

**T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**AIHS MADDE 3 KAPSAMINDA İŞKENCEYİ ETKİLİ BİÇİMDE SORUŞTURMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Gizem DURSUN

**Danışman
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**

İzmir, 2015

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “AİHS Madde 3 Kapsamında İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

25/07/2015

Gizem DURSUN



T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZLİ YÜKSEK LİSANS TEZ JÜRİ SINAV TUTANAĞI

ÖĞRENCİNİN		
Adı, Soyadı	: <u>Bizem Dursun</u>	
Öğrenci No	: <u>133000/1404</u>	
Anabilim Dalı	: <u>Kamu Hukuku (Yüksek Lisans) ABD.</u>	
Programı	: <u>Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı.</u>	
Tez Sınav Tarihi	: <u>05./08/2015...</u>	Sınav Saati : <u>14⁰⁰</u>
Tezin Başlığı: <u>AİHS m. 3 kapsamındaki istisnayı Etiler Sicinde</u> <u>Sansürüne İhtiva Olulduğu</u>		
Adayın kişisel çalışmasına dayanan tezini <u>60</u> dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek çalışma konusu gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,		
<input checked="" type="checkbox"/> BAŞARILI olduğuna (S)	<input checked="" type="checkbox"/> OY BİRLİĞİ	ile karar verilmiştir.
1 <input type="checkbox"/> EKSİK sayılması gerektiğine (I)	<input type="checkbox"/> OY ÇOKLUĞU	
2 <input type="checkbox"/> BAŞARISIZ sayılmasına (F)		
3 <input type="checkbox"/> Jüri toplanamadığı için sınav yapılamamıştır.		
4 <input type="checkbox"/> Öğrenci sınava gelmemiştir.		
<input checked="" type="checkbox"/> Başarılı (S)	<input checked="" type="checkbox"/> Başarılı (S)	<input checked="" type="checkbox"/> Başarılı (S)
<input type="checkbox"/> Eksik (I)	<input type="checkbox"/> Eksik (I)	<input type="checkbox"/> Eksik (I)
<input type="checkbox"/> Başarısız (F)	<input type="checkbox"/> Başarısız (F)	<input type="checkbox"/> Başarısız (F)
Üye : <u>Prof. Dr. Mustafa Ruhani</u>	Üye : <u>Prof. Dr. A. Havutcu</u>	Üye : <u>Doç. Dr. Borcu Dönme</u>
İmza : <u>[Signature]</u>	İmza : <u>[Signature]</u>	İmza : <u>[Signature]</u>

- 1 Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
- 2 Bu halde öğrencinin kaydı silinir.
- 3 Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.
- 4 Bu halde varsa öğrencinin mazeret belgesi Enstitü Yönetim Kurulunda görüşülür. Öğrencinin geçerli mazeretinin olmaması halinde Enstitü Yönetim Kurulu kararıyla ilişki kesilir. Mazereti geçerli sayıldığında yeni bir sınav tarihi belirlenir.

ÖZET

AİHS Madde 3 Kapsamında İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma

Yükümlülüğü

Gizem DURSUN

Yaşar Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

İşkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü açık bir biçimde AİHS metninde yer almayan, Sözleşme'nin birinci, üçüncü ve on üçüncü maddeleri doğrultusunda AİHM'nin yapmış olduğu incelemeler sonucu ortaya çıkmış bir yükümlülüktür. AİHM'ne bu yükümlülüğün ihlal edildiği iddiasıyla yapılmış oldukça fazla sayıda başvuru bulunmakta olup, ne yazık ki Mahkeme'nin bu yükümlülüğün ihlali yönünde vermiş olduğu kararların büyük çoğunluğu Türkiye aleyhinedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, işkence yasağı kavramına, Türk hukukunda bu yasak kapsamında yapılmış olan düzenlemelere ve özellikle işkence suçu ile işkence yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilen ve işkence görmeme hakkını koruma altına alınan sözleşmelere yer verilmiş, bu kapsamda yasağın sağladığı koruma alanı tespit edilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise AİHS ile oluşturulan koruma mekanizması ve bu koruma mekanizmasının Türk hukukuna etkisi değerlendirilmiş ardından da ayrıntılı biçimde işkence yasağı ile yasaklanmış olan aşağılayıcı ve insanlık dışı muamele ve ceza ile işkence kavramları AİHM kararları ışığında ele alınmış, bu yükümlülük ile birlikte devletlerin yerine getirmeyi taahhüt ettikleri yükümlülükler açıklanmıştır.

Çalışmamızın esas konusunun değerlendirildiği son bölümümüzde ise, işkence yasağı kapsamında devletlerin yüklenmiş oldukları usuli yükümlülük yani işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü ele alınmış, bu yükümlülük kapsamında devletlerin yükümlülükleri tespit edilmiş ve ardından da bu yükümlülükler doğrultusunda AİHM kararları değerlendirilerek uygulamamızdaki aksak noktalar tespit edilerek bu aksaklıklara çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İşkence, AİHS, işkenceyi etkili soruşturma yükümlülüğü, usuli yükümlülük, işkence suçu, işkence yasağı

ABSTRACT

Master Thesis

Obligation To Investigate The Torture In An Effective Manner Within The Scope Of ECHR Article 3

Gizem DURSUN

Yaşar University

Institute of Social Sciences

Master of Public Law

The obligation to investigate torture is not explicitly fall within the contents of European Convention of Human Rights, the duty come into the picture in consequence of European Court of Human rights analyzation in accordance with the article 1, article 3, article 13.

There are many application to the ECHR on the grounds of breach of this obligation, unfortunately a great majority of ECHR decisions - concerning this obligation - are against Turkey.

Firstly, in this study, we are going to examine the definition of the torture, regulations in Turkish Law regarding prohibition of torture and especially conventions analyzation regarding crime of torture, prohibition of torture, thus, the right of not to be tortured, and within this framework we ensure and determine the protection area of this prohibition.

As to the second part of this study, we examine the protection mechanism which consisted by ECHR and the effect of this mechanism under Turkish law, subsequently, we clarify -in the lights of ECHR decisions - in a detailed manner the concepts of: prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and punishment, thus, the obligation which governments undertake to perform this duty.

The last but the most fundamental part of our study assess the procedural governmental obligation regarding the prohibition of torture, and within this context we determine governmental obligation and in pursuit of this obligation, we analyze the inconveniences of echr decisions and we suggest a solutuion for those inconveniences.

Key Words: Torture, ECHR, effective investigation on torture, m. 3, prohibition of torture, positive duty

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	i
SINAV TUTANAĞI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	xii

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE YASAĞININ TANIMI, UNSURLARI, TARİHÇESİ VE İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI BELGELER

I. İŞKENCE YASAĞININ TANIMI VE UNSURLARI	1
1. Uluslararası Belgelerde İşkence Yasağı ve Unsurları	1
1. İşkence Yasağı	1
2. Unsurları	8
a. Genel Olarak	8
b. Şiddetli Fiziksel veya Ruhsal Yönden Acı Veren Bir Fiil	9
c. Eylemin Cezalandırmak, Bilgi veya İtiraf Elde Etmek ya da Gözdağı Vermek, Ayrımcılık Amaçlarına Yönelik Olarak Kastten Gerçekleştirilmesi	12
d. Kamu Görevlisi Tarafından veya Onun Bilgisi ya da Onayı Dahilinde Gerçekleştirilmiş Olması	13
2. TCK Bakımından İşkence Suçunun Tanımı	16
a. Türk Ceza Kanunu m.94 İşkence Suçu Hakkında Genel Açıklama	16
aa. Korunan Hukuksal Yarar	17
ab. Maddi Unsur	21
i. Kişi üzerinde bedensel veya ruhsal acı meydana getirme	25
ii. Algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açma	26
iii. Mağdurun aşağılanmasına sebep olma	28

ac. Manevi Unsur	29
ad. Fail	30
ae. Mağdur	33
af. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	34
i. Teşebbüs	34
ii. İştirak	38
iii. İçtima	39
b. TCK m. 94 İşkence Suçu İle Benzer Suçların Karşılaştırılması	41
aa. Genel Olarak	41
ab. Eziyet Suçu (TCK m. 96)	42
ac. Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86 vd.)	46
ad. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu (TCK m. 256)	49
II. İŞKENCENİN TARİHİ GELİŞİMİ	51
A. Genel Olarak	51
B. Batı Hukukunda	51
1. Eski Yunan ve Roma İmparatorluğunda	51
2. Ortaçağ Avrupa Hukukunda ve Müşterek Hukuk Döneminde	54
3. Aydınlanma Döneminde	56
C. Türk Hukukunda	60
III. İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN DİĞER ULUSLARARASI BELGELER ⁶¹	
A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (10.12.1948)	61
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (04.11.1950)	63
C. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (16.12.1966)	63
D. İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (10.12.1984)	66
E. İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi (26.11.1987)	71

F. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (22.11.1969)	73
G. Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (09.12.1985)	74
H. Afrika İnsan Hakları Şartı (26.06.1981)	75
I. İnsan Haklarına Dair Arap Şartı (15.09.1994)	76

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ M.3 KAPSAMINDA İŞKENCE YASAĞI VE DEVLETLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİYLE OLUŞTURULAN KORUMA SİSTEMİ, ETKİSİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ	79
A. Koruma Sistemi	79
1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Oluşumu	79
a. Genel Kurul	80
b. Tek Yargıç	80
c. Komite	81
d. Daire	81
e. Büyük Daire	82
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nezdinde Yapılacak Yargılama	83
a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Hakkı	84
aa. Devletlerin Başvuru Hakkı	84
ab. Bireylerin Başvuru Hakkı	85
b. Kabul Edilebilirlik Koşulları ve Yapılacak İnceleme	86
aa. Koşullar	86
ab. Kabul Edilebilirlik İncelemesi	90
ac. Başvurunun İncelenmesi ve AİHM'in Kararı	92
i. Geçici Tedbirler (İç Tüz. m.39)	92
ii. Dostane Çözüm (İç Tüz. m. 62)	94
iii. Tek Taraflı Deklarasyon (İç Tüz. m.62A)	95
iv. Adil Tazminat ve Esasa İlişkin Karar	96
B. Koruma Sisteminin Türk Hukukundaki Yeri ve Etkisi	99

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ M.3 KAPSAMINDA İŞKENCE YASAĞI	100
A. Genel Olarak	100
B. AİHS m. 3'e Göre Kötü Muamele veya Ceza ve İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza İle İşkence Kavramları	101
1. Kötü Muamele veya Ceza Kavramı	103
2. İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza Kavramı	105
3. İşkence Kavramı	106
C. İşkence Yasağı ve İşkence Yasağı Kapsamında Devletlerin Yükümlülükleri	107
1. Negatif Yükümlülük	107
2. Pozitif Yükümlülükler	108
3. Usuli Yükümlülük (Etkili Soruşturma Yükümlülüğü)	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞKENCEYİ ETKİLİ BİÇİMDE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ, YÜKÜMLÜLÜĞÜN DİĞER HAKLARLA BAĞLANTISI, UYGULAMADA KARŞILAŞILAN PROBLEMLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. ETKİLİ BİÇİMDE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	113
A. Yükümlülüğün Kapsamı	113
1. İşkenceyi Cezalandırmaya Yönelik Olarak İç Hukukta Düzenleme Getirme Yükümlülüğü	117
2. İşkenceyi Etkili Şekilde Soruşturma Yükümlülüğü	119
a. Soruşturmanın Kendiliğinden Başlaması İlkesi	121
b. Soruşturma Organlarının Bağımsız Olması İlkesi	125
aa. Soruşturma Evresi Bakımından	127
ab. Kovuşturma Evresi Bakımından	131
ac. İdari Soruşturma Bakımından	132
c. Soruşturmanın Kamu Denetimine Açık Olması (Şeffaflık) İlkesi	133
d. Soruşturmanın Makul Bir Özen ve Hızla Yapılması İlkesi	136
e. Soruşturmanın Etkili Olması İlkesi	138

3. Cezanın Etkili Biçimde İnfaz Edilmesi Yükümlülüğü	143
--	-----

B. YÜKÜMLÜLÜĞÜN AİHS'TE ÖNGÖRÜLEN DİĞER HAK
VE ÖZGÜRLÜKLERLE BAĞLANTISI 144

1. AİHS m. 3 ile m. 2 Arasındaki Bağlantı	145
2. AİHS m. 3 ile m. 5 Arasındaki Bağlantı	147
3. AİHS m. 3 ile m. 6 ve m. 13 Arasındaki Bağlantı	149
4. AİHS m. 3 ile m. 8 Arasındaki Bağlantı	152
5. AİHS m. 3 ile m. 14 Arasındaki Bağlantı	154
6. AİHS m. 3 ile m. 15 Arasındaki Bağlantı	155

II. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN PROBLEMLER VE ÇÖZÜM
ÖNERİLERİ 157

A. İşkence Suçunun Yaptırımını Bakımından	157
1. Genel Olarak	157
2. İşkence Suçunun Bireyselleştirilmesi, Seçenek Yaptırımlara Çevrilmesi, Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bakımından	165
3. Geçici veya Sürekli Olarak Kamu Hizmetlerinden Mahrumiyet Güvenlik Tedbirinin İşkence Suçunda Uygulanması Bakımından	163
B. Yargılama Usulü Bakımından	165
C. Yaptırımın İnfazı Bakımından	169
1. Koşullu Salıverme	169
2. Af	171
D. Zamanaşımı	173
E. İdare Hukuku Bakımından	175
1. Disiplin Soruşturması	175
2. Mağdurun Zararına İlişkin Tazminat Bakımından	178
F. Denetim Muhakemesi Aşamasında Karşılaşılan Problemler	183

SONUÇ	188
--------------	------------

KAYNAKÇA	191
-----------------	------------

EK-1	198
-------------	------------

KISALTMALAR

AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Ame.İHS	: İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi
AY	:Anayasa
AYM	:Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
B.N.	:Başvuru Numarası
C.	:Cilt
CAT	:Committee Against Torture
CD	:Ceza Dairesi
CGK	:Ceza Genel Kurulu
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CvGTİK	:Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
Dan.	:Danıştay
DEÜ	:Dokuz Eylül Üniversitesi
DGM	:Devlet Güvenlik Mahkemesi
DMK	:Devlet Memurları Kanunu
E.	:Esas
ETCK	:Eski Türk Ceza Kanunu
f.	:fıkra
HSYK	:Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İç. Tüz.	:İç Tüzük
İHEB	:İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İYUK	:İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	:Karar
Kom.	:Komite
KvSKUS	:Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
m.	:Madde
MvDKGYK	:Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun
No.	:Numara

p.	:paragraf
PvSK	:Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RG	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SBE	:Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	:Tarih
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:Türk Ceza Kanunu
THİV	:Türkiye İnsan Hakları Vakfı
vb.	: ve benzeri
vd.	:ve devamı
Y.	:Yıl
Yar.	:Yargıtay
YCGK	:Yargıtay Ceza Genel Kurulu

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 oldukça uzun süreler 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 üçüncü maddesi ile işkencenin yasak olduğu açıkça ifade edilmiş ve bu yasak Sözleşme doğrultusunda kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile bu yasağın denetimi sağlanmıştır.

AİHM'nin işkence yasağını koruma altına alan üçüncü maddesi ışığında yapmış olduğu incelemeler sonucu verdiği kararları değerlendirildiğinde, Sözleşme'ye taraf devletlerin işkence yasağı ile paralel olarak negatif, pozitif ve usuli yükümlülük olmak üzere üç farklı yükümlülüğü olduğu görülmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak işkence yasağını ve Türk hukukunda işkence yasağının uygulama bulabilmesi amacıyla TCK m. 94'te düzenleme bulan işkence suçunu ve sonrasında da işkencenin tarihsel gelişimini ve işkence yasağını uluslararası ve bölgesel olarak koruma altına alan uluslararası belgelerini değerlendirerek genel anlamda işkence kavramını ve işkence yasağını ele alacağız.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile oluşturulan koruma mekanizmasını ve bu mekanizmanın hukukumıza olan etkilerini ve AİHS m. 3 ile koruma altına alınan işkence yasağını inceleyerek, bu madde ile uygulanması yasaklanan, aşağılayıcı ve insanlık dışı muamele ve ceza ile işkence kavramlarının kapsamını AİHM'nin kararları ışığında tespit edeceğiz. Ardından da Sözleşme gereğince devletlerin yüklendiği ve AİHM içtihatları ile de açıkça ortaya koyulan yükümlülükleri açıklayacağız.

Çalışmaya esas konuyu değerlendirdiğimiz üçüncü bölümde ise, AİHS m. 3, AİHM içtihatları ve İstanbul Protokolü çerçevesinde kısaca usuli yükümlülük olarak

da ifade edilmesi mümkün olan işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğünü ayrıntılı olarak açıklayacağız. Mahkeme kararları doğrultusunda bu yükümlülüğün kapsamını, bu yükümlülük kapsamında dikkat edilmesi gereken ilkeleri tespit edeceğiz. Bu ilkeler doğrultusunda, AİHM nezdinde Türkiye aleyhine verilen mahkumiyet kararlarını değerlendirmek suretiyle Türk hukukundaki problemleri belirleyerek, mahkumiyet kararlarının en aza indirilebilmesi amacıyla bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerinde bulunacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE YASAĞININ TANIMI, UNSURLARI, TARİHÇESİ VE İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI BELGELER

I. İŞKENCE YASAĞININ TANIMI VE UNSURLARI

A. Uluslararası Belgelerde İşkence Yasağı ve Unsurları

1. İşkence Yasağı

Farsça kökenli bir sözcük olan işkence (“şikenc/işkenc”), “*bir kimseye maddi ya da 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 tanımlamaya göre, “bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet veya düşüncelerini öğrenmek amacıyla birine uygulanan eziyet”³ işkence olarak kabul edilmektedir. Bu tanımlamalardan anlaşılacağı üzere geniş bir anlamda işkence, eziyet yapma, acıya maruz bırakma ya da ıstırap çektirmedir. Yine işkenceye ilişkin olarak Türk Hukuk Sözlüğü’nde yapılan bir diğer tanıma göre de işkence, “*Herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı (cismen eza) verici harekette bulunmak; sanıklara suçlarını itiraf etmeleri için canlarını yakıcı işlemlerde bulunmaktır*”⁴.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948’de kabul edilen *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, insan hakları bakımından temel teşkil eden belgelerden birisidir. Bu bildirinin 5. maddesi, “*Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz.*” ifadesiyle işkenceyi yasaklamaktadır. Ancak İHEB’in sözleşme olmaması nedeniyle hukuki açıdan bağlayıcılığı sorgulanmakta olsa da, insan hakları konusundaki siyasi ve

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54e45aede421a8.75732409, (Son Erişim: 18.02.2015)

²Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.:12, s. 5937; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 134; ÖNOK, Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 29

³http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.547c391d7e16b5.3708853, (Erişim Tarihi: 01.12.2014, 12.08)

⁴ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.330

ahlaki noktada etkisi ve ağırlığı herkes tarafından kabul edilmektedir⁵. Burada da bir işkence tanımı bulunmamaktadır.

Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde kabul edilen ve 10 Mart 1954 tarihli 6366 sayılı kanunla onaylanmış olan *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 3. maddesi işkenceye dair yasağı düzenleyen maddedir⁶. AİHS m. 3 hükmüne göre, "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*"⁷. Görüldüğü üzere maddede işkencenin unsurlarına veya niteliğine ilişkin ayrıntıya yer verilmemiştir⁸. Esasen AİHS'de koruma altına alınan haklar bakımından da sözleşme genelinde çok açık ifadeler kullanılmamışsa da, diğer maddeler ve koruma altına alınan haklar açısından da işkence yasağını düzenlemekte olan 3. madde kadar kapalı bir anlatım kullanılmış değildir. Bu nedenle 3. madde diğer maddelere nazaran anlaşılması daha zor ve dolayısıyla uygulanması esnasında daha fazla yorumlama ihtiyacı duyulan maddelerden birisidir⁹.

Her ne kadar 3. madde kapalı bir ifadeye sahipse de, bireylere sağladığı ve koruma altına aldığı hakların da mutlak ve dokunulmaz olduğu madde metninden açıkça anlaşılmaktadır¹⁰. Sözleşme kapsamında 15. madde gereğince sert çekirdekli olarak nitelendirilen haklardan olan işkence yasağının hiçbir koşul altında ve hiçbir gerekçeyle ihlal edilmesi hoş görülmemeyacaktır¹¹. Bu nedenle işkence yasağını düzenleyen bu maddenin, sözleşmenin "*çekirdeği*"ni oluşturan haklardan olduğu ve mutlak bir şekilde dokunulmaz nitelik taşıdığı, yani her türlü müdahalenin dışında kaldığı ifade edilmelidir¹². Herkes, vücut dokunulmazlığı üzerindeki haklara birey

⁵ DEMİRBAŞ, Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992, s.19

⁶ Kanunun ve Sözleşmenin Resmi Gazete'de yayım tarihi, 19.03.1954'tür. Sözleşme'nin onay belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiştir. Bu tarih Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarih olmaktadır. (<http://ihd.org.tr/index.php/makaleler-mainmenu-125/2170-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-ve-eki-protokollerde-yer-alan-haklar-ve-ozgurlukler.html> , Erişim Tarihi:18.02.2015)

⁷ Anlaşmanın orjinal metninde yasak, "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment" şeklinde ifade edilmiştir.

⁸ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.191

⁹ NAL, Sebahattin, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence*", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, Y. 2007, s.151

¹⁰ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rıfat Murat, s.134

¹¹ *Gâfgen/Almanya*, B.N.22978/05, T. 01.06.2010, p. 10, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 27.04.2015)

¹² KAPANİ, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1996, s. 23; BİLGİN, Pertev, "*Sert Çekirdekli Temel Haklar*", *İnsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul Büyükşehir

oluşu itibariyle sahip olup; bu haklar, bireylere ne bir anlaşma veya yasa gereğince, ne de bir devlet tarafından tanınmış değildir¹³. Bu nedenle ihlal edilmelerini haklı gösterecek hiçbir istisnai durum söz konusu değildir¹⁴. Bu durum, AİHS m. 15/2'de, olağanüstü hallerde sözleşmeden doğan yükümlülükleri askıya almaya ilişkin olan hükümde, "*..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 de açıklığa kavuşturulmuştur¹⁵. Sözleşmede işkencenin yanı sıra *insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza* da sayılmış, ancak bu kavramlardan hiç birinin ne tanımına, ne de bu kavramların uygulanmasına yönelik ölçütlere yer verilmiştir. Bu nedenle sözleşmede sayılan herhangi bir muameleye maruz bırakılmış olmak, AİHS m.3'ün ihlali anlamını taşıyacaktır. Zira 3. maddede bir arada güvence altına alınmış olmakla birlikte birbirinden farklı unsurlar taşıyan ve farklı niteliğe sahip üç kavram, birbiriyle bağlantılı olarak koruma altına alınmıştır¹⁶. Madde içinde mevcut olan bu üç farklı kavramın önemi, maddenin ihlal edildiğine karar verme noktasında değil, Mahkeme tarafından verilecek ihlal kararlarında hükmedilecek tazminat miktarının tayini bakımından ortaya çıkacaktır¹⁷. Şu halde 3. maddenin ihlali açısından yapılan muamele veya cezanın işkence mi yoksa insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele mi olduğunun bir önemi bulunmamaktadır.

Diğer yandan, AİHS ile İHEB'ne çok benzer bir yasak getirilmiş olmasına rağmen, AİHS'in sözleşme niteliği taşıması haricinde çok daha önemli olan yanı, sözleşme aracılığıyla bireylere tanınan hakların bireylere sağlanıp sağlanmadığının

Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayın No:1, İstanbul 1995, s.101 vd. ; ÖNOK, Murat, s. 161; DOĞAN, İlyas/AKIL, Abdülkadir, "*İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkencenin Soruşturulması*", İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: DOĞAN, İlyas, s. 47; ANAYURT, Ömer, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasası*" (AİHS'de İşkence ve Kötü Muamele), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: DOĞAN, İlyas, s. 215

¹³ NAL, Sebahattin, s.153

¹⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.134; REIDY, Aisling, İşkencenin Yasaklanması-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz/İnsan Hakları El Kitapları, No:6, Avrupa Konseyi 2002, s.20-21; REIDY, Aisling, İşkencenin Yasaklanması-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz/İnsan Hakları El Kitapları, No:6, Avrupa Konseyi 2002, s.198

¹⁵ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa/ ÖNOK, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.250; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s.191; ÖNOK, s.161; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 198

¹⁶ REIDY, s.10

¹⁷ 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.427

tespiti amacıyla bir denetim mekanizmasını da kurmuş olmasıdır¹⁸. Türkiye de 1987 yılında insan hakları bakımından oldukça önemli ve gerekli olan adımı atarak, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na kişisel başvuru yapılmasını kabul etmiş; bu tarihten itibaren Türkiye hakkında da ihlal iddiaları dolayısıyla Komisyona şikayette bulunulması mümkün hale gelmiştir¹⁹.

İşkenceye ilişkin bir diğer düzenleme de 16 Aralık 1966 tarihli, 220A (XXI) sayılı BM Genel Kurul Kararıyla kabul edilen ve imza, onay ve katılmaya açılarak, 49. madde uyarınca, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'de yer almaktadır²⁰. Bu sözleşmenin giriş kısmında ifade edildiği üzere, Birleşmiş Milletler Şartı'nda ilan edilen ilkeler çerçevesinde, tüm insanların doğuştan sahip oldukları onurun ve eşit, devredilmez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu göz önünde bulundurulmuş ve bu hakların, kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığını kabul ederek, sözleşme ile taraf devletlere sözleşmede tanınan haklara saygı gösterilmesi ve bunların geliştirilmesi için çaba gösterme sorumluluğu yüklenmiştir. Bu sorumluluklar çerçevesinde, sözleşmenin 7. maddesinde " *Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.*" şeklinde işkence yasağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme, AİHS m. 3 ile büyük ölçüde örtüşmekle birlikte, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 7. maddesinde kişilerin rızası olmaksızın tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması hali de işkence yasağı kapsamına alınmış ve böylece yasağın kapsamı genişletilmiştir²¹.

İşkence konusunda yapılmış oldukça yerinde tanımlardan biri de *Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri*'de yer almaktadır²². Bildirinin ilk maddesine göre "işkence, bir kamu görevlisi tarafından bizzat veya onun teşvikiyle bir kimseye, kendisinden bir itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi elde etmek, işlediği

¹⁸ DEMİRBAŞ, s.20

¹⁹ 21.04.1987 tarih ve 18438 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁰ 25142 sayı ve 18.06.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 4868 sy. Kanun uyarınca MvsHUS'nin onaylanmasına Bakanlar Kurulunca 07.07.2003 tarihinde karar verilmiştir.

²¹ DEMİRBAŞ, s.20

²² Bildiri, BM Genel Kurulu'nun 9.12.1975 tarihli ve 3452 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

veya işlediğinden kuşkulanan bir suçtan ötürü kendisini cezalandırmak, kendisinin veya başkalarının gözünü korkutmak gibi amaçlarla, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir.” Yine aynı maddede, işkencenin, zalimane insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezanın ağırlaştırılmış şekli olduğu da ifade edilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilen, Türkiye tarafından da 25 Ocak 1988 tarihinde imzalanan ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir itirazı kayıtlı onaylanan *İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*'nin 1. maddesinde sözleşmenin amaçlarına göre kabul edilen işkence kavramı tanımlanmıştır²³. Maddeye göre işkence, "bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetim 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 ıstırap 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. Sözleşmede işkenceye ek olarak, işkence kadar ağır olmayan, ancak insan onurunu zedeleyen diğer davranışlar da 16. maddede yasaklanmıştır. 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 ifade edilen işkence gibi değerlendirilecektir. Devletler, sözleşmenin "*diğer işkence biçimleri*" kavramıyla yasakladığı muameleler bakımından da işkence ile aynı yükümlülüklerini yerine getirmeyi taahhüt etmiş olacaktırlar. Sözleşmede, diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza fiilleri için *diğer işkence biçimleri* ifadesinin tercih

²³ 21.04.1988 tarih ve 3441 sayılı "İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" çıkarılmış ve kanunun 29.04.1988 tarih ve 19799 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla sözleşme onaylanmış ve onay belgesinin 02.08.1988 tarihinde BM Genel Sekreterliğine depo edilmesiyle, 01.09.1988 tarihinde Sözleşme Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

edilmiş olmasının sebebi, bu davranışların işkenceyle karşılaştırıldığında daha basit algılanmasının önüne geçmektir²⁴. Sözleşme, 16. maddeyle işkence kavramını daraltacak bir tavır sergilemediğini ortaya koymuştur²⁵. Diğer yandan yine aynı amaçla sözleşmede, bu fiiller için de işkenceye ilişkin olarak devletlere yükümlülük yükleyen maddelere atıfta bulunularak, diğer işkence biçimleri olarak adlandırılan bu muameleler bakımından da devletlere sorumluluk yüklenmiştir²⁶.

Konuya ilişkin düzenlemeye yer verilen bir diğer sözleşme de 26 Kasım 1987 tarihinde imza ve onaya açılan 23 maddelik *İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*'dir²⁷. Bu sözleşmenin başlangıç kısmında "*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*" denilmek suretiyle sözleşme, kötü muamele ve cezaları yasaklamakla kalmamış, aynı zamanda bir denetim mekanizması da kurmuştur²⁸. Yine aynı sözleşmenin 1. maddesiyle kurulması öngörülen *Avrupa Komitesi*, ziyaretler yaparak, hürriyetinden yoksun bırakılan kişilere yapılan muameleyi, eğer gerekli ise bu gibi kişilerin işkence ve gayriinsani ya da küçültücü ceza veya muameleden korunmalarının kuvvetlendirilmesi amacıyla meydana gelen ihlalleri inceleyecektir. Komite tarafından kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları her türlü yere düzenli olarak, dostane (*ad hoc*) ziyaretler düzenlenebilecektir. Bu ziyaretler esnasında komite, işkencenin önlenmesine yönelik önlem alınması hakkında tavsiyelerde bulunabilecektir. Daha açık bir ifadeyle komite, ihlal iddialarını soruşturmak ya da kovuşturmak için değil, bireylere sağlanan hakların gerçekleşmesi ve korunmalarının sağlanması amacını taşımaktadır²⁹. Bu sözleşmenin bölgesel bir sözleşme olmasıyla birlikte, İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nden farklı olarak konuya ilişkin tanımlara yer vermemiştir. Ancak, her iki sözleşmenin de caydırıcı

²⁴ ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s.426

²⁵ AKILLIOĞLU, Tekin, "*İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi*", İnsan Hakları Yıllığı, S.10-11/1, Y.1989,s.46 (http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/10bb86a706913f9_ek.pdf?dergi=%DDnsan%20Haklar%FD%20Y%FDI%FD%F0%FD), Erişim Tarihi:03.12.2014, 16.58)

²⁶ ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s.427

²⁷ Sözleşme, Türkiye tarafından 25.2.1988 tarih ve 3411 sayılı kanunla onaylanmış ve 27.2.1988 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁸ DEMİRBAŞ, s.22

²⁹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.203

niteliği oldukça fazladır. Zira sözleşmelere katılan devletler, koruma alanları içinde sözleşmenin ihlal edilmeyeceği hususunu uluslararası alanda taahhüt etmektedirler³⁰.

Görüldüğü gibi, işkencenin hukuki açıdan nasıl tanımlanması gerektiği ve işkencenin hangi unsurlardan oluştuğu konusunda, kabul görmüş ortak bir görüş yoktur³¹. Kaldı ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde, mahkemenin işkenceye ilişkin nitelendirmelerinin dahi geçen zamanla birlikte değişiklik gösterdiği görülmektedir. AİHM, 3. madde bakımından işkence nitelendirmesi yaparken “*dinamik yorum*” yöntemini tercih etmekte ve güncel koşullar ışığında değerlendirme yapmaktadır³². Örneğin, Türkiye'nin “*işkence*” dolayısıyla mahkum edildiği ilk dava olan 18.12.1996 tarihli Aksoy/Türkiye davasında³³ “*Filistin Askısı*” adı verilen uygulamanın işkence olarak nitelendirilebileceğine mahkemece karar verilmişken³⁴; 25.9.1997 tarihinde verilen Aydın/Türkiye kararında³⁵, özellikle mağdurun göz altındayken ırzına geçilmesi ve maruz bırakıldığı diğer muamelelerin tümünün ayrı ayrı *işkence* olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Görüleceği üzere, AİHM incelediği davalarda olayların özelliklerini, başvuranlarda meydana getirdiği zarar ve bıraktığı izleri, günün koşullarını ayrı ayrı değerlendirmek suretiyle başvuru konusu yapılan hareketleri 3. madde bakımından farklı nitelendirmelere tabi tutabilmektedir.

Anayasa m. 17/3'te de kişilerin vücut dokunulmazlığı anayasal koruma altına alınmıştır. Madde, “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” ifadesiyle her ne sebeple olursa olsun kişilerin işkenceye maruz bırakılmasını yasaklamıştır.

³⁰ DEMİRBAŞ, s.22

³¹ NUHOĞLU, Ayşe, “*İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*”, Prof. Dr. Sahir ERMAN'a Armağan, İstanbul 1999, s. 529; ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s.229; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 251; ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.263; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.129; BAŞBÜYÜK, İsa, “*Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel S., 2010, s. 1444-1445

³² ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s.430

³³ Aksoy/Türkiye, B.N.21987/93, T. 18.12.1996, p. 83, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 26.05.2015)

³⁴ ÖNOK, s. 174

³⁵ Aydın/Türkiye, B.N.23178/94, T. 25.9.1997, p. 83, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 26.05.2015)

Yukarıda açıklamış olduğumuz anayasal, ulusal ve uluslararası düzeyde hükümler aracılığıyla, işkencenin yasaklanması yoluyla esas olarak kişi dokunulmazlığı ve insan onurunun yani, kişinin bilinçli şekilde kendi geleceğini tayin etme, kendisini ve çevresini geliştirme ve biçimlendirebilme yetisinin korunmaya çalışıldığı; fakat kişi onurunun ise, değerler hiyerarşisi bakımından en üst değer olarak korumaya alındığı ifade edilmelidir³⁶.

2. Unsurları

a. 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 kişilerin vücut bütünlükleri ile kişi onuru koruma altına alınmıştır. Madde kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmasını yasaklamaktadır. Görüldüğü gibi madde, işkencenin yanında üç farklı davranış biçimini cezalandırmaktadır. Ancak AİHM içtihatlarında, işkence ile insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza birbirinden ayrı ele alınırken, bazı durumlarda da hiçbir ayırım yapılmaksızın doğrudan 3. madde ihlali dolayısıyla mahkumiyet kararı verilmektedir³⁷. Burada mahkemenin eylem hakkında yapacağı nitelendirme, AİHS m. 41 uyarınca hükmedilecek tazminatın miktarı ve mahkum edilen devletin itibarı bakımından önem taşımaktadır³⁸. AİHM'in meydana gelen bir muameleyi işkence olarak nitelendirmek ve dolayısıyla 3. maddenin ihlaline hükmetmek için gerçekleşmesini aradığı; kararlarında da belirttiği ve zaman zaman Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesine gönderme yapmaktadır. Anılan sözleşmede yer alan unsurlar şunlardır:

- Fiilin fiziksel veya ruhsal yönden acı vermesi,
- Eylemin kasten gerçekleştirilmiş olması,
- Eylemin cezalandırmak, bilgi veya itiraf elde etmek ya da gözdağı vermek amaçlarıyla işlenmiş olması,

³⁶ ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 936-937

³⁷ Mahkeme, 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, s. 17); NAL, s. 154

³⁸ DOĞRU, s. 17; NAL, s. 155

- Fiilin resmi sıfatı haiz kişilerce ya da böyle bir sıfatı haiz olmayan ancak bu sıfatı haiz kişilerin onayıyla yahut bilgisi dahilinde gerçekleştirilmiş olması³⁹.

Biz de bu sıralamaya uygun olarak işkencenin unsurlarını ayrıntılı olarak ele alacağız.

b. Şiddetli Fiziksel veya Ruhsal Yönden Acı Veren Bir Fiil

Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü 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 nitelendirilebilmesi için, mağdurda meydana getirdiği etkinin *ağır* olması beklenmektedir. Buna göre de AIHM gerçekleştirilen muamelenin *yoğunluğuna* ve *şiddetine* bakmak suretiyle işkence teşkil edip etmediğine karar vermektedir. AIHS m. 3'ün sağladığı korumadan yararlanılabilmesi için başvuruya konu olan eylemlerin “belirli bir ağırlıkta”, “belirli bir düzeyde” olması gerektiği AIHM'in yerleşik içtihatlarında da ifade edilmektedir⁴⁰. Dava konusu yapılan davranışın ağırlığın tespiti noktasında, olaya ilişkin tüm özellikler bir arada değerlendirilir. Davranışın niteliği, olayın gerçekleştiği ortam ve ortamın koşulları, eylemin süresi, mağdur üzerindeki fiziksel, zihinsel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı, fiziksel ve ruhsal özellikleri, işkence teşkil ettiği iddia edilen fiilin mağdur üzerinde devam eden etkileri vb. özellikler dikkate alınarak davranışın ağırlığı ve işkence teşkil edip etmediği, maddenin koruma alanına girip girmediği değerlendirilir. Çünkü bir fiil hukuka aykırı ise de, mağdura acı veriyor, ruhsal olarak etkilenmesine sebep oluyorsa da, belirli bir ağırlık düzeyinin üstüne çıkmıyorsa Mahkeme, 3. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle mahkumiyet kararı veremeyecektir⁴¹.

³⁹ ANAYURT, AIHM İçtihatlarında İşkence, s. 431; NAL, s.155-156

⁴⁰ *A. Ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B.N. 3455/05, T. 19.02.2009, p. 126, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:23.07.2015); *Taşan/Türkiye*, B.N. 63748/00, T. 04.03.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:23.07.2015); *Selmouni/Fransa*, B.N.25803/94, T. 28.07.1999, p.100, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015); *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978, p. 162, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:22.07.2015); *Tekin/Türkiye*, B.N. 52/1997/836/1042, T. 09.06.1998, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015); *Elçi ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 23145/93 ve 25091/94, T. 13.11.2003, p.633, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015); *Batu ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve 57834/00, T. 02.11.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015)

⁴¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 140; ANAYURT, AIHM İçtihatlarında İşkence, s.432

Bir davranışın işkence niteliği taşıyıp taşımadığı AİHM'e göre zamana ve olayın koşullarına göre değişiklik göstermektedir. Mahkeme bu durumu birçok kararında ele almıştır. Örneğin bu durumun ele alındığı ilk kararlardan olan *İrlanda/Birleşik Krallık*⁴² kararında Mahkeme, gözaltında tutulan kişilere önceden tasarlanmış olarak uygulanan *beş teknik*⁴³ adı verilen sorgulama metotlarının uygulanmasını işkence olarak değil, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirmiştir. AİHM, 1978 yılında verdiği bu kararda, işkence tespiti bakımından yapılacak değerlendirmenin olayın koşulları, mağdurun durumu ve muamelelerin mağdur üzerindeki etkileri göz önünde bulundurularak yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Mağdurların aşağılanmasına ve fiziksel olmasa da ruhsal açıdan acı çekmelerine dayanarak karar vermiş olduğu bu başvuru, günümüz koşullarında Mahkemenin önüne gitmiş olsaydı, sonuç muhtemelen davranışların "işkence" olarak nitelendirilmesi şeklinde olurdu.

Mahkeme daha eski başvurular bakımından işkenceye karşılık insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak kabul edilen eylemlerin, değişen koşullar, insan haklarının korunmasına verilen önemin git gide artması, temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplumlarda uygun bir şekilde sağlanması gerekliliği sebebiyle yeni baştan ele alınması gerektiğini *Selmouni/Fransa* kararında⁴⁴ da dile getirmiştir. Bu bağlamda AİHM, daha önceki kararlarında⁴⁵ insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak kabul ettiği davranışları, *Selmouni/Fransa* kararında işkence olarak nitelendirmiştir.

Bu durumu AİHM, *Batı ve Diğerleri/Türkiye* kararında "...özel bir kötü muamelenin işkence olarak nitelendirilmesi gerektiğine karar vermek için 3.

⁴² *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978, p. 162, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:22.07.2015)

⁴³ Beş teknik: 1-Duvar dibine dikme, 2-Başlık geçirme ve bunu sürekli başta tutma, 3-Yüksek tonda gürlüğü verme, 4-Uyutmama, 5-Yiyecek ve içecek vermeme şeklinde uzun süreli olarak mağdurlara uygulanan ve ifade almak amacıyla kullanılan yöntemleri ifade etmektedir. (*İrlanda/Birleşik Krallık*, p.96)

⁴⁴ *Selmouni/Fransa*, B.N.25803/94, T. 28.07.1999, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015)

⁴⁵ *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:22.07.2015); *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, T. 9.6.1998, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:22.07.2015); *Tomasi/France*, B.N. 12850/87, T. 27.08.1992; (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:23.07.2015)

maddenin bu kavram ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele arasındaki ayrımı göz önünde bulundurmak gerektiğini hatırlatmıştır. Bu ayrım, **büyük ve dayanılmaz acıların** tartışma konusu bazı insanlık dışı muamelelerin acımasızlığını belirtmek amacıyla AİHS’de yer almaktadır”⁴⁶ ifadeleriyle belirtmiştir. Bu kararında AİHM, başvuranların yaşının çoğunlukla genç ve mağdurlardan birisinin hamile olması, sağlık durumu tehlikede olanların bulunması, mağdurların durumuna ilişkin belirsizlik yaratılmış olması, yakınlarına dahi haber verilmeksizin gözaltı işleminin dokuz gün sürmesi ve gözaltında yoğun şiddete maruz bırakılmış olmaları nedeniyle, davaya konu olayda gerçekleştirilen eylemlerin işkence teşkil ettiğine ve 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme *Yaman/Türkiye* kararında da bilgi elde etmek amacıyla gözleri bağlanan, çıplak halde soğuk suya sokulan, tavana asılan, özellikle cinsel organlarına olmak üzere vücuduna elektrik verilen, hayaları sıkılan mağdurun maruz kaldığı “*bu kötü muamelelerin ancak işkence olarak tanımlanabilecek derecede ciddi ve acımasız bir muamele olduğu kanaatine varmıştır*”⁴⁷.

Elçi ve Diğerleri/Türkiye kararında da tüm bu hususlar ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Mahkeme başvuruculardan bir kısmı için aç bırakılmaları, gözleri bağlı biçimde soğuk ve karanlık ortamda kapalı tutulmalarını, maruz bırakıldıkları koşulların işkence olarak kabul edilebilecek ağırlığa ulaşmadığı ve manevi boyutunun daha ağır olduğu gerekçesiyle işkence olarak değil, insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmeleri gerektiğine; ancak bazı başvurucular bakımından da saldırıya ve tecavüze uğrama, çıplak kalacak şekilde soyulup dondurucu soğuk suyla ıslatılma gibi fiillerin fiziksel etkilerinin daha fazla olduğu ve işkence olarak kabul etmek için gerekli ağırlık düzeyine ulaştığı gerekçesiyle işkence olarak nitelendirilmeleri gerektiğine kanaat getirmiştir⁴⁸.

⁴⁶ *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve 57834/00, T. 02.11.2004, pr.120, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi:26.05.2015)

⁴⁷ *Abdilsamet Yaman/Türkiye* Kararı, B.N.32446/96, T. 02.11.2004, p.47, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi:26.05.2015)

⁴⁸ *Elçi ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 23145/93 ve 25091/94, T. 13.11.2003, p.641-647, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi:26.05.2015)

c. Eylemin Cezalandırmak, Bilgi veya İtiraf Elde Etmek ya da Gözdağı Vermek, Ayrımcılık Amaçlarına Yönelik Olarak Kasten Gerçekleştirilmesi

AİHS'in işkencenin tanımına veya unsurlarına ilişkin hiçbir ayrıma gitmemiş olması AİHM'i kararları aracılığıyla bir takım unsurlar tespit etme durumunda bırakmıştır. AİHM de kararlarında Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinde de öngörülmüş olan kriterler doğrultusunda işkence yasağının koruma alanının tespit edilmesi amacıyla yönelik olarak burada belirtmiş olduğumuz unsurları belirlemiştir. Bu kriterlere göre de işkencenin bir diğer unsuru mağduru veya üçüncü bir kişiyi cezalandırma, gözdağı verme, delil elde etme, itiraf veya bilgi alma amacıyla ya da ayrımcılığa ilişkin herhangi bir nedenle kasten işlenmesidir.

AİHM'in belirlediği kriterlere uygun olan yani işkence niteliği taşıyan davranışların kasten işlenmesi dışında başka bir ihtimal de mümkün görünmemektedir. Zira, genellikle işkence teşkil eder nitelikteki eylemler, komplike, tasarlanmış ve süregelen eylemlerdir ki bu da kasten gerçekleştirilmelerini gerektirmektedir. Mahkeme de birçok kararında bu durumu belirtmektedir⁴⁹.

Diğer yandan davranışların niteliğinin yanı sıra Sözleşme bağlamında eylemlerin özel bir amaç da 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 veya bilgi alma amacıyla ya da ayrımcılığa ilişkin herhangi bir nedenle yönelmektedir ve bu da tamamıyla failin bilinçli hareketleri doğrultusunda gerçekleşmektedir.

Mahkeme *Selmouni/Fransa* kararında, başvuruya konu olan davranışların asgari yoğunluk eşiğine ulaştığını, ancak bunun yanında bu davranışların kasten ve özel bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Başvuruya konu olan olayda da polis memurları, üst aramasında ve otel odasında yapılan

⁴⁹ *Selmouni/Fransa*, B.N.25803/94, T. 28.07.1999,28.07.1999, p. 91, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015); *Labita/İtalya*, B.N. 26772/95, T. 06.04.2000, p. 120, <http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:24.07.2015); *Gäfgen /Almanya*, B.N.22978/05, T. 01.06.2010, p. 101-105, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:24.07.2015)

aramada delil elde edilememiş olmasına rağmen, suçlu olduğuna inandıkları Bay Selmouni'den itiraf almak amacıyla fiziksel ve bedensel kötü muamelelerde bulunmuşlardır. Mahkeme başvuru bakımından bu koşulun da gerçekleştiğini ifade etmiştir⁵⁰.

Batı ve Diğerleri/Türkiye kararında da Mahkeme, başvuranlara bilinçli olarak, itirafta bulunmaları ve kendilerine soru yöneltilen olaylar hakkında bilgi vermelerini sağlamak amacıyla 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 edilebilmesi için aranan *kast* unsurunun var olduğunun kabul edilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir⁵¹.

Dikme/Türkiye kararında da Mahkeme, Metin Dikme'nin bilgi ve itiraf elde edilebileceğine yönelik bakış açısıyla meydana getirilen *kasıtlı* hareketlerle şiddete maruz bırakıldığını ifade etmiştir⁵².

d. Kamu Görevlisi Tarafından veya Onun Bilgisi ya da Onayı Dahilinde Gerçekleştirilmiş Olması

İşkence yasağının ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için meydana gelen olaylar bakımından aranan bir diğer unsur, failin kamu görevlisi sıfatını haiz olması ya da bu sıfatı haiz bir kimse değilse bu sıfatı haiz bir kişinin onayı yahut rızasıyla işkence niteliği taşıyan eylemlerin gerçekleştirilmiş olmasıdır. BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 1. maddesinde de bu unsur yer almaktadır. BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin suçun failine ilişkin ifadesini değerlendirdiğimiz takdirde, Sözleşmenin gerek AİHS m. 3 ile ve gerekse AİHM'in kararlarında açıklamış olduğu kriterlerle uyumakta olduğunu görüyoruz. Zira AİHS'de bu konuya ilişkin hiçbir sınırlama getirilmemiştir; BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nde de failin niteliklerine ilişkin alan oldukça geniş

⁵⁰ *Selmouni/Fransa*, B.N.25803/94, T. 28.07.1999,28.07.1999, p. 91-95, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015)

⁵¹ *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve 57834/00, T. 02.11.2004, p.117-122, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015); aynı yönde kararlar için bkz. *Dikme/Türkiye*, 11.07.2000; *Aktay/Türkiye*, B.N. 24351/94, T. 24.04.2003, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015)

⁵² *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000, p. 8, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015)

tutulmuştur. Öyle ki, kamu görevlilerince işkence niteliği taşıyan eylemlerin gerçekleştirilmesinin yanı sıra, kamu görevlilerinin teşviki ile yahut bilgisi dahilinde gerçekleştirilmesi halleri dahi işkence olarak kabul edilmiştir. Anlaşılacağı üzere kamu görevlilerinin onayının bulunması ya da işkenceyi teşvik etmesi halinde bile meydana gelen fiiller işkence olarak kabul edilecektir.

Eylemin kamu görevlilerince gerçekleştirilmesi gerekliliğine ilişkin olarak değinilmesi gereken bir diğer husus ise, AİHS bakımından eylemin, eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin görevi ile bir bağlantısının bulunmasının şart olmamasıdır. AİHS ve hatta BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi bakımından, işkence niteliği taşıyan eylemleri gerçekleştiren kimsenin kamu görevlisi olması yeterlidir; failin hareketinin görevi ile nedensel bir ilişki içinde olup olmaması işkence yasağı bakımından önem arz etmemektedir.

Burada AİHS ve TCK'nın birbirinden ayrıldığı da açık bir şekilde görülmektedir. Bir yanda işkence niteliği taşıyan ve bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen eylemin kamu görevlisinin görevi ile nedensel bir ilişki içerisinde olmasını arayan TCK m. 94; diğer yanda ise bireylere oldukça geniş bir koruma alanı sağlayan, gerek eylemin ve gerekse de failin niteliğine ilişkin hiçbir sınırlama öngörmeyen AİHS m. 3 arasında önemli derecede fark vardır. Diğer yandan da 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'ya nazaran suçun faili bakımından daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Ancak tüm bunlarla birlikte AİHM bakımından iç hukuktaki düzenlemeler önemli olmayıp, değerlendirmesini ülkelerin iç hukukundan bağımsız olarak yapmaktadır⁵³.

Kamu görevlisinin görevi ile gerçekleştirdiği eylem arasında nedensel bir ilişki olmasını, eylemlerin 3. maddeye aykırı olması bakımından koşul olarak aramayan AİHS, eylemlerin gerçekleştirildiği yer bakımından da herhangi bir sınırlandırma getirmemiştir. Şüphesiz ki AİHS m. 3'e göre, kamu görevlisi sıfatını haiz kimseler tarafından ya da onların gözetimi altında yahut teşvikiyle işkence teşkil eden fiiller gerçekleştirildiğinde bu eylemler de AİHS m.3'e aykırı olacaktır.

⁵³ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s. 446

Mahkeme de "kamu görevlisi tarafından işlenmiş olma" koşulunu kararlarında ifade etmiştir. *Selmouni/Fransa* kararında AİHM, asgari acı eşiğinin aşıldığını ve eylemlerin bir ya da daha fazla devlet memuru tarafından işlendiğinden bahisle Ahmed Selmouni'nin maruz bırakıldığı kötü muamelelerin işkence olduğuna kanaat getirmiştir⁵⁴.

Dikme/Türkiye kararında ise, Metin Dikme'nin polis memurları tarafından fiziksel ve psikolojik işkencenin çeşitli türlerine maruz bırakıldığını, devlet korumasında gözetiminde geçirmesi gereken süre boyunca kötü muamele gördüğünü ve haklarının ihlal edildiğini kabul eden AİHM, başvuruya konu olan olay bakımından işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁵

Batı ve Diğerleri/Türkiye kararında da AİHM, başvuruya konu olan kötü muamelelerin işkence teşkil ettiğini ifade etmiş, değerlendirmesinde de eylemlerin **devlet görevlilerince** işlenmiş olduğunu sıklıkla vurgulayarak, bu unsura dikkat çekmiştir. Zira, işkence teşkil eden eylemler mağdurlardan kendilerine yöneltilen olaylara ilişkin bilgi edinmek ve onlardan itiraf almak amacıyla yapılmıştır ve diğer yandan da bu eylemler "şiddetli" acı ve ızdırap da doğurduğundan olay bakımından işkence yasağının ihlal edildiği belirtilerek, 3. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle Türkiye'yi mahkum etmiştir⁵⁶.

AİHM kararları ve bu kararlarda sürekli gönderme yapılan BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi hükümleri dikkate alındığında, AİHS m. 3'ün koruma alanı belirlenebilmektedir. Buna göre, kamu görevlileri tarafından ya da onların teşviki yahut onayıyla, mağduru cezalandırmak, caydırmak, ondan itiraf ya da olaylara ilişkin bilgi almak kastıyla, mağdurda "şiddetli" acı ya da ızdırap meydana getiren fiillerin kamu görevlileri tarafından ya da onların gözetimi veya denetimi altında işlenmesi Sözleşme kapsamında "işkence" olarak kabul edilecektir. Kaldı ki, AİHS bağlamında işkence yalnızca kamu görevlilerinde işlenebilecek bir fiil olarak da öngörülmemiştir. Devletlerin koruma alanında ancak sivil kişilerce işkence

⁵⁴ *Selmouni/Fransa*, B.N.25803/94, T. 28.07.1999,28.07.1999, p. 92, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015)

⁵⁵ *Dikme/Türkiye*, 11.07.2000, p.69 (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015)

⁵⁶ *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve 57834/00, T. 02.11.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.05.2015)

uygulanması halinde de, pozitif yükümlülük gereğince sorumlulukları gündeme gelecektir. Ancak bu durumu 2. bölümde devletlerin AİHS'ten kaynaklanan yükümlülüklerini incelerken değerlendireceğimizden burada ayrıca değinmeyeceğiz.

B. TCK Bakımından İşkence Suçunun Tanımı

1. Türk Ceza Kanunu m. 94 İşkence Suçu Hakkında Genel Açıklama

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kısmını oluşturan “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığı altında yer alan 3. bölümünde “*İşkence ve Eziyet*” suçları düzenlenmiştir. İşkence suçunun basit halini düzenleyen 94. maddenin 1. fıkrasına göre “*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*”.

TCK m. 94, bir yandan uluslararası sözleşmeler ve özellikle AİHS m.3 ile yüklenmiş olduğumuz pozitif yükümlülük gereğince taahhütlerimizi yerine getirmemizi sağlarken, diğer yandan da Anayasa m. 17/3'te “*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*” başlığı altında “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*” ifadesi ile güvence altına alınan hakkın güvencesini ve diğer yandan yine Anayasa m. 38'de ifade edilen ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinde de belirtilmiş olan yasak sorgu yöntemlerine başvurulmasının da yaptırımını teşkil etmektedir⁵⁷. AİHS m. 3'te açıkça belirtilmemiş olan bu yükümlülük; kişilerin bu tür muamelelere maruz kalmasını engellemek ve bu tür durumları cezalandırmak amacıyla caydırıcı yasalar yapma ve işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü, AİHM içtihatlarında da açıkça ifade edilmektedir⁵⁸.

TCK m. 94'de düzenleme bulan ve vücut bütünlüğü ile kişi dokunulmazlığı hakkını güvence altına alarak, ihlal edilmesi halinde uygulanacak müeyyideleri

⁵⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 252; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.135-136; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.250; ETCK md.243, Anayasa md.17/3 ve m. 38/5 ile CMK md.135'in yaptırımını teşkil etmiş ve AİHS md.3 gereği taahhüt edilen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamıştır. Bu konuda bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, s.26; BAŞBÜYÜK, s.1446

⁵⁸ ÖNOK, s.163; REIDY, s.35-36; DOĞRU, s.2

düzenleyen “İşkence Suçu”, günlük dilde kullandığımız, geniş anlamda “acı, ızdırıp, eziyet, işkence” gibi ifadelerle kıyasla daha belirlidir ve günlük dildeki kullanımına nazaran daha dar bir alanı kapsamaktadır⁵⁹.

TCK m. 94’te düzenleme bulan işkence suçu, 765 sayılı TCK’da m. 243’te düzenlenmekteydi. 765 sayılı TCK’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”. TCK m. 94’ten farklı olarak 765 sayılı TCK 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. Burada ifade edildiği üzere yalnızca ceza muhakemesine ilişkin durumlarda, suçun söylenmesi amacıyla işkence uygulanması durumunda m. 243 uygulama bulabileceken; TCK m. 94’te ifade edilen geniş anlamda işkence suçunun kapsama alanına, ceza muhakemesinin yanı sıra, idari ve disiplin soruşturmaları esnasında uygulanan kötü muamele ve işkence olayları da dahil olacaktır⁶⁰.

a. Korunan Hukuksal Yarar

İşkence suçu ile tek bir hukuksal yararın korunması amacı güdülmemiştir⁶¹.

⁵⁹DEMİRBAŞ, s.5; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.250; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.264; KOCA/ÜZÜLMEZ Ceza Özel, s. 251

⁶⁰ DEMİRBAŞ, s.5-6; BAYRAKTAR, Köksal, “İşkence Suçu”, Zabunoğlu Armağanı, Ankara 2011, s. 149; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.264

⁶¹ ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s. 232; BAKIM, s. 86; Madde gerekçesinde de “İşkence suçu ile korunan hukuki değer, karma bir nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve omuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algulama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemnin 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 de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.” şeklinde bu durum ifade edilmiştir.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.251; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 264-265; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 252

Karma bir hukuki nitelik taşıyan işkence suçu ile koruma altına alınan hukuksal değerleri, insan onuru, kişi dokunulmazlığı ve adliye olarak ifade etmek mümkündür. Zira karşılaştırmalı hukukta da bu üç farklı değer işkence suçu aracılığı ile korunduğu ve işkence suçunun kapsamının da buna paralel olarak belirlendiği görülmektedir⁶².

İşkence suçu ile korunması amaçlanan esas hukuksal değer insan onuru ve kişi dokunulmazlığı olduğu şüphesizdir. Çünkü işkence niteliği taşıyan fiiller bir yandan bireylerin fiziksel ve ruhsal yönden acı duymasına neden olurken, bir yandan da vücut dokunulmazlıklarını ihlal eder niteliktedir⁶³. Suçun kanunda düzenlendiği yer, o suç bakımından korunan hukuki değer belirlenmesi bakımından oldukça önemli bir yol göstericidir⁶⁴. İşkence suçunun “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmesi de korunmak istenen esas hukuki değer kişi dokunulmazlığı olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Kaldı ki, 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 dokunulmazlığının ve hatta daha geniş bir yorumla yaşama hakkının dahi koruma altına aldığı ifade edilmelidir⁶⁵.

Ayrıca işkence suçu kapsamına giren fiillerin, kişilerin fiziksel bütünlüklerini ihlal eder nitelikte olmasının yanı sıra, ruhsal yönden de acı çekmesine ve kişi onurunun da zedelenmesine yol açtığı ifade edilmelidir. Daha açık bir şekilde ifade etmemiz gerekirse, işkence suçu ile korunması amaçlanan bir diğer ve aslında esas hukuksal değer de kişi onurudur⁶⁶. Zira, suçun vücut bulmasına neden olabilecek tüm seçimlik hareketlerin ortak özelliği “*insan onuru ile bağdaşmama*” olarak kanunda ifade edilmiştir⁶⁷. Öyle ki, *insan onurunu ihlal etme*, işkence suçu bakımından belirleyici kıstaslardan biri olmuştur⁶⁸.

⁶² BAŞBÜYÜK, s.1446; BAYRAKTAR, s. 152

⁶³ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010, s.204; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.251; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 264

⁶⁴ BAŞBÜYÜK, İsa, s.1146

⁶⁵ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.171

⁶⁶ ÖNOK, s. 349; BAKIM, s. 86; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 265; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.251; SOYASLAN, s.204

⁶⁷ ÖNOK, s.350,390; 5237 sy. TCK m.94'ün gerekçesinde, suçla korunan hukuki değer olarak insan onuru da ifade edilmiş, işkence teşkil edilen davranışların insan onuruna da saldırı niteliği taşıdığı konusuna açıklık getirilmiştir.

⁶⁸ ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s. 236; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 256

İşkence suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değer konusunda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, yargı düzeni ve kamu idaresinin yani adliyenin de bu değerler arasında olup olmadığıdır. 5237 sayılı TCK m. 94 ve 765 s. TCK m. 243 arasında farklılık arz eden diğer bir nokta da bu suçlar ile korunan hukuki değerler ve bunlara kanun koyucu tarafından verilen önceliktir. 765 s. TCK'da işkence suçu *devlet idaresine karşı işlenen suçlar* başlığı altında düzenlenmişken, 5237 s. TCK'da m. 94 *kişilere karşı suçlar* başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun sistematigi bakımından düzenlendikleri yerler farklı olsa da, her iki kanunda da düzenleme alanı bulan işkence suçu, hem bireylerin vücut bütünlükleri ve dokunulmazlıkları bakımından önem arz etmekte; hem de adaletin doğru bir şekilde tecelli etmesi amacını gütmektedir⁶⁹.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, gerek 5237 sayılı TCK'da ve gerekse 765 sayılı TCK'da düzenlenen işkence suçu ile tek bir hukuksal yararın korunması amacı güdülmemiştir⁷⁰. Karma bir hukuki nitelik taşıyan bu suç ile korunması amaçlanan hukuksal değerlerin, insan onuru, kişi dokunulmazlığı ve adliye olduğu söylenebilecektir.

5237 sayılı TCK bakımından adliyenin işkence suçu ile korunan hukuksal yararlar arasında olup olmadığı konusu da tartışmalıdır. Kamu görevlisinin görevi sebebiyle suç işlemesi nedeniyle devlet idaresinin, saygınlığının ve güvenilirliğinin zedelendiği ifade edilmektedir⁷¹. Diğer yandan, işkence suçunun işlenmesi bakımından 765 sayılı TCK'da olduğu gibi delil elde etme amacıyla işlenmiş olması şart kılınmamışsa da, işkenceye başvurulması halinde maddi gerçeğe ulaşma amacının sağlanamayacağı gerekçesiyle kamu idaresinin ve yargı düzeninin de korunan hukuksal değerler arasında olduğu görüşü savunulmaktadır⁷². TCK bakımından işkence suçunun, kamu görevlileri tarafından işlenebileceği ifade edildiğine ve genel kast suçun oluşması için yeterli olduğuna göre yani, adli amaçlarla delil elde etme amacıyla işkence teşkil eden fiillerin uygulanması

⁶⁹DEMİRBAŞ, s.28-29; NUHOĞLU, s. 552; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.252; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 264

⁷⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.251; ÖZBEK/ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 264-265

⁷¹ SOYASLAN, s.204

⁷² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 264; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.171

aranmadığına ve bunlara ek olarak idari soruşturmalar ve disiplin soruşturmaları bakımından meydana gelen olaylarda da vuku bulabilecek bir suç olduğuna göre, m. 94 bakımından adliyei korunan hukuksal değer olarak ifade etmek yerinde değildir⁷³. Bununla birlikte, 94. madde aracılığı ile korunması amaçlanan değerler arasında adliyenin de yer aldığını madde gerekçesindeki ifadelerden çıkarmak mümkündür⁷⁴. Zira, bu durum madde gerekçesinde de “ *Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemnin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulmuş işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bize göre de, işkence suçunun tesis edilmesi ile adliyenin, kamu idaresinin ve kamu yönetiminde disiplin sağlama amacının korunduğu yadsınamaz bir şekilde ortadadır.

Ancak, hem suçun düzenleniş biçimi ve hiçbir şarta bağlanmaksızın işlenebilecek olması ve diğer yandan *kişilere karşı suçlar* başlığı altında düzenleme bulması nedeniyle, işkence suçu ile korunmak istenen öncelikli yararın insan onuru ve kişi dokunulmazlığı olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira kanun

⁷³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.252

⁷⁴ BAKIM, s. 86; 765 sayılı TCK'da ise m. 243 “işkence suçu”, TCK'nın ikinci kitabının “Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler” başlıklı üçüncü kısmının, “Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılan Suimuameleler” başlığını taşıyan altıncı bölümünde düzenlenmişti. İşkence suçu ile korunan hukuki değer kişi dokunulmazlığı olduğu göz ardı edilemez bir gerçek olmakla birlikte, düzenlendiği yer bakımından özellikle 765 sayılı TCK'da m. 243 aracılığı ile korunması amaçlanan hukuksal değer olarak “Devletin İdaresi”nin tercih edildiği yadsınamayacaktır⁷⁴. Ancak burada bize göre de devletin idaresinden ziyade, 765 sayılı TCK ön tasarısında da, 243. maddenin düzenlenmesinin planlandığı gibi “Adliyeye Karşı Suçlar” başlığını taşıyan yedinci bölümünde yer alması daha yerinde olurdu. Çünkü işkence suçu ile asıl amaçlanan, işkence uygulanması sebebiyle yani yasak sorgu yöntemlerine başvurulması sebebiyle, adaletin gerçeğe aykırı bir şekilde tecelli etmesinin önüne geçmek ve maddi gerçeğe ulaşabilmektir ki, 765 sayılı TCK bakımından işkence suçu aracılığıyla korunmak istenen esas değer olarak devletin idaresinin değil, adliyenin kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. (DEMİRBAŞ, s.29; BAKIM, s. 89-92; BAYRAKTAR, s. 152; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 264; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.171)

koyucu da kişi bütünlüğü ve onuruna ilişkin değerleri daha ön plana çıkarmak ve koruma sağlamak amacıyla, suçun düzenlendiği yeri değiştirerek bu konudaki bakış açısını ortaya koymuş bulunmaktadır⁷⁵. Ancak buna rağmen yine de, ikinci derecede de olsa adliyenin ve kamu idaresinin güvenilirliğinin korunduğunu da söylemek yerinde olacaktır.

b. Maddi Unsur

İşkence suçu, seçimlik hareketli olarak işlenebileceği öngörülmüş bir suç tipidir. *“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar”* TCK m. 94’te suçun maddi unsuru olarak ifade edilmiştir. Buna göre madde gereğince suçun unsurları:

- Gerçekleştirilen davranışın insan onuruyla bağdaşmaması ve
- Gerçekleştirilen eylemlerin kişide bedensel veya ruhsal yönden acı meydana getirmesi, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açması yahut aşağılanmasına sebebiyet vermesidir.

Daha genel bir ifadeyle, kişilerin aşağılanmasına sebep olan, fiziksel ya da ruhsal olarak acı çekmelerine neden olan, şiddetli acı ya da eza doğuran davranışlar TCK bakımından işkence olarak kabul edilecektir⁷⁶. TCK’da da serbest hareketli bir suç tipi oluşturulmuştur. Buna göre, bu seçimlik hareketlerden bir ya da daha fazlasının gerçekleştirilmesi halinde işkence suçunun olduğu ifade edilecektir⁷⁷.

İşkence suçu bakımından hangi hareketlerin işkence olarak kabul edileceğinin sayılmasına gerek olmadığı gibi, buna imkan da yoktur⁷⁸. Çünkü suç tipinde öngörülen neticeleri doğurabilecek eylemler çok farklı görünüş biçimleri içerisinde ortaya çıkabilir; bunların tek tek sayılmak suretiyle suç tipinde gösterilmesi, suçun koruma alanının gereksiz yere daraltılması gibi olumsuz bir sonuç doğurabilecektir.

⁷⁵ BAŞBÜYÜK, s.1148

⁷⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.254

⁷⁷ BAŞBÜYÜK, s. 1452

⁷⁸ ÖNOK, s. 387; BAYRAKTAR, s. 151

Bu nedenle, gerçekleştirilen hareketlerin işkence suçu kapsamında olup olmadığının somut olay bakımından değerlendirilmesi daha doğru olacaktır⁷⁹.

