akabinde şahsın ellerini kelepçeleyerek araç içerisine alıp yaklaşık 20-25 dk dolaştırdıkları, bu arada her üç sanığında şikayetçiyi araç içerisinde darp etmek suretiyle raporda belirtilen şekilde yaralamaları ve hakaret etmeleri eylemlerinin bir bütün halinde işkence suçunu oluşturduğu gözlemlenmeden yazılı şekilde hükümler kurulmasını” usul ve yasaya aykırı bularak bozmuştur. Yine aynı davada “Sanığın suç tarihinde görevli olması, polis memuru olan diğer sanıkların katılanı darp etmeleri karşısında sadece uyarıda bulunması, katılanı darp etmelerine engel olmaması” şeklinde vuku bulan olayda Yargıtay hareketsiz kalan polis memuru bakımından da işkence suçunun oluştuğuna kanaat getirmiştir. Yar. 8. CD, E. 2013/7707, K. 2014/5504, T. 06.03.2014, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.07.2018).

⁵⁰⁰ Failin gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunmayan neticeleri öngörmesine rağmen yani failin hareketinin istediği neticelerin yanında başka neticelerin meydana getirebileceğini öngörüp gerçekleşmesini göze alarak ve söz konusu hareketi yapmaktan kaçınmayarak “olursa olsun” demesi halinde olası kast (muhtemel, gayri muayyen, dolayısıyla, belirli olmayan kast) mevcuttur. Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, (Ceza Özel), s. 560; **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s. 389.

⁵⁰¹ **ÖNOK**, s. 384; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, (Ceza Özel), s. 232.

⁵⁰² **ÖNOK**, s. 385; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s.273; **KÖPRÜLÜ**, (Ceza Özel), s. 89.

⁵⁰³ **ÖZTÜRK/ERDEM**, Ceza Genel, s. 38; **ÜZÜLMEZ**, s. 235; **ÖNOK**, s. 390.

tarafından saygı gösterilmesi gereken dokunulmaz bir alan sağlar⁵⁰⁴. İnsan onurunun dokunulmazlığı, insanın başka amaçlar için araç durumuna indirgenmesini yasaklar ve insanın bizatihi amaç sayılması ve buna uygun işlem görmesi gereğini vurgular. *“İnsanın insan olması sebebiyle sahip olduğu ve devletten önce de geçerli olan özünün, öz değerinin, süje niteliğinin hiçe sayılması, kamusal tasarrufların ve işlemlerin basit bir objesi olarak alçaltılması insan onuruna aykırıdır”*⁵⁰⁵. Bu nedenle kişiler, insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye rıza gösteremez, şayet böyle bir rıza göstermiş olursa da bu rızası geçerli olmayacaktır⁵⁰⁶. İşkence bireyi obje haline getirerek onun kendi kaderini tayin hakkını ve özgür iradesini ortadan kaldırdığı için insan onuruyla bağdaşmaz. Bu nedenle insan onurunun ihlal edilip edilmediği, her somut olayda insanın obje haline getirilme ve özgür irade, eşitlik ilkesi ve ölçülülük kriterlerini dikkate alınarak ayrıca araştırılması gerekmektedir⁵⁰⁷.

TCK m. 94’ki işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli, *“bedensel veya ruhsal yönden acı çektirmek”, “algılama ya da irade yeteneğini etkilemek”* ve *“aşağılamak”* şeklindeki davranışlarının her birinin insan onuru ile bağdaşmayan bir nitelik taşımaları gerekmektedir⁵⁰⁸.

TCK m. 94 kapsamında işkence olarak değerlendirilecek her davranış, insan onurunun dokunulmazlığının ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Ancak insan onuruyla bağdaşmayan her davranış işkence olarak değerlendirilmeyeceği gibi, burada öncelikle davranışın objektif yapısına bakılacak; ancak asgari ağırlık düzeyine ulaşan davranışlar işkence olarak nitelendirilecektir⁵⁰⁹. Madde kapsamında değerlendirilen ve asgari ağırlık düzeyine ulaşan bütün

⁵⁰⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, (Ceza Özel), s.109.

⁵⁰⁵ ERDEM, s. 236; ÖNOK, s. 389; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 270.

⁵⁰⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.109.

⁵⁰⁷ ÜZÜLMEZ, s. 235; ÖNOK, 391; BAŞBÜYÜK, s. 1454.

⁵⁰⁸ BAŞBÜYÜK, s. 1453; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 249.

⁵⁰⁹ ÖNOK, s. 391; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 276.

davranışların insan onuruyla bağdaşmadığı göz önüne alındığında, aslında “*insan onuruyla bağdaşmama*” kıstasının işkence suçunun maddi unsurunu tek başına ortaya koyabileceği de düşünülemeyecektir⁵¹⁰.

3.4.3 Bedensel ya da Ruhsal Yönden Acı Çektirme

TCK'nin 94. maddesinde kanun koyucu “*bedensel veya ruhsal yönden acı çekme*” ibaresi kullanarak, bedensel yönden acı veren hareketler ile kişinin maneviyatına tesir eden bir takım hareketlerin işkence kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir⁵¹¹. Burada acı verici hareketlerin mağdurun vücudu üzerinde mutlaka fiziki iz bırakması gerek olmayıp, bu hareketlerin bedensel veya ruhsal yönden acı vermesi, vücut dokunulmazlığı ve kişinin manevi bütünlüğünün ihlalini oluşturacak hareketler olması yeterli olacaktır⁵¹². Yine işkence suçunun niteliği gereği bu hareketlerin asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bu asgari ağırlık düzeyi belirlenirken de mağdurun sübjektif duyarlılığı değil, hareketin objektif yapısı esas alınmaktadır⁵¹³.

İşkence suçunda mağdurun dayanıklılığı veya algılama yeteneğini etkileyecek herhangi bir tesir altında işkenceyle karşı karşıya kalması ve içinde bulunduğu durumun farkına varamaması ve bu yüzden acı

⁵¹⁰ ÖNOK, s. 391; DEMİRBAŞ, s. 95.

⁵¹¹ Yargıtay, “*baş aşağı olmak üzere ayaklarından asına, cinsel organa tel bağlayarak elektrik akımına tutma, on üç gün boyunca gece gündüz coplama elektrik akımı verme, basınçlı su sıkma, ıslak battaniyeye sarma, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlama, erkeklerin hayalarını sıkma, makattan cop sokma, belirli aralıklarla ancak sürekli olarak tokat atma, tekme atma, on dakikada bir küfredip vurma, tek ayak üstünde tutma, yüzünü duvara döndürüp elleri havada yahut tek ayak üstünde duvara yapışık vaziyette bekletme, uyutmamak için geceleri sık sık soru sorma, soğukta soyup betona yatırma, sıcakta su içmeyi önleme, tuvalet ihtiyacını gidermeye engel olma gibi eylemlerin tümünü mağdurlar üzerinde acı ve ızdırap meydana getirdiği*” gerekçesiyle işkence olarak değerlendirmiştir. Yar. 8. CD, 13.12.2012, 29994/38227, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi, 15.08.2018); Yar. 8. CD, 12.10.1998, 10667/12819, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi, 15.08.2018).

⁵¹² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 110; BAKIM, s. 115.

⁵¹³ ÖNOK, s. 392.

hissetmemesi durumunda da işkence suçunun varlığından bahsedilecektir⁵¹⁴. Ayrıca mağdur üzerinde bedensel acının sağlanması için mağdurun vücudu ile doğrudan temas kurulması şartı aranmamakla birlikte, mağdurun bulunduğu ortamda çevrenin dar, kirli, sıcak vb. bir takım özellikleriyle de bedensel acının yaşatılması işkence kapsamında değerlendirilmesine sebep olacaktır⁵¹⁵.

Mağdur üzerinde korku yaratarak veya mağduru tehdit ederek, bedensel yönden acı yaratacak hareketin bizzat mağdur tarafından kendine yaptırılması da mümkün olacaktır. Bu tarz bir etki mağdur üzerinde bedensel acı yaratacağı gibi, mağdurda uyandırdığı korku ile zihinsel bir takım etkiler de bırakacaktır⁵¹⁶.

Mağdur üzerinde bırakılan ruhsal acıda ise, ızdırap veren hareketler ile mağdur üzerinde baskı oluşturulması ve mağdurun ruhi ve akli dirençlerinin kırılması amaçlanmaktadır. Burada bedensel acı çekmede olduğu gibi, davranışın işkence olarak değerlendirilebilmesi için nesnel olarak ruhsal acıya yol açabilecek nitelikte olması yeterli görülecektir. Kişinin manevi bütünlüğünün de zarar görmüş olmasını gerekmeyecektir. Aksi halde, algılama yeteneği sürekli olarak bulunmayan mağdurların, akıl sağlıklarının etkilenmesi söz konusu olamayacağından ve bu kimselere karşı yapılacak olan küçük düşürücü, ruhsal acı verici davranışların akıl zayıflığında daha fazla tahribata yol açması mümkün olamayacağından, bunların ruhsal yönden acı çekerek suçun mağduru olmalarının önüne geçilmiş olacaktır⁵¹⁷.

⁵¹⁴ ÖNOK, s. 392; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 267; BAŞBÜYÜK, s. 1456; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 270; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 250.

⁵¹⁵ DEMİRBAŞ, s. 95; ÖNOK, s. 392.

⁵¹⁶ ÖNOK, s. 392; ARTUK, s. 24; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 274.

⁵¹⁷ ÖNOK, s. 393; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 274; DEMİRBAŞ, s. 48.

3.4.4 Algılama ve İrade Yeteneğini Etkileme

TCK m. 94'de göre, işkence suçunun oluşmasına sebebiyet veren seçimlik hareketlerden bir diğeri de, “*mağdurun algılama ve irade yeteneğinin*” etkilenmesidir.

Kişinin algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi, kişinin özgürce düşünme ve iradesine göre hareket etme imkanının etkilenmesi anlamına gelmektedir⁵¹⁸. İnsan olmanın gereklerini yerine getirebilen normal kişi, etrafında olup bitenleri anlama, değerlendirme ve yorumlayıp bir karara varabilme ve bunun yanı sıra her özgür insan gibi bir şeyi yapıp yapmama konusunda karar verebilme yetkesine sahiptir⁵¹⁹. TCK m. 94 ile yasak getirilen durumlar da, kişinin sahip olduğu bu yetkiler üzerinde kamu görevlisinin olumsuz etkisinin görüldüğü durumlardır⁵²⁰.

Algılama yeteneği, insanını çevresindeki olayları gözlemleme kabiliyetiyle dış dünyanın verilerinin zihinsel olarak anlaşılmasıdır⁵²¹. Algılama yeteneğinin etkilenmesi, mağdurun psikolojik veya sinirsel sisteminde ortaya çıkan her türlü olumsuz değişiklik sebebiyle, kişinin dış dünyadaki verileri, doğruları doğru anlayabilme ve iyiyle kötüyü, doğruyla yanlış ayırt etme kabiliyetini yitirmesidir⁵²². Böylece kişi olayları ve etrafı doğru değerlendiremez hale sokularak dolayısıyla kişinin normal bir kişi gibi hareket edebilme yeteneğini kaybetmesi sağlanmaktadır⁵²³.

Algılama yeteneğinin etkilenmesinin yanı sıra, irade yeteneğinin etkilenmiş olması durumunda da TCK m. 94'e göre işkence suçunun oluştuğu ifade

⁵¹⁸ **KÖPRÜLÜ**, Ceza Özel, s. 89.

⁵¹⁹ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 271; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Ceza Özel, s. 256; **DEMİRBAŞ**, s. 96;

⁵²⁰ **DEMİRBAŞ**, (Soruşturma Evresinde), s. 227.

