

**Ulusalüstü ve Ulusal Mevzuatta İşkence Suçu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin
İşkence Kavramına Bakış Açısı¹**

Asst. Prof. Dr. Dilaver NİŞANCI

Uluslararası Final Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

dilaver.nisanci@final.edu.tr

ORCID: 0000-0002-0427-432X

Öğr. Gör. Selda GÜNER NİŞANCI

Kırıkkale Üniversitesi

Adalet Meslek Yüksekokulu

seldagner@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1931-4232

Özet

İşkence, tarihi ve siyasi olarak, şüphelinin itirafını sağlamak ve iradesini etkileme aracı olarak kullanılmıştır. Hukuki açıdan işkence tanımının hangi unsurları içerdiği ve buna bağlı olarak nasıl tanımlanacağı konusunda, standart ve evrensel bir görüş yoktur. Ulusal ve uluslararası metinlerde de bu hususta yeknesak bir anlayış bulunmamaktadır. Failin sıfatından, saikinden veya işkence yasağıyla korunan hukuki yarardan hareketle değişik şekillerde tanımlanabilmektedir. Doktrinde; işkencenin kuvvetli bedensel veya ruhsal acı yahut ıstıraba yol açacağı, failin resmi sıfatla hareket eden bir kimse olması veya bu sıfatı haiz bir kimsenin, diğer üçüncü bir kimseyi kullanmak suretiyle dolaylı olarak hareket etmesi, acı ve ıstırap veren hareketlerin; itirafa zorlama, delillere ilişkin bilgi alma, suç ortaklarını ortaya çıkarma, cezalandırma amaçlarıyla yapılması nitelikleri hususunda anlaşma sağlanmaktadır.

İşkence yasağı demokratik toplum değerlerinin başında gelir. Uluslararası ve bölgesel metinlerde yedi çeşit davranış/işlem yasaklanmaktadır. Bunlar; işkence, zalimane muamele, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı

¹ SADAB 8. Uluslararası Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Sempozyumunda (22-24 Nisan 2021, Tuzla-Bosna-Hersek) sunulan metnin gözden geçirilmiş halidir.

muamele, zalimane ceza, insanlık dışı ceza ve aşağılayıcı cezadır. Türkiye, imzaladığı uluslararası veya bölgesel sözleşmelerle işkencenin yasak olduğunu kabul etmiş, işkencenin önlenmesi için gerekli tedbirleri almayı taahhüt etmiştir. Bu taahhütlerini yerine getirmek ve özellikle de insan onurunu, kişiliğini korumak amacıyla Anayasasının 17/3 ve 38. maddelerinde işkenceyi yasaklamış; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94. maddesiyle de işkenceyi bağımsız bir suç olarak düzenlemiştir. İşkence ile muamelenin en etkili yolu onu önlemedir. Ceza Muhakemesi Kanununda ifade alma ve sorgudan önce şüpheli/sanığa haklarını öğretme yükümlülüğü, şüphelinin/sanığın kendisini suçlamaya zorlama yasağı öngörölmüş, şüphelinin/sanığın müdafii ile görüşme hakkı, gözaltında ifade alınması sırasında müdafinin hazır bulunma hakkı ve müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağı gibi güvencelere yer verilmiştir. Buna karşın bunların hiçbirisi işkencenin bütünüyle önlenmesi için yeterli olamamıştır. Ulusal mevzuattaki tüm bu düzenlemelere karşın işkence ve kötü muamele vakalarının devam etmesi ve failerin cezасız bırakılması, uygulama düzeyinde problemin halen varlığını sürdürdüğüünün en açık göstergesidir.

Anahtar Kelimeler: İşkence, İşkence Yasağı, Türk Ceza Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

The Crime of Torture in Supranational and National Legislation and the Perspective of the European Court of Human Rights on the Concept of Torture

Abstract

Torture has been historically and politically used as a means to secure a suspect's confession and influence his will. From a legal point of view, there is no standard and universal opinion on what elements the definition of torture contains and, accordingly, how it should be defined. National and international texts also do not have a uniform understanding of this issue. It can be defined in different ways, based on the adjective of the perpetrator, motive, or legal benefit protected by the Prohibition of torture. In doctrine; strong bodily or mental pain or suffering of the torture that will lead to the perpetrator or any one acting in an official capacity of a person with these qualities, a third person by using the indirectly acting, movement, pain and suffering that gives evidence of the confession of coercion on information retrieval, to reveal his accomplices, to be made for the purposes of punishment qualifications of the agreement is provided.