Bununla birlikte, işkence teşkil eden eylemlerin icrai hareket niteliğinde olması zorunlu olmadığı gibi, doğrudan mağdurun bedenine yönelmesi de şart değildir. Hatta işkence suçunun icrai hareketlerle işlenmesi mümkün olduğu gibi ihmali hareketlerle de işlenmesi mümkündür; TCK m. 94/5'te de bu husus ifade edilmiştir⁸⁰. Görevi gereği garantör konumunda olan fail, gerçekleştirmesi gereken bir davranışı gerçekleştirmemek suretiyle, işkence suçunu işlemektedir⁸¹. Ancak bilindiği üzere, ihmali hareketle işlenen suçlar bakımından failin garantör konumunda bulunması gereklidir. İşkence suçu bakımından kimlerin garantör olarak nitelendirileceği üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu noktada özellikle neticeyi önleme imkanına sahip amir durumunda bulunan kişilerin garantör olarak kabul edilmesi mümkündür⁸². Burada üzerinde durulması gereken asıl konu, aralarında hiyerarşik fark bulunmayan kamu görevlilerinin neticeyi önleme bakımından sorumlu olup olmadıklarıdır; yani aynı derecede bulunanlar işkence suçu bakımından garantör olarak kabul edilecek midir? Hususi bir görev dairesini koruma, idare ya da bu görev dahilinde başka kimselerin yararlarına yönelen tehlikeleri önleme yükümlülüğü bulunan memurların, yetkileri dahilinde garantör olduğu ifade edilebilir⁸³. Her ne kadar kanun gerekçesinde "amir" konumunda bulunan kişilerin garantör konumunda olabileceği ifade edilmekteyse de, 2559 sayılı PVSK m.1'e göre herhangi bir kimse tarafından gerçekleştirilen işkence olarak nitelendirilebilecek eylemi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve bu görevini ihmal eden her kamu görevlisinin işkence suçuna yönelik ihmali dolayısıyla cezai sorumluluğa sahip

⁷⁹ Yunan Davasında komisyon, bedensel işkence yapılacağına ilişkin tehditleri, annesinin gözü önünde kızına tecavüz edilmesi, edileceğine dair tehditte bulunulması manevi işkence olarak nitelendirilmiştir.(TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.254); KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 255

⁸⁰ BAŞBÜYÜK, s.1452; "...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. 6.3.2014 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.01.2015)

⁸¹ TCK m. 94/5'in gerekçesinde "amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir." İfadesi yer almaktadır. Bu ifadeye göre, ihmal suretiyle işkence suçunu işleyen fail, suçun işlendiğinin bilincinde yahut hareketsiz kaldığı durumun işkence teşkil ettiğinin bilincindedir ve buna rağmen hareketsiz kalmaktadır. Buna göre, failin kusur düzeyinin en azından olası kast düzeyinde olması aranacaktır. Bkz. ÖNOK, s.384; BAŞBÜYÜK, s. 1452

⁸² ÖNOK, s.385; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.254;

⁸³ ÖNOK, s.385

olacağı ifade edilmektedir⁸⁴. Kısaca, işkenceyi önlemeye yönelik yükümlülüğü bulunan her kamu görevlisi, ister amiri tarafından, ister aynı/alt derecede bulunan bir kamu görevlisi tarafından yapılıyor olsun, işkenceyi önlemeye dair yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ihmali davranışla işkence suçunu işlediği gerekçesiyle TCK m. 94/5 gereğince sorumlu tutulacaktır.

İşkence suçunun doğrudan fiziki müdahalede bulunmaksızın da işlenebileceği kabul edilmektedir⁸⁵. Örneğin Yargıtay içtihatlarında: “yüksek sesle marş dinletmek....yekdiğerine yapılan işkenceyi seyrettirmek..”⁸⁶ “uyutmamak için geceleri sık sık soru sormak...yüksek sesle sürekli müzik dinletme...tuvalet ihtiyacını gidermeye engel olma...”⁸⁷ “...sıcakta su içmeyi önlemek, giyinik veya soyunukken su sıkıp seyretmek, tuvalet ihtiyacını gidermeye engel olmak...”⁸⁸ mağdurlar üzerinde fiziksel müdahale içermemelerine rağmen, meydana getirdikleri manevi acının büyüklüğü ve algılama ve irade yeteneği üzerinde gerçekleştirdikleri etki sebebiyle bu davranışları işkence olarak nitelendirmiştir ki bu tür davranışlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da “manevi işkence” olarak adlandırılmıştır⁸⁹.

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, işkencenin iki alt maddi unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, gerçekleştirilen davranışın insan onuruyla bağdaşmamasıdır. İşkence suçunun hareket unsuru belirlenirken her bir seçimlik hareket bakımından “*insan onuruyla bağdaşmama*” ortak özellik olarak sayılmıştır⁹⁰. Bu nedenle ilk olarak bu unsurun üzerinde durmamız daha yerinde olacaktır.

İnsan onuru kavramı, Anayasa Mahkemesinin 1966 tarihli bir kararında “...insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun surf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir

⁸⁴ ÖNOK, s.386; BAŞBÜYÜK, s. 1453; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 174; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.254-255

⁸⁵ ÖNOK, s. 386; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.254;

⁸⁶ Yar. 8. CD. 12.10.1998, 10667/12819, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.01.2015)

⁸⁷ Yar. 8. CD. 13.12.2012, 29994/38227, (www.kazanci.com , Erişim Tarihi: 29.01.2015)

⁸⁸ Yar. 8. CD. 06.11.2013, 13411/26551, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi: 29.01.2015)

⁸⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.254

⁹⁰ BAŞBÜYÜK, s. 1453; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 256

davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır."⁹¹ şeklinde ifade edilmiştir.

İnsan onuru, tüm insan haklarının temeli olan, mutlak dokunulmaz bir değerdir. Bireyin insan oluşu sebebiyle doğuştan sahip olduğu bu değere, devlet ya da başka otoriteler tarafından dokunulamaz ve hiçbir suretle sınırlandırılmaz⁹². Bunun daha açık bir şekilde ifade edilebilmesini sağlayacak olan tanımlama, Durig'in yapmış olduğu ve aslında *insan onuru* kavramı hakkında yapılmış en iyi tanımlama olan "*obje kriteri*" olacaktır⁹³. Bu kriter gere, "*insanın 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*"⁹⁴ halinde insan onurunun ihlal edildiği, bireye tanınmış olan o mutlak sınırın aşılmış olacağı ifade edilmektedir. Aslında burada ihlal durumu, kötü niyetli olarak yapılmış ihlallerle de sınırlandırılmamaktadır. Bu noktada bireyin süje niteliğini göz ardı ederek, obje konumuna getiren her hareket Durig'e göre ihlal olarak nitelendirilecektir; kişinin rızasına uygun olsa dahi bilimsel deneylere tabi tutmak, engizisyon yargılaması yapmak, kamu üstünlüğü ve yararı kaygısıyla bireyin savunma hakkını sınırlandırmak, obje kriteri kapsamında bireyin obje yerine koyulduğu durumlara örnek olarak gösterilebilir⁹⁵. İnsan onuruna müdahale ilkesinin ihlal edilip edilmediği somut olaylar bakımından obje kriteri, özgür irade, eşitlik ilkesi ve ölçülülük kriterleri üzerinden değerlendirilerek belirlenecektir⁹⁶.

O halde işkence suçunun vuku bulduğunun ifade edilebilmesi için, açıklamış olduğumuz şekilde insan onuruna aykırı hareketlerin kişi üzerinde bedensel veya ruhsal acı meydana getirmesi, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açması yahut aşağılanmasına sebebiyet vermesi gerekmektedir. Şimdi sırasıyla

⁹¹ AYM, 28.06.1966, E. 1963/132, K.1966/29
(<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bed-a586-4f2b970f58c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 03.06.2015)

⁹² ÖNOK, s. 350-351;

⁹³ ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 236

⁹⁴ ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir 1999, s. 69; ERDEM, s. 236; ÖNOK, s. 389; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.266

⁹⁵ ŞİMŞEK, s.69

⁹⁶ BAŞBÜYÜK, s. 1454

seçimlik hareket olarak nitelendirebileceğimiz bu kavramların nasıl anlaşılması gerektiğini değerlendireceğiz.

i. Kişi üzerinde bedensel veya ruhsal acı meydana getirme:

Acı kavramının "Herhangi bir dış etken dolayısıyla duyulan rahatsızlık, ızdırap"⁹⁷ şeklinde açıklandığı dikkate alındığında, kişi üzerinde maddi ya da manevi rahatsızlık uyandıran her türlü davranışın işkence suçunun vücut bulmasına neden olacağı anlaşılmaktadır.

Yargıtay, baş aşağı olmak üzere ayaklarından asma, cinsel organa tel bağlayarak elektrik akımına tutma, on üç gün boyunca gece gündüz coplama⁹⁸, elektrik akımı verme, basınçlı su sıkma, ıslak battaniyeye sarma, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlama, erkeklerin hayalarını sıkma, makattan cop sokma⁹⁹, 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 olma¹⁰⁰ gibi eylemlerin tümünü mağdurlar üzerinde acı ve ızdırap meydana getirdiği gerekçesiyle işkence olarak nitelendirmiştir.

Yargıtay içtihatlarında yer bulan örneklerden de gördüğümüz gibi, mağdurun vücut bütünlüğü üzerinde etki doğurmaya yönelik gerçekleştirilen her türlü muamele bu suç kapsamına girmektedir. Bununla birlikte doğrudan temas içermemekle birlikte vücutta acı veya rahatsızlık meydana getiren eylemler de bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Ancak, mağdurda meydana getirdikleri etki doğrultusunda bu tür davranışların aynı zamanda manevi acı doğurmaya yönelik davranış olarak değerlendirilmesi de söz konusu olabilecektir¹⁰¹.

Diğer yandan 94. maddede mağdurda meydana gelen acının fiziksel olabileceği gibi, manevi de olabileceği ifade edilmiştir. Manevi bütünlüğün zarar

⁹⁷ (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54bbdaa5cea0a8.91204279), Erişim Tarihi: 18.01.2015)

⁹⁸ Yar. CGK, 4.4.1983, 864/156, (www.kazanci.com), Erişim Tarihi, 11.12.2014)

⁹⁹ Yar. 8. CD, 12.10.1998, 10667/12819, (www.kazanci.com), Erişim Tarihi, 11.12.2014)

¹⁰⁰ Yar. 8. CD, 13.12.2012, 29994/38227, (www.kazanci.com), Erişim Tarihi, 11.12.2014)

¹⁰¹ ÖNOK, s. 392

görmesi ifadesiyle aktarılmak istenen, mağdurda zihinsel bir eksiklik ya da zarar meydana gelmesi değildir. Manevi bütünlük, ruhsal ve bedensel sağlığı kapsayan, fiziksel bütünlükten daha farklı bir kavramdır. Yani, kişinin ruhsal yönüyle bağlantılıdır. Buna göre, maddede fiziksel bütünlüğe zarar verilmesinin yanı sıra bir kimsenin küçük düşürülmesi yahut ruhsal olarak zarar görmesine neden olacak davranışların gerçekleştirilmesi yasaklanmıştır¹⁰²

Son olarak ifade edilmelidir ki, mağdurun fiziksel veya ruhsal bütünlüğüne yönelmiş olan hareketin mağdurda etki uyandırmamış olması ya da gereken ağırlığa ulaşmamış olması da TCK bakımından suçun oluşmasına engel teşkil etmeyecektir¹⁰³. Zira mağdura yöneltilen hareketin suçun oluşması bakımından acı doğurmaya elverişli nitelikte olması yeterlidir¹⁰⁴. Acının meydana gelmesi bakımından da sübjektif bir değerlendirme yapılmayacak, objektif koşullar altında değerlendirilecek olan davranış, acı doğurmaya elverişli ise işkence suçunun oluştuğundan söz edilebilecektir. Yani, meydana gelen olaylarda mağdurun dayanıklı olması ya da başkaca sebepler dolayısıyla meydana gelen acıyı hissetmiyor yahut algılamıyor oluşu, suçun vücut bulmasına engel olmayacaktır¹⁰⁵. Kaldı ki doktrinde de genel kabul gören görüşe göre, işkence suçu sonuçsuz bir salt hareket suçudur ve kanunda da öngörüldüğü şekliyle “*kişi üzerinde bedensel yahut ruhsal acıya yol açacak*” davranışların gerçekleşmesi, suçun oluştuğunun kabulü için yeterli görülecektir¹⁰⁶.

ii. Algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açma:

TCK 94. maddeye göre, işkence suçunun oluşmasına sebebiyet veren seçimlik hareketlerden bir diğeri de, *mağdurun algılama ve irade yeteneğinin*

¹⁰² ÖNOK, s. 393

¹⁰³ KATOĞLU, Tuğrul, “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı*”, Akademik Yaşamının 55. Yılında Rona Aybay’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı-2, Cilt, Aralık 2014, s.1465

¹⁰⁴ Ancak doktrinde kişide bedensel ya da ruhsal acı meydana gelmesine yahut algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine sebep olacak davranışlar bakımından neticenin meydana gelmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu yönde görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011, s.121

¹⁰⁵ ÖNOK, s. 392; BAŞBÜYÜK, s.1456; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 255; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.267; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 258

¹⁰⁶ ÖNOK, s. 392; BAŞBÜYÜK, s. 1456; KATOĞLU, s. 1465, 1466; Ancak doktrinde aksi görüş savunanlar da mevcuttur. Bu görüşe göre, “*İşkence suçu, hakaret, kişi üzerinde tıpkı kasten yaralamada olduğu gibi bedensel veya ruhsal acı doğurduğunda yahut algılama ve irade yeteneğini etkilediğinde neticeli suç, buna karşılık aşağılanmasına yol açtığında tıpkı hakaret gibi neticesiz bir suçtur.*” (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.121)

etkilenmesidir. Algılama, dış dünyaya ilişkin verilerin kişi tarafından anlaşılması anlamına gelmektedir. Algılama yeteneği ile de duyu organları arasında sıkı bir ilişki vardır; algılama, beş duyu organı aracılığıyla alınan uyarıların, sinir sistemi aracılığıyla elde edilen uyarıların, sinir sistemi ile beyne aktarılmasıdır. Bu nedenle de ne kadar kaliteli olduğu, duyu organlarının fonksiyonlarına bağlıdır¹⁰⁷. Bu kapsamda kişinin duyu organlarının fonksiyonlarını etkileyecek ve dış ortamdan alacağı verileri algılamasını etkilemeye veya engellemeye yönelik davranışlar¹⁰⁸, işkence suçunun oluşması bakımından elverişli olacaktır; yani algılama yeteneğini negatif olarak etkileyen her tür davranış bu kapsamda değerlendirilecektir¹⁰⁹. Yargıtay da kararlarında¹¹⁰ mağdurun algılama yeteneğini bozacağından hareketle, bu tür davranışları işkence olarak nitelendirmektedir.

Algılama yeteneğinin etkilenmesinin yanı sıra, irade yeteneğinin etkilenmiş olması durumunda da TCK m. 94'e göre işkence suçunun oluştuğu ifade edilecektir. İrade, *"bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücü, istenç"*¹¹¹ anlamına gelmektedir. İrade yeteneği ise, davranışlarını iradi biçimde yönlendirebilme anlamına gelmektedir. O halde, kişilerin algıladıkları olaylar doğrultusunda karar almasına ve hareket etmesine engel olan davranışlar da işkence suçunun vücut bulması için gerçekleşmesi aranan seçimlik hareketler arasında kabul edilebilecektir¹¹².

TCK m. 94'te öngörülen bu seçimlik hareket ile mağdurun dışardan gelecek etkilere karşı korunması amaçlanmaktadır. Sonuç olarak, dışarıdan gelen ve

¹⁰⁷ DEMİRBAŞ, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması (İfade), DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1996, s.172

¹⁰⁸ DEMİRBAŞ, İfade, s. 172

¹⁰⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.267; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 256; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 257; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 175

¹¹⁰ Yargıtay kararında, mağduru uyutmamak için geceleri sık sık soru sorma, yüksek sesle sürekli müzik dinletme, soğukta soyup betona yatırma, sıcakta su içmeyi önleme, tuvalet ihtiyacını gidermeye engel olma gibi belli bir süreç halinde ve sistematik olarak gerçekleştirilen hareketlerin ayakta tutarak ve uyutmayarak iradelerini zayıflatmak suretiyle düzenli yemek verilmeyerek aç bırakma, asgari koşullara sahip olmayan tuvaleti taşımış pis kokulu nezarethanelerde tutma, hipnoz yöntemiyle iradelerini etki altına almaya çalışma gibi davranışların işkence suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir. (Yar. 8. CD, 29994/38227, www.kazanci.com, Erişim Tarihi, 11.12.2014)

¹¹¹ (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54c103b2b734c4.03165904, Erişim Tarihi, 18.12.2014)

¹¹² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.268; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 256; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 257; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 175

mağdurun algılama ve irade yeteneğine etki edecek her tür davranış bu suçun vuku bulmasına sebep olacaktır.

iii. Mağdurun aşağılanmasına sebep olma:

Aşağılanmak, aşağı bir duruma düşürülmek; yani niteliğin düşürülmesi anlamına gelmektedir. Ancak bu “aşağı duruma düşürülme”nin kişinin şeref ve onuruna yönelik olması halinde işkence suçunun oluştuğu ifade edilebilecektir¹¹³. Başka bir deyişle, mağdurun başka kişiler karşısında utanmasına, aciz ve değersiz olarak hissetmesine yol açan, onurunu zedeleyen muameleler bu kapsamda değerlendirilecektir¹¹⁴. Örneğin, mağdurların soyularak vücutlarına soğuk su dökülmesi, makatlarına cop sokulması, sürekli hakaret edilmesi gibi davranışlar; “bireyin aşağılanmasına yol açacak hareket” kapsamında değerlendirilebilecektir¹¹⁵.

Meydana gelen olaylar bakımından davranışın aşağılayıcı olup olmadığına dair yapılacak değerlendirme yine objektif ölçütler üzerinden yürütülmelidir¹¹⁶. Bu yolla, sübjektif olarak yapılacak değerlendirme sonucunda benzer muamelelerin farklı mağdurlar üzerinde farklı duygular uyandırması ve farklı şekilde etkilemesi sebebiyle adil olmayan cezalara hükmedilmesinin önüne geçilmesi de sağlanacaktır. Başka bir ifadeyle, bu şekilde işkence niteliği taşıyan birçok davranışın başka suçlar çerçevesinde cezalandırılmasının ve hatta cezasız kalmasının önüne geçilmesi sağlanacaktır¹¹⁷.

¹¹³ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Özel, s.268; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 175; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, S.256; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 257

¹¹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, S.256;KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s.257

¹¹⁵ Örneğin; “...öldürme kastı ile olmayan copla dövme, karın ve başa yumrukla vurma, baş aşağı olmak üzere ayaklarından asma cinsel organa tel bağlayarak elektrik akımına tutma, tuz ve un karışımı bulamacı zorla yedirme..” (YCGK. E. 1976/8-100 K. 1976/133 T. 22.3.1976, www.kazanci.com , Erişim Tarihi:11.12.14); “...her iki katılana suçlarını söyletmek amacıyla çırılçıplak soyup, elektrik verip. testislerini sıkıp etkili eylemde buldukları...” (YCGK. E. 2002/8-191 K. 2002/362 T. 15.10.2002, www.kazanci.com , Erişim Tarihi:11.12.14); “...kendilerine ve ailelerine yönelik tehdit ve hakaret sözlerine maruz bırakıldıkları, asgari koşullara sahip olmayan tuvaleti taşımış pis kokulu nezarethanelerde tutuldukları...” (Yar. 8. CD. 29994/38227, T. 13.12.2012, www.kazanci.com , Erişim Tarihi:11.12.14); “...hakaret, tehdit, göz bağlamak, yüksek volümlü marş dinletmek, çırılçıplak soymak, elektrik akımı vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak, erkeklerin hayalarını sıkamak, kızlara cinsel taciz, makatlarından cop sokmak, fiziki cebir ve yek diğerine yapılan işkenceyi seyrettirmek...” (YCGK. E.1999/8-109 K. 1999/164 T. 15.6.1999, www.kazanci.com , Erişim Tarihi, 11.12.2014)

¹¹⁶ ÖNOK, s. 398; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.268

¹¹⁷ KATOĞLU, s. 1475

c. Manevi Unsur

765 sayılı TCK'nın aksine, 5237 sayılı TCK'da işkence suçunun özel kastla işlenmesine ilişkin bir koşul yer almamakta olup, suçun oluşması bakımından genel kastın bulunması yeterlidir¹¹⁸. Eski 243. maddede kanunun aradığı özel kast, kamu görevlisinin herhangi bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, müdafinin ve tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek veya tanıklık etmesini sağlamak ya da diğer sebeplerle işkence ya da benzeri kötü muamelelerde bulunmasıydı¹¹⁹. Buna karşın 5237 sayılı TCK m. 94'te ise kasta ilişkin hiçbir ayrıma gidilmemiş; suç bakımından genel kastın bulunması yeterli kabul edilmiştir.

Neticeye yönelik kastın varlığının kabul edilebilmesi için failin tipiklikte yer alan unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekmektedir. Fail, gerçekleştirdiği hareketin ve bu hareketin meydana getireceği sonuçların anlamını biliyor olmalıdır. O halde, gerçekleştirdiği hareketlerin mağduru aşağıladığını yahut insan onuruna aykırı nitelikte olduğunu bilincinde olmayan fail bakımından durum ne olacaktır, bu koşullarda işkence suçunun işlenmesine yönelik kastın varlığından söz edilebilecek midir? Bu sorunun yanıtı, genel kurallar gereğince, gerçekleştirdiği hareketin neticelerini bilmeyen ve istemeyen fail bakımından olumsuz olmalıdır; gerçekleştirdiği fiilin mağduru aşağılayacağını ya da insan onuruna aykırı olacağını bilincinde olmayan failin kasten hareket ettiğinden söz edilemeyecektir. Ancak, işkence suçu niteliği gereği diğer suç tiplerinden farklıdır. Her ne kadar bu suç tipi bakımından "sistemik olma" esaslı bir unsur niteliği taşıyorsa da, işkence suçunun genellikle sistemik hareketler vasıtasıyla işlendiği de bilinmektedir. 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 bakımından koşulları iyileştirecek şekilde değiştirmiyorsa, bize göre artık işkence

¹¹⁸ÖNOK, s. 469; BAKIM, s. 165; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Özel, s.274; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 180; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, S.263; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 259

¹¹⁹ BAKIM, s. 165; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Özel, s.274; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, S.263; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 259; Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, 243. Maddede failde aranan saiklerin sayılmasının ardından, "veya diğer herhangi bir sebeple" suçun işlenmesinin mümkün olduğunun da ifade edilmesi, aslına kanun koyucunun mağduru daha fazla koruyabilmek amacıyla, failin saikine ilişkin özellikleri olabildiğince geniş tutma çabası sebebiyledir. (ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 181);

suçu bakımından kastın var olduğundan söz etmek gerekecektir.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, işkence suçunun oluşabilmesi için doğrudan kastın yanı sıra, olası kastla (TCK m. 21/2) hareket edilmesi de suçun oluşması için yeterli olduğu kabul edilmelidir. Failin, hareketlerinin mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine ya da algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açacağını öngörmesine rağmen, meydana gelebilecek neticeleri önemsememesi ve hareketleri icra etmesi, bunun sonucunda da olası neticelerin meydana gelmesi halinde olası kastla işkence suçunun oluştuğunu kabul etmek mümkün olacaktır¹²⁰.

d. Fail

İşkence suçuna ilişkin olarak ifade edilmesi gereken bir diğer husus, faili bakımından gerçek özgü suç niteliği taşımasıdır¹²¹. İşkence suçunun faili yalnızca kamu görevlileri olabilecektir. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, TCK'ya göre işkence suçunun failinin ifade alma ve kişileri sorguya çekme hususunda yetkili olması da gerekli değildir¹²². Kamu görevlisinin bu suçu görevi sebebiyle, yani kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlemiş olması gerekmektedir¹²³. Buna göre, kamu görevlisinin görevi ile gerçekleştirdiği hareket arasında nedensel bir bağın mevcudiyeti aranmaktadır¹²⁴. Eğer failin görevi ile meydana gelen ve işkence teşkil edebilecek fiiller arasında nedensel bir ilişki mevcut değilse, yerine göre eziyet yahut başka suçlar gündeme gelecektir¹²⁵.

5237 sayılı kanun ile 765 sayılı kanunu karşılaştırdığımız zaman görülmektedir ki, TCK m. 94 ile birlikte, suçun faili olabilecek kişiler bakımından

¹²⁰ ÖNOK, s. 470; BAKIM, s. 167

¹²¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.252; SOYASLAN, s.205; ÖNOK, s. 360; ÖZBEK /KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 265; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, S.177

¹²² DEMİRBAŞ, s. 30; ÖZBEK /KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 265; TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.252

¹²³ Madde gerekçesinde bu husus "Bu suçun faili kamu görevlisi olabilir. İşkence görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmektedir." İfadesiyle belirtilmiştir.

¹²⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.253; SOYASLAN, s.204 (Eğer kamu görevlisinin işlemiş olduğu fiil, görev ile bağlantılı değil ise eziyet suçunu oluşturacaktır.); KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 253

¹²⁵ ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s. 232; ÖNOK, Murat, s.373; BAKIM, s. 97; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 253

maddenin kapsamı 765 sayılı TCK m. 243'e göre oldukça genişletilmiştir¹²⁶. Zira TCK m. 6/1-c'ye göre "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" anlaşılmaktadır ve görevinin sağladığı nüfuz suretiyle bu suçu işleyen her kamu görevlisi işkence suçunun faili olabilecektir¹²⁷. 765 sayılı TCK m. 243'te ise "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 ..." suçun faili olan kişilerin işkence suçundan dolayı cezalandırılacağı ifade edilmekteydi. Görüldüğü gibi, 765 sayılı TCK'da, işkence suçunun faili olabilecek kişiler oldukça sınırlıydı¹²⁸ ve m. 243 bakımından ifade alma, sorgu yapma konusunda yetkili kişiler suçun faili olabilmekteydi. Diğer yandan bu kişilerin belirli bir soruşturma veya kovuşturma bakımından yetkili olması da aranmayıp görevleri sebebiyle bu yetkileri haiz olmaları yeterli görülmekteydi¹²⁹.

¹²⁶ DEMİRBAŞ, s.30; BAŞBÜYÜK, s.1449; ÖNOK, s.375; DÖNMEZ, Burcu, "Türk Ceza Kanunu'nda 'Kamu Görevlisi' Kavramı, TBB Dergisi, Y.2011, S.94, s. 114

¹²⁷ ÖNOK, s.360 vd. ; DEMİRBAŞ, s. 30; Alman Ceza Kanunu'nda işkence suçuna karşılık gelen ifade vermeye zorlama suçunun faili olabilecek kişilerin çok daha sınırlı olduğuna ve 5237 sayılı TCK'da işkence suçunun faili olabilecek kişilerin gereğinden fazla genişletildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 265; 5237 sayılı TCK m. 6/1-c bakımından 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, suçun failinin kapsamı oldukça genişletilmiştir. Altıncı maddede yapılan kamu görevlisi tanımı ile birlikte her kamu görevlisi bu suçun faili olabilecektir; hatta ve hatta öğrenciyi dolaba kilitleyen okul müdürü, Çocuk Esirgeme Kurumunda çocuklar üzerinde sigara söndüren çocuk bakıcısı dahi işkence suçunun faili olarak değerlendirilebilecektir. (BAŞBÜYÜK, s. 1449); 5237 s. TCK, 765 s. TCK'ya kıyasla doğrudan m. 94 aracılığı ile işkence suçu bakımından fail olabilecek kamu görevlilerinin alanını genişlettiği ve suçun icra edilen görev ile bağlantısı olması gerekliliğini kaldırdığı gibi, 6. Maddede yapılan kamu görevlisi tanımını da 765 s. TCK'ya göre oldukça geniş bir kapsam yaratacak şekilde genişletmiştir. Hatta bu madde ile düzenlenen kamu görevlisi kavramı, Devlet Memurları Kanunu'ndaki "memur" kavramından dahi daha geniş bir alanı kapsamına almaktadır. Bu düzenleme ile birlikte yalnız "atama, seçilme ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak kamu faaliyetinin yürütülmesine katılma" koşulu kamu görevlisi sayılmak için yeterli görüldüğünden din hizmetlileri ya da genel hizmetler sınıfında görev alan kimseler dahi kamu görevlisi olarak kabul edileceklerdir. (DÖNMEZ, s. 117)

¹²⁸ Buna karşılık, BM. Sözleşmesi m.1, faili "bir kamu görevlisinin veya bu sıfatıyla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya onayıyla" fiili işleyen kimse şeklinde TCK m.243'e göre, daha geniş belirtmiştir. Daha önce belirttiğimiz gibi, söz konusu BM. Sözleşmesi bir iç hukuk kuralı haline gelerek TCK m.243'ü zımnen tadil ettiğinden, faili sözleşme hükümlerine göre anlamak gerekir.(DEMİRBAŞ, s.30) Görüldüğü üzere, 765 s. kanun döneminde, işkence suçunun faili, uluslararası sözleşmeler gereği sağlanması gereken koruma alanını tam anlamıyla sağlayamamıştır, bu sorun 5237 sayılı TCK aracılığı ile giderilmiştir. ; ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.78

¹²⁹ DEMİRBAŞ, s.30

Ancak 5237 sayılı TCK bakımından bu koşulların hiçbiri aranmamış olup, failin kamu görevlisi olması yeterli görülmektedir.

Ne var ki, TCK m. 94 bakımından herhangi bir kamu görevlisinin işkence suçunun faili olabilmesi, maddenin amacına hizmet etmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³⁰. 765 sayılı TCK'da düzenlendiği haliyle işkence suçunun, suçun düzenlenme amacına çok daha uygun olduğunu savunan bir görüşe göre; işkence suçu, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi amacıyla düzenlenmiş olmasına rağmen¹³¹, TCK m. 94'te fail bakımından düzenlemenin amacını aşar şekilde oldukça geniş bir alan belirlenmiştir¹³². Her ne kadar bazı yazarlarca bu sorunun, yalnızca işkence suçuyla bağlantılı görevleri icra eden kamu görevlilerinin bu suçun faili olabileceği şeklinde bir yorum yönteminin benimsenmesi yoluyla aşılabileceği ifade ediliyorsa da¹³³, bize göre, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, benimsenecek bu yorum yöntemi ile birlikte oldukça önemli iki sorun gündeme gelebilecektir: Bunlardan ilki maddenin uygulanmasına ilişkindir; ceza muhakemesi aşamasında işkence suçuyla ilgili görev ve yetkilerin tespiti güç olacağından maddenin kapsamı da oldukça belirsiz hale gelecektir.

Bir diğer sorun ise bu şekilde benimsenecek bir yorum yönteminin, maddenin koruma alanının daralmasına sebep olacak olmasıdır. Suçun kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere suçla korunan öncelikli hukuksal değer kişi dokunulmazlığı olmasından kaynaklanmaktadır. 5237 sayılı TCK ile işkence suçunun koruma altına aldığı hukuksal değer değiştirilmiş ve kişi dokunulmazlığına adliye ve kamu idaresi karşısında öncelik tanınmışken, ifade ettiğimiz şekilde bir yorum yönteminin benimsenmesi, değişen TCK kapsamında m. 94 aracılığı ile koruma sağlanmak istenen esas değer korunamaması, maddenin koruma alanının daraltılması sonucunu doğuracaktır.

¹³⁰ ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s. 232; BAKIM, s. 97; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 265; BAŞBÜYÜK, s.1148-1450;

¹³¹ ÜZÜLMEZ, s.78

¹³² ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s. 232; ÖZBEK /KANBUR/DOĞAN /BACAKSIZ/TEPE, s. 265; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 253; ÖNOK, s.360 vd. ; BAŞBÜYÜK, s.1149

¹³³ BAŞBÜYÜK, s.1150; ÖZBEK /KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 266

Bu problemler dolayısıyla bize göre, maddenin ifadesi doğrultusunda, tüm kamu görevlilerince suçun işlenmesi mümkün kabul edilmeli ve bu yönde bir değerlendirme yapılmalıdır. Ancak maddede yaratılmış olan bu belirsizlik ve oldukça geniş koruma alanı işkencenin etkili biçimde cezalandırılmasına da engel olmaktadır. Bu nedenle, maddedeki işkence tanımının daha belirgin hale getirilmesi, AİHM nezdinde usuli yükümlülüğün yerine bakımından da yerinde olacaktır. Her ne kadar AİHM'in yapacağı değerlendirmede önemli taşıyan husus *kamu görevlilerince işlenen* işkence suçunun cezalandırılması değil, genel anlamda işkence ve kötü muamele olaylarının önüne geçilmesi ve cezalandırılması olsa da, mevcut 94. maddenin iyileştirilmesi ve hükümdeki belirsizliklerin giderilmesi, AİHS m. 3'ten kaynaklanan usuli yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından oldukça önem taşımaktadır.

e. Mağdur

765 sayılı TCK fail bakımında özgü suç olma niteliği taşıyan bir işkence suçu düzenlediği gibi mağdur bakımından da benzer bir durum yaratmaktaydı¹³⁴. 243. maddenin değişikliğe uğramamış ilk haline göre "*sanık*" sıfatını taşıyan kişileri suç bakımından mağdur olarak kabul etmekteydi. 26.8.1999 tarihli ve 4449 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte *sanık* yanında *mağdur*, *şahsi davacı*, *katılan* ve *tanık* da 243. madde bakımından mağdur olarak kabul edilmeye başlanmıştı¹³⁵. Maddenin değişiklikten önceki ifadesinde "*maznun*" deyimini tercih edildiğinden uygulama ve doktrinde maddeyi genişletmek suretiyle şüphelilerinde madde bakımından mağdur olabileceği sonucuna ulaşılmaktaydı¹³⁶; bu nedenle 1999 sonrasında yapılan değişikliklerle bu yoruma uygun bir düzenleme yapılmış olması da yerinde olmuştur. Ancak 4449 sayılı kanununla yapılan bu değişiklik, ceza muhakemesinde rol alan bilirkişi, tercüman ve avukat gibi diğer kişileri de işkence suçunun mağduru olarak koruma alanına dahil etmediği için eleştirilmiştir¹³⁷.

765 sayılı TCK'ya karşılık, 5237 sayılı TCK'ya göre herkes işkence suçunun mağduru olabilecektir¹³⁸. Madde 94'te mağdura ilişkin hiçbir ayrıma gidilmeksizin

¹³⁴ DEMİRBAŞ, s.32-33; ÖNOK, s. 376

¹³⁵ ÜZÜLMEZ, İşkence, s.85; ÖNOK, s. 376

¹³⁶ DEMİRBAŞ, s.33; ÖNOK, s. 376

¹³⁷ ÜZÜLMEZ, s.85; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184

¹³⁸ ÖNOK, s. 376

“bir kişiye karşı” işlenebileceği ifadesinin kullanılması da bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bu noktada, 5237 s. TCK, 765 s. TCK’dan farklı olarak, faile ilişkin sınırlamayı kaldırdığı gibi, mağdura ilişkin *sanık, mağdur, şahsi davacı müdahil yahut tanık* olma koşulunu da kaldırmıştır. Ancak mağdur kavramının bu denli geniş tutulması çok da yerinde olmamıştır; eski düzenlemedeki şekliyle mağdurun faile kamu görevi sebebiyle bir ilişki içerisinde olmasının aranması işkence suçunun düzenlenme amacına daha uygundu. Doktrinde de mevcut TCK m. 94 bakımından benzer yönde bir sınırlamanın getirilmesinin daha yerinde olacağına ilişkin görüşler mevcuttur¹³⁹. Ancak hükmün bu hali çok daha geniş bir koruma alanı oluşturduğundan ve suçla korunmak istenen esas değer de adliye ya da kamu düzeni değil kişi dokunulmazlığı olduğundan, bize göre bu haliyle m. 94 daha yerinde bir düzenlemedir.

TCK’da madde 94 anlamında mağdurun herkes olabileceği ifade edilmekle birlikte, maddenin 2. fıkrasında belirli kimselerin suçun mağduru olması halinde, suçun nitelikli halinin oluşacağı belirtilmiştir. 94/2. maddenin a ve b bendinde bu kişiler ifade edilmiştir; maddeye göre suçun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına yahut avukata karşı veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde faile verilecek ceza artmaktadır.

f. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

i. Teşebbüs

İşkence suçuna teşebbüs konusu, suç tipindeki kavramların ve suçun unsurlarının oldukça belirsiz olması dolayısıyla oldukça karmaşık ve çok farklı görüşü bir arada barındıran bir konudur.

Konuya ilişkin doktrinde üç farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre, işkence suçu netice suçu olduğu için her durumda işkence suçuna teşebbüs mümkündür¹⁴⁰. Konuya ilişkin bir diğer görüşü savunan yazarlara göre ise

¹³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 253; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.266

¹⁴⁰ Doktrinde işkence suçuna ayrıma gitmeksizin teşebbüsün mümkün olduğunu ifade eden bu görüşe göre, neticeye yönelik elverişli hareketlerin icrasına başlanması ancak elde olmayan sebeplerle yarıda kalması halinde teşebbüsten söz etmek gerekecektir. (ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 274; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184;

m. 94 kesinlikle teşebbüse imkan vermeyen bir hükümdür¹⁴¹. Zira suçun gerçekleşebilmesi için neticeye yönelik hareketlerin belirli bir ağırlığa ulaşmış ve insan onuruna aykırı olması gereklidir ki, davranışların bu ağırlığa ulaşması halinde de suçun tamamlanmış olduğunu kabul etmek gerekecektir. Nihayet konuya ilişkin son görüşe göre ise, işkence suçuna teşebbüs konusunda suçun maddi unsurlarını ayrı ayrı ele almak ve meydana gelen olayın koşullarına göre değerlendirmek ve bu suretle bir sonuca varmak gereklidir¹⁴². Zira, meydana gelen olayların bir kısmı bakımından suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkün olacakken, bazı durumlarda teşebbüs olanaklı olmayacaktır.

Bize göre teşebbüs konusunda bu kadar farklı görüşün bulunmasına sebep olan husus, suç tipinde yer alan “..insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren..” ifadesidir . Zira “yol açacak” ifadesi ile anlatılmak istenen husus dahi tartışılmaktadır. Kimi yazalar bu ifadeye göre suçun tamamlanması için bu nitelikteki davranışların gerçekleştirilmesini yeterli kabul edip, hareketlerin mağdura ulaşmasının dahi gerekli olmadığını ifade ederken; bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise tipikliğinin maddi unsurlarını gerçekleştirmek için elverişli hareketlerin mağdura yönelmesi ancak mağdurun kişisel özellikleri nedeniyle işkence suçu bakımından mağdurda netice doğurmamış olması halinde suçun tamamlanmış olduğu kabul edilmektedir.

KATOĞLU, s. 1468); Yine işkenceye teşebbüsün mümkün olduğunu ifade eden *Soyaslan*'a göre, sistematiklik koşulu gerçekleşmeyen fiiller teşebbüs aşamasında kalmış olarak nitelendirilebilecektir. Ancak bize göre, yeterli ağırlığa ulaşmış ve mağdur üzerinde suçun maddi unsurlarından birini meydana getirebilecek davranışların, salt sistematik olmadığı gerekçesiyle teşebbüs aşamasında kaldığını ifade etmek çok da yerinde değildir. Zira, sistematik olmayan ancak insan onuruna aykırı ve failin bedensel ya da ruhsal bütünlüğü üzerinde zarar meydana getirmiş davranışların işkence suçunu oluşturduğunu ifade etmek çok daha doğru olacaktır. (Bkz. SOYASLAN, s. 206)

¹⁴¹ Bu görüşü savunan yazarlara göre, işkence suçu kaleme alınışı itibarıyla tamamlanması öne alınmış bir suç tipidir. Dolayısıyla da tamamlanmasının öne alındığı kabul edilen, salt hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığını; işkence suçuna da teşebbüsün mümkün olmayacağını ifade etmek gerekecektir. (KATOĞLU, s. 1468)

¹⁴² *Hafizoğulları/Özen*'e göre işkence suçu bedensel veya ruhsal acı doğurduğunda yahut algılama ve irade yeteneğini etkilediğinde neticeli suç ve bu halde suça teşebbüs mümkün; aşağılanmasına yol açtığı neticesiz bir salt hareket suçu ve teşebbüs mümkün değildir. (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 122) ;*Koca/Üzülmez* ise, işkence suçunun oluşabilmesi için, fiillerin sistematik bir uygulama göstermesinin gerektiğini, bu nedenle suça teşebbüsün zor olduğunu ifade etmekle birlikte; işkenceye yönelik hareketlerin sistematik bir uygulama halini alıncaya kadar gerçekleşen hareketlerin işkence kastıyla gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi halinde, işkence suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olacağını belirtmektedir. (KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 263, Benzer şekilde bkz. BAKIM, s.170)

Burada önem taşıyan husus, tipiklikteki hareketlerin tamamlanması ancak mağdurun kişisel durumu nedeniyle bedensel ya da ruhsal bir acı yaratmamış, algılama ve irade yeteneğini etkilememiş olmasıdır. Zira, bu suça yönelik tüm maddi unsurlar bakımından “elverişli ve belirli ağırlığa ulaşan” hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterli olup; mağdur üzerinde etki doğurmaması ya da acı yaratmamış olması suçun oluşması bakımından önemli değildir¹⁴³. Örneğin, mağdurun yakınlarına işkence yapılacağı şeklinde tehdit edilmesi ya da ruhsal olarak etkilenmesi amacıyla sözler sarf edilmesi ancak bu sözlerin çeşitli sebeplerle mağdur üzerinde etki doğurmamış olması suçun tamamlanmasına engel teşkil etmez. Burada hareketin gerçekleşmesiyle suçla korunan hukuki değere müdahale edilmiş olduğundan suç tamamlanmış olacaktır¹⁴⁴.

Biz de bu açıklamalar ışığında, işkence suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyiz. Her ne kadar teşebbüs konusuna ilişkin diğer görüşlerin de savunulabilir tarafları olsa da, tipiklikte yer alan ifade ve kavramlar dolayısıyla bu suça teşebbüs olanaklı değildir. Zira, *mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar* aynı zamanda da *insan onuruna aykırı* bir hal almalıdır ki işkence suçu gündeme gelebilecek olsun. Ancak, insan onuruna aykırı nitelikteki hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde ise artık bu hareketlerin suçun tamamlanması bakımından yeterli olacağını ve teşebbüsten söz etmenin mümkün olmayacağını ifade etmek gerekecektir. TCK m. 94’te “davranışların belirli bir ağırlığa ulaşması” ve “sistemik davranışlarla işlenmesi” gerekliliği yer almıyorsa da, gerekçede yer verilen bu hususlar suçun diğer suç tiplerinden ayrılması noktasında oldukça önemlidir ve işkence suçuna teşebbüs konusu bakımından da göz önünde bulundurulması gereken unsurlardır. Dolayısıyla insan onuruna aykırı hale gelmiş ve sistemik hareketlerle işlenmekte olan davranışların yarıda kalması halinde artık suçun tamamlandığının kabul edilmesi gerekecektir; tüm bu açıklamalar ışığında işkence suçuna teşebbüsün mümkün olamayacağı kabul edilmelidir.

¹⁴³ BAKIM, s. 171

¹⁴⁴ ÖNOK, s. 477

Gönüllü vazgeçme¹⁴⁵ bakımından da 94. madde ile 36. maddenin bir arada değerlendirilmesi halinde, teşebbüs bakımından yaptığımız açıklamalara oldukça benzer bir durum söz konusu olacaktır. Öncelikle ifade edilmelidir ki, hareketin icra edilmesi ile suç tamamlanmış olacağından işkence suçu bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması çok zordur. Diğer yandan, failin yönelmiş olduğu esas netice gerçekleşmemişse dahi, hareketlerin yarıda bırakılmasına kadar icra edilen davranışlar, zaten aşağılayıcı nitelik taşıyorsa aynı teşebbüs durumunda olduğu gibi, bu halde yine suç tamamlanmış olacak ve fail gönüllü vazgeçmeden faydalanamayacaktır¹⁴⁶.

Sonuç olarak, hem teşebbüs, hem de gönüllü vazgeçme kurumları bakımından maddi unsur doğrultusunda tartışmalı durumlar olduğunu ve her hareket bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmek yerinde olacaktır. Özellikle “aşağılayıcı olma” ve “insan onuruna aykırılık” bu değerlendirme bakımından önem taşıdığından; bu unsurlar hakkında tespit yapılması ve ardından bu kurumların işkence suçu bakımından değerlendirmeye tabi tutulup tutulamayacağı bakımından bir kanıya varılması yerinde olacaktır. Teşebbüs konusunda bu kadar fazla görüş olması, daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi suç tipindeki “*yol açacak*” ve “*insan onuru*” ile gerekçede yer alan “*sistematiklik*” ifadelerin belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Bu belirsizliğin giderilmesi ve suçun maddi unsurlarının daha açık hale getirilmesi işkence suçuna teşebbüs konusunda bir görüş birliğinin oluşturulabilmesi bakımından da önem taşımaktadır. Teşebbüse ilişkin bu tartışmalar, bugüne kadar AİHM içtihatlarına konu edilmemiş olsa da, bu sorunun giderilmesi işkencenin cezasızlığı konusuna da ilişkin olduğundan, hem pozitif hem de usuli yükümlülük bakımından oldukça önemlidir.

¹⁴⁵ TCK m. 36’da düzenlenen gönüllü vazgeçme, failin suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi veya kendi çabasıyla suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde teşebbüs dolayısıyla cezalandırılmaması durumudur. Gönüllü vazgeçme halinde, o aşamaya kadar gerçekleştirilen hareketler başkaca bir suç teşkil etmiyorsa, fail hakkında gönüllü vazgeçme dolayısıyla cezaya hükmedilmeyecektir. (ÖZTÜRK/ERDEM, s. 328, KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Genel, s. 408; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Genel, s. 501; ZAFER, Ceza Genel, s. 409)

¹⁴⁶ ÖNOK, s. 479; BAKIM, s. 172; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 263

ii. İştirak

İşkence suçu açısından değinilmesi gereken bir diğer konu ise suça katılan diğer kişilerin nasıl cezalandırılacağıdır. TCK m. 94/4'te "*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı*" ifade edilmiştir¹⁴⁷.

Aslında m. 94/4 aracılığı ile, iştirakte bağıllık kuralına ilişkin düzenleme getiren m. 40/2'de "*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.*" kuralına bir istisna getirilmiş durumdadır¹⁴⁸. Yani, işkence suçunu düzenleyen m. 94/4, genel iştirak hükümleri karşısında özel hüküm niteliğindedir¹⁴⁹. Zira, genel kurala göre, kişiler eğer suçta aranan faile ait özelliği taşıyorlarsa, özgü suç dolayısıyla cezalandırılmayacaklarken, bu düzenleme uyarınca suçun faili olan kamu görevlisi ile birlikte, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır¹⁵⁰. Görüldüğü üzere burada tamamen özgü suçlara ilişkin iştirak kuralının dışına çıkılmış ve yeni bir durum yaratılmıştır. Madde 94/4 ile birlikte, kamu görevlisi olmayan ancak suça iştirak eden diğer kimseler yardım eden veya azmettiren olarak değil, suça katkıları ne olursa olsun fail gibi cezalandırılacaklardır¹⁵¹. Zira, m. 94/4'ün düzenlenmesindeki amaç da işkence suçuna iştirak eden kamu görevlisi olmayan kişilerin *yardım etme* dolayısıyla m.

¹⁴⁷ Madde gerekçesinde "... kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla, maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Buna göre, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır" şeklinde hükmün amacı ifade edilmiştir.

¹⁴⁸ ÜZÜLMEZ, s. 233; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.267; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 274; SOYASLAN, s.205

¹⁴⁹ 765 s. TCK m. 243'te işkence suçunun failinin soruşturma ve kovuşturma aşamasında yetkili olması arandığından, yükümlülük+hakimiyet suçuydu, ancak 5237 sayılı kanunda yalnızca *kamu görevlisi olma* yeterli olduğundan 5237 s. TCK m.94 yükümlülük suçudur, hakimiyet şart değildir. (ÜZÜLMEZ, İşkence, s.170); SOYASLAN, s.206; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 274; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.267; ÖNOK, s. 481

¹⁵⁰ Bu konuda farklı görüşler de mevcuttur. TCK m. 94/4 hükmünün m.40/2 karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu su götürmez bir gerçek ise de, bu hüküm suça müşterek fail olarak iştirak eden kimselerin şerik gibi cezalandırılmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Ancak; suça daha ağır katkısı bulunan kimselerin, daha hafif şekilde cezalandırılmalarının önüne geçilirken, şerik olan kimselerin de suçun tam cezasıyla cezalandırılmasının yerinde olmayacağı ifade edilmelidir. (Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 267; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 264) Fakat bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, işkence suçuna katılan kimselerin suça katkıları ister faillik şeklinde, ister yardım eden yahut azmettiren olarak şeriklik şeklinde olsun, suça katılan özel kişi de müşterek fail gibi suçun tam cezasıyla cezalandırılacak ve şeriklik dolayısıyla yararlanabileceği ceza indiriminden de faydalanamayacaktır. (Bkz. ÖNOK, s. 482; BAKIM, s.174; SOYASLAN, s. 206; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184)

¹⁵¹ BAKIM, s. 173; TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.267; SOYASLAN, s.206; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 274

39/1'de öngörülen ceza indiriminden yararlanmalarının önüne geçmektir. Bu konu bakımından önem taşıyan bir diğer husus da yalnızca failin sıfatını bilerek kişilerin işkence suçuna iştirak edebileceğidir¹⁵².

Konu bakımından değerlendirilmesinde yarar olan bir diğer ihtimal ise, amir emri üzerine işkence yapılması durumudur. Bu halde, suç teşkil eden emrin yerine getirilmemesi gerektiği kuralından hareketle, hem emri yerine getiren kamu görevlisi-failin, hem de emri veren amir-azmettirenin meydana getirilen fiil dolayısıyla işkence suçundan sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmek yerinde olacaktır¹⁵³.

i. İçtima

İşkence suçunda içtima konusu bakımından öncelikle ifade edilmesi gereken, oldukça yerinde ve önemli bir düzenleme, m. 43/3'te düzenlenen "*işkence suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı*" hükmüdür. Bu hüküm gereğince, aynı kişiye karşı birden fazla defa ve yenilenmiş kastla işkence suçunu işleyen yahut, birden fazla kişiye karşı aynı kastla işkence uygulayan kamu görevlisi, zincirleme suç hükümleri kapsamında bir işkence suçu gereğince değil; gerçek içtima hükümlerince işlenen suç sayısı kadar hükmedilmesi gereken ceza belirlenecektir¹⁵⁴. Kaldı ki yapısı itibariyle işkence suçunun m. 43/1'de öngörülen şekliyle zincirleme suç kapsamına girmesi mümkün de değildir. Aynı kişiye karşı, aynı suç işleme kastıyla işkence uygulayan fail, sistematik hareketlerle tek işkence suçu işlemiş kabul edileceğinden, m.43/3 olmasa da zaten böyle bir durumda zincirleme suç hükümleri uygulama bulamayacaktır. İşkence suçunun zincirleme suç hükümleri kapsamına girmesi durumu yalnız m. 43/2 uyarınca mümkün olabilecektir ki, o halde de m. 43/3 dolayısıyla fail ancak mağdur sayısı kadar işkence suçu dolayısıyla cezalandırılabilir.

¹⁵² BAKIM, s. 174; ÖNOK, s. 482; TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.267

¹⁵³ ÖNOK, s. 483; BAKIM, s. 174; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184

¹⁵⁴ TCK m. 43/3 hükmü, çalışmamızın esas tartışma konusu olan "etkili soruşturma yükümlülüğü" bakımından da oldukça önem taşıyan bir düzenlemedir. Zira bu yükümlülük gereğince yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerden biri de, işkenceyi etkili ve caydırıcı biçimde cezalandırma ve buna yönelik yasal düzenlemeleri yapmadır. Bu bağlamda bu hüküm de, işkencenin cezalandırılması bakımından farkındalık yaratan ve caydırıcılık niteliğini arttıran bir düzenlemedir. ; ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s.242; ÖNOK, s. 487; BAKIM, s. 177; BAŞBÜYÜK, s. 1479; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 266; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 275

İşkence suçunun, suçun birden fazla maddi unsurunun bir arada işlenmek suretiyle gerçekleştirilmesi halinde de içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zira, bu hareketlerin her biri suç tipinde yer alan seçimlik hareketler olduğundan, bir arada gerçekleştirilmeleri halinde tek bir suç oluşmuş kabul edilecektir¹⁵⁵. Aynı şekilde, maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, suçun sistematik hareketlerle işlenmesi halinde de tek bir suçun olduğu ifade edilecek ve dolayısıyla içtima hükümlerinin uygulanmasına gerek olmayacaktır¹⁵⁶.

İşkence suçunu oluşturan fiiller aynı zamanda tehdit, cebir, hakaret gibi başka suçları da oluşturuyorsa, o halde fikri içtima kuralları uygulama bulacak ve hangi suç daha ağır cezayı gerektiriyorsa fail o suç dolayısıyla cezalandırılacaktır¹⁵⁷. Ancak, işkence yanındaki suç, cinsel taciz suçunda olduğu gibi¹⁵⁸, suçun nitelikli halinde belirtilmişse bu halde birleşik suç söz konusu olacak ve fikri içtima hükümleri uygulanamayacaktır¹⁵⁹.

Diğer yandan, m. 95'te neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçu düzenleme bulmuştur. Bu hüküm gereğince, işkence suçu çeşitli şekillerde yaralama yahut ölüm neticesiyle sonuçlanmışsa bu halde; fail, iki ayrı suç dolayısıyla değil bileşik suç hükümleri gereğince cezalandırılacaktır¹⁶⁰. Bu durumda işkence suçu neticesinde ölüm meydana gelmesi ile işkence uygulayarak kişiyi öldürme arasındaki farkın ortaya koyulması da önem taşımaktadır. Zira bir durumda m. 95/4 uygulama

¹⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 266

¹⁵⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 266

¹⁵⁷ ÜZÜLMEZ, *İşkence ve Eziyet Suçu*, s.241; *Önok*, insan üzerinde deney yapılmasının da aşağılanmaya, mağdur üzerinde bedensel ya da ruhsal 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 bu halde de fikri içtima hükümleri gereğince m. 94'ün cezanın tespiti bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. (ÖNOK, s. 493)

¹⁵⁸ İşkence suçunun cinsel taciz teşkil edecek hareketlerle birlikte işlenmesi halinde birleşik suç hükümleri uygulama bulacakken; işkence suçu yanı sıra vuku bulan suçun cinsel saldırı suçu ya da çocukların cinsel istismarı suçu olması halinde ise, olay bakımından gerçek içtima hükümleri uygulama bulacak ve fail her iki suç gereğince ayrı ayrı cezalandırılacaktır. (Bkz. ÖNOK, s. 486; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 266; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 275; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184; Aksi yönde bkz. BAŞBÜYÜK, s. 1480)

¹⁵⁹ ÖNOK, s. 490; BAKIM, s. 175; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 266; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 275; Aksi yönde; "yaralama, hakaret, tehdit fiilleri işkence suçunun temel şeklini oluşturan maddi unsurları içerisinde değerlendirilmelidir. Nitekim işkence suçunu oluşturan seçimlik hareketler, söz konusu suçların maddi unsurlarını karşılamaktadır. Dolayısıyla yaralama, hakaret, tehdit fiilleriyle işkence suçunun işlenmesi halinde, yalnızca işkence suçunun varlığını kabul etmek gerekir. Cinsel taciz suçu ise, işkence suçunun nitelikli hali içerisinde düzenlendiğinden, işkence suçunun cinsel yönden taciz fiiliyle gerçekleştirilmesi halinde de tek bir suç meydana gelmektedir." görüşü için bkz. BAŞBÜYÜK, s. 1479

¹⁶⁰ ÖNOK, s. 485, 486; BAKIM, s. 176; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 266

bulacakken, diğerk durumda ise m. 82/1-b uygulama bulacaktır. Bu iki suç tipini ayırmak için ise “failin kastı” kıstas olarak kullanılacaktır. Fail, işkence uygulama kastı ile hareket ediyor ancak davranışlarının ağırlığı sebebiyle ölüm neticesi meydana geliyorsa m. 95/4 gereğince; öldürme kastı taşıyor ve bunu eziyet niteliği taşıyan davranışlarla gerçekleştiriyorsa m. 82/1-b gereğince fail cezalandırılacaktır. Zira ilk durumda failin kastı işkence suçuna yönelik iken, ikinci durumda öldürmeye yönelik durumdadır.

Nihayet, içtima konusu bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğerk husus da işkence suçunun genel/özel norm ilişkisi içinde bulunduğu suçlar bakımından durumun ne olacağıdır. Bu konu bakımından özellik taşıyan suç tipi şüphesiz TCK m. 256 “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu” ya da m. 257 “görevi kötüye kullanma suçu” olacaktır. Zira, bu iki suç sıkı bir ilişki içerisinde. Bu iki suçun bir arada gündeme gelmesi halinde, daha özel nitelikte olan işkence suçu olay bakımından uygulama bulacak ve ayrıca genel norm niteliğinde olan m. 257 gereğince faile ceza verilmeyecektir¹⁶¹.

2. TCK m. 94 İşkence Suçu İle Benzer Suçların Karşılaştırılması

a. Genel Olarak

İşkence suçu, maddi unsuru bakımından kanunun seçimlik hareketler öngördüğü bir suç tipidir. Yukarıda ele aldığımız bu seçimlik hareketler bir yandan da farklı suç tiplerinin maddi unsurları ile benzerlik göstermekte ve bu yönüyle de işkence ile diğerk suç tiplerinin ayrılması noktasında bir takım sorunlar doğurmaktadırlar. 5237 sayılı TCK m. 94’te işkence suçunun oluşabilmesi için 765 sayılı TCK’dan farklı olarak özel kastın koşul olarak aranmamış olması, işkence suçu ile diğerk suçların birbirinden ayrılması bakımından problem teşkil etmektedir. Meydana gelen hareket sebebiyle işkence ile benzerlik gösteren suç tipleri; eziyet, kasten yaralama, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması, hakaret, tehdit, cebir ve hatta işkence neticesinde ölüm meydana gelmişse kasten öldürme suçudur. İşkence suçunun saymış olduğumuz bu suç tiplerinden bazılarına ilişkin açıklamalarımıza önceki başlıklar altında yer vermiş olduğumuzdan, bu başlık

¹⁶¹ ÖNOK, s. 485; BAKIM, s. 175; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 467

altında özellikle eziyet, kasten yaralama ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçlarına yer vereceğiz.

b. Eziyet Suçu (TCK m. 96)

Eziyet suçunun işkence suçuna çok benzer bir suç olması sebebiyle, iki suç tipi arasındaki farkların tespiti önem taşımaktadır. Eziyet suçu 96. maddede “*Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde ifade edilerek düzenleme altına alınmıştır.

Eziyet suçunu düzenleyen norm değerlendirildiğinde, suç tanımının oldukça belirsiz ve “*eziyet*” deyimini ile anlatılmak istenen hususun kapalı olduğu görülmekte ve bu husus doktrinde de oldukça eleştirilmektedir¹⁶². Fakat kanunun gerekçesine gidildiği zaman, eziyet suçu ve işkence suçu ile oldukça benzer menfaatlerin korunmak istendiği anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinde “*Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına 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 yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir.*” şeklinde suçun hangi durumlarda oluşacağına ilişkin açıklamalar ve hatta suçun tanımı kanun metninde değil de gerekçesinde yapılmıştır, bu konu eleştiriye oldukça açıktır. Suçun tanımına ve unsurlarına ilişkin açıklamalara madde gerekçesinde yer verilmiş olması kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi bağlayıcı da değildir. Kanun koyucunun bu ayrıntılara madde gerekçesinde yer vermek gibi bir metot benimsemiş olduğunun kabul edilecek olması halinde ise tartışılması gereken bir diğer husus işkence suçunun gerekçesinde neden benzer açıklamalara yer verilmediği olacaktır.

¹⁶² ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s.245; ÖNOK, s. 329; BAKIM, s. 75; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.268; HAKERİ, Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: DOĞAN, İlyas, Adalet Bakanlığı Yayınevi, s. 365; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 276; ÖNOK, s.327

Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, herhangi bir kimseye karşı, insan onuruyla bağdaşmayan, fiziksel ve ruhsal yönden acı çekmesine sebebiyet veren ve aşağılanmasına neden olan davranışlarda bulunulması halinde eziyet suçunun meydana geldiğinden söz edilecektir¹⁶³.

Gerek suç tanımında ve gerekse madde gerekçesinde suçun failine ilişkin bir açıklamanın bulunmaması yani herkesin bu suçun faili olabilecek olması, işkence suçu ile eziyet suçunu birbirinden ayıran en önemli husustur¹⁶⁴. 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 mümkündür. Diğer yandan kamu görevlisi olan kişilerin, görevleri ile bağlantılı olmayan durumlarda, eziyet suçunun oluşmasına sebep olabilecek davranışlar sergilemesi halinde de işkence suçunun değil eziyet suçunun meydana geldiğini ifade etmek gerekecektir¹⁶⁵.

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 vücut dokunulmazlığı ve kişi haysiyeti koruma altına alınmaktadır¹⁶⁶. Bunun yanında suçla birlikte, yargılamaya ilişkin adli kaygılar taşınmadığı ve suçun kamu görevlileriyle de bir bağlantı taşımaması, eziyet suçu ile adliyenin ya da devlet idaresinin korunan hukuki menfaatler arasında olmadığını ortaya koymaktadır¹⁶⁷.

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise, suçun oluşması için gerçekleşmesi gereken eylemle ilgilidir. Madde metninde suçun oluşmasına neden olacak eylemle ilişkin bir açıklama yapılmamış, *“bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışlar”* deyiminin kullanılmasıyla yetinilmiştir. Gerekçeye göre, bir kimseye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması halinde eziyet suçunun oluştuğundan söz edilebilecektir. Suç tipi ancak madde gerekçesiyle birlikte

¹⁶³ TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.269; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 191

¹⁶⁴ ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s.245; ÖNOK, s. 328; BAKIM, s. 77; SOYASLAN, s.213; TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.269; HAKERİ, s. 365; ÖZBEK/KANBUR, /DOĞAN /BACAKSIZ/TEPE, s. 277

¹⁶⁵BAKIM, s. 77; ÖNOK, s. 327; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.283; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 277; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 188

¹⁶⁶ TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.269; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 191;

¹⁶⁷ÖZBEK/KANBUR,/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 276

değerlendirildiğinde belirli hale gelebilmektedir. Gerekçe incelendiği takdirde, suç için öngörülen seçimlik hareketlerin işkence suçuna oldukça benzer olduğu da görülmektedir. Zira, yalnızca “kişinin algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi” unsuru, işkence suçu için sayılmış olup eziyet suçu bakımından sayılmamış olan seçimlik harekettir¹⁶⁸. Ancak bu ifadenin gerekçede yer almıyor olması, eziyet suçunun kişinin algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi suretiyle de işlenemeyeceği anlamını taşımayacağından, bu husus da işkence suçu ile eziyet suçunun birbirinden ayrılmasını sağlamayacaktır.

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 taşımaktadır.¹⁶⁹. Aksi halde kasten yaralama, cinsel saldırı gibi suçları içerisinde unsuru olarak barındıran eziyet suçundan¹⁷⁰ ayırmak mümkün olmayacaktır.

İşkence suçu ile eziyet suçuna ilişkin bir diğer fark ise eziyet suçunun ihmali davranışlarla işlenemeyeceği hususudur¹⁷¹. TCK m.94/5’te işkence suçunun ihmali davranışlarla işlenebileceğini hüküm altına alınırken, m.96 bakımından böyle bir düzenleme getirilmemiştir. Eziyet suçunun ihmali davranışlarla işlenmesi halinde, işkenceyi düzenleyen 94. madde dikkate alınmayacak, failin lehine olan, ihmali davranışla yaralama suçunu düzenleyen m. 88/2 uygulama bulacaktır. Fakat bu durumda da, eziyet suçunun düzenleme olarak TCK’ya alınmasıyla korunması beklenen değerler yani kişi bütünlüğü ve onuru gerektiği gibi korunamaması sonucunu doğuracaktır¹⁷². Söz konusu suç tipi bu gibi hallerde de cezai caydırıcılık arz etmelidir ki, daha genel suç tipi olan kasten yaralama, cinsel saldırı gibi suçlardan ayırt edilebilsin. Görülmektedir ki, işkence suçuna ilişkin düzenleme bakımından kanun yapma tekniği eziyet suçuna nazaran daha doğru kullanılmış ve daha kapsamlı, amaca uygun bir koruma alanı sağlanmıştır.

¹⁶⁸ TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.270;

¹⁶⁹ ÖNOK, s.333; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.271; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 278; SOYASLAN, s.213

¹⁷⁰ SOYASLAN, s.213; HAKERİ, s. 367; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 278

¹⁷¹ ÖNOK, s.329; BAKIM, s. 78; SOYASLAN, s.214; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 278

¹⁷² SOYASLAN, s. 214

Ancak, işkence suçuna icrai veya ihmali davranışlarda bulunmak suretiyle iştirak eden ve kamu görevlisi sıfatı taşımayan kimseler bakımından eziyet suçunun işlenmiş olduğundan bahsedilemeyecektir. Çünkü 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 ihmali suretiyle eziyet suçuna iştirak etmesi ve eziyet suçu dolayısıyla cezalandırılması mümkün değilken, işkence suçuna ihmali suretiyle katkıda bulunduğu bahisle cezalandırılabilir olmasıdır.

İşkence suçu ile eziyet suçu arasındaki önemli farklardan biri de suça *yardım etme* durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira m. 94/4 gereğince işkence suçuna yardım eden kişiler de kamu görevlisi fail gibi cezalandırılacak ve yardım etme dolayısıyla ceza indirimi alamayacak iken, eziyet suçuna ilişkin böyle bir hüküm söz konusu değildir; eziyet suçuna yardım eden kişi 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 yaklaşmak suretiyle ceza tayini yapılması gerektiği yönündedir¹⁷³. Ancak bize göre eziyet suçunun kastedilenden daha ağır bir netice ile sonuçlanmış olması halinde içtima hükümleri gereğince ayrıca ağır netice dolayısıyla failin taksiri düzeyinde

¹⁷³ Yar. 8. CD, E. 2011/3608, K. 2012/20031, T. 18.06.2012, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.07.2015); Yar. 8. CD, E.2013/20172, K. 2014/18515, T. 14.07.2014, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.07.2015)

sorumlu tutulması daha yerinde olacaktır¹⁷⁴. Kaldı ki, ölüm neticesiyle sonuçlanmış bir işkence suçu gereğince m. 82/1-b hükmünden ceza tayin edilmesi yerinde olmayacağı gibi, yalnızca m. 96 gereğince ceza tayin edilmesi de yerinde olmayacaktır. Zira, failin eziyet 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 değildir¹⁷⁵. 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.

c. Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86 vd.)

TCK'nın 86. maddesinde düzenleme altına alınan kasten yaralama suçu gereği “*kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi*” cezalandırılacaktır.

Kasten yaralama suçunun, fiziksel zarar verilmesi durumlarında işkence suçunun bir unsuru olarak vuku bulması dolayısıyla uygulama açısından bu iki suç tipini birbirinden ayırmak oldukça zordur¹⁷⁶. Bir yandan işkence suçunun işlenmesi bakımından özel kast aranmıyor olması, yani 765 sayılı TCK m. 243'teki düzenlemenin aksine, delil elde etme veya suçu itiraf ettirme gibi bir saikle hareket edilmesinin gerekmemesi, bir yandan 94. maddenin kamu görevlisi sıfatını taşıyan kimseler tarafından işlenmesinin mümkün kılınması ile faile ilişkin alanın oldukça

¹⁷⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s.283

¹⁷⁵ 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. (Bkz. ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, “İşkence Suçu”, s. 15, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf), Erişim Tarihi: 18.05.2015)

¹⁷⁶ SOYASLAN, s. 205; HAKAN, s.364

genişletilmiş olması iki suç tipi arasında ayrıma varılması bakımından oldukça zor bir durum yaratmıştır. Bunların yanı sıra m. 86/3-d'de "*kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*" kasten yaralama suçunu işleme halinde hükmedilecek cezanın artırılmasını öngören bir ağırlaştırıcı neden düzenlenmiş olması, yaralama suçu ve işkence suçlarından hangisinin uygulama bulacağına tespiti konusunda sorun yaşanmasına sebep olmaktadır.

O halde hangi hallerde işkence suçunun hangi hallerde yaralama suçunun oluştuğuna nasıl karar verilecektir? İki suç tipinin birbirinden ayrılması amacıyla çeşitli kıstaslar öngörülmüştür. Bu kıstaslardan ilki, suça konu teşkil edecek hareketin belirli bir asgari ağırlığa ulaşması halinde ya da bir diğer deyişle failin kasten yaralama suçu ile cezalandırılması durumunda meydana gelen hukuka aykırılığın ağırlığı karşılanmayacaksa fail işkence suçu dolayısıyla cezalandırılmalıdır¹⁷⁷.