⁵²¹ **DEMİRBAŞ**, s. 172; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 250; **SOYASLAN**, s. 150.

⁵²² **DEMİRBAŞ**, (Soruşturma Evresinde), s. 228.

⁵²³ **SOYASLAN**, s.150.

edilecektir. İrade, “*bir şeyi yapıp yapmayacağına karar verme gücü, istenç*”⁵²⁴ anlamına gelmektedir. İrade yeteneği ise, kişinin fiili işlediği sırada hareketlerini serbest olarak tayin edebilme, yönlendirebilme kudretine sahip olmasıdır. Yani burada söz konusu olan kişinin kendi davranışlarını yönlendirme yetisini kullanarak, kendi özgür iradesiyle ne şekilde davranacağını seçebilme özgülüğüdür⁵²⁵. Mağdurun olayları algılamasına ve bu algılaması doğrultusunda davranışlar geliştirmesine engel olacak şekilde bireyin düşünme ve düşüncelerine göre hareket edebilme imkanını ve davranışlarına yön verme kabiliyetini ortadan kaldıracak nitelikteki davranışlar işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan bu seçimlik hareketin kapsamındadır⁵²⁶.

TCK m. 94’te öngörülen bu iki seçimlik hareket ile mağduru dışardan gelecek etkilere karşı korunması amaçlanmaktadır. Sonuç olarak, dışardan gelen ve mağdurun algılama ve irade yeteneğine etki edecek her türlü davranış bu suçun vuku bulmasına sebep olacaktır.

3.4.5 Mağdurun Aşağılanmasına Yol Açacak Davranışlar

Mağdurun aşağılanması kapsamında uygulanacak olan davranışlar mağdurun onurunu kıran, itibarını zedeleyen, mağdurun kendisini değersiz hissetmesine neden olan, psikolojik ve fiziksel dirençlerini kıran, mağdurda korku, acı ve aşağılanma hisleri uyandıran davranışlardır⁵²⁷. Sayılan davranışlar AIHS’nin 3. ve BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 16. maddesinde “aşağılayıcı” olarak kabul edilmiştir.

⁵²⁴(http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c8ffa49981ca5.801354, Erişim Tarihi: 30.07.2018).

⁵²⁵ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 245; **ÖNOK**, s. 395; **DEMİRBAŞ**, s. 96; **BAKIM**, s. 118; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 275.

⁵²⁶ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 271; **DEMİRBAŞ**, s. 96; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Ceza Özel, s. 250; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 245.

⁵²⁷ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Ceza Özel, s. 248.

AIHM içtihatlarına göre, aşağılayıcı muamele, kişinin kendisinin veya başkalarının gözünde ciddi biçimde küçük düşürülmesi suretiyle iradesinin ve vicdanının tersi yönde davranmaya zorlanmasıdır. Kişinin utanmasına neden olan, kişiyi rezil eden, korku acizlik ve değersizlik duygusu uyandıran fiziksel ve moral direncini kıran hareketlere maruz kalması da aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilecektir⁵²⁸. Örneğin, kişiye dışkı yedirilmesi, mağdurların soyularak vücuduna soğuk su dökülmesi, makatlarına cop sokulması, sürekli hakaret edilmesi gibi davranışlar; “bireyin aşağılanması yol açacak hareket” kapsamında değerlendirilebilecektir⁵²⁹.

AIHM içtihatlarında yer aldığı şekliyle kişinin utanmasına neden olan, kişiyi rezil eden, korku acizlik ve değersizlik duygusu uyandıran bu tür muamelelerin mutlaka kişinin dışında bir başkasının nazarında rezil olması sonucunu doğurması gerekmemektedir. Mağdurun kendi nazarında rezil olduğunu hissetmesi muamelenin aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmesinde yeterli olacaktır⁵³⁰. Ancak mağdurun kendisini aşağılanmış hissetmesi ve bu doğrultuda kamu görevlisinin davranışlarının değerlendirilmesinde dikkat çekilmesi gereken husus, mağdurun duygularının somutlaştırılması olmamalı, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen

⁵²⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 271; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 250; BAKIM, s. 120.

⁵²⁹ Örneğin; “öldürme kastı ile olmayan copla dövme, karın ve başa yumrukla vurma, baş aşağı olmak üzere ayaklarından asma, cinsel organa tel bağlayarak elektrik verme, tuz ve un karışımı bulamacı zorla yedirme”. (Yar. CGK E.1976/8-100 K. 1976/133 T. 22.03.1976, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.07.2018). “her iki katılana suçlarını söyletmek amacıyla çırılçıplak soyup, elektrik verip, tesislerini sıkıp etkili eylemde bulundukları”. (Yar. CGK E.2002/8-191 K. 2002/362 T. 15.10.2002, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.07.2018). “kendilerine ve ailelerine yönelik tehdit ve hakaret sözlerine maruz bırakıldıkları, askeri koşullara sahip olmayan tuvaleti taşımış pis kokulu nezarethanelerde tutuldukları”. (Yar. CD. E. 2012/29994, K. 2012/38227, T. 13.12.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.07.2018). “çırılçıplak soyamak, elektrik vermek, haya sıkmak, tazikli su sıkmak, falakaya yatırmak, askıya almak, koltuk altına kaynamış yumurta koymak, diğer bir kişiye yapılan işkenceyi seyretmek, yüze ıslak bez sarıp üzerine su dökmek (şahsın böylece nefessiz kalıp boğulma hissi uyandırmak), içerisinde vahşi hayvanları olduğu bahanesi ile karanlık ve dar bir alana sokmak vb”. (Yar. CGK E. 1999/8-109 K. 1999/163 T. 15.06.1999, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.07.2018).

⁵³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 274.

hareketlerin nesnel olarak mağdur açısından bir aşağılanma durumu yaratıp yaratmadığına bakılması olmalıdır⁵³¹.

İnsanı amaç olmaktan çıkarıp, onu bir araç, obje haline getiren ve insan olmasından kaynaklanan haklarını elinden alan, onu yok sayan davranışlar aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilmektedir⁵³².

3.5 MANEVİ UNSUR

TCK'da işkence suçunun manevi unsuru kasttır. TCK m.94'te düzenlenen işkence suçu, genel kastla işlenebilen bir suçtur⁵³³. Suçun gerçekleşebilmesi için failin yaptığı hareketin “*insan onuru ile bağdaşmaz*” bir hareket olduğunu bilmesi ve bu hareketin, mağdurun “*bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine*” ve “*algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine*” veya “*aşağılanmasına yol açacağını*” bilmesi ve bu hususu istemesi gerekmektedir⁵³⁴. Failin hareketinin objektif olarak bu neticelerden birine yol açabilecek nitelikte olduğunu bilmesi yeterlidir⁵³⁵.

Bu halde, meydana getirdiği davranışın “mağduru aşağılayıcı” nitelikte olduğunun bilincinde olmayan fail, bu hareketin mağdurda yarattığı neticeleri görüyor ve buna rağmen hareketleri icraya devam ediyor yahut mağdur

⁵³¹ **ÖNOK**, s. 398; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 273; **DEMİRBAŞ**, s. 97.

⁵³² **ÖNOK**, s. 398; **KATOĞLU**, Tuğrul, “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı*”, Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, C. 2. Özel Sayı-Aralık 2014, s. 1475.

⁵³³ **ÖNOK**, s. 469; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 278; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 180; **BAKIM**, s. 165; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 282; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 251; **GÜNDÜZ**, s. 320; **ARTUK**, s. 32; **KÖPRÜLÜ**, s. 90.

⁵³⁴ **DEMİRBAŞ**, s. 106; **KÖPRÜLÜ**, Ceza Özel, s. 90.

⁵³⁵ **ÖNOK**, s. 469; **ÜZÜLMEZ**, s. 239; **SOYASLAN**, s.153; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 281.

bakımından koşulları iyileştirecek şekilde değiştirmiyorsa, bize göre artık işkence suçu bakımından kastın var olduğundan söz etmek gerekecektir⁵³⁶.

İşkence suçunun oluşumu için olası kastın da (TCK m.21/2) yeterli olduğu ifade edilmiştir. Fail suçun mağdurunun “*bedensel veya ruhsal yönden acı*” çekmesinin ve “*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesinin*” veya aşağılanması mümkün olduğunu öngörmesine rağmen, meydana gelecek olası neticeye aldırmayarak olursa olsun diye bu neticeyi kabul ederek hareketini yine de gerçekleştirmişse fail olası kastla işkence suçunu işlemiş olacaktır. Ancak bu durumda failin cezası TCK m.21/2 hükmünde belirtilen indirimine tabi olacaktır⁵³⁷.

3.6 FAİL VE MAĞDUR

3.6.1 Fail

TCK m. 94’de, “*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...*” denilmek suretiyle, işkence suçunun failinin yalnızca kamu görevlisi olacağı düzenlenmiştir.

Kamu görevlisinin tanımı, TCK m. 6/1-c’de⁵³⁸, “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi*

⁵³⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 282.

⁵³⁷ ÖNOK, s. 470; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 282.

⁵³⁸ TCK m. 6 gerekçesine göre; “*kişinin yerine getirdiği faaliyetin kamusal faaliyet olması, kişinin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi için yeterli olacaktır. Bir faaliyetin kamusal faaliyet olması için ise, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararla, bu hizmetin kamu adına yürütülmesi gerekecektir. Ayrıca; madde gerekçesine göre, kamu görevlilerinin maaş, ücret ve sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, sürekli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır*”.

bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır.

TCK m. 94’in gerekçesine göre işkence suçu, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması sonucu işlenebilmektedir. Dolayısıyla, işkence teşkil eden fiiller ancak kamu görevlileri tarafından görevle bağlantılı olarak, görevin ifası sırasında işlenmelidir⁵³⁹. Yani, kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak işkence suçunun faili olacaktır. Buna göre, kamu görevlisinin yerine getirdiği görevi ile kamu görevlisini işkence yapmaya iten saik arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır⁵⁴⁰. Eğer bu nedensellik bağı kurulamıyorsa burada işkence suçunun varlığından değil, eziyet suçunun yahut başka suçun varlığından bahsedilebilecektir⁵⁴¹.

3.6.2 Mağdur

5237 sayılı TCK’ya göre, herkes işkence suçunun mağduru olabilecektir⁵⁴². Madde 94’te mağdura ilişkin hiçbir ayrıma gidilmeksizin *“bir kişiye karşı”* işlenebileceği ifadesinin kullanılması da bu duruma açıkça ortaya koymaktadır.

TCK m. 94/2-a ve b bendinde belirtilen kişilerin suçun mağduru olmaları halinde, suçun nitelikli halinin oluşacağı belirtilmiştir. Buna göre, işkence suçunun *“çocuğa, beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kişiye ya da gebe kadına yahut avukata karşı veya diğer bir kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde”* faile verilecek ceza artmaktadır.

⁵³⁹ DEMİRBAŞ, s. 87; KÖPRÜLÜ, s. 88.

⁵⁴⁰ ÜZÜLMEZ, s. 232; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 267; SOYASLAN, s. 215.

⁵⁴¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 267; DEMİRBAŞ, s. 88; ÖNOK, s. 373; BAKIM, s. 97.

⁵⁴² ÖNOK, s. 376; DEMİRBAŞ, s. 88; KÖPRÜLÜ, Ceza Özel, s. 88; BAKIM, s. 50.

3.7 SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

3.7.1 Teşebbüs

Suçta teşebbüs failin suçu tamamlamak amacıyla elverişli hareketlerle icrasına başladıktan sonra, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da istenilen neticenin gerçekleşmemesidir. Teşebbüs, TCK'da genel hükümler arasında sayıldığından bütün suç tipleri için geçerlidir. Ancak, teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği suç tiplerinin özelliğine göre farklılık arz edebilecektir. Teşebbüs, 5237 sayılı TCK m.35'te *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”* şeklinde düzenlenmiştir. Teşebbüs aşamasında kalan suça, tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir(TCK m.35, m.36)⁵⁴³.

TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçuna teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanacaktır. Buna göre, bir kamu görevlisinin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya işkence suçunun icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır⁵⁴⁴. İşkence suçu insan onuruna aykırı olacak şekilde bedensel ve ruhsal yönden acı çektiren, algılama ya da irade yeteneğini etkileyen veya aşağılayan davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle oluşan seçimlik hareketlerden birinin icrasıyla tamamlanmaktadır⁵⁴⁵. Örneğin, gözaltındaki şüpheliye işkence etmeye hazırlanan kolluk görevlisinin diğer görevlilerce fark edilerek engellenmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Teşebbüs aşamasında kalan davranışa rağmen, ortaya çıkan sonuç başlı başına bir aşağılayıcı muamele teşkil ediyorsa suç yine tamamlanmış

⁵⁴³ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 445; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.742.

⁵⁴⁴ ÜZÜLMEZ, s. 240; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, (Ceza Özel), s. 120.

⁵⁴⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, (Ceza Özel), s. 120; ÖNOK, s. 476.

sayılacaktır⁵⁴⁶. Suçun tamamlanması için işkence oluşturan hareketlerin yapılması yeterli olup, ayrıca mağdurun acı çekmesine gerek yoktur.

TCK m. 94'te de tehdit (manevi cebir) yoluyla gerçekleştirilen işkence bakımından, filin mağduru tehdit etmesiyle suç tamamlanacağından teşebbüs mümkün olmayacaktır⁵⁴⁷. Örneğin failin mağdura ırzına geçip öldürmekle tehdit etmesi yoluyla işkence suçunun işlenmesi durumunda teşebbüsten bahsetme imkânı bulunmamaktadır.

Kamu görevlisinin elverişli hareketlerle işkence suçunun icra hareketlerine başlamasına rağmen kendi rızası ile suçu tamamlamaktan vazgeçmesi durumundan TCK m.36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilecektir. Buna göre vazgeçme anına kadar fail tarafından uygulanan hareketlerin oluşturduğu suçtan dolayı fail sorumlu olmaya devam edecektir⁵⁴⁸. Ancak bedensel veya ruhsal yönden acı vermeye yönelik hareketlerden gönüllü olarak vazgeçen failin o ana kadar yaptığı hareketler mağdurun aşağılanmasına yol açacak düzeye varmışsa, bu halde de işkence suçunun seçimlik hareketlerinden biri gerçekleşeceğinden TCK m.94'e göre işkence suçu oluşacaktır⁵⁴⁹.

3.7.2 İştirak

Suçta iştirak, kanundaki suç tanımında böyle bir zorunluluk ortaya çıkmamasına rağmen suçun önceden işbirliği yapan birden fazla kişinin

⁵⁴⁶ ÖNOK, s. 479.

⁵⁴⁷ DEMİRBAŞ, s. 44.

⁵⁴⁸ ÖNOK, s.479; ÜZÜLMEZ, s.240; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, (Ceza Özel), s.120.

⁵⁴⁹ ÖNOK, s. 479; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 256.

katılmasıyla ya da katkıda bulunmasıyla işlenmesidir⁵⁵⁰. İşkence suçu tek faille işlenebileceği gibi birden fazla kişinin iştiraki ile de işlenebilir⁵⁵¹.

TCK'nin 94. maddesine göre, işkence suçu, kamu görevlisi tarafından işlenebilen suç tipi olarak fail açısından özgü bir suç olarak düzenlenmiştir. Özgü suçlara ilişkin, TCK m.40/2'de yer düzenlemede, “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”. Ancak, işkence suçu bakımından m.94/4 ile bu kurala istisna getirmiştir⁵⁵² ve “Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişilerin de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı”⁵⁵³ hükmü ile işkence suçuna iştirak eden veya yardım eden kişilerin de, suçun faili olarak cezalandırılacağı düzenlenmiştir⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s. 499; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s.779; **KÖPRÜLÜ**, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, (Ceza Genel), 5. Baskı, Ankara 2018, s. 473.

⁵⁵¹ **ÜZÜLMEZ**, s. 240.

⁵⁵² **ÜZÜLMEZ**, s. 233; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 278; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 287; **HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN**, s. 1208. **SOYASLAN**, s. 216; **GÜNDÜZ**, s. 321.

⁵⁵³ Madde gerekçesinde “Kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla, maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Buna göre; bu suçun işlenişine iştirak eden kişilerde de, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır” şeklinde hükmün amacı ifade edilmiştir.

⁵⁵⁴ “Somut olayda; sanık A.Z.'nin olay tarihinde Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinde askeri savcı olarak görev yaptığı ve Kayseri ilinde meydana gelen bir olaya ilişkin olarak mahallinde yürüttüğü soruşturmada 04.03.2009 tarihinden önce katılan A.'yi daha sonra 07.03.2009 tarihinde diğer katılanları gözaltına aldırıldığı, katılanların önce K... ardından M... İlçe Jandarma Komutanlığı nezarethanelerinde ayrı ayrı tutuldukları, sanık A. Z. ve kimliği belirlenemeyen kişilerce sorgulandıkları, sanık A. Z.'nin katılanları isteği doğrultusunda ifade vermeye zorladığı, bunu temin etmek için çeşitli vaatlerde bulunduğu, istediği ifadeyi vermemeleri halinde ise meslekten attıracağını söylediği, katılanların istediği yönde ifade vermemesi üzerine bunu sağlamak amacıyla kendi beyanına göre hipnoz ve zihin kontrolü konusunda çalışmaları olan emekli sanık G.'u tüm yol ve konaklama masrafları Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nca karşılanmak üzere İzmir'den çağırıldığı, Kayseri'ye gelen sanık G.'un katılanların sorgulanmasına ilişkin hiç bir resmi görevi olmamasına rağmen geceleri sabaha kadar süren zaman dilimi içinde yakın mesafeden gözlerine bakmalarını isteyerek katılanlara sorular sorduğu, ayakta tutarak ve uyutmayarak iradelerini zayıflatmak suretiyle kendilerine atılı suçu ikrara zorladığı, katılanların 11.03.2009 tarihine kadar gözaltında, bu tarihten sonra da 17.03.2009 tarihine kadar oda hapsinde tutuldukları, 17.03.2009 tarihinde ilk kez Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinin huzuruna çıkarıldıkları, katılanların gözaltında kaldıkları süre içerisinde geceleri sanık G. gündüzleyin de sanık A. Z. ve kimliği belirlenemeyen kişiler tarafından sorgulandıkları, geceleri uyumalarına izin verilmediği, uzun

Dolayısıyla, TCK m. 94/4 ile birlikte, kamu görevlisi olmayan ancak suça iştirak eden diğer kişilerin “yardım eden” ya da “azmettiren olarak” değil, suça katkıları ne olursa olsun fail gibi, işkence yapan kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır⁵⁵⁵. Böylece TCK m. 94/4 gereği, işkence suçuna iştirak eden kamu görevlisi olmayan kişilerin de TCK m. 39/1’de düzenlenen ceza indiriminden yararlanmamaları amaçlanmıştır⁵⁵⁶.

İştirak açısından önem taşıyan diğer bir konu da, kamu görevlisi dışında diğer kişilerin de TCK m. 94/4 kapsamında kamu görevlisi gibi sorumlu tutulabilmeleri için, işkence suçuna iştirak edenlerin failin kamu görevlisi olduğunu bilmeleri gerekmektedir⁵⁵⁷.

Kamu görevlisinin işlediği işkence suçuna diğer kamu görevlisinin katılması durumunda iştirake ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Böylece kendi aralarında iştirak halinde işkence suçunu işleyen kamu görevlerinin suça

süre uykusuz bırakıldıkları, uyuduklarında ise kısa sürede tekrar uyandırıldıkları, düzenli yemek verilmeyerek aç bırakıldıkları, kendilerine ve ailelerine yönelik tehdit ve hakaret sözlerine maruz bırakıldıkları, asgari koşullara sahip olmayan tuvaleti taşmış pis kokulu nezarethanelerde tutuldukları, hipnoz yöntemiyle iradelerinin etki altına alınmaya çalışıldığı, CMK’ nın 91 vd. benzer düzenleme içeren 353 sayılı Yasanın 80. maddesine aykırı olarak gözaltı sürelerinin uzatılmasına ilişkin kararların katılanlara tebliğ edilmediği ve gözaltına alındıkları hususunun yakınlarına bildirilmediği, sanık A. Z. tarafından şikayetçilere müdafî olarak Ankara’ dan iki avukat çağırıldığı, böylece katılanların insan onuruyla bağdaşmayan bedensel ve özellikle ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açan davranışlara maruz kaldıkları, bunun sonucunda katılan A. hakkında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun verdiği raporda atipik psikotik reaksiyon tablosunun geliştiği, müdahil İ. ve O.’ a ilişkin de korku duyma, uykudan uyanma, kâbus görme, geleceğinin kalmadığını düşünme gibi ruhsal etkilenme bulgularının belirlenmesi ile ruhsal travmanın oluştuğunun tespit edildiği anlaşıldığından kamu görevlisi sanık A. Z. ile G.’ un TCK m. 94/1-4, kapsamında işkence suçunu birlikte işlediklerinin kabulü gerekmektedir”. Yar. 8. CD, E. 2012/29994, K. 2012/38227, T. 13.12.2012 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.03.2019).

⁵⁵⁵ DEMİRBAS, s. 107; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 279; BAKIM, s.173; TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s. 287; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 255; SOYASLAN, s. 216;

⁵⁵⁶ ARTUK, s. 29.

⁵⁵⁷ ÖNOK, s. 482; BAKIM, s. 174; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 284.

katkılarının şekline ve önemine göre her bir kamu görevlisi sorumlu tutulacaktır⁵⁵⁸.

Kamu görevlisinin işkence suçunu amirinden aldığı emir doğrultusunda gerçekleştirmesi durumunda suç teşkil eden emir yerine getirilmemesi gerektiği kuralından hareketle, emri yerine getiren kamu görevlisi fail olarak, emri veren amir ise azmettiren sıfatıyla cezalandırılacaktır⁵⁵⁹.

3.7.3 İçtima

TCK'nin 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç hükmüne göre, *“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç”* adı verilmektedir. Bu tür suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı TCK m. 42’de belirtilmiştir.

TCK'nin 95. maddesinde netice sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunun nitelikli hallerine yer verilmiştir. Bu nitelikli hallerin bir kısmı TCK m.87’de sayılan *“netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama”* fiilleri ile aynı olduğundan, işkence suçunun yaralama nitelikli davranışlarla işlenmesi durumunda fail, bileşik suç hükümleri gereğince nitelikli işkence suçundan cezalandırılacaktır⁵⁶⁰.

İşkence suçunda, bileşik suçun söz konusu olduğu bir diğer durum da işkence sonucunda ölümün meydana gelmiş olmasıdır. TCK m. 95/4’da, işkence sonucunda ölüm meydana gelmesi, bir nitelikli hal olduğundan bileşik suç söz konusudur⁵⁶¹. Ancak kamu görevlisi, mağdura uyguladığı işkence suçunu gizlemek, suç delillerini ortadan kaldırmak veya mağdurun ihbarda

⁵⁵⁸ ÖNOK, s. 482; BAKIM, s. 174; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 255.

⁵⁵⁹ ÖNOK, s. 482; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 256.

⁵⁶⁰ DEMİRBAŞ, s. 109; ÖNOK, s. 485; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 286.