The ban on torture tops the values of a democratic society. Seven types of behavior/actions are prohibited in international and regional texts. These are torture, cruel treatment, inhuman treatment, degrading treatment, cruel punishment, inhuman punishment and humiliating punishment. Turkey has accepted that torture is prohibited by international or regional conventions it has signed and has committed to take the

necessary measures to prevent torture. 17/3 and 38 of the Constitution in order to fulfill these commitments and in particular to protect human dignity and personality. he forbade torture in his articles; 94 of the Turkish Penal Code No. 5237. he also regulated torture as an independent crime. The most effective way to treat torture is to prevent it. Import and before the query expression in the Criminal Procedure Law of the suspect/defendant the obligation to teach the rights of the suspect/defendant ban foreseen, forcing himself to blame, suspect/defendant's right to meet with the public defender in custody during the deposition, the defendant's right to be present, and the defense received by the police without counsel present expression, confirmed by the suspect or accused before the court, unless the judge or the provision cannot be based on such assurances have been given. However, none of this was sufficient to prevent torture in its entirety. Despite all these regulations in national legislation, the continuation of cases of torture and ill-treatment and the impunity of the perpetrators is the clearest indication that the problem still exists at the implementation level.

Keywords: Torture, Prohibition Of Torture, Turkish Penal Code, European Convention On Human Rights, European Court Of Human Rights

Giriş

İşkence, Farsça kökenli bir sözcük olup; *“ister fiziksel olsun ister ruhsal bir göz korkutma, caydırma, intikam alma, cezalandırma veya bilgi toplama aracı olarak bilinçli şekilde insanlara ağır acı çektirmekte kullanılan her türden edimi kapsamaktadır”* (<https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0%C5%9Fkence>). Ansiklopedik Hukuk Sözlüğünde *“maddi, manevi eziyet, azab, sıkıntı”* olarak tanımlanırken (Şafak, 2002: 231), Hukuk Sözlüğünde *“herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı verici harekette bulunmak; sanıklara suçlarını itiraf etmeleri için canlarını yakıcı işlemlerde bulunmak”* olarak betimlenmektedir (Yılmaz, 2006: 330). İşkence, tarihi ve siyasi olarak, şüphelinin itirafını sağlamak ve iradesini etkileme aracı olarak kullanılmıştır. Hukuki açıdan işkence tanımının hangi unsurları içerdiği ve buna bağlı olarak nasıl tanımlanacağı konusunda ise standart ve evrensel bir görüş bulunmamaktadır. Ulusal ve uluslararası metinlerde de bu hususta yeknesak bir anlayışa rastlanılmamaktadır. Failin sıfatından, saikinden veya işkence yasağıyla korunan hukuki yarardan hareketle değişik şekillerde tanımlar görülebilmektedir (Üzülmez, 2005: 228).

“Doktrinde; işkencenin kuvvetli bedensel veya ruhsal acı yahut ıstıraba yol açacağı, failin resmi sıfatla hareket eden bir kimse olması veya bu sıfatı haiz bir kimsenin, diğer üçüncü bir kimseyi kullanmak suretiyle dolaylı olarak hareket etmesi, acı ve ıstırap veren hareketlerin; itirafa zorlama, delillere ilişkin bilgi alma, suç ortaklarını ortaya çıkarma, cezalandırma amaçlarıyla yapılması nitelikleri hususunda anlaşma sağlanmaktadır”(Tezcan vd., El Kitabı, 2009: 108).

1. Ulusalüstü Belgelerde İşkence Kavramı

İşkence yasağı demokratik toplum değerlerinin başında gelir. Uluslararası ve bölgesel metinlerde yedi çeşit davranış / işlem yasaklanmaktadır. Bunlar; işkence, zalimane muamele, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele, zalimane ceza, insanlık dışı ceza ve aşağılayıcı cezadır (Kalabalık, 2009: 180).