Bu konuda öne sürülen bir diğer görüş ise kanunda aranmamasına rağmen Yargıtay'ın işkence suçunun uygulanabilmesi için özel kast aranması yönündedir.¹⁷⁸ Belirli suçlar bakımından hükmün uygulanabilmesi amacıyla Yargıtay'ın özel saik araması daha önce de karşımıza çıkan bir durum ise de bize göre kanunun yaratmış olduğu koruma alanının bu şekilde bir yorum yönteminin benimsenmesi yoluyla sınırlandırılması sakıncalı olacaktır.

İşkence suçu ile kasten yaralama suçunun birbirinden ayrılması amacıyla önerilen bir diğer görüş ise, işkencenin bir unsuru olan *sistemik olma* özelliğinin iki suçu birbirinden ayırmada dikkate alınması; eğer failin fiilleri sistemik olma şeklini almışsa işkence, eğer sistemik nitelik taşıyorsa yaralama suçunun oluştuğu kanaatine varılması yönündedir¹⁷⁹. Ancak bu görüşe ilişkin yapılan bizim de katıldığımız eleştirisine göre, salt sistemikliğin esas alınması halinde, sistemik olma noktasına ulaşmayan ancak işkence niteliği taşıyan davranışlar bakımından

¹⁷⁷ ÖNOK, s. 347; BAKIM, s. 80

¹⁷⁸ ÖNOK, s. 346; HAKERİ, s. 364

¹⁷⁹ ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet Suçu, s. 240; ÖNOK, s. 346; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 268

sistematiklik ayırt edici nitelik taşımayacak ve iki suç tipinin birbirinden ayrılması noktasında sorun yaşanmasına sebep olacaktır¹⁸⁰.

Bize göre benimsenmesi gereken kıstas, asgari ağırlık düzeyine ulaşmış olma ve bunun yanında mağdura yönelik gerçekleştirilen davranışların mağdurda bedensel acının yanı sıra, ruhsal acı ve psikolojik olarak da sıkıntı ve baskı meydana getirmesidir. Zira 94. madde de ifade edildiği gibi “*insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak*” davranışlar işkence suçunun meydana gelmesine sebep olacaktır. Bu nedenle gerçekleştirilen ve fiziksel acı meydana getiren davranışın aynı zamanda ruhsal yönden de acı doğurması ve bir yandan da insan onurunu zedelemesi halinde kasten yaralama suçunun değil, işkence suçunun meydana geldiği kabul edilmelidir. Burada esas önem taşıyan husus, davranışın insan onurunu zedelemesi ve ruhsal yönden de bir ağırlığının olmasıdır. Çünkü, mağdura yönelik eylemin yaralama suçu bakımından bir neticeye ulaşması ve acıya sebep olması yeterli kabul edilirken; işkence suçunda neticeye yönelik davranışların mağdura yönelmesi yeterli olup acıya sebebiyet vermemiş olsa dahi işkence suçunun oluştuğu ifade edilebilecektir¹⁸¹. Daha kısa bir ifadeyle, kasten yaralama suçunun ağırlık noktasını vücut dokunulmazlığına yönelik ihlal teşkil ederken, işkence suçu bakımından ise bu ağırlık noktası insan haysiyetinin ihlalidir¹⁸².

Her iki suçun da ihmali davranışlarla işlenmesi mümkündür. Fakat bu konuda aralarındaki fark; m. 94/5’te işkence suçunun ihmal yoluyla işlenmesi halinde ceza indirimine gidilmeyeceğini ifade etmiş olması, m. 88’de ise ihmal suretiyle kasten yaralama suçunun işlenmiş olması halinde hükmedilecek cezada indirim uygulanacağı hususudur¹⁸³. Görüyoruz ki, suçun ağırlığı dolayısıyla işkence suçuna ilişkin dolayısıyla cezanın tespiti bakımından kanun koyucu daha sert bir tavır benimsemiş bulunmaktadır.

¹⁸⁰ ÖNOK, s. 346

¹⁸¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 267

¹⁸² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 193

¹⁸³ BAKIM, s. 81

d. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu (TCK m. 256)

TCK m. 256'da kamu görevlilerine özgü bir suç tipi daha öngörülmüştür. Madde metninde “*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” ifadesiyle bu suç tipi açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak maddede geçen ifadeye bakıldığında bu suç tipi ile işkence suçunu birbirinden ayırmak oldukça zordur. Zira, zor kullanma yetkisinin kullanılmasına ilişkin sınırın aşılması sonucu meydana gelen yaralamalar çoğu zaman işkence suçunun da bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde bu iki suç birbirinden nasıl ayırt edilecektir?

Burada işkence ile zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması noktasında ilk fark *zor kullanma yetkisi* bakımından dikkat çekmektedir¹⁸⁴. İşkence suçu bakımından failin zor kullanma yetkisini haiz olması şart değilken, 256. maddenin uygulama bulması için kamu görevlisinin bu yetkiye sahip olması gerekmektedir¹⁸⁵. Fakat önem taşıyan bir diğer husus da zor kullanma yetkisini sahip bir kamu görevlisinin davranışlarının ne zaman işkence boyutuna ulaşacağıdır. Çünkü failin gerçekleştirdiği hareket salt kasten yaralama suçunun ağırlığını taşıyor aynı zamanda mağdurun onurunu zedeliyor ve ruhsal boyutta da acı çekmesine sebep oluyorsa bu halde işkence suçu meydana gelecektir. O halde görülüyor ki bu iki suç birbirinden ayırmak için sadece *zor kullanma yetkisini haiz olma* yeterli bir kıstas değildir. Failin davranışının mağdurda doğurduğu etki de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

Bir diğer önemli husus ise iki suç tipinin neticeye yönelik eylemlerinin sistematikliği noktasında birbirinden ayrılacağıdır. Çünkü, genel olarak işkence suçu bakımından failin hareketlerinin sistematik bir şekilde meydana gelmesi aranmaktadır. Ancak bu da işkencenin olmazsa olmaz bir unsuru olmadığı için suç tiplerini birbirinden ayırmada mutlak bir kıstas olamayacaktır¹⁸⁶. Fakat, zor kullanma

¹⁸⁴ AYDIN, Devrim, “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt-I, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2015, s. 166; ÖNOK, s. 347; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.986

¹⁸⁵ HAKERİ, s. 367; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 259

¹⁸⁶ AYDIN, s. 165; ÖNOK, s. 348; BAKIM, s. 82

yetkisine ilişkin sınırı aşan kamu görevlisinin davranışlarının somut olay bakımından sistematik bir uygulama biçimini almış olması ve aynı zamanda insan onuru ile de bağdaşmaz bir nitelik taşıması halinde oluşan suçun m. 256'da düzenleme bulan zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun değil, m. 94 işkence suçunun oluştuğunu ifade etmek gerekecektir¹⁸⁷.

İşkence suçu ile zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu arasındaki bir diğer fark ise suç tipleri aracılığıyla korunan hukuksal değere ilişkindir. Zira, daha önce de ifade ettiğimiz üzere işkence suçu ile korunan esas hukuksal değer kişi dokunulmazlığıdır. Ancak zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun, kanunun "*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" başlığını taşıyan bölümünde düzenlenmiş olmasından, suç tipiyle korunan hukuksal değer in kamu idaresi olduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁸.

Görülüyor ki gerek eylemler bakımından sistematik olma ve gerekse kamu görevlisinin zor kullanma yetkisini haiz olması iki suç tipi arasındaki mutlak ayırt edici fark değildir. Bu nedenle bu unsurlar ve failin davranışlarının kişi onurunu zedeleme yolunda asgari bir ağırlığa ulaşması bir arada değerlendirilmeli ve somut olaylar bakımından bir sonuca varılmalıdır¹⁸⁹. Kaldı ki m. 256'da düzenlenmiş olan suç tipi yapay bir suç tipidir; hukuka uygunluk nedeni olan zor kullanma yetkisinin kullanılması durumunda sınırın aşılması söz konusu olursa zaten kasten yaralama yahut kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulama bulacaktır, ayrıca böyle bir hükmün düzenlenmesine ihtiyaç yoktur¹⁹⁰. 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, AIHM önüne giden başvurular bakımından da Türkiye aleyhine kararların verilmesine sebep olmaktadır. Çünkü m. 256 var olduğu

¹⁸⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 259; Kolluğun toplantı ve gösterilere müdahale ederken aşırı ve orantısız güç kullanması m. 94'teki belirsiz işkence tanımı dolayısıyla işkence kapsamında görülmezken, m. 256'daki suç tipi de tek başına bu tür olayların yaşanmasını engellemeye yetmemektedir. Zira AIHM de bu tür olaylara ilişkin olarak iç hukukta m. 256 uyarınca ceza verilmesine rağmen, AIHS m. 3 anlamında ihlal olduğu tespiti yapmaktadır. Görüldüğü gibi, m. 256 toplumsal olaylara müdahale bakımından gerekli cezalandırmayı ve caydırıcılığı sağlamadığı gibi, işkence boyutuna ulaşan olayların cezasız kalmasına da sebep olmaktadır. (AYDIN, s.169)

¹⁸⁸ AYDIN, s.162

¹⁸⁹ ÖNOK, s. 348; BAKIM, s. 82; KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 760

¹⁹⁰ AYDIN, s.170

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 durumdadır¹⁹¹. AIHM 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 AIHM'in vereceği mahkumiyet kararlarının sayısında artış olması kaçınılmaz bir hal alacaktır.

II. İŞKENCENİN TARİHİ GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

İşkence, insanlıkla eş değer bir tarihe sahiptir. Geçmişten günümüze doğru işkencenin nasıl bir değişim izlediğine baktığımızda, işkence uygulamaları, işkencenin yasaklanması, 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 cezalandırılması işkencenin tarihsel gelişimi dahilinde değerlendirilecektir.

B. Batı Hukukunda

1. Eski Yunan ve Roma İmparatorluğunda

Gerek Eski Yunan döneminde ve gerekse sonrasında da Roma döneminde işkence (*quaestio*) uygulanmıştır¹⁹². Bu dönemde özgür vatandaşların düşünce yeteneğini haiz olduğu ve dolayısıyla gerçeği itiraf etme hususunda akıllıca sunulmuş argümanlar karşısında ikna edilebileceği; ancak, kölelerin düşünme yeteneği olmadığı, vücuttan ibaret objeler olduğundan bahisle akılcı yollarla gerçeği itiraf etme hususunda ikna edilemeyeceği düşüncesinden hareket edilmiştir¹⁹³. Bu nedenle de kölelerin ifadeleri, işkence suretiyle alınmış, ifadeleriyle örtüşüyorsa

¹⁹¹ AYDIN, s. 170

¹⁹² DEMİRBAŞ, s. 9; ÖNOK, s. 43

¹⁹³ Roma hukukunda cezaların acımasız ve sert olmasına özel önem yüklenmiştir. Bu şekilde suçların caydırıcılığının sağlanabileceği kabul edilmiştir. Bu şekilde uygulanacak cezalar diğer kişiler için emsal teşkil edecek ve onların suç işlemesi bakımından korku yaratacaktır. Gördüğü 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. TÜRKÖĞLU, Halide Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Albi Yayınları, İzmir, 2014, s. 190-202)

geçerli kabul edilmiştir¹⁹⁴. Özellikle Eski Yunan dönemi bakımından, adaletin tecelli edebilmesi için işkence, zorunlu bir delil elde etme aracı olarak görülmüştür¹⁹⁵.

Kölelere ister tanık olsun, ister sanık olsun hem Eski Yunan döneminde hem de Roma İmparatorluğu döneminde işkence yapılması serbestken; özgür kişiler ve vatandaşlara işkence uygulanması konusunda iki dönem arasında fark bulunmaktadır. Roma imparatorluğunda vatandaşlara ve hür ancak vatandaş olmayan kişilere ne suretle olursa olsun işkence uygulanması yasakken, Eski Yunan döneminde kırbaçlama ve diğer fiziksel işkenceler, özgür bir kimsenin suçunu itiraf etmekten ya da tanıklık görevini icradan kaçınması halinde uygulanabilmekteydi. Fakat aynı koşullar altında, Roma döneminde özgür kişi, Magistrat tarafından tutuklanabilir ya da para cezası ile cezalandırılabilirdi ancak bu sebebe dayanılarak işkenceye tabi tutulamazdı¹⁹⁶. Buna karşılık, aynı dönemde kölelere işkence yapılması kaçınılmaz olarak kabul edilmiş ve çok çeşitli yöntemlerle kölelere işkence uygulanmıştır.

Roma döneminde kölelere uygulanan işkence yöntemleri arasında; en eski yöntemlerden biri olan işkence tezgahında (*equuleus*) seviye seviye kollara bağlanan iplerin gerilmesi yoluyla kölenin konuşmaya ikna edilmesi, kırbaçlama ve kamçılama¹⁹⁷, boyna demir kelepçe takma, özellikle hırsızlık suçları için el veya ayakları kesme, hadım, *furca* denilen tasmayı takarak kölenin omuzunda gezme, eritilmiş kurşunu boğazdan dökmeyi saymak mümkündür¹⁹⁸.

Dönem bakımından Roma hukukunda çok önemli bir gelişme de bu kural bakımından, İmparatorluk dönemiyle birlikte yumuşamalar yaşanmaya başlamış olmasıdır. İmparator Tiberius dönemindeyse sanıklar ancak yüksek mahkemenin kararları doğrultusunda, işkenceyle sonuçlanan sorgulamalara maruz kalmaya başlamıştır¹⁹⁹. Zira genel olarak özgürler işkenceye maruz kalmazken sadece

¹⁹⁴ DEMİRBAŞ, s.9; ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence ve Eziyet Suçu (İşkence ve Eziyet), Ankara 2003, s.23-24; ÖNOK, s. 43

¹⁹⁵ ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet, s. 23

¹⁹⁶ Bu kural Prinzipat döneminde değişmiş ve vatandaşlara da tanık veya sanık olup olması önemli olaksızın işkence uygulanmıştır. (ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet, s. 24)

¹⁹⁷ Roma flagellum'u denilen öküz derisinden yapılan kamçı özellikle kullanılmaktaydı ve bu kamçı eti bıçak gibi keserdi. Daha hafif suçlar için parşömen iplerinden yapılmış *scutica* ve küçük kusurlar için ise ince derilerden yapılmış *ferula* denilen kamçılar kullanılırdı. (SCOTT, s. 65-66)

¹⁹⁸ SCOTT, s. 64 vd. ; ÖNOK, s. 43

¹⁹⁹ Fakat bunun yanında, takip eden 200 yıl boyunca, işkencenin hürlere uygulanmaması kuralı, devlete karşı işlenen suçlar dışında bozulmamıştır. (DEMİRBAŞ, s. 10)

hainlikle suçlanmaları durumunda, onlara da işkence uygulanmaktaydı²⁰⁰. Ek olarak, büyücülük yahut cadılık suçlarıyla itham edilmek; resmi statülerin, doğuştan gelen soyluluğun getirdiği hakların koruma sağlamadığı diğer istisnai durumlardı²⁰¹.

İmparator *Marcus de Verus* dönemindeyse²⁰², hür kimseler kendi içlerinde ikiye ayrılmaktaydı ve hür kimseler içerisinde de daha düşük seviyede olanı kölelere yakındı; yapılan yargılama bakımından tanık ya da sanık olmaları bile önem taşımaksızın bu sınıftaki kimselere işkence uygulanabiliyordu²⁰³. Diğer sınıf ise kesin suretle işkenceye tabi tutulamayan; aristokratları, şövalyeleri, askerleri ve onların çocuklarını barındıran yüksek sınıftı. Fakat bu dönemde de devlete karşı işlenen suçlar ile büyücülük ve kalpazanlık suçları bakımından, sınıf farkı gözetilmeksizin herkes işkenceye maruz bırakılabilmekteydi²⁰⁴. Bununla birlikte, hür kişilere işkence uygulanabilen bazı istisnai durumlar daha mevcuttu; eşini zehirlemekle suçlanan kadına, yanıltıcı ifade veren tanığa, Severus döneminde zinayla suçlanan kimselere; Maximus döneminde ensest ilişki ile suçlanan kişilere *quæstio* uygulanabiliyor yani işkence uygulamak suretiyle ifade ya da itiraf elde etmeye çalışılıyordu²⁰⁵. 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 tutulabilmeleri idi. Ancak işkence için yalnızca bu suçların sanıklarıyla sınırlı bir uygulama kabul edilmişti, yani suça ilişkin tanıklara ifade vermeleri için ya da mahkumlara duruşma öncesinde işkence uygulanamazdı²⁰⁶.

İfade ve itiraf elde etme amacının yanı sıra hem Eski Yunan'da hem de Roma İmparatorluğu döneminde işkenceye cezalandırma amacıyla da başvuruluyordu ve hatta cezalandırmanın yanında borcunu ödemeyen kimselere borçları kapatılana

²⁰⁰ Hainlikle itham edilme durumunda özgür insana da işkence uygulanabilmesini ilk onaylayan Arcadius Charisius olmuştur. Ancak Gibbon, özgür insanın *quæstio*dan muaf tutulması kuralının bu şekilde delinmesini eleştirmiştir. Çünkü Gibbon'a göre, "hainlik" oldukça genel bir cürümdür ve istenmesi halinde her cürüm kolaylıkla bu kategoriye dahil edilebilirdi. (SCOTT, s.62-63); ÖNOK, s.43

²⁰¹ SCOTT, s. 63

²⁰² İmparator Marcus de Verus M.S. 161-169 yılları arasında yönetimi ele almıştır.

²⁰³ ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet, s. 25; ÖNOK, s. 43

²⁰⁴ DEMİRBAŞ, s.10; ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet, s. 25

²⁰⁵ SCOTT, s. 63

²⁰⁶ SCOTT, s. 63; ÖNOK, s. 43

kadar “öldürmeyecek düzeyde” işkence uygulanıyordu²⁰⁷. Bunun yanı sıra o dönem bakımından kiliseye karşı işlenen suçlar gereğince de oldukça acımasız işkence yöntemleri uygulanmaktaydı. Iustinianus’un açık emrinin olması halinde kilisede bir papaza ya da piskoposa hakaret edilmesi halinde, hakaret eden kişiler işkence ile cezalandırılmaktaydı²⁰⁸.

Cermenlerde ise, başlarda yasak olan işkence, Cermenlerin Romalılarla ilişkisi içinde olan kabilelerinin de kölelerle sınırlı olmak üzere işkence uygulamaya başlamasıyla birlikte uygulanmaya başlanmıştır²⁰⁹. Görülüyor ki, Cermen topluluklarına işkence, Romalılarla ilişkileri dolayısıyla dahil olmuştur.

2. Ortaçağ Avrupa Hukukunda ve Müşterek Hukuk Döneminde

Neredeyse 1000 yıl süren ortaçağda Hristiyanlık oldukça yaygınlaşmış, hak ve özgürlüklere ilişkin bakış açısı oldukça değişmiş, yeni bir form almıştı. Tanrı karşısında tüm kişilerin eşit olduğu düşüncesinin benimsendiği bu dönemde, Roma ve Yunan dönemlerinde yaşananların aksine bireye ve haklarına daha fazla saygı duyulan bir bakış açısı benimsenmişti²¹⁰. İşte bu dönemde, önceleri işkence kilise tarafından kesinlikle reddedilmiş, Papa tarafından da kati suretle lanetlenmiş ve İspanya hariç tüm Avrupa hukuk sistemlerinde işkence uygulaması kalkmıştı²¹¹. 866 yılında Papa I. Nicolaus, işkence yoluyla kişileri yalan da olsa itirafa zorlamanın esas günah olduğunu söylemiş, doğal yasalar gibi ilahi kurallarında işkenceyi yasakladığına açıklık getirmişti. Ardından, Papa III. Innozenz de 1215 yılında işkencenin uygulanmaması gerektiğini ifade etmişti²¹².

İşkencenin meşruiyet kazandığı ve sistematik olarak uygulandığı bu dönemde ilk olarak Almanya’da uygulama bulan *Wiener Neustadt* Hukukunda 1221-1230

²⁰⁷ SCOTT, s. 63

²⁰⁸ Bu kişiler çok eski dönemlerde tüm elleri ve ayakları kesilerek cezalandırılırlardı. Iustinianus daha sonraki dönemlerde bu kuralı hafifletti ve bu kişilerin yalnızca eli kesilerek cezaları çektirilmeye başlandı. Bununla birlikte işkencenin hafifletildiği bu dönemde bu suçun cezalandırılması bakımından uygulanan bir diğer yöntem de sakatlama idi.(SCOTT, s. 63)

²⁰⁹ DEMİRBAŞ, s. 11; ÖNOK, s. 44

²¹⁰ ÜZÜLMEZ, s.26

²¹¹ ÜZÜLMEZ, s.26; İşkence usullerinin ülkeden ülkeye ve mahkemeden mahkemeye değişiklik gösterdiği bu dönemde; Paris’te su denemeleri, Normandiya’da kaba etlerin ezilmesi, İngiltere’de ateş, Toulouse’de ipe ellerin arkadan bağlanması yöntemleri uygulanmaktaydı. Bolonyalı İppoloto Marsili tarafından bulunan ve vücuda zarar vermeyen bir işkence yöntemi olduğu ileri sürülen uyanık tutma yöntemi, soruşturmacılar tarafından kullanılmıştı. (ÜZÜLMEZ, s. 27)

²¹² Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.:12, s. 5937; ÜZÜLMEZ, s.26

tarihleri boyunca resmi olarak “işkence uygulanması” düzenleme altına alınmıştır. 1270 yılı ile birlikte ise tüm Almanya’da işkence uygulaması serbest bırakılmıştır²¹³.

Ancak 12. Yüzyılda, dini kurallardan sapmaların ve kiliseye karşı itaatsizliklerin başlamasıyla, bu türden davranışlar kilise tarafından cezalandırılmaya başlanmıştı. Bunu takip eden dönemde de 1252 yılında Papa IV. Innozenz, “*Ad Extirpanra*” adlı bir kararname çıkarmış ve itiraf elde edilmesi amacıyla işkence uygulanmasının hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğini yani meşru kabul edileceğini açıklamıştı ve hatta Engizisyon mahkemesi de bu amaç için kullanılacak işkence aletlerini sağlamıştı²¹⁴. Yine 30.11.1259 tarihinde IV. Alexandre ve halefi V. Clemente işkence yapmak suretiyle ikrar alma yöntemini uygulamaya koymuştur²¹⁵. Yaklaşık 500 yıl boyunca da işkenceye Engizisyon muhakemesinde²¹⁶ başvurulmuş, ortaçağ Avrupa’sının ceza adalet sistemi de bu suretle şekillenmişti²¹⁷. Bu dönemde “*ruhun kurtuluşu*”na esas önem yüklenmişti. İşkence yoluyla alınan ikrarla ruhun temizlendiği kabul ediliyordu ve bu nedenle de işkenceyle çekilen acı önemsiz kabul ediliyordu²¹⁸.

Müşterek hukukun da ilk emsalleri olan, 1507’de Schwarzenberg’de yürürlüğe giren “*Consitutio Criminalis Bambergensis*” ve 1532’de V. Karl döneminde yürürlüğe giren “*Consitutio Criminalis Carolina*” uygulandıkları dönemlere damga vurmuşlardı. Düşünülenin aksine bu kanunlar²¹⁹ işkenceyi yasaklamamış aksine işkenceye ilişkin düzenlemeler getirmiş, kimlere ve ne suretle işkence uygulanabileceğini düzenlemiştir²²⁰.

²¹³ NUHOĞLU, s.540; ÖNOK, s. 45

²¹⁴ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.:12, s. 5937; DEMİRBAŞ, s.11; ÜZÜLMEZ, s.26; ÖNOK, s.44

²¹⁵ ÜZÜLMEZ, s.27

²¹⁶ Engizisyon, Roma Katolik Kilisesi tarafından din sapkınığını bastırmak ve ortadan kaldırmak amacıyla kurulmuş bir adalet mahkemesi ya da bu türden bir kürsü idi. Din sapkınığına karşı savaş vermek için çaba gösteriyorlardı. İlk Engizisyon 1233’te Toulouse’da, ikincisi ise beş yıl sonra Aragon’da kuruldu ve ardından bu mahkemeler Avrupa’da oldukça yaygın hale gelmişti. (SCOTT, s.81-82)

²¹⁷ DEMİRBAŞ, s.12

²¹⁸ ÖNOK, s.45

²¹⁹ Constitutio Criminalis Bambergensis m. 23, 29; Constitutio Criminalis Carolina m. 60, 69 işkenceye ilişkin kural ve usulleri açıklamaktadır. Carolina’da m. 6, 8, 9, 20-61 işkencenin keyfi olarak uygulanmasının önüne geçme amacı taşıyan ayrıntılı hükümlerdir. (ÜZÜLMEZ, s. 29); Constitutio Criminalis Carolina hakkında ayrıntılı bilgi için (Bkz. PETERS, Edvard, Torture, USA 1996, s. 238-250)

²²⁰ DEMİRBAŞ, s.12; ÜZÜLMEZ, s. 29; ÖNOK, s.46

Aynı dönemde Fransa'da da benzer durumlar söz konusu olmuştu. 1670 yılında yürürlüğe giren bir emirname ile Engizisyon muhakemesi oldukça yüceltilmiş ve tüm Avrupa için de örnek teşkil eder hale gelmişti. Bu dönemde sanık hakları tamamen geri plana itilmiş, tek amaç sanıktan itiraf elde etmek olmuştu. İşkence davalarda da mahkemelerin esas güvencesini teşkil etmekteydi. Bu dönemde sanığın suçunu itiraf etmesi dahi yeterli görülüyordu ve eğer ikrar sanığın ağır bir ceza almasına yeterli olmuyorsa, daha ağır bir suçu itiraf etmesi amacıyla işkence uygulanmaya devam ediliyordu²²¹. Salt ikrar elde amacıyla, sanığa isnat edilen suç bildirilmeksizin yahut müdafî ya da müşavir olmaksızın sorgulamalar gerçekleştiriliyordu²²². On yedinci yüzyıla gelindiğinde işkence, İskandinavya dışında tüm Avrupa'da ceza yargılamasının zorunlu bir parçası olarak kabul edilmişti²²³.

İşkencenin Avrupa'da sıradan bir uygulama haline gelmesinin ardından, kişilere çeşitli haklar tanınması ve bu hakların korunması, kralın yetkilerinin sınırlandırılması ve kanunlara uymasının sağlanabilmesi amacıyla 1215 yılında İngiltere'de *Lateran Klisesi Dördüncü Kurul Kararı* ve 15.6.1215 tarihli "*Magna Carta Libertatum*" (*Büyük Özgürlük Fermanı*) ilan edildi ve Magna Carta ile her ne sebeple olursa olsun kişilerin kötü muameleye maruz bırakılmayacağı ifade edildi²²⁴. Magna Carta'nın ardından, 1679 yılında "*Habeas Corpus*" isimli, kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alan oldukça önemli belge parlamentoca Kral Charles II'ye kabul ettirildi. Magna Carta'yı takiben de 1689 yılında ilan edilen "*Bill of Rights*", yine kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alan Parlamento ile Kral arasındaki bir diğer belge olarak kaydedildi. Bu gelişmelerden de anlaşıldığı üzere, işkencenin Avrupa'da en yaygın olduğu dönemde, İngiltere kişi dokunulmazlığı ve güvenliği bakımından oldukça önemli adımlar atmıştır²²⁵.

3. Aydınlanma Döneminde

İnsanlık tarihi boyunca, işkencenin uygulanmasına karşı çıkan ve bunun oldukça yararsız bir yöntem olduğunu savunanlar olmuştur. Ancak işkenceye karşı çıkanlar

²²¹ SCOTT, s. 79

²²² DEMİRBAŞ, s.12

²²³ SCOTT, s. 79

²²⁴ DEMİRBAŞ, s.13; NUHOĞLU, s.542; ÖNOK, s.46

²²⁵ DEMİRBAŞ, s.13; NUHOĞLU, s.542; ÖNOK, s. 46

da yalnızca meşru işkencenin karşısında durduklarından, bu yolda aranan muhalefet sağlanamamıştır.

Seneca, Cicero, Aziz Augustinus, ünlü Romalı hukukçular Ulpinus ve Tertullianus gibi oldukça önemli düşünürler de işkencenin yararsız olduğunu savunmuş; adaleti sağlama ve gerçeğe ulaşmada faydalı olmadığını dile getirmişlerdir²²⁶.

Aydınlanma çağına gelindiğinde, düşünürlerin işkence uygulamasına karşı çıkmasıyla birlikte, işkenceye karşı mücadele başlamış ve daha sonrasında da bu hareket çok önemli bir zafer kazanmıştır²²⁷.

Montesquieu ise İngilizlerin işkenceyi uygulamadığını ve bundan bir zarar görmediklerini ifade ederek, işkencenin hiçbir yararı olmadığını; aksine, gerçeğin elde edilmesine de yardım etmediğini ifade etmiştir. 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, sanki gerçeği dile getirmişler gibi. ... Demek oluyor ki işkence niteliği bakımından zorunlu bir şey değildir.*” ifadesiyle dile getirmiştir²²⁸.

Becceria, “*Yargılamanın yürütülmesi sırasında yapılan işkence*²²⁹, *ulusların büyük çoğunluğunda kullanılan bir zorbalıktır.*” ifadesiyle işkenceye karşı bakış açısını açıklıkla ortaya koymuştur.²³⁰ Yine Becceria’ya göre, işkence asla tam anlamıyla amacına ulaşamayacaktı. Güçlü ve dayanıklı ancak suçlu kimseler işkence karşısında güçlü kalabilecek ve kurtulabilecekken, suçsuz ancak sıksa kişiler,

²²⁶ SCOTT, s.146

²²⁷ İşkencenin tarihi teoriyle pratik arasında farklılık gösterir. İşkenceye karşı çok büyük ve kesin bir muhalefet sergilenmişse de bu muhalif hareketler işkenceye karşı pratiğe çok sonra geçebilmiştir. Bunun en açık örneği de İngiltere’nin işkenceye karşı izlediği tutum karşısında işkenceyi uygulamış olmasıdır. (SCOTT, s.146)

²²⁸ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Esprit des Lois), çev:Fehmi BALDAŞ, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, s.118

²²⁹ Becceria’ya göre “*işkence, suçluya kimi zaman bir suçu söyletmek, kimi zaman suçunun düştüğü çelişkileri gidermek, kimi zaman suç ortaklarını ortaya çıkartmak, kimi zaman ne olduğunu bir türlü anlayamadığım şu doğa ötesi ve akıl almaz arındırma yöntemleri ile suçluyu aşağılanmışlık/omursuzluk lekesinden sözde kurtarmak, kimi zaman da suçlanabileceği, fakat henüz suçlanmadığı suçlarını öğrenmek amacıyla yapılmaktadır.*” (BECCERIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, çev: Sami SELÇUK, İmge Kitabevi, Ankara 2010, s. 85

²³⁰ BECCERIA, s. 85

işkenceye dayanamayacak ve işlemedikleri suçları yalan da olsa ikrar edeceklerdi²³¹. Böylece, ne adalet tecelli edecek, ne de maddi gerçeğe ulaşılabilecektir. 1764 yılında Becceria da dile getirdiği bu düşünceleri ile işkenceye karşı tutumunu açık bir şekilde ortaya koymuştur.

Tüm bu düşüncelerin açığa çıkmasının sonucu olarak, 19. Yüzyılın ortalarına kadar bazı ülkelerde işkence uygulanmaya devam etse de, birçok ülkede yavaş yavaş ortadan kalkmaya başlamıştır. Bu kapsamda işkence ilk olarak 1734 yılında İsveç'te kaldırılmıştır²³². Prusya'da da 3.6.1740 tarihinde devlete karşı suçlar ve bir takım ağır suçlar hariç olmak üzere işkencenin uygulaması kısmi olarak, 1756 yılında ise hiçbir istisna için dahi uygulanmamak üzere kaldırılmıştır. Prusya'da ise resmi olarak Ancak 1805 yılında işkence yasaklanabilmiştir²³³. Diğer yandan Almanya'da da 1831 tarihinde, işkenceyi kaldıran son devlet Baden olmuştur²³⁴.

Yasal işkence öncelikle, 1640 yılında İngiltere'de kaldırılmış; aynı doğrultuda bir yasak da İskoçya'da 1708 tarihli Treason Act isimli bir belge ile düzenlenmiştir²³⁵. işkence adı altında olmayan ancak aynı amaçlara hizmet eden ve sıklıkla başvurulan kazığa bağlama uygulaması ise Fransa'da 1789 yılında, teşhir tahtası da 1837 yılında kaldırmıştır. 1708 yılında da İskoçya'da Meclis kararıyla işkence kaldırılmıştır²³⁶.

Fransa'da özgürlükçü düşünürlerin benimsediği aydınlık felsefenin ve 1789 yılında gerçekleşen Fransız Devriminin de etkisiyle, 26.8.1789 tarihinde "İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi" ilan edilmiş ve bildirinin esas olarak koruma sağladığı temel hak ve özgürlükler dahilinde, her türlü kötü muamele ve sert davranış yasaklanmıştır²³⁷. İnsan Hakları Bildirgesine göre, ne koşulda uygulanırsa uygulansın, işkence zalimane ve olağandışı bir cezalandırma yöntemidir²³⁸. Yine bu bildiriyle, m. 8 ve 9'da masumiyet karinesi kabul edilmiş; aynı ilke 1791 tarihli

²³¹ BECCERIA, s.86, 90

²³² NUHOĞLU, s.541; ÖNOK, s.47

²³³ NUHOĞLU, s.541; ÖNOK, s.47

²³⁴ SCOTT, s.147; DEMİRBAŞ, s.14; 1754 yılında Prusya'da hiçbir istisna için geçerli olmamak üzere kaldırılmıştır. (NUHOĞLU, s.541); ÜZÜLMEZ, s.35

²³⁵ GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusaltüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, (İşkencenin Önlenmesi), İstanbul 1990, Amaç Yayıncılık, s.36

²³⁶ SCOTT, s. 148; ÜZÜLMEZ, s.35, 36

²³⁷ DEMİRBAŞ, s.15; NUHOĞLU, s.542; ÜZÜLMEZ, s.35

²³⁸ SCOTT, s.146; NUHOĞLU, s.542

Fransız Anayasası m.9'da, “Her insan, suçlu olduğu (hükümle) açıklanmıncaya değin suçsuz sayılacağından sanığın tutuklanmasının zorunlu olduğu halde emniyete alınması için gerekli olmayan şiddet kesinlikle yasaklanmalıdır.” ifadeleriyle tekrarlanarak vurgulanmış ve yine benzer bir şekilde 1971 tarihli Ceza Kanunu'nda aynı paralelde hareket edilmiştir. Bu gelişmelerden sonra Fransa'da tahkik sistemi 1791'de, hazırlık işkencesi 1780'de, ön işkence 1788'de yasaklanmış, 1789'da ise kazığa bağlama ilga edilmiş, işkence tezgahı ve kırbaçlama yasaklanmıştır²³⁹. Ancak kızgın demirle damgalama, 1832 yılına kadar uygulanmıştır²⁴⁰.

12.06.1776 tarihinde Amerika'da da Virginia Meclisi tarafından “Haklar Bildirisi” kabul edilmiştir. Bu bildirinin 8. maddesi “Hiç kimse kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz.” ifadesi ile işkenceyi yasaklamıştır²⁴¹. Yine aynı yıl Avusturya ve Portekiz'de de işkence yasaklanmıştır²⁴². Diğer yanda ise Kilise Hukuku bakımından işkencenin resmi şekilde yasaklanması 1816 yılında çıkarılan bir fermanla olmuştur²⁴³.

Bu gelişmelerin yanı sıra, İngiliz ve Fransız hukukunda meydana gelen bu değişimlerin etkisiyle, ceza yargılaması için kabul edilen ilkeler de ortaya çıkmış ve gelişmeye başlamıştır. Bu ilkelerin de etkisiyle 14.04.1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu m. 319'da zorla ifade alma (işkence) suç olarak düzenlenmiştir²⁴⁴. Yine 18.04.1869 tarihli İsviçre Zürih Kantonu Anayasası, madde 7/3'te de işkence suretiyle delil elde edilemeyeceği; Ceza Yargılaması Kanunu m. 154'te ise, vaat, aldatma ya da tehdit veya zorlama yoluyla delil elde edilemeyeceği ifade edilmiştir²⁴⁵.

Aydınlanma çağı ve ilk hareketleri Fransa'da başlayan aydınlanma felsefesinin etkisi ve İkinci Dünya Savaşı'nda yaşananlar ile birlikte bireye verilen önem artmış, temel hak ve özgürlüklerin korunması, insanın insan olması dolayısıyla sahip olduğu kişilik haklarının yüceltilmesi amacıyla harekete geçilmiş; kişi, devlet

²³⁹ SCOTT, s.148

²⁴⁰ SCOTT, s.148

²⁴¹ DEMİRBAŞ, s.15

²⁴² NUHOĞLU, s.542

²⁴³ ÖNOK, s.47

²⁴⁴ ÜZÜLMEZ, s.36; ÖNOK, s.49

²⁴⁵ ÜZÜLMEZ, s.36

karşısında hak ve yetkilerle donanmış bir varlık konumuna gelmiştir. Özellikle Fransa ve Amerika'da yayınlanan bildiriler de bu hareketleri güçlendirmiş ve o döneme kadar meşru ve yargılamanın da olmazsa olmaz bir parçası olarak görülen işkence yasaklanmaya başlanmış ve 19. Yüzyılın ortalarında da tamamen yasaklanmış ve uygulaması da terkedilmiştir.

Uluslararası boyutta bu konuda birçok bildiri yayınlanmış, devletlerarası anlaşmalar yapılmış ve sözleşmeler imzalanmıştır. İşkence yasağına ilişkin yapılan ilk uluslararası düzenleme ise 10.12.1948 tarihli ve BM Genel Kurulunca kabul edilmiş olan *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*'dir. Bunu takip eden süreçte de bu konu üzerine oldukça fazla belge gündeme gelmiştir. Bu belgeleri daha sonra ayrıntılı olarak inceleyeceğimizden burada konuya ilişkin ayrıntılara yer vermiyoruz.

C. Türk Hukukunda

İslamiyet öncesinde Türk devletleri işkence uygulamamış; İslamiyet'in kabulünden sonra da işkence hukuki nitelik kazanmamış, dolayısıyla da ne diğer Türk devletlerinde ne de Osmanlı Devleti'nde işkence uygulama bulmamıştır²⁴⁶. Görüldüğü üzere, Türk devletleri, Avrupa'da işkencenin bir salgın gibi yayıldığı dönemlerde işkence uygulamamıştır.

3.11.1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu ve 18.02.1856 tarihli Islahat Fermanı, Avrupa baskısıyla hazırlanan Tanzimat Fermanlarındandır ve kişilere karşı eziyet ve işkenceyi yasaklamışlardır. 1856 tarihli Islahat Fermanı'nda, tutukluluk ve hükümlülük şartlarının iyileştirilmesi, fiziksel her türlü ceza, eziyet, işkence ve benzer uygulamalara son verilmesi, buna aykırı davranan ve emir veren memurların derhal cezalandırılacağı ifade edilmiştir²⁴⁷. Tanzimat döneminde yürürlüğe girmiş olan Kanun-ı Cezanın 3. faslının 1. maddesi ve Kanun-ı Cedidin 2. faslının 4 maddesi, kamu görevlileri tarafından kişilere kötü muamele edilmesini suç olarak düzenlemiştir²⁴⁸.

²⁴⁶ DEMİRBAŞ, s.17; İslamiyetin kabulünden önceki dönemde "itham sistemi" ilkelerine göre, aleni ve sözlü yargılama yapılmaktaydı; bunun doğal sonucu olarak da işkence bu dönemde uygulama bulmamıştır. Yine İslamiyet'in kabulünden sonraki dönemde de gerek İslam hukukunda benimsenen ilkeler ve gerekse Kur'an'da işkencenin yasak ve günah olduğuna işaret eden birçok ayet gereğince işkence uygulanan bir yöntem olmamıştır.(ÜZÜLMEZ, s. 38 vd.)

²⁴⁷ ÜZÜLMEZ, s.49

²⁴⁸ DEMİRBAŞ, s.17

İşkence suçu, Osmanlı Devletinde ilk kez 1858 yılında Ceza Kânunname-i Humâyunu'nun 103. maddesinde²⁴⁹ düzenleme bulmuştur. Aynı zamanda bu hüküm 765 sayılı TCK m. 243'ün de temelini oluşturmuştur²⁵⁰.

1876 Anayasa'sı m. 26 hükmünde de "İşkence vesair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur." ifadeleriyle işkence yasağına anayasal boyutta yer verilmiştir²⁵¹.

Tanzimat Fermanı ile başlayan ve onu takip eden süreçte kişi hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik olarak oldukça önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu gelişmeler, kişilerin vücut bütünlüklerinin ve temel haklarının en az düzeyde ihlal edilmesi anlamında oldukça önemli olmuştur. Avrupa'nın işkence ile kişi hak ve özgürlüklerine karşı gerçekleştirdiği ihlaller ile sarsılmakta olduğu bu dönemlerde gerek Osmanlı Döneminde ve gerekse daha önceki dönemlerde işkenceye yer verilmemesi ve Avrupa'da gerçekleşen düşünsel hareketlerle birlikte kişi özgürlüklerini koruma yolunda daha ileri taşıyıcı adımlar atılması sevindirici olmuştur.

III. İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN DİĞER ULUSLARARASI BELGELER

A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi²⁵² (10 Aralık 1948)

BM Şartı'nda insan hakları kavramına oldukça fazla değinilmişse de bu haklar içerik ve kapsam bakımından açıklığa kavuşturulmamış, somutlaştırılmamıştır. Bununla birlikte, İkinci Dünya Savaşı sonrasında toplumların *sine qua non* unsuru olan insan haklarının korunması ve ulusal düzenlemelerin ötesinde, uluslararası

²⁴⁹ Ceza Kânunname-i Humâyunu m. 103; "Mehâkım ve meclis erbabından ve sair memurin-i devletten biri mütehem olarak eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeği hüküm ve icra eder ise muvakatene kalebentlik ve müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezaları ile mücâzât olunur. Ve bunu maiyet memurları mâfevkinde bulunan âmirlerinin emri ile yapmış ise bu cezalar emri eden kimse hakkında icra kılınır ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güne zarar ve noksan isabet eyler ise buna cüret eden memur hakkında kâtil veyahut cârih cezası dahil icra edilir." Şeklinde düzenleme bulmuştur.

²⁵⁰ DEMİRBAŞ, s.18; ÜZÜLMEZ, s.50

²⁵¹ DEMİRBAŞ, s.18; ÜZÜLMEZ, s.50

²⁵² Metnin orijinal adı, *Universal Declaration of Human Rights*'tir.

boyutta korunmasının sağlanması amacıyla ilk olarak Birleşmiş Milletler Örgütü çerçevesinde, insan haklarının daha ileri boyuta taşınması amacıyla eyleme geçilmiştir²⁵³. BM Şartı'nda insan haklarının korunması amacıyla üç aşamalı bir plan öngörülmüştür; bildirme sunulacak, sözleşmeler hazırlanacak ve hakları koruma altına alacak koruyucu mekanizmalar inşa edilecektir²⁵⁴. Bu üç aşamalı planın gerçekleştirilmesi için öncelikle, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 1946 yılında konu üzerine çalışma yapması amacıyla BM İnsan Hakları Komisyonu kurulmuştur. Komisyon 1948 yılında konuya ilişkin hazırlık çalışmalarını tamamlayarak, bildirme tasarısını BM Genel Kuruluna iletmiştir²⁵⁵. Temel insan hakları, insan onuru ve değeri, kişiler arası eşitliğin sağlanması hususlarında daha yüksek standartlara ulaşılabilmesi amacıyla, insanların direnmesine gerek kalmaksızın onları koruyacak üstün bir hukuk mekanizmasının sağlanması amacıyla harekete geçen BM Genel Kurulu, BM'ye üye devletlerin işbirliğinin sağlanması ve ortak bir değerler düzeyine ulaşılabilmesi amacıyla, 10.12.1948 tarihli 217 A (III) sayılı kararıyla, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ni kabul ve ilan etmiştir²⁵⁶. Bildiri, yalnızca kişi haklarını ya da siyasi hakları koruma altına almayıp, sosyal, ekonomik ve kültürel hakları da koruma altına almıştır.

Bildirinin işkenceye ilişkin düzenlemesi, 5. maddede yer almaktadır. Maddede " *Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.*" şeklinde işkence yasağı açık bir dille ifade edilmiştir²⁵⁷. Buna göre bildiriye katılan devletler, kişilere işkence, insanlık dışı yahut onur kırıcı davranışlar uygulayamayacak, bu nitelikte cezaları çektiremeyecektir. Bildiri, uluslararası anlamda bir anlaşma ya da sözleşme değildir. Ancak, evrensel anlamda oldukça önem taşıyan uluslararası bir belgedir. Yani bağlayıcı nitelik taşıyor olsa da; siyasal ve ahlaki olarak taşıdığı anlam oldukça

²⁵³ KAPANİ, s. 23; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 5

²⁵⁴ REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 8; DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 37; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 5

²⁵⁵ REİSOĞLU, s. 8; ÖNOK, s. 63

²⁵⁶ DÖNER, s.37; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 5; ÖNOK, S.63

²⁵⁷ Bildiri hazırlanırken ifade edilen, Naziler ve faşistler tarafından yakın geçmişte uygulanan, ortaçağ işkence yöntemleri ve zalimane cezanın ortadan kaldırılması yönündeki temenni, işkence sorununun Bildiri hazırlanırken nasıl algılanmakta olduğunu ilginç bir şekilde göstermektedir. Bkz. GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.47; GEMALMAZ, Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, (YHİY), Kavram Yayınları, 2. Baskı, 1994 İstanbul, s. 170)

fazladır²⁵⁸. Bu nedenle de katılımcı devletler, iç hukukundaki düzenleme ve uygulamaları bildiri doğrultusunda gerçekleştirmektedirler. Dolayısıyla bildiri, uluslararası bağlayıcılığı olan bir gelenek yasası halini almıştır²⁵⁹.

Türkiye ise bildiriye, 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla benimsemiş ve bildiriye kabul ettiğini 27.5.1949 tarih ve 7217 sayılı Resmî Gazetede yayımlayarak, İHEB'e katıldığını ilan etmiştir²⁶⁰.

İfade etmiş olduğumuz gibi bağlayıcı nitelik taşımasa da bildiri, BM Genel Kurulunun insan haklarına ilişkin aldığı kararlara, daha sonraki dönemlerde insan hakları konusunda hazırlanan sözleşmelere, yasalara, ulusal düzenlemelere, mahkeme kararlarına dayanak olmuştur²⁶¹. Kısacası, bağlayıcılık noktasında zayıf olan bu sözleşme, insan hakları açısından yeni bir dönem başlatmış ve beraberinde oldukça önemli gelişmeleri de getirmiştir. Bu nedenle İHEB'in temel taşı niteliğinde bir insan hakları kaynağı olduğu ifade edilmelidir.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (4 Kasım1950)

İnsan hakları ile temel hak ve özgürlükler bakımından oldukça önemli olan ve esasında çalışmamızın da temel dayanağını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve özellikle de sözleşmenin işkence yasağına ilişkin hükmü olan “İşkence Yasağı” başlıklı 3. maddesini ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alacağız.

C. BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (16.12.1966)

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi Birleşmiş Milletler Şartı'nda sayılmış olan kişi hak ve özgürlüklerinin somutlaştırılması ve bu hakların korunması amacıyla bir denetim mekanizması oluşturulması için üç farklı aşamadan oluşan bir süreç öngörülmüş ve bu sürecin ilk aşaması olarak da bağlayıcı nitelikte olmayan ancak yol gösterici nitelikli İHEB 1948 yılında BM Genel Kurulu tarafından ilan edilmiştir.

²⁵⁸ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.46; DEMİRBAŞ, s. 20; DÖNER, s. 39; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 5; ÖNOK, S.63

²⁵⁹ KAPANİ, s.27; REİSOĞLU, s. 8; ÖNOK, s. 63; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 6

²⁶⁰ ÖNOK, s. 63

²⁶¹ KAPANİ, s. 28-29, ÖNOK, s. 64

Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla öngörülen ikinci aşama olan bağlayıcı nitelikte ve uluslararası geçerliliği olan sözleşmelerin hazırlanması aşaması olan ikinci aşamaya ise, İHEB'in ilan edilmesinin ardından hemen 1949 yılında geçilmiş ve BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından çalışmalara başlanmıştır²⁶².

1949 yılında çalışmaların başlamasının ardından İnsan Hakları Komisyonu, 1950 yılında BM Genel Kurulu'na sözleşme tasarısını sunmuş ancak bu tasarının Doğu-Batı Bloğu devletleri arasındaki anlaşmazlık nedeniyle reddedilmesi üzerine çalışmalarına devam etmiştir²⁶³. Devam eden çalışmaların ardından Komisyon, "İkiz Sözleşmeler" olarak anılan ve farklı hak gruplarını korumayı amaçlayan, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi Tasarısı ve BM Ekonomi, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi Tasarısı olmak üzere iki farklı sözleşme tasarısı Genel Kurul'a sunulmuştur²⁶⁴.

İnsan Hakları Komisyonunun hazırlamış olduğu, İşkence yasağı bakımından önem taşıyan BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, BM Genel Kurulunca 16.12.1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı Genel Kurul Kararıyla kabul edilmiş, 23.03.1976'da ise yeter sayıda onay alarak yürürlüğe girmiştir²⁶⁵.

Sözleşme, 14.08.2000'de Türkiye tarafından imzalanmış ve 4.6.2003 tarih ve 4668 sayılı uygun bulma kanununun 18.06.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir. Bunun yanında sözleşmeye ek protokol de 03.02.2004 tarihinde imzalanmış ve Bakanlar Kurulu'nun 29.6.2006 tarihli kararıyla onaylanmasının uygun olduğu kararı verilmiştir²⁶⁶.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (KvSKUS) ile BM, BM Şartı'nda ve İHEB'de açıklanan, ancak somutlaştırılmamış ve tam anlamıyla koruma altına alınamamış olan kişi hak ve özgürlüklerinin somutlaştırılması ve korunması amacıyla bir denetim mekanizması oluşturulmasını amaçlamıştır. Sözleşmeye taraf

²⁶² KAPANİ, s. 32; REİSOĞLU, s. 13; ÖNOK, s.64; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.6

²⁶³ DÖNER, s. 40; ÖNOK, s.64; Doğu Bloku ve Üçüncü Dünya Ülkeleri, Evrensel Bildirgedeki ekonomik, sosyal, kültürel ve başka nitelikteki diğer hakların da sözleşmeye dahil edilmesi önerisinde bulunmuş ve bu öneri Genel Kurul tarafından kabul edilmiştir. Bunun üzerine Komisyon, İkiz sözleşmeler üzerinde çalışmaya başlamıştır. (GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.6)

²⁶⁴ ÖNOK, s.64

²⁶⁵ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.47; DEMİRBAŞ, s. 20; DÖNER, s. 40; ÖNOK, s. 65

²⁶⁶ RG: 05.08.2006, No: 26250

olan devletler de, sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri hiçbir fark gözetmeksizin herkese sağlayacağını kabul etmiştir²⁶⁷.

Kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin hakları düzenleme altına alan KvSKUS'nin 7. maddesinde, “Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.” ifadesiyle işkence yasağı getirilmiştir²⁶⁸. KvSKUS m. 7 ile getirilen bu yasağın son cümlesi, yani kimsenin rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamayacağı ifadesi dışında, bu sözleşmeyi takip eden uluslararası belgelerde de tekrarlanmıştır. Yine bu sözleşmenin 10. maddesinde, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kimselerin insani muamelelere tabi tutulması ve doğuştan sahip oldukları kişi onuruna saygılı davranılması gerektiği ifade edilmiştir. Ek olarak, m. 14/3-g’de de, kimsenin kendi aleyhine tanıklığa yahut suç itirafına zorlanamayacağına ilişkin bir ifadeye yer verilmiştir. Burada “zorlanamayacağı” ifadesi bizi yine işkence yasağına götürecektir ki bu hüküm de işkence yasağı ve adil yargılanma hakkı bakımından oldukça önem taşımaktadır. Sözleşmenin bir diğer oldukça önem taşıyan ve AIHS m.15’te de yer alan hükmü 14. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, hiçbir olağanüstü durum gerekçe gösterilerek 7. madde aracılığı ile koruma altına alınan işkence yasağı ihlal edilemeyecektir²⁶⁹.

28. maddede de taraf devletlerin üyelerinden oluşacak ve dönemsel raporlar ve devletlerarası başvurular üzerinden koruma sağlayacak bir denetim mekanizmasının kurulması öngörülmüştür: İnsan Hakları Komitesi. Komite, devletlerin sunmakla yükümlü olduğu raporları, devletlerarası şikayet başvurularını ve bireysel şikayet başvurularını ve m. 40/4 gereğince yorumlanma ihtiyacı olan sözleşme kurallarına açıklık getirmek amacıyla “genel yorum”²⁷⁰ yapmakla

²⁶⁷ DÖNER, s. 41; ÖNOK, s.65

²⁶⁸ Sözleşmenin hazırlık aşamaları oldukça uzun sürmüş, bu süreçte işkence kavramının ne şekilde biçimlendirilmesi gerektiği yönünde çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bu süreç sonucunda şekillenen ve sözleşmedeki halini olan tanım, olabildiğince geniş tutulmuş, bu yolla sağlayacağı koruma alanının da geniş olması amaçlanmıştır. (GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.49-50); REİSOĞLU, s. 14

²⁶⁹ REİSOĞLU, s. 16

²⁷⁰ Örneğin, İnsan Hakları Komitesi'nin 2001 tarih ve 20 sayılı Genel Yorumunda, resmi sıfatı haiz olmayan özel kişilerin de işkence suçunun faili olabilecekleri ortaya koyulmuştur. (ÖNOK, s.66)

yetkilidir²⁷¹. Komite işte bu yetkileri aracılığıyla sözleşmeye aykırılık iddialarını değerlendirecektir.

Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği iddiası söz konusu olduğunda, şikâyetçi taraf devlet, diğer devlete bir açıklama gönderir ve eğer üç ay içerisinde bu usulden bir çözüm alamazsa, olayı Komite'nin önüne getirebilir. Komite, olay hakkında yapacağı değerlendirme üzerine, bir rapor hazırlar ve raporu çözüm önerisiyle birlikte BM Genel Sekreteri aracılığıyla taraf devletlere gönderir. Eğer bu yolla bir sonuç elde edilemezse, Komite ilgili devletlerin rızasının bulunması koşuluyla, dostane çözüme uzlaşılması amacıyla *ad hoc* bir Uzlaştırma Komisyonu tayin eder²⁷². Ancak bu yolla da bir sonuca ulaşılamamış ve taraf devletler dostane çözüm önerilerini kabul etmemişlerse, Komite'nin ihlal iddiaları hakkında yapabilecekleri tükenecektir; Komite'nin ihlal tespitinde bulunma, uyarıda bulunma, kınama, tazminat tayin etme gibi yetkileri yoktur²⁷³. Yani anlaşılacağı üzere, Sözleşme, insan hakları koruma mekanizması oluşturmuşsa da, yaptırım takdir etme yetkisi bulunmadığından AIHM'e kıyasla oldukça hafif niteliktedir.

D. İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi²⁷⁴ (10.12.1984)

Bu sözleşme esasen BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3452 (XXX) sayılı kararıyla kabul edilen "*Tüm Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi*"²⁷⁵ nin daha etkin bir hal almasının sağlanabilmesi amacıyla hazırlanmıştır²⁷⁶. Söz konusu bildiri, İHEB ve KvsKUS ile belirlenmiş olan işkence

²⁷¹ KAPANİ, s. 33; DÖNER, s. 44; ÖNOK, s.66

²⁷² KAPANİ, s. 34-35; REİSOĞLU, s. 17; DÖNER, s.45; Denetim mekanizmasının niteliği belirlenmesi aşamasında da Doğu Bloku ve Batı Bloku arasında sorun yaşandı. Batı Bloku devletleri, ulusal koruma üzerinde denetim yapacak ve ihlaller hususunda denge sağlayacak yargısal nitelikte bir mekanizma kurulmasını amaçlamaktaydı. Ancak Doğu Bloku devletleri, insan haklarının korunmasının devletlerin iç işlerine ilişkin bir konu olduğunu ve uluslararası yargısal bir denetim mekanizmasının devletlerin iç işlerine ve egemenliklerine ihlal niteliği taşıyacağı düşüncesiyle böyle bir denetim mekanizması kurulmasına karşı çıkmıştı. Sonuç olarak da "*durum saptaması*" ya da "*dostane çözüm*" yapacak bir usul benimsendi. (GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.6-7)

²⁷³ ÖNOK, s.65-66

²⁷⁴ Metnin orijinal adı, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*'tir.

²⁷⁵ Bildirinin orijinal adı, "*Declaration On The Protection Of All Persons From Being Subjected To Torture And Orher Cruel, Inhuman Or Degrading Treatment Or Punishment*"tır.

²⁷⁶ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.197-198; REİSOĞLU, s. 22; ÖNOK, s.70

yaşasına ilişkin hususları daha ayrıntılı şekilde ele almış ve AİHS'te de benimsenen şekilde işkence yaşasına ilişkin devletlerin üstlenmiş olduğu negatif yükümlülüklerin yanında usuli ve pozitif yükümlülüklerle de açıklık getirmiştir. BM Genel Kurulu, bildiride ifade edilen kuralların etkili biçimde hayata geçirilmesini sağlamak ve ihlallere ilişkin denetimin yapılmasını sağlamak amacıyla İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni 10.12.1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul etmiştir²⁷⁷. 26 Haziran 1987'de yürürlüğe giren Sözleşmeyi Türkiye de, 10.08.1988 tarihli ve 19895 sayılı Resmi Gazetede bir beyan bir de itirazı kayıt²⁷⁸ ile birlikte yayımlamak suretiyle onaylamıştır.

Sözleşmede yalnızca işkence yaşağı ifade edilmemiş; bu yaşağın güçlendirilmesi ve denetlenmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Keza, sözleşmenin başlangıç kısmında da İHEB m.5'in, KvSKUS m. 7'nin ve 1975 tarihli Tüm Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi'nin dikkate alındığı; sözleşme ile evrensel olarak işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yahut cezalara karşı yürütülen mücadelenin daha etkin hale getirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu amaç doğrultusunda da, 1975 tarihli bildiriden farklı olarak hem çok daha fazla sayıda eylemin işkence yaşağına aykırılık teşkil edeceği gösterilmiş, hem de kamu görevlisinin işkenceye olan katkısının ispatı bakımından sınır aşığı çekilmiş, ispatı kolaylaştırılmıştır²⁷⁹.

Sözleşmenin ilk maddesinde işkencenin tanımına, 2.-16. maddelerinde devletlerin yükümlülüklerine ve 17.-24. maddelerinde ise koruma ve denetim

²⁷⁷ GEMALMAZ, M. Semih, İşkence Yaşasına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul 2001, s.44

²⁷⁸ 29.04.1988 tarihli ve 197999 sayılı Resmi Gazetede Sözleşmeye ilişkin yer alan beyan ve ihtirazi kayıt:

Beyan: "Türkiye Cumhuriyet Hükümeti Sözleşmenin 21. madde 1. Paragrafı uyarınca, bir Taraf Devletçe diğer bir Taraf Devletin bu Sözleşmeye göre mükellefiyetlerini yerine getirmediği hususunda yapılacak şikayetleri kabul etmek ve incelemek için İşkencenin Önlenmesi Komitesinin yetkisini tanıdığını beyan eder.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, sözleşmenin 22. madde 1. Paragrafı uyarınca, ihlalinden mağdur olduğunu iddia eden, kendi yargısına tabi kişilerden gelen veya onlar adına yapılan şikayetleri kabul etmek ve incelemek için İşkenceyi Önleme Komitesinin yetkisini tanıdığını beyan eder."

İhtirazi Kayıt:

"Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, sözleşmenin 30. madde 2. Paragrafı Uyarınca aynı maddenin 1. paragrafı ile kendisini bağı addetmediğini beyan eder."

²⁷⁹ ALGAN, Bülent, "İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu", (ZABUNOĞLU), Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 6

sistemlerine yer verilmiştir. Sözleşmenin 1.maddesinde “işkence”nin tanımına yer verilmiştir buna göre: “Sözleşme amaçlarına göre, “**İşkence**” terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım 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.

Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata helal getirmez.”. Bunun yanında sözleşmenin 16. maddesinde de işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayrı insani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiiller de koruma altına alınmış ve bu suretle işkence kadar ağır olmayan davranış ve cezalarında yasak kapsamına dahil edilmesi sağlanmıştır²⁸⁰.

Yine sözleşmenin 2/2. maddesinde diğer sözleşmelerde de olduğu gibi işkence görmeme hakkının mutlak surette bir hak olduğu ve olağanüstü haller söz konusu olduğunda dahi ihlal edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ek olarak m. 2/3'e göre de amirin emrinin yerine getirilmesi durumu da işkenceyi meşru kılmayacaktır. 3. madde ile işkenceye tabi tutulma tehlikesinin bulunduğu haller bakımından suçluların iadesi ve sınır dışı edilmesi yasaklanmıştır²⁸¹. 4. maddede ise özellikle işkence yasağına ilişkin devletlerin pozitif yükümlülükleri bakımından önemli bir maddedir; madde ile devletlere işkenceyi suç olarak öngören ve cezalandırmaya yönelik etkili ve işkencenin ağırlığını karşılayacak ağırlıkta kanunlar yapılması öngörülmektedir²⁸². Diğer yandan sözleşmenin 5.-9. maddelerinde işkence suçunun vuku bulduğu haller bakımından taraf devletlerarasında iş birliği ve iadeye ilişkin hususlar düzenlenmiştir²⁸³. 11.-13. maddelerde ise işkence suçuna ilişkin etkili soruşturma ve kovuşturma yapılması ve hükmedilen cezaların çektirilmesine ilişkin

²⁸⁰ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.212; REİSOĞLU, s. 23

²⁸¹ Konuya ilişkin AIHM kararları için bkz. *Jabari/Türkiye*, B.N. 40035/98, T. 11.07.2000, p. 38, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 23.07.2015); *Chahal/Birleşik Krallık*, B.N. 22414/93, T. 15.11.1996, p. 73, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 23.07.2015); *Gebremedhin/Fransa*, B.N. 25389/05, T. 26.07.2007, p. 58, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 23.07.2015)

²⁸² GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.214; ALGAN, Zabunoğlu, s. 6

²⁸³ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.214; ALGAN, Zabunoğlu, s. 6

düzenlemelere yer verilmiştir. Görüldüğü gibi sözleşmenin ilk bölümünde işkenceyi önlemeye yönelik yerinde hükümlere yer verilmiştir. Devletler sözleşmeye taraf olmakla, bu yükümlülükleri yerine getirmeyi üstlenmişlerdir. İşkence yasağını destekleyici nitelikteki bu hükümler ile işkencenin önlenmesi amaçlanmıştır. Sözleşmede işkence ile işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayrı insani veya küçültücü muamele veya cezalar arasında bir ağırlık farkının mevcut olduğu ortaya konmuştur; fakat 16/1. maddenin son cümlesindeki ifade ile tüm bu fiiller bakımından da aynı koruma mekanizmasının geçerli olduğu ve sözleşmedeki destekleyici hükümlerin 16. maddede yer alan fiiller bakımından da uygulanması gerekliliği ifade edilmiştir.

Sözleşmede devletlerin zorunlu olarak rapor sunması ve bunun yanı sıra ihtiyari, bireysel ve devletlerarası olmak üzere üç ayrı başvuru usulü ile bir denetim mekanizması öngörülmüştür²⁸⁴. Sözleşmenin yorumlanması ya da uygulanması noktasında devletlerarasında anlaşmazlık çıkması ve bu sorunun görüşmeler sonucunda çözüme kavuşturulması mümkün olmazsa, anlaşmazlığın taraflarından birinin talebi halinde, uyuşmazlığın çözümü amacıyla ihtilaf hakeme iletilir. Taraflar, talep yapılmasını takiben altı ay içinde hakemliğin oluşturulmasında anlaşamazlarsa, uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na taşıyarak çözüm arayabileceklerdir²⁸⁵. Ancak m. 30/2'ye göre devletler sözleşmeyi imzalarken bu hususta çekince koyabilecek ve m. 30/1 ile bağlı olmaktan kaçınabilecektir. Kaldı ki Türkiye de sözleşmenin 30/1. maddesi ile bağlı olmadığına dair itirazı kayıt koymak suretiyle sözleşmeyi onaylamıştır.

Sözleşmenin 17 vd. maddelerinde İşkenceye Karşı Komite kurulması ve komitenin yetkileri, çalışma esasları belirlenmiştir. Devletlere pozitif, negatif ve usuli yükümlülükler getiren sözleşmenin uygulanıp uygulanmadığı hususunda denetim bu Komite (*İşkenceye Karşı Komite/Committee Against Torture-CAT*) tarafından yapılacaktır. Yargısal niteliği hazi olmayan bu komite; başta AİHS olmak üzere, Avrupa Konseyinin oluşturduğu koruma sistemini tamamlayıcı nitelik taşır ve işkence ile benzeri muamelelerin önlenmesine yönelik çalışmalar yürütür²⁸⁶.

²⁸⁴ DÖNER, s. 54; ALGAN, Zabunoğlu, s. 6

²⁸⁵ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.237; REİSOĞLU, s.28; DÖNER, s. 55-56; ÖNOK, s.77

²⁸⁶ ÖNOK, s. 93

Sözleşme sisteminin oluşturduğu en ağır yaptırım sistemi; Komite'nin yaptığı inceleme sonucunda alınan kötü muamele duyumunun yeterli bulgularla desteklenmesi halinde yıllık raporlar yayınlamak, aleni biçimde duyurulmasıdır²⁸⁷. Komite bu usulü ilk kez Temmuz 1994'te Türkiye aleyhine işletmiştir. AİHM de kararlarında komitenin bulgularını dikkate almaktadır²⁸⁸.

Sözleşmenin 19. maddesinde İşkenceye Karşı Komitenin genel denetim yetkisi düzenlenmiştir; 20. maddede sözleşmeye taraf olan devletin sözleşmeyi çekince koymaksızın onaylaması halinde söz konusu olabilecek daha geniş yetkileri; 21. maddede ise taraf devletin onaylaması halinde gündeme gelen en geniş kapsamlı yetkileri düzenleme altına almıştır²⁸⁹.

Ancak Komite'nin yetkileri değerlendirildiğinde, çok kapsamlı yetkileri olmakla birlikte, bu yetkilerin etkin olarak kullanılmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu durumun ilk nedeni, 30/2. madde ile taraf devletlere getirilen Komite'nin yetkileri hususunda çekince koyma imkanının hemen hemen tüm taraf devletlerce kullanılmış olmasıdır. Komite'nin etkili olarak işleyememesinin bir diğer sebebi ise, benzer bir prosedüre sahip olan BM İnsan Hakları Komitesinin daha fazla rağbet görmüş olmasıdır. Çünkü BM İnsan Hakları Komitesi, KvSHUS ile koruma altına alınmış olan tüm haklara ilişkin daha kapsamlı bir değerlendirme yapmaktayken, İşkenceye Karşı Komite'ye yalnızca işkence dolayısıyla başvuru yapılabilmektedir. Bu nedenle de başvurucular daha yerleşik içtihadı sahip olan ve daha kapsamlı değerlendirme yapacak olan BM İnsan Hakları Komitesi'ne başvuru yapmayı tercih etmektedir. Sonuç olarak, İşkenceye Karşı Komite, etkili bir koruma mekanizması getirmekte yetersiz kalmıştır²⁹⁰.