⁵⁶¹ ÖNOK, s. 486; DEMİRBAŞ, s. 45; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 492; ÜZÜLMEZ, s. 174; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 286.

bulunmasının önlemek amacıyla mağduru öldürmesi durumunda, fail TCK m. 94'de ve TCK m. 82/1-h de düzenlenen iki ayrı suçu işlediğinden, her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁵⁶².

İşkence suçunun, TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz şeklinde işlenmesi halinde, TCK m.94/3 uyarınca işkence suçunun nitelikli halini oluşturduğundan bileşik suç söz konusu olacak ve fail sadece işkence suçundan cezalandırılıp, cinsel tacizden ceza verilmeyecektir⁵⁶³. Ayrıca işkence suçunun işlenmesi, TCK m.102'de düzenlenen cinsel saldırı ya da TCK m.103'de düzenlenen çocukların cinsel istismarı yoluyla işlenmesi halinde, gerçek içtima hükümlerine göre işkence suçunun yanı sıra cinsel saldırı suçu ya da çocukların cinsel istismarı suçundan ayrıca ceza verilecektir⁵⁶⁴.

TCK m. 43'de düzenlenen zincirleme suç hükümlerine göre, *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda veya aynı suçun birden fazla kişiye tek bir fiille işlenmesi durumunda”* söz konusu olmaktadır. TCK m. 43/3'te *“işkence suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı”* hükmü düzenlenmiştir. Bu nedenle cezalar gerçek içtima hükümlerine göre belirlenecektir⁵⁶⁵.

Türk Ceza Kanunu'nda farklı mağdurlara karşı işlenen suçlar zincirleme suç kapsamı dışında tutulmuştur. Bu nedenle, bir suç işleme kararı ile birden fazla kişiye işkence uygulanması halinde mağdur sayısının suç oluşacaktır. Aynı şekilde işkence uygulanması sonucu birden fazla mağdurun ölmesi

⁵⁶² ÜZÜLMEZ, s.241; BAKIM, s. 176.

⁵⁶³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 279; ÖNOK, s. 490; KÖPRÜLÜ, s. 91.

⁵⁶⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 286; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 255; ÖNOK, s.486; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, (Ceza Özel), s. 279; KÖPRÜLÜ, s. 91.

⁵⁶⁵ ÜZÜLMEZ, s. 424; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 286.

halinde faile her bir mağdur bakımından müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılacaktır⁵⁶⁶.

Aynı kişiye karşı tek bir kast ile kısa süreli aralıklarla art arda işkence nitelikli hareketler yapılmışsa TCK m. 94'ün gerekçesi de⁵⁶⁷ göz önüne alındığında, hukuki anlamda tek bir hareket söz konusu olduğundan suç da tek olacaktır⁵⁶⁸. TCK bakımından işkence suçunun seçimlik hareketleri tek bir suç olduğundan, işkence suçunu oluşturan birden fazla fiilin aynı anda veya art arda uygulanmasının bir önemi yoktur. Böyle bir durumda zincirleme suçtan söz edilemeyecektir⁵⁶⁹.

İşkence suçunun mağduru birden fazla olur ise, burada zincirleme suç hükümleri TCK m. 43/3 uyarınca yine uygulanamayacaktır. Mesela ifade alma işlemi esnasında her iki sanığın da gürültüye maruz bırakılarak günlerce uyumasının engellenmesi halindeki gibi işkence suçunun “*birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda*” mağdur sayısınca suç oluşacak ve her birinin cezası içtima ettirilecektir⁵⁷⁰.

Fikri içtima başlıklı TCK m. 44 göre, “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir. İşkence suçunu oluşturan fiiller aynı zamanda TCK m. 86'daki yaralama suçunun basit halini oluşturan davranışlarla ya da TCK m. 106'da düzenlenen tehdit, TCK m. 125'de düzenlenen hakaret gibi başka suçlarla da gerçekleştirilmesi durumunda, fikri

⁵⁶⁶ **ÖNOK**, s. 487; **BAKIM**, s. 176; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 280.

⁵⁶⁷ TCK m.94'ün gerekçesinde “*işkence teşkil eden fiiller... ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkence*” şeklinde belirtilmiştir.

⁵⁶⁸ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 285.

⁵⁶⁹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 286.

⁵⁷⁰ **ÜZÜLMEZ**, s. 176.

içtima söz konusu olacak ve fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır⁵⁷¹.

Nihayet, içtima konusu bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da işkence suçunun genel/özel norm ilişkisi içinde bulunduğu suçlar bakımından durumun ne olacağıdır. Görünüşte içtima ilkelerinden olan genel norm-özel norm ilişkisi uyarınca, TCK m.94 ile 256. maddedeki Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu ile 257. maddedeki Görevi kötüye kullanma suçu arasındaki ilişkide bu konuda özel norm olan 94. maddenin uygulanacak, ayrıca TCK'nin 256. ve 257. maddelerinden faile ceza verilmeyecektir⁵⁷².

3.8 İŞKENCE SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI

3.8.1 Eziyet Suçu (TCK m. 96)

Eziyet suçu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 96. maddesinde düzenlenmiştir. Eziyet suçu TCK m. 96' da, *"(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

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

b) Üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da eşe karşı,

⁵⁷¹ ÜZÜLMEZ, s. 242; ÖNOK, "İnsan üzerinde bilimsel amaçlı deney yapılmasının da aşılanmaya, mağdur üzerinde bedensel veya ruhsal yönden acıya yahut algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine yol açacağından hareketle, TCK m. 90 insan üzerinde deney suçu ile işkence suçunun bir arada gündeme gelebileceğini ve o halde de fikri içtima hükümleri gereğince TCK m. 94'di cezanın tespiti bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir". (ÖNOK, s. 493).

⁵⁷² NUHOĞLU, s. 579; ÖNOK, s. 485; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 287.

İşlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa m. 17’de düzenlenen “kimseye işkence ve eziyet yapılamaz” hükmü, TCK’nin 96. maddesi ile bir suç tipi olarak düzenlenerek cezalandırılmaktadır.

Eziyet suçunu düzenleyen TCK m. 96 değerlendirildiğinde, suç tanımının oldukça belirsiz ve “eziyet” deyimini ile anlatılmak istenen hususun kapalı olduğu görülmekte ve bu husus doktrinde de oldukça eleştirilmektedir⁵⁷³. Fakat Kanunun gerekçesine gidildiği zaman, eziyet suçu ve işkence suçu ile oldukça benzer menfaatlerin korunmak istendiği anlaşılmaktadır⁵⁷⁴.

TCK m. 96’nın gerekçesine göre eziyet; *“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, ağağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir*” şeklinde suçun hangi durumlarda

⁵⁷³ DEMİRBAŞ, s. 73; ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s. 245; SEVÜK, Hande Yokuş, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ‘uda Eziyet Suçu” (Eziyet), Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan, C.71, S. 1 (2013), s. 1274; BAKIM, s. 75; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 284; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, (Ceza Özel), 280; ÖNOK, s. 327; HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN, s. 1273.

⁵⁷⁴ ARTUK, M. Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları Ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu-II, TBB Yayınları, No. 71, Ankara 2004, s. 81; SEVÜK, (Eziyet), s. 1275.

oluşacağına ilişkin açıklamalar ve hatta suçun tanımı kanun metninde değil de gerekçesinde yapılmıştır⁵⁷⁵.

Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, herhangi “bir kişiye karşı”, “insan onuruyla bağdaşmayan”, “fiziksel ve ruhsal yönden acı çekmesine” “aşağılanmasına” neden olan davranışlarda bulunulması halinde eziyet suçunun meydana geldiğinden söz edilecektir⁵⁷⁶.

TCK m. 96’da ve gerekçesinde suçun failine ilişkin bir açıklamanın bulunmaması yani herkesin bu suçun faili olabilecek olması, işkence suçu ile eziyet suçunu birbirinden ayıran en önemli husustur⁵⁷⁷. Zira işkence suçu sadece kamu görevlisi sıfatını haiz kimseler tarafından meydana gelen ve görevleriyle bağlantılı olan davranışları sebebiyle vuku bulabilecekken, eziyet suçunun herkes tarafından işlenmesi mümkündür⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Aynı yönde Bkz. **ÖNOK**, s. 328; **DEMİRBAŞ**, s. 73; **SEVÜK**, (Eziyet), s. 1275.

⁵⁷⁶ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 288; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 258; **HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN**, s. 1212; **SEVÜK**, (Eziyet) s. 1275.

⁵⁷⁷ **DEMİRBAŞ**, s. 73; **ÜZÜLMEZ**, İşkence ve Eziyet Suçu, s.245; **SEVÜK**, (Eziyet), s. 1275; **ÖNOK**, s. 328; **BAKIM**, s. 77; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s.288; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, s. 281; **SOYASLAN**, s. 224.

⁵⁷⁸ **BAKIM**, s. 77; **ÖNOK**, s. 327; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 289; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 281; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 258; “Sanık F. hakkında mağdurlar Y. ve M.’ye yönelik eylemleri nedeniyle yaralama suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde; Mağdurların aşamalarındaki istikrarlı beyanları ve bu beyanları doğrulayan aynı koşutta kalan E. G., M. U., A. C., C. U. ve mağdur O. G.’nin anlatımları ile tüm dosya içeriğine göre, sanığın olay tarihinde tutuklanarak ceza evine konulan mağdurları jilette tehdit etmek suretiyle banyoya götürüp iki kez soğuk suyla düş alırdığı ve elbise askısı ile dövdüğü, ayrıca koşutta bulundukları sırada komiklik yapıp beni eğlendirin diyerek şarkı söylemelerini ve oynamalarını istediği, mağdurların kabul etmemesi üzerine onları tekrar dövdüğü şeklinde sübuta eren ve süreklilik arz eden eylemlerin her bir mağdur yönünden TCK’nın 96/2-a maddesinde düzenlenen eziyet suçunu oluşturduğu halde suç vasfında yanılığa düşülerek kasten yaralama suçundan hüküm kurulması”. Yar. 14. CD, E. 2012/13107, K. 2013/658, T. 28.1.2013 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.07.2018). “Somut olayda, sanıklar ile şikayetçilerin aynı cezaevinde birlikte kaldıkları, koşuş temsilcisi olan sanık A.Ç. ile onunla birlikte hareket eden sanıklar S. K. ve M. T.’in kaldıkları kurumun tüzük ve yönetmeliklerinin dışında hareket ederek aynı koşutta kalmakta olan diğer şikayetçi ve mağdurlara baskı kurup kendi istekleri doğrultusunda hareket etmeye zorladıkları ve sabahları herkesin 11.30’a kadar yatmalarını isteyerek koşutta kalanların sabah kahvaltısında dağıtılan çorbaları almalarını engelledikleri, yine almalarına izin verdikleri diğer kahvaltılıkları da gürültü olmamasını ileri sürerek öğle vaktine kadar yemelerine izin vermedikleri, koşutta eli

TCK m. 96'da, “Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak...” ifadesiyle, suçun mağdurunun herkes olabileceği belirtilmiş ve herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Ancak suçun “çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı işlenmesi halinde” ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmiştir(m. 96/2).

İşkence suçu ile eziyet suçu arasındaki bir diğer fark ise suçla korunan hukuki değer konusunda karşımıza çıkmaktadır. Madde gerekçesinde de görüldüğü gibi eziyet suçu ile insan onuru ve vücut dokunulmazlığı koruma altına alınmıştır⁵⁷⁹. Bunun yanında suçla birlikte, yargılamaya ilişkin adli kaygılar taşınmadığı ve suçun kamu görevlileriyle de bir bağlantı taşımaması, eziyet suçu ile adliyenin ya da kamu idaresinin korunan hukuki menfaatler arasında olmadığını ortaya koymaktadır⁵⁸⁰.