Türkiye’ nin de onayladığı, 10 Şubat 1984 tarihli Birleşmiş Milletler, İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranış veya Cezalandırmalara Karşı Sözleşmenin 1. maddesi;

“İşkence; bir kimseye kendisinden ya da üçüncü bir kişiden bir bilgi ya da itiraf sağlamak, kendisinin ya da üçüncü bir kişinin işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden ötürü onu cezalandırmak, kendisine ya da üçüncü bir kişiye gözdağı vermek ya da onları zorlamak amacıyla ya da herhangi bir ayrımcılığa dayalı bir nedenle bir resmi görevli ya da resmi sıfatla davranan bir başkası tarafından ya da onun kışkırtması ya da oluru ya da izniyle bilerek fiziksel ya da manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiildir”

demek suretiyle işkenceyi tanımlamaktadır. Buna göre işkence, fiziksel veya ruhsal (manevi) olarak ağır acı veya ıstırap veren fiildir. Ruhsal eziyet işkencenin en belirgin niteliğidir, ağır hakaretler suretiyle uzun zaman süren aşağılayıcı davranışlar şeklinde ortaya çıkmaktadır.

10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 5. maddesinde “Hiç kimseye işkence yapılamaz; zalimce, insanlık dışı, onur kırıcı ceza verilemez veya davranışta bulunulamaz” demek suretiyle mutlak işkence yasağını öngörmektedir

Ulusalüstü ve Ulusal Mevzuatta İşkence Suçu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı

Benzer şekilde Birleşmiş Milletler, İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranış veya Cezalandırmalara Karşı Sözleşmenin 2. maddesi;

“Taraf devlet, yargı yetkisi içindeki herhangi bir ülkede işkence eylemini önlemek üzere etkin yasal, yönetsel, yargısal ya da öteki önlemleri alır.

İster bir savaş durumu ya da iç savaş tehdidi, ister iç siyasal karışıklık, ister bir başka olağanüstü durum söz konusu olsun, hiçbir ayrıksı durum işkenceyi haklı göstermez.

Bir üstten ya da bir makamdan alınan emir, işkencenin gerekçesi olamaz”

demek suretiyle; bir yandan işkence yasağının mutlak olduğunu, hiç bir gerekçenin bu yasağı delemeyeceğini ortaya koyarken, diğer yandan taraf devletlere işkenceyi önlemek için her türlü önlemi alma yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülükler;

“Bir taraf devlet, bir kimseyi işkenceye uğrama tehlikesi olduğu yolunda sağlam gerekçelerin bulunduğu bir başka devlete süremez, gönderemez ya da geri veremez”
(m. 3/1)

şeklinde ifade olunan, hiç kimseyi işkenceci devlete gönderememe yasağı,

“Taraf her devlet, tüm işkence eylemlerinin ceza yasasına göre suç sayılmasını sağlar. Bunun yanında, işkenceye kalkışan ve işkenceye ilişkin olan ya da katılan bir kimsenin eylemi de suç sayılır.

Taraf her devlet, bu suçların ağırlık derecesine göre cezalandırılmasını sağlar” (m. 4)

şeklinde ifade olunan, işkenceyi suç sayma ve cezalandırma kuralı ve

“Taraf her devlet,işkence ölçüsünde olmayan başka zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da cezayı da ödemeyi üstlenir”(m. 16)

şeklinde ifade olunan işkence derecesine varmayan fiillerin de cezalandırılması gerektiği kuralı, örnek olarak gösterilebilir.

Türkiye'nin taraf olduğu 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 3. maddesinde “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz” demek suretiyle işkenceyi yasaklamaktadır. 3. maddede üç eylem yasaklanmıştır: İşkence, onur kırıcı davranış ve insanlık dışı ceza.

Sözleşmenin 3. maddesi ile koruma altına alınan haklar mutlak olduğundan (sert çekirdekli), maddenin uygulanması için herhangi bir ön koşul ya da şarta gerek yoktur (Tezcan vd., El Kitabı, 2009: 114). Sözleşmedeki bazı maddelerin aksine 3. madde istisnalara yer vermediği gibi, Sözleşmenin 15/2 maddesi uyarınca da, maddede öngörülen yasağın olağanüstü haller dahil olmak üzere hiç bir şekilde askıya alınması söz konusu olamaz. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2. maddesi de “Hiç bir istisnai durum, ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez” demek suretiyle işkence suçunda hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olmayacağını ortaya hüküm altına almaktadır.