²⁸⁷ GEMALMAZ, YHİY, s. 325

²⁸⁸ AİHM'in İşkenceye Karşı Komite'nin bulgu ve tespitlerine atıfta bulunduğu kararları için bkz. *Güfgen/Almanya*, B.N. 22978/05, 1.6.2010, p. 70, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 23.07.2015); *Devrim Turan/Türkiye*, B.N. 879/02, T. 02.03.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 23.07.2015); *Jones ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B.N. 34356/06 ve 40528/06, T. 02.06.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 23.07.2015)

²⁸⁹ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.231; ÖNOK, s.78

²⁹⁰ INGELSE, Chris, *The Committee Against Torture, One Step Forward One Step Back*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol.18, No.3, 2000, s.317 ; ALGAN, (Zabunoğlu), s. 7

E. İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi²⁹¹ (26.11.1987)

Avrupa Konseyi, BM Örgütü tarafından kabul edilen belgelerin daha etkili hale getirilebilmesi amacıyla, bölgesel düzeyde uygulanacak bir belge hazırlamıştır. Bölgesel bir koruma ve denetim mekanizması öngörülen bu sözleşme ile daha etkili bir koruma sağlanmıştır²⁹². Bu sözleşmede işkence yasağının yanı sıra bir denetim mekanizması oluşturulmasına ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir ve hatta benzer diğer sözleşmelerin aksine denetim mekanizmasının yetkisinin tanınmadığına dair çekince koyulmasına da izin verilmemiştir. 23 maddeden oluşan İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi, 26.11.1987 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından imza ve onaya açılmıştır. Türkiye de Sözleşmeyi 25.02.1988 tarih ve 3411 sayılı kanunla onaylamış ve Sözleşmenin 27.02.1988 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Ancak, sözleşmenin 18/2. maddesi gereğince sözleşme ancak gerekli sayıda devlet tarafından onay belgesinin depo edilmesini takiben etki doğurmaya başlayacağından ve bu koşul da 01.02.1989 tarihinde sağlandığından, sözleşme Türkiye bakımından da bu tarih itibarıyla uygulanmaya başlamıştır²⁹³.

Sözleşme, işkenceyi yasaklamakla birlikte, daha önce bu yasağa ilişkin olarak kabul edilen sözleşmelerin ve oluşturulan koruma mekanizmalarının işlemeye devam edeceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte sözleşmenin başlangıç kısmında, “Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin işkenceye ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yahut cezaya karşı korunmasının, ziyaretlere dayanan önleyici nitelikli yargısal olmayan yöntemlerle güçlendirilebileceği” kanısına varıldığı ve 1. maddede de bu amaç doğrultusunda işkencenin ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelenin ya da cezanın önlenmesi için bir Avrupa Komitesi'nin kurulacağı ifade edilmiştir. Zira sözleşmede işkencenin tanımı ya da yasağın kapsamı üzerinde durulmamış, komitenin kurulması, görev ve yetkileri ile işleyiş mekanizmasına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

²⁹¹ Metnin Orijinal adı, *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* 'tır.

²⁹² DEMİRBAŞ, s. 21

²⁹³ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.240

Komite, m.1'e göre önleyici ziyaret yapmak suretiyle özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin durumunu inceleyecektir. Taraf devletlerin de Komite'nin sözleşme kapsamında yapacağı ziyaretleri kolaylaştırması ve denetimler dahilinde söz konusu olacak talepleri hususunda işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır²⁹⁴.

Komite, işkence ve benzeri muameleleri tespit amacıyla delil toplayacak yahut özgürlüğünden yoksun bırakılan kimselerin işkenceye karşı korumasını güçlendirmek amacıyla ziyaretler gerçekleştirerek denetim yapacaktır. Komite elde ettiği veriler doğrultusunda görüş bildirecek ya da önerilerde bulunmak amacıyla taraf devletler ile görüş alışverişinde bulunabilecektir. Buna karşılık komite, vuku bulan olayları yargısal anlamda ele alma yahut cezaya ya da tazminata hükmetme yetkilerini haiz değildir²⁹⁵. Kısacası sözleşmeye göre Komite'nin görevleri üç aşamalıdır; ziyaret programı oluşturmak, ziyaretleri gerçekleştirmek ve elde ettiği bulgulara ilişkin rapor düzenlemek. Ziyaretler ise bireylerin ya da devletlerin şikayet ya da başvurusuna gerek olmaksızın periyodik veya özel (*ad hoc*) olarak düzenlenebilecektir²⁹⁶. Bu sayede komite şikayete gerek olmaksızın re'en yaptığı ziyaretler esnasında da ihlallere müdahale edebilmektedir²⁹⁷. Yapılacak ziyaretler sırasında ya da ziyaretler sonucunda rapor üzerine verilen tavsiyeler üzerine ülkesindeki durumu iyileştirmeyi reddederse ilgili taraf devletin Komite ile işbirliği yapmaması halinde, önce taraf devlete görüşlerini açıklama fırsatı tanınır, sonraki aşamada ise Komite konu hakkında kamuya açıklama yapabilir²⁹⁸. Komite bu açıklamayı sözleşmenin yürürlüğe girmesinin ardından ilk kez Türkiye hakkında 15.12.1992 tarihinde yapmıştır; bu açıklamayı takiben Komite'nin 06.12.1996 tarihinde yaptığı ikinci kamu açıklaması da ne yazık ki Türkiye hakkında olmuştur²⁹⁹. Bu, sözleşme m. 10/2'de öngörülmüş olan taraf devletlerin işbirliği yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımıdır. Esasında burada amaç işbirliğinden kaçınan

²⁹⁴ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.242; DEMİRBAŞ, s.22; ALGAN, (Zabunoğlu), s. 9

²⁹⁵ 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: 13.02.2015)

²⁹⁶ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.248; ÖNOK, s.88-89; SEVEN, s. 109 (<http://www.tid.gov.tr/Makaleler/H.Seven%20101-130.doc> , Erişim Tarihi: 13.02.2015)

²⁹⁷ SEVEN, 110

²⁹⁸ ALGAN, (Zabunoğlu), s. 9

²⁹⁹ SEVEN, s. 126

devleti cezalandırmaktan öte Komitece önerilen hususların dikkate alınmasını ve tavsiyelerin uygulanmasını sağlamaktır³⁰⁰.

F. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (22.11.1969)

22.11.1969 tarihli İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi³⁰¹, Amerikan Devletler Örgütü tarafından şekillendirilmiş ve Amerikan Devletler Örgütüne taraf olan devletlere açık olan bir sözleşmedir. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nden önce de Amerikan Devletler Örgütü Şartı'nda ve Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde de düzenlenmiş olan hususlara ilişkin 27 maddeden oluşan bu sözleşme, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bölgesel bir koruma sağlamaktadır.

Sözleşmenin "*İnsanca Muamele Görme Hakkı*" başlığını taşıyan 5. maddesinde işkence yasağına ilişkin koruma sağlanmıştır. İHAmES m.5'in maddenin ilk bendinde herkesin fiziksel, zihinsel ya da moral bütünlüğüne saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁰². 2. bendin ilk cümlesi ile işkence yasağına açıklık getirilmiş, bu nitelikte davranış ve cezalar yasaklanmıştır. İkinci bendin ikinci cümlesinde ise, özgürlüğünden yoksun bırakılan kimselere (gözetim altında bulunan kimseler, tutuklular, hükümlüler, gözetim altında bulunan kimseler gibi.) insan onuruna aykırı düşmeyecek şekilde davranılması gerektiğine açıklık getirilmiştir. Diğer bentlerde ise doğrudan vücut dokunulmazlığı yahut işkence ile ilişkili olmayan ancak benzer nitelikte sorunlu hususlar olan cezaların niteliğine, kapsamına ve infazına ilişkin konularda düzenleme yapılmıştır. 5. maddenin yanı sıra, kişi özgürlüğüne ilişkin düzenleme getiren 7. madde de vücut dokunulmazlığı ile işkence yasağı konuları bakımından dayanak teşkil eden bir düzenlemedir. Ek olarak, m.

³⁰⁰ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.249; ÖNOK, s. 91

³⁰¹ Metnin orijinal adı, *American Convention on Human Rights*'tir; sözleşme San José Paktı olarak da anılmaktadır.(GEMALMAZ, Belgeler., s.407)

³⁰² **Ame. İHS md 5. İnsanca Muamele Görme Hakkı:**

- (1) Her kişi, fiziksel, zihni ya da moral bütünlüğüne saygı gösterilmesine hak sahibidir.
- (2) 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.
- (3) Ceza, suçludan başka herhangi bir kimseyi kapsayacak şekilde olmayacaktır.
- (4) İstisnai haller saklı kalarak, suç isnat edilen kişiler mahkumlardan ayrı tutulacaktır ve mahkum edilmemiş kişiler olma statülerine uygun ayrı muameleyle tabi tutulacaklardır.
- (5) 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.
- (6) Özgürlükten yoksun bırakmayı içeren cezalarda, reform ve maphusların topluma yeniden kazandırılması bir zorunlu amaç olarak yer alacaktır. "

8/1'de yer alan zorlama ve baskı yoluyla yapılan ikrarların geçerli sayılmayacağına ilişkin düzenleme de işkence yasağı bakımından oldukça önemlidir. Zira sanığın iradesine dayanmayan, zorlama ve baskı yoluyla alınan ikrarların delil olarak değerlendirilmesi, işkence için ortam hazırlanması anlamına gelecektir. Bu nedenle "Adil Yargılanma Hakkı" başlığını taşıyan 8. maddede yer alan bu düzenleme, 5. maddede getirilen yasağı güçlendirir nitelik taşımaktadır.

İHAmES'in yayınlanmasının ardından 1979 yılında Amerika İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme, kendisine yapılan başvuruları nihai çözüme kavuşturan bir yargı organıdır. Diğer yandan Amerikan Devletler Örgütüne üye olan her devlet, insan hakları konusunda her konuya ilişkin görüş alma amacıyla da mahkemeye başvurabilmektedir; yani mahkeme istişari bir niteliği de bünyesinde barındırmaktadır. Bunların yanı sıra mahkeme, mahkemenin yargı yetkisini tanıyan devletler bakımından yapılacak olan bireysel başvuruları inceleme yetkisini de haizdir³⁰³. Mahkemenin bağlayıcı karar verme yetkisi oldukça önemlidir; kararın muhatabı olan taraf devlet kararı yerine getirmek zorundadır. Son olarak, mahkemenin diğer önemli yetkileri de kişiler bakımından doğabilecek zararlara engel olunmasının mümkün olmayacağı hallerde ihtiyati önlemler alma, faillerin kovuşturulmasını emretme ve tazminata hükmetme yetkisidir³⁰⁴.

G. Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi³⁰⁵ (09.12.1985)

Bu Sözleşme, Amerikan Devletler Örgütü'nün, Amerikan Devletler Örgütü Şartında, BM Şartı'nda ve İHEB'de ilan edilen temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve özellikle işkencenin yasak olduğuna ilişkin kurallara işlerlik kazandırılması için Amerika devletleri arasında bir sözleşme hazırlanması gerektiği düşüncesiyle hazırlanmıştır. 24 maddeden oluşan bu sözleşme BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi ile İşkencenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmeleri ile oldukça paralel bir nitelik taşımaktadır.

³⁰³ DÖNER, s. 131; ÖNOK, s.144-145

³⁰⁴ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.55; DÖNER, s. 132; ÖNOK, s.146

³⁰⁵ Metnin orijinal adı, *Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture* 'dir.

Bu sözleşmenin, BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinden farkı, bir fiilin işkence olarak kabul edilmesi için doğurduğu acı yahut ezanın “ağır” olmasına ilişkin koşulun aranmamış olmasıdır³⁰⁶. İki sözleşmeyi birbirinden ayıran bir diğer husus da mağdura yönelik olarak gerçekleştirilen davranışların işkence olarak kabul edilebilmesi için, failde özel bir saik aranmamış olmasıdır. Bu iki fark, Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin koruma alanının diğer sözleşmelere nazaran genişlemesi sonucunu doğurmaktadır³⁰⁷.

Bu hususların dışında, sözleşme taraf devletlere diğer sözleşmelerde olduğu gibi pozitif, negatif ve usuli yükümlülükler yüklemektedir. Diğer yandan taraf devletlerin sözleşmenin 17. maddesi gereğince sözleşmeye uymasının sağlanması amacıyla da sözleşmeyle ilişkili olarak aldıkları önlem ve sonuçlar hakkında Amerikan İnsan Hakları Komisyonunu haberdar etmeleri gerekmektedir. Yine aynı maddenin 2. bendine göre, Komisyon da yıllık raporlarında taraf devletlere görüş ve tavsiyelerini bildirebilecektir³⁰⁸.

H. Afrika İnsan Hakları Şartı³⁰⁹ (26.06.1981)

1979 yılında yapılan 16. Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansında hazırlanmasına karar verilen Afrika İnsan ve Halkları Şartı, 27 Haziran 1981 yılında yapılan 18. Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansında kabul edilmiş ve 21.10.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³¹⁰. Şartın başlangıç kısmında da ifade edildiği üzere, Afrika'nın her tür sömürgecilikten arındırılması, Afrika halklarının yaşam standartlarının yükseltilmesi ve BM Şartı ile İHEB arasında paralel bir korumanın sağlanması amaçlarına yönelik olarak hazırlanan bu şart, Afrika ülkeleri insan hakları hukuku ve bu bölgede temel hak ve özgürlüklerin kuvvetlendirilmesi bakımından oldukça önemlidir.

68 maddeden oluşan bu şartın 4. maddesi dolaylı olarak işkence yasağına ilişkindir; kişi dokunulmazlığını düzenleyen bu madde gereğince hiç kimsenin kişi dokunulmazlığı ve vücut bütünlüğü keyfi olarak ihlal edilemeyecektir. Yine şartın 5.

³⁰⁶ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s. 254

³⁰⁷ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.254; ÖNOK, s.146-147

³⁰⁸ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.260

³⁰⁹ Metnin orijinal adı, *African Charter on Human and People' Rights* 'tır.

³¹⁰ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.56; DÖNER, s. 132; ÖNOK, s. 148

maddesinde de işkence yasağına ilişkin ana düzenlemeye yer verilmiştir. Maddede, herkesin onuruna saygı gösterilmesi gerektiği ve sömürünün, aşağılamanın, özellikle köleliğin, köle ticaretinin, işkencenin, zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı cezaların ve muamelenin yasak olduğu ifade edilmiş; bu suretle işkence görme yasağına açıklık getirilmiştir.

Şartın 30. maddesine dayanarak 1987 yılında *İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Komisyonu* oluşturulmuştur. Komisyon, Afrika Birliği Örgütü'ne işlevsel ve organik anlamda bağlı ancak örgütten bağımsızdır. Komisyon, insan hakları sorunlarını izleme, ziyaretler de yapmak suretiyle ihlallere ilişkin delil tespiti yapma, ihlallere ilişkin raporlama yapma ve hem devletlerarası hem de bireysel başvuruları inceleme gibi fonksiyonları bünyesinde toplamış bulunmaktadır³¹¹. Kısacası 30. maddede de ifade edildiği üzere Komisyon, Afrika'da insan ve halkların haklarını geliştirmek ve bunların korunmasını temin etmek amacıyla faaliyet gösterecektir.

I. İnsan Haklarına Dair Arap Şartı³¹² (15.09.1994)

Bu şart, insan hakları ve dünya barışı arasındaki güçlü bağlantının önemine istinaden, BM Şartı, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile BM Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Haklar Sözleşmesi ve İslam'da İnsan Hakları Kahire Bildirisi hükümlerini temel kabul ederek hazırlanmıştır. Arap Devletlerinde hukukun üstünlüğünün, toplumda fırsat eşitliğinin, adalet ve insan özgürlüğünün sağlanmasını amaçlayan ve Arap Devletleri Birliği Meclisi tarafından 1994 yılında kabul edilmiş olan bu şart, üye devletlerce hala onaylanmamış olduğundan yürürlüğe girememiştir.

43 maddeden oluşan 1994 tarihli bu şartın 13. maddesi işkenceye ilişkindir. Maddenin ilk bendinde şarta taraf olacak devletlerin, topraklarında yaşayan her

³¹¹ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.56; DÖNER, s. 133; ÖNOK, s.148-149

³¹² Metnin orijinal adı, *Arab Charter on Human Rights*'tir. Metnin Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%27Arap%20%Dn%20Haklar%FD%20S%F6zle%FEmesi%27&kimlik=-236237822&url=makaleler/aceylan-3.htm> (Erişim Tarihi: 17.02.15,22.47) ; Metnin İng. Çevirisi için bkz. <http://www.al-bab.com/arab/docs/international/hr1994.htm> (Erişim Tarihi: 17.02.15,22.47)

insanı, bedeni ve ruhi işkenceye uğramaktan, zalimce, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı muameleyle maruz kalmaktan korumak, bunların yasaklanması için etkili tedbirleri almak ve bu tür uygulamalar ve bu suça iştirakın cezalandırılması gereken suç olarak kanunlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir. 2. bentte ise, kimsenin rızası dışında herhangi bir tıbbi veya ilmi deneye tabi tutulamayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Yine şartın 15. maddesinde hürriyeti kısıtlanan kimselere insani muamelede bulunulması gerektiğine dair bir kural getirilmiş ve bu suretle sözleşmenin işkence yasağına ilişkin maddesi desteklenmiştir.

Diğer yandan Arap Devletleri Birliği tarafından 22.05.2004 tarihinde şartta³¹³ bir takım değişiklikler yapılmış ve sözleşmenin gözden geçirilerek değiştirilmiş hali bakımından, eski haline nazaran oldukça önemli gelişmeler kaydedilmiştir. 2004 yılında kabul edilen bu şart 15.03.2008 yılında yürürlüğe girmiştir³¹⁴. 2004 değişikliklerinden sonraki haliyle şartın 8. maddesinin a bendine göre; hiç kimse, fiziksel veya psikolojik ya da zalimane, küçük düşürücü yahut insanlık dışı muameleyle maruz bırakılamayacaktır. Aynı maddenin 2. bendine göre ise şarta taraf olan her devlet, yargı yetkisine tabi olan herkesi işkenceden korumalı, korumaya yönelik her tür önlemi almalı ve bu tür davranışlara ilişkin kanuni düzenlemeleri yaparak, bu davranışları suç saymalı ve cezalandırılmalarını sağlamalıdır. Diğer yandan, taraf devletler işkence mağduru olan kimselerin zararını tazmin etmelidir. Maddenin koruma alanını incelediğimiz zaman, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, işkence teşkil eden cezaların uygulanması şart ile yasaklanmamıştır. İşkenceye tabi tutulacak kişilere ilişkin iade yasağı, işkence suretiyle elde edilen verilerin delil olarak değerlendirilemeyeceği de şartta yer almamaktadır ve hatta şarta göre ölüm cezası ve bedeni cezalar da yasaklanmış değildir. Öyle ki belirli hallerde çocuklar için dahi uygulanabilecektir³¹⁵.

1994 tarihli sözleşmenin 40 vd. maddelerinde şarta riayet bakımından denetim mekanizması olarak bir Komisyon kurulması öngörülmüştür. Ancak bu şart taraf devletlerce onaylanmamış bulunduğu halde halen Komite kurulabilmiş değildir.

³¹³ 2004 yılında yapılan değişiklikler ve İng. metin için bkz. <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html> (Erişim Tarihi: 17.02.2015, 23.15)

³¹⁴ <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html> (Erişim Tarihi: 17.02.2015, 23.49)

³¹⁵ ÖNOK, s.154

2004 tarihli şartın ise 48 vd. maddelerinde 1994 tarihli şartta kurulması öngörülen Komisyona benzer bir Komisyon kurulması öngörülmüştür. Bu Komisyon, taraf devletlerin periyodik olarak sunacakları raporları incelemek suretiyle, şarta uyulması amacıyla gerekli tavsiyeleri taraf devletlere bildirebilecektir. Diğer yandan Komite her yıl Arap Ligi Genel Sekreterliği'ne sunulmak üzere aleni bir rapor hazırlayacaktır; bu rapor aleni nitelikte taşıyacağından taraf devletler bakımından bir caydırıcılık doğuracak ve bu durum şarta riayeti arttıracaktır³¹⁶.

³¹⁶ ÖNOK, s.155

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ M. 3 KAPSAMINDA İŞKENCE YASAĞI VE DEVLETLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİYLE OLUŞTURULAN KORUMA SİSTEMİ, ETKİSİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

A. Koruma Sistemi

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Oluşumu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* başlıklı ikinci bölümünde, 19. ve 51. maddeleri arasında Sözleşme ve ek protokoller ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunup korunmadığına ilişkin denetim mekanizması düzenlenmektedir. Bu denetim mekanizması 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeye ek 11 No.lu Protokolle yapılan değişiklikle daha etkili bir denetim mekanizması oluşturulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adıyla tek bir çatı altında toplanarak, AİHS denetim sisteminin tek organı olarak faaliyete geçirilmesi ile Sözleşme gereğince yapılan denetim de yargısal nitelik kazanmıştır³¹⁷.

Sözleşmeciler tarafların sözleşme ile üstlendikleri taahhütlere uymalarını sağlamak amacıyla devamlı olarak görev yapacak olan Mahkeme, Yüksek Sözleşmeciler tarafların sayısı kadar yargıçtan oluşacaktır (m. 20). Yargıçlar, yüksek ahlaki vasıflara sahip, bu görevi icra için gerekli nitelikleri haiz hukukçu kişiler arasından belirlenecektir. Sözleşmeciler tarafların gösterecekleri üçer adaydan oluşan liste üzerinden Parlamenterler Meclisince oy çokluğu ile seçilecek olan yargıçlar, mahkemeye kendi adlarına katılacaklar; bağımsızlık, tarafsızlık ve mahkemede tam gün bulunma esasına aykırı düşecek görevler üstlenemeyeceklerdir (m. 20-21).

Mahkeme işleyişi esnasında, mahkeme nezdinde bir de Yazı İşleri Müdürlüğü görev yapacaktır. Diğer yandan, mahkeme tek yargıç olarak görev yapacağı zaman Mahkeme Başkanı otoritesi altında görev yapan raportörler de yargılamaya yardım edecektir (m.24).

³¹⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÜLCÜKLÜ, s.29

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Strazburg'da, ayrıntılı olarak ele alacağımız beş ayrı basamakta işlem görmektedir:

- Mahkemeye üye tüm yargıçlardan oluşan **Genel Kurul**,
- Mahkeme önüne gelen başvuruları inceleyen **tek yargıç**,
- Belirli süreler için Dairelerce kurulan ve üç yargıçtan oluşan **komite**,
- Yedi yargıçla görev yapan **Daire** ve
- On yedi yargıçtan oluşan **Büyük Daire**.

a. Genel Kurul

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Genel Kurul'u, mahkemeye üye tüm yargıçlardan oluşur. Mahkeme İç Tüzüğü m. 20/2'ye göre, Genel Kurulu toplantı yeter sayısı 2/3'tür, yeter sayının sağlanamaması halinde Başkan toplantıyı erteler. Yine İç Tüzük m. 23'e göre de karar yeter sayısı toplantıya katılan üyelerin çoğunluğudur.

AİHS m.25'e göre Mahkeme, üç yıl süreyle görev yapacak bir başkan ve iki başkan yardımcısı seçer, belirli süreler için görev yapmak üzere daireleri oluşturur, Mahkeme iç tüzüğünü kabul eder, Mahkeme yazı işleri müdür ve yardımcılarını seçer.

b. Tek Yargıç

Mahkemenin tek yargıçlı bu oluşumu, Sözleşme'nin 26/1. maddesine göre Mahkeme önüne gelen başvuruları incelemek üzere kurulacaktır. Yargıç, mahkeme önüne gelen başvurunun kabul edilemez olduğu yahut işlemden kaldırılması gerektiğine, bu kararların verilebilmesi için başkaca inceleme yapılmasına gerek olmaması halinde de doğrudan başvuruya ilişkin karar verebilecektir. Fakat tek yargıç, kabul edilebilirlik konusunda karar verilebilmesi için ek inceleme yapılmasına gerek olduğu kanaatindeyse bu halde, başvuruyu komiteye ya da Daireye gönderebilecektir. Yargıcın vereceği bu karar kesin nitelik taşımaktadır. Tek yargıçlı oluşumlar, Mahkeme başkanının talebiyle, Başkanlık Kurulu'nun da görüşü alındıktan sonra, yine başkanın belirleyeceği sayıya göre oluşturulur (AİHS m.27; İç Tüz. m.27A). Burada önem arz eden bir husus, tek yargıç düzeyinde görev alan

yargıcın, adına seçili olarak görev aldığı sözleşmecî devlet aleyhine yapılan başvuruları inceleyemeyecek olduğu hususudur (AİHS m. 26/3).

c. Komite

Komiteler de Mahkeme önüne gelen başvuruları *kabul edilebilirlik* incelemesinden geçirilmesi için belirli süreler için Daireler tarafından kurulurlar. Üç yargıcın görev yaptığı komiteler, Sözleşme m. 26/1 uyarınca Mahkeme başkanının talebi ve komitelerin sayısı hakkında vereceği karar doğrultusunda kurulurlar. Komite, önüne gelen bir başvurunun kabul edilemez olduğuna ya da işlemden kaldırılmasına dair inceleme yapılmaksızın karar verilebilecekse, bu yönde karar verebilir. Diğer yandan, başvuruya konu olan davadaki esas Sözleşme ya da Protokollerin uygulanması ya da yorumlanması ile ilgili ise ve zaten bu konuda da Mahkeme'nin yerleşik içtihadı mevcutsa Komite davayı kabul edebilir ve hatta davanın esasına ilişkin karar dahi verebilir. Komitenin vereceği bu kararlar kesin niteliktedir.

Uyuşmazlığın tarafı olan sözleşmecî devletin üyesi olan yargıç Komitede yer almıyorsa, Komite, usulün her aşamasında üyelerden birinin yerine geçmesi için bünyesine davet edebilir. Üç yargıçlı olarak görev yapan bu oluşumun başkanı, bölümdeki en kıdemli üye olacaktır. (AİHS m. 28; İç Tüz. m. 27)

d. Daire

Mahkeme önüne gelen başvuruları incelemek ve karara bağlamak üzere yine sözleşmenin yirmi altıncı maddesi gereğince kurulan bu organ, yedi yargıçtan oluşacaktır. Anlaşmazlığa taraf olan devlet adına seçilmiş olan yargıç da Dairenin incelediği davada re'sen (*ex officio*) Dairenin üyesi olarak görev alır. Bu üyenin Dairede yer alamaması yahut çekilmesi halinde İç Tüzüğü'nün 29. maddesi uygulanacaktır (İç Tüz. m.26). Dairelerin nasıl oluşacağı, İç Tüzüğü'nün 25. ve 26. maddelerinde açıklanmıştır. Mahkemeye yapılmış bir başvuru, tek yargıç ya da komite incelemesinde kabul edilmezlik kararı almamış ya da 28. madde gereğince komite tarafından esasa ilişkin bir karar çıkmamışsa, Daire mahkemeye yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilirliğine ve esasına ilişkin kararını verir. Bireysel başvurular bakımından kabul edilebilirlik kararı ayrı olarak da alınabilir. Ancak mahkeme önündeki başvuru bireysel değil, devlet başvurusu ise Mahkeme yine kabul

edilebilirlik ve esas hakkındaki kararını verir. Fakat, istisnai durumlarda Mahkeme karar vermedikçe kabul edilebilirliğe ilişkin kararlar ayrı olarak alınacaktır (AİHS m.29).

Dairenin incelemekte olduğu dava, Sözleşmenin yorumu ya da Protokollerin yorumlanması hususunda bir sorun oluşturuyorsa ya da sorunun Daire tarafından çözülmesi Mahkemenin daha önce verdiği kararlarla çelişki yaratacaksa ve Dairece de başvuru hakkında bir karar verilmemişse, Daire davadan el çekebilir ve dosyayı incelenmek üzere Büyük Daire'ye gönderebilir. Bu durumun tek koşulu taraflardan herhangi birinin itirazının olmamasıdır (AİHS m. 30).

Dairenin kararları; tarafların davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan etmeleri, karardan itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesinin istenmemiş olması ya da Büyük Daire'nin 43. madde uyarınca kendisine yöneltilen istemi reddetmiş olması halinde kesinleşir. Dairenin kesinleşen kararları yayınlanır (AİHS m. 44/2-3).

e. Büyük Daire

Büyük Daire, on yedi asil ve en az üç yedek yargıçtan oluşur. Büyük Daire, Mahkeme başkanı ve yardımcıları ile Daire başkanlarından oluşur; Daire'ye katılacak diğer yargıçlar iç tüzüğün 24. maddesi uyarınca belirlenecektir. Mahkeme başkan yardımcılarının ya da Daire başkanlarının Büyük Daire'ye katılamayacak olması halinde, ilgili Dairelerin başkan yardımcılarını onların yerine katılır. İlgili sözleşmeciler tarafından Mahkeme üyeliğine seçilen yargıçlar re'sen Büyük Daire'de yer alabilir; sözleşmeciler tarafından Mahkeme üyeliğine seçilen bir yargıç bulunmaması ya da Daire'ye katılmıyor olması halinde Mahkeme iç tüzüğünün 29. maddesine göre belirlenecek ad hoc yargıç Büyük Daire'ye katılır. Eğer AİHS m.30 gereğince Büyük Daire önüne gelmiş bir dava söz konusuysa, bu halde davadan el çeken Daire'nin üyeleri de Büyük Daire'de yer alırlar. Ancak davanın 43. madde uyarınca Büyük Daire'ye gelmesi halinde, yani Dairenin üst denetim mekanizması olarak çalıştığı durumlarda, ilgili Daire'den yalnızca o Daire'nin başkanı ve taraf devlet adına o Daire'de görev yapan yargıç Büyük Daire'de yer alabilir, başvurunun esasına veya kabul edilebilirliğine dair hüküm veren Dairelerde bulunan yargıçlar yer alamaz.

Büyük Daire, AİHS m. 33'e göre Mahkemeye yapılan devletlerarası başvuruları, yine AİHS m. 30'a göre bir Daire tarafından kendisine gönderilen davaları ve 43. madde gereğince önüne gelen başvuruları inceler (AİHS m.31). Taraflardan her biri 43. madde gereğince bir Daire kararının, kararın verildiği tarihten itibaren üç ay içinde Büyük Daire'ye gönderilmesini isteyebilir. Bu durumda, Büyük Daire bünyesindeki beş yargıcın katılımıyla oluşturulacak Alt Kurul, Sözleşme ya da Protokollerin uygulanmasında yahut yorumlanmasında veya genel nitelikli ciddi bir sorun olduğunu tespit ederse davayı kabul eder; kurulun istemi kabul etmesiyle birlikte Büyük Daire davayı nihai karara bağlar (AİHS m.43; İç Tüz. m. 24/2-d). Son olarak, Büyük Daire, Sözleşme'nin 47. maddesi uyarınca, Bakanlar Komitesinin istemi üzerine, Sözleşme ve Protokollerin uygulanması ya da hukuki konular hakkında önüne gelen görüş bildirme talepleri hakkında inceleme yapacaktır. Bakanlar Komitesi tarafından yapılan görüş bildirme talebinin yine bu maddeye göre *istişari görüş bildirme yetkisi* kapsamında kalıp kalmadığına dair tespiti Büyük Daire yapacaktır. Bakanlar Komitesi'nin talebinin kabul edilmesi halinde, Büyük Daire görüşünü gerekçeli olarak bildirir.(AİHS m. 31/1-c ve m. 47).

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nezdinde Yapılacak Yargılama

Mahkeme, dört durumda yargı yetkisini kullanacaktır. Bunlar: 1-Bireysel ya da devletlerarası başvuruların olması, 2-Bakanlar Komitesi'nin istişari görüş talep etmesi, 3-Kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellenmesi halinde Bakanlar Komitesinin karara ilişkin yorum talep etmesi, 4-Mahkeme'nin önüne gelen başvuru bakımından yetkili olup olmadığı hususunda da ihtilaf doğması (AİHS m. 32). AİHM, kendisine yapılacak başvuru üzerine harekete geçecek ve başvuruya ilişkin yargılama süreci sonucunda ihtilafli konuya ilişkin kararını açıklayacaktır.

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, AİHS'e taraf bir devlet aleyhine olarak, Sözleşme'nin 33. maddesi gereğince *devletler* yahut 34. madde gereğince *bireyler* başvurulabilirler.

Mahkeme bir devlet ya da birey başvurusu olmaksızın yani re'sen harekete geçemeyecek, sözleşmeye taraf olan devletlerin AİHS'e riayet edip etmediğini denetleyemeyecektir.

aa. Devletlerin Başvuru Hakkı

AİHS'ne göre, Sözleşme'ye taraf olan her devlet, bir diğer Sözleşmeci taraf devlete karşı Sözleşme ve Protokol hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurabileceklerdir (AİHS m.33). Genel anlayışa göre kamu yararı gözetmeyen devletler için AİHS bakımından ortak bir kamu düzeni oluşturulmaya çalışılmış ve buna uymayan devletler aleyhine Mahkeme'ye başvuru yapma hakkı devletlere tanınmıştır³¹⁸. Başvurunun nasıl, hangi usulle yapılacağına ilişkin detaylar Mahkeme iç tüzüğü'nün 46. maddesinde açıklanmıştır. Maddeden anlaşılacağı üzere devletler tarafından yapılacak başvurunun bireysel başvurulardan usulen bir farkı bulunmamaktadır. Sözleşmeye taraf olan bir devletin ihlal dolayısıyla Mahkeme'ye başvurabilmesi için, doğrudan bir zararının bulunması da şart değildir. Maddeye göre, Sözleşme tarafı olan bir devletin Sözleşme hükümlerine uymuyor olması, Sözleşmeci devletlerden birinin Mahkeme'ye başvurması için yeterlidir. Ancak devletler bu başvuru yolunu pek fazla tercih etmemektedir. 1954 yılından bu güne kadar AİHS ile oluşturulan denetim mekanizmalarına devletler tarafından oldukça sınırlı sayıda başvuru taşınmıştır; yapılan başvurular ise hak ihlallerinin önlenmesinin sağlanması amacıyla ziyade devletler üzerinde siyasal baskı yaratma amacıyla yapılmıştır³¹⁹. Diğer yandan devletler Mahkeme'ye başvurmak yerine, Sözleşme kaynaklı sorunları, gizlilik esasıyla diplomatik yollar aracılığıyla çözmeyi yeğlemektedirler. Hatta bu nedenle ki, Mahkeme'ye yapılan devlet başvurularının oldukça büyük kısmı dostane çözüm yahut Bakanlar Komitesi kararıyla

³¹⁸ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.31

³¹⁹ REİSOĞLU, s.171; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.33

sonuçlandırılmıştır³²⁰. Görüyoruz ki bu başvuru yolu devletler tarafından etkili ve amacına uygun şekilde kullanılamamıştır.

Fakat devlet başvurusu yolunun sözleşmeye taraf devletlerce az da olsa uygulandığını ifade etmek yerinde olacaktır. AİHS m. 3'ün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e götürülen bir devlet başvurusu olan *Danimarka/Türkiye kararı*, Ankara'da tutuklanan Danimarka vatandaşı Kemal Koç'un kötü muamele teknikleriyle sorgulandığı ve tutuklulukta geçen süre boyunca polis memurları tarafından işkenceye uğradığına ilişkindir. Başvuru, işkence gören vatandaşının işkence görmeme hakkının ihlal edildiğine yönelik olarak Danimarka tarafından Mahkemeye götürülmüştür. Fakat karar daha önce de ifade ettiğimiz gibi bir mahkumiyet kararıyla değil, dostane çözüm kararıyla sonuçlandırılmıştır. Taraf devletler, Türkiye'de polis memurlarının insan hakları konusunda eğitilmelerinin sağlanması ile tazminat ödenmesi üzerine anlaşmıştır³²¹.

ab. Bireylerin Başvuru Hakkı

Bireyler de AİHS ve ek protokollerle güvence altına alınan hakların ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvuru hakkına sahiptir. Sözleşme ile bireyler de uluslararası hukuk bakımından bir süje haline gelmiştir³²². Sözleşme ya da Ek Protokol hükümlerini Sözleşmeciler devletlerden birinin ihlal ettiğini ve bu nedenle mağduriyeti olduğunu ileri süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş ya da kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilecektir. Bireysel başvurular, devlet başvurularından farklı olarak "mağduriyet" koşulu"nu gerekli kılmaktadır. 11. No.lu Protokol öncesi dönemden farklı olarak bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için devletlerin AİHM'in yargı yetkisini ayrıca tanımış olması gerekiyken, bu Protokolle bu koşul kaldırılmış ve devletler tarafından yapılacak ek bir tanıma gerek kalmaksızın bireyler AİHM'e başvurabilir konuma getirilmiştir.

Bireysel başvuru hakkını kullanabilecek kimseler maddede "*gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş ya da kişi grupları*" olarak ifade edilmiştir. Burada gerçek kişi ile anlaşılması gereken açıktır. Ancak "hükümet dışı kuruluş" ve "kişi grupları"

³²⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.33

³²¹ *Danimarka/Türkiye Kararı*, B.N. 34382/97, T. 05.04.2000, (www.ihami.anadolu.edu.tr, Erişim Tarihi: 23.07.2015); TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, d.n. 464, s. 199

³²² GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.34

kavramları ile neyin ifade edilmek istendiğini açıklamakta yarar görüyoruz. Maddede yer alan *hükümet dışı kuruluşlar* ifadesinden; özel hukuk tüzel kişileri yani siyasi partiler, sendikalar, şirketler, vakıflar ve dernekler anlaşılmalıdır. Hükümet dışı kuruluşlar, AİHM'e ancak Sözleşme'ye aykırı davranılması sonucu kuruluşun zararının doğmuş olması halinde başvurabileceklerdir; üyelerine zarar geldiği gerekçesiyle onları temsilen hükümet dışı kuruluşlar Mahkeme'ye başvuramazlar. Kişi gruplarının Mahkeme'ye başvurabilmesi için ise başvuruyu topluluğa üye tüm kişilerin imzalamış olması ya da başvuru yapan kimselere başvuru yapılması konusunda yetki verilmiş olması gereklidir³²³.

AİHM'e bireysel başvuru hakkına sahip kişilerin, Mahkeme'ye başvurmadan ya da başvuruda bulunduktan sonra ölmesi halinde, 1-Başvuruya devam etmelerinde yararı bulunan kişiler varsa, 2- Başvuru özel bir öneme sahipse ve 3-Başvuru, AİHS m. 2'yi ihlal eder nitelikteyse ya da m. 3 ihlali neticesinde mağdur yaşamını kaybetmişse, bu halde mağdur sıfatıyla doğrudan doğruya bireysel başvuru hakkına sahip kişinin yakınları da Mahkeme'ye başvurabilirler yahut başvuruyu takibe devam edebilirler³²⁴.

b. Kabul Edilebilirlik Koşulları ve Yapılacak İnceleme

aa. Koşullar

AİHM'e başvurular, ancak Sözleşme'ye taraf bir devlete karşı yapılabilir. Devletler, kamu kurum ve kuruluşları ile devlet denetimindeki özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişilerin Sözleşme ve ek Protokollere aykırı işlem ve hareketlerinden sorumludurlar. Ancak devletin sorumluluğu ulusal kuruluşlarla sınırlıdır; uluslararası kuruluşların Sözleşme ve Protokollerine aykırı işlem ve eylemlerinden dolayı devletler sorumlu tutulamazlar³²⁵.

Mahkeme'ye yapılan başvurunun Sözleşmeci bir devlete karşı yapılması gerekliliğinin yanı sıra Sözleşmenin 35. maddesinde de bir takım kabul edilebilirlik koşullarına yer verilmiştir. Maddenin ilk fıkrası gereğince, Mahkeme'ye iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra kesin karar tarihini takip eden altı aylık süre

³²³ REİSOĞLU, s.172

³²⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 98

³²⁵ REİSOĞLU, s. 173

içerisinde başvurulması gereklidir. İç hukuktaki yargı yollarının tüketilmediği yahut iç yargı yollarının tüketilmesini takiben altı aydan daha geç bir tarihte Mahkeme'ye başvurulması halinde başvuru kabul edilmeyecektir. İç hukuk yargı yollarının tüketilmiş kabul edilebilmesi için başvurucunun üst denetim yollarına (Yargıtay-Anayasa Mahkemesi) başvurmuş, kararın kesinleşmesine rağmen olumlu bir sonuç alınamamış beklenmektedir. Hangi iç hukuk yolunun tüketilmesi gerektiği sorunu, her bir taraf devletin iç hukukuna göre yanıtlanması gereken bir sorudur³²⁶. AİHS m. 35/1'de yer bulan bu kural, devletlerin egemenliğine ve ulusal yargı organlarının yetkisine saygı temeline dayalı, uluslararası alanda da oldukça önem verilen bir uluslararası hukuk kuralıdır³²⁷.

Sözleşmenin *iç hukuk yollarının tüketilmesi* hakkında kural getirmiş olan 35. maddesinin uygulamada bazı istisnaları da mevcuttur. 11 no.lu Protokol öncesi dönemde komite ve komisyonun dikkate aldığı bu istisnalar 11 no.lu Protokol sonrasında Mahkeme tarafından da dikkate alınmaktadır. Mahkemenin iç hukuk yollarının tüketilmesini koşul olarak aramadığı durumlar şunlardır³²⁸:

- *İç hukuk yollarının etkisiz olması,*
- *Sözleşme ile çelişen açık bir iç hukuk kuralının bulunması,*
- *Başvuru konusuna ilişkin yerleşik yargı içtihadının bulunması,*
- *Sözleşmeye aykırı yerleşik yönetsel uygulamaların bulunması,*
- *Davanın makul süreler içerisinde tamamlanamaması,*
- *İç hukuk yollarına başvurulmasının engellenmesi,*

Bu durumlardan birinin mevcut olduğu başvurularda, iç hukuk yolları tüketilmemiş olsa dahi başvurular kabul edilmektedir. Ancak Sözleşme ile getirilmiş olan bu kuralın olabildiğince istisnai haller bakımından göz ardı edilmesi ve *iç başvuru yolları tüketilmeksizin* Mahkeme'ye yapılan başvuruların ilke olarak reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir³²⁹. Aksi durum Mahkeme'ye başvurulmasını güçleştireceği için, özellikle bazı ülkeler bakımından Mahkeme'nin

³²⁶ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.67

³²⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.63

³²⁸ Ayrıntılı bilgi ve AİHM içtihatları için bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.70 vd.

³²⁹ REİSOĞLU, s.176

bu kuraldan ayrılması için oldukça haklı nedenler olması gerektiği görüşüne biz de katılmaktayız.

Sözleşme'nin 35/2-a maddesi ile isimsiz başvuruların reddedileceği ifade edilmiştir. Bunun yanında, 35/2-b maddesi ile getirilmiş olan bir diğer kabul edilebilirlik şartı ise, başvurunun Mahkemece daha önce incelenmemiş olması ya da bir başka uluslararası soruşturma yahut çözüm mercii tarafından incelenmiş bir başka başvuruyla esas yönünden aynı olmaması ve yeni olgular içermemesidir. Mahkeme bir kararında *uluslararası soruşturma ve çözüm mercii* deyiminden devletler tarafından oluşturulan kurum ve yöntemlerin anlaşılması gerektiğini ve resmi olmayan kuruluşların bunun kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir³³⁰.

Yine Sözleşme'nin 35/3-a maddesinde ifade edilmiş olan bir diğer kabul edilebilirlik şartı ise, başvurunun Sözleşme ve Protokol hükümleri ile bağdaşması, açık bir biçimde dayanaktan yoksun ve başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olmamasıdır. Bu madde gereğince Mahkeme'ye yapılan bir başvuru, konu, yer, zaman ve kişi yönünden Mahkeme'nin yetkisi dahilinde yani Sözleşme ile bağlantılı olmalıdır. Diğer yandan Mahkeme'ye yöneltilen bir başvurunun dayanaksız olmaması gereklidir. Sözleşme'yi ihlal eder nitelikte bir olay dolayısıyla yapılan bir başvuru, yeterli ve geçerli delillerle de destekleniyor olmalıdır. Bu tespitin yapılabilmesi amacıyla Mahkeme daha kabul edilebilirlik incelemesi esnasında başvurunun esasına girmek zorunda kalmaktadır. Bu değerlendirme usulü, ilk değerlendirme aşamasında dayanaksız başvuruların elenmesi, Sözleşme organlarının ve taraf devletlerin dayanaktan yoksun başvurularla zaman kaybetmesinin önüne geçilmesi amaçlarıyla benimsenmiştir³³¹. Mahkeme, yapılan başvurularda meydana geldiği iddia edilen ihlallerin en azından delil başlangıcı vasıtasıyla temellendirilmesini aramakta ve delil başlangıcı dahi barındırmayan başvuruları reddetmektedir. Mahkemenin kabul edilebilirlik bakımından değerlendirdiği bir diğer husus ise, başvuru konusu yapılan olayların Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre Sözleşmeye aykırı olarak nitelendirilmesi gerekliliğidir, aksi halde Mahkeme yine başvuruyu reddedecektir. Mahkeme bu değerlendirmeyi

³³⁰ *Kom. K., Loukanov/Bulgaristan*, No. 21915/93, DR 80-B, s.124(GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.96)

³³¹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.97

yaparken başvurunun esasını incelediği için yapılan başvuruların hem esas, hem de deliller bakımından güçlü olması, yapılacak değerlendirmenin doğru sonuçlandırılabilmesi bakımından önem taşımaktadır³³².

Bir diğer koşul da başvurunun kabul edilebilmesi için başvurunun hakkın kötüye kullanılması niteliği taşınamaması gerekliliğidir; Mahkeme incelediği başvurular sonucunda bu koşul bakımından bazı kriterler belirlemiştir:

- *Başvurunun siyasal propaganda niteliğinde olmaması,*
- *Başvurunun davalı devlete yahut temsilcilerine, Komisyon'a veya Komisyon üyelerine hakaret niteliği taşıyan sözler içermemesi ve*
- *Başvurunun gerçeğe aykırı bilgiler içermemesi.*

Kabul edilebilirlik konusuna ilişkin ifade etmemiz gereken son koşul ise, sözleşme ya da ek protokollere yönelik ihlal dolayısıyla başvuru zarara uğramış olması gerekliliğidir. Bu koşulun iki istinası mevcuttur: Bunlardan ilki başvuruya konu olan ihlalin insan haklarına saygı ilkesi gereğince yine de esastan incelenmesi gerekliliğinin olması, ikincisi ise söz konusu ihlalin ulusal makamlar tarafından gereğince incelenmemiş olmasıdır. Ancak bu iki durumun varlığı halinde başvuru zararı söz konusu olmasa dahi Mahkeme başvuruyu kabul edecektir³³³.

35. madde gereğince kabul edilemez nitelikteki başvurular, Mahkeme tarafından yargılamanın her aşamasında göz önünde bulundurulur. Başka bir anlatımla bu kararın verilebilmesi için herhangi bir zaman kısıtlaması Sözleşme ile getirilmiş değildir. İç hukuk yollarının tüketilmiş olmasına ilişkin tüm kabul edilebilirlik koşulları 35. madde gereğince bireysel başvurular için söz konusudur. Ancak Mahkeme'nin hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıdığı gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı verdiği başvurular da mevcuttur³³⁴.

³³² GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.97

³³³ AİHS m. 35/3-b : "Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması; meğer ki Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez."

³³⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.99-100

ab. Kabul Edilebilirlik İncelemesi

35. madde ile getirilen koşullar doğrultusunda Mahkeme yapılan başvurular üzerine, öncelikle kabul edilebilirlik değerlendirmesi yapacaktır. Mahkeme bu incelemeleri yaparken, bireysel başvurular ve devlet başvurularını farklı şekilde değerlendirir³³⁵.

33. madde gereğince Mahkeme'ye yöneltilen devletlerarası başvurular, Mahkeme başkanı tarafından Mahkeme bölümlerinden birine havale edilir. Davanın bir bölüme havale edilmesinin ardından başvuruyu değerlendirmek üzere Bölüm başkanı tarafından bir daire oluşturulur ve aynı zamanda sözleşmecî devlet başvuru hakkında görüş bildirmeye davet edilir. Davalı tarafın sunduğu görüşlerin başvurucu tarafa bildirilmesinin ardından, başvuran taraf da dilerse görüşlerini mahkemeye sunabilecektir.

Mahkemeye 34. madde gereğince yöneltilen bireysel başvurular da Mahkeme başkanı tarafından bölümlerden birine havale edilir. Başvurunun bölüme havale edilmesi üzerine Bölüm başkanı tarafından yedi yargıçtan oluşan bir Daire oluşturulur.

27. maddeye göre Mahkeme'ye yöneltilmiş bireysel bir başvuru, kararın verilebilmesi için başkaca bir inceleme gerekmiyorsa tek yargıç, başvurunun kabul edilemez olduğuna ya da kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Tek yargıç tarafından verilecek bu karar nihai bir karardır. (İç Tüz. m. 52A)

28. madde uyarınca Komite, önüne gelen bir başvuru hakkında, başka bir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın karar verilebilecek olması halinde oybirliği ile başvurunun kabul edilemez olduğuna ya da Mahkeme'nin dava listesinden düşürülmesi gerektiğine karar verebilir. 28/1-b maddesine göre mahkemenin davayı kabul edebileceği haller bakımından, Komite oybirliği ile kabul edilebilirlik kararı verebileceği gibi, adil tazmine de hükmedebilir. Komite'nin 28/1. madde gereğince vereceği kararlar kesindir. Diğer yandan Komitenin herhangi bir karar vermemesi

³³⁵ Kabul edilebilirlik incelemesinin hangi usulle yapılacağı Mahkeme İç Tüzüğü 51 vd. maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

durumunda, başvuru, başvuruyu incelemek üzere oluşturulan Daire tarafından değerlendirilecektir. (İç Tüz. m.53)

Mahkemeye yapılan bir başvurunun Tek Yargıç ya da Komite önünde karara bağlanmaksızın Daire önüne gelmesi halinde Daire, başvurunun kabul edilemez olduğuna ya da kayıttan düşürülmesine dair kararını hemen verebilecektir. Diğer yandan Daire, bireysel başvuruların ve devlet başvurularının kabul edilebilir olduğuna dair karar verdikten sonra esasa ilişkin kararını da verecektir; ancak, bireysel başvurular bakımından bu kararların Dairenin tercihiyle bağlı olarak ayrı verilmesi mümkünken, devlet başvuruları bakımından 29/2. madde gereğince kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin kararların ayrı verilmesi zorunludur.

Davanın kabul edilebilirliğine ve esasına ilişkin incelemeyi birlikte yapmaya karar verdiği durumlarda Daire; taraflardan görüşlerini, adil tazminata ilişkin taleplerini ve dostane çözüme dair tekliflerini de ister. Yapılan değerlendirme ile birlikte dostane çözüme varılmazsa ya da başkaca bir karar verilmezse ve kabul edilebilir görülen davanın esası hakkında karara bağlanabilir durumda olduğuna Dairece kanaat getirilirse; Daire, kabul edilebilirliğe dair başka bir karar verme hakkını saklı tutmak suretiyle, kabul edilebilirlik kararını içeren nihai bir karar verir. (İç Tüz. m.54A)

Mahkeme'ye yapılan başvurular hakkında yapılacak incelemeyi sona erdirecek kabul edilebilirliğe ilişkin verilen karar dışında bir de yargılamanın her aşamasında kayıttan düşürme kararı verilebilmesi söz konusudur. Mahkeme, a) Başvuru sahibinin davasını takip etme niyetinin olmaması, b) İhtilafın çözümlenmesi durumunda veya c) Mahkeme'nin belirlediği ve başvurunun incelenmesine devam edilmesini haklı kılmayacak herhangi bir sebep dolayısıyla başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Meğer ki, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesi, Sözleşme ve protokoller gereğince güvence altına alınmış insan haklarına saygı ilkesi dolayısıyla gerekli olmasın. Bununla birlikte Mahkeme'nin bu kararını geri alması ve başvurunun yeniden kayda alınmasını kararlaştırması da 37/2. madde gereğince mümkündür.

ac. Başvurunun İncelenmesi ve AİHM'in Kararı

Mahkeme, önüne gelen bir başvuruyu kabul edilebilir bulduğu takdirde başvuruyu tarafların temsilcileri ile birlikte, çekişmeli yargı esasına uygun şekilde değerlendirir. Mahkeme, başvuruya ilişkin değerlendirmeyi yaparken, Sözleşmecî devletin de yardımıyla, başvuru konusu olayları etkin biçimde soruşturur. İstisnai başvurular bakımından Mahkemece aksi kararlaştırılmadıkça duruşmalar kamuya açık olarak yürütülür ve başvuruya ilişkin belgeler açıktır.

Mahkemenin kabul edilebilirlik değerlendirmesine ilişkin kararları ve esasa ilişkin olarak yapacağı değerlendirme sonrasında vereceği kararları gerekçeli olacaktır. Bununla birlikte Mahkeme'nin kesinleşmiş kararları sözleşmecî devletler için bağlayıcı nitelik taşımaktadır. AİHS ve AİHM'i diğer sözleşme ve denetim mekanizmalarına nazaran daha farklı ve bağlayıcı kılan da bu özelliğidir. Zira, Sözleşmecî devletler, taraf oldukları davalar hakkında Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmektedirler. Mahkeme'nin kesinleşen kararlarının infaz edilip edilmediği Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmektedir. Bakanlar Komitesi, taraf bir devletin Mahkeme'nin kararına uygun davranmayı reddettiğine kanaat getirirse, ilgili tarafa ihtarda bulunmasını takiben, bu durumu Mahkeme'ye taşıyabilir. Mahkeme'nin de ihlal olduğu kararına varması halinde, taraf devlet için alınacak önlemlerin alınması için dava tekrar Bakanlar Komitesi'ne iletilir; verilen kararın ihlal edilmediğine dair kararının Mahkemece verilmesi halinde ise incelemesine ilişkin son kararı vermesi için dava yine Bakanlar Komitesi'ne iletilir.

Mahkemenin yapacağı değerlendirme sonucunda başvurunun esasına girmeden ya da esasını da değerlendirmek suretiyle karar vermesi mümkündür. Şimdi Mahkeme'nin yapacağı değerlendirme sonucu verebileceği kararları inceleyeceğiz. Bundan önce Mahkeme'nin daha yargılama sürerken karar verebileceği *geçici tedbirleri* açıklamakta yarar görüyoruz.

i. Geçici Tedbirler (İç Tüz. m.39)

Mahkeme davanın esasına girmeden önce, taraflardan birinin ya da ilgili herhangi bir kimsenin istemesi durumunda ya da kendiliğinden, tarafların yararına ya da başvurunun uygun şekilde incelenebilmesi amacıyla Mahkeme iç tüzüğünün 39.

maddesi uyarınca geçici tedbirler alınmasına karar verebilir. Daire ya da Bölüm Başkanı veya İç tüzüğün 39/4. maddesi gereğince Başkan Yardımcıları arasından atanacak nöbetçi yargıç, geçici tedbirin uygulanmasıyla ilgili bilgilendirme talebinde de bulunabilir. Öngörülen tedbir, hiçbir durumda Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca başvurunun incelenmesine zarar vermeyecek koruyucu bir tedbir olacaktır. Bu aşamada, bir geçici tedbir kararı verdiğinde Mahkeme'nin davayı derinlemesine çözümlenmiş olması gerekmez ve aslında bunun için gereken bütün bilgiye genellikle sahip olmaz³³⁶.

Mahkeme, başvuruya ilişkin ihlal tespiti yapmadan önce böyle bir karar vermeyi yapılan istemler doğrultusunda uygun görürse geçici tedbir kararı verecektir. Esasen geçici tedbire kararının konusunu, taraflar bakımından aslında yaşamsal önem taşıyan ve tedbir alınmaması durumunda geri dönüşü dahi söz konusu olamayacak durumlar oluşturmaktadır. Örneğin, Mahkeme'ye yöneltilen başvurularda fazla sayıda "şüpheli" devletten gelen sığınmacıların, başvuru incelenene kadar sınır dışı edilemeyeceğine ilişkin geçici tedbir kararı verdiği görülmektedir³³⁷.

Mahkeme'nin geçici önlem alınmasına ilişkin vereceği kararların niteliğinin ne olduğu ve bağlayıcı olup olmadığı konusu da tartışmalıdır. Çünkü AİHS'te, Protokollerle yapılan değişiklikler de dahil olmak üzere, geçici tedbir kararı alınabileceğine ve bu kararların bağlayıcı olacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkeme'nin verdiği geçici tedbir kararları Mahkeme iç tüzüğünün 39. maddesine dayanılarak alınmaktadır. Bu durum da geçici tedbir alınması yönünde Mahkeme'nin verdiği kararların bağlayıcılığı konusunda duraksama yaratmaktadır. Ancak bize göre, geçici tedbirler AİHM kararlarının bir parçası olarak nitelendirilmelidir. Tedbire ilişkin kararın esasa ilişkin karardan önce ve ayrı veriliyor olmasının tek nedeni, bu konudaki kararın daha geç verilmesi ile meydana gelebilecek Sözleşme ihlallerinin ve taraflar bakımından doğabilecek hak kayıplarının önlenmesidir. Dolayısıyla devletler geçici tedbir kararlarını Mahkeme kararlarının bir parçası olarak görmelidirler. Kaldı ki, öğretilerde tartışılan bu

³³⁶ *M.S.S. v. Belçika/ Yunanistan*, B.N. 30696/09, T. 21.01.2011

³³⁷ *Mostafa ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 16348/05, K.T. 15.05.2008; *M.S.S. v. Belçika/Yunanistan*, B.N. 30696/09, T. 21.01.2011; *M.A./Kıbrıs*, B.N.41872/10, T. 23.7.2013; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 606

bağlayıcılık konusuna karşın devletler uygulamada ilke olarak bu kararlara uymaktadırlar³³⁸.

Diğer yandan AIHM'in geçici tedbirleri Mahkeme'ye başvuru hakkının bir parçası olarak gördüğünü ifade etmek yanlış olmayacaktır. *Mamatkulov ve Askarov / Türkiye* kararı, Mahkeme'nin ilk kez bir devleti geçici tedbir kararına uymaması nedeniyle mahkum ettiği karardır³³⁹. Başvuranın kötü muameleye maruz kalacak olması nedeniyle Özbekistan'a iadesinin askıya alınmasına ilişkin tedbir kararına rağmen, Türkiye'nin bu karara riayet etmemesi dolayısıyla yapılan başvuru yapılmıştır. Başvuru hakkında Mahkeme, geçici tedbirlerin uygulanmamasının Sözleşmenin 34. maddesinin uygulanmasının fiilen imkansız hale getirebileceği ve bu durumun AİHS'ten kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalini teşkil ettiği gerekçesiyle Türkiye'yi mahkum etmiştir³⁴⁰. Bu karar ışığında, geçici tedbirlere uyulmamasının yaptırımının, durumun AIHM'e intikal ettirilmesi halinde m. 34'ün ihlal edildiğine ilişkin mahkumiyet kararı olabileceğini ifade etmek yerinde olacaktır.

ii. Dostane Çözüm (İç Tüz. m. 62)

Kabul edilebilir olduğuna karar verilen bir başvuru hakkında, yargılamanın her aşamasında Mahkemece dostane çözüm kararı verilebilir. 14 No.lu Protokol öncesi dönemde kabul edilebilirlik incelemesinden sonra verilebilen bu karar, protokolle birlikte, yargılamanın her aşamasında verilebilir hale gelmiştir. Bu değişikliğin sebebi, protokolle birlikte incelenebilirlik denetimi ile esas hakkındaki kararın birleştirilmiş olmasıdır. Bu iki aşamanın birleşmesi dolayısıyla, davanın her aşamasında dostane çözüm kararı verilebilecektir³⁴¹. Bu, insan haklarına saygı ilkesine dayanan bir çözüm yoluyla, davanın esasına ilişkin Mahkeme'nin kararı açıklanmaksızın verilen bir karardır. Mahkeme'nin dostane çözüme ulaşabilmesi amacıyla yapılacak görüşmeler gizlilik esasına dayalı olarak yürütülecektir. Dostane çözüm görüşmeleri sırasında yapılan sözlü veya yazılı tebliğler, itiraflar ve açıklamalar, daha sonra yapılacak çekişmeli yargılama sırasında açıklanamaz ve

³³⁸ REİSOĞLU, s.180

³³⁹ http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/gecicirtedbirler.pdf , Erişim Tarihi: 26.07.2015

³⁴⁰ *Mamatkulov ve Askarov / Türkiye*, B.N. 46827/99 ve 46951/99, T. 04.02.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:26.07.2015)

³⁴¹ AYBAY, Rona, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Komusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", TBB Dergisi, S.88, Y. 2010, s.255; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 606

başvurunun tarafları yargılama sırasında bunlara dayanamaz. (Mah. İç Tüz. m. 62/2) Dostane çözüm girişimleri sırasında taraflarla temasa geçen Daire, bu madde doğrultusunda dostça bir çözüme ulaşılması amacıyla çalışmalar yürütecektir. (AİHS m.39/1; Mah. İç Tüz. m. 62/1)

Taraflar dostane çözüm konusunda anlaşır, Daire, ulaşılan çözümün Sözleşme ve ona bağlı Protokollere göre insan haklarına saygı esasına dayandığını doğrular. Bunun üzerine Mahkeme, olayları ve kabul edilen çözümü anlatır kısa bir özeti içeren sınırlı bir kararla başvuruyu kayıttan düşürür. Görüldüğü üzere Mahkeme, bu yolla önüne gelen bir başvuruyu esasına girmeksizin, aslında taraflar arasında uzlaşmanın sağlanması olarak da ifade edebileceğimiz bir yöntemle sonuçlandırmakta ve kayıttan düşürmektedir. Bunun, davalı taraf bakımından kayda geçen bir mahkumiyet sonucunu da içermemesi dolayısıyla oldukça olumlu bir yöntem olduğunu ifade etmek gerekir. Zira anlaşmazlığın bu yolla çözülmesi demek, başvuruya taraf olan devletin Sözleşme ya da Protokol hükümlerini ihlal ettiğini kabul ettiği anlamına gelmemekte, sadece belirli miktarda tazminat ödeme ya da dava konusu edilen belirli işlemleri iptal etme konusunda anlaşma sağlandığı anlamını taşımaktadır³⁴².

iii. Tek Taraflı Deklarasyon (İç Tüz. m.62A)

AİHS'in 39. maddesi gereğince yapılacak bir dostane çözüm teklifi başvuran tarafından reddedilirse, sözleşmecî devlet, bir deklarasyon yapılmasını ve bu suretle başvurunun kayıttan düşürülmesini talep edebilir.

Başvurunun Mahkeme iç tüzüğünün 62A maddesi gereğince kayıttan düşürülmesini talep eden taraf, talebiyle birlikte yeterli miktarda tazminat verilmesini ve başvuruya konu edilen olaylara ilişkin koşulların gereken şekilde düzeltilmesini sağlayacak tedbirlerin alınacağına ilişkin taahhüt vermeli ve bununla birlikte başvuru konusu ihlalin varlığını kabul eden bir deklarasyon da istemle birlikte sunulmalıdır.

Başvurunun kayıttan düşürülmesi istemi ile birlikte sunulması gereken deklarasyonun nasıl hazırlanması gerektiği Mahkeme iç tüzüğünün 62A/1-c

³⁴² REİSOĞLU, s.183

maddesinde açıklanmıştır. Buna göre; aleni bir şekilde tarafların hazır bulunduğu bir yargılama ile deklarasyon düzenlenmelidir. Bununla birlikte ihlali kabule ilişkin bu deklarasyon düzenlenirken, dostane çözüm görüşmeleri sırasında yapılan görüşmelerin gizliliği ilkesine tamamıyla saygı duyulmalı ve o aşamada yapılan beyanlara hiçbir şekilde atıfta bulunulmamalıdır.

Bu çözüm yöntemi de sözleşmecî devlet lehine bir durum yaratmaktadır. Dostane çözüm yoluyla sonuçlandırılmayan başvuruların, “*tek taraflı deklarasyon*” yoluyla sonuçlandırılması Mahkeme iç tüzüğünde bir çözüm yöntemi olarak yer almaktadır. Bu yolla, Mahkeme tarafından yapılacak esasa ilişkin inceleme ile sözleşmecî devletin mahkum edilmesi yerine, ihlale ilişkin yapacakları bir kabul bildirisi yanında, adil bir tazminat ve önlem alınmasına ilişkin bir taahhüt vermek suretiyle, başvurunun daha lehe olacak biçimde sonuçlandırılması sağlanmaktadır.

iv. Adil Tazminat ve Esasa İlişkin Karar

AİHM, kabul edilebilir bir başvuruya ilişkin esas hakkındaki kararıyla, sözleşme tarafı olan bir devletin, işlemleri, eylemleri yahut kararlarıyla AİHS ile bireylere tanınan temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini tespit eder.

Ne var ki, AİHM’in esasa ilişkin karar verme yetkisi, bir tespitte bulunma, ihlali belirleme ve açıklama yetkisinin ötesine geçmemektedir. Başka bir anlatımla Mahkeme’nin, sözleşmecî devletin hak ihlali niteliği taşıyan eylemlerini değiştirme, yasal düzenlemelerinde değişiklik yapma, yargı ve yönetim organlarının işlemlerini değiştirme ya da doğrudan ihlalleri önlemek için alınması gereken önlemleri tespit etme gibi bir yetkisi yoktur. Tüm bunlar, Mahkeme’nin yetki alanının dışında kalmakta ve ihlali tespit eden kararının ardından ilgili devletin daha sonra meydana gelebilecek ihlallerin ortadan kaldırılması için alacağı önlemler arasında yer almaktadır.

Bununla birlikte AİHM esasa ilişkin vereceği “*ihlale ilişkin tespit kararı*” ile birlikte, gerekli gördüğü takdirde, Sözleşme’nin 41. maddesinde de ifade edildiği üzere, zarar gören taraf lehine olacak şekilde adil bir tazminat verilmesine de hükmedebilmektedir. İhlalin varlığını tespit eden Mahkeme, vereceği bu adil tazminata ilişkin kararlar, ihlali gerçekleştiren devletin iç hukuku aracılığıyla

tamamen kaldıramamasından kaynaklanan eksikliğin ve öncesinde başvuruçunun haklarının ihlalden kaynaklanan zararın giderilmesini amaçlamaktadır. Mahkemenin ihlal kararının yanı sıra bir de tazminata ilişkin karar verebilmesi için başvuruçunun tazminata ilişkin özel bir talebi de bulunmalıdır (Mah. İç Tüz. m. 60/1). Böyle bir istem varsa, Mahkeme gerekli görürse, başvuruçunun zararını tazmin amacıyla adil tazminata ilişkin hüküm verebilecektir.

Mahkeme 45. madde gereğince, kabul edilebilirliğe ilişkin kararlarında olduğu gibi, esasa ilişkin kararlarını da gerekçeli olarak vermelidir. Ayrıca kararın oybirliği ile alınmamış olması halinde ayırık görüşteki yargıçların kendi görüşlerini de belirtme hakları mevcuttur.

Mahkeme'nin esasa ilişkin kararı Büyük Daire tarafından verilmişse bu kararlar kesindir (AİHS m.44/1). Ancak karar bir Daire tarafından verilmişse, taraflar kararın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan etmişse yahut karar tarihinden itibaren üç ay içinde Büyük Daire'ye gönderilmesini talep etmemişlerse yahut 43. madde gereğince Büyük Daire, kararın incelenmesi talebini reddetmiş ise, Daire kararları kesinleşir (AİHS m. 44/2) .

Sözleşmeye taraf devletler, tarafı oldukları başvurular bakımından kesinleşen kararların infaz edileceğini taahhüt ederler. Kesinleşen kararların infaz edilmediği Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmektedir, Mahkeme bu nedenle kesinleşen kararları Komite'ye gönderir.