TCK m. 96'da Eziyet suçunun maddi unsuru konusunda herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Fakat maddenin gerekçesinde, “Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi madde gerekçesine

belinde ve cebinde gezmeyi, tesbih çekmeyi, bacak bacak üstüne atmayı, yüksek sesle konuşmayı yasakladıkları, sözlü ve fiili şiddet uygulayarak kurallara uymayanları kaldıkları bu koşuştan atacaklarını beyan ederek baskı altına aldıkları ve bir kısım şikayetçileri dövdükleri, mağdurlardan O. Ç.'i soyup hortum tutup fırça ile yıkamak ve değişik zamanlarda bir çok defa dövmek suretiyle eziyet edip kasten yaralama eyleminde bulundukları, dövdükleri mağdurlardan Y.'in doktora gitmesini de engelledikleri, dövdükleri mağdurların vücutlarında oluşan yara berelere morarmasın diye buz ve ekmek içi koydukları, şiddet uyguladıkları bu şahıslara sorulması durumunda, kapıya çarptım, gibi beyanlarda bulunmalarını tembihleyerek şikayet etmelerini de engelledikleri, bu itibarla sanıkların süreklilik gösteren eylemlerinin bir bütün halinde eziyet suçunu oluşturduğu gözetilmeden, atılı suçtan cezalandırılmaları yerine yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi”. Yasaya aykırı bulunarak bozulmuştur. Y.8.CD.E.2013/6726, K. 2014/1003,T. 16.1.2014, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.07.2018).

⁵⁷⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 285; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 257.

⁵⁸⁰ SEVÜK, (Eziyet), s. 1278; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 280; DEMİRBAŞ, s. 73; BAKIM, s. 75.

baktığımızda eziyet niteliğinde sayılan davranışlarla işkence niteliğinde sayılan davranışların, “*kişinin algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesi*” dışında aynı hareketlerden oluştuğunu görürüz⁵⁸¹. Bu nedenle sayılan bu seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun varlığı açısından yeterli olacaktır.

Bununla birlikte eziyet suçunun da işkence suçunda olduğu gibi ani hareketlerle değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmesi gerekmektedir. İşkence suçunun diğer suç tiplerine nazaran özel norm olmasına sebep olan bu özellik, eziyet suçu bakımından da ayırıcı nitelik taşımaktadır⁵⁸². Aksi halde kasten yaralama, cinsel saldırı, hakaret gibi suç tiplerini unsuru olarak içerisinde barındıran eziyet suçundan ayırmak mümkün olmayacaktır⁵⁸³.

İşkence suçu ile eziyet suçuna ilişkin bir diğer fark ise eziyet suçunun ihmali davranışlarla işlenemeyeceği hususudur⁵⁸⁴. TCK m.94/5'te işkence suçunun ihmali davranışlarla işlenebileceği hüküm altına alınırken, TCK m. 96 bakımından böyle bir düzenleme getirilmemiştir⁵⁸⁵. Eziyet suçunun ihmali davranışlarla işlenmesi halinde, işkenceyi düzenleyen TCK m. 94 dikkate alınmayacak, failin lehine olan, ihmali davranışla yaralama suçunu düzenleyen TCK m. 88/2 uygulama bulacaktır.

⁵⁸¹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s.285.

⁵⁸² **ÖNOK**, s. 333; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 278; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 271; **SOYASLAN**, s.213; “*Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın ev sahibi tanıkların yanında tartışma sırasında eşi olan katilana hakaret ettiği ve katilani tekme tokat döverek doktor raporunda belirtildiği şekilde basit tıbbi müdahale ile iyileş şeklinde yaralaması biçimindeki eylemlerinin, sistematik ve süreklilik arz edecek biçimde olmaması sebebiyle eziyet suçunu oluşturmayacağı ancak, sanığın eylemlerinin katilana karşı yaralama ve hakaret suçlarını oluşturduğu gözlemlenmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması*”. Yar. 8. CD, E. 2013/12072, K. 2014/310, T. 08.01.2014 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.07.2018).

⁵⁸³ **SOYASLAN**, s. 224; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, (Ceza Özel), s. 278.

⁵⁸⁴ **BAKIM**, s. 78; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, s. 282.

⁵⁸⁵ **ÖNOK**, s. 329; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 248.

İşkence suçuna icrai veya ihmali davranışlarda bulunmak suretiyle iştirak eden ve kamu görevlisi sıfatı taşımayan kimseler bakımından eziyet suçunun işlenmiş olduğundan bahsedilemeyecektir. Çünkü TCK m.94/4 gereği, işkence suçuna iştirak eden diğer kişiler de işkence suçu dolayısıyla kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır. Burada önem taşıyan bir diğer husus da eziyet suçunu işleyen bir kimseye ihmali davranışlarla iştirak eden bir kişinin ihmal suretiyle eziyet suçuna iştirak etmesi ve eziyet suçu dolayısıyla cezalandırılması mümkün değilken, işkence suçuna ihmal suretiyle katkıda bulunduğu bahisle cezalandırılabilir olmasıdır⁵⁸⁶.

İşkence suçu ile eziyet suçu arasındaki önemli farklardan biri de suça yardım etme durumunda ortaya çıkmaktadır. TCK m. 94/4 gereğince işkence suçuna yardım eden kişiler de kamu görevlisi fail gibi cezalandırılacak ve yardım etme dolayısıyla ceza indirimini alamayacak iken, eziyet suçuna ilişkin böyle bir hüküm söz konusu değildir; eziyet suçuna yardım eden kişi TCK m. 39/1 gereğince ceza indiriminden yararlanmak suretiyle cezalandırılacaktır.

İşkence suçu ile eziyet suçu arasındaki bir diğer fark da eziyet suçu bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış eziyet suçuna ilişkin bir düzenleme bulunmuyor olmasıdır. Fail, işkencenin daha ağır neticelerle sonuçlanması halinde TCK m. 95 uyarınca cezalandırılacaktır. Ancak eziyet suçu bakımından bu duruma ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda içtima kuralları gereğince, ağır netice dolayısıyla içtima hükümleri mi uygulanacaktır, yoksa bu ağır netice eziyet suçu ile bir bütün olarak değerlendirilecek ve yalnızca eziyet suçu dolayısıyla mı hüküm kurulacaktır? Yargıtay'ın bu konudaki görüşü, meydana gelen ağır neticelerin eziyet suçunun birleşik unsurları olduğu, bu nedenle ayrıca ağır neticeden dolayı ceza vermek yerine, eziyet suçu bakımından hükmedilecek cezada üst sınıra

⁵⁸⁶ **SOYASLAN**, s. 224.

yaklaşmak suretiyle ceza tayini yapılması gerektiği yönündedir⁵⁸⁷. Ancak bize göre eziyet suçunun kastedilenden daha ağır bir netice ile sonuçlanmış olması halinde içtima hükümleri gereğince ayrıca ağır netice dolayısıyla failin taksiri düzeyinde sorumlu tutulması daha yerinde olacaktır⁵⁸⁸. Kaldı ki, ölüm neticesiyle sonuçlanmış bir işkence suçu gereğince TCK m. 82/1-b hükmünden ceza tayin edilmesi yerinde olmayacağı gibi, yalnızca TCK m. 96 gereğince ceza tayin edilmesi de yerinde olmayacaktır. Zira failin eziyet

⁵⁸⁷ “Yaralama fiilinin başka bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması halinde bu suçla birlikte kasten yaralama suçundan da hüküm kurulabilmesi için yasa da açık bir hüküm bulunması zorunludur. (Örnek: TCK’nın 102/4. 103/5. 109/6. ve 149/2. maddeleri gibi) İşkence suçu işlenirken mağdurun TCK’nın 87. maddesinde belirtilen şekilde yaralanması halinde TCK’nın 95. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçu düzenlenmiş olup söz konusu nitelikli halin uygulanması gerekmektedir. Eziyet suçunda ise, işkence suçunda olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış eziyet suçunun kabul edilmemesi nedeniyle, bu suçun yanında nitelikli yaralama hali oluştuğunda yaralama suçundan da ayrıca ceza tayini gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı ve cezanın arttırılacağı hallerin TCK’nın 96/2. maddesinde sınırlı olarak sayıldığı gözetildiğinde yaralama suçundan da mahkumiyet hükmü kurulamayacaktır. Bu durumda, eziyet suçunun unsurlarından olan basit yaralamanın ötesinde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunun oluşması halinde TCK’nın 44. maddesi gözetilip fiilin süreklilik arz etmesi, yaralamanın dışında diğer kötü muamelelerinde bulunması gözetilerek TCK’nın 3. ve 61/1. maddeleri gereğince alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayini ile adil bir sonuca ulaşılması gerektiği değerlendirilmekle. Eziyet ve kasten yaralama suçlarından kurulan hükümlere ilişkin olarak, oluşa ve dosya kapsamına göre sanıkların katılan P.U.’a yönelik kasten yaralama eylemleri bir bütün olarak değerlendirilerek, TCK’nın 61/1. maddesi uyarınca suçun işleniş biçimine göre alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle sadece eziyet suçundan hüküm kurulması gerekirken, ayrıca kasten yaralama suçundan da hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini”. Burada yerel mahkemenin eziyet suçu dışında, ayrıca yaralama suçundan da ceza vermesi yukarıda belirttiğimiz gibi daha yerinde olurdu. Yar. 8. CD, E. 2013/20172, K. 2014/18515, T. 14.07.2014, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.07.2018). “Oluşa, dosya kapsamına, B... “Devlet Hastanesi’nin 27.10.2007 günlü ve B... Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün 08.11.2007 tarihli raporları kapsamına göre, sanıkların muhtelif zamanlarda katılan A.’in 13 aylık çocuğu olan mağdurun vücudunda sigara söndürmek, ısırarak ve olay günü de arabada saatlerce tek başına aç susuz bırakıp bakımını da yapmadan, dövüp kolunu kırmak suretiyle süreklilik gösteren eylemlerinin, eziyet suçunu oluşturduğu, ancak; işkence suçunda netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenleyen TCK’nın 95. maddesine benzer bir düzenlemenin eziyet suçunda yer almayıp TCK’nın 96. maddesinin 2. fıkrasında nitelikli hallerin belirtilmiş bulunması karşısında, sonuçta meydana gelen yaraların niteliği gözetilerek TCK’nın 44. maddesi uyarınca sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde TCK’nın 96/2-a maddesinde yaptırma bağlanan eziyet suçunu oluşturacağı ve yaraların ağırlığı nedeniyle TCK’nın 3. maddesinde yer alan orantılılık ilkesi ile 61. maddesinde yazılı ölçütler gözetilerek asgari haddin üzerinde ceza tayini gerektiği gözetilmeden, ayrıca yaralama suçundan da ceza” “tayini... Yasaya aykırı... (BOZULMASINA)” karar vermiştir. Yar. 8. CD, E. 2011/3608, K. 2012/20031, T. 18.06.2012, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.07.2018);

⁵⁸⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, Ceza Genel, s. 285.

suçuna yönelik kastı neticesinde ölüm meydana gelmiştir ve bu nedenle fail her iki suç gereğince ayrı ayrı ceza almalıdır.

Son olarak, işkencenin eziyet suçundan ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiş olması da tartışılması gereken bir husustur. Zira devletlere AİHS tarafından işkencenin cezalandırılmasına yönelik bir yükümlülük yüklenmiştir ancak, bu yükümlülük salt “işkence” suçu düzenlenmesine yönelik değil, işkence ve kötü muamele olaylarının etkili biçimde cezalandırılmasının sağlanmasına yöneliktir. Dolayısıyla bu yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla ayrı bir suç tipinin düzenlenmiş olması da şart değildir⁵⁸⁹. Birbirinden ayrılması oldukça zor olan bu iki suç tipinin uygulanması aşamasında gündeme gelen problemlerin, işkencenin eziyet suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesi ve bu sayede kamu görevlileri tarafından suçun işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılmasının sağlanması yoluyla giderilmesi oldukça yerinde bir çözüm yolu olabilecektir.