AİHS uygulamasında, işkence uygulamasına ilişkin 3. maddeye aykırılığın bulunup bulunmadığı her olayın kendine özgü şartları göz önünde tutularak, yaşama ve düşünce şartlarındaki değişime ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak hukuk standartları ve gelişmeleri doğrultusunda günün şartlarına uygun yorumlanacağı kabul edilmiştir (Üzülmez, 2005: 229).

2. Ulusal Mevzuatta İşkence Kavramı

Türkiye, imzaladığı uluslararası veya bölgesel sözleşmelerle işkencenin yasak olduğunu kabul etmiş, işkencenin önlenmesi için gerekli tedbirleri almayı taahhüt etmiştir. Bu taahhütlerini yerine getirmek ve özellikle de insan onurunu, kişiliğini korumak amacıyla Anayasasının 17/3 ve 38. maddelerinde işkenceyi yasaklamış; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94. maddesiyle de işkenceyi bağımsız bir suç olarak düzenlemiştir (Kalabalık, 2009: 180).

Anayasanın 17. maddesinde “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” hükmü yer almaktadır.

Türk Ceza Kanunu (TCK) 94. maddesinde işkence suçuna, 95. maddesinde de bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine yer verilmektedir:

“Madde 94- 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.

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.

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

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

Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz”.

“Madde 95- 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.

İşkence fiilleri, mağdurun;

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

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

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

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

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

TCK m. 94’e göre işkence, özgü bir suçtur, yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Nitekim madde gerekçesinde işkencenin “kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” işlenebileceği belirtilmiştir. TCK suçun faili olabilecek kamu görevlileri bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Bu nedenle her kamu görevlisi bu suçun faili olabilecektir. Ayrıca işkence suçunun oluşumu için failin belli amaçlarla hareket etmesi aranmamış, amaç ne olursa olsun işkenceyi oluşturan fiillerin bulunması yeterli sayılmıştır. Madde, bu eylemin sadece suç işlediği varsayılan şüpheliye karşı ika edilmiş olmasını özel koşul olarak aramamaktadır. Bu eylem örneğin başka bir kamu görevlisine, tanığa ve hatta bir suç mağduruna karşı da işlenebilir (Donay, Kaşıkçı, 2005: 147-148). Böylece işkence oluşturan eylemler kime yönelik yapılırsa yapılsın bu fiilleri gerçekleştiren kamu görevlisi cezalandırılacaktır.

İşkence suçunun delil elde etme amacıyla yapılması veya suçun ikrarı amacıyla yapılması arasında sonuç olarak bir fark bulunmamaktadır. İkrar da bir delil olduğundan her ne şekilde olursa olsun işkence ile elde edilen deliller kabul edilmemelidir (Aycı, 2007: 204).

İşkence dar ve geniş olmak üzere iki şekilde anlamlandırılır. Dar anlamdaki işkence;

“Bir suç soruşturması kapsamında kamu görevlilerinin, şüpheliye ya da sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, şerikleri söylettirmek sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek ya da işlemesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için uyguladıkları her türlü maddi ve manevi kötü muameleleri ifade etmektedir” (Demirbaş, 1999: 207).

Geniş anlamda ise işkence ise, tanık, bilirkişi ve müdafî gibi sanık dışındaki kişileri de mağdur olarak kapsamına almaktadır. Görülebileceği üzere TCK’nın 94. maddesinde işkence suçu geniş anlamda işkencenin de sınırlarını aşar şekilde düzenlenmiştir (Üzülmez, 2005: 230).

TCK m. 94'de çekilen bedensel ya da ruhsal acı veya ezanın ağır olması aranmamıştır. Oysa uluslararası insan hakları hukukunda işkenceden söz edebilmek için, failin eyleminin asgari bir ağırlık düzeyine varması gerekmektedir. İşkence, insana karşı işlenen ihlallerden yalnızca en ağır kategoriyi ifade eder. Maddede zalimane ve insanlık dışı muamele kavramlarına da yer verilmemiştir.