Mahkeme'nin esasa ilişkin kararıyla ilgili olarak son olarak 21 Şubat 2011 tarihinde, Mahkeme tarafından Mahkeme İç Tüzüğü'ne eklenmiş olan "*Pilot Karar Usulü*"ne kısaca değinmekte fayda görüyoruz³⁴³. İç tüzüğün 61. maddesiyle düzenlenen bu usul, kararın içeriğiyle doğrudan ilgili olmayıp mahkemenin karar verirken izleyeceği usule ilişkindir. Buna göre Mahkeme, bir başvuruya konu edilen olaylar, sözleşmeci taraf devletle ilgili olarak başkaca yapısal ya da sistematik sorun

³⁴³ Pilot Karar Usulüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: ALTIPARMAK, Kerem, "*Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?*", Ankara Barosu Yayınları, s.60-107 (<http://www.aihmiz.org.tr/files/AIHMpilotkarar.pdf> , Erişim Tarihi:12.03.2015, 16.04)

meydana getiriyor veya benzer başvuruların³⁴⁴ oluşmasına sebep olan benzer aksaklıklar doğuruyorsa Mahkeme pilot karar uygulamasına geçebilecektir. Benzer nitelikte sorunlardan dolayı mahkemeye çok sayıda başvuru gelirse, Mahkeme pilot karar usulü çerçevesinde bu başvuruların bir ya da birkaçını öncelikli olarak işleme alacaktır. Ancak bu usulü izleyecek olan Mahkeme, yalnızca ihlali tespit etmekle kalmayacak, başvuruya neden olan sorunu da tespit edecek ve sorunun çözümüne ilişkin de alınması gereken tedbirleri açık bir biçimde ifade edecektir. 46. madde gereği devletler bakımından bağlayıcı olan bu kararları verirken Mahkeme, taraflara yol gösterme ihtiyacı duyabilecektir. Zira, Mahkeme'nin ihlal meydana gelen bazı davalarda Sözleşmedeki haklara yönelik ihlallerin ortadan kaldırılabilmesi için gerekli olan yolu göstermekten başka çaresi olmaz. Bu gibi durumlarda önlem alınmaksızın tazminata hükmedilmesi ihlalin devam etmesini önlemeyeceğinden, Mahkeme gerekli görmesi halinde tazminatla birlikte, çözüm yoluna da 46. madde uyarınca yol gösterici olması amacıyla kararında yer vermektedir³⁴⁵. Pilot karar usulünün bir diğer önemli özelliği ise, Hükümetin olabildiğince hızlı biçimde harekete geçerek kararın gerektirdiği ulusal önlemleri alması koşuluyla ilgili davaların ertelenebiliyor veya incelenmesinin durdurulabiliyor olmasıdır. Ancak, AİHM, erteleme sonrasında da ihlalin devam etmesi durumunda, ertelediği davaların incelenmesine devam edebilecektir³⁴⁶. Bu yolla, hızlı ve adil tazmin olanağı sağlanması yanında, hem benzer hem de oldukça karmaşık yapıda olan başvuruların sayısını azaltarak Mahkeme'nin iş yükünün azaltılması ve etkili bir inceleme yapabilmesi için gerekli koşulların sağlanması amaçlanmıştır. Sonuç olarak, Mahkeme benzer başvuruların incelenmesi bakımından pilot karar usulünün uygulanmasına karar verebilecek ve bu suretle benzer nitelikli başvuruların daha hızlı ve etkili biçimde incelenmesini sağlayabilecektir. Pilot karar usulü sonucunda Mahkeme'nin vereceği kararlar, mahkemenin esasa ilişkin verdiği kararlardan farksız olup, gerek bağlayıcılığı ve gerekse infazı bakımından aynı esaslar, pilot kararlar için de geçerli olacaktır.

³⁴⁴ Doktrinde *kopya davalar* da denilmektedir.

³⁴⁵ ALTIPARMAK, s. 72

³⁴⁶ Pilot Kararlar-AİHM Bilgi Notu, s. 1,
(http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/diger/pilot_kararlar.pdf, Erişim Tarihi:12.03.2015)

B. Koruma Sisteminin Türk Hukukundaki Yeri ve Etkisi

Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanan ve 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı kanunla Meclis'te kabul edilen AİHS, 18 Mayıs 1954'te onay belgesinin de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmesiyle birlikte Türkiye açısından da yürürlüğe girmiş ve Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukumuzun da bir parçası haline gelmiştir. Usulünce yürürlük kazanan uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu ve iç hukuk kurallarıyla uluslararası sözleşme hükümlerinin çatışması halinde sözleşme hükümlerinin esas alınacağını ifade eden bu Anayasa hükmü gereğince, 1954 yılı itibariyle AİHS hükümleri de iç hukuk kuralı haline gelmiştir. Dolayısıyla, Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye, Sözleşme ile getirilen güvenceleri sağlamayı ve yine Sözleşme gereğince oluşturulan denetim mekanizmaları sonucu verilecek kararlara uymayı ve infaz etmeyi kabul ve taahhüt etmiştir³⁴⁷.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisine ilişkin çeşitli görüşler bulunmakla beraber, Türk hukuku bakımından "*Tekci Görüş*"ün benimsenmiş olduğunu ifade etmek mümkün olacaktır³⁴⁸. Yani AY m. 90 gereği, uluslararası alanda mevcut olan sözleşme hükümleri, iç hukuk kuralları arasında yerini alacak ve uygulanacaktır. 1982 Anayasasında benimsenen bu görüş, 1960 Anayasasında da "*Uluslararası kurallar yasa gücündedir.*" hükmüyle benimsenmiş bulunmaktaydı. Sonuç olarak iç hukuk kuralı olarak kabul edilecek uluslararası normlar iç hukukta doğrudan uygulama bulacaktır.

Doğrudan uygulama bulacak olan AİHS hükümleri ve bu doğrultuda Sözleşme organlarınca verilecek kararlar insan haklarının gelişmesine katkı sağlayacaktır. Alınan kararlarla ilgili olarak gerektiğinde kanun ya da uygulama değişikliklerine gidilerek yahut mahkumiyet kararlarının fazla olduğu ihlal konularına ilişkin eylem planları geliştirilerek insan hakları düzeyinin arttırılması ve bu yolla da sözleşme hükümleri ile koruma altına alınmış olan temel hak ve özgürlük ihlallerinin azaltılması amaçlanmıştır. Bu ise, Sözleşmenin uygulanmasından

³⁴⁷ BAKIM, s. 68; GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s. 18

³⁴⁸ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s. 19

kaynaklanan içtihatların yakından izlenmesi ve uygulanması ile mümkün olabilecektir³⁴⁹.

Türkiye, hem tarafı olduğu AIHS'in 3. maddesi ve hem de İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile işkence yasağına ilişkin geniş bir koruma alanı yaratmış ve kapsamlı bir denetim mekanizmasının da tarafı haline gelmiştir. Ne var ki, Türkiye'nin bu sözleşmelere taraf olması, işkencenin önlenmesi için tek başına yeterli değildir. Yıllar içerisinde Türkiye hakkında verilmiş olan mahkumiyet kararları da bunun açık göstergesidir. Türkiye hakkında 1959-2013 yılları arasında verilmiş olan 2639 ihlal kararının 29'u işkence yasağının, 279'ü kötü muamele yasağının ve 171'i de 3. madde ihlallerine ilişkin başvuruları etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlaline ilişkindir³⁵⁰. Sonuç olarak görüyoruz ki, çeşitli uluslararası sözleşmelere taraf olmak insan haklarının korunması için yeterli değildir. Esas önemli olan, imzalanan sözleşmeler ile korunan hak ve özgürlüklere geçerlilik ve etkin uygulama koşullarının sağlanabilmesidir. Aksi halde imzalanan sözleşmeler ülkeler için altına girdikleri yükümlülüklerini yerine getiremedikleri birer kaynak olmanın ötesine geçemeyecektir³⁵¹.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ M. 3 KAPSAMINDA İŞKENCE YASAĞI

A. Genel Olarak

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, AIHS m. 3 işkence yasağına ilişkindir: "*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz*". İşkence yasağını düzenleyen bu hüküm, bu yasağın kapsamına ya da hangi koşullar altında ihlal edilmiş sayılacağına ilişkin ayrıntılı bir açıklama getirmemiştir. Ancak işkencenin unsurları, yasağa ilişkin yükümlülükler, esaslar, maddenin kapsamı ve meydana gelen ihlalin işkence yasağı boyutunu aşıp aşmadığına ilişkin ayrıntılar AIHM içtihatları ile belirlenmiştir.

³⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.22

³⁵⁰ Türkiye 2747 kararlar AIHM tarafından bu yıllar içerisinde hakkında en çok karar verilen ülke olmuştur (http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2013_ist/13.pdf, Erişim Tarihi:16.03.15); (http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2013_ist/5.pdf, Erişim Tarihi:16.03.15)

³⁵¹ KAPANİ, s.59

İşkence yasağının ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için meydana gelen bir olayda yer alması gereken unsurların “a) şiddetli fiziksel veya ruhsal yönden acı veren bir fiilin mevcut bulunması, b) eylemin cezalandırmak, bilgi veya itiraf elde etmek ya da gözdağı vermek, ayrımcılık amaçlarına yönelik olarak kasten gerçekleştirilmesi ve c) eylemin kamu görevlisi tarafından veya onun bilgisi ya da onayı dahilinde gerçekleştirilmiş olması” olduğunu ifade etmiş ve açıklamıştık, bu nedenle bu bölümde bu unsurları sadece hatırlatmakla yetinmeyi tercih ediyoruz.

Bu kısımda daha önce de ifade etmiş olduğumuz ancak üzerinde durmadığımız “*kötü muamele, insanlık dışı muamele ve işkence*” kavramlarını açıklayarak, Mahkeme'nin hangi kıstaslar çerçevesinde değerlendirme yaptığını ve hangi suçlar bakımından ne kapsamda ihlal kararı verdiğini değerlendirmeye çalışacağız.

Yine bu kısım içerisinde değerlendireceğimiz son husus ise, AİHS m. 3 ile devletlerin yerine getirmeyi taahhüt etmiş oldukları yükümlülükleri olacaktır. Üçüncü madde kapsamında gündeme gelen yükümlülükleri, a) Pozitif yükümlülükler, b) Negatif yükümlülükler ve c) Usuli yükümlülükler olmak üzere üç başlık altında, AİHM içtihatları ile birlikte değerlendireceğiz.

B. AİHS m. 3'e Göre Kötü Muamele veya Ceza ve İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza İle İşkence Kavramları

AİHM içtihatlarına göre, bir muamele veya cezanın AİHS m.3 ihlali anlamına gelebilmesi için mağdurda yarattığı etkinin “*belirli bir ağırlığa*” ulaşmış ya da “*belirli bir yoğunlukta*” olması gerekir³⁵². Ağırlığın belirli bir yoğunlukta olması koşulu, maddenin koruma alanındaki, işkence, kötü muamele veya insanlık dışı muamele veya ceza kavramlarının hepsi bakımından aranmaktadır. Zaten bu kavramlar arasındaki ayrımı kavramımızı sağlayan da bu ağırlığın farklı düzeylere ulaşması ve mağdur üzerindeki etkilerinin farklı şekillerde karşımıza çıkmasıdır³⁵³.

³⁵² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 191; REIDY, s.9; DOĞRU, s.17; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.139; ANAYURT, AİHS'de İşkence ve Kötü Muamele, s.219-225

³⁵³ ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s. 432; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.140

Ağırlığın tespiti için Mahkeme, 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. AİHM, işkenceye yönelik yaptığı nitelendirmeler bakımından “dinamik yorum” yapmayı tercih etmektedir³⁵⁴. Bu durum da işkencenin stabil bir kavram olmamasından ve davranışın niteliği, gerçekleştirildiği ortam, süre, mağdur üzerindeki fiziksel ya da ruhsal etkileri, mağdurun fiziksel ve ruhsal özellikleri gibi birçok farklı değişkene göre farklı şekillerde nitelendirilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır³⁵⁵. AİHS m. 3’te “işkence”, “insanlık dışı” veya “kötü 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 güdülmektedir. Önemli boyutta acı çekilmesine yol açan insanlık dışı ya da kötü muamele ya da cezaya hiçbir koşulda onay verilmemektedir³⁵⁶. Bu nedenle davranışın da ayırma gidilerek belirlenmesi ve hangi boyutta ihlalin var olduğunun tespit edilmesi yoluyla cezalandırılması gerekmektedir. AİHS m. 3 içerisinde yer alan kavramları birbirinden ayıran esas unsur, mağdurda yarattıkları etkinin ağırlığı ve yoğunluğudur³⁵⁷. Bu nedenle, AİHS m.3 ihlalinin gündeme getiren her olay zorunlu olarak insanlık dışı veya kötü muamele olarak nitelendirilir; ancak,

³⁵⁴ ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s.430

³⁵⁵ *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999 p. 96-101, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:03.01.2015); *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000, p. 92, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:31.03.2015); *Batu ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve 57837/00, T. 03.06.2004, s.11, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi:03.01.2015)

³⁵⁶ Bu hususun ifade edildiği kararlar için bkz. *Tyrer/ Birleşik Krallık*, B.N. 5856/72, T. 25.04.1978, p. 30, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015); *Tomasi/Fransa*, B.N. 12850/87, T. 27.08.1992, p. 115(<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015) *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999 p. 95, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015); *Sevtaç Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, p. 28, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015); *Gäfgen/Almanya*, B.N. 22978/05, 1.6.2010, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015) kararında Mahkeme, 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 edilmeyeceğini açıklığa kavuşturmuştur. (bkz. p. 107)

³⁵⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 191; SEVÜK, Handan Yokuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.7, S.20, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2012, s.10; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.198; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.140

Mahkemenin bu konuya dikkat çektiği kararları için bkz. *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999 p. 96, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015); *Dikme/ Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000, p. 92, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 31.03.2015); *Selçuk ve Asker/Türkiye*, B.N. 23184/94, T. 24.04.1998, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 20.03.2015); *Sevtaç Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, p. 29, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015)

her kötü muamele, işkence ya da insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmeyebilir³⁵⁸.

Mahkeme, m. 3'ün ihlali bakımından bu üç kavram arasında bir ayırımı gitmiyor ise de; oldukça ağır nitelikteki ihlaller bakımından "işkence" nitelendirmesini yapmakta; hükmedeceği tazminatın miktarını buna göre belirlediği gibi, uluslararası platformda devletleri en ağır ihlal kategorisi ile "damgalama" ve böylece devletlerin m. 3 ihlallerinden kaçınmasını sağlama amacını gütmektedir³⁵⁹.

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

1. Kötü Muamele veya Ceza Kavramı

AİHS m. 3 içerisinde yasaklanan üç muamele ve cezadan, en düşük acı ve eza eşiğinde bulunan türü *kötü muamele ve cezalar*dır. Uygulamada ve AİHM içtihatlarında bu kavram; kötü muamele, küçük düşürücü muamele ya da alçaltıcı muamele olarak anılmaktadır. Ancak, kötü muamele dışında kalan ifadelerin, fiziksel ortamdaki ve bedensel zarardan ziyade kişinin psikolojisi ve onuru üzerinde meydana gelen zararı ifade ediyor olması sebebiyle, işkence yasağıyla koruma altına alınan hakkı ve yasaklanan ihlalleri tamamıyla karşılamadığı kanaatinde olduğumuzdan, çalışmamız boyunca "*kötü muamele veya ceza*" kavramını kullanacağız.

Kötü muamele kavramı, mağdurunu diğer kimselere karşı utandıran, aşağılık hissetmesine yahut korkmasına yol açan ya da değersiz hissetmesine yol açması sebebiyle onurunu zedeleyen davranışları ifade etmektedir³⁶⁰. Bir başka deyişle, fiilin yöneldiği mağduru üzerinde korku, panik, sinirsel bozukluklar doğuran³⁶¹ ve

³⁵⁸ REIDY, s. ;TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 143; SEVÜK, s.10; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.199

³⁵⁹ Mahkemenin bu durumu ifade ettiği kararlar için bkz. *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21987/93, T. 18.12.1996, p. 64, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 18.04.2015); *Aydın/Türkiye*, B.N. 23178/94, T. 25.09.1997, p.82, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.04.2015); DOĞRU, s. 17; NAL, s.154; ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s. 427

³⁶⁰ ÖNOK, s.171; DOĞRU, s.20; ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s.430; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.142; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, p.427, s.199

³⁶¹ *Kurt/Türkiye*, B.N. 24276, T. 25.5.1998 tarihli başvuru bakımından Mahkeme, başvuranın gözaltında kaybolan oğluna yönelik işkence iddialarını temelsiz bulmuş ve bu bakımdan ihlal tespiti yapmamıştır. Ancak, başvuran, yani oğlunu kaybeden anne bakımından, kayıp olayına ilişkin yetkililerce gerekli açıklama ve araştırma yapılmadığı, bu durumun da başvuruda oldukça büyük korku ve üzüntüye yol açtığı sebebiyle, söz konusu başvurunun kötü muamele sebebiyle m. 3 ihlali

kendisini aşağılık hissetmesine neden olan davranışlar kötü muamele kapsamında değerlendirilecektir³⁶².

Mağdur üzerinde aşağılanma hissi uyandıran ve korkmasına sebep olan, özgür düşünmesine ve hareket etmesine engel olan kısacası mağdurunu sıkıntıya sokan davranışlar *kötü muamele veya ceza* kapsamında değerlendirilecektir. Mahkeme bir davranışı AİHS m.3 anlamında *kötü muamele* olarak nitelendirirken, bu davranışın mağdurda aşağılanma hissi meydana getirme amacıyla yapılmadığını da göz önünde bulundurmaktadır. Ancak, failin, muamelenin muhatabı olan kişiyi küçük düşürmek yahut alçaltmak gibi bir amacının olması, yani kastının bu sonuçlara yönelik olması da şart değildir. Failin böyle bir amacı bulunmasa dahi *kötü muamele* dolayısıyla AİHS m.3'e yönelik bir ihlalin gerçekleştiğini tespit edilebilecektir³⁶³.

Mahkeme 1978 tarihli *Tyner/Birleşik Krallık*³⁶⁴ kararında mahkemenin *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında açıklık getirdiği “insanlık dışı muamele” ve “aşağılayıcı muamele” kavramları haricinde “aşağılayıcı ceza” kavramına açıklık getirmiştir. Kararda 15 yaşındaki başvuran, okula bira soktuğu ve bir başka öğrenciye karşı da müessir fiil uyguladığı 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 vermiştir³⁶⁵.

teşkil ettiğine kanaat getirmiştir. (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 23.04.2015); Benzer başvurular için bkz. *Çakıcı/Türkiye*, B.N. 23657/94, T. 8.7.1999, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015); *Timurtaş/Türkiye*, B.N. 23531/94, T. 13.06.2000, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015); *Taş/Türkiye*, B.N. 24396/94, T. 14.11.2000, p. 79-80, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 13.04.2015)

³⁶² REIDY, s.17

³⁶³ REIDY, s. 17; DOĞRU, s. 20

³⁶⁴ *Tyner/Birleşik Krallık*, B.N. 5856/72, T. 25.04.1978, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015)

³⁶⁵ *Tyner/ Birleşik Krallık*, davasına ve *aşağılayıcı muamele ve ceza* kavramına ilişkin ayrıntılı dava incelemesi için bkz. GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.98-102

2. İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza Kavramı

Mağdurda fiziksel ya da ruhsal olarak şiddetli acı meydana getiren davranışlar “*insanlık dışı muamele*” olarak adlandırılmaktadır³⁶⁶. İnsanlık dışı muamele bakımından bir değerlendirme yapıldığı takdirde, bu türden kabul edilecek olan davranışların, kötü muamele olarak ifade ettiğimiz kavramın kapsadığı ihlal boyutunun daha üzerinde bir ağırlığa sahip olduğu görülmektedir. Bu iki kavram arasındaki fark, insanlık dışı muamelenin kötü muameleye göre yarattığı acı ve ızdırabın daha fazla yoğun olması ve mağdurun zihinsel ya da fiziksel bütünlüğü üzerinde zarara yol açmasıdır³⁶⁷. Kısaca ifade etmek gerekirse, işkence olarak nitelendirilebilecek ağırlığa ulaşmamış, ancak bedensel ve ruhsal yönden bir kimseye zarar veren muameleler insanlık dışı muamele olarak nitelendirilecektir³⁶⁸.

AİHM kararları çerçevesinde ifade edebiliriz ki, insanlık dışı muamelenin varlığından söz edilebilmesi için: a) Kötü muamele niyeti (kasıt), b) önemli derecede bedensel ya da ruhsal acı ve c) Mağdurda yaratılan acının haklı bir sebeple yaratılmamış olması (Cezaların infazından doğan acının mazur görülebilmesi gibi) koşullarının olay bakımından mevcut olması gereklidir³⁶⁹.

Mahkeme, m. 3’ün içeriğine ve koruma alanına ilişkin ayrıntılı açıklamada bulunduğu ilk kararı olan *İrlanda/İngiltere*³⁷⁰ kararında, karakolda “*beş teknik*”³⁷¹ adı altında uygulanan sorgulama yöntemlerini, mağdurlar üzerinde psikolojik ve fiziksel hasara ve acıya yol açan davranışları önemli ağırlıkta bedensel zarar meydana getirmediği gerekçesiyle, işkence ya da kötü muamele değil, an düşük ihlal kategorisi oluşturan insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir³⁷².

³⁶⁶ REIDY, s. 16; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 142; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 199

³⁶⁷ DOĞRU, s. 20

³⁶⁸ ANAYURT, AİHS’de İşkence ve Kötü Muamele, s. 233

³⁶⁹ NAL, s. 163

³⁷⁰ *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 14.04.2015)

³⁷¹ *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978, p.96-104 ve 106-107, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 14.04.2015)

³⁷² REIDY, s. 13; ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s. 432; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 146; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 199; Mahkeme *Gäfgen/Almanya*, B.N. 22978/05, 1.6.2010, p.131, kararında mağdurun işkence ile tehdit edilerek itiraf temin edilmeye alışılmasını, psikolojik etkileri ve mağdurun iradesine etki etmesi sebebiyle insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir.

Tomasi/Fransa kararında ise Mahkeme, oldukça uzun süren ve geç saatlerde gerçekleştirilen sorgulama koşullarının, başvurana avukattan yardım alma ve dış dünyayla iletişim kurma olanağı sunulmaması ve ayrıca gözaltında kaldığı süre boyunca çokça defa dövülmüş olması nedeniyle insanlık dışı muamele olduğuna kanaat getirmiştir. Bu kararında olduğu gibi AİHM, bazı başvurular bakımından aşağılama ve küçük düşürme unsuru da bedensel acının yanında baskınsa her iki kavrama da yer vererek “*insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele*” gerçekleştiğinden bahisle mahkumiyet kararı verebilmektedir³⁷³. Keza, AİHM’in bu kavramlar arasında ayırma giderken esas amacı da işkenceyi bu iki kavramdan ayırabilmektir.

3. İşkence Kavramı

Sözleşme’nin 3. maddesi ile yasaklanan en ağır davranış kategorisi “*işkence*”dir. İnsanlık dışı muamele ve kötü muamele kavramlarının ağırlığını da karşılayan işkence kavramı, meydana gelen olaylar bakımından en ağır ve ciddi muameleleri kapsayan, mağdurda oldukça önemli ve büyük zarar, acı ve eza doğuran davranışları nitelendirmek amacıyla kullanılmaktadır.

İşkence niteliğindeki davranışlar da insanlık dışı olmakla birlikte, gerek özel amaçlarla ve kasten gerçekleştirilmesi ve gerekse oldukça ağır nitelikte olmaları dolayısıyla “*diğer işkence biçimleri*”nden ayrılmaktadırlar³⁷⁴.

Mahkeme’nin Türkiye aleyhine m. 3 dolayısıyla vermiş olduğu ilk ihlal kararı *Aksoy/Türkiye*³⁷⁵ kararıdır. Başvuranın maruz bırakıldığı; gözaltı esnasında göz bağı kullanılması, Filistin askısı yapılması, elektrik verilmesi, tazyikli su sıkılması, dövülmesi, hakaret ve küfredilmesi gibi muameleler ve bu muameleler sonucu mağdurun kolunu kullanma kabiliyetini yitirmesi ve ayrıca bu muameleler dolayısıyla psikolojik durumunun da zarar görmüş olması Mahkeme nezdinde ağırlığı, sebepleri ve mağdur üzerindeki etkileri göz önünde bulundurularak “*işkence*” olarak değerlendirilmiştir.

³⁷³ *Ribitsch/Avusturya*, B.N. 18896/91, T. 4.12.1995, p. 39, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015); *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, T. 9.6.1998, p. 53, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015)

³⁷⁴ ANAYURT, AİHM İçtihatlarında İşkence, s. 430

³⁷⁵ *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21987/93, T. 18.12.1996, p. 60-64, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 03.01.2015)

Tekin/Türkiye başvurusunda Mahkeme, başvuranın jandarma karakolunda gözleri bağlı biçimde sorgulanmasını, tacize uğramasını, dört gün boyunca sıfır derecenin altında, yataksız, battaniyesiz, yiyecek ve içecek verilmeden tutulmasını, elbiseleri çıkarılarak soğuk suya tutulmasını, ayaklarının tabanına ve vücuduna copla vurulmasını ve el ile ayak parmaklarına elektrik verilmesini; olayın özelliklerini ve mağdurun kişisel durumunun, özellikle tek böbreğinin olmamasını da göz önünde bulundurarak işkence olarak nitelendirmiştir³⁷⁶.

3. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme önüne getirilen bir diğer başvuru olan *Çakıcı/Türkiye* başvurusunda, mağdurun dövülmesi, kaburgalarının ve kafatası kemiğinin kırılmasını, gözaltında elektrik şokuna maruz bırakılması Mahkemece ağırlığı ve mağdurda meydana getirdiği etkiler dikkate alınarak işkence olarak nitelendirilmiştir³⁷⁷.

Akkoç/Türkiye başvurusunda Mahkeme, başvurana elektrik verilmesi, sıcak ve soğuk su dökülmesi ve kafasına darbe almasını da değerlendirerek; başvuranın gördüğü fiziksel ve psikolojik baskı ile uzun vadeli korku ve güvensizlik duygusu içine girmesini değerlendirerek, işkence olarak tanımlanabilecek çok ciddi ve zalimce bir muamelenin mağduru olduğuna karar vermiştir³⁷⁸.

C. İşkence Yasağı ve İşkence Yasağı Kapsamında Devletlerin Yükümlülükleri

1. Negatif Yükümlülük

AİHS m. 3 ile devletlerin gerçekleştirmeyi taahhüt ettikleri esas yükümlük, negatif yükümlülüktür. Bu yükümlülük, devlet eliyle yahut devlet yetkililerinin bilgisi ya da rızası dahilinde bireylerin işkence veya insanlık dışı ya da kötü muamele veya cezaya maruz bırakılmamasını ifade etmektedir. Gerek maddenin kenar başlığı

³⁷⁶ *Tekin/Türkiye*, B.N. 52/1997/836/1042, T. 09.06.1998, p. 49, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 27.07.2015)

³⁷⁷ *Çakıcı/Türkiye*, B.N. 23657, T. 08.07.1999, p. 89-92 (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 27.07.2015)

³⁷⁸ *Akkoç/Türkiye*, B.N. 22947/93 ve 22948/93, T. 10.10.2000, p. 116-117, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 27.07.2015)

ve gerekse madde metni bu yasağın bir “*yapmama*” yükümlülüğü teşkil ettiğini açıkça ifade etmektedir³⁷⁹.

Bu yükümlülük gereğince, devlet görevlilerinin bireylere işkence veya kötü muamele uygulamaması gerekmektedir³⁸⁰.

2. Pozitif Yükümlülük

AİHS m. 3 ile bireylerin işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ya da cezaya maruz bırakılması yasaklanırken, devletlere de bu kapsamda negatif yükümlülüğün yani “*işkence uygulamama*” yükümlülüğünün yanında bir takım yükümlülükler daha yüklenmiştir. Bu yükümlülüklerden ilkinin pozitif yükümlülük olarak ifade etmek mümkündür. Bu yükümlülük, dayanağını, AİHS m. 1 ve 3’ten almaktadır. AİHS m. 1 burada destek ölçü norm olarak değerlendirilmektedir. Zira devletlerin AİHS’in birinci bölümünde ifade edilen hak ve özgürlükleri bireylere sağlayacaklarını ifade eden m. 1 hükmü gereğince devletler, bireyleri bu tür muamelelerden korumaya yönelik gerekli adımları atmak durumundadırlar³⁸¹. *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*³⁸² kararında da Mahkemece bu yükümlülüğe açıklık getirilmiştir.

Ek olarak, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme’nin 2. maddesinde 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. Buna göre devletler; gerekli yasal düzenlemeleri yapmalı, idari uygulamalarının bu yasağı ihlal etmesinin önüne geçecek önlemleri almalı, ihlallere ilişkin etkili yargılama yapılabilmesini sağlamalıdır. Yine Sözleşmenin 3. maddesinde işkence görme riskinin söz konusu olması halinde iade yasağı ve 4. maddesinde ise işkenceyi önlemeye yönelik kanun yapma yükümlülüğü oldukça açık bir dille ifade edilmiştir. Sözleşme’nin 11. maddesinde getirilen kişilerin

³⁷⁹ REİSOĞLU, s. 44; ÖNOK, s. 163; DOĞRU, s. 21; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 136; ANAYURT, AİHS’de İşkence ve Kötü Muamele, s. 269

³⁸⁰ DOĞRU /NALBANT, s.141

³⁸¹ REİSOĞLU, s. 44; DOĞRU /NALBANT, s.142

³⁸² *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, p. 32, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015)

özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı ve devlet koruması altında oldukları yerlerin gözlemlenmesi ve denetlenmesi yükümlülüğü ile de gözaltında, tutukevlerinde ve ceza infaz kurumlarında işkence vakalarının en aza indirilmesi amaçlanmıştır.

Pozitif yükümlülük, 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 zorundadır³⁸³. Başka bir deyişle, bu yükümlülüğün bir önleme yükümlülüğü olduğunu ifade etmek de mümkündür³⁸⁴. Diğer yandan, bu yükümlülük yalnızca resmi görevliler tarafından yaratılması muhtemel tehlikeleri kapsamakla kalmayıp, özel kişilerce yöneltilebilecek tehlikelere karşı da bir koruma sağlanmasını gerektirmektedir³⁸⁵.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, devletlerin pozitif yükümlülüğü yerine getirmek amacıyla cezalandırmaya yönelik önlemleri almış olması yeterli değildir; bu yükümlülük kapsamında devletler maddenin koruma alanına girecek türden davranışların gerçekleşmemesi için gerekli önlemleri de almış olmalıdır³⁸⁶. Aksi halde gerekli mevzuat bulunsa dahi, ihlal meydana gelmesi durumu 3. madde anlamında ihlal teşkil edecektir.

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 sorumlu tutmak için yeterli değildir³⁸⁷. Başka bir anlatımla burada bir sonuç değil, *davranış yükümlülüğü* söz konusu olmaktadır.

³⁸³ ÖNOK, s. 163; REIDY, s. 9; DOĞRU, s.22; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 135; DOĞRU/NALBANT, s.142

³⁸⁴ ÖNOK, s. 164

³⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 136

³⁸⁶ ÖNOK, s. 165; DOĞAN/AKIL, s. 48

³⁸⁷ ÖNOK, s. 167; DOĞRU/NALBANT, s. 139; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 138; ANAYURT, AİHS'de İşkence ve Kötü Muamele, s. 268

*Mahmut Kaya/Türkiye*³⁸⁸ kararında Mahkeme, devletin kaybolan mağdurun ölümünden önce gördüğü kötü muameleden Devleti sorumlu tutmuştur. Hasan Kaya'nın ellerini, derisini kesecek kadar ipe 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 etmiştir³⁸⁹.

*A./Birleşik Krallık*³⁹⁰ kararında ise 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 m. 3'ün ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

Devletin koruması altındaki kişileri kötü muameleye maruz bırakılmaktan koruma yükümlülüğünün ihlalini oluşturan bir diğer karar ise *Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*³⁹¹ kararıdır. Karara konu olan olaylarda 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 m. 3 ihlali dolayısıyla mahkum etmiştir³⁹².

³⁸⁸ *Mahmut Kaya/Türkiye*, B.N. 22535/93, T. 28.03.2000, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 26.05.2015)

³⁸⁹ 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 m. 3 dolayısıyla ihlal kararı vermiştir. (*Mahmut Kaya/Türkiye*, B.N. 22535/93, T. 28.03.2000, p. 115-116, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 26.05.2015); Benzer yönde bkz. *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015)

³⁹⁰ *A./Birleşik Krallık*, B.N. 25599/94, T. 23.09.1998, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015)

³⁹¹ *Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B.N. 29392/95, T. 10.05.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 24.03.2015)

³⁹² Benzer bir karar ise Devletin başvurunu tecavüzdten koruyamamış olması nedeniyle 3. maddeye yönelik pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olmasına ilişkin Bulgaristan'ın mahkum edildiği, “*M.C./Bulgaristan*, B.N. 39272/98, T. 4.12.2003, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 03.06.2015)” kararıdır.

*Chahal/Birleşik Krallık*³⁹³ kararında, Hindistan vatandaşı bir militan olan başvurucunun, kamu düzeni bakımından tehlike teşkil etmesi nedeniyle, daha önce de işkenceye maruz kaldığı Hindistan'a geri gönderilmesinin m. 3 bakımından ihlal oluşturacağına Mahkemece kanaat getirilmiştir. Gerek Mahkemenin kararlarına göre ve gerekse İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 3. maddesine ve bu maddeye paralel diğer uluslararası sözleşmeler gereğince, devletler ülkelerinde bulunan kimseleri, işkence yahut kötü muamele görme tehdidi altında oldukları ülkelere geri vermemeli ya da iade etmemelidir.

Mahkeme'nin konuya ilişkin vermiş olduğu ihlal kararları doğrultusunda pozitif yükümlülükleri kapsamında devletlerin öncelikli olarak üzerine düşmesi gereken noktaları şu şekilde ifade etmek mümkündür³⁹⁴:

- Bireylerin üçüncü kişilerce yapılacak şiddet, istismar yahut vücut bütünlüğüne yönelik her türlü ihlalden korunması,
- Gözaltı ve tutukluluk koşullarının iyileştirilmesi,
- Mevzuat değişiklikleri aracılığıyla kamu görevlilerince gerçekleştirilebilecek her tür kötü muamelenin önlenmesinin sağlanması,
- Hukuk kurallarının caydırıcı olması ve bununla birlikte etkili biçimde infazının da sağlanması,
- İhlal halinde, hak kayıpları ve bunlardan doğan zararların giderilmesi,
- Suçluların iadesi ve sınır dışı etme konuları bakımından şiddete ve kötü muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakılmaması.

3. Usuli Yükümlülük (Etkili Soruşturma Yükümlülüğü)

AİHS m. 3'te açıkça ifade edilmemiş olsa da hem AİHM içtihatları ile kabul edilen, hem de diğer uluslararası sözleşme ve protokollerde yer alan ve sözleşme

³⁹³ *Chahal/Birleşik Krallık*, B.N. 22414/93, T. 15.11.1996, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 19.03.2015); Mahkemenin benzer yönde kararları için bkz. *Jabari/Türkiye*, B.N. 40035/98, T. 11.7.2000, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 19.03.2015); *D. ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 24245/03, T. 22.06.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 24.03.2015); *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, B.N. 30471/08, T. 22.09.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 24.03.2015); *Z.N.S./Türkiye*, B.N.21896/08, T. 19.01.2010, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 24.03.2015); *Dbouba/Türkiye*, B.N. 15916/09, T. 13.7.2010, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 24.03.2015); *Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya*, B.N. 27765/09, T. 23.2.2012, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 24.03.2015)

³⁹⁴ DOĞRU/NALBANT, s. 142 vd.; ANAYURT, AİHS'de İşkence ve Kötü Muamele, s. 269

devletlerin yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olan usuli yükümlülüğü, çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı biçimde ele alacağımızdan, bu başlık altında ayrıca bir açıklamaya yer vermemeyi uygun görüyoruz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞKENCEYİ ETKİLİ BİÇİMDE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ, YÜKÜMLÜLÜĞÜN DİĞER HAKLARLA BAĞLANTISI, UYGULAMADA KARŞILAŞILAN PROBLEMLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. ETKİLİ BİÇİMDE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Yükümlülüğün Kapsamı

AİHM içtihatları ile Devletlere yüklenen bir yükümlülük de işkenceyi etkili biçimde soruşturma ve cezalandırmaya yönelik usuli yükümlülüktür³⁹⁵. Buna göre devletler işkence yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları etkili bir şekilde “*soruşturma yükümlülüğü*” altındadırlar.

Yine usuli yükümlülüğün, pozitif yükümlülük bakımından da ifade etmiş olduğumuz gibi, AİHS’in 1. ve 3. maddesinin birlikte değerlendirilmesi sonucu ortaya çıktığını ifade etmek mümkündür³⁹⁶. Sözleşme ile bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin sağlanmasından sorumlu olan sözleşmeciler devletler, bunun bir sonucu olarak ortaya atılan işkence iddialarını soruşturmak, faillerini cezalandırmak, etkili bir yargılama yapmak ve gerekli yaptırımlara hükmetmek ile bunların infazını sağlamakla yükümlüdürler³⁹⁷. Ancak usuli yükümlülüğün 1. maddenin destekleyici norm olarak 3. madde ile birlikte yorumlanması sonucu ortaya çıktığı yönündeki kararların yanı sıra; bu yükümlülüğün doğrudan 13. maddeden kaynaklandığı da kabul edilmektedir. Mahkeme de konuya ilişkin ilk kararı olan *Aksoy/Türkiye*³⁹⁸

³⁹⁵ Doktrinde bu yükümlülüğün “*şekli yükümlülük*”, “*soruşturma yükümlülüğü*” olarak da ifade edilebildiğini ve bazı yazarlarca da pozitif yükümlülük içinde olduğunun kabul edildiği belirtilmelidir. Ancak bize göre bu yükümlülük pozitif nitelik taşıyan yani kendi içerisinde bir “yapma”, “harekete geçme” unsuru barındıran usuli nitelikte bir yükümlülüktür. Bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 171

³⁹⁶ REIDY, s.36- 37; DOĞRU/NALBANT, s. 142, 171; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 202-203; ANAYURT, AİHS’de İşkence ve Kötü Muamele, s.272; ŞENOL, Cem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, 2013 İstanbul, s. 104; DEVECİ, Ali, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi SBE, Ekim 2014, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 51

³⁹⁷ ALGAN, Bülent, “*İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türkiye’ye Armağan, Ankara 2011, s. 9, (<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm> ,Erişim Tarihi: 04.05.2015)

³⁹⁸ *Aksoy/Türkiye*, B.N.21987/93, T. 25.09.1997, p. 97, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 18.04.2015)

kararında da bu yönde bir değerlendirme yapmıştır³⁹⁹. Ancak mahkemenin usuli yükümlülüğe ilişkin olarak takip eden kararlarında 1. maddeyle bağlantılı olarak 3. maddenin de ihlaline karar verdiği görülmektedir. Görüldüğü üzere, devletin pozitif usuli yükümlülüğü 1. ve 3. maddelerin bir arada yorumlanmasına dayandırılabilirliği gibi, bu yükümlülüğün tamamen etkin başvuru hakkını güvence altına alan 13. maddeyle bağlantılı olduğu da ifade edilebilecektir⁴⁰⁰.

Ancak Mahkeme'nin usuli yükümlülüğün ihlalini tespit ettiği başvurularda mahkumiyet kararının hangi maddeye dayandırılması gerektiği konusundaki içtihadı halen de yeknesak değildir. Mahkemenin bu nitelikteki başvurular hakkında bazen doğrudan 3. madde gereğince negatif yükümlülüğün ihlali dolayısıyla; bazen yalnızca 3. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla; bazen 3. maddeden kaynaklanan negatif yükümlülüğün yanında 13. maddeyle yüklenmiş olan usuli yükümlülüğün ihlali nedeniyle; bazı durumlarda ise negatif yükümlülüğün ihlalinin saptanamamasına rağmen yalnızca 13. madde gereğince etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla mahkumiyet kararı verdiğini ifade etmek mümkündür⁴⁰¹.

AİHS m. 1 ile bağlantılı olarak m. 3 ile m. 13'ün yanında bu yükümlülük, BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme'nin 12. ve 13. maddelerinde⁴⁰² de yer almaktadır. Bu

³⁹⁹ DOĞRU, s. 166; ŞENOL, s. 116

⁴⁰⁰ Ancak Mahkemenin *Dink/Türkiye* kararında yaşama hakkının korunmasına ilişkin olarak yer alan "Sözleşmenin 13. Maddesi anlamında etkili başvuru, uygun bir tazminat ödenmesinin dışında, sorumluların kimliklerinin belirlenmesine ve cezalandırılmalarına elverişli olan ve soruşturma sürecine ailenin etkili bir biçimde katılmasını da içeren, derinlemesine ve etkili bir soruşturma yapılması yükümlülüğünü de kapsar. Bu açıdan bakıldığında, 13 maddenin gerekleri, Sözleşmenin 2. Maddesinin öngördüğü etkili soruşturma yürütme usuli yükümlülüğünün de ötesine geçer..." İfadelerinden, 13. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüğün cezai soruşturmanın yanı sıra tazminata ilişkin incelemeyi de aynı oranda önemsedığının anlaşıldığını ifade etmek mümkün olacaktır. Ancak bize göre, Mahkemenin kararlarında bu hususta tam bir birli olmadığından bu şekilde bir genelleme yapmak çok da yerinde olmayacaktır. (ŞENOL, s. 119 ve dn. 203)

⁴⁰¹ ANAYURT, AİHS'de İşkence ve Kötü Muamele, s. 271; ÖNOK, s. 166; ŞENOL, s. 117; BİLGE, Burak, "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, Temmuz-Aralık 2014, s. 394

⁴⁰² "Madde 12- Her Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde bir işkence eyleminin işlendiğine inanmak için ciddi sebepler mevcut olan her halde, yetkili mercilerin derhal ve tarafsız soruşturma yürütmelerini sağlayacaktır.

Madde 13- Her Taraf Devlet, kendi yetkisi altındaki ülkelerde işkenceye maruz kaldığını iddia eden herhangi bir şahsın yetkili mercileri şikayet hakkını ve davasının bu mercilerle hemen ve tarafsızca incelenmesini sağlayacaktır. Şikayetçinin ve tanıkların şikayet veya şahadetin bir sonucu olarak, tüm fena muamele veya tehdide karşı korunmalarını sağlamak için önlemler alınacaktır."

hükümler gereğince de Sözleşme'ye taraf devletler makul nedenlere dayandırılan işkence iddialarının etkili biçimde soruşturulmasını sağlamayı taahhüt etmişlerdi. Bu durum, İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin AİHS m.3'ü destekleme yönündeki amacına da hizmet eder niteliktedir⁴⁰³.

AİHS ve BM İşkenceye Karşı Sözleşmenin yanı sıra, BM Genel Kurulunca 4.12.2000 tarih ve 55/89 sayılı kararla kabul edilen “*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı Aşağılayıcı Muamele ve Cezaların Etkili Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin Prensipler*”⁴⁰⁴ olarak anılan, 58 sayfa ve 4 ekten oluşan, BM İstanbul Protokolünde ifade edilen ilkeler de, AİHM kararlarına dayanak teşkil etmektedir. Esasen uluslararası sözleşme niteliğinde olmayan bu protokol, Mahkemece referans alınmakta ve çoğu kararda bu protokole gönderme yapılmaktadır. Bu da, Protokolün soruşturma ilkeleri bakımından hukuken önem atfedilen bir kaynak değerinde olduğunu ortaya koymaktadır⁴⁰⁵. Protokol, uluslararası hukuk gereğince bu yükümlülük altına giren devletler için işkence olaylarının soruşturulması ve belgelendirilmesi için oldukça yararlı bir araçtır; protokolde yer alan ilkeler, etkili bir soruşturma ve kovuşturma yürütülmesini ve failerin gerektiği gibi cezalandırılmasını sağlayacak niteliktedir.

İstanbul Protokolü Ek-I, m.1'e göre etkili biçimde yürütülen bir soruşturmanın amaçları⁴⁰⁶:

- Maddi olayların açığa çıkarılmasını ve dolayısıyla devletin mağdurlara karşı sorumluluğunun var olduğunun kabul edilmesini sağlamak,
- İşkence ve insanlık dışı muamelelerin tekrarına gidilmemesi için gerekli önlemlerin alınmasını sağlamak ve
- Sorumlularla ilgili cezai ve idari soruşturmaları yürütmek ve mağdurların sağlık ve rehabilitasyon ihtiyaçlarını karşılamak ile

⁴⁰³ İşkenceye Karşı BM Sözleşmesinde yer alan bu hükümlerin Sözleşmede bulunmadığı açıktır ancak bu sözleşmede ayrı hükümlerle ifade edilen bu gereklilik, AİHS m. 13'te de zımnen yer almaktadır.(DOĞRU, s. 167)

⁴⁰⁴ Çalışmamızda genellikle “Protokol” yahut “İstanbul Protokolü” olarak anılacaktır.

⁴⁰⁵ ANAYURT, AİHS'de İşkence ve Kötü Muamele, s. 272; ERYILMAZ, Bedri, “İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: DOĞAN, İlyas), s. 101; DOĞAN/AKIL, s. 49

⁴⁰⁶ İstanbul Protokolü, p. 78, s. 35; ERYILMAZ, s. 103; DOĞRU/NALBANT, s. 172; BİLGE, s. 395

onların adil bir maddi ve manevi tazminat hakkında sahip olduklarını belirtmektir.

Sonuç olarak, bu yükümlülük kapsamında özellikle devlet görevlilerince ve buna oranla daha az da olsa özel kişilerce uygulandığı iddia edilen işkence ve kötü muamelelere ilişkin denetim yapacak “etkin” bir mekanizma bulunması oldukça önemlidir⁴⁰⁷. Bu kapsamda Devletler, bu tür ihlallerin önüne geçilebilmesi amacıyla oluşturulacak ceza kovuşturmasını etkin biçimde işlemesi için organize etmeli ve hükmedilen yaptırımların da infazını sağlamalıdır. Fakat burada devletlerin soruşturma yükümlülüğü yalnız cezai soruşturma ile sınırlı olmayıp, idari soruşturmaları ve hatta haksız fiil dolayısıyla söz konusu olacak tazminat davalarını da kapsamaktadır⁴⁰⁸. Yani “*soruşturma*” kavramı burada çeşitli alanlardaki yargılama faaliyetlerini kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır⁴⁰⁹. Mahkeme kararlarından anlaşıldığı üzere, bu yükümlülüğün iki amacı vardır; bunların ilki, failerin tespit edilmesi ve cezai yaptırımların işletilmesidir -ki burada etkililiği ve caydırıcılığı oldukça önem taşımaktadır-; diğeri ise mağdurun bireysel olarak uğradığı zararların tazminat ve benzeri yollarla giderilmesinin sağlanmasıdır⁴¹⁰. Ancak bu noktada esas önemli olan bu iki yolun da işler bir şekilde çalıştırılabilmesidir. Çünkü hem onuru ve kişi bütünlüğü ağır biçimde zarar gören mağdur, hem de kamu düzeni ve yararı bakımından esas tatmin edici olan tazminat yoluyla giderimin sağlanması değil, faillerinin tespit edilmesi ve en etkili biçimde cezalandırılmaları olacaktır. Tek başına tazminat yoluyla giderimin sağlanması caydırıcılıktan uzak olacak ve bu nedenle işkenceye maruz kalan kişiye iç hukukta yalnızca tazminat ödenmesi olanağı sağlayan devlet usuli yükümlülüğüne uygun hareket etmiş sayılmayacaktır.

İşkence iddialarını “*etkili biçimde soruşturma*” yükümlülüğünün yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için dikkat edilmesi gereken hususları şu şekilde ifade edebiliriz⁴¹¹:

⁴⁰⁷ DOĞRU, s. 166; REIDY, s.40- 43

⁴⁰⁸ DOĞRU, s. 166; ÖNOK, s. 164; ANAYURT, AİHS’de İşkence ve Kötü Muamele, s. 274

⁴⁰⁹DOĞRU, s. 166; ÖNOK, s. 164; ANAYURT, AİHS’de İşkence ve Kötü Muamele, s. 270; DOĞRU/NALBANT, s. 173; BİLGE, s. 396

⁴¹⁰ ANAYURT, AİHS’de İşkence ve Kötü Muamele, s. 274

⁴¹¹ DOĞRU, s. 170; ŞENOL, s. 120

- İşkenceyi etkili biçimde cezalandırmaya yönelik kanuni düzenlemelerin yapılması,
- Soruşturmanın kendiliğinden başlaması(*ipso facto*),
- Soruşturmanın kamu denetimine açık olarak yürütülmesi,
- İşkence mağduruna soruşturmaya etkin şekilde katılımının sağlanması ve gelişmelerden haberdar edilmesi,
- Soruşturmanın bağımsız organlar tarafından yürütülmesi,
- Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yürütülmesi
- İşkenceye iddialarına ilişkin yapılacak yargılama sonunda suçun failinin uygun bir yaptırımla cezalandırılması ve bu cezanın etkili biçimde infaz edilmesi.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, devletlerin bu yükümlülüğü Sözleşme'nin 35. maddesi ile de yakın ilişki içerisindedir. Zira, Sözleşmenin 35/1. maddesinde kabul edilebilirlik koşullarından biri olarak "...iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra..." Mahkeme'ye başvuru yapılabileceği ifade edilmiştir. Ancak makul işkence iddialarının iç hukukta soruşturma konusu yapılmaması yahut etkili biçimde soruşturulmaması ve delillerin araştırılmaması ya da soruşturma izni alınamaması nedeniyle kovuşturulmamış olması halinde Mahkeme'ye yapılan başvurular ne olacaktır? Mahkeme, taraf devletlerce yapılacak "iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını" dikkate alacak mıdır? İçtihatlardan gördüğümüz üzere, iç hukuk yollarının etkili biçimde işlemediği durumlarda Mahkeme 35/1. maddede ifade edilen bu kuralı dikkate almamaktadır⁴¹². Zira, "iç hukuk yollarının etkisiz olması" Mahkeme nezdinde iç hukuk yollarının tüketilmesinin zorunlu görülmediği nedenlerin başındadır. Mahkeme bu gibi durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvuruları reddetmemektedir⁴¹³.

1. İşkenceyi Cezalandırmaya Yönelik Olarak İç Hukukta Düzenleme Getirme Yükümlülüğü

İşkence yasağı kapsamında, negatif yükümlülüğün yanı sıra devletlerin yüklenmiş olduğu usule ilişkin pozitif bir yükümlülük, işkenceyi cezalandırmaya ve önlemeye yönelik olarak yasal düzenleme getirme yükümlülüğüdür. Devletler bu

⁴¹² REİSOĞLU, s. 175-176

⁴¹³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 70

doğrultuda, ihlallerin önlenmesini sağlamak amacıyla, caydırıcı ve etkili ceza normlarına yer vermelidir. Bu usuli yükümlülük, 3. maddenin 1. madde ile birlikte yorumlanması sonucu, işkence ve kötü muamelelere karşı bireyleri koruyan önlem ve sistemlerin oluşturulması olarak gündeme gelmektedir⁴¹⁴.

Bu yükümlülük bakımından normlar, yalnızca işkenceyi suç olarak düzenleme ve cezalandırmaya değil, aynı zamanda bireylerin işkenceden korunmasını sağlamak amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasına da yönelik olmalıdır. Yani bu yükümlülük, aynı zamanda preventif/önleyici bir yükümlülüktür⁴¹⁵. Bu kapsamda her sözleşmeci devlet, himayesi altında bulunan kişilerin, 3. maddeye aykırı davranışlardan korunmasını önlemek ve ihlalleri önlemeye, ihlallerin önlenememesi durumunda en etkili biçimde kovuşturulmasını sağlayamaya yönelik kanunları çıkarmakla yükümlüdür⁴¹⁶.

Mahkeme *Türkmen/Türkiye* davasında, işkence gördüğünü iddia eden başvuranın şikayeti üzerine sanıklar hakkında yürütülen yargılamanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi hususu ve yargılama sürecinde meydana gelen diğer aksaklıklar dikkate alındığında, tartışmalı yargılamanın istenilen ivedilikte yürütüldüğü ya da Türk Mahkemeleri'nin kamu davasının zamanaşımı süresi dolmadan sonuçlandırılması amacıyla koşulların ciddiyetinin gerektirdiği pozitif tedbirleri aldığına kanaat getirilmesi mümkün olmadığından hareketle, Türkiye'nin bireyleri işkence görmemeye ilişkin güvencenin sağlanmasına yönelik önlemleri almaması sebebiyle, m. 3'ün usuli yönden ihlal edildiğine karar vermiştir⁴¹⁷.

O'keeffee/İrlanda davasına konu olan başvuru, 1973 yılında, Dunderrow Devlet Okulu'nda öğrenci olan ve cinsel istismara maruz kalan başvuranın devletin 3. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüğünü yerine getirmediğine ilişkindir. Küçük çocukların büyük çoğunluğunun eğitiminin kontrolü devlet dışı aktörlere

⁴¹⁴ REIDY, s. 36-37

⁴¹⁵ ÖNOK, s. 164;

⁴¹⁶ ÖNOK, s. 164-165; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 135; Doktrinde her ne kadar bu yükümlülük kapsamında ayrı bir "işkence suçu" düzenleme gereği olduğu kabul edilmekteyse de, *Özgenç/Şahin*'e göre işkence ve kötü muamele içeren fiiller bakımından ayrı bir suç tahsis etmek yerinde değildir. Bunun yerine, işkence teşkil eden fiiller yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz yahut saldırı gibi hareketlerle işlendiğinden, işkence suçu da bu suçlar içerisinde bir düzenlemeye kavuşturulması daha yerinde olurdu. (Bkz. ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, "İşkence Suçu", (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf), Erişim Tarihi: 18.05.2015), s. 15)

⁴¹⁷ *Türkmen/Türkiye*, B.N. 43124/98, T. 19.12.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 20.04.2015)

birakılmaktadır. Bu bağlamda devletlerin, çocukları korumaya ilişkin doğal/pozitif yükümlülüğü düşünüldüğünde, uygun bir koruma çerçevesi bulunmaması halinde, onların güvenliği üzerinde oluşabilecek risklerin de farkında olması gerekmektedir. Buna rağmen devlet organlarının, herhangi bir kötü muamelenin devlet denetimindeki bir kurum tarafından tespiti ve bu kuruma raporlanması için etkili mekanizmaları içermesi gibi, bir mekanizma oluşturarak orantılı tedbir ve koruyucular ile bu tür riskleri ortadan kaldırmamış olması, Mahkeme'ye göre, 3. madde kapsamında pozitif yükümlülüğün ihlalini teşkil etmektedir⁴¹⁸.

2. İşkenceyi Etkili Şekilde Soruşturma Yükümlülüğü

AİHS m. 3 ve BM İşkenceye Karşı Sözleşme m. 12 ve diğer uluslararası sözleşmeler gereğince yerine getirileceği taahhüt edilen usuli yükümlülük, makul şekilde ortaya atılan işkence iddialarının “etkili” biçimde soruşturulmasını da içermektedir. Kaldı ki, makul olarak ortaya atılmış işkence iddialarına yönelik olarak yürütülecek soruşturmanın esas amacı da işkence sorumlularının tespit edilmesi, iddiaların kovuşturulması ile işkence suçuna ilişkin maddi gerçeklerin ortaya çıkarılması ve bunun yanında da mağdurun suç dolayısıyla doğan zararını tazmininin sağlanmasıdır⁴¹⁹.

Soruşturma, suça ilişkin haberin alınmasıyla birlikte savcının ve yardımcısı olarak da kolluğun gerçekleştirdiği, suça ilişkin iddialar gereğince “kamu davası açılmasının gerekliliğine” ilişkin yapılan, yazılı ve gizli olarak yürütülen adli nitelikli araştırma faaliyetidir⁴²⁰. Soruşturma kavramı, CMK m.2/1-e’de de “*Kamuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*” olarak tanımlanmıştır.

⁴¹⁸ *O’keeffe/İrlanda*, B.N. 35810/09, T. 28.01.2014, p.144-169, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 20.04.2015)

⁴¹⁹ İstanbul Protokolü “*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin Kılavuz*”, Türk Tabipler Birliği, Şubat, 2009, s. 35; ÖNOK, s. 165

⁴²⁰ ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT, Yasemin/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan/ERDEN, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2014, s. 580;ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara, 2014, s. 32; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2014, s. 6-7,79; ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku (Muhakeme), Ankara, 2012, s. 190

Ancak AİHM soruşturma kavramını, kavuşturma, infaz sürecini ve hatta idare hukuku bakımından yürütülebilecek idari soruşturmayı da kapsayacak biçimde daha geniş algılamaktadır⁴²¹. Bu nedenle usuli yükümlülüğün gerçekleştirilmesi bakımından bu üç safhanın da etkin olarak yürütülmüş olması gerekmektedir. Ancak tüm bu aşamalar arasında bize göre esas önem taşıyan aşama soruşturma aşamasıdır. Zira soruşturmanın etkili biçimde yürütülmemesi ya da maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik esaslı bir araştırma yapılmaması halinde verilecek kovuşturmaya yer olmadığı kararı sonucu kovuşturma aşamasına hiç geçilemeyecektir. Dava açılabilir, soruşturmanın etkili biçimde yürütülmemesi sonucunda deliller gereği gibi toplanmadığı için, iddianame doğrultusunda başlayacak kovuşturma da maddi gerçeğin araştırılabilmesi noktasında güçlüklerle karşılaşılacaktır⁴²².

Sonuç olarak, bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilebilmesi amacıyla soruşturma evresi bakımından dikkat edilmesi gereken hususları şu şekilde saymak mümkündür⁴²³:

- Soruşturmanın kendiliğinden başlaması,
- Soruşturmanın kamu denetimine açık olarak yürütülmesi,
- Soruşturmanın mağdurun etkin olarak katılımı ile gerçekleştirilmesi,
- Mağdurun ve diğer ilgililerin soruşturmaya ilişkin gelişmelerden haberdar edilmesi,
- Soruşturma organlarının bağımsız olması ilkesi,
- Soruşturmanın etkili olması ve
- Soruşturmanın makul özen ve hızla yapılması ilkesi.

Mahkeme de *Aksoy/Türkiye* davasında Sözleşme'nin 3. maddesi ile güvence altına alınan hakkın özelliği gereği 13. madde üzerinde de etki doğurduğunu, yasağın önemi ve mağdurların da işkence olayları karşısındaki korumasızlığı göz önünde bulundurulduğunda, iç hukukta yararlanabilecekleri diğer haklar saklı kalmak

⁴²¹ DOĞRU, s. 166; DOĞRU/NALBANT, s. 173

⁴²² CENTEL/ZAFER, s.79

⁴²³ DOĞRU, s. 170; DOĞRU/NALBANT, s. 173; ERYILMAZ, s. 103-106; DOĞAN/AKIL, s. 51-52; REIDY, s. 40-41

kaydıyla, m. 13 gereğince devletlerin işkence olayları hakkında *tam ve etkili* soruşturma yürütme yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmiştir⁴²⁴.

Tekin/Türkiye davasında da aynı durum Mahkemece dile getirilmiş; işkence yasağına ilişkin 3. maddenin, sözleşmenin 13. maddesiyle ilişkili olduğu ifade edilmiştir. “*Etkili başvuru*” deyimiyile, bir kimsenin resmi görevlilerce işkenceye maruz bırakılması halinde zararını tazmin etmek amacıyla tazminat ödenmesinin yanı sıra, müştekinin de etkili şekilde katılımıyla sorumluların belirlenerek cezalandırılmalarını da kapsayacak *tam ve etkili* bir soruşturma yapılmasının kastedildiği ifade edilmiştir⁴²⁵.

a. Soruşturmanın Kendiliğinden Başlaması İlkesi

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, işkence yasağını düzenleyen, ancak devletlere yüklenen yükümlülüklerle ilişkin ayrıntı içermeyen AİHS m. 3'teki yükümlülüklerle ilişkin bu boşluk, gerek diğer sözleşme ve protokollerle ve gerekse AİHM kararları ile doldurulmaktadır. İstanbul Protokolü'nde “*işkencenin önlenmesine ilişkin hukuksal yükümlülükler*” başlıklı 10. maddenin (h) bendinde de “*İşkence suçunun işlendiğine inanmak için makul nedenler bulunduğu anda, yetkili makamların, hemen ve tarafsız soruşturma yürütmesini sağlamak*” şeklinde ifade edildiği üzere, ilgili makamlarca işkence suçuna ilişkin makul şüphe yaratacak düzeyde iddiaların öğrenilmesiyle birlikte “*kendiliğinden*” ve “*derhal*” soruşturma başlatılması gerekmektedir⁴²⁶. İstanbul Protokolü Ek-I m. 2'de de bu durum, “*Açıkça yapılmış bir şikayet olmasa bile, işkence veya kötü muamelenin yapılmış olabileceğine ilişkin belirtiler varsa, bir soruşturma yapılır...*” şeklinde ifade edilmiştir.

Ceza muhakemesi kuralları gereğince, savcılık makamınca bir suça ilişkin soruşturma yapılmasından söz edilebilmesi için suçun işlendiğinden haberdar olunması gerekir. Suç, re'sen öğrenilebileceği gibi, ihbar veya şikayet yoluyla da

⁴²⁴ *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21897/93, T. 18.12.1996, p.98; Aynı yönde bkz. *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, p. 32; *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.7.2000, p. 101; *Batu ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve 57834/00, T. 3.6.2004, p. 133 (<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=4390> Erişim Tarihi: 12.4.2015)

⁴²⁵ *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, t. 9.6.1998, p.65, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 31.03.2015)

⁴²⁶ REIDY, s. 42-43

öğrenilebilir⁴²⁷. Takibi şikayete bağlı suçların soruşturulabilmesi için şikayet aranırken, takibi re'sen yapılan suçlar bakımından öğrenme ihbar yoluyla olabilmektedir; kamu görevlilerinin de görevleri ile ilgili olan ve takibi re'sen yürütülen suçları bildirme yükümlülüğü (TCK m. 279/1) vardır ki, bu durumda da ihbar söz konusu olacaktır⁴²⁸. Diğer yandan, soruşturma organları suça ilişkin haberi tesadüfen de öğrenebilir. Bu durumlardan herhangi biri gerçekleştiğinde soruşturma organları harekete geçme yükümlülüğü altındadır⁴²⁹. Kaldı ki bu durum, “*soruşturmanın kamusalılığı*” ilkesinin de bir gerekliliği olarak karşımıza çıkmaktadır. İstisnaları dışında suçtan zarar gören kimselerin soruşturma makamlarını harekete geçirme gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı gibi, bu yükümlülük kamu yararının da gözetilebilmesi ve korunması amacıyla devlet organlarına aittir⁴³⁰.

Ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan “*soruşturmanın mecburiliği*” ilkesi gereğince adli makamlarca suç şüphesinin edinilmesiyle birlikte, suça ilişkin soruşturma başlatma zorunluluğu mevcuttur; adli makamlar herhangi bir nedene dayanarak soruşturma yapmaktan kaçınamazlar.⁴³¹ Kaldı ki, aksi halde görevini yerine getirmekten kaçınan memur, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu (TCK m.257/2) işlemiş olacaktır⁴³². Kısacası, suça ilişkin haber alan C. Savcısı (CMK m. 160), adli kolluk görevlileri (CMK m. 161/2) ve idari kolluk görevlileri (PvSK ek m. 4) suça müdahale etme, suça ilişkin delilleri toplama, muhafaza altına alma ve suçu soruşturma yükümlülüğü altındadırlar⁴³³. Esasında “*soruşturma mecburiyeti ilkesi*” olarak adlandırdığımız bu ilke, “*kovuşturma mecburiyeti ilkesi*” olarak adlandırdığımız bir başka ceza muhakemesi ilkesinin de alt ilkesidir⁴³⁴. Zira kamu davasının açılmasına kadar süren soruşturma evresi sonrasında muhakeme

⁴²⁷ CENTEL/ZAFER, s.84; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, (Muhakeme), s. 191

⁴²⁸ CENTEL/ZAFER, s. 85; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, (Muhakeme), s. 192

⁴²⁹ ŞAHİN, s. 102; CENTEL/ZAFER, s. 102;

ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 153

⁴³⁰ CENTEL/ZAFER, s. 101

⁴³¹ ERDEM, s. 280

⁴³² CENTEL/ZAFER, s. 85

⁴³³ CENTEL/ZAFER, s. 102; ŞAHİN, s. 102

⁴³⁴ Bu alt ilkeler: 1-Araştırma mecburiyeti ilkesi (CMK m.160/1) 2-Kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi (CMK m. 170) ve 3- Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi olarak ifade edilebilir. (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 153)

sonuçlanıncaya kadar davanın savcılıkça yürütülmesi de gerekmektedir; dolayısıyla bu ilkeyi kovuşturma mecburiyeti ilkesi olarak da ifade edebiliriz⁴³⁵.

Aksoy/Türkiye davasında da soruşturmanın kendiliğinden başlaması ilkesi AİHM tarafından ifade edilmiştir. Mahkeme'ye göre, adli makamlara açık biçimde şikayette bulunulmuş olsun ya da olmasın, suça ilişkin makul derecede şüphe edinen C. Savcısı, herhangi bir kişinin işkenceye maruz bırakıldığına dair gözle görülebilir deliller sebebiyle suç hakkında soruşturma başlatmalıdır. Söz konusu başvuruda da başvuran Zeki Aksoy, işkenceye maruz bırakılmasının ardından vücudunda darp izleri ile kolları tutmaz halde salıverildikten sonra C. Savcısının önüne çıkarılmıştır. Fakat imza atmak için bile ellerini kullanamayacak durumda olan başvuruçunun durumunu görmesine rağmen C. Savcısı durum karşısında tamamen hareketsiz kalmıştır. Mahkeme, C. Savcısının işkence şüphesi karşısında hareketsiz kalması ve işkenceye ilişkin herhangi bir işlem yapıldığı konusunda da Mahkeme'ye delil sunulamamış olması karşısında, başvuruçunun işkence gördüğü iddialarına ilişkin etkili bir hukuk yolunun bulunmaması sebebiyle 13. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir⁴³⁶.

Tekin/Türkiye davasında ise başvuran, C. Savcısına kötü muameleye maruz bırakıldığı iddiasıyla başvurmuştur. Savcılık makamı iddialar karşısında harekete geçmediği gibi, Komisyon'a yapılan başvurunun hükümete iletilmesinden ancak on ay sonra soruşturma başlatılmıştır. Bununla da kalınmamış, olaya ilişkin ifadelerin alınması için de yaklaşık dört ay zaman kaybedilmiş ve ardından delil yetersizliği sebebiyle ifadelerin alınması aşaması dahi tamamlanmadan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Yaklaşık bir buçuk yıl sonra, hükümet talebiyle ifadelerin alınmasına devam edilmiştir. Mahkemeye göre, bu şekilde işleyen bir soruşturma sistemi *tam ve etkili bir hukuk yolu* değildir. Mahkeme, işkence iddialarına rağmen derhal harekete geçilmemiş olması dolayısıyla "*işkence iddialarına ilişkin usuli*

⁴³⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 153; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, (Mahkeme), s. 193

⁴³⁶ *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21897/93, T. 18.12.1996, p.10-18, 99, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 03.01.2015); DOĞRU, s. 171; DOĞRU/NALBANT; *Bilgin/Türkiye*, B.N.23819/94, T. 16.11.2000, p.81, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 03.06.2015); s. 174; *Sunal/Türkiye*, B.N. 43918/98, T. 25.01.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 13.04.2015); *Taş/Türkiye*, B.N. 24396/94, T. 14.11.2000, p. 43, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 19.03.2015); *Hulki Güneş/Türkiye*, B.N. 28490/95, T. 19.06.2003, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 13.04.2015); *Göçmen/Türkiye*, B.N. 72000/01, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 13.04.2015)

yükümlülüğün yerine getirilmediği” gerekçesiyle 13. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir⁴³⁷.

Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye davasında, gözaltına alınan ve işkence ile kendisine ait olmayan ifadeyi imzalamaya zorlanan başvuranın durumuna, tıbbi delillere ve başvuranın işkence gördüğüne dair ısrarına rağmen, C. Savcısı, konuya ilişkin soruşturma başlatabilecek yeterli veriye sahip olduğu halde, ne başvurudan ayrıntılı bilgi edinmeye, ne de polis memurlarının sorgulanmasına yönelik hiçbir adım atmamış ve soruşturma başlatmamıştır. AİHM, usuli yükümlülüğün yerine getirilmediği gerekçesiyle başvuru bakımından 3. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiş ve Türkiye’yi işkence iddialarının araştırılmadığı gerekçesiyle mahkum etmiştir⁴³⁸.

Dikme/Türkiye başvurusunda, uzun süre gözaltında tutulan başvuran, bu süreçte dış dünyayla bağlantı kurmasına izin verilmemiş ve sistemli olarak işkenceye maruz bırakılmıştır. Başvuran, kendisine işkence uygulayan memurlar hakkında şikayette bulunmuş, ancak bu başvurusu reddedilmiş, iddialar karşısında adli makamlarca harekete geçilmemiş ve başvuru AİHM nezdinde görüldüğü esnada şikayetin üzerinden sekiz yıl geçmiş olmasına rağmen, olay hakkında hiçbir kayda değer sonuca ulaşılamamıştır. Mahkeme bu olay bakımından da işkence iddialarının etkili biçimde ve titizlikle yürütülmediği gerekçesiyle 3. maddenin usuli yönden ihlal edildiğine karar vermiştir⁴³⁹.