3.8.2 Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86)

Kasten yaralama suçu, TCK’nın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmında, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” adlı ikinci bölümünün 86. maddesinde “*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi*” nin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

⁵⁸⁹“*İşkence teşkil eden fiiller yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz yahut saldırı gibi hareketlerle işlendiğinden, işkence suçunun da bu suçlar içerisinde bir düzenlemeye kavuşturulmasının daha yerinde olacağı yönündeki benzer yönde görüş için*” bkz. (ÖZGENÇ, İzzet/SAHİN, Cumhuriyet, “İşkence Suçu”, s. 15, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf, Erişim Tarihi: 18.08.2018).

Kasten yaralama suçu ile korunan hukuki yarar, kişinin fiziksel ve ruhsal yapıdan oluşan beden bütünlüğüyken, işkence suçunda ise, insan onuru, kişi dokunulmazlığı ile kişinin irade hürriyeti korunmaktadır⁵⁹⁰.

Kasten yaralama suçunun faili herkes olabileceği gibi, özgü bir suç olan işkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilmektedir. Kasten yaralama suçunun maddi unsuru, başkasının vücuduna acı verme veya sağlığını bozma ya da algılama yeteneğini bozma gibi seçimlik hareketlerden oluşurken, işkence suçunun maddi unsuru kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerle aynı olmakla birlikte bu hareketlerin yanı sıra insan onuru ile bağdaşmayan ya da aşağılanmasına yol açan davranışlar da işkence suçu oluşabilecektir⁵⁹¹. Ayrıca kasten yaralama suçu ile işkence suçu karşılaştırıldığında, işkence suçunda genel kastın aranması ve işkence suçunda failin hareketlerinin, kanaatimizce sistematik olmasının gerekmemesi, bir davranışın işkence suçuna mı yoksa yaralama suçuna mı sebep olduğunun tespitini oldukça zorlaştırmıştır⁵⁹².

⁵⁹⁰ **KÖPRÜLÜ**, s. 55-88.

⁵⁹¹ **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s.124; **KÖPRÜLÜ**, s. 88.

⁵⁹² **ÖNOK**, s. 346; **DEMİRBAS**, s. 77; “Somut olayda; Pendik Belediyesinde zabıta görevlisi olan sanıkların Pendik sahilinde seyyar balon satan şikayetçinin balon satmasını men etmek istedikleri sırada meydana gelen tartışmadan sonra, şikayetçiyi araçlarına alarak park ve bahçeler müdürlüğünün deposuna götürdükleri, burada şikayetçiyi birlikte darp ettikleri, daha sonra şikayetçiyi evinin yakınlarına bıraktıkları, sanıkların eylemi sonucunda meydana gelen yaralanmaya ilişkin, 27 Haziran 2012 tarihli Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesinin raporunda; dava konusu olaya bağlı olarak sol böbrek içi kanama oluştuğu ve bu kanamanın giderek artması ve hastanın yaşamsal fonksiyonlarını bozmaya başlaması üzerine kişinin ameliyatla alındığı, sol böbreğin ve dalağın alınması ile sanıkların yaralama eylemleri arasında illiyet bağının bulunduğu ve şikayetçide önceden mevcut olan böbrek taşının böbreğin alınmasında etkili olmadığı bildirilmiştir. Dosyadaki mevcut doktor ve adli tıp kurumu raporları, olay tutanağı, iddia ve savunmayı doğrulayan tanık beyanları, hastane evrakları ile yaralama fiili sabit olup sanıkların eylemlerinin sistematik şekilde belli bir süreç içerisinde süreklilik göstermediği, meydana gelen tartışmanın kavgaya dönüşüp yaralama ile sonuçlandığı, bu nedenle olayda, işkence suçunun yasal unsurları gerçekleşmeyip sanıkların bu eylemlerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama niteliğinde bulunduğu gözetilerek, şikayetçinin depo önüne getirdiğini gören tanık A. Y. ile olayın başlangıcını gören tanık A. O.’ın soruşturma aşamasında ifadesi eklenmeden talimatla kovuşturma aşamasında ifadesinin alındığı ve her iki anlatımı arasında çelişkiler bulunduğu gözetilerek, önceki ifadelerinin onaylı suretleri eklenerek olay hakkında ayrıntılı ifadesi alındıktan sonra diğer delillerle birlikte değerlendirilmek suretiyle kuşkuyla neden olmayacak şekilde olayda haksız”

Yaralama suçunun faili herkes olabildiğinden kamu görevlisi de bu kapsamda sayılabilecektir. TCK 86. maddenin 3. fıkrasındaki “*Kasten yaralama suçunun; c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle*” yaralama suçunu işlemesi halinde şikayet aranmayacak ve verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Dolayısıyla bir kamu görevlisi başkasının vücuduna acı vermesi veya sağlığını ya da algılama yeteneğini bozması ve bu davranışı görevin kendisine verdiği nüfuzu kötüye kullanarak ve göreviyle ilgili olarak gerçekleştirmesi halinde, artık yaralama suçunun değil işkence suçunun varlığından bahsedilecektir⁵⁹³.

Her iki suçun da ihmali davranışlarla işlenmesi mümkündür. Fakat bu konuda aralarındaki fark; TCK m. 94/5'te işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde ceza indirimine gidilmeyeceği düzenlenmekteyken, TCK m. 88'de ise ihmal suretiyle kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde hüküm edilecek cezada indirim uygulanacaktır⁵⁹⁴.

3.8.3 Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması (TCK m. 256)

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Mille ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısmının, “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçları*” içeren birinci bölümünün, 256. maddesinde Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması suçu düzenlenmiştir. Madde metninde, “*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı*

“tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi”. Yar. 8. CD, E. 2014/398, K. 2014/5977, T. 11.03.2014, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi, 21.08.2018).

⁵⁹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.145.

⁵⁹⁴ TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, Türk Ceza Kanunu Reformu-II, TBB Yayınları, No. 71, Ankara 2004, s. 15; KÖPRÜLÜ, (Ceza Özel), s. 55.

görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

İşkence suçu ile korunan hukuki değer kişi dokunulmazlığıyken, Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçun da ise, kanunun “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlığını taşıyan bölümünde düzenlenmiş olmasından, dolayı korunan hukuki değer kamu idaresi olduğu anlaşılmaktadır⁵⁹⁵.

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun faili kamu görevlisi olmak zorundadır. Bu nedenle zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu ile işkence suçunun failleri aynı olduğu için işkence suçuyla karıştırılabilecektir. Ancak suçun failleri aynı olmasına rağmen, her kamu görevlisi mutlaka zor kullanma yetkisine sahip olması gerekmediği için, bu yetkiye sahip olmayan kamu görevlisinin bu suçu işlemesine imkanı yoktur. O halde bir kamu görevlisinin bu suçu işleyebilmesi için öncelikle zor kullanma yetkisine sahip olması ve sahip olduğu bu yetkiye ilişkin sınırı aşması gerekecektir⁵⁹⁶.

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması durumunda⁵⁹⁷, bu yetki aşımının işkence suçuna mı, yoksa zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın

⁵⁹⁵ **DEMİRBAŞ**, s. 79; **AYDIN**, Devrim, “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu 'ya Armağan, Cilt-1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2015, s. 162; **KILDAN**, İsmail Turgut/**BAHADIR**, Oktay, “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 11, Ekim 2012, s. 195; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 113; **SOYASLAN**, Doğan, “*Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi*”, (Armağan), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 1282.

⁵⁹⁶ **DEMİRBAŞ**, s. 79; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Ceza Özel, s. 251; **ÖNOK**, s. 347.

⁵⁹⁷ “*Suç tarihinde gece saat 23;30 sularında, sevk ve idaresindeki aracıyla seyir halinde olan 200promil alkollü katılanın, uygulama yapan suç tutanağı imzacı tanığı trafik polis memurlarının dur ihtarına uymayarak kaçtığı, takip sonucu durdurulduğunda araçtan inip bu kez yaya olarak kaçmaya devam ettiği, yakalandığında ise belgelerini vermeyerek, alkol muayenesi yapılmasına karşı çıktığı, destek için gelen ve kendisini karakola davet eden asayiş ekibinde görevli sanık ve müşteki polis memurlarının görevini engellemek amacıyla tehdit ve hakaret ettiği, silah vasfındaki sopa ile saldırdığı, tanıkların, müşteki ve sanıkların*

aşılması suçuna mı gireceğinin ayırt edilmesi zorlaşacaktır. Ayrıca kamu görevlisinin bu hareketleri kasten yaralama suçunun varlığına da sebep olabilecektir⁵⁹⁸. Bu doğrultuda kamu görevlisinin hareketlerinin işkence niteliği taşıyıp taşımadığına bakılacaktır. İşkence kişinin ancak resmi sığata haiz memurların elinde bulunduğı sırada ve bu kişiler tarafından kendisine belirli bir amaca yönelik ve bilinçli olarak acı ve ızdırap veren hareketlerin uygulanması sonucu ortaya çıkacaktır. Görüldüğü gibi bir fiilin işkence olarak nitelendirilmesi için bir takım niteliklerin bulunması gerekmektedir⁵⁹⁹. İşkencenin söz konusu olması için mağdura kuvvetli fiziki veya ruhsal acı veya ızdırap verilmesi gerekmektedir. Eğer kamu görevlisinin davranışı kuvvetli fiziki veya ruhsal acı veya ızdırap verecek olursa artık burada kamu görevlisinin sorumluluğuna işkence suçundan dolayı gidilecektir, yani önemli olan hareketin ağırlık düzeyidir. Bu ağırlık düzeyi belirlenirken de, sadece mağdurda doğurduğu etki ve mağdurun dayanıklılığına bakılmamalı bu hareketin nesnel yapısına bakarak işkence suçunun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilmelidir⁶⁰⁰.

Kamu görevi gereğı zor kullanma yetkisinin kullanılması durumunda sınırın aşılması söz konusu olursa zaten kasten yaralama yahut kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulama bulacaktır⁶⁰¹, ayrıca böyle bir hükmün

birlikte müdahale ederek sprej sıkarak etkisiz hale getirmeye çalıştıkları sırada, kafasını aracın çeşitli yerlerine çarptığı, yere yatırılarak kelepçelenmek istendiğinde aşırı derecede direnmeye devam ettiğinden yüzünün mucurlu zeminde sürtündüğü, karakola götürülürken araç içerisinde iki kez kafasını vurduğu, dava konusu olaya tamamen sanığın sebebiyet verdiği, suç tutanağına, tanık beyanlarına, sanık savunmalarına ve tüm dosya kapsamına göre 5237 sayılı TCK'nın 256. maddesi uyarınca zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi sanıkların görevlerini yapmalarını engellemek için direnen katılana karşı görevlerinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanmadıkları anlaşıldığından, tebliğ namedeki eksik araştırmaya dayalı bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir". Yar. 5. CD, E. 2013/8705 K. 2015/11964, T. 29.05.2015, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi, 09.08.2018).

⁵⁹⁸ SOYASLAN, (Armağan), s. 1283; KILDAN/BAHADIR, s. 211.

⁵⁹⁹ ÜZÜLMEZ, s. 241.

⁶⁰⁰ ÖNOK, s. 348; ÜZÜLMEZ, s. 240; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.275; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 251.