Yargıtay birçok kararında işkenceyi, bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketler yapılması şeklinde tanımlamıştır. Süre konusunda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne göre daha katı bir tutum izlemektedir (Aycı, 2007: 202).

Madde gerekçesine göre, ancak sistematik biçimde ve belirli bir süreç içerisinde işlenip süreklilik arz eden fiiller işkence oluşturabilecektir. Ancak, sistematik olmayan ve/veya süreklilik arz etmeyen işlemler de işkence teşkil edebilir (Tezcan vd., Ceza Özel, 2007: 234).

Hangi hareketlerin işkence niteliğinde olduğunu önceden belirtmeye olanak yoktur; bunun tespiti, somut olayda hakimın takdirine bağlıdır. Hareket icrai ya da ihmali olabilir, ihmali işleme durumunda indirim söz konusu değildir. İhmali bir hareket olduğu zaman, sorumluluğun doğması için, failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında (garantör) olması gerekir. Kanun gerekçesinde “amir” den söz edilmişse de, garantör konumunda bulunan her kamu görevlisinin bu hüküm uyarınca ceza sorumluluğu olacaktır (Tezcan vd., Ceza Özel, 2007: 230).

İşkence ile muamelenin en etkili yolu onu önlemedir. Ceza Muhakemesi Kanununda ifade alma ve sorgudan önce şüpheli/sanığa haklarını öğretme yükümlülüğü (m.147), şüphelinin/sanığın kendisini suçlamaya zorlama yasağı (m.148) öngörülmüş, şüphelinin/sanığın müdafii ile görüşme hakkı (m.154) ve gözaltında ifade alınması sırasında müdafinin hazır bulunma hakkı ve müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı (m.148/4) gibi güvencelere yer verilmiştir (Hakeri, Ünver, 2009: 6). Bunların hiçbiri işkencenin önlenmesi için yeterli değildir. İşkenceye karşı koruma garantisi oluşturmak üzere Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) oluşturulmuştur. CPT, özgürlüklerinden kısıtlanan kişilere (gözaltı, tutuklu, hükümlü) yönelik olması muhtemel işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve cezalara karşı etkin korumayı sağlamayı amaçlamaktadır (Güzeloğlu, 2008: 66). CPT, işkence için bir dizi önlemler önermektedir. Buna göre Türkiye, hem gözaltı süresini kısa tutmak ve hem de bu sürede yapılan soruşturmayı sıkı bir denetim altına almak zorundadır. Zira AİHM, Brogan ve diğerleri kararında

4 gün 6 saatlik gözaltı süresini aşan sürenin işkence ve benzeri fiillerin izini silmeye yarayan bir süre sayılacağı düşüncesiyle bunu aşan gözaltı süresini AİHS m. 5/3'e aykırı bulmuştur (Tezcan vd., Ceza Özel, 2007: 223). Anayasamız ve diğer mevzuatımızda düzenlenen süreler, yapılan değişikliklerle AİHS standartlarıyla uyumlu hale getirilmiştir.

Ulusal mevzuattaki tüm bu düzenlemelere karşın işkence ve kötü muamele vakalarının devam etmesi ve failerin cezasız bırakılması, uygulama düzeyinde problemin halen varlığını sürdürdüğünün en açık göstergesidir.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence

AİHM, kötü muamele ve cezayı, işkence olarak belirleyen unsurları içtihatlarında belirlemekle birlikte, bu kavramın ne anlama geldiğini tam olarak tanımlamamış olup; Birleşmiş Milletler, İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranış veya Cezalandırmalara Karşı Sözleşme unsurlarını esas almaktadır (Çor, 2008: 76).

Tanımlar her olayın özelliğine göre değişebildiği gibi, bazı olaylarda Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun işkence olarak nitelendirdiği bir fiili, AİHM insanlık dışı muamele olarak algılamaktadır (Artuk, 2004: 18-19).

AİHM, işkence ile elde edilen delilin kabul edilip edilmemesi hususunda ulusal hukuk kurallarına karışmamakta, ancak bu konuda önüne gelen davayı AİHS'in adil yargılanmayı düzenleyen 6. maddesi ile özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.