Görüldüğü üzere Mahkemeye göre, işkenceye ilişkin şikayette bulunulması ve hatta şikayet yahut ihbar olmasa bile resmi görevlilerce işkence veya kötü muamele olaylarının vuku bulduğuna dair inandırıcı ve savunulabilir iddialardan

⁴³⁷ *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, t. 9.6.1998, p.67-68; DOĞRU, s. 171; DOĞRU/NALBANT, s. 174; Aynı yönde kararlar için bkz. *İlhan/Türkiye*, B.N. 22277/93, T. 27.6.2000; *Eğmez/Kıbrıs*, B.N.30873/96, T. 21.12.2000; *Çelik ve İmret/Türkiye*, B.N. 44093/98, T. 26.10.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015)

⁴³⁸ *Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye*, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000, p. 32, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015), DOĞRU, s. 172; DOĞRU/NALBANT, s. 175; Başvuranlar tarafından yapılan işkence iddialarına ilişkin şikayete karşın soruşturma yapılmamış olmasına ilişkin karar olarak, *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, B.N. 24760/94, T. 28.10.1998, p. 103-104, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 31.03.2015); *Batu ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve57834/00, T. 3.6.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 03.01.2015)

⁴³⁹ *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.7.2000, p. 102-104, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 31.03.2015); Benzer yönde bkz. *Yusuf Gezer/Türkiye*, B.N. 21790/04, 01.03.2010, p. 34-35, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 31.03.2015); *Göçmen/Türkiye*, B.N. 72000/01, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 13.04.2015);

haberdar olunması halinde, resmi makamlar, *derhal ve etkili* bir soruşturma yürütmek, bu yolla işkence veya kötü muamele olaylarını açığa çıkarmak ve faillerini cezalandırmakla yükümlüdürler. Burada Mahkeme'nin "*inandırıcı ve savunulabilir iddia*" ifadesi ile kast ettiği gereklilik, soruşturma başlatılması için yeterli görülecek basit şüphenin olay bakımından mevcut olmasıdır. Bu tür olayları aydınlatmaya yönelik yapılacak soruşturmanın olabildiğince hızlı başlatılması ve en kısa sürede sonuçlandırılacak biçimde yürütülmesi oldukça önemlidir. Zira bu tür olayların aydınlatılması bakımından delillerin titizlikle toplanması, ilgililerin ifadesine başvurulması gerekmektedir; tüm delillere ulaşılabilmesi, en doğru ifadelerin alınabilmesi ve tıbbi incelemelerin yapılabilmesi de olaylara ilişkin iddiaların üzerine olabildiğince süratle gidilmesi halinde sağlanabilecektir. AİHM tarafından verilen kararlar değerlendirildiğinde; soruşturmaya derhal başlanmamış olmasının, soruşturmanın oldukça uzun sürmesinin, soruşturma aşamasında delil toplamaya ilişkin işlemlerin oldukça özensiz yürütülmesinin, bazen usuli yükümlülüklerin ihlal edildiği gerekçesiyle 3. madde kapsamında, bazen de etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle 13. madde kapsamında mahkumiyete dayanak olduğu görülmektedir.

b. Soruşturma Organlarının Bağımsız Olması İlkesi

AİHM kararları ışığında işkence olaylarına ilişkin etkili bir soruşturma yürütüldüğünden söz edilebilmesi için, soruşturma organlarının da bağımsız olması ve tarafsız bir şekilde soruşturma ve kovuşturma aşamalarının yürütülmesi gereklidir⁴⁴⁰. Soruşturmayı yürütenlerin bağımsız olması gerekliliği İstanbul Protokolü Ek-I m.2'de "*Şüpheliler ve çalıştıkları kurumlardan bağımsız olacak soruşturmacılar, konularında yetkin ve tarafsız olmalıdır.*" şeklinde yer almaktadır. Yine İstanbul Protokolü Ek-I m. 5 (a)'da, "*Var olan soruşturma süreçlerinin yetersiz uzmanlık ya da ön yargı şüphesi ya da belirgin biçimde belli bir ihlal kalıbının varlığı ya da önemli başka bir sebeple yetersiz kalması durumunda, Devletler, soruşturmanın bağımsız bir komisyon ya da benzer bir usulle yapılmasını temin ederler. Bu kişiler özellikle şüphelilerden ve onların çalıştığı kurum ve kuruluşlardan bağımsızdırlar...*" ifadesiyle, gerekli koşulların klasik soruşturma organları aracılığıyla sağlanamayacak olması halinde, Devletler tarafından bağımsız bir

⁴⁴⁰ *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve 57834/00, T. 3.6.2004, p. 135; (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 03.01.2015)

soruşturma yürütülmesinin sağlanması ve bu amaçla gerekli adımların atılması güvence altına alınmıştır⁴⁴¹.

Soruşturma organı deyimi ile anlatılmak istenen, daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, CMK anlamında *C. Savcısı*dır. Soruşturma evresinde karar almaya tek yetkili kimse olan *C. Savcısı*, yardımcısı konumunda olan adli kolluk ile birlikte bu aşamayı yürütmektedir⁴⁴². Diğer yandan bu aşamada *C. Savcısı* ve adli kolluk yanında sulh ceza hakimi de görev almaktadır; savcılık makamında soruşturma aşamasında ancak hakim tarafından uygulanabilecek bir ceza muhakemesi işleminin gerçekleştirilmesine ilişkin talep bulunması halinde, hakim bu talebi inceleyerek gereğini yapar⁴⁴³. Ek olarak, CMK m. 163/1 gereğince “*Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa*”, bu halde sulh ceza hakimi bütün soruşturma işlemlerini yürütebilecektir.

Diğer yandan, AİHM kararları bakımından “soruşturma” kavramının yalnızca soruşturma evresini kapsamadığını, herhangi bir işkence iddiası dolayısıyla yürütülen cezai ya da hukuki her türlü yargılama faaliyetini ve hatta idari soruşturmaları da kapsadığını ifade etmiştik. Dolayısıyla soruşturmanın temelini oluşturulduğu evre, delillerin toplandığı ve iddianamenin hazırlandığı soruşturma aşaması olduğu yadsınamaz. Ancak, “*soruşturma organlarının bağımsızlığı*” ilkesi hem kovuşturma aşamasında hem de 4483 sayılı kanun⁴⁴⁴ kapsamında yürütülecek ceza soruşturmalarında gözetilmesi gereken bir ilkedir.

Devlet görevlileri eliyle gerçekleştirilen işkence vakalarının nasıl soruşturulması ve soruşturma yürüten organların hangi nitelikleri taşıması gerektiğinin tespit edilmesi mahkumiyet oranlarının azaltılabilmesi için oldukça önem taşımaktadır. Şimdi bu özellikleri, soruşturma, kovuşturma ve disiplin aşamaları bakımından ayrı ayrı değerlendireceğiz.

⁴⁴¹ DOĞRU, s. 173; ANAYURT, AİHS’de İşkence ve Kötü Muamele, s.273

⁴⁴² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 583; ŞAHİN, s. 94

⁴⁴³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 589

⁴⁴⁴ 4483 Sayılı ve 2.12.1999 Tarihli Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

aa. Soruşturma Evresi Bakımından

Soruşturma evresi bakımından esas yetkili kişinin savcı olduğunu ifade emiştik. CMK m. 160/2’de de düzenlendiği üzere; C. Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplamak, muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. Dolayısıyla, şüpheli ya da sanığın hem lehine hem de aleyhine hareket eden C. Savcısı⁴⁴⁵, ne soruşturma aşamasında ne de kovuşturma aşamasında “taraf” değildir⁴⁴⁶.

AİHM kararları bakımından soruşturma organının bağımsız olup olmadığı sorunu önem taşıdığından, soruşturma evresinde C. Savcısının ne şekilde hareket ettiği oldukça önemlidir. Anayasa bakımından her ne kadar “savcılık” ve “hakimlik” paralel hükümlerle düzenleme altına alınmışsa da; Anayasa’da yer alan “*hakimin bağımsızlığı*”na ilişkin düzenlemelere savcılık bakımından yer verilmemiştir. Ancak, bu konuya ilişkin olarak Anayasa’da herhangi bir hükme yer verilmemiş olması, C. Savcısının bağımsız olmadığı ya da savcılığın bağımsızlığının güvence altına alınmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Esasında C. Savcısı, bağımlı olmadığı gibi, Başsavcılık teşkilatı ile hiyerarşik bir ilişki içinde olması dolayısıyla bağımsız da değildir; ancak savcılık makamının özerk bir makam olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır⁴⁴⁷.

Soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin bağımsızlığı, Anayasa m. 138 vd. hükümlerde yer alan hakim bağımsızlığı ve teminatına ilişkin hükümler ile CMK’da yer alan hakim reddine ve çekinmesine ilişkin hükümler aracılığı ile güvence altına alınmıştır⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ C. Savcısının her ne kadar aleyhe ve lehe delilleri toplaması dolayısıyla taraf olmadığı ileri kabul edilmekteyse de; CMK bakımından m. 35, m. 277/1, m. 297/3 “*ilgili taraf*”, “*karşı taraf*” ifadeleri kullanılması dolayısıyla taraf olarak lanse edilmiştir. (CENTEL/ZAFER, s. 117-118; ŞAHİN, s. 101)

⁴⁴⁶ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 230; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, (Muhakeme), s. 195; CENTEL/ZAFER, s. 117

⁴⁴⁷ ŞAHİN, s. 100

⁴⁴⁸ AYM, 6545 sy. kanununun 74. maddesiyle değişikliğe uğrayan CMK m. 268/3-a,b hükümleri uyarınca, Sulh Ceza Hakimliklerinin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin yapılan başvuruya ilişkin kararında konuya ilişkin olarak “... sulh ceza hâkimliklerinin itiraz konusu kuralla, diğer tüm mahkemelerde olduğu gibi Anayasa’nın öngördüğü biçimde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak teşkilatlandırıldıkları anlaşılmalı olup bunların yapılması ve işleyişinde, tarafsız davranamayacakları sonucuna ulaşılmasını gerektiren herhangi bir unsura yer verilmemiştir. Ayrıca, somut, nesnel ve inandırıcı delillerle hâkimin tarafsızlığını yitirdiğinin ortaya konulması durumunda davaya bakmasını engelleyen usul hükümleri bulunmaktadır.” şeklinde bir değerlendirme yapmış ve hükmün AY m. 37’ye aykırı olmadığına karar vermiştir.

Soruşturma organlarının bağımsız olması sorununa ilişkin olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında yapılacak ön inceleme aşaması da büyük önem taşımaktadır. Zira memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri suçlarla ilgili olarak uygulama bulacak MvDKGYK gereğince, C. Savcısı, suç işlediği iddia edilen kamu görevlisinin bağlı olduğu makamdan soruşturma izni alacaktır. İzin vermeye yetkili merci tarafından suça ilişkin bir ön inceleme başlatılacaktır⁴⁴⁹. Ancak bu inceleme, kural olarak, izin vermeye yetkili mercein yani kamu görevlisinin görev yapmakta olduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde belirlenen kişilerce yapıldığından, uygulamada ve bu doğrultuda da AİHM kararlarında, ön inceleme aşamasının ne kadar bağımsız ve tarafsız yürütüldüğü tartışılmaktadır. Esasen, 4483 sayılı kanunun uygulama alanı bulmadığı bazı istisnai suç tipleri vardır; bunlardan biri de, “işkence suçu”dur (TCK m. 94). İşkence iddiası söz konusu olduğunda 4483 sayılı kanun uyarınca soruşturma izni alınmasına gerek olmaksızın C. Savcısı kendiliğinden ceza soruşturması başlatabilir. Ancak buna rağmen uygulamada bu değişikliğin göz ardı edilmesinden kaynaklı, Türkiye hakkında AİHM tarafından verilmiş mahkumiyet kararları bulunması oldukça üzücüdür. Memurların gereksiz ithamlarla yıpratılmasının önlenmesi amacıyla getirilmiş bir kanun olan 4483 sayılı kanun, işkence iddialarına dayalı soruşturmanın engellenmesi amacıyla kullanılan bir araç haline getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, soruşturma aşamasında görev alan kişilerin bağımsızlığı yasal düzenlemeler ile ve hatta anayasal normlar aracılığıyla güvence altına alınmıştır. Ancak uygulamada bu normların göz ardı edilmesi sonucu, yasal düzeyde oluşturulan bağımsızlığın kaybedilmesi ve işkenceye ilişkin yürütülen soruşturmanın gereği gibi gerçekleştirilememesi AİHM önünde mahkumiyetle sonuçlanan başvurulara sebep olmaktadır.

Bunun bir tek nedeni vardır: Delil toplama işinde C. Savcısının kolluğa muhtaç olması. Kötü muamele ve işkence iddialarını araştırmakta yetersiz kalmaları ve hatta göz yummaları da “başka suçların soruşturmasında delil getirmeyeceği ve bu nedenle “kollukla iyi geçinme” kaygısına dayanmaktadır.

⁴⁴⁹ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, (Muhakeme), s. 913; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 765

Erol Arıkan/Türkiye Davasında Mahkeme, valiliğin 4483 sayılı kanun kapsamında ön inceleme aşamasında soruşturma izni vermemesine yönelik olarak yargılamaya yaptığı müdahalenin, uyuşmazlık konusu operasyonun hangi koşullarda meydana geldiğini etkili, bağımsız ve açık şekilde belirleyebilecek ceza soruşturmasının açılmasına yıllarca engel olduğunu kaydetmiştir. Olayla ilgili ceza davası olaydan ancak 10 yıl sonra açılabilmesi, tamamıyla soruşturma organlarının objektif hareket edememesinden kaynaklanmıştır⁴⁵⁰.

Güleç/Türkiye Davasında AİHM, Şırnak İl İdare Meclisi'nin, “*dava dosyasında yer alan kanıtlar temelinde maktulleri öldüren ve yaralayan kişileri belirlemenin imkansız olması*” sebebiyle davayı ağır ceza mahkemesine iletmemesine dikkat çekmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre bu durum kabul edilebilir değildir. Zira soruşturmacının olay bakımından objektif davranmasına, İl valisi veya yardımcısının başkanlık ettiği ve yerel temsilcilerden oluşan ilgili idari kurumun yapısı engel olmuştur. Dosyanın mahkemeye iletilmemesinin ardından, Bölge İdare Mahkemesi, İl İdare Kurulu'nun durdurma kararı aldığına işaret etmiştir. Sonuç olarak, ölüm ve yaralanmalardan sorumlu kişiler tespit edilemediği, mahkemenin dava sonucunda bir karara varmasının mümkün olmadığı, Güneydoğu Anadolu'da bu tür ölüm olaylarının sık sık meydana geldiği gerekçeleriyle, mevcut davada olduğu gibi yasadışı gösterilerden kaynaklanan ölümlere ve kötü muamele olaylarına ilişkin iddialar hakkında “etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütme yükümlülüğü” göz ardı edemez. Bu nedenle Mahkeme, olay bakımından etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütülemediği, soruşturmacının olay bakımından sübjektif bir değerlendirme yaptığı ve etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle 13. madde gereğince Türkiye'yi mahkum etmiştir. Esasen 2. maddeyle ilişkili olan bu kararda Mahkeme'nin usuli yükümlülük bakımından yapmış olduğu değerlendirme, işkence yasağına ilişkin usuli yükümlülüğün ihlalinin mevcut olduğu başvurulara da dayanak oluşturmuştur. Nitekim Mahkemenin, 2. madde ile 3. madde ihlalinin söz konusu

⁴⁵⁰ *Erol Arıkan/Türkiye Davası*, B.N. 19262/09, T. 20.11.12, p. 86, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 13.04.2015); “*AİHM ön soruşturmaların bitimiyle başvuranların maruz kaldıkları kötü muameleden sorumlu oldukları iddia edilen askerlerin hiyerarşik üstü olan amirler ve askeri görevliler tarafından yürütüldüğünü kaydetmiş ve bu kişilerin yürüttükleri soruşturmaların AİHS bağlamındaki etkili soruşturmanın bağımsızlık ve tarafsızlık gereklerini yerine getiremediğini ifade etmiştir*”, *Sacılık ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 43044/05 ve 45001/05, T. 05.07.2011, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 13.04.2015); *Kızı/Türkiye*, B.N. 29098/03, T. 17.07.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 14.04.2015)

olduğu sonraki kararlarda⁴⁵¹ da *Güleç/Türkiye Davasına* gönderme yaptığı görülmektedir⁴⁵².

Mehmet Emin Yüksel/Türkiye kararında da, kötü muameleye uğradığı gerekçesiyle başvuranın şikayetçi olması üzerine, C. Savcısı yetkisizlik kararı vermiş ve dosyayı Diyarbakır İl İdare Kurulu'na göndermiştir. İl İdare Kurulu da soruşturma ile ilgili adım atmamış ve delil yetersizliği sebebiyle cezai işlemlerin sonlandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca daha önceki birçok davada İl İdare Kurulları tarafından yürütülen soruşturmaların bağımsız olarak değerlendirilmediğini; bu kurulların devlet memurlarından oluştuğunu tekrarlamıştır. Mahkeme yukarıda anlatılan işlemlerin etkili, yeterli ve bağımsız olduğunun iddia edilemeyeceğini, 13. maddenin gereklerini karşılamadığına kanaat getirmiş ve 3. madde kapsamında usuli yükümlülüğün yerine getirilmediği gerekçesiyle 3. ve 13. maddelerin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁵³.

Sacılık ve Diğerleri/Türkiye davasında başvuranlar, kötü muameleye uğradıklarına ilişkin soruşturmayı yürüten C. Savcısının idari makamların etkisinde kaldığını iddia etmişlerdir. Burdur C. Savcısı konuya ilişkin bir soruşturma yürütmeden önce, birkaç defa konu hakkında çeşitli makamlara yazı yazarak, askerlerin müdahalesinin “cezaevi yönetimine geniş kapsamlı bir başkaldırının bastırılması için gerekli” olduğu yönündeki fikirlerini belirtmiştir. Soruşturma sonlandırılmadan önce, bir albay tarafından soruşturmayı yürüten savcıya, idari

⁴⁵¹ *Oğur/Türkiye Davası*, B.N. 21594/93, T. 20.05.1999 (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 12.04.2015) ; *Ergi/Türkiye*, B.N. 23818/94, T. 28.07.1998, p. 85, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 12.04.2015); *Taş/Türkiye*, B.N. 24396/94, T. 14.11.2000, p. 7, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015)

⁴⁵² *Güleç/Türkiye Kararı*, B.N. 21593/93, T. 27.7.1998, p. 80-81, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 12.04.2015); DOĞRU, s. 173

⁴⁵³ *Mehmet Emin Yüksel/Türkiye*, B.N. 40154/98, T. 20.7.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 12.04.2015); İl İdare Kurulunun soruşturma organı olarak görev yapması ve şüphelilerle hiyerarşik ilişki içerisinde bulunan görevlilerin soruşturmacı olarak atanmasının “bağımsızlık ve tarafsızlık” ilkesinin aykırılığına ilişkin aynı yönde bkz. *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, t. 9.6.1998, p.21, 73, , (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 31.03.2015); *Talat Tepe/Türkiye*, B.N. 31247/96, T. 21.12.2004, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 12.04.2015) ; *Sunal/Türkiye*, B.N. 43918/98, T. 25.01.2005, , (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 12.04.2015); *Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 53147/99, T. 03.02.2005, , (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 12.04.2015); DOĞRU, s. 172-173; *Hulki Güneş/Türkiye*, B.N. 28490/95, T. 19.06.2003, , (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 13.04.2015); “Mahkeme, idari makamların güneydoğu Türkiye’de bağımsız ve etkiden uzak bir soruşturma yürütme ehliyetleri hususunda da ciddi şüpheler taşımaktadır” *Bilgin/Türkiye*, B.N.23819/94, T. 16.11.2000, p.119, , (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 13.04.2015)

mahkemelerce yaralananlara yüksek meblağda tazminat ödenmesi kararı verilmiş olduğu için, soruşturmayı sonlandırması yönünde baskı yapılmıştır. AİHM bu müdahalenin ve savcının konuya ilişkin görüş beyanlarının, tüm soruşturmanın bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürdüğü kanaatindedir. Sonuç olarak AİHM, yapılan soruşturmanın, AİHS'nin 3. maddesine ilişkin içtihadı bağlamında etkili soruşturmanın en önemli unsurlarından olan bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğu kanaatine varmıştır⁴⁵⁴.

ab. Kovuşturma Evresi Bakımından

Kovuşturma evresinde görev alacak hakimin bağımsız olması, suç hakkında yapılacak yargılamanın etkin olarak yürütüldüğünü ifade edebilmemiz için esas önemli unsurdur. Zira elde edilen delillerin değerlendirildiği ve maddi gerçeğin araştırıldığı aşama, kovuşturma aşamasıdır.

AİHM'nin verdiği kararlara bakıldığında da özellikle Devlet Güvenlik Mahkemeleri⁴⁵⁵, Askeri Mahkemeler⁴⁵⁶ ve Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ *Sacılık ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 43044/05 ve 45001/05, T. 05.07.2011, , (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 14.04.2015)

⁴⁵⁵ 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunun 9. Maddesi uyarınca mülga olan, Devlet Güvenlik Mahkemelerini düzenleyen AY m. 143 hükmü şu şekildeydi:

"Devlet Güvenlik Mahkemeleri

Madde 143 – Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulur. **(Ek cümle: 18/6/1999-4388/1 md.)** Ancak, sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır.

(Değişik fıkra: 18/6/1999-4388/1 md.) Devlet Güvenlik Mahkemesinde bir başkan, iki asıl ve bir yedek üye ile Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur.

(Değişik fıkra: 18/6/1999-4388/1 md.) Başkan, iki asıl ve bir yedek üye ile Cumhuriyet başsavcısı, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından; Cumhuriyet savcıları ise, diğer Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca özel kanununda gösterilen usule göre dört yıl için atanırlar; süresi bitenler yeniden atanabilirler.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri kararlarının temyiz mercii Yargıtay'dır.

Devlet Güvenlik Mahkemelerinin işleyişi, görev ve yetkileri ve yargılama usulleri ile ilgili diğer hükümler, kanunda gösterilir.

(Mülga son fıkra: 18/6/1999-4388/1 md.)"

⁴⁵⁶ Askeri Mahkemeler, 353 sayılı ve 25.10.1963 tarihli Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu m. 9 gereğince "...kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara" bakmakla görevlidirler. Asker kişilerin işleyebilecekleri suçlar, 1632 sayılı ve 22.5.1930 tarihli Askeri Ceza Kanununda düzenlenmiştir.

⁴⁵⁷ Anayasa m. 122'de öngörülen Sıkıyönetim hali hakkındaki hükme göre, sıkıyönetim bölgelerinde, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununa gereğince, Milli Savunma Bakanlığınca gerekli görülen yerlerde yeteri kadar askeri mahkeme kurulur ve bu Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri sıkıyönetim ilan edilen yerlerde işlenen çeşitli suçlara ilişkin davalara bakmakla görevli olurlar.(As.MKYUKm.1).(bkz.ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 817 vd.

önünde yapılan yargılamalar dolayısıyla Türkiye hakkında verilmiş oldukça fazla karar olduğu görülmektedir.

Hulki Güneş/Türkiye davasında, başvuran Jandarma komutanlıklarında gözaltında tutulduğu sırada “*Filistin askısı*”, sopa, elektrik şoku olmak üzere çok çeşitli işkenceye maruz kalmıştır. Şikayet üzerine oldukça geç başlatılan soruşturmada, başvuranın vücudundaki yaralara kendisinin ve çıkan bir olay sırasında güvenlik güçlerinin kullandığı orantılı gücün sebep olduğuna kanaat getirilmiştir. Kaldı ki, memurlar hakkında soruşturma izni çıkmadığından olay araştırılamamıştır. Başvuranın yargılandığı ve mahkum edildiği Devlet Güvenlik Mahkemesi bünyesindeki hakimlerden birinin asker olması nedeniyle, yargılandığı mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığını iddia etmektedir. Üyeleri arasında askeri kökenli hâkimin hazır bulunmasının başvuranın bu mahkemenin yetki alanları dışındaki konulardan etkilenebileceği endişesini taşımasına yol açabilecek olması nedeniyle, AİHM de DGM'nin bağımsız ve tarafsız olmadığına dair başvuranın şikayetini yerinde bulmuştur⁴⁵⁸.

ac. İdari Soruşturma Bakımından

AİHM içtihatlarından işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak çıkarılması gereken bir diğer ilke de, işkence iddialarına ilişkin bağımsız ve tarafsız bir disiplin soruşturması yürütülmesidir.

Okkalı/Türkiye davasında, Hükümet başvuranın işkence gördüğü iddiası üzerine yapılan disiplin soruşturması sonucunda, polis memurlarının görevden alındığını ifade etmiş olmasına rağmen, bu konuda alınan karara ilişkin herhangi bir belge sunamamıştır ve bu karar memurlar hakkında verilen başkaca bir kararda da ifade edilmemiştir. Hükümet, disiplin cezası ile ilgili olarak polis memurlarının geçici olarak görevden alındığını belirtmekte, fakat bununla ilgili olarak herhangi bir belge sunmamaktadır. Bunun yanı sıra başvuran, memurların terfi ettirildiğini dahi

⁴⁵⁸ DGM'lerin bağımsız ve tarafsız mahkemeler olmadığına, bu durumun 3. maddeyle ilişkili olarak 6. madde ihlali teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. *Incal/Türkiye*, B.N.22678/93, T. 09.06.1998, p. 70, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 13.04.2015) ; *Çıraklar/Türkiye*, B.N. .19601/92,T. 28.10.1998, p. 38, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 13.04.2015); *Büyükdag/Türkiye*, B.N. 28340/95, T. 21.12.2000, p. 76, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 14.04.2015); *Orhan Aslan/Türkiye*, B.N. 48063/99, T. 20.10.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 13.04.2015); *Göçmen/Türkiye*, B.N. 72000/01, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 13.04.2015); DİNÇ, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s. 26

iddia etmektedir. AİHM, konu bakımından kesin bir görüş beyan etmeyi uygun görmese de, disiplin soruşturmasının gereği gibi tarafsız yürütülememesinin, polis memurlarının davranışının cezasız kalması sonucunu doğurduğuna işaret etmiştir⁴⁵⁹.

Kızıl/Türkiye kararında da Mahkeme, başvurana kötü muamelede bulunan polis memurları hakkında, Bölge Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığı kanaatine varmış olması dolayısıyla ilgili idari organların AİHS'in 3. ve 13. maddelerinde istenildiği gibi bağımsız soruşturma yürütmeye yeterli kapasitede olmadıklarını ifade etmiştir⁴⁶⁰.

c. Soruşturmanın Kamu Denetimine Açık Olması (Şeffaflık) İlkesi

İstanbul Protokolü Ek-I m. 4'te işkenceye ilişkin olarak yürütülen soruşturmaların kamu denetimine açık olması gerekliliği ifade edilmiştir. Maddeye göre, işkence ya da kötü muamele mağduru olduğu iddia edilen kişilerin ve yasal temsilcilerinin, soruşturma ile ilgili bilgi ve gelişmelerden haberdar edilmesi, bunlara erişimlerinin sağlanması ve ayrıca başka deliller sunmalarına imkan verilmesi ile tüm duruşmalar hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir⁴⁶¹.

İşkence olayları ile ilgili olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturma faaliyetlerinin şeffaf olarak yürütülmesine ilişkin olan bu ilke esasen Anayasa m. 141, AİHS m. 6 ve CMK m. 182 ile de doğrudan ilgilidir ve bu hükümler aracılığı ile koruma altına alınmıştır. Diğer yandan, CMK m. 157'de soruşturmanın, savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla gizli olduğu ifade edilmiştir; ancak bu durum, şeffaflık ilkesinin ihlali olarak nitelendirilmemelidir. Zira burada söz edilen gizlilik, mağduru ve şüpheliyi de kapsayan bir kısıtlama hali değildir. Aksi bir uygulama içine girilmesi de, gerek 157. maddenin amacına, gerekse AİHS ilkelerine aykırılık

⁴⁵⁹ *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 14.04.2015)

⁴⁶⁰ *Kızıl/Türkiye*, B.N. 29098/03, T. 17.07.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 14.04.2015); *Çelik/Türkiye* davasında da Mahkeme, başvurana kötü muamelede bulunan on üç polis memuru hakkında başlatılan disiplin soruşturulması sonucunda disiplin kurulu tarafından, dosyadaki görüntülere, fotoğraflara ve sağlık raporlarına rağmen delil yetersizliği gerekçesine dayanılarak disiplin cezası verilmemesine karar verilmiş olması dolayısıyla AİHS 3. maddenin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. *Çelik/Türkiye*, B.N. 39326/02, T. 27.05.2010, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 14.04.2015)

⁴⁶¹ DOĞRU, s. 184

teşkil edecek, işkence uygulayan fail için bir koruma mekanizması meydana gelmesine sebep olacaktır⁴⁶².

Ek olarak, soruşturmanın genel anlamda kamuya açıklığının yanı sıra, mağdurun da etkili biçimde yargılama sürecine katılımının sağlanması ve soruşturma sürecine ilişkin gelişmelerden haberdar edilmesi sağlanmalıdır. Gereği gibi bilgilendirmeyen ve dosyaya erişimi engellenen mağdurun yargılama sürecine müdahil olması da oldukça zordur. Bu nedenle mağdurun her tür gelişmeden haberdar edilmesi gerekmektedir.

Mahkeme'ye göre, AİHS m. 13, ulusal bir hukuk yolu hükmünün işkence iddialarına ilişkin şikayetlerle ilgilenmesini ve sözleşmecî devletlerin Sözleşme ile ilgili sorumluluklarına uyum tarzları konusunda belli bir takdir yetkisine sahip olmalarına rağmen, uygun tazmini sunmasını gerekli kılmaktadır. Kaldı ki, 13. madde gereğince kişilere sağlanan hukuki yol etkili olmalı ve uygulanması haksız bir şekilde sorumlu devletin yetkililerinin ihmalleri veya fiilleri nedeniyle engellenmemelidir. Davaya konu olayda, başvuran, oğlunun yetkililerin kontrolünderken kaybolduğunu iddia etmektedir. Mahkeme'ye göre, 13. madde, tazminat ödenmesini ve sorumluların kimliklerinin tespit edilip cezalandırılmalarını sağlayacak şekilde etkili ve yeterli bir soruşturmanın yürütülmesini ve akrabaların soruşturma prosedürüne etkin bir şekilde katılmalarını gerekli kılmaktadır. Olay bakımından yetkililerin, başvuranın oğlunun kaybolduğu iddiası hakkında soruşturma açma ve yakınlarını da her türlü gelişmeden haberdar etme yükümlülüğü mevcut olmasına rağmen; 13. maddenin gerektirdiği şekilde etkili bir soruşturma yapılmamıştır. Mahkeme bu nedenle başvuranın, oğlunun kaybolması, kötü muameleye maruz kalması ve ölmesi ile ilgili olarak tazminat talebine cevap verebilecek etkili bir iç hukuk yolundan faydalanamadığını tespit etmiştir. Çünkü yakınların gelişmelerden haberdar edilmemeleri, hem yakınlık dereceleri ile ilişkili olarak kötü muamele teşkil etmekte, hem de soruşturma sürecini takip etmelerini ve müdahil olmalarını engellemektedir. Bu nedenlerle Mahkeme, *Taş/Türkiye*

⁴⁶²CENTEL/ZAFER,

ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN,

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, (Muhakeme), s. 662; ERDAL, Meryem, İşkence ve Cezasızlık Dosyası-2005, TİHV Yayınları:39, Ankara, s. 99

s.82;

s. 130;

*davasında*⁴⁶³, başvuran (baba) bakımından 3. madde ile 13. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

Büyükdağ/Türkiye davasında, başvuran Leyla Büyükdağ, gözaltında gördüğü kötü muameleler dolayısıyla şikayetçi olmuştur. Başvuranın şikayetçi olduğu üç polis memur hakkında başlatılan soruşturmada, yalnızca polis memurlarının ifadelerinin alınmasıyla yetinilmiş, şüpheliler ne başvurana yüzleştirilmiş ne de başvuran soruşturmaya ilişkin gelişmelerden haberdar edilmiştir. Soruşturma sonucunda takipsizlik kararı verilmiş, bu karar başvurana usulsüz şekilde tebliğ edilmiş, başvuranın usulsüz tebligata itiraz etmesine rağmen bir değişiklik olmamış, başvurana usulüne göre yeni bir tebligat da yapılmamıştır. İç hukukun uygulanması bakımından her ne kadar devletlere takdir yetkisi tanınmakta ise de, mağdura da Sözleşmedeki hakların sağlanması ve soruşturma ve kovuşturma işlemlerine müdahale edebilme hakkının sağlanması gerekmektedir. Böyle bir imkanın başvurana tanınmamış olması dolayısıyla, şikayetçinin soruşturma sürecine etkili bir biçimde katılabileceği etkili hukuk yolu bulunmadığından hareketle Mahkeme, 3. maddeyle bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir⁴⁶⁴.

Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin/Ukrayna davasında Mahkeme, işkence iddialarından dolayı şikayetçi olan başvuranın soruşturma sürecine katılımının, hem uygulanmakta olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun izin veriyor olmasına rağmen soruşturma dosyasına erişimine izin verilmemesi, hem de daha sonrasında başvuranın karar örneği talebinin polis memurlarınca hiçbir meşru gerekçeye dayandırılmaksızın reddedilmesiyle engellenmiş olması dolayısıyla, AİHS m. 3 gereğince devletlerin sağlaması gereken usuli yükümlülüğün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kararda, yürütülecek soruşturmanın *kamu denetimine* en uygun şekilde imkan sağlanması ya da soruşturma sonuçlarının uygulamada güvenli biçimde denetlenebiliyor olması gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁴⁶⁵.

⁴⁶³ *Taş/Türkiye*, B.N. 24396/94, T. 14.11.2000, p. 91-93, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.03.2015)

⁴⁶⁴ *Büyükdağ/Türkiye*, B.N. 28340/95, T. 21.12.2000, p. 62-64, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 14.04.2015)

⁴⁶⁵ *Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin/Ukrayna*, B.N. 1727/04, T. 24.09.2010, p. 67-76 , (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015); Aynı yönde 3. Maddeyle bağlantılı olarak 13. Madde ihlali için bkz. *Aksoy/Türkiye*, B.N. 21987/93, T. 18.12.1996, p. 98, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015); Aynı yönde m. 3 ihlali için bkz. *Assenob ve Diğerleri/Bulgaristan*, B.N. 24760/94, T. 28.10.1998, p 117, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015); Benzer

Berktaş/Türkiye davasında da gözaltında ağır yaralama olayı sonucunda polis memurları hakkında başvuranın şikayetçi olması üzerine, yürütülen ceza soruşturmasında polis memurlarının ifadesinin alınması dışında hiçbir araştırma yapılmaması ve memurlar hakkında açılan ceza davasından haberdar edilmemesi nedeniyle başvuranın olaya ilişkin olarak polis memurlarının kusur ve ihmalleri hakkında çekişmeli olarak açıklama yapma imkanının tanınmamış olması dolayısıyla m. 3 ile bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiğine ve işkence yasağı gereğince devletin yerine getirmesi gereken usuli yükümlülüğün yerine getirilmediğine Mahkemece karar verilmiştir⁴⁶⁶.

d. Soruşturmanın Makul Bir Özen ve Hızla Yapılması İlkesi

Soruşturma işlemlerinin hızla ve özenle yürütülmesi ceza muhakemesinin her aşaması bakımından oldukça önem taşımaktadır; hem failin bulunması ve cezalandırılması yoluyla adaletin sağlanması, hem suçun mağdurunun tatmini ve hem de delillerin kaybolmasının önlenmesi bakımından yerine getirilmesi gereken bir ilkedir. Kaldı ki, bu ilkenin önemi işkenceyle ilgili olaylar bakımından çok daha fazladır. Çünkü kamu görevlilerince işlenebilen bir suç olan işkencenin olabildiğince hızlı biçimde aydınlatılması ve iddiaların neticeye ulaştırılması, hem kamu güveninin sağlanması, hem de bu tür suçlara tolerans gösterilmediğinin ortaya konması, ancak etkili, özenli ve makul bir hızla yapılacak bir soruşturma ile sağlanabilecektir.

İşkencenin makul bir süre içerisinde ve özenli şekilde soruşturulması gerekliliğine İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi m. 12 ve 13'de ve İstanbul Protokolü Ek-I m. 2'de yer verilmiştir. Bu yükümlülük gereğince devletler, derhal ve etkili biçimde işkence ya da kötü muameleyle ilişkin olayların soruşturulmasını sağlamakla yükümlüdür⁴⁶⁷.

Çelik ve İmret/Türkiye davasında AİHM, başvurunun Hükümet'e iletilmesinin ardından ancak bir yıl altı ay sonra yeni bir soruşturma açıldığını; Batman Savcısının bir yıl üç ay sonra Ağır Ceza Mahkemesi'ne iddianame

yönde m. 2 ihlali için bkz. *Kolevi/Bulgaristan*, B.N. 1108/02, T. 05.11.2009, p. 194, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 15.04.2015); DOĞRU, s. 184; DOĞRU/NALBANT, s.181
⁴⁶⁶*Berktaş/Türkiye*, B.N. 22493/93, T. 01.03.2001, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 15.04.2015); *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N.n 33097/96, T. 03.06.2004, p. 137, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 15.04.2015); DOĞRU, s. 184; DOĞRU/NALBANT, s.182

⁴⁶⁷ DOĞRU, s. 182

sunduğunu; Ağır Ceza Mahkemesinin ilgili polis memurlarının dava işlemlerinin başlamasından üç yıl altı ay sonra ve söz konusu olaylar gerçekleştikten beş yıl sonra beraat ettirilmiş olmalarına olay bakımından önem vermektedir. Başvuranların iddiaları karşısında yetkililerin bir yıl altı ay boyunca hiçbir girişimde bulunmamaları ve daha sonraki işlemlerin hızı “işlemlerin kısa süre içinde tamamlanması” yani “makul sürede yargılama” kuralına uymamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, dava işlemlerinin 13. maddenin gereklerini karşılayacak derecede etkin ve detaylı olmadığına ve dolayısıyla, Türkiye’nin 3. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle 13. madde uyarınca mahkum edilmesine karar vermiştir⁴⁶⁸.

Soruşturmanın makul süreler içerisinde yapılmamasının bir sonucu olarak “zamanaşımı sorunu”nun da gündeme geldiği kararlar mevcuttur. Ancak bu sorun, 11.4.2013 tarihli ve 6459 sayılı kanunun 9. maddesiyle getirilen oldukça yerinde bir düzenleme ile ortadan kaldırılmıştır; m. 94/6’daki düzenlemeye göre artık işkence suçlarına zamanaşımı işlemeyecektir. Dolayısıyla soruşturma ya da kovuşturma aşamaları ne kadar uzun sürerse sürsün zamanaşımı sürelerinin dolduğu gerekçesiyle davaların düşmesi ya da cezanın infaz edilememesi gibi sonuçlar doğmayacaktır. Değişiklikten önce AİHM’in bu gerekçeyle vermiş olduğu mahkumiyet kararları da bulunmaktadır. Ne var ki, bu değişiklik işkence ve kötü muamele iddialarına dayalı soruşturmaları ne zaman sonuçlandıracağı konusunda C. Savcısının tamamen serbest olduğu biçiminde de yorumlanmamalıdır. İşkence ile ilgili olarak yürütülen soruşturmaların zamana yayılarak sürüncemede bırakılması, zamanaşımının kaldırılmasına rağmen, yine de AİHS m.3’ün ihlalini gündeme getirebilir.

Batı ve Diğerleri/Türkiye kararında Mahkeme, işkence iddialarının üzerinden sekiz yıl geçmiş olmasına rağmen, sanık polisler hakkında yürütülen ceza davasının hala Yargıtay önünde ve sonuçlandırılmamış olması dolayısıyla, 3. madde ile bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Olayda polisler hakkında yapılan şikayetten ancak bir yıl sonra ceza davası açılmış; yaklaşık üç yıl boyunca, otuz duruşma süresince, sanık polisler mahkeme huzuruna getirilememiştir. Yaklaşık yedi yıl boyunca yargılamanın oldukça yavaş ilerlemesi sonucu ceza

⁴⁶⁸ *Çelik ve İmret/Türkiye*, B.N. 44093/98, T. 26.10.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015); *Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004, p. 55-60, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015)

davası, sanıkların bir kısmı için zamanaşımı, bir kısmı içinse sanıkların hayatını kaybetmesi dolayısıyla düşürülmüştür. AİHM, sanık ifadeleri dışında tartışmasız olan delillerin yedi yıl süresince, yani dava zamanaşımı süresi boyunca, değerlendirmeye tabi tutulmamış olması dolayısıyla usuli yükümlülüğün ihlal edildiği kanaatindedir⁴⁶⁹.

Mahkemenin *Yaman/Türkiye* kararında da belirttiği gibi, ulusal yargı makamlarının işkence veya kötü muameleyi soruşturmadaki ivedi yaklaşımı, kamuoyunun, bu mercilerin hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını, yasal olmayan davranışlara hoşgörü gösterilmesinin ve hileli anlaşmalar olduğu görünümünün verilmesinin önlenmesini sağlamak açısından büyük önem arz etmektedir. Ancak, buradaki ivedilik mutlak değildir ve Mahkeme bazı durumlarda bir soruşturmanın ilerlemesine sekte vuran engeller ve zorluklar olabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini de açıkça belirtmektedir⁴⁷⁰.

e. Soruşturmanın Etkili Olması İlkesi

İşkence ya da kötü muamele iddialarıyla ilgili olarak derhal hızla soruşturulma başlatılması ve en makul süre içerisinde sonuçlandırılması gerekli olduğu gibi, bu soruşturmanın özenle ve en “etkili” şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Burada *etkililik* ile ifade edilmek istenen, suçun soruşturulmasına ilişkin tüm gerekliliklerin yerine getirilmesidir. Bu gereklilikler, işkence ve kötü muameleden sorumlu olan kişilerin tespiti, delillerin süratle toplanması ve korunması, ilgili kişilerin derhal ifadesine başvurulması ve soruşturma yürüten

⁴⁶⁹ *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004, p. 145-147, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 15.04.2015); *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 15.04.2015); *Orhan Aslan/Türkiye*, B.N. 48063/99, T. 20.10.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 13.04.2015); *Göçmen/Türkiye*, B.N. 72000/01, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 13.04.2015), mahkeme bu kararda makul sürede yargılama yapılamamış olması dolayısıyla 6. madde çerçevesinde ihlal kararı vermiştir.; *Türkmen/Türkiye*, B.N. 43124/98, T. 19.12.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 20.04.2015)

⁴⁷⁰ *Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004, p. 55-60, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 15.04.2015); Aynı yönde bkz. *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004, p. 145-147, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 15.04.2015); *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 15.04.2015); *Gemalmaz*'a göre, işkence sorununu daha derin bir hale getiren bir diğer sorun da yargı organlarında ve idarede mevcut bu sakıncalı hoşgörü durumunun istisnai ve olağanüstü durumlarda da sınırlı olmayıp, her koşulda söz konusu olmasıdır. Bu da, problemi çok daha altından kalkılamaz kılmaktadır. (GEMALMAZ, Mehmet Semih, “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, İnsan Hakları Yıllığı, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/5612943ad9e51e8_ek.pdf?dergi=%DDnsan%20Haklar%FD%20Y%FDI%FD%F0%FD, Erişim Tarihi: 04.06.2015, s. 107)

kişilerin bu yükümlülükleri yerine getirmelerini sağlayacak yetkilerle donatılması olarak ifade edilebilir.

İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi m.10'da da konuya ilişkin yükümlülükler, AİHS'e nazaran daha ayrıntılı biçimde ifade edilmiştir. Sözleşme'ye göre taraf devletler, işkencenin yasaklanması ve önlenmesi konusunda gerekli bilgilendirme ve eğitimin, kanun uygulayıcısı resmi görevlilere, sivil ya da askeri personele ya da özgürlüğünden yoksun bırakılan kimselerle ilgili görev yapması muhtemel olabilecek diğer kamu görevlilerine verilmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Buna göre devletler, işkencenin gereği gibi soruşturulması bakımından da gerekli eğitimi görevlilerine sağlamalı ve diğer yandan teknik donanımın da yeterli olup olmadığını denetlemelidir.

İstanbul Protokolü Ek-I m. 2 ve 3 (a)'da, soruşturmanın etkili olması gerektiği ifade edilmiş ve soruşturma organlarının iddiaları araştırmaya yönelik görev ve yetkilerle donatılmasına ilişkin olarak da devletler yükümlülük altına sokulmuştur. Buna göre her devlet, soruşturma organlarını, huzura çağırmaya, ifade vermeye zorlamaya, tanıklara ifade alınması için davetiye çıkarmaya yetkili hale getirmekle yükümlüdür.

Mahkemenin *Dikme/Türkiye* davasına konu olan olayda, başvuran gözaltına alınmış ve tutulduğu on altı gün boyunca tıbbi ve hukuki her türlü yardımdan mahrum bırakılmıştır. Mağdurun işkence gördüğü iddialarının aydınlatılmasına yönelik hiçbir tıbbi muayene yapılmamıştır. Başvuranın şikayetleri doğrultusunda başlatılan soruşturmayı takiben sekiz yıl boyunca devam eden yargılama boyunca, başvurunu nezarete tutmakla yükümlü olup kötü muamelede bulunan polis memurlarının kimlikleri dahi tespit edilememiştir. Mahkeme etkili bir inceleme yapılamamış olması dolayısıyla başvuru bakımından, 3. madde kapsamında Devletlerin yerine getirmeyi üstlendikleri usuli yükümlülüğün ihlali dolayısıyla Türkiye'yi mahkum etmiştir⁴⁷¹.

⁴⁷¹ *Dikme/Türkiye*, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 18.04.2015); "Dava dosyasından, savcılığın, başvuranın, polis memurlarının veya diğer muhtemel tanıkların ifadelerine başvurup başvurmadığı anlaşılmamaktadır." İşkence iddialarına yönelik yeterli ve etkili inceleme yapılmadığı gerekçesiyle, usuli yönden AİHS m. 3'ün ihlal edildiği karar için bkz. *Sadık Önder/Türkiye*, B.N.28520/95, T. 08.01.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 18.04.2015); *Assenov ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 24760/94, T. 28.10.1998, p.101-106,

Aksoy/Türkiye davasında Mahkeme, işkence gördüğü iddiasında bulunan bir mağdurun, tıbbi destek alacağı ve işkence iddialarına ilişkin tıbbi muayene yapacak olan doktor, hukuki destek alacağı avukat ile yakınlarına ulaşmasının engellenmesinin ve dış dünyadan yalıtılmış biçimde tutulmasının, işkence gördüğüne yönelik iddialarını kanıtlaması bakımından oldukça zor olacağını ve bu şartlarda yürütülen soruşturmanın etkililiğini olumsuz yönde etkilediğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, bu durum kişilerin işkenceyi şikayet etme güç ve isteklerini zayıflatacak niteliktedir⁴⁷².

Aydın/Türkiye davasında AİHM, gözaltında tutulduğu sırada işkenceye ve cinsel saldırıya maruz kalan başvuranın şikayeti doğrultusunda başlatılan soruşturmanın etkili olamaması dolayısıyla işkence yasağıyla bağlantılı olarak 13. madde uyarınca etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlalinin mevcut olduğuna karar vermiştir. Yürütülen soruşturma kapsamında Savcı, jandarmaları sorgulamamış, görgü tanıklarını dinlememiş, delil toplama ve maddi gerçeği araştırma görevini gereği gibi yerine getirmemiştir⁴⁷³.

Labita/İtalya davasında, başvuran özellikle tutukluluk koşulları bakımından oldukça kötü muameleyle maruz bırakıldığından şikayetçi olmuştur. Fakat başvuranın şikayeti üzerine başlatılan soruşturma oldukça özensiz biçimde yürütülmüştür. Şikayetten on dört ay sonra failerin tespiti amacıyla başvurana infaz koruma memurlarının fotoğraflarının oldukça kalitesiz fotokopileri ile teşhis yaptırılmış, ancak başvuran resimlerden infaz memurlarını teşhis edememiştir. Başvuranın infaz memurlarını fiziken görmesi halinde teşhis edebileceğini ifade etmesine rağmen, Savcılık hareketsiz kalmış, delil yetersizliği ve iddiaların temelsiz olduğu gerekçeleriyle de iddialar hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Başvuru bakımından Mahkeme, başvuranın kötü muamele gördüğüne dair inanılır iddialarına karşın tam

(<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 18.04.2015); *Athan/Türkiye*, B.N. 36144/09, T. 03.09.2013, p. 31-34, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 20.04.2015)

⁴⁷² *Aksoy/Türkiye*, B.N.21987/93, T. 25.09.1997, p. 97, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 18.04.2015)

⁴⁷³ *Aydın/Türkiye*, B.N. 23178/94, T. 25.09.1997, p. 103-109, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 18.04.2015); “Başvuranın işkence gördüğünü iddia ettiği kardeşinin yapılan sağlık incelemesi sonucu verilen sağlık raporunda, vücudundaki yaraların neden olduğu hususunda hiçbir açıklamaya yer verilmemesi sebebiyle, rapor kusurludur.” *İlhan/Türkiye*, B.N.22277/93, T. 27.06.2000, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 18.04.2015); *Batu ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004, p. 141-144, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 18.04.2015); *Peyam/Türkiye*, B.N. 5405/12, T. 14.10.2014, p. 30-33, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 22.04.2015)

ve etkili bir soruşturma yürütülmemiş olması dolayısıyla AİHS m. 3'ün usuli yönden ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁷⁴.

Ek olarak, İstanbul Protokolünde adli hususların yanı sıra, işkence iddialarıyla ilgili olarak yapılacak tıbbi incelemeler ve tıbbi prosedürün güvenilir ve gerçeğe uygun olarak işleyebilmesi ve en etkili sonuçların elde edilebilmesi ve olayı aydınlatmaya yönelik bir raporla soruşturmanın sonuçlandırılabilmesi için ayrıntılı hükümlere de yer verilmiştir. Özellikle Ek-I m. 6'da, işkence iddialarını aydınlatmaya yönelik olarak yapılan bir tıbbi inceleme sonucunda verilecek raporun, "görüşme koşulları", "olay öyküsü", "fiziksel ve psikolojik muayene", "raporu hazırlayan kişiye ilişkin bilgiler" gibi hususları içermesi ve tıbbi inceleme sonucunda hazırlanacak raporun yalnızca mağdura ya da atadığı vekile iletilmek suretiyle gizli tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Zira raporun bu konularda bilgi içeriyor olması, daha sonraki aşamalarda rapora yahut başkaca delillere yönelik olarak yapılacak itirazların karşılanması bakımından oldukça önem taşımaktadır.

Yine *Aydın/Türkiye* davasında, başvuranın tecavüz iddialarına karşın yapılan sağlık muayenelerinin, mağdurun tecavüze uğrayıp uğramadığı noktasına yoğunlaşmak yerine, bakire olup olmadığının tespiti üzerinde yoğunlaştırılması nedeniyle, mağdurun bacak arasındaki kızarıklıkların dahi sunulan doktor raporlarında değerlendirilmemiş olması, yapılan tıbbi incelemelerin de gereği gibi yerine getirilmemiş olduğuna kanaat getirilmesine sebep olmuştur. Kaldı ki, başvuran da salt bu tespit yapılabilmesi için üç farklı doktora muayene olmuş, ancak hiçbirinde gerekli değerlendirilme yapılmamıştır⁴⁷⁵.

Akkoç/Türkiye davasında ise Mahkeme, gözaltında serbest bırakılan kişilerin bağımsız ve kapsamlı bir tıbbi muayeneden geçmesinin önemini ifade etmektedir. Bu tür muayeneler, nitelikli bir doktor tarafından, polis olmaksızın yapılmalıdır ve muayene raporunda yalnız tespit edilen yaralanma detayları değil, aynı zamanda hastanın bu yaralanmaların nasıl meydana geldiğine dair ifadeleri ve bu ifadelerin yaralanmalarla tutarlı olup olmadığına ilişkin doktorun görüşü de yer almalıdır. Bu

⁴⁷⁴ *Labita/İtalya*, B.N. 26772/95, T. 06.04.2000, p. 133-136, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 18.04.2015); Benzer yönde bkz. *Kmetty/Macaristan*, B.N. 57967/00, T. 16.12.2003, p. 39-43, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 18.04.2015)

⁴⁷⁵ *Aydın/Türkiye*, B.N. 23178/94, T. 25.09.1997, p. 107, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>), Erişim Tarihi: 18.04.2015); *Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye*, B.N. 15828/03, T. 17.03.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 15.05.2015)

nedenle, söz konusu davada da görülen gelişigüzel ve toplu muayene, bu korumanın etkinliğini ve güvenilirliğini zayıflatmaktadır ki bu durum m. 3 ihlalinin teşkil etmektedir⁴⁷⁶.

Diğer yandan Mahkeme içtihatlarına göre, mağdurun tıbbi incelemesi ve ifadesinin alınması sırasında da polis memurları ve resmi görevliler bulunmamalıdır. Aksi durum, yapılacak incelemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına etki edecektir. Bu durumda Mahkeme'nin *Lopata/Rusya* kararında da belirtmiş olduğu gibi soruşturmanın etkililiğini olumsuz yönde etkileyecektir⁴⁷⁷. Yine gözaltında tutulduğu sırada cinsel saldırıya ve işkenceye maruz kalan başvuranın başvurusunun değerlendirildiği *Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye* kararında da başvuranın iddialarının ispatı için yapılan doktor muayenesinde, başvurana saldırıda bulunan polis memurlarının da bulunması dolayısıyla hiçbir iddia ve doktor bulgusu raporlara geçirilememiştir. Tıbbi inceleme sırasında polis memurlarının ve daha sonraki incelemelerde de infaz koruma memurlarının bulunması sebebiyle iddialara ilişkin olarak *etkili* soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle AİHM, usuli yükümlüğün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁷⁸.

Etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak, bu yükümlülüğün bir *sonuç* yükümlülüğü değil, *davranış* yükümlülüğü olduğunu da belirtmek gerekir. Minimum düzeyde etkililik kriterlerinin sağlandığı soruşturmalar bakımından usuli yükümlülüğün ihlal edildiği ifade edilemeyecektir. *Ay/Türkiye* davasında da mahkemenin kanaati bu yönde olmuştur. Olay tatbikatı için davet edilen başvuranın belirtilen adreslerde bulunmaması ve yine aynı sebeple fotoğraf tespitine katılamaması dolayısıyla sonuca ulaşılmakta zorluk yaşanmıştır. Ancak başvuruya konu olaylar bakımından soruşturmayı yürüten makamlar minimum düzeyde etkililik koşullarını sağladıklarından ve başvuranın da aynı oranda soruşturmanın sonuca

⁴⁷⁶ *Akkoç/Türkiye*, B.N. 22947/03 ve 22948/03, T. 10.10.2000, p. 118, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 20.04.2015)

⁴⁷⁷ *Lopata/Rusya*, B.N. 72250/01, T. 13.07.2010, p. 114-120, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 18.04.2015); Benzer yönde bkz. *Akkoç/Türkiye*, B.N. 22947/93 ve 22948/93, T. 10.10.2000, p. 118, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 22.04.2015)

⁴⁷⁸ *Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye*, B.N. 15828/03, T. 17.03.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.05.2015)

ulaştırılabilmesi için gerekli katkıyı sunması gerektiğinden AİHM, usuli yükümlülüğün ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁷⁹.

3. Cezanın Etkili Biçimde İnfaz Edilmesi Yükümlülüğü

Mahkeme içtihatları aracılığıyla ortaya konmuş olan bir diğer yükümlülük ise, İstanbul Protokolü'nde de *işkencenin önlenmesine dair hukuksal yükümlülükler* arasında ifade edilmiş olan, "*işkenceyi etkili biçimde cezalandırma yükümlülüğüdür*". Bu yükümlülük bakımından esas önemli husus, işkencenin faili hakkında yalnızca tazminat ya da cezaya hükmedilmekle kalınmaması ve hükmedilen cezanın caydırıcı olmasının yanı sıra, etkili biçimde infaz edilmesinin de sağlanmasıdır.

Hükmedilen cezaların oldukça alt sınırdan kalması, seçenek yaptırımlara çevrilmesi, failer hakkında hiç disiplin soruşturması açılmamış olması, yargılama sürecinde görevlerine devam etmeleri, işkence suçunun dahi af kapsamına sokulması nedeniyle hükmedilen cezaların gereği gibi çektirilememiş olması dolayısıyla Türkiye hakkında AİHM'in vermiş olduğu mahkumiyet kararları oldukça fazladır.

Batı ve Diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme, işkence iddialarına yönelik olarak yalnızca tazminata hükmedilmesinin gerekli giderimin sağlanması bakımından yeterli olmadığını, olaya ilişkin ceza davasının görülmemesinin ve suçun faillerinin etkili cezalarla cezalandırılmamalarının, bu tür olaylara karşı hoşgörü gösterildiği ve tazminat karşılığında işkence uygulayabilme izlenimi yaratacağını belirtmiştir. Mahkeme kararlarına göre işkence iddiaları en etkili biçimde soruşturulmalı ve cezalandırılmalıdır⁴⁸⁰.

Okkalı/Türkiye davasında dosya içeriğinde, işkence uyguladığı iddia edilen polis memurlarının herhangi bir disiplin cezası aldığına yahut haklarında disiplin

⁴⁷⁹ *Ay/Türkiye*, B.N. 30951/96, T. 22.03.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 18.04.2015); Aynı gerekçeyle usuli önden m. 3 ihlali olmadığına ilişkin bkz. *Gennadiy Navmenko/Ukrayna*, B.N. 42023/98, T. 10.02.2004, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>), Erişim Tarihi: 18.04.2015)

⁴⁸⁰ *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96, T. 03.06.2004, p. 90, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>), Erişim Tarihi: 18.04.2015); Benzer yönde bkz. *Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 19028/02, T. 24.07.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 18.04.2015); *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B.N. 42942/02, T. 08.04.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 19.04.2015); *Nevruz Koç/Türkiye*, B.N. 18207/03, T. 12.06.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 19.04.2015)

incelemesi yapıldığına ilişkin bir belge bulunmamaktadır. Bunun yanında, memurların suçlarını ikrar etmiş ve pişmanlık duyuyor olmaları sebebiyle hükmedilen cezalarında indirim uygulandığı ve bu sebeple oldukça az miktarda ceza aldıkları ayrıca, cezalarının ertelendiği de dosyadan anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, polis memurları hakkında hükmedilen cezalar, caydırıcılıktan tamamıyla uzak ve etkisiz olduğu gerekçesiyle usuli yönden 3. maddenin ihlalini teşkil ettiğine AİHM karar vermiştir⁴⁸¹.

Abdülşamet Yaman/Türkiye davasında ise Mahkeme, başvuran Abdülşamet Yaman'ın şikayetinin üzerinden yaklaşık dokuz yıl sonra, polisler hakkında açılan ceza davasının zamanaşımı sebebiyle düşürülmüş olmasını, başvuranın maruz kaldığı kötü muamelelerin cezasız kalmasına sebep olması dolayısıyla AİHS 3. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülükle bağlantılı olarak, 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiş ve bunun da ötesinde, bir devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda “etkili başvuru”nun amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığını ifade etmiştir⁴⁸².

B. YÜKÜMLÜLÜĞÜN AİHS'DE ÖNGÖRÜLEN DİĞER HAK VE ÖZGÜRLÜKLERLE BAĞLANTISI

Çalışmamız boyunca değerlendirdiğimiz kararlardan ve Mahkeme önüne gelen diğer başvurulardan da anlaşılmaktadır ki, kişi dokunulmazlığını ve onurunu koruma altına alan işkence yasağı ile Sözleşme'de yer alan diğer haklar arasında bir bağlantı mevcuttur⁴⁸³. Zira bu haklardan bir kısmı, m. 3 aracılığı ile esasa yönelik olarak koruma altına alınan kişi dokunulmazlığını ve yaşama hakkını koruma altına alırken, bir kısmı da 3. maddenin devletlere usuli olarak yüklediği etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü koruma altına almaktadır. Bu başlık altında Mahkeme kararları aracılığıyla, işkence yasağı ile bağlantılı olan ve işkence ile kötü muamele

⁴⁸¹ *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 18.04.2015); Benzer yönde bkz. *Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 19028/02, T. 24.07.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 18.04.2015); *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B.N. 42942/02, T. 08.04.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.04.2015); *Atalay/Türkiye*, B.N. 1249/03, T. 18.09.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 19.04.2015)

⁴⁸² *Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004, p. 54-57, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 18.04.2015)

⁴⁸³ GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.53

olaylarının meydana gelmesi halinde ihlali gündeme gelen diğer hakları inceleyeceğiz.

1. AİHS m. 3 ile m. 2 Arasındaki Bağlantı

AİHS m. 2/1, “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.” ifadeleriyle sözleşmecî devletlere, bireylerin yaşama hakkını koruma ve devlet eliyle yahut bilgisi dahilinde bu kişilerin yaşamını kaybetmesine neden olmama yükümlülüğü yüklemiştir.

Ancak bu yükümlülük ile kişilerin vücut dokunulmazlığına yönelik olarak meydana gelebilecek ihlalleri yasaklayan Sözleşme’nin 3. maddesi sıkı bir bağlantı içerisindedir. Mahkeme’ye yapılan başvurulardan, işkence ve kötü muamele olaylarının meydana geldiği bazı durumların ölüm ile ya da ciddi ölüm tehlikesi ile neticelendiği, yani kişilerin yaşama haklarının da tehlike altına girdiği anlaşılmaktadır. O halde, 3. madde ihlalleri ile 2. madde ihlallerinin örtüştüğü olaylar bakımından Mahkeme ne şekilde karar verecektir? Mahkemenin, devlet yetkililerince işkenceye maruz bırakılan kişilerin, bu olaylar sonucunda öldürülmesi ya da devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında hareketsiz kalması yahut alması gereken tedbirleri almaması sonucunda hayatını kaybetmesine ilişkin başvurular bakımından çeşitli yaklaşımlar vardır.

Bunlardan ilki, Mahkemenin, 2. maddeye yönelik olarak yapılacak değerlendirmenin, 3. madde kapsamında gerçekleşen ihlalin ağırlığını da karşılıyor olması sebebiyle, işkence yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları ayrıca değerlendirmeye gerek görmeden, başvuruyu yalnızca yaşama hakkını koruma altına alan 2. maddenin ihlali dolayısıyla incelenmesi yaklaşımıdır⁴⁸⁴.

Mahkeme’nin bu tür durumlar bakımından benimsemiş olduğu bir diğer yaklaşım ise, yaşama hakkı ihlal edilen (kayıp kişiler hakkındaki davalarda olduğu gibi) kişinin durumuna ilişkin etkin bir soruşturma yürütülmemesinin, yaşama hakkı

⁴⁸⁴ ÖNOK, s. 182

ihlal edilen kişinin yakınları bakımından işkence teşkil etmesi dolayısıyla 2. madde ve 3. maddeye ilişkin ihlallerin ayrı ayrı değerlendirilmesi yaklaşımıdır⁴⁸⁵.

Akkoç/Türkiye davasında Mahkeme, başvuranın eşinin devlet görevlilerince öldürüldüğü iddiasının ispatlanamamış olması dolayısıyla tam bir kanaate varmazken, başvuranın eşinin hayatını kaybetme tehlikesi altında olduğunu bilmesi gerektiğinden hareketle, devletin yaşama hakkı kapsamında yerine getirmekle yükümlü olduğu pozitif koruma yükümlülüğünü ve buna bağlı usuli yükümlülüğünü yerine getirememiş olması dolayısıyla 2. maddenin ihlal edildiği kanaatindedir. Diğer yandan yine eşinin de hayatını kaybetmesine sebep olan ideolojik çatışmalar dolayısıyla başvuran da gözaltında işkenceye tabi tutulduğunu iddia etmektedir ki, Mahkeme bu iddiaları da kabul etmiş ve 3. maddenin de usul ve esas yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁸⁶.

Çakıcı/Türkiye davasında başvuran, gözaltına alınan ve bu süreç boyunca işkence ve kötü muameleye maruz bırakıldığı, tanıklarca da teyit edilen erkek kardeşinin, daha sonra kaybolması ve Devlet yetkililerince bir çatışma sırasında yaşamını kaybettiğinin ileri sürülmüş olması dolayısıyla kardeşi bakımından Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin; kendisi bakımından da 3. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvuruda bulunmuştur. Mahkeme olay bakımından başvuranın kardeşi Ahmet Çakıcı'nın gözaltında bulunduğu süre boyunca kötü muameleye maruz kaldığının inanılır gerekçelere dayanıyor olması ve tanıkların da güvenilir bulunması dolayısıyla m. 3'ün ihlal edildiği kanaatindedir. Yine başvuranın gözaltında bulunduğu süre sonunda kaybolması ve kendisinden haber alınamamış olması ve bu süreç sonucunda devlet yetkililerince hiçbir araştırma yapılmaksızın, bir çatışma sırasında hayatını kaybettiğinin ifade edilmesi, Mahkemece 2. maddenin ihlali olarak görülmektedir. Kaldı ki, bu madde bakımından ihlal hem esasen hem de usulen meydana gelmiştir. Ahmet Çakıcı'nın ortadan kayboluşu ve cesedinin bulunması hakkında yürütülen yetersiz soruşturma ile izlenen usulle ilgili etkili

⁴⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 161

⁴⁸⁶ *Akkoç/Türkiye*, B.N. 22947/93 ve 22948/93, T. 10.10.2000, p. 77-99,116-117, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 22.04.2015); *Çiçek/Türkiye*, B.N. 25704/94, T. 27.02.2001, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 24.04.2015); *Osmanoğlu/Türkiye*, B.N. 48804/99, T. 24.01.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 24.04.2015)

güvencelerin yokluğu, Mahkeme tarafından yaşama hakkının ihlalinin gerekçesi olarak gösterilmektedir⁴⁸⁷.

Recep Kurt/Türkiye davasında ise Mahkeme, askerlik görevini yaptığı sırada oğlunun yaşamını kaybetmesi üzerine babanın yaptığı başvuru bakımından 2. madde gereğince devletin üstlenmiş olduğu yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve devlet gözetimi altındayken başvuranın oğlunun yaşamını yitirdiğini, dolayısıyla bu maddenin esasen ve usulen ihlal edildiğini; ancak yaşama hakkının ihlali kapsamında gerekli inceleme yapılmış olduğu için, ölümün aileye yaşattığı üzüntü dolayısıyla ayrıca 3. maddenin ihlaline ilişkin bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığını belirtmiştir⁴⁸⁸.

Mahkeme, devletin kişileri korumadaki yetersizliği dolayısıyla hayatını kaybetmiş olan kişilerin *yakınlarının* kendileri bakımından da Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen başvurular bakımından *Hamiyet Kaplan ve Diğerleri* davasında olduğu gibi; başvuruların yakınlarının ölümü dolayısıyla üzüntü içerisinde olsa da, bu durumun yarattığı acı ve ızdırap düzeyinin 3. madde ihlali olarak kabul etmeye yetecek düzeye ulaşmadığı gerekçesiyle genellikle red kararı vermektedir⁴⁸⁹.

2. AİHS m. 3 ile m. 5 Arasındaki Bağlantı

Sözleşme'nin 5. maddesi, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu, ancak yasanın öngördüğü koşullar altında ve yine yasada öngörülen usullerin uygulanması suretiyle sınırlandırılabilirliğini açıkça ifade etmektedir. Yasanın kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılmasını meşru kıldığı durumların başında ise gözaltı, tutukluluk ve özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların infazı hallerini saymak uygun olacaktır. Ancak bunlar, ne yazık ki, işkence ve kötü

⁴⁸⁷ *Çakıcı/Türkiye*, B.N. 23657/93, T. 08.07.1999, p. 85-87, 92, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 23.04.2015); *Aktaş/Türkiye*, B.N. 24351/94, T. 24.04.2003, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 23.04.2015); *Kıbrıs/Türkiye*, B.N. 25781/94, T. 10.05.2001, p. 157, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 24.04.2015)

⁴⁸⁸ *Recep Kurt/Türkiye*, B.N. 23164/09, T. 22.11.2011, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 23.04.2015)

⁴⁸⁹ *Hamiyet Kaplan ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 30749/97, T. 13.09.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 23.04.2015); *Çelikkilek/Türkiye*, B.N. 27693/95, T. 31.05.05, p. 98, (<http://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 23.04.2015); TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 161-162

muamele olaylarının da sıklıkla eşlik ettiği tedbirlerdir. Nitekim gözaltında ve tutuklulukta meydana gelen işkence yasağı ihlalleri dolayısıyla verilmiş oldukça fazla sayıda mahkumiyet kararı mevcuttur. Zira kişilerin özgürlüklerinden yoksun kılındıkları bu haller bakımından, gözaltında ya da tutukluluk durumunda bulunan kişiler devlet gözetimi ve koruması altındadır. Kaldı ki, bu kısıtlama halleri işkence olaylarının da en yaygın uygulama bulduğu, ifade ya da itiraf almaya zorlama bakımından da mağdur ile failin karşı karşıya geldiği ortamlardır.

Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye davasında Mahkeme, yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yaptığı tespit edilen başvuranların İran'a sınır dışı edilmesine karar verilmesinin, İran'a geri gönderilmeleri halinde hayati tehlike ile karşılaşacak ve işkenceye maruz bırakılacak olmaları dolayısıyla 3. maddenin ihlali teşkil edeceğine kanaat getirmiştir. Diğer yandan, Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girdiği tespit edilen, ancak İran'a geri gönderilemeyen başvuranların, yasa dışı yollardan ülkeye girmiş olmaları dolayısıyla tutuklu bulunmaları; tutukluluk gerekçelerinin kendilerine bildirilmemiş olması, uzun süreli olması ve tutukluluğa itiraz etmeleri bakımından yasal yollara başvurma imkanının da kendilerine verilmemesi dolayısıyla AİHS m. 5/1-2-4'ün de ihlal edildiğine Mahkemece karar verilmiştir⁴⁹⁰.

Yaman/Türkiye davasında, gözaltında tutulduğu süre boyunca çeşitli işkencelere maruz bırakılan Abdülsamet Yaman'ın Mahkeme'ye yaptığı başvuru bakımından 3. maddenin esasen ihlal edildiğine, etkili soruşturma yapılmamasının ise 3. madde bakımından usulen incelenmesi yerine 13. madde kapsamında değerlendirilmesine Mahkemece karar verilmiştir. Diğer yandan dokuz gün boyunca gözaltında tutulan başvuran bakımından, bu süre boyunca mahkeme önüne çıkarılmaksızın özgürlüğünün kısıtlanmış olması, alıkoyulma durumunun yasallığını sorgulama imkanının kendisine tanınmamış olmasının da yaşadığı işkence

⁴⁹⁰ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, B.N. 30471/08, T. 22.09.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 23.04.2015); Benzer yönde bkz. *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 28127/09, T. 03.12.2013, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 26.04.2015); TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 170

olaylarının önünü açmış olması dolayısıyla Sözleşme'nin 5/3-4-5. maddelerinin de ihlalini teşkil ettiğine karar verilmiştir⁴⁹¹.

3. AİHS m. 3 ile m. 6 ve m. 13 Arasındaki Bağlantı

Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında devletlere yüklenen *etkili soruşturma yükümlülüğü*, daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi sözleşmenin çoğu maddesiyle ilişki içerisindedir. Bu nedenle, bu başlık altında, 6. ve 13. maddeye ilişkin açıklamalarımızı bir arada yapmayı daha uygun görüyoruz. Zira 3. madde ile bağlantılı olarak bu iki maddenin de koruma altına aldığı ve korumanın sağlandığının kabul edilebilmesi bakımından gerçekleşmesini aradığı koşullar oldukça birbirine benzemektedir.

AİHS m. 6 ile getirilen güvenceler şunlardır:

- Kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma,
- Makul sürede yargılanma,
- Kamuya açık ve aleni bir yargılama yapılması,
- Masumiyet karinesinden yararlandırılma,
- Savunma ve müdafiden yararlanma hakkının, kendisine suç isnat edilen kişiye tanınması.

Mahkemenin 13. madde bakımından aradığı koşullar ise şu şekildedir:

- Kişilerin haklarına yönelik ihlalleri şikayet edebileceği etkin idari ve yasal sistemin kurulmuş olması,
- İhlal iddialarını inceleyen makamların bağımsız ve tarafsız olması,
- İhlali inceleyecek makamın, işin esasını incelemeye yönelik yetkisinin bulunması,
- İlgili makamların, ihlali tespit etme, hukuka aykırılığı giderme yönünde karar alma ve uygulama yetkisine sahip olması.

⁴⁹¹ *Abdilsamet Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004, p. 40-49, 66-85, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 23.04.2015); Benzer yönde bkz. *Gutsanovi/Bulgaristan*, B.N. 34529/10, T. 15.10.2013, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 26.04.2015)

Maddeler halinde kısaca özetlemeye çalıştığımız kıstaslardan da açıkça görülmektedir ki, bu iki yükümlülük bakımından da yerine getirilmesi gereken koşullar ile 3. maddenin etkili biçimde soruşturulduğunun kabul edilebilmesi için aranan koşullar birbirine oldukça benzemekte ve örtüşmektedir.

Tekin/Türkiye davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın 13. maddeyle de ilişkisi bulunduğunu hatırlatmaktadır. Bir kişinin, Devlet görevlilerince ağır bir kötü muameleye veya işkenceye maruz bırakıldığına dair bir iddiası varsa, "etkili başvuru yolu" terimi, uygun görüldüğünde tazminat ödenmesi yanında, müştekinin etkili bir şekilde katılımıyla sorumluların belirlenerek cezalandırılmalarını sağlayacak tam ve etkili bir soruşturma yapılması gerekliliği AİHM tarafından da ifade edilmektedir. Başvuru bakımından 13. maddenin 3. maddeyle ilgili olarak ihlal edildiğine karar veren Mahkeme, 3. madde bakımından usuli yükümlülüğe ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır⁴⁹².

Aktaş/Türkiye davasında ise Mahkeme, gözaltında kötü muameleye maruz kaldığını iddia eden başvuranın iddiaları hakkında etkili soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle hem usuli yönden 3. maddenin, hem de etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak, başvuranın 6. maddenin de ihlal edildiği yönündeki şikayetini, 13. madde altında bu iddiaların değerlendirildiği ve mahkumiyet kararı verildiği gerekçesiyle tekrar değerlendirmeye gerek görmemiştir⁴⁹³.

Yaman/Türkiye davasında, gözaltında tutulduğu süre boyunca çeşitli işkencelere maruz bırakılan Abdülsamet Yaman'ın Mahkemeye yaptığı başvuru bakımından etkili soruşturma yapılmamasının ise 3. madde bakımından usulen incelenmesi yerine 13. madde kapsamında değerlendirilmesine karar verilmiştir. AİHM, 3. madde ile gözetilen hakkın 13. madde için de anlam taşıdığını tekrar vurgulamıştır. Mahkeme, davadaki gecikmeler ve iç hukukta yer alan yasal sınırlamaların uygulanması sebebiyle, söz konusu işlemlerden herhangi bir sonuç elde edilememiş olmasına dikkat çekmiş ve bu bilgiler ışığında, gerçekleştirilen

⁴⁹² *Tekin/Türkiye*, B.N. 22496/93, T. 9.6.1998, p. 66-69, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015); Aynı yönde kararlar için bkz. *Çakıcı/Türkiye*, B.N. 23657/93, T. 08.07.1999, p. 93, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015); *Gutsanovi/Bulgaristan*, B.N. 34529/10, T. 15.10.2013, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 26.04.2015)

⁴⁹³ *Aktaş/Türkiye*, B.N. 24351/94, T. 24.04.2003, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015)

uygulamaların Sözleşme'nin 13. maddesinin gereklerini karşılamadığı gerekçesiyle bu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁹⁴.

Biyani/Türkiye davasında ise Mahkeme, başvuranın işkence gördüğüne ilişkin iddialarının “bağımsız ve tarafsız” bir mahkemede yargılanması yükümlülüğüne karşın Devlet Güvenlik Mahkeme'sine yöneltilmiş olması dolayısıyla 6/1. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Burada dikkati çeken husus, “işkence iddialarının bağımsız ve tarafsız organlarca soruşturulması ilkesi”nin hem 3. madde ile 1. maddenin birlikte yorumundan doğan usuli yükümlülük, hem de 13. madde gereğince korunuyor olmasına rağmen Mahkeme'nin yalnızca 6. maddenin ihlaline ilişkin tespitte bulunmayı yeterli bulmuş olmasıdır. Bize göre, Mahkeme başvuru bakımından “bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma”ya ilişkin ihlal unsurunun, etkin bir soruşturmaya başlanmış olması dolayısıyla daha çok öne çıkması sebebiyle, adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin tespit yapılmasının yeterli olacağından hareketle diğer maddelere ilişkin bir tespit yapmaya gerek görmemiştir⁴⁹⁵. *Göçmen/Türkiye*⁴⁹⁶ kararında da Mahkemenin, başvurunun DGM'lerin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin şikayet barındıran kısmını m. 6/1'in ihlali olarak nitelendirirken, işkence iddialarına karşın derhal harekete geçmek ve başvurana da katılma imkanı sunmak suretiyle etkili bir soruşturma yapılmamasını da 13. maddenin ihlali olarak nitelendirmiş olması, *Biyani/Türkiye* kararıyla ilgili olarak yapmış olduğumuz çıkarımı destekler niteliktedir.

Yiğitdoğan/Türkiye kararında ise Mahkeme, başvuranın işkence gördüğüne ilişkin inandırıcı iddiaları karşısında derhal bir soruşturma başlatılmamış ve harekete geçilmemiş olmasını 3. maddenin usuli yönden ihlali olarak kabul ederken;

⁴⁹⁴ *Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004, p. 49-60, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015)

⁴⁹⁵ *Biyani/Türkiye*, B.N. 56363/00, T. 03.02.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015); DGM'lerle ilgili olarak aynı yönde bir kararlar için bkz. *Soner Önder/Türkiye*, B.N. 39813/98, T. 12.07.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015); *Günaydın/Türkiye*, B.N. 27526/95, T. 13.10.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015); *Orhan Aslan/Türkiye*, B.N. 48063/99, T. 20.10.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 26.04.2015); Benzer yönde ihlal kararı için bkz. *Kıbrıs/Türkiye*, B.N. 25781/94, T. 10.05.2001, p. 157, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 25.04.2015)

⁴⁹⁶ *Göçmen/Türkiye*, B.N. 72000/01, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 26.04.2015)

yargılama süresinin uzun olmasına ve savunma hakkının kısıtlanmasına ilişkin ihlal iddialarını ise m. 6/1'in ihlali olarak kabul etmiştir⁴⁹⁷.

Bu kararlar ışığında, Mahkeme'nin 3., 6. ve 13. maddelere ilişkin ihlal iddiasıyla önüne gelen başvurular bakımından, kesin ve tam olarak tespit edilebilir kriterler doğrultusunda karar verdiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Ancak kararlara doğrultusunda şu tespitleri yapmak mümkündür:

- İşkenceye ilişkin inandırıcı ve savunulabilir iddialarda bulunulmasına karşın; yetkili makamlar, soruşturmaya başlamak, failleri tespit etmek ya da cezalandırmak amacıyla harekete geçmiyor, harekete geçmekte gecikiyor ya da etkin davranmıyorsa Mahkeme genellikle, 3. maddenin usul bakımından ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.
- İşkence iddialarına ilişkin, yetkili makamlarca soruşturma ya da kovuşturma başlatılmış, ancak yargılama adilane olarak yürütülmiyorsa yani kanuna aykırılıklardan dolayı çeşitli aksaklıklar gündeme geliyorsa ya da kanun uluslararası kriterlere uygun değilse, bu halde Mahkeme, 6. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermektedir.
- İşkence iddialarına karşılık, işkence mağdurlarına zararlarının tazmini yahut faillerin cezalandırılması bakımından bir imkan tanınmaması halinde Mahkeme usule ilişkin değerlendirmesini 13. madde kapsamında yapmaktadır.

4. AİHS m. 3 ile m. 8 Arasındaki Bağlantı

Sözleşme'nin 3. maddesi ile koruma altına alınan haklara ve değerlere müdahaleler, müdahalenin türüne göre kişilerin özel yaşamına ya da aile yaşamına yönelik de ihlal teşkil edebilmektedir. Yani, aynı değerleri koruma altına alan bu iki hakkın bir arada müdahaleye uğrama olasılığı oldukça yüksektir. Nitekim AİHM önüne hem 3. maddenin, hem de 8. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla götürülmüş

⁴⁹⁷ *Yiğitdoğan/Türkiye*, B.N. 72174/10, T. 03.06.2014, p. 48-55, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 26.04.2015)

başvurular mevcuttur⁴⁹⁸. Bu haklara yönelik ihlalin söz konusu olduğu durumlarda iki yaklaşım mevcuttur:

a) İlk yaklaşım, özel/genel hüküm ayırımından faydalanılması ve asgari ihlal eşiği aramadığı için öncelikle ihlal edilmesi daha muhtemel olacağından 8. maddeye yönelik bir değerlendirmenin öncelikle yapılması,

b) İkinci yaklaşım ise, AİHM'in de benimsemiş olduğu, 3. maddenin ihlalinin tespit edildiği durumlarda ayrıca özel yaşama müdahale dolayısıyla 8. maddeye yönelik bir değerlendirme yapmaya gerek olmayacağı yaklaşımıdır. Ancak bize göre, her iki madde özünde farklı hakları koruma altına almakta olduğundan, iki değer bakımından ayrı ayrı tespit yapılması çok daha yerinde olacaktır⁴⁹⁹.

Yöyler/Türkiye davasında Mahkeme, başvuranın evinin ailesinin gözleri önünde yakıldığı, bu sebeple yaşadıkları yeri terk etmek zorunda kaldıkları iddiasıyla yapmış olduğu başvuruyu 3. ve 8. maddeler bakımından ele almıştır. Mahkeme de, başvuranın PKK terör örgütü ile bağlantıları dolayısıyla evinin ve eşyasının yok edildiği kanaatindedir; ancak, ne sebeple olursa olsun hiç kimse devlet görevlilerince bu şekilde bir şiddete ve strese maruz bırakılamaz. Dolayısıyla Mahkeme, bu olayın esas bakımından 3. madde ihlali teşkil ettiğine karar vermiştir. Ayrıca, bütün bu olaylar AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmesine sebep olmanın dışında özel yaşama, aile ve ev yaşamına ve ayrıca mülkiyet hakkına saygı ilkesine de şüphesiz ters düşmektedir. Bu nedenle Mahkeme, olayda 8. maddenin de ihlal edildiğini tespit etmiştir⁵⁰⁰.

Kıbrıs/Türkiye davasında Mahkeme, 3. madde ihlali tespitinde bulunmasına sebep olan siyasi tutumun, kuşatılmış Rumların günlük yaşamlarını etkileyen sınırlamaların, bu şahıslar arasında "normal aile ve özel yaşamlarını sürdürmelerini zorlaştıran düşmanca bir ortam içinde yaşamak zorunda bırakıldıkları" hissini uyanmasına yol açtığı kanaatindedir. Diğer yandan, Karpas Rum nüfusunun tabi

⁴⁹⁸ ÖNOK, s. 182

⁴⁹⁹ ÖNOK s. 182

⁵⁰⁰ *Yöyler/Türkiye*, B.N. 26973/95, T. 24.4.2003, p. 74-79, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 24.04.2015); *Gutsanovi/Bulgaristan* davasında Mahkeme, başvuranın evine yapılan gayri meşru aramanın Sözleşmenin 8. Maddesine aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Bkz. *Gutsanovi/Bulgaristan*, B.N. 34529/10, T. 15.10.2013, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 26.04.2015)

tutulduğu olumsuz koşulların; gündelik iletişim araçlarının bulunmaması, Rum basınının pratikteki yokluğu; papazların sayısının yetersizliği; aileler ve okula çağına gelmiş çocukların ortaokul eğitimiyle ilgili olarak karşılaştıkları zorluklar; tedavi olma ve iki toplumlu ya da topluluklar arası etkinliklere katılım da dahil olmak üzere serbest dolaşıma uygulanan kısıtlamalar ve formaliteler; ayrılma ya da ölüm olaylarının ardından mülkiyet hakkını korumanın imkansızlığı olduğuna dikkat çeken Mahkeme, bu koşulların kamu eliyle hiçbir yasal nedene dayandırılmaksızın yapılmış olmasının halkın bu kesiminin “özel ve aile yaşamına saygı hakkı” ile bağdaşmadığı gerekçesiyle, m. 3’ün yanı sıra AİHS m. 8’in de ihlalini teşkil eder nitelikte olduğuna karar vermiştir⁵⁰¹.

5. AİHS m. 3 ile m. 14 Arasındaki Bağlantı

AİHM önüne götürülen başvuruların bir kısmı bakımından, Sözleşmenin 3. maddesi ile “Ayrımcılık Yasağını” koruma altına alan 14. maddesine yönelik ihlallerin bir arada bulunduğu görülmektedir. Zira, ayrımcılık yasağı, işkence yasağı ile koruma altına alınan aşağılanmama ve kötü muameleyle maruz bırakılmama hakkı ile sıkı ilişki içerisinde. Bu tür başvuruların AİHM önüne götürülmesi durumunda Mahkeme, genellikle 3. madde bakımından ihlal tespiti yapmakta ve ayrıca 14. madde gereğince ihlal tespitinde bulunmayı gerekli görmemektedir.

Kıbrıs/Türkiye davasında, Kıbrıs’ta gerçekleşen Türk askeri harekati sonrasında meydana gelen olaylar ile ilgili şikayetler Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Oldukça geniş kapsamlı şikayetleri barındıran bu başvuruda yer alan bir kısım şikayet ise, Karpas Rumlarının ayrımcılığa maruz kaldığına ilişkindir; 16 yaşından küçük erkek ve 18 yaşından küçük kadınların Kuzey Kıbrıs’ta yerleşme ve dolaşım hakları sınırlandırılmakta, o bölgede okula devam edememektedirler. Mahkeme’ye göre bu muamele, belirli bir grubun mensubu olmaları dolayısıyla Karpas Rumlarına yönelmiştir. Bu grubu Türk nüfustan ayıran; etnik köken, ırk ve din gibi özellikler dolayısıyla ayrımcılığa uğruyor olmalarıdır. Bu ayrımcı muamelenin aşağılayıcı muamele düzeyine ulaşmış olması dolayısıyla 3. maddenin ihlali olarak nitelendirilmelidir. Ancak Mahkeme, bu ayrılıkçı muamelenin ayrıca 14. madde kapsamında incelenmesine gerek olmadığına, zaten Sözleşmenin 3.

⁵⁰¹ *Kıbrıs/Türkiye*, B.N. 25781/94, T. 10.05.2001, p. 300, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 24.04.2015); *Kıbrıs/Türkiye* kararına ilişkin aynı yönde değerlendirme için bkz. GEMALMAZ, (İşkencenin Önlenmesi), s.93

maddesinin ihlal edildiği bulgusunu kuvvetlendirilmesi bakımından gerekli şekilde değerlendirdiğine ve esasen bahse konu bulgu içinde yerini alan şikayetin bir tekrarı olma özelliğini taşıyacağı için, ayrıca telaffuz etmenin gerekli olmadığına karar vermiştir⁵⁰².

Görüyoruz ki, Mahkeme bu değerlendirme bakımından ayrımcılık yasağını esasen işkence yasağına ilişkin ihlalin bir unsuru gibi kabul ettiğinden, başvuruyu ayrıca bu yönden değerlendirme gereği görmemiş ve yalnızca 3. maddeye yönelik ihlal tespiti ile yetinmiştir.

Yaman/Türkiye davasında da başvuran, Kürt kökenli olması ve Kürtlerin ana siyasi partisi ve PKK'nın bir aracı olarak algılanan HADEP'le olan bağlantısı sebebiyle alıkonulup işkenceye maruz bırakıldığını iddia etmiştir. Ancak Mahkeme, iddiaların temelsiz olduğu gerekçesiyle ayrımcılık yasağına ilişkin olarak bir ihlal tespit etmenin mümkün olmadığına karar vermiştir⁵⁰³.

X/Türkiye davasında ise AİHM, başvuranın vücut bütünlüğünü korumak için güvenlik tedbirlerinin alınması gerekliliğinin, cezaevi yaşamından tamamen dışlanmasındaki zorlayıcı etken olduğuna katılmamaktadır. AİHM'e göre, bu tedbirin uygulanmasının temel nedeni başvuranın cinsel yönelimidir; başvuran eşcinsel eğilimi dolayısıyla tecrit edilmektedir. Mahkeme'ye göre hapisanede başvuranın yaşadığı tecrit koşulları, fiziksel ve zihinsel acıya yol açması ve kişi haysiyetine zarar vermesi dolayısıyla, işkence sayılması için gerekli asgari eşiğe de ulaşmaktadır. Dolayısıyla, AİHM somut olayda Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır⁵⁰⁴.

6. AİHS m. 3 ile m. 15 Arasındaki Bağlantı

AİHS'nin m. 3 ile oldukça yakın bir ilişki içerisinde olduğu bir diğer madde ise, sözleşmenin "*Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma*" başlığını taşıyan, 15. maddesidir. Maddeye göre, savaş ya da ulusal varlığı tehdit eden başkaca

⁵⁰² *Kıbrıs/Türkiye*, B.N. 25781/94, T. 10.05.2001, p. 312-315, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 24.04.2015)

⁵⁰³ *Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004, p. 86-88, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 24.04.2015); Benzer yönde ihlal olmadığı yönünde kararlar için bkz. *Bilgin/Türkiye*, B.N. 23819/94, T. 16.11.2000, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 24.04.2015); *Yöyler/Türkiye*, B.N. 26973/95, T. 24.4.2003, p. 100, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 24.04.2015)

⁵⁰⁴ *X/Türkiye*, B.N. 24626/09, T. 09.10.2012, p. 64, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 26.04.2015); TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 169

hallerin varlığı halinde, ölçülü olmak kaydıyla, sözleşmeciler devletlerce sözleşmedeki yükümlülüklerine aykırı tedbirler alınabilecektir. Ancak bu maddenin ikinci fıkrası gereğince, her ne sebeple gerçekleştirilmiş olursa olsun, işkence yasağının ihlali niteliğini taşıyacak hiçbir durum meşru kabul edilemeyecektir. Bu madde kapsamında 3. madde ile koruma altına alınan işkence yasağı da daha önce ifade etmiş olduğumuz üzere, sert çekirdekli ve istisna kabul etmeyen bir hak olarak koruma altına alınmış bulunmaktadır⁵⁰⁵. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, işkence yasağını koruma altına alan 3. madde ile 15. madde yakından ilişkili olup, bu yönüyle 15. madde, işkence yasağının önemli bir güvencesini oluşturmaktadır.

Maddenin sert çekirdekli yapısına ilişkin ayrıntılara ve açıklamalara çalışmamızın ilk bölümünde yer vermiş olduğumuzdan, burada tekrara düşmemek amacıyla aynı konulara değinmekten kaçınıyor, AİHM kararları aracılığı ile konuyu somutlaştırmayı daha uygun görüyoruz.

Konuya ilişkin Mahkeme'nin oldukça önemli olan *Gäfgen /Almanya* kararına bu konu bakımından değinmek yerinde olacaktır. İşkence mağduru olduğu iddiasıyla Mahkeme'ye başvuran hukuk öğrencisi, J'yi kaçırmış ve boğarak öldürmüştür. Olayın ardından J'nin ailesinden fidye isteyen başvuran, polisler tarafından yakalanmış, parayı alıp ülkeyi terk etmesine izin verilmesi halinde, J'nin yerini söyleyeceğini ifade etmiştir. Bunun üzerine, çocuğu yerinin öğrenilebilmesi amacıyla, polis memurlarına her tür kötü muameleyi uygulayabilmesi yönünde izin ve talimat verilmiştir. İşkenceye tabi tutulmakla tehdit edilen başvuran, korkarak cesedin yerini söylemiştir. Olayla ilgili kararında Mahkeme, her ne sebeple olursa olsun kimsenin işkenceye maruz bırakılmayacağını; 3. maddenin en temel demokratik değerlerden birini koruma altına aldığını ve hiçbir sebeple ihlal edilemeyeceğini ifade etmiştir. Olay bakımından, başvuranın maruz bırakıldığı işkence tehditleri, *insanlık dışı muamele* kabul edilerek, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine Mahkemece kanaat getirilmiştir⁵⁰⁶. Bu karardan anlaşılmaktadır ki,

⁵⁰⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, S. 134 ve 527

⁵⁰⁶ *Gäfgen /Almanya*, B.N.22978/05 ,T. 01.06.2010, p. 87-91. , (<http://ihami.anadolu.edu.tr/> , Erişim Tarihi: 27.04.2015); TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, S. 135; Aynı yönde bkz. *Chahal/Birleşik Krallık*, B.N. 22414/93, T. 15.11.1996, p. 79, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 27.04.2015); *Selmouni/Fransa*, B.N. 25803/94, T. 28.07.1999, p. 95, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 27.04.2015); *Labita/İtalya*, B.N. 26772/95, T. 06.04.2000, p. 119, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 27.04.2015)

kişilerin ya da daha genel bir ifade ile devletin, içerisinde bulunduğu özel koşullar ve ihlale yol açan durumlar, 3. maddenin ihlalini haklı göstermeyecektir. Sert çekirdekli ve mutlak bir hak olan işkence görmeme hakkına karşılık başka hak ve menfaatler üstün görülemeyecek ve bu sebeple işkence yasağı ile koruma altına alınan alana müdahale edilemeyecektir⁵⁰⁷.

II. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN PROBLEMLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. İşkence Suçunun Yaptırımını Bakımından

1. Genel Olarak

TCK'nın 94⁵⁰⁸. maddesinde düzenleme bulan işkence suçunun temel haline ilişkin olarak öngörülen yaptırım, *üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıdır*. Suçun nitelikli hali olarak öngörülen, suçun, “çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı yahut avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla” işlenmiş olması halinde, öngörülen ceza *sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası*; suçun cinsel taciz teşkil edecek fiiller ile işlenmesi halinde ise *on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıdır*. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunu düzenleme altına alan 95. maddede⁵⁰⁹ ise,

⁵⁰⁷ ÖNOK, s. 160-161

⁵⁰⁸ “İşkence

Madde 94- (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

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

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

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

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

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

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

⁵⁰⁹ “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence

Madde 95- (1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

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

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

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

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

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

birinci fıkrada öngörülen neticeler bakımından *yarı oranda*, ikinci fıkrada öngörülen neticeler bakımından *bir katı oranında* ceza artırımı; üçüncü fıkra bakımından *sekiz yıl ile on beş yıla kadar hapis cezası* ve son olarak işkencenin ölümle neticelenmesi halinde *ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası* öngörülmüştür.

İşkencenin basit halini suç olarak düzenleme altına alan ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halini düzenleyen hükümlere bakıldığı zaman, öngörülen sınırların yetersiz olduğu söylenemez. Ancak bize göre, temel suç tipi için öngörülen, üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası aralığı oldukça geniştir⁵¹⁰. Kaldı ki, hangi gerekçe ile yaptırım için öngörülen aralığın bu denli geniş tutulduğu da belirsizdir. Kişi onuruna aykırı ve oldukça ağır fiziksel ya da ruhsal acı yaratan, kişilerin algılama ya da irade yeteneğini etkileyen, aşağılanmasına yol açan davranışlar, oldukça fazla etki doğuracak, kişi onurunu ve vücut bütünlüğünü etkileyecektir. Bize göre de 94. ve 95. maddeler yükümlülük kapsamında devletler için öngörülen “etkili ve caydırıcı yasal düzenlemeler getirme yükümlülüğü” kapsamında yeterli olarak nitelendirilebilecek düzenlemeler olsa da, belirlenen bu aralık gereğinden fazla olduğundan, işkence suçlarının gerektiği gibi cezalandırılmaması sonucunu doğurabilecektir⁵¹¹. Bu doğrultuda 94. maddede öngörülen yaptırım bakımından bir değişikliğe gidilmesi ve suçun basit hali için öngörülmüş olan üç yıldan on iki yıla kadar olan ceza aralığının alt sınırının üst sınıra yaklaştırılması (söz gelimi alt sınırın 5 yıldan başlatılması) bize göre daha yerinde olacaktır. Zira ifade ettiğimiz üzere, düzenleme, bu haliyle karar merciine oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımış durumdadır.

Diğer yandan, suç bakımından öngörülen nitelikli hallerin cezaları bakımından da bir orantı kurulmadığı belirtilmelidir. Zira, “kırık” sonucu hükmedilecek cezanın alt sınırının sekiz yıl olmasına karşın, mağdurun bitkisel hayata girmesi halinde öngörülecek cezanın alt sınırının temel cezanın alt sınır olan üç yıl üzerinden takdir

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

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

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

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

⁵¹⁰ ÖNOK, s. 500; BAKIM, s. 197

⁵¹¹ *Okkalı/Türkiye* davasında mahkeme, AİHM’e göre oldukça az bir ceza olan asgari miktardan yana kullanmıştır ve takdir işlemini de hiçbir gerekçeye dayanmaksızın yapmıştır. (*Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, p. 72, , (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015);

edilmesi halinde altı yıl olacak olması ilginçtir ve adilane olmayan sonuçlara sebep olmaktadır⁵¹². Bu nedenle, özellikle oldukça ağır neticeler bakımından ağırlaştırıcı sebeplere yer verilmiş olan m. 95/2 bakımından daha yüksek bir arttırma oranı belirlenmesinin ya da maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen neticeler bakımından daha yüksek bir ceza aralığı tespit edilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Aksi halde ifade ettiğimiz gibi adilane olmayan bu durum dolayısıyla, AİHM nezdinde olumsuz sonuçlarla karşılaşmaya devam etmemiz kaçınılmaz olacaktır.

İşkence suçunun cezalandırılması bakımından karşılaşılan bir diğer önemli sorun ise işkence suçu faillerinin daha düşük ceza gerektiren suçlar dolayısıyla cezalandırılmaları durumudur. Mahkemenin işkence iddiasını dikkate almadan, farklı suçlar dolayısıyla hüküm kurması, 3. maddenin ihlali iddiasıyla yapılan başvurular bakımından usuli yükümlülüğün ihlal edildiği yönünde AİHM tarafından karar verilmesine sebep olacaktır⁵¹³.

2. İşkence Suçunun Bireyselleştirilmesi, Seçenek Yaptırımlara Çevrilmesi, Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bakımından

İşkence suçunun yaptırımının alt sınırı ile üst sınırı arasındaki aralığın geniş olmasına ilişkin problemin, başka bir ifadeyle öngörülen hapis cezasının alt sınırının bu denli düşük olması, hükmedilecek cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında de

⁵¹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.264

⁵¹³ *Gäfgen /Almanya* davasında da Mahkeme, faillerin işkence suçu dolayısıyla değil, daha az ceza öngören “zorlama ve zorlamayı teşvik” suçlarından cezalandırıldıklarına dikkat çekmektedir. Ceza takdirinin ulusal makamların egemenlik alanında olduğunu ancak, Sözleşme’nin 19. maddesi gereğince sözleşme ile sağlanan hakların pratik ve etkili şekilde sağlanması için AİHM’in de devletleri zorlayabilmek konusunda yetkili olduğunu, yani yerel mahkemelerin verdiği kararlar bakımından değerlendirmede bulunabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, kararda faillerden birinin 3600€, diğerinin 10800€ gibi sembolik cezalarla cezalandırılmasının, işledikleri suçla orantılı olmadığını, yerel makamların bu suçlar dolayısıyla failleri infaz edilebilir hapis cezalarıyla cezalandırması gerektiğini ekleyerek işkence ve kötü muamele olaylarını önlemek bakımından caydırıcı bir yargılama yapılmadığı gerekçesiyle 3. maddenin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. (*Gäfgen /Almanya*, B.N. 22978/05, T. 01.06.2010, p. 124-125, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 10.05.2015); Benzer yönde bkz. *Ali ve Aysel Duran/Türkiye*, B.N. 42942/02, T. 08.04.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 10.05.2015); *Terzi ve Erkmen/Türkiye*, B.N. 31300/05, T. 28.10.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 15.05.2015); *Ali Yavuz/Türkiye*, B.N. 35160/05, T. 16.10.2009, p. 36, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 15.05.2015); İşkence suçu dolayısıyla hüküm kurulması gerekirken daha hafif bir suçtan dolayı mahkumiyet hükmü verilmesi, kararın Yargıtay tarafından bozulmasına sebep olmuştur. Yargıtay’ın bu yönde verdiği kararlar, yerel mahkemeler için de caydırıcı olacak ve bu şekilde daha hafif suçtan dolayı ceza verilmesi durumunun önüne geçilmesi sağlanacaktır. (ALGAN, Zabunoğlu, s. 30)

sorun ortaya çıkarmaktadır⁵¹⁴. Çünkü alt sınırın üç yıl olması, cezanın alt sınırdan hükmedilmesine karar verilmesi ve bu temel cezanın da çeşitli sebeplerle indirilmesi durumunda; hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi, hükmedilecek hapis cezasının ertelenmesi gibi kurumların uygulanması gündeme gelebilir. İşkence suçundan dolayı hükmedilen hapis cezasının etkili biçimde infazına engel teşkil bu durum, Türkiye'nin AİHM tarafından mahkumiyetine yol açan bazı kararlarına da konu oluş bulunmaktadır.

Kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi için hükmedilen hapis cezasının bir yıldan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ya da hapis cezasının ertelenmesi için de iki yıldan az olması gerekmektedir⁵¹⁵. Bu açıdan bakıldığında işkence suçunun cezasının alt sınırının üç yıl hapis cezası olması yerindedir. Bu ceza üzerinden TCK 62. madde gereğince hakimin takdirine göre, 1/6 oranında indirim yapılsa bile, hapis cezasının alt sınırı her halde 2 yılın altına düşmemektedir. Bu miktarda bir hapis cezası bakımından gerek hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231), gerek seçenek yaptırımlara çevirme (TCK m. 50) ve gerekse hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51) hükümleri uygulama alanı bulmamaktadır. Burada işkence suçunun teşebbüs aşamasında kalması ya da olası kastla⁵¹⁶ işlenmesi nedeniyle cezada indirim yapılması sözü konusu olacağından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek yaptırımlara çevirme ve hapis cezasının ertelenmesi gündeme gelebilir. Mahkemenin takdir edeceği ceza üst sınıra daha yakın olsa dahi yapılacak indirim nedeniyle işkence suçunun failleri lehine bu kurumların uygulanması AİHM tarafından "kabul edilemez tedbir" olarak nitelendirilip yapılan başvurular pozitif yükümlülüğün ihlali nedeniyle mahkumiyetle sonuçlanabilir.

Bu nedenle daha önce ifade ettiğimiz gibi, üç yıllık hapis cezası alt sınırının artırılması ve bu yolla indirim sebepleri uygulansa dahi erteleme, seçenek yaptırımlara çevirme yahut hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi ceza hukuku kurumların uygulanma alanı dışında kalması mümkün hale

⁵¹⁴ *Okkaly/Türkiye* kararında da mahkeme, cezayı tayin ederken mahkemenin gerekçelendirmeksizin indirim uygulamasını ve alt sınırlardan ceza tayini yapmasını usuli yükümlülüğe aykırılık olarak belirtmiştir. Bkz. *Okkaly/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015)

⁵¹⁵ BİLGE, s. 402

⁵¹⁶ Olası kastın da işkence suçunun işlenmesi için yeterli olduğu hususuna ilişkin olarak bkz. ÖNOK, s. 470; BAKIM, s. 196

getirilebilecektir⁵¹⁷. Bir diğer çözüm yolu da, işkence suçunun, doğrudan bu hükümlerin uygulama alanı dışında tutulmasına ilişkin yasal değişikliğe gidilmesi olabilir⁵¹⁸. Fakat bize göre işkence suçunun bu hükümlerin uygulanması bakımından ayrı düzenleme getirilmesi yerine, cezanın alt sınırının arttırılması daha uygun bir çözüm yolu olacaktır.

Böber/Türkiye kararında da yukarıda izah etmeye çalıştığımız probleme ilişkin olarak mahkeme yakın zamanda Türkiye aleyhine mahkumiyet kararı vermiştir. Başvuran, kendisine işkence yapıldığı iddiasıyla polis memuru hakkında şikayette bulunmuştur. İstanbul 1. Asliye Ceza Mahkemesi, beş yıl yürüttüğü yargılama sonucunda, polis memuru hakkında 2 ay 15 gün hapis cezası hükmetmiş, ancak sanığın bir daha suç işlemeyeceğine kanaat getirdiği gerekçesiyle CMK m. 231 gereğince hükmün açıklamasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Başvuranın, suçun failinin cezalandırılmadığı iddiasıyla yaptığı başvuru sonucunda Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, hapis cezasının ertelenmesinden de geniş bir etkiye sahip olduğu ve cezasızlık sonucunu doğurduğu gerekçesiyle, “*hükmü etkisiz kılma etkisi olduğundan hiç şüphesiz, kabul edilemez tedbirler kategorisine*” girdiğini ifade ederek, 3. maddenin usul yönünden ihlal edildiğine kanaat getirmiştir⁵¹⁹.

Ayrıca, işkence suçunun faileri lehine, “*failin güttüğü amaç ve saik*” indirim nedeninin (TCK m. 61/1-g) suçun “*devlet yararına*”, “*adli amaçlarla*”, “*delil elde etmek amacıyla*” işlenmiş olması dolayısıyla uygulanması bizce uygun değildir. Ne yazık ki, mahkemelerin kararlarını gerekçesiz vermesi ya da TCK’nın 61. ile 62. Maddelerine dayanarak ceza indirimi uygulayabilmek için basmakalıp gerekçelere yer vermesi, bu düzenlemelerin getirilme amacına aykırı olduğu gibi, işkenceye yönelik hükümlerin caydırıcılığını desteklemek bir yana, suçu daha masumane

⁵¹⁷ ERDAL, s. 132

⁵¹⁸ 4616 sayılı, 3 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un 1/5-a maddesinde, bu kanun hükümlerinin 765 sayılı TCK’nın 243. maddesi bakımından uygulanmayacağı öngörülmekteydi. Bu hüküm her ne kadar AİHS m. 3 kapsamında işkence yasağından kaynaklanan usuli yükümlülüğün ihlal edilmemesi için bir adım niteliğindeyse de, genel anlamda bir düzenleme yapılması bu yönde ihlallerin giderilmesi bakımından çok daha yerinde olacaktır.

⁵¹⁹ *Böber/Türkiye*, B.N. 62590/09, T. 09.04.2013, p. 35 (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 04.05.2015); *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015); ; *Taylan/Türkiye*, B.N. 32051/09, T. 03.07.2012, p. 46, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , *Eski/Türkiye*, B.N. 8354/04, T. 05.06.2012, p. 36, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015)

gösterme ve hatta teşvik sonucuna da yol açabilmektedir⁵²⁰.

Bu bağlamda TCK m. 94/5'te ihmal suretiyle işkence suçunun işlenmiş olması halinde ayrıca ceza indirimi yapılmasına imkan verilmemesi yerinde olmuştur. Zira bu suçun ağır biçimde cezalandırılması yoluyla caydırıcılık sağlanması, işkenceye göz yumulmadığının, tolerans gösterilmediğinin de bir ifadesi olmaktadır. Bu doğrultuda, işkencenin ihmal suretiyle gerçekleştirilmesi halinde ceza indirimine gidilemeyecek olması, suç bakımından hükmedilecek cezaların etkisizliği sonucuna karşı bir önlem niteliğindedir.

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere, TCK m. 43/3'te de, işkence suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının önüne geçilmiştir. Bu şekilde, suç itirafı almak maksadıyla işkence uyguladığı şüpheliye elektrik şoku veren polis memuru (A), daha sonra şüphelinin aynı koğuştta kaldığı (B) ile kavga etmesi üzerine, olayı sakinleştirmek amacıyla dayak atması, hakaret etmesi ve günlerce yemek vermemesi durumunda yeni bir kastla işkence suçunu işlemiş olacaktır. Bu halde, TCK m. 43/3 hükmü gereğince polis memurunun, işkence suçu dolayısıyla bir defa cezalandırılıp, cezasının ¼'ten ¾ arasında artırılması yerine, iki ayrı işkence suçundan dolayı cezalandırılacak ve böylece daha az cezaya mahkum edilmesi önlenmiş olacaktır. Bu durum, işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü kapsamında AİHM'nin de aradığı kriterlerden biri olan, etkili ve caydırıcı normlar oluşturulmasının da bir gereğidir.

İşkence suçu bakımından cezanın bireyselleştirilmesi konusu bakımından son olarak "yardım etme" konusuna da değinmekte fayda görüyoruz. Zira, daha önce de açıklamış olduğumuz gibi, m. 94/4 gereği işkence suçuna iştirak eden herkes fail

⁵²⁰ ÖNOK, s. 500-501; BAKIM, s. 197; *Eski/Türkiye* davasında mahkeme, başvuranın memurlara küfür ettiğini ve onları tehdit ettiğini, bunun memurlar bakımından tahrik teşkil ettiğini ve bu nedenle kötü muamelede bulduklarını takdir etmiş, bu nedenle cezalarında indirim sebebini uygulayarak yirmi beş gün hapis cezası ve güvenlik tedbirine hükmetmiştir. Karardaki gibi bir uygulama, kötü muamelenin çeşitli sebeplerle mazur görülebilir olduğu sonucuna varılmasına sebep olabilecektir ki, bize göre yerel makamlar bu şekilde yanlış anlaşılmalara yol açılmaması amacıyla çok daha dikkatli karar vermelidir. (*Eski/Türkiye*, B.N. 8354/04, T. 05.06.2012, p. 18 ve 36, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 10.05.2015); Konuya ilişkin bir diğer karar olan *Okkalı/Türkiye* kararında ise yerel mahkeme, işkence olayları dolayısıyla pişman olduğunu ifade eden sanıkların bu beyanını, dosya içeriğinde pişman olduklarını destekler hiçbir delil olmamasına rağmen hem takdiri indirim, hem de hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından karara gerekçe yapmıştır. AİHM bu durumu AİHS m. 3 bakımından usuli yükümlülüğe aykırı bulmaktadır. (*Okkalı/Türkiye*, B.N.52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 10.05.2015)

olarak cezalandırılacağından 39. madde işkence suçu bakımından uygulanamayacaktır. Bu düzenleme, AİHM'in aradığı kriterler bakımından oldukça önemli olsa da, bu konuda mevcut tartışmalar dolayısıyla uygulama farklılıkları söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, konuya ilişkin düzenlemenin daha açık ve bu tür tartışmalara imkan bırakmayacak bir ifadeye kavuşturulması gerekmektedir.

3. Geçici veya Sürekli Olarak Kamu Hizmetlerinden Mahrumiyet Güvenlik Tedbirinin İşkence Suçunda Uygulanması Bakımından

TCK m. 53'de düzenlenen "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" güvenlik tedbiri, konumuz bakımından önem arz eden düzenlemedir.

Her ne kadar hükmün ilk fıkrasında düzenlenen hak yoksunlukları "*kasten işlenen bir suç dolayısıyla mahkum olunan hapis cezasının*" kanuni sonucu olsa da, konumuz bakımından TCK m. 53/5'te düzenlenen istisnai nitelikteki düzenleme önem taşımaktadır. Buna göre, "*Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar*". Bu düzenleme işkence suçu açısından ele alındığında, sürekli, süreli ya da geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden (m. 53/1-a) sahip olunan hak yahut yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, cezanın infazından sonra işletilmek suretiyle, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi mümkün görünmektedir. İşlenen suç neticesinde hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedilmesi durumunda ise, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilebilecektir. Sonuç olarak, işkence suçu kamu görevinin kötüye kullanılması suretiyle işleneceğinden, işkence suçu bakımından da bu fıkra uygulanacaktır⁵²¹.

⁵²¹ ÖNOK, s. 502; BAKIM, s. 198

765 sayılı TCK m. 243/1'de “...*sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.*” şeklinde sürekli olarak dahi bu suçu işleyen kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinden mahrumiyetine karar verilebilirken, 5237 sayılı TCK'da bu hususa yer verilmemiş olması yerinde değildir⁵²². TCK m. 53/5 kapsamında göreve ilişkin hak ve yetkilerin kullanılmasının yasaklanması mümkün olsa da, bu yasaklılığın yalnızca belirli bir süre için öngörülmüş olması, kararlardan da gördüğümüz üzere, mevcut durumun caydırıcı nitelik taşımadığı gerekçesiyle AİHM tarafından yeterli görülmemektedir. Mahkeme, failerin etkin cezalandırılmamasının yanı sıra, gerek yargılama süresince ve gerekse yargılama sonrasında göreve devam etmelerini de AİHS 3. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüğe aykırı olarak nitelendirmektedir.

Mahkeme *Taylan/Türkiye* kararında, “..*bir devlet görevlisinin işkence ve kötü muamele içeren suçlarla suçlanması halinde, soruşturma ve yargılama boyunca görevden uzaklaştırılması gerektiğini ve mahkum edilmesi halinde ise, görevden alınması gerektiği.*” hususuna vurgu yapmaktadır. Diğer yandan karara konu olan olayda işkence suçunun faili olan polis memuru hapis cezasının yanında yalnızca on beş gün kamu hizmetlerinden yasaklanmıştır. Görüldüğü gibi on beş günlük kamu hizmetlerinden yasaklanma kesinlikle AİHM'nin beklediği anlamda bir tedbir değildir. Mahkeme, kararında “*sürekli kamu hizmetinden yasaklama cezası*”nın en doğru tedbir olacağını ifade etmektedir⁵²³.

AİHM kararlarından da anlaşıldığı üzere, işkence suçu dolayısıyla hakkında yargılama devam eden kamu görevlileri görevden uzaklaştırılmalıdır. Bu nedenle işkence suçunu işleyen kamu görevlilerinin yargılama boyunca görevden uzaklaştırılmasına ve hükmedilecek cezasının infazından sonra da kamu hizmetlerinden **sürekli** olarak yasaklanmasına ilişkin bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olacaktır.

⁵²² DEMİRBAŞ, s. 47; ÜZÜLMEZ, İşkence, s. 192; BAKIM, s. 197

⁵²³ *Taylan/Türkiye*, B.N. 32051/09, T. 03.07.2012, p 46, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015); Benzer yönde bkz. *Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004, p. 55, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015); *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015); *Eski/Türkiye*, B.N. 8354/04, T. 05.06.2012, p. 35-36, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015)

B. Yargılama Usulü Bakımından

İşkence suçu re'sen takip edilecek bir suçtur. Suçun faili kamu görevlisi olsa da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemek amacıyla çıkarılan 4483 sayılı Kanun⁵²⁴ kapsamında alınması gerekli olan soruşturma izni, 2003 yılında 4778 sayılı kanunla, 2. maddenin son fıkrasına⁵²⁵ yapılan ekleme dolayısıyla işkence suçu bakımından söz konusu olmayacaktır. Sonuç olarak, işkence suçunun faili olan kamu görevlileri bakımından soruşturma izni alınmasına gerek olmaksızın doğrudan soruşturma başlatılabilecektir⁵²⁶.

Diğer yandan, CMK m. 161/5 hükmü gereğince, icra ettiği adliye ile ilgili görev ve işleri kötüye kullanan yahut ihmali bulunan kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının emir ve istemlerini yapmakta kötüye kullanma yahut ihmali tespit edilen kolluk amir ve memurları hakkında da Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılacağı; Vali ve Kaymakamlar hakkında 4483 sayılı kanunun uygulanacağı; en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda öngörülen yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. Yine hakim ve savcılar hakkında da bu kanunun 82. maddesine göre hakim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen

⁵²⁴ 4483 sayılı ve 2.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

⁵²⁵ Değişiklikle birlikte 4483 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin son fıkrası şu şekildedir: "(11/01/2003 tarih ve 24990 S.R.G.de yayımlanan 4778 S.K.ile ek)-765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.", 1 Haziran 2005 yılında TCK'nın değişmesi ile birlikte, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hk. Kanun m. 3/1 gereğince, ETCK m. 243, TCK m.94'e; ETCK m. 245, TCK m. 256'ya eş değer olmuştur ve dolayısıyla artık bu maddeler bakımından soruşturma izni alınmasına gerek kalmamıştır.

⁵²⁶ 2003 yılında 4483 sayılı Kanunda söz konusu değişiklik yapılmadan önce m. 2 gereğince, kamu görevlilerince işlenen bir suç söz konusu olduğundan 765 sy. TCK m. 243 nedeniyle yargılama yapılması da soruşturma izni alınmasına bağlıydı. 2003 yılında yapılan değişiklikten önceki dönemde ancak, 4483 sy. Kanununun 2/3. maddesi gereğince, işkence suçuna ilişkin suçüstü halinde genel hükümler kapsamında soruşturma izni alınmaksızın kovuşturmaya başlanabilmekteydi. (Bkz. ÜZÜLMEZ, İşkence, s. 193-194); ÖNOK, s. 516; BAKIM, s. 198; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2010, s. 670; PINAR, İbrahim, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Ankara 2009, s. 277; TURAN, Yıldıırım/YASİN, Melikşah/KARAN, Nur/ÖZDEMİR, Eyüp H./ÜSTÜN, Gül/TEKİNSOY, Okay, İdare Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.436; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Muhakeme, s.276; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184; KOCA/ÜZÜLMEZ, Muhakeme, s. 265; ERDAL, s. 212

suçları dolayısıyla soruşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine tabidir⁵²⁷. Gerek 2802 ve 4483 sayılı kanun, gerekse CMK hükümleri gereğince işkence suçu dolayısıyla başlatılacak soruşturmalar bakımından, soruşturma izni alınması söz konusu olmayacaktır⁵²⁸.

4483 sayılı kanunda yapılan bu değişiklikten önce, AİHM önüne giden *Uyan/Türkiye* davasına konu olan olayda başvuranlar, cezaevinde jandarmalar tarafından işkenceye maruz bırakılmıştır. 4483 sayılı kanunda değişiklik yapılmadan önceki dönemde meydana gelen bu olay bakımından soruşturma izni alma aşaması yaklaşık iki yıllık bir zaman kaybına sebebiyet vermiştir. Başvuru bakımından, Bursa ve Pendik'te olmak üzere iki ayrı soruşturma başlatılması için iki farklı soruşturma izni alınması aşamasından geçilmiştir. Bursa'da başlayan soruşturmada ön soruşturmacı atanmış, bu aşamada delillerin yeteli olmadığı kanaatiyle ön soruşturmacı olarak atanan yüzbaşı soruşturma yapılmasına gerek olmadığı kararı vermiş ve bu kararı da Bursa İl İdare kurulunca onamıştır. Ancak başvuranın avukatı bu karara itiraz etmiş ve Bursa Bölge İdare Mahkemesi de olaydan iki yıl sonra soruşturma başlatılmasına karar vermiştir. Diğer yandan Pendik'te atanan soruşturmacı teğmen de aynı gerekçeye dayanarak soruşturmaya yer olmadığı kararı vermiş; karar Pendik İdare Kurulunca onaylanmış ve kesinleşmiştir. Mahkeme, tüm bu soruşturma izni safhasının, dosya üzerinden gerçekleşmesi, yargılamayı oldukça uzatması ve işkencenin etkili şekilde cezalandırılması bakımından engel teşkil etmesi sebebiyle 3. madde kapsamında yükümlülükler aykırı bulmuştur. Mahkeme, başvuru bakımından esastan ihlal olduğu için usul yönünden mahkumiyet kararı vermese de, bunların da ihlal teşkil ettiğine dikkat çekmiştir⁵²⁹.

Erdem/Türkiye davası bakımından ise, Mahkeme, 4483 sayılı kanun gereğince, faillerle hiyerarşik ilişki içerisinde bulunan kişilerin ön soruşturma yapmakla görevlendirilmesinin ve bu incelemenin idari yapılanma içerisinde yürütmesinin, bağımsız karar verebilme konusunda şüphe yarattığı, bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından işkenceye yönelik yürütülen soruşturmaya gölge düşürdüğü gerekçesiyle

⁵²⁷ DÖNMEZ, Burcu, Memurlar Hakkında Yapılan Ceza Muhakemesinde Özel Soruşturma Kuralları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (4483), DEÜ SBE, 2001, s. 183-184; PINAR, s. 131, 151

⁵²⁸ ÖNOK, s. 518

⁵²⁹ *Uyan/Türkiye*, B.N. 15750/02, T. 21.10.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 10.05.2015)

Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğe aykırı olduğuna kanaat getirmiştir⁵³⁰.

Tüm bu değişikliklere rağmen, AİHM'in verdiği kararlardan görüyoruz ki, soruşturma izni gerekmemesine rağmen, işkence suçu dolayısıyla oldukça uzun süren soruşturma aşaması dolayısıyla Türkiye yine de mahkum edilmektedir⁵³¹.

Yine işkence suçunun yargılanmasına ilişkin olarak değinmek istediğimiz eksiklik olarak da nitelendirebileceğimiz bir diğer problem, 30.07.2003 tarihli, 4963 sayılı kanunun 5. maddesi ile CMUK'a eklenen ek madde 7'ye benzer bir düzenlemeye, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmemiş olmasıdır⁵³². CMK'da yer verilmeyen bu düzenleme şu şekildeydi: "01/03/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddelerinde yazılı suçları işleyenler hakkında soruşturma ve kovuşturmalar **acele işlerden sayılır, öncelik ve ivedilikle ele alınır. Bu suçlarla ilgili davalarda duruşmalara zorunluluk olmadıkça otuz günden fazla ara verilemez, bu davalara adli tatilde de bakılır.**". 5271 sayılı CMK'nın 190/1. Maddesinde CMUK ek m. 7'ye benzer, ancak genel bir hüküm olan "duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir." hükmüne yer verilmiştir. Ancak önceki düzenleme, doğrudan işkence suçuna ilişkin olduğundan, AİHM'in aradığı kriterlere çok daha uygun⁵³³ ve AİHM'in işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü kapsamında devletlere yüklediği işkenceye ilişkin soruşturmanın makul bir hızla yürütülmesi gerekliliği bakımından oldukça önemliydi. İşkencenin bu yolla acele işlerden kabul

⁵³⁰ Erdem/Türkiye, B.N. 42234/02, T. 17.07.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015)

⁵³¹ Başvuruya konu olay bakımından değerlendirme yapan Savcı tarafından iddianamede, söz konusu suçların 4483 sayılı kanun kapsamında olmadığı ve bu nedenle soruşturma izni alınmasına gerek olmadığı ifade edilmiş ve doğrudan soruşturmaya başlanmıştır. AİHM de kendisine yapılan başvuru sonucu verdiği kararda, 4483 sayılı kanunun olay bakımından uygulanmamış olmasının süreci hızlandırdığını ifade etmiştir. Ancak yine de yargılamanın uzunluğu ve etkili olmamasına yol açan başkaca sebepler dolayısıyla Türkiye usul yönünden mahkum edilmiştir. (Karar için bkz. *Fırat Can/Türkiye*, B.N. 6644/08, T. 24.05.2011, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015) Kararda görüldüğü gibi, 4483 sayılı kanunun işkence suçu bakımından uygulanmıyor olması yine de lehe durum yaratmıştır.; Konuya ilişkin olarak AYM'nin *Onur Cingil* Başvurusuna ilişkin 16.04.2015 tarihli kararında, başvurucunun kötü muamele gördüğüne ilişkin iddiaları hakkında on sekiz ay süren ve devam etmekte olan soruşturmanın "toplumsal olaylara müdahalelerin oluşturulmasındaki güçlük" sebebiyle, etkisiz bir soruşturma olarak nitelendirilemeyeceği ve sürenin makul olduğu ifade edilmiştir. (AYM, *Onur Cingil Başvurusu*, B.N.2013/7836, T. 16.04.2015, p.52, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/07/20150711-23.pdf> , Erişim Tarihi: 14.07.2015)

⁵³² ÖNOK, s. 519; BAKIM, s. 198

⁵³³ ÖNOK, s. 520

edilmesi, oldukça uzun sürelere yayılan soruşturma ve kovuşturma aşamalarının yarattığı mağduriyetin önüne geçilmesi ile faillerin zamanaşımı dolayısıyla cezasız kalmamasını sağlamıştır. Ancak benzer bir düzenlemeye 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmemesi, bu problemlerin tekrar gündeme gelmesine sebep olmuştur. Her ne kadar, 2013 yılında işkence suçunda yapılan değişikliklerle birlikte, suç bakımından zamanaşımı süreleri kaldırılmışsa da, AİHM yalnızca zamanaşımı dolayısıyla faillerinin cezasız kalması durumunu değil, oldukça uzun süren ve sonu gelmeyen yargılamaları da işkenceyi etkili soruşturma yükümlülüğü doğrultusunda, AİHS 3. maddeden kaynaklanan usul yükümlülüğünün ihlali olarak kabul etmektedir.

Yargılama usulünden kaynaklanan mahkumiyet kararlarına yol açan bir diğer problem ise, adli tatilde uygulanan yargılama prosedürüne ilişkindir. CMK m. 331/2'de "*Soruşturma ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususların tatil süresi içinde ne suretle yerine getirileceği, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.*" hükmü ile adli tatil bakımından genel bir prosedüre yer verilmiştir⁵³⁴. Ancak görüldüğü gibi, CMUK dönemindekine benzer adli tatilde de işkence suçuna ilişkin olarak yürütülen davalara bakılacağına ilişkin bir düzenleme, 5271 sayılı CMK'da yer almamaktadır. Bu türden bir eksiklik, kısa gibi gözükken yaklaşık bir aylık adli tatil döneminin yargılamanın uzunluğuna etki etmeyeceği kanısına varılmasına sebep olsa da; aslında bu durum yargılamanın makul sürede yürütülebilmesini sağlayacak normların eksikliği dolayısıyla da AİHS 3. maddenin usule ilişkin olarak ihali sonucunu doğurabilecektir⁵³⁵.

Tespit etmiş olduğumuz yargılama usulü sebebiyle gündeme gelen tüm bu problemler bakımından, CMUK ek m. 7'ye benzer bir düzenleme getirilmesi, işkence suçunun cezalandırılması ve aynı zamanda AİHM'nin verdiği mahkumiyet kararlarının azalması için önem taşımaktadır. Kaldı ki ek m. 7'ye oldukça benzer bir

⁵³⁴ ÖNOK, s. 520

⁵³⁵ Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı*"nda öngörölmüş hedeflerden biri olan soruşturmanın etkinliğinin artırılması amacıyla da soruşturmanın etkili ve hızlı yürütülebilmesi amacıyla konuya ilişkin sorunların tespit edilmesi ve gerekli önlemlerin alınması yolunda çalışmalar yapılması yönünde bir faaliyet tespiti yapılmış ve konuya ilişkin sorumlu kurumların Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve HSYK olduğu belirtilmiştir. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı, s. 10, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/duyuru/eylemplan.pdf>, Erişim Tarihi: 23.05.2015)

düzenleme 2006 yılında taslak halinde hazırlanış ancak bu öneriden⁵³⁶ bir sonuç alınamamıştır. Bu nedenle işkence suçuna ilişkin yürütülecek soruşturma ve kovuşturmaların ivedi işlerden sayılacağına ve adli tatilde de görülmeye devam edileceğine ve duruşmalara otuz günden fazla ara verilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemenin getirilmesi bu sorunun giderilmesi bakımından yerinde olacaktır.

C. Yaptırımın İnfazı Bakımından

1. Koşullu Salıverme

CvGTİK⁵³⁷ m. 107’de düzenlenen koşullu salıverme, mahkum edildiği hapis cezasının, kanunda öngörülen oran ve miktarları *iyi halli* olarak geçiren hükümlünün, yetkili makamlar tarafından verilecek karar kapsamında, cezasının kalan kısmını infaz kurumu dışında çekmesine olanak veren kurumdur⁵³⁸. Mahkum olunan hapis cezasının kanunda öngörülen kısmının çekilmesinin ardından hükümlünün salıverilmesi esasına dayanan bu kurum bakımından bazı istisnai durumlar da mevcuttur (Bu durumlar için bkz. CvGTİK m. 107/16); bu durumlarda hükümlülerin koşullu salıverme hükümlerinden yararlanamayacakları CvGTİK’nun çeşitli maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Ancak işkence bu istisnai durumlardan biri değildir.

Ayrıca 2012 yılında yapılan değişiklikle birlikte CvGTİK’na eklenen m. 105/A hükmü ile koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi halli hükümlülerin cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar kalan kısmını denetimli serbestlik uygulanması yoluyla infaz kurumu dışında infaz edilmesine imkan verilmiş ve bu hükümde de şu yada bu suç bakımından bir sınırlama getirilmemiştir⁵³⁹. Dolayısıyla, denetimli serbestlik yoluyla koşullu salıverilme imkanının işkence suçu gereğince verilen hapis cezaları bakımından da uygulanması mümkün olacaktır. Ne var ki, cezanın infazının bu yolla oldukça kısaltılması, AİHM’nin işkenceyi etkin soruşturma yükümlülüğü kapsamında

⁵³⁶ Hazırlanan kanun teklifi, “26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK’nın 94, 95 ve 96’ncı maddelerinde yazılı suçları işleyenler hakkında ki soruşturma ve kovuşturmalar acele işlerden sayılır, öncelik ve ivedilikle ele alınır. Bu suçlarla ilgili davalarda ilk duruşma günü otuz günden ileri bir tarih olarak belirlenemez, duruşmalara otuz günden fazla ara verilemez, bu davalara adli tatilde de bakılır.” şeklindeydi. (ÖNOK, s. 520)

⁵³⁷ 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

⁵³⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s.501; DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, (İnfaz), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 476; ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara 2014, s. 316

⁵³⁹ ZAFER, s. 533; ÖZBEK, s.327

değerlendirildiğinde; işkencenin etkin biçimde cezalandırılması ve bu cezaların etkili olarak çektirilmesi yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır.

Gerçi AİHM, koşullu salıverme olanağının bazı suçlar ve durumlar bakımından tamamıyla ortadan kaldırılmasının suç politikalarıyla ve insan onuruyla bağdaşmadığını ifade etmektedir. AİHM nezdinde görüşülen konuya ilişkin başvuruların mahkumiyetle sonuçlanmasına⁵⁴⁰ sebep olan, Türk ceza hukuku bakımından da CvGTİK m. 107’de düzenlenme bulan ve bazı durumlarda koşullu salıverme imkanını tamamıyla ortadan kaldıran bu sınırlayıcı düzenlemelerin değiştirilmesinin gerekli olduğu yönündeki görüşlere⁵⁴¹ tamamen katılıyor olsak da, işkence suçu dolayısıyla hapis cezasına mahkum edilmiş kimselerin genel kurallar gereğince koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik kurumlarından yararlanmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Ali ve Ayşe Duran /Türkiye kararında da Mahkeme, 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaları Ertelenmesine Dair Kanun” kapsamında, karakolda işkence uygulanması ve güç kullanımı neticesinde ölüm meydana gelmesi dolayısıyla mahkum edilen polis memurlarının cezalarının infazının ertelenmesinin kısmi bir genel aften farksız olduğunu ve mahkumiyete rağmen dokunulmaz kınımalarının etkili cezalandırmayı sağlamadığı gerekçesiyle usuli yönden 3. maddenin ihlali niteliği taşıdığını ifade etmiştir⁵⁴². Her ne kadar 4616 sayılı kanunun 1/5-a maddesi uyarınca, bu kanunla öngörülmuş olan koşullu salıverme hükümleri, işkence suçunu düzenleyen önceki TCK’nın 243. maddesi bakımından uygulanmayacak olsa da, söz konusu başvuru bakımından savcılık ve mahkeme, takdirini 243. maddeden yana kullanmadığından 4616 sayılı kanun dava bakımından uygulanabilmiştir. Ancak, olayda AİHS

⁵⁴⁰ *Kafkaris/Kıbrıs*, B.N. 219064, T. 12.02.2008 ve *Sadak ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 29900/96, 29901/96, 29902/96, 29903/96, T. 17.07.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 29.07.2015)

⁵⁴¹ DEMİRBAŞ, İnfaz, s. 485; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 505; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 148

⁵⁴² Kararın tamamı için bkz. *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B.N. 42942/02, T. 08.04.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015); Aynı yönde m. 2 ihlali ile ilgili olarak bkz. *Evrin Öktem/Türkiye*, B.N. 9207/03, T. 04.11.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015); Benzer yönde bkz. *Taylan/Türkiye* kararında da Mahkeme, CMK m. 231 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından önce 647 sayılı kanunun 6. bölümü uyarınca hapis cezasının ertelenmesini eleştirmektedir. (*Taylan/Türkiye*, B.N. 32051/09, T. 03.07.2012, p. 22, 45, <http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015; 647 sayılı kanunun uygulandığı bir başka karar için bkz. *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, <http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015); *Yeşil ve Sevim/Türkiye*, B.N. 34738/04, T. 05.06.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015)

gereğince işkence yasağının da ihlali söz konusu olduğundan; Mahkeme, 4616 sayılı kanun uyarınca cezanın ertelenmesinin sözleşmeyi ihlal ettiği kanaatinde⁵⁴³.

İfade etmiş olduğumuz problemler ve AİHM'nin bu konuda vermiş olduğu kararlar doğrultusunda, işkence suçundan dolayı hükmedilen hapis cezalarının koşullu salıvermenin kapsamı dışına çıkarılmasının, işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü kapsamında uygun bir çözüm olacağı söylenebilir. Ne var ki, AİHM'nin, hükümlülerin koşullu salıvermeden yararlanma olanağının tamamen ortadan kaldırılmasının AİHS m.3'ün ihlalini oluşturacağına ilişkin kararlarını da göz önünde bulundurduğumuzda, işkence suçunun koşullu salıvermenin kapsamı dışına çıkarılmasından çok, koşullu salıverme hükümlerinin uygulanabilmesi için infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin uzatılması yoluyla koşullu salıvermenin güçleştirilmesi ile bu sorunun aşılabileceği kanaatindeyiz.

2. Af

Hukukumuzda oldukça eleştirilen bir kurum olan af; genel ve özel af olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. AY m. 87 ve TCK m. 65/1 hükümlerince düzenleme altına alınan genel af, TBMM'nin üye tam sayısının 3/5 çoğunluğunun kararı ile verilebilen, kamu davasının düşmesini ve hükmedilen cezaların tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalkmasını sağlayan bir kurumdur. TCK m. 65/2 ve AY m. 104'te düzenlenen, TBMM yahut Cumhurbaşkanı'nın kararı ile çıkarılabilen özel af durumunda ise hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilmekte, infaz kurumunda çektirilecek cezanın süresi kısaltılabilmekte ya da adli para cezasına çevrilmesine karar verilebilmektedir. Görüldüğü gibi özel af durumunda mahkum olunan ceza ortadan kaldırılmakta, azaltılmakta ya da değiştirilebilmektedir. Ancak özel af, mahkumiyetin *sonuçları* bakımından bir değişiklik yaratmamakta; alınmış olan mahkumiyet hükmü daha sonra gündeme gelebilecek cezalar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi, tekerrür gibi kurumların uygulanma koşullarına olumsuz etki etmeye devam

⁵⁴³ Salt yasal düzenleme bakımından değerlendirme yapılacak olsaydı, 4616 sayılı kanun 1/5-a maddesinde, 765 sayılı TCK'nın 243. maddesi bakımından uygulanmayacağı öngörüldüğünden, AİHS m. 3 kapsamında işkence yasağından kaynaklanan usuli yükümlülüğün ihlal edilmediğini ifade etmemiz mümkün olabilecekti. Fakat yerel mahkemenin 243. Madde bakımından değerlendirme yapmaması dolayısıyla erteleme uygulaması, işkenceyi etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

etmektedir⁵⁴⁴.

Görüldüğü gibi, hükmolunan cezalarının infazına oldukça önemli etkileri olan af, önemli ancak önemli olduğu kadar da tartışılan bir kurumdur. Ceza kanunlarından ve failin cezalandırılmasından beklenen etkiyi ortadan kaldırdığı ve suçla mücadelede engel teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilen af, hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmekle birlikte, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılmasını da güçleştirmektedir. Bu nedenlerle biz de, affın doğurduğu ve doğurabileceği bu gibi sorunlar dolayısıyla kaldırılması gerektiği yönündeki görüşlere katılıyoruz⁵⁴⁵.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AİHM, işkence yasağının ihlali konusunda oldukça duyarlı olup, işkencenin önlenmesi ve ihlali durumunda failerin en etkili ve caydırıcı biçimde cezalandırılmasını istemektedir. Dolayısıyla, bu tür olaylar karşısında sözleşmecî devletlerin olabildiğince etkili cezalar vermesi ve hükmedilen cezaların da en etkili şekilde infaz etmesi gerekir. Mahkeme bu durumu *Böber/Türkiye* kararında da “...bir Devlet temsilcisinin 3. maddeyi ihlal eden bir suçla itham edilmesi halinde, birbirini takip eden ceza yargılamalarının ve hükümlerin zamanaşımına uğramaması ve af ya da bağışlamaya müsaade edilmemesi gerektiği...”⁵⁴⁶ hususunu hatırlatmış ve oldukça açık bir ifadeyle işkence suçuna ilişkin hükümlerin af kapsamında olmaması gerektiğini ifade etmiştir.