⁶⁰¹ "İddianamedeki anlatıma göre, polis olan sanıkların, ihbar üzerine geldikleri olay yerinde, babasıyla tartışan ve aşırı derecede alkollü olan katılanı karakola götürüp kelepçe taktıktan

düzenlenmesine ihtiyaç yoktur⁶⁰². Buna rağmen, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması halinde kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulama bulacağını düzenleyen bu hükmün varlığı işkence ve kötü muamele ile mücadeleyi engellediği gibi cezasız kalmasına, AİHM önüne giden başvurular bakımından da Türkiye aleyhine kararların verilmesine sebep olmaktadır. Çünkü TCK m. 256 var olduğu için, işkence ağırlığına ulaşan davranışlar çok daha hafif bir suç tipi olan zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu olarak değerlendirilmekte ve failleri oldukça hafif cezalarla cezalandırılmaktadırlar. Zira bu iki suç tipinin ayrılması bakımından önemli farklar olmadığından suç tipleri iç içe geçmiş ve uygulanmaları keyfiyete bırakılmış durumdadır⁶⁰³. AİHM nezdinde Türkiye aleyhine verilen mahkumiyet kararlarının önüne geçilmesi amacıyla, bu iki suç tipi arasındaki farkları belirleyecek şekilde suç tiplerinde düzenleme yapılması oldukça önemlidir. Aksi halde işkence olaylarının cezasız kalması sorunu büyüyecek ve AİHM'nin vereceği mahkûmiyet kararlarının sayısında artış olması kaçınılmaz bir hal alacaktır.

sonra tekmeyle vurduklarının ileri sürülmesi, sanıkların bu eylemlerini görevleri sırasında sahip bulundukları nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmeleri, eylemin takibi şikayete bağlı olmayan 5237 Sayılı TCK'nın 86/3-d maddesine uyan suçu oluşturmaları ve TCK'nın 256. maddesinde yer alan atfın kasten yaralama suçunun nitelikli hallerini de kapsamaları karşısında, tüm kanıtlar usulünce toplanıp değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle düşme kararı verilmesi... Kanuna aykırı ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleriyle tebliğ namedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükümlerin BOZULMASINA". Y. 4. CD, E. 2014/29999 K. 2015/817, T. 12.01.2015, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi, 21.08.2018).

⁶⁰² DEMİRBAS, s. 80; AYDIN, s. 171; SOYASLAN, (Armağan), s. 1283.

⁶⁰³ SOYASLAN, (Armağan), s. 1284.

SONUÇ

Günümüzde, demokrasiyi benimseyen ve ceza muhakemesi hukuklarında “her ne pahasına olursa olsun” maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını kabul gören bir ilke olmaktan çıkarıp ceza kovuşturmasında insan onurunun korunmasını mutlak bir değer haline getiren devletler açısından işkence ve benzeri kötü muamelenin her türü suçtur.

Yine günümüzde işkence yasağının kişiler bakımından mutlak ve dokunulmaz bir hak, devletler arasında da emredici nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı haline geldiği kabul edilmektedir. AİHS’nin 3. maddesinde “*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz*” ifadesi ile “işkence” yasağı, mutlak bir biçimde hiçbir istisnaya yer vermeyecek şekilde yasaklanmıştır. Sözleşme’nin 15. maddesinde ise, işkence yasağı bakımından hiçbir muafiyet veya istisna öngörülelemeyeceği ve olağanüstü hallerde, savaş halinde dahi işkence yasağının ihlal edilemeyeceğine ilişkin düzenlemesi ile işkence yasağının mutlak olduğunun altı çizilmiştir.

Bazı bölgesel ve uluslararası sözleşmelerin işkence ve diğer kötü muamele fiillerini tanımlamış olmasına karşın 3. madde, bu yasağın kapsamına veya hangi koşullar altında ihlal edilmiş sayılacağına ilişkin ayrıntılı bir açıklama getirmemiştir. Bu nedenle işkence suçunun unsuru, yasağa ilişkin yükümlülükleri, esasları, maddenin kapsamı ve meydana gelen ihlalin işkence yasağı boyutunu ulaşıp ulaşmadığına ilişkin ayrıntılar, AİHM kararları ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

AİHS’nin denetim mekanizması olarak kurulan AİHM, Sözleşme’nin 3. maddesinde belirtilen işkence, insanlık dışı muamele veya aşağılayıcı

muamele veya ceza kavramlarının her üçü için de işkence yasağına yönelik eylem ya da ihmal suretiyle yapılan muamelenin yahut verilen bir cezanın “*ağırlığın belirli bir yoğunlukta*” olmasını aramaktadır. AİHM, ağırlık düzeyini değerlendirirken, muamelenin süresi, muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri ile bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi olayın şartlarını göz önünde bulundurmaktadır.

5237 sayılı TCK m. 94’de işkence suçu, m. 95’de neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçu düzenlenmiştir. TCK m.94’e göre, İşkence suçu, “*insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışla*”, bu davranışın mağduruna “*bedensel ya da ruhsal yönden acı çektiren*” veya “*algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine*” veya “*aşağılanmasına yol açacak*” hareketlerle işlenebilecektir.

Uluslararası hukukla uygulamada paralellik kurmak açısından işkence suçunun maddi unsurunun “*insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak hareketlerin yapılması*” olarak düzenlemesi yerine, “*işkence, insanlık dışı muamele veya aşağılayıcı muamele yapmak ve cezaya tabi tutmak*” ifadesinin kullanılmasının, Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları belgelerinin iç hukuk normlarına nazaran öncelikle uygulanması yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

TCK’da işkence suçunun faili kamu görevlisi olması nedeniyle özgü suçlardandır. TCK’da işkence teşkil eden fiiller kamu görevlilerince, görevle bağlantılı olarak, görevin ifası sırasında işlenmelidir. İşkence suçunda memurluk sıfatı kurucu unsur olduğundan işkence gerçek memur suçlarındandır.

TCK m. 94'e göre, işkence suçunun mağduru herhangi bir kişi olabilecektir. İşkence suçu hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilen bir suçtur. İhmali hareketin cezai sorumluluk doğurabilmesi için failin neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmalıdır. Amirler hiyerarşik olarak altlarındaki kamu görevlilerinin yaptığı işkence niteliğindeki neticeyi önlemekle yükümlü oldukları gibi, TCK m.279 hiçbir ayırıma yer vermeksizin tüm kamu görevlilerinin öğrendikleri suçları yetkili makama bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bakımdan TCK 94. maddenin gerekçesinde "amir" den bahsedilmişse de, garantör konumunda bulunan her kamu görevlisinin maddi imkana sahip olduğu sürece, bu hüküm gereğince alt- üst ayırımı yapılmaksızın diğer kamu görevlilerinin de yaptığı işkence niteliğindeki neticeyi önleme yükümlülüğü yüklenmiştir.

TCK m. 94'de seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenen, işkence suçunun maddi unsuru, "*insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışla*", bu davranışın mağduruna "*bedensel ya da ruhsal yönden acı çektiren*" veya "*algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine*" veya "*aşağılanmasına yol açacak*" birden fazla hareketten herhangi birisinin yapılmasıyla gerçekleşecektir. Böylece, sadece bedene doğrudan etki yapan maddi nitelikteki ızdırap ve acı veren hareketlerle değil, bedene doğrudan ve dolaylı etki yapmayan fakat algılama ve irade yeteneğini ihlal eden akıl ve ruh sağlığı açısından ızdıraba yol açan ve kişiyi aşağılayan hareketlerle de işkence suçu işlenebilecektir.

TCK'da işkence suçunun manevi unsuru kasttır. TCK m.94'te düzenlenen işkence suçu, genel kastla işlenebilen bir suçtur. Ayrıca işkence suçunun oluşumu için olası kastın varlığı da yeterlidir. Failin yaptığı hareketin "*insan onuru ile bağdaşmaz*" bir hareket olduğunu bilmesi ve bu hareketin, mağdurun "*bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine*" veya "*algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine*" ya da "*aşağılanmasına yol açacağını*" bilmesi, bu hususu istemesi ve failin hareketinin objektif olarak bu

neticelerden birine yol açabilecek nitelikte olması suçun gerçekleşmesi gereklidir.

TCK m.94'te düzenlenen işkence suçuna teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanacaktır. İşkence suçu insan onuruna aykırı olacak şekilde oluşan seçimlik hareketlerden birinin icrasıyla tamamlanmaktadır. İşkence suçunun tamamlanması için işkence oluşturan hareketlerin yapılması yeterli olup, ayrıca mağdurun acı çekmesine gerek yoktur. O halde bir kamu görevlisinin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya işkence suçunun icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır.

İşkence suçu tek faille işlenebileceği gibi birden fazla kişinin iştiraki ile de işlenebilir. TCK m.94/4'te, işkence "suçun işlenişine iştirak eden diğer kişilerin de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı" hükmü ile kamu görevlisi olmayan ancak suça iştirak eden diğer kişilerinde fail gibi, kanunda suç için öngörülen cezanın tam karşılığı ile cezalandırılacağı belirtilmektedir. Kamu görevlisinin işlediği işkence suçuna diğer kamu görevlisinin katılması durumunda iştirake ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Böylece kendi aralarında iştirak halinde işkence suçunu işleyen kamu görevlerinin suça katkılarının şekline ve önemine göre her bir kamu görevlisi sorumlu tutulacaktır. İşkence yapılması yönünde amirinden aldığı emir doğrultusunda emiri yerine getirmesi durumunda emri veren azmettiren, yerine getiren de fail olarak suçun karşılığı olan tam cezadan sorumlu tutulacaklardır.

TCK m. 43'de düzenlenen zincirleme suç hükümlerine göre, gerek değişik zamanlarda bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı gerçekleştirilen işkence fiilleri, gerekse aynı fiille birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilen "işkence fiilleri bakımından zincirleme suç hükümleri

uygulanamayacak” gerçek ictima hükümlerine göre cezalar belirlenecektir(TCK m.43/3).

İşkence suçunun cezasın arttırılmasını gerektiren nitelikli halleri arasında orantısızlıklar vardır. Mesela, işkence fiili sonucu kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir durum meydana gelmişse artırılarak uygulanacak ceza, işkence suçunun cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların en hafifi olan cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi veya herhangi kemiğin kırılması nitelikli hallerinden dolayı uygulanan cezadan çok daha hafif kalabilmektedir.

Buna karşılık, TCK m.95/4’te öngörülen işkence suçunun failinin meydana getirebileceği en ağır netice olan işkence sonucu mağdurun ölmesi halinde işkence faili için ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının öngörülmesini yerinde bulmaktayız. Bu nitelikli halde, gerçekleşen ağır netice karşısında artık failin neticeyi isteyip istemediğinin önemli olmadığı kanaatindeyiz. En ağır insanlık suçunu işlemekten çekinmeyen kamu görevlisinin ölüm gibi telafisi imkansız bir neticenin meydana gelmesine sebep olması ve işkence suçunun önlenmesi bakımından özellikle de işkence altında ölümlerin engellenmesinde caydırıcı nitelikte olabileceğinden ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının, ceza adaletini de sağlayacağı kanaatindeyiz.