AİHM, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayırmda, temel olarak yapılan eziyetin yoğunluğundaki farktan hareket etmek gerektiği görüşündedir (Aycı, 2007: 193). Ancak ne tür muamele ve cezaların asgari ölçüyü aştığı konusunda kesin standartlar yoktur (Nal, 2007: 163). Ölçütün tespitinde durumun tüm özellikleri, bilhassa muamelenin niteliği ve gerçekleştiği ortam, muamelenin süresi, uygulandığı kişi üzerindeki fiziksel veya ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti ve yaşı, sağlık durumu, sonraki süregelen etkileri, muamelenin tekrarı ve yoğunluğu vs. dikkate alınır (Tezcan vd., El Kitabı, 2009: 117). Mahkemenin yorumuna göre, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele türleri, aralarında düzey farkı olan ve gerek uygulamaları, gerek ağırlıkları,

gerekse sonuç ve etkileri ile birbirinden farklı eylemlerdir (Batum, 1998: 1356). Eđer davranış, mağdurda korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıyor, onurunu zedeleyen ve küçük düşüren bir nitelik taşıyorsa alçaltıcı, veya kötü muamele, bedensel veya ruhsal yönden acı meydana getiriyorsa insanlık dışı muamele sayılır (Tezcan vd., El Kitabı, 2009: 118). İşkence sayılmayan, 3. madde kapsamında asgari düzeydeki, diğer kötü muameleler, insanlık dışı veya onur kırıcı olarak sınıflandırılmaktadır.

AİHM, kararlarında, bedene saldırının dışında bireyde stres ve derin keder yaratan, zihinsel acı verici uygulamanın da “fiziki olmayan işkence” olduğunu belirtmiştir.

AİHM, işkence yasağının mutlak bir yasak olduğu olgusuna birçok kereler dikkat çekmiştir. Bu yasağın ortadan kaldırılabileceği, askıya alınabileceği herhangi bir durum bulunmamaktadır. İşkence yasağı açısından sanığın işlediği suçun ne olduğunun hiçbir önemi bulunmamaktadır. İşkence ve kötü muamele yasağı açısından mağdurun tavırlarının da bir önemi yoktur. Terör saikiyle işlenen suçların doğasından gelen güçlükler ve soruşturmanın gerekleri de bireyin vücut bütünlüğüne müdahaleye gerekçe olamamaktadır. Terörle mücadele sürecinde de işkence yasağı devam etmekte olup terörle mücadele amacıyla yürütölen soruşturmanın da AİHS'e uygun olması gerekmektedir (<http://www.vahitbicak.com/>).

AİHM, AİHS'e taraf ölkeler arasında işkenceyi ilk defa Aksoy/Türkiye (18.12.1996) kararında hüküm altına almıştır. Başvurucu, sorgulanması esnasında gözlerinin bağlandığını, çırılçıplak soyulduğunu, kolları arkadan bağlı bir şekilde asıldığını (Filistin askısı), elektrik verildiğini, üzerine su sıkılarak elektriğin şiddetinin artırıldığını, dövöldüğünü, tokatlandığını ve küfredildiğini ileri sürmüştür. Bu muamelelerin kendisinden itiraf alma amacıyla yapıldığını belirtmiştir. Mahkeme, “Filistin askısının ancak kasten tatbik edilebileceği, zira bunun daha önceden belli bir hazırlığı gerektirdiği, bu sebeple olayda kötü muameleden ziyade işkence olduğu” kararını vermiştir.

AİHM, Aydın/Türkiye (25.09.1997) kararında gözaltına alınan kişinin, soyularak dövölmesi, üzerine tazyikli su sıkılması ve tecavüze uğramasının fiziksel ve psikolojik şiddet olduğunu beyan ederek işkence yapıldığına karar vermiştir.

Dođu ve Güneydođu bölgelerinde güvenlik güçleri tarafından köylerin boşaltılması sırasında evlerin yakılması ve eşyaların tahrip edilmesi, Mahkemece insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir. Avrupa Komisyonu, Bilgin/Türkiye (16.11.2000) kararında, başvuranın mallarına zarar

verilmesi ve evinin yakılmasının, elem ve acı veren koşullar altında, kendisi ve ailesiyle birlikte barınaksız olarak bırakılmasının, emniyet ve refahının tamamen göz ardı edildiği bir şiddet ve kasıtlı tahribat fiili teşkil ettiği görüşündedir. AİHM, güvenlik güçlerinin fiillerinin 3. madde anlamında insanlık dışı muamele kapsamına girdiğini ve başvuranın bu muamelelerden muzdarip olduğunu düşünmektedir.