Sonuç olarak, affa ilişkin hükümler bakımından işkence suçu ile ilgili olarak bir istisna öngörülmemiş olması, işkence suçunun cezasız kalması sonucunu doğuracağından, AİHM nezdinde de Türkiye aleyhine mahkumiyet kararlarıyla sonuçlanmasına sebep olacaktır. Bu sebeple, işkence suçu sebebiyle mahkum olunan cezaların, ister genel, isterse özel af olsun, af kapsamı dışında bırakılması oldukça önem taşımaktadır⁵⁴⁷. Özel af her ne kadar mahkumiyeti ortadan kaldırmıyorsa da,

⁵⁴⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 515-516; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Genel, s.749-750; ZAFER, s. 537-538; ÖZBEK, s. 339-340

⁵⁴⁵ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 517; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Genel, s.747; *Özbek*, affın iyi şekilde kullanıldığında, aşırıya kaçılmadığında, çeşitli hukuki ve sosyal yararları olduğunu ifade etmektedir. (ÖZBEK, s. 338)

⁵⁴⁶ *Böber/Türkiye*, B.N. 62590/09, T. 09.04.2013, p. 34 (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 08.05.2015); AİHM’in affa ilişkin görüşü hususunda aynı yönde diğer kararlar için ayrıca bkz. *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 08.05.2015); *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B.N. 42942/02, T. 08.04.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015); *Eski/Türkiye*, B.N. 8354/04, T. 05.06.2012, p. 34, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015); *Taylan/Türkiye*, B.N. 32051/09, T. 03.07.2012, p. 45, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.04.2015)

⁵⁴⁷ ERDAL, s. 135

cezanın infazını sonlandırdığı için yine de AİHM kriterlerine aykırılık teşkil eder niteliktedir.

D. Zamanaşımı

TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçu bakımından en çok sorun yaratan ve AİHM önünde, AİHS 3. maddeden kaynaklanan yükümlülüğün ihlal edildiği gerekçesiyle Türkiye'nin mahkum olmasına neden olan konulardan biri de "zamanaşımı" olmuştur. 765 sayılı TCK döneminde işkence suçu için öngörölmüş zamanaşımı süresi 10 yıl iken, 5237 sayılı TCK döneminde işkence suçunun cezasının 765 sayılı TCK'ya oranla artmış olması sebebiyle zamanaşımı süreleri de artmış ve işkence suçunun basit hali bakımından dava zamanaşımı süresi on beş yıl, suçun ölümle neticelenmesi halinde ise otuz yıl olmuştur. Ayrıca, cezanın üst sınırının on beş yıl olarak öngöröldüğü hallerde ise ceza zamanaşımı süresi yirmi yıl, suçun ölümle sonuçlanması hali bakımından da kırk yıl olarak uygulanmaktaydı⁵⁴⁸.

Ancak oldukça uzun süren soruşturma ve kovuşturma aşamaları ve Yargıtay denetimi aşamasında da sürelerin iyice uzuyor olması dolayısıyla dava zamanaşımı süresi sebebiyle düşen davalar ve ceza zamanaşımı dolayısıyla infaz edilemeyen oldukça fazla ceza olmuş, bu durum da işkence suçunun cezasız kalması sonucunu doğurmuştur. Ayrıca bu durum, AİHM karşısında Türkiye'nin Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan, işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle, Türkiye'nin birçok kez mahkum edilmesine sebep olmuştur.

İzci/Türkiye kararında Mahkeme, işkence iddiaları nedeniyle başlatılan yargılamanın, faillerin teşhis edilememesi, polis memurlarının gaz maskeleriyle yüzünü gizlemesi dolayısıyla teşhisinin zorlaşması, ulusal makamların yargılama sürecini hızlandırmaya yönelik hiçbir girişimde bulunmamış olması dolayısıyla uzamış olması ve dava zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle de davanın düşürölmesini 3. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüğe aykırı bulmuştur. Mahkeme bu durumun, işkenceyle mücadele bakımından caydırıcılığın kaybedilmesine neden olduğunu, bu nedenle zamanaşımı dolayısıyla işkence suçunun cezasız kalmasına müsaade edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ BAKIM, s. 120

⁵⁴⁹ *İzci/Türkiye*, B.N.42606/05, T. 23.07.2013, p. 72-73, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 09.05.2015); Mahkeme *Batı ve Diğerleri* kararında dört sanık hakkında zamanaşımı süresi dolması

Tüm bu sebepler ve AIHM'in Türkiye hakkında verdiği mahkumiyet kararları dolayısıyla oldukça yerinde bir adım olarak 11.04.2013 tarihinde 6459 sayılı kanunun⁵⁵⁰ 9. maddesi ile TCK'nın 94. maddesine eklenen altıncı fıkra ile işkence suçunda zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağına yer verilmiştir. Buna göre, "Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez". Sözü edilen zamanaşımının dava zamanaşımı mı, ceza zamanaşımı mı olduğu hususu açık değildir. Ancak 6459 sayılı kanunun gerekçesinde, bu değişikliğin nedeni olarak "AIHM, işkence veya kötü muamele iddiası ile kamu görevlileri hakkında yargı mercileri tarafından yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesini ve ceza zamanaşımı ile eylemin cezasız kalmasını ihlal sebebi olarak kabul ettiği..." hususu ifade edilmiştir. Değişikliğin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, işkence suçu bakımından hem dava, hem de ceza zamanaşımına ilişkin olarak zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı açıktır.

İşkence suçunda zamanaşımının uygulanıyor olması sebebiyle yapılan eleştirileri⁵⁵¹ karşılayan, işkencenin daha etkili biçimde cezalandırılmasını ve AIHM önünde salt bu sebeple mahkum olunan başvuruların da önüne geçilmesini sağlayacak bu değişiklik, AIHS m. 3 gereğince tüm taraf devletler gibi Türkiye'nin yüklenmiş olduğu işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğünü daha etkili biçimde yerine getirmesine imkan verecek, oldukça yerinde bir düzenlemedir.

Ancak bu düzenleme, işkence suçunda soruşturmanın sürüncemede bırakılmasını haklı kılmaz. Zira bu düzenleme, sürüncemede bırakılarak zamanaşımı dolayısıyla işkence suçunun cezasız bırakılmasının önüne geçilebilmesi amacıyla

dolayısıyla davanın düşmesine karar verilmesi, kovuşturma sonucu ceza alan tek sanığın ise dosyasının hala Yargıtay'da olması ve zamanaşımı dolayısıyla cezasız kalması durumunun oldukça muhtemel olması dolayısıyla 3. madde ile bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Karar için bkz. *Batu ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 33097/96 ve 57834/00, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015); Benzer yönde kararlar için bkz. *Abdilsamet Yaman/Türkiye*, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004, p. 38, 59, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015); *Yeşil ve Sevim/Türkiye*, B.N. 34738/04, T. 05.06.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015); *Ali Yavuz/Türkiye*, B.N. 35160/05, T. 16.10.2009, p. 36, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.05.2015); *Terzi ve Erkmén/Türkiye*, B.N. 31300/05, T. 28.10.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.05.2015); *Tuna/Türkiye*, B.N. 22339/03, T. 19.01.2010, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 14.05.2015); *Uğur/Türkiye*, B.N. 37308/05, T. 13.01.2015, p. 101, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 10.05.2015); *Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye*, B.N. 15828/03, T. 17.03.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.05.2015)

⁵⁵⁰ 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

⁵⁵¹ BAKIM, s. 200, ERDAL, (Cezasızlık Dosyası), s. 127

getirilmiştir. Dolayısıyla, işkence iddiaları en hızlı şekilde ve makul sürede araştırılmalı ve failleri cezalandırılmalıdır.

E. İdare Hukuku Bakımından

1. Disiplin Soruşturması

AİHM'e işkence yasağının ihlali iddiasıyla götürülen başvurular hakkında verilen mahkumiyet kararları için gerekçe gösterilen bir diğer husus ise, işkence ve kötü muamele uyguladığı iddia edilen kamu görevlileri hakkında gereği gibi disiplin soruşturması yapılmaması; yani iddialar doğrultusunda idari soruşturma başlatılmaması, idari ve adli soruşturma ve kovuşturma süreci boyunca işkence uyguladığı iddia edilen kamu görevlisinin görevden uzaklaştırılmaması ve yapılan idari soruşturma neticesinde de gerekli cezanın verilmemesidir⁵⁵².

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun. "Disiplin" başlıklı yedinci bölümünde yer alan, 124 vd. hükümlerinde memurların disiplin suç ve cezaları ile disiplin soruşturmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. DMK'nın 125. maddesinde, devlet memurlarının disiplin cezası gerektiren davranışlarının neler olduğu ve hangi davranışlar bakımından hangi disiplin cezasının uygulanması gerektiği açıktır. Dolayısıyla işkence iddialarının disiplin soruşturulmasına konu edilmediği iddiasıyla AİHM önünde gelen davaların önünün kesilebilmesi için, işkence suçunun faili olduğu yönünde iddialar bulunan kamu görevlisi hakkında DMK m. 124 ve m. 125 doğrultusunda, derhal disiplin soruşturması başlatılması ve başlatılan bu soruşturmanın olabildiğince hızlı bir şekilde neticelendirilmesi ve caydırıcılığı sağlayacak nitelikte cezaların verilmesi gereklidir⁵⁵³. DMK m. 131

⁵⁵² 2660 sy. Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü m.8/39'da "(Ek : 26/7/1983 - 83/6883 K.) İş sahiplerine ya da herhangi bir nedenle Emniyet binalarına gelen ya da getirilenlere işkence yapmak" biçiminde işkenceye ilişkin olarak "meslekten çıkarma" disiplin cezası öngörülmüş ve cezanın uygulanması bakımından aynı kanunun 9. Maddesinde ise meslekten çıkarma cezalarının uygulanması bakımından 657 sayılı DMK'nın uygulanacağı ifade edilmiştir. ; *Okkalı/Türkiye* davasında başvuran, sanığın hüküm olsa dahi bu cezanın hiçbir zaman gereği gibi infaz edilmeyeceğini, kendisini ancak verilecek oldukça ağır bir disiplin cezasının tatmin edeceğini ifade etmişti. Görüyoruz ki, disiplin cezalarına suçun mağduru tarafından yüklenen anlam da oldukça büyüktür. (Karar için bkz. *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 11.05.2015)); ERDAL, s. 203; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 136

⁵⁵³ Korkutma işlevi de olan disiplin cezaları, hizmetin görülmesi sırasında benzer nitelikte kusurlu hareketlerin yapılmasını engelleyebilecek nitelikteyken, eğitim işlevi aracılığıyla memurun disipline edilmesini sağlamaktadır. (Bkz. SANCAKDAR, Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, (Disiplin Yaptırımı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 153

gereğince ceza soruşturması ile disiplin soruşturmasının bir arada yürütülebileceği de oldukça açık şekilde ifade edilmiştir. Bu nedenle hakkında işkence suçunu işlediği iddiasıyla ceza soruşturması başlatılan kamu görevlisi hakkında aynı zamanda disiplin soruşturması da yürütülmemesi için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Kaldı ki, memur hakkında yürütülen ceza muhakemesine ilişkin kovuşturmanın sonucu beklenmeksizin disiplin soruşturmasına başlanması ve sonuçlandırılması mümkün ve hatta zorunludur. DMK m. 131'deki idareyi bağlayıcı nitelikli hükümler de bunu gerektirmektedir⁵⁵⁴. Zaten ceza muhakemesinin sonucunun beklenmesi durumunda, disiplin hukuku bakımından öngörülen zamanaşımı sürelerinin aşılması muhtemel olduğundan disiplin soruşturması sonucunda ceza verilmesi de mümkün olmayacaktır⁵⁵⁵. Ancak bu hükümlere dayanarak işkence olayları hakkında o kadar az soruşturma yürütülmüştür ki, AIHM'in konu ile ilgili olarak Türkiye hakkında verdiği oldukça fazla sayıda mahkumiyet kararı mevcuttur.

Eski/Türkiye kararında, haklarında altı yıl boyunca ceza yargılaması sürdürülen polis memurları ile ilgili olarak disiplin soruşturması yapılmamış olması, Mahkeme tarafından AIHS 3. maddenin usul yönünden ihlal edildiğine gerekçe gösterilmiştir⁵⁵⁶.

Taylan/Türkiye kararında ise on üç polis memuru hakkında kötü muamelede buldukları gerekçesiyle disiplin soruşturması başlatılmış, ancak soruşturma neticesinde iddiaların etkin biçimde incelenmemesi dolayısıyla, polis memurlarına disiplin cezası verilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir. Bu olay bakımından AIHM'in 3. maddenin esastan ihlal edildiğine kanaat getirdiği de düşünülürse; disiplin kurulu, disiplin soruşturması neticesinde etkili bir değerlendirme yapmamış ve soruşturma merciince yerinde bir karar verilmemiştir⁵⁵⁷.

AIHM'in etkin soruşturma yükümlülüğü bakımından kararlarında dikkat çektiği bir başka husus ise, işkence suçu dolayısıyla hakkında soruşturma ya da

⁵⁵⁴ DÖNMEZ, (4483), s. 83; PINAR, İbrahim, Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku, (Disiplin Hukuku), Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2008, s. 122

⁵⁵⁵ PINAR, Disiplin Hukuku, s. 121

⁵⁵⁶ *Eski/Türkiye*, B.N. 8354/04, T. 05.06.2012, p. 35, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 11.05.2015); Failler hakkında disiplin soruşturması başlatılmayan diğer kararlar için bkz. *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 11.05.2015)

⁵⁵⁷ *Taylan/Türkiye*, B.N. 32051/09, T. 03.07.2012, p. 29, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015); Benzer kararlar için bkz. *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B.N. 42942/02, T. 08.04.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 11.05.2015); *Ahmet Akman/Türkiye*, B.N. 33245/05, T. 13.10.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 11.05.2015)

kovuşturma işlemleri devam eden kamu görevlilerinin bu süreç boyunca görevine devam etmesidir. Bu doğrultuda, DMK m. 140⁵⁵⁸ uyarınca hakkında ceza soruşturması yürütülen devlet memurlarının görevden uzaklaştırılabilecekleri öngörülmüştür⁵⁵⁹. Bu maddenin hakkında işkence suçu dolayısıyla soruşturma işlemlerine başlanmış kişiler için uygulamaya koyulması halinde AİHM'in ihlal tespiti yaptığı sorun da ortadan kalkacaktır. Ancak görevden uzaklaştırmaya ilişkin hükümlerin uygulanması mecburi tutulmadığı için, genellikle hakkında işkence suçundan dolayı ceza muhakemesi yapılan kişiler görevlerine devam etmekte, bu durum da, AİHM nezdinde usuli yükümlülükler kapsamında sorun yaratmaktadır. Zira AİHM, hakkında işkence suçu dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yürütülen görevlilerin görevden uzaklaştırılmasını ilke olarak devletlerden beklerken, DMK'da devlet memurunun "takdiri olarak" görevden uzaklaştırılmasına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Ancak Mahkeme'nin verdiği mahkumiyet kararların sayısından da anlaşılmaktadır ki, idarece bu konudaki takdir yetkisi devlet memurlarından yana kullanılmaktadır. Oysa ceza soruşturması dolayısıyla görevden uzaklaştırmaya ilişkin DMK'da yer verilen hükümler AİHM'in usuli yükümlülük kapsamında beklentisini karşılayacak niteliktedir. Fakat hükümlerin gereği gibi uygulanmaması dolayısıyla bu mahkumiyet kararlarının önlenmesi için işkence suçu kapsamında bir takım değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Yine görevden uzaklaştırmaya ilişkin hükümlerin uygulanmaması ile ilgili ihlal kararlarından olan *Eski/Türkiye* kararında Mahkeme, bir Devlet görevlisinin işkence ve kötü muamele içeren suçlar dolayısıyla suçlanması halinde, soruşturma ve kovuşturma boyunca görevden uzaklaştırılması ve mahkum edilmesi halinde de görevden alınması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Madde 140 – Haklarında mahkemelerce cezai kovuşturma yapılan Devlet memurları da 138 inci maddedeki yetkililer tarafından görevden uzaklaştırılabilirler.”

“Süre:

Madde 145 /2

...Bir ceza kovuşturması icabından olduğu takdirde görevinden uzaklaştırmaya yetkili amir (Müfettişlerin görevinden uzaklaştırdıkları memurlar hakkında atamaya yetkili amir) ilgilinin durumunu her iki ayda bir inceleyerek görevine dönüp dönmemesi hakkında bir karar verir ve ilgiliye de yazı ile tebliğ eder.”

⁵⁵⁹ SANCAKDAR, Disiplin Yaptırımı, s. 182; SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, 531; YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY, s. 448; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt-1, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 914

⁵⁶⁰ *Eski/Türkiye*, B.N. 8354/04, T. 05.06.2012, p. 34, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 11.05.2015); Aynı yönde bkz. *Taylan/Türkiye*, B.N. 32051/09, T. 03.07.2012, p. 45,

Bir kamu görevlisine yönelik işkence ve kötü muamele iddialarının gündeme gelmesi halinde, doğrudan soruşturma işlemlerine başlayacak birimlerin, ilgili kurum içinde oluşturulması; bu birimler tarafından kamu görevlileri hakkında cezai soruşturma başlatılması ile birlikte, DMK m. 140 doğrultusunda görevden uzaklaştırılmalarının sağlanması ve aynı zamanda haklarında idari soruşturma başlatılması ve yapılacak etkin incelemenin ardından uygun cezaların verilmesi gereklidir. Bu konunun takibinin kurulacak bir birimce gerçekleştirilmesi meydana gelebilecek aksaklıkları önlerken, bir yandan da süreci hızlandıracak, bu da AİHM kriterlerine çok daha uygun bir uygulama gelişmesine katkı sağlayacaktır⁵⁶¹.

2. Mağdurun Zararına İlişkin Tazminat Bakımından

İşkence mağdurlarının zararlarının devlet tarafından tazmin edilmesi gerekliliği de AİHM içtihatlarının incelenmesi sonucu çıkardığımız ilkelerden bir diğeridir. Bu kapsamda Mahkeme, failerin cezalandırılmasının yanı sıra, idare tarafından mağdurun işkence ve kötü muamele sonucu meydana gelen zararının da idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Zararın tazmini için; bir zarar meydana gelmiş olması, zararın bir memurun fiili neticesinde oluşmuş olması ve zararın mücbir bir sebep neticesinde oluşmamış olması gerekmektedir⁵⁶². Bu koşullar doğrultusunda hakimin olayın özelliklerini değerlendirerek, saldırının niteliğini, mağdurun kişisel özelliklerini, meydana gelen acı ve duygusal durumu değerlendirerek uygun miktarda bir tazminat takdir etmesi gerekmektedir⁵⁶³. Danıştay da benzer doğrultuda, işkence iddialarına yönelik olarak açılan tam yargı davalarında hükmedilen tazminat miktarlarının gerçek zararı karşılaması gerektiğini ve ilk derece incelemesinde takdir edilen tazminat miktarlarının yetersiz olduğunu ifade etmektedir⁵⁶⁴. Kaldı ki, işkence dolayısıyla açılan davalar kapsamında hükmedilen tazminat miktarlarının, mağdurun zararıyla orantılı olmaması, tamamen

(<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 09.05.2015); *İzci/Türkiye*, B.N.42606/05, T. 23.07.2013, p. 72-73, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 11.05.2015)

⁵⁶¹ Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı"nda öngörölmüş hedeflerden biri olan soruşturmanın etkinliğinin artırılması amacıyla, Kolluk görevlileriyle ilgili ihbar ve şikayetlerin tek elden değerlendirilmesi amacıyla "Kolluk Gözetim Komisyonu" kurulmasına ilişkin kanun tasarısı hazırlanmış ve sürecin takibini yapacak kurum olarak da İçişleri Bakanlığı belirlenmiştir. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı, s. 11, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/duyuru/eylemplan.pdf> , Erişim Tarihi: 23.05.2015)

⁵⁶² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (İHS), s. 135

⁵⁶³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (İHS), s. 135; AKGÜL, , Aydın, "İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri", TBB Dergisi, Sayı:112, Yıl: 27, Mayıs-Haziran 2014, s. 221

⁵⁶⁴ AKGÜL, s. 222

göstermelik miktarlara hükmedilmesi konuya gereken özenin gösterilmediğini ortaya koymaktadır⁵⁶⁵.

Anayasa m. 40/3 ile m. 129/5'e ve DMK m. 13'e göre, kişilerin kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla uğradıkları zararların tazmin edilmesi amacıyla, ilgili kurum aleyhine dava açması mümkündür. Hukuk sistemimizde işkence dolayısıyla uğranılan zararların tazmini için ayrıca özel bir hüküm bulunmadığından, bu maddeler doğrultusunda devletin kusursuz sorumluluğu esası gereğince işkence mağduru olan kişilerin zararı karşılanacaktır⁵⁶⁶. Bu sebeple açılan tam yargı davaları neticesinde hakkaniyete uygun miktarda tazminata hükmedilmesi yerinde olacağı gibi, rücu mekanizmasının işletilmesi de işkence ile etkin mücadeleye katkı sağlayacaktır⁵⁶⁷. Kanunun zarar gören kişilerin açacakları davaların kamu görevlileri aleyhine değil, idare aleyhine açılması şeklinde bir usul öngörmesinin sebebi devlet personelinin görevini icra ederken, sürekli aleyhine dava açılacağı tedirginliği yaşamasını önlemektir. Kaldı ki, reddedilen tazminat talepleri, sonuçlandırılmayan disiplin soruşturmaları ve AY m. 129/5 ve DMK m. 13 uyarınca devlet tarafından ödenen tazminatlar gereğince "memura rücu" yolunun oldukça az işletilen bir yol olması da devletin gerek kanunlarıyla ve gerekse uygulamalarıyla devlet personelini korumayı tercih etmektedir. İşte benimsenen bu tavır da AİHM'ne giden başvuruların mahkumiyet kararlarıyla sonuçlanmasına neden olmaktadır.

DMK m. 13'te öngörülen tazminat, memurların idare edilenlere karşı hukuki sorumluluğuna ilişkindir. Memurların görevleri ile ilişkili hareket ve işlemleri sebebiyle, bağlantı kurdukları kişilere verdikleri zararın hizmet kusurundan kaynaklanması halinde kamu hukuku kuralları gereğince bu zararlardan sorumlu olacaklardır⁵⁶⁸. Ancak daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, bu takdirde meydana gelen zarar dolayısıyla açılacak tam yargı davası idareye karşı açılacak, idare de zararı tazmin ettikten sonra m. 13/2 gereğince memura rücu edecektir⁵⁶⁹.

İşkence ve kötü muamele dolayısıyla kişilerin uğradığı zararlardan dolayı

⁵⁶⁵ ERDAL, s. 269

⁵⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (İHS), s. 134; ERDAL, s. 264; AKGÜL, s. 202

⁵⁶⁷ AKGÜL, s. 220; KURT, Saltuk Buğra, "İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk ve Kamu Görevlilerine Rücu Sorunu" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Niğde Üniversitesi SBE, Niğde, 2011, s. 65

⁵⁶⁸ GÖZLER, s. 672; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 726

⁵⁶⁹ GÖZLER, s. 674; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 726; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR s. 206; AKGÜL, s. 225

idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak 2002 yılında getirilen oldukça önemli bir düzenleme de DMK m. 13/2 hükmü olmuştur. “İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” şeklindeki hüküm, işkence dolayısıyla devletin sorumlu olmasına sebep olan kamu görevlileri açısından caydırıcı ve yerinde bir hüküm olmuştur. Zira bu durum AİHM’nin hükmettiği ve devlet tarafından ödenen yüksek miktardaki tazminatların, memurdan rücu yoluyla alınması anlamına gelecektir ki bu durum da dolaylı olarak caydırıcılık sağlayacaktır⁵⁷⁰. Ancak bu konuda da esas olarak DMK m.13/1-2’nin uygulanıp uygulanmadığı hususu önem arz etmektedir⁵⁷¹.

Sonuç olarak, Anayasa ve DMK’daki hükümlerden anlaşıldığı üzere, kişilerin kamu görevlilerinin hizmete dayanan kusurları dolayısıyla uğradıkları zararlarının devlet tarafından tazmin edilmesi anayasal düzeyde koruma altına alınmış, tazminat dolayısıyla memura rücu edilebilmesine ilişkin hükümlerle de memurun görevini icra ederken çok daha titiz biçimde hareket etmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu tazminat hakkının kişilere sağlanması AİHS ile yüklenmiş olduğumuz yükümlülüklerin yerine getirilmesi için önemli olduğu kadar, hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerinin

⁵⁷⁰ AKGÜL, s. 232; Hükmün amacını gerçekleştiremeyeceği yönünde görüşler de mevcuttur. *Sancar*’a göre, düzenleme her ne kadar işkenceyi önleme yolunda caydırıcı olacak bir düzenleme niteliğinde gibi gözüke de, gerek iç hukuk düzeni ve gerekse AİHM’nin yargılama düzeni dolayısıyla işletilemeyecek bir düzenlemedir. Yazara göre çoğu zaman fail dahi tespit edilmeden ya soruşturma izni alınamaması ya da takipsizlik/beraat gibi neticeler dolayısıyla sonuçlandırılmayan ceza yargılaması sonucunda failin tespiti mümkün değildir. Kaldı ki, AİHM de işkence yasağının ihlal edilip edilmediğine yönelik bir inceleme yaptığından rücu müessesesi bakımından etkili bir karar veremeyecektir. Bu nedenle *Sancar*, her ne kadar samimi bir düzenleme gibi görünse de DMK m. 13’ün etkili bir hüküm olmadığı görüşündedir. (SANCAR, Türkan Yalçın, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, AÜSBF Dergisi, Ekim-Aralık 2002, s. 158)

⁵⁷¹ Danıştay, “...davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır.” ifadesi ile, rücu kurumunun işletilmesinin Anayasa normu gereği uygulanması gerektiğini ifade ederek, idarenin bu hususta takdir yetkisinin bulunmadığını ifade etmektedir. (Danıştay 10. Daire, E. 2006/1212, K. 2009/652, T. 6.2.2009, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 13.05.2015); Danıştay bir başka kararında ise, DMK m. 13/2’nin rücu hususuna ilişkin en açık norm olduğunu ifade etmekle birlikte; 13/2 kapsamı dışında kalan durumlarda da zarara uğradığı yargı kararı ile saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin DMK m. 13’ün yanı sıra, Anayasa m. 129 ve hukuk devleti ile hukukun üstünlüğü ilkeleri ve yine rücuya ilişkin genel kurallar kapsamında bir yükümlülük olduğunu ifade etmektedir. Danıştay’a göre, rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlilerinin kişisel kusurları sebebiyle doğrudukları zararların kendileri tarafından karşılanması ve yargı kararlarının uygulanması ile etkisiz bırakılmamaları, kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerden kaçınma konusunda daha titiz davranmalarını sağlayacaktır. (Danıştay 5. Daire, E.2007/7369, K.2008/3234, T.3.6.2008, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 13.05.2015)

karşılanması için de oldukça önemlidir. Bu doğrultuda zarara uğrayan kişilerin tazminat talepleri en etkin biçimde incelenmeli ve uygun bir tazminat ödenmelidir. Yine aynı ilkeler ve yükümlülükler gereğince tazminata hükmedilmesinin yanı sıra, hükmedilen tazminatlar gereğince ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi de bir o kadar önem taşımaktadır. Zira bu hüküm aracılığıyla AİHM'in de gerçekleştirilmesini istediği "caydırıcılık" ve "etkililik" unsurları sağlanabilecektir⁵⁷². Bu nedenle AY m. 129/5'te yer alan rücu konusuna ilişkin anayasal düzenlemeye rağmen, 13. maddede "personeler rücu kurumu"nun takdiri olduğu yönünde görüşler bulunduğu için 13. maddede "idarenin memura rücu etmesinin bir zorunluluk olduğu" yönünde değişikliğe gidilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz⁵⁷³.

Gäfgen/Almanya kararında Mahkeme, başvuranın 3. madde ihlali dolayısıyla uğradığı zararın tazmini için başvurduğunu, ancak gerek üç yıl boyunca adli yardım konusunda yardım alamaması dolayısıyla, gerekse bu süreç boyunca hiç duruşma yapılmamış ve başvurunun esasen karara bağlanmamış olması dolayısıyla sonuçlandırılmamış olduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme, bir Sözleşme ihlali için uygun ve yeterli bir giderimin ancak, tazminat başvurusunun ulaşılabilir, yeterli ve etkili olması koşuluyla sağlanabileceği kanaatindedir. Söz konusu başvuru bakımındansa, makul sürenin aşılması, etkili inceleme yapılmaması ve tazminata hükmedilmemiş olması dolayısıyla usuli yükümlülüğün ihlal edilmiş olduğuna karar verilmiş, gerekli maddi giderimin iç hukuk aracılığıyla sağlanmamış olması dolayısıyla da Mahkeme 41. madde gereğince tazminata hükmederken, miktarın tespitinde bu hususu da dikkate alarak tazminat miktarını daha yüksek

⁵⁷² Ne yazık ki, memura rücu mekanizmasının işleyişini tespit edebilmek ve bu hususta istatistiksel veri oluşturabilmek amacıyla, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Gen. Müd. İle İnsan Hakları Daire Başkanlığı'na, Maliye Bakanlığı'na, Türkiye İstatistik Kurumu'na yapmış olduğumuz bilgi edinme başvuruları olumsuz cevaplanmış olduğundan, "*Memura Rücu*" kurumunun etkili işleyip işlemediği hususunda ayrıntılı ve güncel bilgi edinememiş bulunmaktayız.; ERDAL, s. 275

⁵⁷³ Aynı yönde öneri için bkz. SANCAR, s. 168; AKGÜL, s. 226; AY m. 129/5 gereğince DMK m. 13'te öngörülen usul takdiri değil, anayasal bağlı yetkidir ve bu doğrultu da mecburidir. (Bkz. KURT, s. 72-73); Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı*"nda öngörülmüş hedeflerden biri olan "Kötü Muamelenin Önlenmesi" amacıyla işkence ve kötü muamele nedeniyle devlet tarafından ödenen tazminatların, suçun faili olan kamu görevlisinden tahsili için rücu yolunun etkili biçimde kullanılabilmesi amacıyla etkili biçimde işletilmesini sağlayacak usul ve esasları belirlenmesi ve gerekli görülmesi halinde gerekli mevzuat değişikliklerinin yapılması amacıyla çalışmaları yapmak üzere, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı ve HSYK sorumlu kurumlar olarak eylem planı dahilinde belirlenmiştir. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı, s. 9, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/duyuru/eylemplan.pdf>, Erişim Tarihi: 23.05.2015)

belirlemiştir⁵⁷⁴.

Okkalı/Türkiye başvurusuna konu olan olayda, başvuran uğradığı manevi zararı dolayısıyla İçişleri Bakanlığı'na başvurmuştur. Bakanlığın bu talebi reddetmesi üzerine, konu ile ilgili olarak İzmir İdare Mahkemesi'nde Bakanlık aleyhine dava açılmıştır. Ancak Mahkeme, 2577 sayılı kanun⁵⁷⁵ 13. maddesi⁵⁷⁶ uyarınca zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle talebi reddetmiş ve karar Danıştay tarafından da onanmıştır. Onama kararı üzerine başvuranın avukatı, 2577 sayılı kanunun mevcut davada uygulanmasının uluslararası hukuk gereğince kötü muamele ve işkencenin önlenmesi açısından yerinde olmadığını ifade ederek karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Ancak karar Danıştay tarafından mevcut haliyle onanmıştır. AİHM, devlet görevlilerinin davranışları neticesinde gündeme gelen işkence ve kötü muamele olaylarına ilişkin davaların ve mahkumiyet hükümlerinin zamanaşımı gerekçesiyle geçersiz kılınamayacağı yönündeki yerleşik içtihadını tekrarlayarak, başvuruya konu olan durumun 3. maddeye usul yönünden aykırılık teşkil ettiğine kanaat getirmiştir⁵⁷⁷.

İdare aleyhine açılan tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı sorununun önüne geçilebilmesi amacıyla 6098 sy. Türk Borçlar Kanunu m. 72/1'deki düzenlemeye benzer bir hükme, 2577 sy. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da yer verilebilir⁵⁷⁸. Zira İYUK . 13'te, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olan kişilerin bu eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl

⁵⁷⁴ (*Gäfgen/Almanya*, B.N. 22978/05, T. 01.06.2010, p. 126-129, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 12.05.2015); Benzer yönde kararlar için bkz. *Uğur/Türkiye*, B.N. 37308/05, T. 13.01.2015, p. 101, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 12.05.2015)

⁵⁷⁵ 06.01.1982 tarihli 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

⁵⁷⁶ *Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması:*

Madde 13 –

1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.

2. Görevli olmayan adli ve askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz."

⁵⁷⁷ *Okkalı/Türkiye*, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 15.05.2015)

⁵⁷⁸ TBK m. 72/1 "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlülüğünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kamınlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır." şeklindedir.

içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemelerinin gerekli olduğu ifade edilmiştir; aksi halde hak kayıpları gündeme gelecektir. Bu düzenlemede TBK m. 72/1’de yer alan düzenlemeye paralel olacak şekilde, meydana gelen ihlale ilişkin olarak “*ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanacağına*” ilişkin bir değişiklik yapılması, AİHM önünde meydana gelen bu ihlallerin önüne geçilmesini sağlayabilecektir. Kaldı ki, işkence suçu zamanaşımı sürelerinin dışında bırakılmış olduğundan, bu şekilde yapılacak bir düzenlemeyle idare aleyhine açılacak tazminat davaları bakımından da hak kaybına uğranmasının önüne geçilebilecektir.

F. Denetim Muhakemesi Aşamasında Karşılaşılan Problemler

İşkence olaylarının etkili biçimde soruşturulması için son aşamanın denetim muhakemesi aşaması olup, temyiz incelemesi ile ardından Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulması halinde AYM’de yapılacak denetimi kapsamaktadır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi, AİHM içtihatları ve uluslararası sözleşmeler bakımından “*etkili soruşturma*” kavramı soruşturma, kovuşturma ve denetim muhakemesi aşamalarını kapsamaktadır.

Dolayısıyla daha önce ifade ettiğimiz tüm ilkelerin denetim muhakemesi aşamasında da dikkate alınması ve uygulanması ile ihlal edildiği tespit edilen hususların da iyileştirilmesi gerekmektedir.⁵⁷⁹

Yargıtay önünde yapılan denetim aşamasında gündeme gelen oldukça önemli sorunlardan birinin temyiz incelemesinin oldukça uzun sürmesidir. Geçen bu süre zarfında zamanaşımı süresinin dolması dolayısıyla düşme kararı verilmesi AİHM nezdinde usuli yükümlülüğün ihlal edilmesi sebebiyle Türkiye’nin mahkum edilmesine yol açmaktadır. Bu sorun her ne kadar işkence suçuna ilişkin zamanaşımı sürelerinin 11.04.2013 tarihinde 6459 sayılı kanunun 9. maddesi ile kaldırılması suretiyle bertaraf edilmişse de, temyiz incelemesinin makul sürede sonuçlandırılmamış olması da, başlı başına AİHM içtihatlarında da ifade edildiği

⁵⁷⁹ AİHM bu kararında temyiz aşamasında öne sürülen işkence iddialarını değerlendirmemiş ve karar düzeltme talebini reddetmiş, temyiz incelemesini etkin bir şekilde yerine getirmemiştir. (*Karakaş ve Yeşilirmak/Türkiye*, B.N. 43925/98, T. 28.06.2005, p. 27, 28, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 14.05.2015); İşkence ile alınan ifadelerin CMK m. 135’e aykırı olduğu hususunun değerlendirmede göz önünde tutulmamasının sebep olduğu mahkumiyet kararı için bkz. *Örs ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 46213/99, T. 20.06.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/>), Erişim Tarihi: 14.05.2015)

üzere, AİHS m.3'ten kaynaklanan usuli yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle Yargıtay önüne giden dosyaların ivedilikle incelenip karara bağlanması amacıyla konuya ilişkin düzenlemeler yapılması gerekmektedir⁵⁸⁰. Bu şekilde Yargıtay önünde yapılan incelemenin kısa sürede tamamlanmasının ve işlendiği tespit edilen işkence suçlarına ilişkin kararların bir an önce kesinleşmesinin sağlanması AİHM'in aradığı kriterlere çok daha uygun olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne yöneltilecek bireysel başvurular bakımından gündeme gelebilecek muhtemel sorun ise başvuruların giderek yoğunlaşması ve bu nedenle şu an hızlı biçimde işleyen anayasal denetim mekanizmasının zaman içerisinde etkisiz kalmaya başlaması durumu olabilecektir. Zira AİHM bu gibi durumlarda da yargı mekanizmasının uygulama biçimi dolayısıyla etkisiz olması ve denetim yapamaması halinde, işletilemeyen yargı mekanizması dolayısıyla "iç hukuk yollarının tüketilmediği" gerekçesiyle yapılan başvuruları reddetmek yerine, iç hukuk yolunun etkisiz olduğunu değerlendirerek yapılan başvuruları inceleme yolunu tercih etmektedir. Bu kapsamda AYM'nin oluşacak başvuru yoğunluğuyla birlikte, yapacağı denetimi makul süre içinde sonuçlandıramaması durumunda AİHM tarafından "etkisiz hukuk yolu" olarak kabul edilmesi söz konusu olabilecektir. Ancak bunun için bir süre daha beklenmesi ve AYM'nin işleyişi incelendikten sonra bir kanıya varılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yayınladığı verilere⁵⁸¹ göre AYM'ye götürülen başvuru sayıları şu şekildedir:

- ✓ 2012 yılı: 1342
- ✓ 2013 yılı: 9897
- ✓ 2014 yılı: 20578

⁵⁸⁰ *Yeşil ve Sevim/Türkiye*, B.N. 34738/04, T. 05.06.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 14.05.2015); *Terzi ve Erkmén/Türkiye*, B.N. 31300/05, T. 28.07.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 14.05.2015); *Ali Yavuz/Türkiye*, B.N. 35160/05, T. 16.10.2009, p. 36 (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 14.05.2015); *Tuna/Türkiye*, B.N. 22339/03, T. 19.01.2010, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 14.05.2015); *Gökhan Yıldırım/Türkiye*, B.N. 31950/05, T. 23.02.2010, (<http://hudoc.echr.coe.int/> , Erişim Tarihi: 14.05.2015)

⁵⁸¹ Anayasa Mahkemesi'nin yayınlamış olduğu verilere göre, 23 Eylül 2012- 10 Nisan 2015 tarihleri arasında, Mahkeme'ye işkence ve eziyet yasağının ihlal edildiği iddiasıyla 507 başvuru götürülmüş, yine aynı tarihler arasında bu başvuruların yalnız üç tanesi bakımından ihlal bulunduğu ilişkin karar verilmiştir. (http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_10_nisan_2015.pdf , Erişim Tarihi: 03.06.2015)

✓ 2015 yılı: 6250 (10 Nisan 2015 tarihine kadar yöneltilen başvuru sayısı)

Sayılarından da görüldüğü gibi Mahkeme'ye yöneltilen başvuru sayısında her yıl artış olmuştur. 2015 yılının ilk çeyreğinde 6250 adet başvuru yapılmış olması da 2015 yılında yapılacak başvuruların, 2014 yılında yapılan başvuruların sayısını aşacağını göstermektedir. Kaldı ki, mahkeme önündeki derdest dosya sayısının da 18538 olması, AYM önünde yapılacak değerlendirmenin aksamaya başlayabileceğine ilişkin kaygılarımızı doğrular niteliktedir.

Bu başlık altında değerlendireceğimiz son konu ise 01.04.2013 tarihinde, 6549 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172. maddesine eklenen 3. fıkra hükmüdür⁵⁸². CMK'da yapılan bu değişiklikle birlikte, AİHM'e yapılan başvurular neticesinde, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin verilen kararın etkin olmayan bir soruşturma neticesinde verildiği tespit edilir ve bu hususta usule ilişkin yükümlülüklerin ihlal edildiği gerekçesiyle Türkiye aleyhine mahkumiyet kararı verilirse, kararın kesinleşmesini takip eden üç aylık süre içinde talep edilmesi halinde yeni bir soruşturma başlatılabilecektir⁵⁸³.

Madde gerekçesi⁵⁸⁴ ile birlikte bir değerlendirme yapıldığında, söz konusu düzenlemenin Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinden kaynaklanan usuli yükümlülüğün ihlalinin söz konusu olması durumunda yeniden etkili ve yeterli bir soruşturma yürütülmesinin sağlanması amacıyla getirildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

⁵⁸² **Madde 172/3:** (Ek: 11/4/2013-6459/19 md.) Kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.

⁵⁸³ Değişiklik öncesi dönemde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra bu karar ya mahkemeye yapılacak itiraz üzerine mahkemenin vereceği karar üzerine ya da yeni bir delil bulunması dolayısıyla savcının alacağı bir karar ile ortadan kalkabilirken artık AİHM'in etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkin kararı üzerine yapılacak taleple de kalkabilecektir. Yani bu değişiklikle birlikte üç durumda kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ortadan kalkacaktır.; Bu hüküm, Türk hukukunda etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin ilk normatif düzenlemedir. (ŞENOL, s.198); ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 595

⁵⁸⁴ **172/3. Maddenin gerekçesi:**

Madde 15- AİHM, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin başvurularda, bu hakların hem esas hem de usul bakımından ihlal edildiğine karar verebilmektedir. AİHS'in 2 nci ve 3 üncü maddeleriyle ilgili birçok kararında, bu hakları ihlal eden bir saldırı olduğunda, Devletin etkili ve yeterli bir soruşturma yapmak zorunda olduğu vurgulanmaktadır. Yapılan değişiklikle, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararların etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması durumunda, üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılacağı öngörülmektedir.

Ne var ki, etkili soruşturma yükümlülüğünün Sözleşme ile koruma altına alınan tüm haklara yönelik ihlaller bakımından söz konusu olması, ancak CMK m. 172/3'ün yalnızca 2. ve 3. madde ihlalleri için bir düzenleme getirmesi nedeniyle eleştirilmektedir⁵⁸⁵. Ancak yine de ifade edilmelidir ki, çalışmamız boyunca değerlendirmeye ve ifade etmeye çalıştığımız gibi, AİHS m. 3'ten kaynaklanan usuli yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi bakımından yerinde ve önemli bir değişiklik olmuştur.

Yine bu değişiklik bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus, değişikliğin yalnızca "soruşturma aşaması"nı kapsıyor olmasıdır⁵⁸⁶. Zira daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere AİHM, *soruşturma* deyimini ile soruşturma aşamasının yanı sıra kovuşturma ve temyiz aşamaları ile birlikte idare ve hukuk mahkemelerinde yürütülen işlem ve davaları da kastetmekte ve bu aşamalarda da aynı kriterlere bağlı olarak etkin bir inceleme ve yargılama yapılmasını beklemektedir. Dolayısıyla değişikliğin yerinde, ancak eksik olduğu hususundaki eleştirilere biz de katılıyoruz⁵⁸⁷. AİHM önünde bu yükümlülüğün ihlalinin tespit edilmesi halinde yeniden dava açılması sanık aleyhine bir durum teşkil edeceğinden, CMK m. 311/1-f gereğince yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükmün de uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple ya 172/3. maddenin soruşturma aşamasının yanı sıra kovuşturma aşamasını da kapsadığına dair yapılacak bir değişiklikle ya da 314. maddede düzenlenen sanık aleyhine olsa da yargılamanın yenilenmesine imkan veren sebepler arasına bu konuya ilişkin yeni bir fıkra eklemek suretiyle yapılacak bir değişiklik ile bu sorunun bertaraf edilebileceği kanaatindeyiz⁵⁸⁸.

Nihayet konuya ilişkin bir diğer önemli sorun da işkence iddialarına yönelik olarak başlatılan soruşturmanın etkili olarak yürütülmemesi sebebiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla neticelendirilmesi ve bu kararın da etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine yönelik Türkiye aleyhine AİHM kararı verilmesine sebep olması halinde, CMK m. 172/3 gereğince talep edilmesi ve soruşturma başlatılması durumunda soruşturmanın ne şekilde yürütüleceğidir. Zira CMK m. 172/3'ün işletilmesi, AİHM'deki başvuru sürecinin sona ermesini gerektirdiğinden,

⁵⁸⁵ ŞENOL, s. 199

⁵⁸⁶ ŞENOL, s. 198

⁵⁸⁷ ŞENOL, s. 198

⁵⁸⁸ ŞENOL, s. 198

iddiaların üzerinden oldukça fazla zaman geçmesi halinde gündeme gelecektir. İlk aşamada etkili olmayan bir soruşturmanın, aradan bu kadar zaman geçtikten sonra yeniden başlatılması durumunda, AİHM kriterleri doğrultusunda ne ölçüde etkili olacağını söylemek güçtür. Bu nedenle teorik olarak oldukça önemli bir düzenleme olsa da, CMK m. 172/3'ün pratikte sağlayacağı faydalara şüphe ile yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu konuya ilişkin bir diğer sorun ise, maddeye eklenen üçüncü fıkrada yeni bir soruşturmanın açılmasına ilişkin olarak “talep halinde yeniden **açılır**” şeklinde muğlak bir ifade tercih edilmiş olmasıdır. Talepte kim bulunacaktır? Talebe rağmen soruşturma açılmaması durumunda ne yapılacaktır? Bu halde konuya ilişkin tekrar AİHM'e başvuru yapılması mümkün olabilecek midir? Bize göre, her ne kadar maddede talep halinde ne şekilde harekete geçilmesi gerektiği açık bir şekilde ifade edilmemişse de, talepte bulunulması halinde, ihlal edildiği AİHM tarafından tespit edilen hususlara dikkat edilerek yeni bir soruşturma açılmasının **zorunlu** olduğu kanaatindeyiz.

Konuya ilişkin son olarak ifade etmeliyiz ki, 172/3. madde gereğince talepte bulunulmasına rağmen yine de yeni bir soruşturmaya başlanmamış olması halinde, bu durumun etkili başvuru hakkını ihlal ettiği iddiasıyla AİHM'e yeni bir başvuru yapılmasından söz etmenin uygun olmadığı görüşündeyiz. Zira, bu durum AİHS m. 35/2-b'de, “*Başvuru, Mahkemece daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa*” AİHM'in bu tür başvuruları ele almayacağı şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla AİHM, aynı konuya ilişkin başvuruları, Sözleşmenin farklı bir maddesinin ihlal edildiğine dayanılarak yapılmış olsalar dahi incelemeyecektir. Bu nedenle, CMK m. 172/3 gereğince yöneltilecek taleplerin de en etkin biçimde değerlendirilmesi ve denetim muhakemesi aşamasında gereğinin yapılması oldukça önem arz etmektedir. Aksi halde sadece kararı yerine getirme yükümlülüğü kapsamında diğer denetim mekanizmaları harekete geçirilebilecektir.

SONUÇ

En temel insan haklarından olan ve ihlal edilmesi de hiçbir meşru nedene dayandırılması mümkün olmayan, sert çekirdekli haklardan biri olan işkence görmeme hakkı, ulusal ve uluslararası düzeyde birçok belge ile koruma altına alınmıştır. Kişilere sağlanan bu hak ile kişi dokunulmazlığı ve bütünlüğü, insan onuru ve hatta yaşama hakkının korunması amaçlanmıştır. Ülkemiz bakımından da bu koruma, anayasal düzeyde bir norm olan AY m. 17/3 ve 38'in yanı sıra, TCK m. 94, CMK m. 148 ve soruşturma aşamasına ilişkin birçok hükümlerle sağlanmaktadır. Ulusal düzeydeki düzenlemelerin yanı sıra, uluslararası düzeyde taraf olunan birçok sözleşme ve özellikle de AİHS m. 3 ile işkence görmeme hakkı koruma altına alınmış, işkence yasaklanmıştır.

Bu yasak kapsamında devletler negatif, pozitif ve usuli yükümlülük olmak üzere üç farklı yükümlülük üstlenmektedirler. Negatif yükümlülük, devlet eliyle yahut bilgisi dahilinde kişilerin işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmamasını sağlama yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülük ise işkence yasağı kapsamında, kişilerin işkenceye maruz kalmasını önlemeye yönelik yasal düzenlemeler yapılması, idari işleyişin düzenlenmesi ve etkin bir yargılama sistemi oluşturulmasını ifade etmektedir.

Etkili soruşturma yükümlülüğü ya da usuli yükümlülük olarak da ifade edebileceğimiz son yükümlülük olan ve AİHS m. 3'ten kaynaklanan işkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü kapsamında ise devletlerin yerine getirmesi gereken hususları şu şekilde ifade etmek mümkündür:

- 1- İşkencenin etkili biçimde soruşturulmasına yönelik olarak yasal düzenlemelerin yapılması,
- 2- İşkence iddialarına yönelik olarak yürütülecek soruşturmanın kendiliğinden ve derhal başlaması, makul sürede ve özenle yapılması,
- 3- Soruşturmanın kamu denetimine açık olarak yürütülmesi ve özellikle mağdurun etkin biçimde soruşturmaya katılımının sağlanması,
- 4- Soruşturma organlarının bağımsız ve tarafsız olması ve

5- Soruşturma neticesinde hükmedilen cezaların etkili biçimde infaz edilmesi.

İşkenceyi etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü kapsamında ülkemiz bakımından gerek Anayasa ve TCK, gerekse CMK kapsamında gerekli düzenlemeler yapılmışsa da bu yükümlülük bakımından eksiklikler mevcuttur ve bu eksiklikler doğrultusunda AİHM nezdinde Türkiye aleyhine verilmiş oldukça fazla mahkumiyet kararı bulunmaktadır. Mahkumiyet kararlarının sayısının en aza indirilebilmesi ve ihlallerin önlenmesi için bir takım değişiklikler yapılması gerekmektedir.

AİHM içtihatları bakımından yapılan değerlendirmeler sonucunda, mahkumiyet kararlarının en aza indirilebilmesi için dikkat edilmesi gereken hususlar:

- 1- TCK m. 94'te işkence suçunun yaptırımı olarak öngörülen ceza aralığının yükseltilmesi ve bu sayede hem cezaya ilişkin takdir yetkisinin daha sınırlı hale getirilmesinin, hem de hapis cezasının ertelenmesi, cezanın adli para cezasına çevrilmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi hükümlerin uygulanmasının önüne geçilmesinin sağlanması,
- 2- İşkence suçunun acele işlerden sayılması, öncelikle ve ivedilikle görüleceğine ve bu davalara adli tatilde de bakılacağına ilişkin olarak CMK'da bir değişikliğe gidilmesi,
- 3- İşkence suçu dolayısıyla mahkum edilen kişilerin koşullu salıverme hükümlerinden faydalanabilmesi için infazda geçirilmesi gereken sürenin arttırılması yönünde bir değişiklik yapılması,
- 4- İşkence suçunun faili olduğu iddia edilen kamu görevlileri bakımından ivedilikle disiplin soruşturulmasına başlanması, bu soruşturma neticesinde caydırıcı cezalar tayin edilmesi ve cezai yargılama boyunca kamu görevlisinin görevden uzaklaştırılmasının sağlanması,
- 5- İşkence ve kötü muamele olayları neticesinde devlet aleyhine hükmedilen ve hazine tarafından ödenen tazminatlara ilişkin AY m. 129/5'te ve DMK m. 13'te öngörülen rücu yolunun etkili biçimde kullanılması ve bu suretle caydırıcılığın

sağlanması,

- 6- Denetim muhakemesinde dosyalar bakımından geçirilen sürenin kısaltılması amacıyla, bu aşamada yapılan incelemenin hızlandırılmasına yönelik değişikliklerin yapılması olarak ifade edilebilir.

Bu değişikliklerin sağlanması ve AIHM'nin içtihatları ile ifade ettiği ilkeler gereğince işkence iddialarının soruşturulması, kovuşturulması ve hükmedilecek cezaların en etkili biçimde infaz edilmesi sağlanabilecek ve AIHS 3. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla Türkiye aleyhine yapılan başvuruların sayısının günden güne azalması sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

1. AKGÜL, Aydın, “İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri”, TBB Dergisi, Sayı:112, Yıl: 27, Mayıs-Haziran 2014, s. 189-237
2. AKILLIOĞLU, Tekin, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, S.10-11/1, Y.1989, s.17-64
3. ALGAN, Bülent, “İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türkiye’ye Armağan, Ankara 2011, (<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm> ,Erişim Tarihi: 04.05.2015)
4. ALGAN, Bülent, “İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011
5. ALTIPARMAK, Kerem, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?”, Ankara Barosu Yayınları, s.60-107
6. ANAYURT, Ömer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, T.2008, S.1-2
7. ANAYURT, Ömer, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı” (AİHS’de İşkence ve Kötü Muamele), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: DOĞAN, İlyas, Adalet Bakanlığı Yayınevi
8. ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014
9. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/duyuru/eylemplan.pdf> , Erişim Tarihi: 23.05.2015
10. AYBAY, Rona, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol”, TBB Dergisi, S.88, Y. 2010
11. AYDIN, Devrim, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt-1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2015, s.137-174

12. BAKIM, Sevi, 5337 Sayılı Türki Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, Beta Yayınları, İstanbul, 2008
13. BAŞBÜYÜK, İsa, "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel S. , 2010
14. BAYRAKTAR, Köksal, "İşkence Suçu", Zabunoğlu Armağanı, Ankara 2011
15. BECCERIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev: Sami SELÇUK, Ankara 2010
16. BİLGE, Burak, "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, Temmuz-Aralık 2014, s. 367-405
17. BİLGİN, Pertev, "Sert Çekirdekli Temel Haklar", İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayın No:1, İstanbul 1995
18. Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. :12
19. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Veta Yayıncılık, Ankara, 2014
20. DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, (İnfaz), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
21. DEMİRBAŞ, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması (İfade), İzmir 1996
22. DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, 1992 Ankara
23. DEVECİ, Ali, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi SBE, Ekim 2014, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
24. DİNÇ, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006
25. DOĞAN, İlyas/AKIL, Abdülkadir, "İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkencenin Soruşturulması", İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: DOĞAN, İlyas, Adalet Bakanlığı Yayımevi
26. DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2006
27. DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, 2012 Ankara
28. DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayıncılık, 2003 Ankara

29. DÖNMEZ, Burcu, Memurlar Hakkında Yapılan Ceza Muhakemesinde Özel Soruşturma Kuralları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (4483), DEÜ SBE, 2001
30. DÖNMEZ, Burcu, “*Türk Ceza Kanunu’nda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı*”, TBB Dergisi, Y.2011
31. ERDAL, Meryem, İşkence ve Cezasızlık Dosyası-2005, TİHV Yayınları:39, Ankara
32. ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001
33. GEMALMAZ, M. Semih, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul 2001
34. GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, (İşkencenin Önlenmesi), İstanbul 1990, Amaç Yayıncılık
35. GEMALMAZ, Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, (YHİY), Kavram Yayınları, 2. Baskı, 1994 İstanbul
36. GEMALMAZ, Mehmet Semih, “*Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı*”, İnsan Hakları Yıllığı, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/5612943ad9e51e8_ek.pdf?dergi=%Dn%20Haklar%FD%20Y%FDII%FD%F0%FD , Erişim Tarihi: 04.06.2015, s. 65-107
37. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2010
38. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013
39. GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011
40. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011
41. HAKERİ, Hakeri, “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu*”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: DOĞAN, İlyas, Adalet Bakanlığı Yayınevi
42. INGELSE, Chris, “*The Committee Against Torture, One Step Forward One Step Back*”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol.18, No.3, 2000

43. KAPANİ, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 1996 Ankara
44. KATOĞLU, Tuğrul, “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı*”, Akademik Yaşamının 55. Yılında Rona Aybay’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı-2. Cilt, Aralık 2014, s.1457-1481
45. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ceza Genel), Ankara 2014
46. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
47. KURT, Saltuk Buğra, “İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk ve Kamu Görevlilerine Rücu Sorunu” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Niğde Üniversitesi SBE, Niğde, 2011
48. MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Esprit des Lois), çev: Fehmi BALDAŞ, İstanbul
49. NAL, Sebahattin, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, Y. 2007
50. NUHOĞLU, Ayşe, “*İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*”, Sahir Erman’a Armağan, Alfa Basım, İstanbul, 1999
51. ÖNOK, Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006
52. ÖZBEK, Veli Özer /KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray /BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2014 Ankara
53. ÖZBEK, Veli Özer /KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray /BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012
54. ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014
55. ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ceza Genel), Ankara 2014
56. ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, “*İşkence Suçu*”, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf, Erişim Tarihi: 18.05.2015)

57. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (Ceza Genel), Ankara 2014
58. ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan, Nazari ve Uygulamalı, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014
59. PETERS, Edvard, Torture, USA 1996
60. PINAR, İbrahim, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Ankara 2009
61. PINAR, İbrahim, Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku, (Disiplin Hukuku), Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2008
62. Pilot Kararlar-AİHM Bilgi Notu, s. 1, (http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/diger/pilot_kararlar.pdf , Erişim Tarihi:12.03.2015, 15.33)
63. REIDY, Aisling, İşkencenin Yasaklanması-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz/İnsan Hakları El Kitapları, No:6, Avrupa Konseyi 2002
64. REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2001
65. SANCAKDAR, Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, (Disiplin Yaptırımı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2001
66. SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013
67. SANCAR, Türkan Yalçın, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, AÜSBF Dergisi, Ekim-Aralık 2002, s. 153-169
68. SCOTT, Ryley G., İşkencenin Tarihi, Ankara, Dost Kitabevi, 2001
69. SEVEN, Huriye, “Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi ve Uygulaması”, Türk İdare Dergisi, (<http://www.tid.gov.tr/Makaleler/H.Seven%20101-130.doc> , Erişim Tarihi: 13.02.2015)
70. SEVÜK, Handan Yokuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.7, S.20, Aralık 2012
71. SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

72. ŞAHİN, Cem, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014
73. ŞENOL, Cem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, 2013 İstanbul
74. ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir 1999
75. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa/ ÖNOK, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014
76. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa/SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, (İHS), 2002, Ankara
77. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014
78. TURAN, Yıldırım/YASİN, Melikşah/KARAN, Nur/ÖZDEMİR, Eyüp H./ÜSTÜN, Gül/TEKİNSOY, Okay, İdare Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012
79. TÜRKÖĞLU, Halide Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Albi Yayınları, İzmir, 2014
80. ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003
81. ÜZÜLMEZ, İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", Hukuk ve Adalet Dergisi, Y:2, S:5, Nisan 2005, İstanbul
82. ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence ve Eziyet Suçu (İşkence ve Eziyet), Ankara 2003
83. YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2006
84. ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ceza Genel), İstanbul 2015

ONLİNE KAYNAKLAR

1. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/>
2. <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html>
3. www.kazanci.com
4. <http://home.heinonline.org/>

5. <http://hudoc.echr.coe.int/>
6. <http://ihami.anadolu.edu.tr/>
7. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>
8. <http://www.resmigazete.gov.tr/>

EK-1

TEZDE KULLANILAN AİHM KARARLARI LİSTESİ:

1. A./Birleşik Krallık, B.N. 25599/94, T. 23.09.1998
2. A. Ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.N. 3455/05, T. 19.02.2009
3. Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, B.N. 30471/08, T. 22.09.2009
4. Abdülsamet Yaman/Türkiye, B.N.32446/96, T. 02.11.2004
5. Ahmet Akman/Türkiye, B.N. 33245/05, T. 13.10.2005
6. Aksoy/Türkiye, B.N.21987/93, T. 18.12.1996
7. Aktaş/Türkiye, B.N. 24351/94, T. 24.04.2003
8. Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, B.N. 42942/02, T. 08.04.2008
9. Ali Yavuz/Türkiye, B.N. 35160/05, T. 16.10.2009
10. Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan, B.N. 24760/94, T. 28.10.1998
11. Atalay/Türkiye, B.N. 1249/03, T. 18.09.2008
12. Athan/Türkiye, B.N. 36144/09, T. 03.09.2013
13. Ay/Türkiye, B.N. 30951/96, T. 22.03.2005
14. Aydın/Türkiye, B.N.23178/94, T. 25.9.1997
15. Batı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 33097/96 ve 57834/00, T. 02.11.2004
16. Berktaş/Türkiye, B.N. 22493/93, T. 01.03.2001
17. Bilgin/Türkiye, B.N.23819/94, T. 16.11.2000
18. Biyan/Türkiye, B.N. 56363/00, T. 03.02.2005
19. Böber/Türkiye, B.N 62590/09, T. 09.04.2013
20. Büyükdag/Türkiye, B.N. 28340/95, T. 21.12.2000
21. Chahal/Birleşik Krallık, B.N. 22414/93, T. 15.11.1996
22. Çakıcı/Türkiye, B.N. 23657/94, T. 8.7.1999
23. Çelik ve İmret/Türkiye, B.N. 44093/98, T. 26.10.2004
24. Çelikkale/Türkiye, B.N. 27693/95, T. 31.05.05
25. Çıraklar/Türkiye, B.N. .19601/92, T. 28.10.1998
26. Çiçek/Türkiye, B.N. 25704/94, T. 27.02.2001
27. D. Ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 24245/03, T. 22.06.2006
28. Dbouba/Türkiye, B.N. 15916/09, T. 13.7.2010
29. Devrim Turan/Türkiye, B.N. 879/02, T. 02.03.2006
30. Dikme/Türkiye, B.N. 20869/92, T. 11.07.2000

31. Eğmez/Kıbrıs, B.N.30873/96, T. 21.12.2000
32. Elçi ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 23145/93 ve 25091/94, T. 13.11.2003
33. Erdem/Türkiye, B.N. 42234/02, T. 17.07.2008
34. Ergi/Türkiye, B.N. 23818/94, T. 28.07.1998
35. Erol Arıkan/Türkiye Davası, B.N. 19262/09, T. 20.11.12
36. Eski/Türkiye, B.N. 8354/04, T. 05.06.2012
37. Evrim Öktem/Türkiye, B.N. 9207/03, T. 04.11.2008
38. Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 19028/02, T. 24.07.2007
39. Fırat Can/Türkiye, B.N. 6644/08, T. 24.05.2011
40. Gäfgen/Almanya, B.N. 22978/05, 1.6.2010
41. Gebremedhin/Fransa, B.N. 25389/05, T. 26.07.2007
42. Gennadiy Navmenko/Ukrayna, B.N. 42023/98, T. 10.02.2004
43. Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 28127/09, T. 03.12.2013
44. Göçmen/Türkiye, B.N. 72000/01, T. 17.10.2006
45. Gökhan Yıldırım/Türkiye, B.N. 31950/05, T. 23.02.2010
46. Gutsanovi/Bulgaristan, B.N. 34529/10, T. 15.10.2013
47. Güleç/Türkiye Kararı, B.N. 21593/93, T. 27.7.1998
48. Günaydın/Türkiye, B.N. 27526/95, T. 13.10.2005
49. Hamiyet Kaplan ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 30749/97, T. 13.09.2005
50. Hırsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya, B.N. 27765/09, T. 23.2.2012
51. Hulki Güneş/Türkiye, B.N. 28490/95, T. 19.06.2003
52. Incal/Türkiye, B.N.22678/93, T. 09.06.1998
53. İrlanda/Birleşik Krallık, B.N. 5310/71, T. 18.01.1978
54. İlhan/Türkiye, B.N. 22277/93, T. 27.6.2000
55. İzci/Türkiye, B.N.42606/05, T. 23.07.2013
56. Jabari/Türkiye, B.N. 40035/98, T. 11.7.2000
57. Jones ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.N. 34356/06- 40528/06, T. 02.06.2014
58. Kafkaris/Kıbrıs, B.N. 21906/04, T. 12.02.2008
59. Karakaş ve Yeşilırmak/Türkiye, B.N. 43925/98, T. 28.06.2005
60. Kıbrıs/Türkiye, B.N. 25781/94, T. 10.05.2001
61. Kızıl/Türkiye, B.N. 29098/03, T. 17.07.2008
62. Kmetty/Macaristan, B.N. 57967/00, T. 16.12.2003
63. Kolevi/Bulgaristan, B.N. 1108/02, T. 05.11.2009

64. Kurt/Türkiye, B.N. 24276, T. 25.5.1998
65. Labita/İtalya, B.N. 26772/95, T. 06.04.2000
66. M.C./Bulgaristan, B.N. 39272/98, T. 4.12.2003
67. Mehmet Emin Yüksel/Türkiye, B.N. 40154/98, T. 20.7.2004
68. Mostafa ve Diğerleri /Türkiye, B.N. 16348/05, K.T. 15.05.2008

69. M.S.S./Belçika ve Yunanistan, B.N. 30696/09, T. 21.01.2011
70. Nevruz Koç/Türkiye, B.N. 18207/03, T. 12.06.2007
71. O'keeffe/İrlanda, B.N. 35810/09, T. 28.01.2014
72. Oğur/Türkiye, B.N. 21594/93, T. 20.05.1999

73. Okkalı/Türkiye, B.N. 52067/99, T. 17.10.2006
74. Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin/Ukrayna, B.N. 1727/04, T. 24.09.2010

75. Orhan Aslan/Türkiye, B.N. 48063/99, T. 20.10.2005
76. Osmanoğlu/Türkiye, B.N. 48804/99, T. 24.01.2008
77. Örs ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 46213/99, T. 20.06.2006
78. Peyam/Türkiye, B.N. 5405/12, T. 14.10.2014
79. Recep Kurt/Türkiye, B.N. 23164/09, T. 22.11.2011
80. Ribitsch/Avusturya, B.N. 18896/91, T. 4.12.1995
81. Sacılık ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 43044/05 ve 45001/05, T. 05.07.2011
82. Sadık Önder/Türkiye, B.N.28520/95, T. 08.01.2004
83. Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye, B.N. 15828/03, T. 17.03.2009
84. Selçuk ve Asker/Türkiye, B.N. 23184/94, T. 24.04.1998
85. Selmouni/Fransa, B.N.25803/94 , T. 28.07.1999
86. Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye, B.N. 32357/96, T. 11.04.2000
87. Soner Önder/Türkiye, B.N. 39813/98, T. 12.07.2005
88. Sunal/Türkiye, B.N. 43918/98, T. 25.01.2005
89. Talat Tepe/Türkiye, B.N. 31247/96, T. 21.12.2004
90. Taş/Türkiye, B.N. 24396/94, T. 14.11.2000
91. Taştan/Türkiye, B.N. 63748/00, T. 04.03.2008
92. Taylan/Türkiye, B.N. 32051/09, T. 03.07.2012
93. Tekin/Türkiye, B.N. 22496/93, T. 9.6.1998
94. Terzi ve Erkmen/Türkiye, B.N. 31300/05, T. 28.10.2009
95. Timurtaş/Türkiye, B.N. 23531/94, T. 13.06.2000

96. Tomasi/Fransa, B.N. 12850/87, T. 27.08.1992
97. Tuna/Türkiye, B.N. 22339/03, T. 19.01.2010
98. Türkmen/Türkiye, B.N. 43124/98, T. 19.12.2006
99. Tyrer/Birleşik Krallık, B.N. 5856/72, T. 25.04.1978
100. Uğur/Türkiye, B.N. 37308/05, T. 13.01.2015
101. Uyan/Türkiye, B.N. 15750/02, T. 21.10.2008
102. X/Türkiye, B.N. 24626/09, T. 09.10.2012
103. Yaman/Türkiye, B.N. 32446/96, T. 02.11.2004
104. Yeşil ve Sevim/Türkiye, B.N. 34738/04, T. 05.06.2007
105. Yiğitdoğan/Türkiye, B.N. 72174/10, T. 03.06.2014
106. Yöyler/Türkiye, B.N. 26973/95, T. 24.4.2003
107. Yusuf Gezer/Türkiye, B.N. 21790/04, 01.03.2010
108. Z. Ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.N. 29392/95, T. 10.05.2001
109. Z.N.S./Türkiye, B.N.21896/08, T. 19.01.2010
110. Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 53147/99, T. 03.02.2005