Beccaria’nın ifade ettiği gibi, “*faili suçtan döndüren neden cezanın mutlaklığıdır, yoksa ağırlığı değil*”. Ülkemiz uygulamasında mevzuatımızdaki ulusal ve uluslararası işkence yasağı ile ilgili bütün düzenlemelere rağmen işkence suçunun cezası mutlak olarak uygulanmamaktadır. Çoğu zaman işkence mağdurundan ve failinden başka olaya kimsenin tanık olmaması nedeniyle işkencenin ispatlanamaması, işkence ispatlansa bile gösterilen resmi müsamaha ile işkencenin cezasız bırakılması işkence yapanları cesaretlendirmektedir. Yaptığının devlet menfaatine olduğuna inanan ya da inandırılan, önüne gelenin işkenceyi hak ettiğini düşünen, kişiye en ağır

cezayı verme yetkisini kendinde gören ve işkence yapsa da hatta işkence sonucu ölüme sebebiyet verse bile bir tür dokunulmazlık zırhından yararlanacağı kanaatinde olan kamu görevlisinin işkenceden vazgeçmesi mümkün değildir. Asıl görevi topluma hizmet etmek olan kamu görevlileri görevlerini kötüye kullanarak bizzat kendileri resmi suçlular! olurken kendilerini dokunulmazlık noktasında görmelerinin nedeni, devlet birimlerinde bulunan kişilerin hukukun gereğini yapmamaları, varlık sebeplerinin hukuka uygun olduğu inancını taşımamaları, görevlerinin hukuk devletine hizmet etmek olduğunun ayırımına varamamalarıdır. Oysa Sahir Erman'ın belirttiği gibi, *“hukuka aykırı davranmanın mazereti olmaz. Çünkü mazeret ararsak hukukun üstünlüğü kağıt üzerinde kalır ve uygulamaya geçemez”*.

Toplumda hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokrasi bilincinin sağlanması, eğitim ve etkili yargı kararları ile mümkün olabilecektir.

İşkenceyi durdurmak ancak onu kullananların bile kullanmaktan korkacakları bir karşı bilinç yaratmakla mümkündür. Bu ise işkenceye başvuranların işkenceye başvurdukları zaman kaybedecekleri şeyin, elde edeceklerinden fazla olması ile sağlanabilir. İşkencenin toplumsal yapımızın kabul etmek zorunda olduğumuz kara yazgısı olduğu önyargısını, insan haklarını ve insana saygıyı öne çıkartan toplumsal duyarlılığın yarattığı kültürle aşabiliriz.

Bir insana daha fazla acı ve ıstırap çektirmek için, en dehşet verici işkence yöntemlerini bulan insan aklı, işkencenin yok edilmesinde gerekli olan çözümü de insanlığa sağlamaya muktedirdir.

KAYNAKÇA

AKÇAM, Taner, Siyasi Kültürümüzde Zülüm ve İşkence, İletişim Yayınları, İstanbul 1992.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasa'sı, İstanbul 1989.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi, 4. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul 1993.

AKGÜNDÜZ, Ahmet/ÖZTÜRK, Said, Bilinmeyen Osmanlı, İstanbul 1999.

AKILLIOĞLU, Tekin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 'Erkan Eğmez/Kıbrıs' Kararı" Polis Dergisi, Y. 9, S. 36, Aralık 2003, s. 50-58.

AKILLIOĞLU, Tekin, "İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", İnsan Hakları Yıllığı, S. 10-11/1, Y.1989, s. 17-64.

AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, (İnsan Hakları), İmaj Yayıncılık, 2. Baskı, 2010 Ankara.

ALGAN, Bülent, "İşkence İle Mücadelede Yargı Organının Tutumu", (Zabunoğlu), Zabunoğlu Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011. (<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/841.pdf>, Erişim Tarihi: 26.03.2018).

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

ANAYURT, Ömer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, T.2008, S. 1-2, s. 421-459.

ANAYURT, Ömer, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı" (AİHS'de işkence ve Kötü Muamele), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, (Editör: DOĞAN, İlyas), Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2009.

ARMAĞAN, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. Ankara 1992.

ARSAL, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1947.

ARTUK, M. Emin, "İşkence Suçu (TCK m. 94, 95)", CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 5-41.

ARTUK, M. Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları Ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu-II, TBB Yayınları, No. 71, Ankara 2004, s. 36-85.

ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ceza Genel), 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler(Ceza Özel), 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ATEŞ EKŞİ, Canan, Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Ankara 2004.

AYDIN, Devrim, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu 'ya Armağan, Cilt-1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2015, s. 136-173.

AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Hars Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 2005.

AYDIN, Mehmet Akif, “Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol”, İslami Araştırmalar, C.8, 1995/3.

BAKIM, Sevi, 5337 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

BAŞBÜYÜK, İsa, “Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu”, (DEÜHFD), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel S. 2010, s. 1142-1485.

BAŞER, Murat, İnsancıl Hukuk, Yeni Savaşlar, Yapısal Sorunlar ve Korunmayan İnsan Hakları, Ankara, 2014.

BAYINDIR, Abdülaziz, “İslam'da Ceza Muhakemesi Hukuku, Hukuk Dünyası”, Yıl 8, Ekim 1998/4-6, s. 101.

BAYRAKTAR, Köksal, “İşkence suçu”, Zabunoğlu Armağanı, Ankara 2011, s. 145-177.

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev: Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara 2010.

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

BOYAR, Oya, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Editör: Sibel İNCEOĞLU), 1. Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara 2015.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, (Hukuk Tarihi), Selçuk Üniversitesi Yayınevi, Konya 1989.

ÇOR, Yaşar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 75, Y. 2008, s. 63-93.

DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, (İnfaz), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

DEMİRBAŞ, Timur, İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

DEMİRBAŞ, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, (Soruşturma Evresinde), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015.

DENK, Erdem, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, AÜSBFD, C. 56, S:2, Y. 2001.

DOĞAN, İlyas/KAYA, Mehmet, İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2006.

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

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Ankara 2013.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Ankara 2012.

DONAY, Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, 1.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.

DÖNER, Ayhan, “Avrupa Birliği/Topluluğu Hukuk Düzeninde İnsan Hakları: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

DÖNMEZER, Sulhi, “*Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

DÖNMEZER, Sulhi, İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünyadaki ve Türkiye’deki Durumu, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), T. C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998.

ERDEM, Mustafa Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku’nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

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

ERYILMAZ, Mesut Bedri, “*İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi*”, (Editör: **İlyas Doğan**), İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009.

EVİK, Ali Hakan, “Susma Hakkı”, Güncel Hukuk Dergisi, S.12, T. 2004.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, (İşkencenin Önlenmesi), Amaç Yayıncılık, İstanbul 1990.

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

GEMALMAZ, Mehmet, Semih, “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.1, Y. 9, 1989.

GEMALMAZ. M. Semih, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul 2001.

GÖKÇEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (AİHS Sözleşmesi), 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk, (Editör: Reşat Volkan Günel), 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.

GÜNDÜZ, Orçun, “*İşkence Suçunda Mağduriyet*”, CHD, Y. 1, S. 2, Aralık 2006. s. 289-328.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/KETİZMEN, Muammer, “*İşkence ve Eziyet Suçları*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 1206-1215.

HOBBS, Thomas, Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti (*Leviathan*), Çev: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993.

İNALCIK, Halil, “*Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları*”, AÜSBFD, Y.1958/2. C.13. (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ausbf/article/view/5000055085/5000052393>, Erişim Tarihi: 28.04.2019).

KAPANI, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1996.

KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, (İslam Hukuku), İstanbul 2012.

KATOĞLU, Tuğrul, “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı*”, Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Cilt. 2. Özel Sayı-Aralık 2014, s. 1456-1480.

KAYA, Köroğlu, “*İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller*”, TAAD, S. 24, Ocak 2016, s. 461-512.

KILDAN, İsmail Turgut/BAHADIR, Oktay, “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 11, Ekim 2012, s. 192-225.

KISACIK, Raşit, Dünyada ve Türkiye’de İşkencenin Tarihi, Ozan Yayıncılık, İstanbul 2016.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ceza Özel), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

KORKUSUZ, M. Refik, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1998.

KÖPRÜLÜ, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, (Ceza Genel), 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.

KÖPRÜLÜ, Timuçin, Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı, (Ceza Özel), 3. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017.

METİN, Yüksel, “*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*”, (METİN, Şart), AÜSBFD, Cilt:57, Sayı:4, Ekim 2002 (Doç. Dr. Cahit Emre’ye Armağan), s. 37.

METİN, Yüksel, “*Terörle Mücadele ve İnsan Hakları*”, HPD, Sayı 5, Aralık 2005.

MONTAİGNE, Denemeler (Çev: Sabahattin Eyüboğlu), İstanbul 1979.

MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L'Esprit des Lois), Çev: Fehmi Baldaş, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2015.

NAL, Sabahattin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık dışı Muamele ve ye Küçültücü Muamele veya Ceza”, (AİHS İşkence...), Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2001.

NAL, Sebahattin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, Y.2007. s. 145-185.

NUHOĞLU, Ayşe, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, Sahir Erman’a Armağan, Alfa Basım, İstanbul, 1999, s. 527-560.

NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, (Emniyet Tedbirleri), Ankara 1997.

ÖNOK, Murat, “Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Uluslararası Ceza Divanı”, Hukuk ve Adalet, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz 2004.

ÖNOK, Murat, Uluslararası Boyutlarıyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ceza Özel), 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye, Nadir Kitap Yayınları, İstanbul 2004.

ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, “İşkence Suçu”, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf, Erişim Tarihi: 18.08.2018).

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (Ceza Genel), 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT, Saygılar/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan/ERDEN, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Muhakeme), 11.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, (PAZARCI, 4. Kitap), 4. Kitap, 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2017.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 13. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2017.

REIDY, Aisling, İşkencenin Yasaklanması-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz/İnsan Hakları El Kitapları, No:6, Avrupa Konseyi 2002.

REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

SCOTT, Ryley George, İşkencenin Tarihi, Ankara, Dost Kitabevi, 2001.

SEVEN, Huriye, “Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi ve Uygulaması”, Türk İdare Dergisi, s. 109, (<http://www.tid.gov.tr/Makaleler/H.Seven%20101-130.doc>), Erişim Tarihi: 18.03.2018).

SEVÜK, Handan Yokuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 7, S. 3-4, Aralık 2003, s. 335-384.

SEVÜK, Handan Yokuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, (AİHM İşkence), Ceza Hukuku Dergisi, Y.7, S.20, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2012, s. 6-42.

SEVÜK, Hande Yokuş, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ’uda Ezizet Suçu” (Ezizet), Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci’ya Armağan, C.71, S. 1 (2013), s. 1273-1291.

SOYASLAN, Doğan, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, (Armağan), Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 1270-1280.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014.

SUR, Melda, “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na Kişisel Başvuru (Tebliğ)”, İzmir Barosu Dergisi, Y. 1993 S. 2, s. 74-84.

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku- I, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

TAHTALI, Murat Buğra, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Türkiye’deki Yansımaları”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Aralık 2011, Seçkin Yayıncılık, s. 54-82.

TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, (İnsan Hakları Sorunu), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (Ceza Özel), 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016,

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, (İnsan Hakları), 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, Türk Ceza Kanunu Reformu-II, (Editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları, No. 71, Ankara 2004.

TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta, İstanbul 2006.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul, 1975.

ÜÇÖK, Coşkun, “*Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler*”, (Osmanlı Kanunnamelerinde), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1946, C. 3, S. 1.

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (İnsan Hakları), TBMM Sanat Ve Yayın Kurul Yayınları, Ankara 2001.

ÜNVER, Yener, “*Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*”, (CHD), CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2015.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu*”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s. 227-247.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (İşkence Suçu), Ankara 2003.

YENİSEY, Feridun, “*Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler*”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku, 15-18 Aralık, 1981, İstanbul Üniversitesi Yayınları, (<http://iibf.erciyes.edu.tr/kutuphane/petas/petas.php?skip=0&keyword=FER%C4%B0DUN+YEN%C4%B0SEY&type=5>), Erişim Tarihi: 28.04.2019).

YENİSEY, Feridun, İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü, İnfaz Hukukunun Sorunları, Ankara 2001.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.