Bir kişinin sağlıklı bir şekilde polis gözetimine girmesinin ardından, yaralı bir halde çıkması durumunda karine olarak polis bundan sorumlu olarak kabul edilecektir (Altay/Türkiye kararı, 22.05.2001).

Gözaltına alınan şüphelinin kötü muamele gördüğü hakkında bir şüphe ortaya çıkarsa, bu takdirde etkin bir araştırma yapılması mecburiyeti vardır: şüpheli ağır bir şekilde kötü muamele gördüğünü iddia eder ve bu iddia inanılabilir nitelikte ise, araştırma yapılmalıdır (Assenov ve diğerleri/Bulgaristan kararı, 28.10.1998). Bu gereklilik, kötü muamele ve işkenceye ait izler hakkında tam ve doğru bilgi sunan bir otopsinin yapılmasını ve ölüm sebebi de dahil olmak üzere klinik bulguların objektif bir analizini kapsamaktadır (Tanlı/Türkiye kararı, 10.04.2001).

Sonuç

İşkence; bir kimseye kendisinden ya da üçüncü bir kişiden bir bilgi ya da itiraf sağlamak, kendisinin ya da üçüncü bir kişinin işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden ötürü onu cezalandırmak, kendisine ya da üçüncü bir kişiye gözdağı vermek ya da onları zorlamak amacıyla ya da herhangi bir ayrımcılığa dayalı bir nedenle bir resmi görevli ya da resmi sıfatla davranan bir başkası tarafından ya da onun kışkırtması ya da oluru ya da izniyle bilerek fiziksel ya da manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiildir.

İşkencenin uluslararası alanda yaygın olarak uygulanması sonucu, bu konuda bir çok uluslararası sözleşme ve belgeler imzalanarak konu devletlerin iç meselesi olmaktan çıkmış ve bütün insanlığı ilgilendirir hale gelmiştir. Günümüzde tüm demokratik ülkelerde işkence yasağı kabul edilmiştir. İmzalanan uluslararası sözleşmelerde de işkence altında alınan ifade ile ulaşılan sonuçların, ceza yargılamasında delil kuvvetine sahip olamayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, işkence ile elde

edilen deliller, yalnızca işkence yapmakla suçlanan kişinin aleyhinde kullanılabilir. Bunun dışında bu delillerin ceza yargılamasında yeri yoktur ve bunlara dayanılarak hüküm verilemez.

Ulusal ve ulusalüstü çabalara karşın işkence bütünüyle önlenememiş olup, en ağır insan hakları ihlalleri arasındaki yerini ne yazık ki korumaya devam etmektedir.

Kaynakça

ARTUK, M. E., 2004. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, Güncel Hukuk Dergisi, S.5.

AYCI, E., 2007. “Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi ve İşkence Yasağı”, Yargıtay Dergisi, 33(1-2).

BATUM, S., 1998. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi, AIHM ve Türkiye”, Yeni Türkiye Dergisi, S.22.

BIÇAK, V. “Yaşama Hakkı”, <http://www.vahitbicak.com/> .

ÇOR, Y., 2008. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.75.

DEMİRBAŞ, T., 1999. Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan, TBB Yayınları, Ankara.

DONAY, S., KAŞIKÇI, M., 2005. En son Değişiklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, Beta Basım, İstanbul.

GÜZELOĞLU, T., 2008. Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

HAKERİ, H., ÜNVER, Y., 2009. Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara.

KALABALIK, H., 2009. İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

NAL, S., 2007. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele”, Selçuk Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2).

ŞAFAK, A., 2002. Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Selim Kitabevi, Ankara.

TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, R. M., 2007. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

TEZCAN, D., ERDEM, M. R., SANCAKDAR, O., ÖNOK, R. M., 2009. İnsan Hakları El Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ÜZÜLMEZ, İ., 2005. “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, Hukuk ve Adalet Dergisi, 2(5).

YILMAZ, E., 2006. Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

<https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0%C5%9Fkence>.