

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SÖZLEŞME KAPSAMINDA İŞKENCE GÖRMEME HAKKINA BAKIŞ AÇISI

Yaşar ÇOR*

Giriş

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması ikinci dünya savaşından itibaren büyük bir önemle hız kazanmıştır. Dolayısıyla uluslararası koruma, tarihsel olarak insan hakları düşüncesi ve kavramı kadar eski bir olgu değildir.

İkinci Dünya Savaşı öncesinde uluslararası hukuk, yalnızca devletler arasındaki ilişkileri düzenliyor, “*devlet ve vatandaş*” arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi ise ülkelerin iç hukukuna bırakılıyordu. Ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren başlayan insan hakları alanındaki örgütlenmeler ve sözleşmeler neticesinde birey, ulusal hukuk öznesi olmanın yanında, uluslararası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlamıştır.

Bu maksatla, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere Avrupa Konseyi ve bölgesel alanlar çerçevesinde sözleşmeler ve hukuki belgeler hazırlanmış kurumsal yapılanmalar oluşturulmuş ve denetim mekanizmaları kurulmuştur.

Bu çalışmada, kısaca sözleşmelere değinildikten sonra, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “*işkence görmeme hakkı*”nı düzenleyen 3. maddesiyle ilgili verilen kararlar ele alınacaktır.

* Emniyet amiri.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı sırasında insanlığa karşı işlenen suçlar, yönetici ve devlet adamlarına karşılıklı anlayışa dayanan birliğin oluşturulması, yeni bir Avrupa kurulması düşüncesini benimsetmiştir.¹ İşte bu anlayış içinde Avrupa'nın ilk siyasal kuruluşu olan Avrupa Konseyi, *"Üyeleri arasında ortak varlıkları olan, ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak, ekonomik ve toplumsal girişimleri sağlamak"* amacıyla 1949 yılında kurulmuştur.

AK'nin amaçları arasında yer alan en önemli ilke, insan haklarının ve temel özgürlüklerinin geliştirilmesi ve korunmasıdır. Bu ilkeler çerçevesinde 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan sözleşme, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye sözleşmeyi 1954 yılında onaylamıştır.

AİHS'nin en önemli özelliği, koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükleri kapsamlı olarak düzenlemesi, hangi koşullarla ve nasıl sınırlandırabileceklerinin ölçütlerini koyması ve işlevselliğini sağlayacak denetim organlarını kurmasıdır.² Bu yapılanmaya katılan Avrupa Konseyi ülkeleri ulusal düzenlemelerinde, sözleşmeye aykırı yasalar çıkarmama ve varolan hukuklarını sözleşmeye uygun bir biçimde yenileme yükümlülüğü altındadırlar.

AİHS'yi, diğer bildiri ve sözleşmelerden ayıran önemli bir özellik, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla kurulan denetim mekanizmasının bulunmasıdır. Böylelikle sözleşme, insan haklarının korunmasının ulusal düzeyden, uluslararası düzeye geçmesini sağlamış, bireyi uluslararası hukukta söz sahibi yapmıştır.

Bu sözleşmenin 3. maddesinde, hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı cezaya veya işlemlere tabi tutulamayacağı hükmü altına alınmıştır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlarda görüleceği gibi, sözleşmenin 2. maddesinde dile getirilen yaşama hakkı ve 13. maddesindeki etkili başvuru hakkı da 3. madde ile yakından ilişkilidir.

¹ Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Basımevi, Ankara, 2001, s. 66.

² Doğan, Bülent ve Seven, Huriye, *"İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence"*, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 438, Mart 2003, s. 101.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHS'nin en önemli özelliği, öngörülen hak ve özgürlüklere riayet edilmesini sağlamak amacıyla kurulan uluslararası denetim mekanizmasının varlığıdır. Bu sözleşme ile kurulan uluslararası denetim organlarından "*Avrupa İnsan Hakları Komisyonu*" 18 Mayıs 1954 tarihinde, "*Avrupa İnsan Hakları Divanı*" da 21 Ocak 1959 yılında çalışmaya başlamıştır.

Sözleşme, Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanmasına rağmen, komisyona bireysel başvuru hakkı ve divanın yargı yetkisi uzun süre tanınmamıştır. 11 nolu protokolden önce yürürlükte olan Sözleşme'nin 25. maddesinde yer alan "*bireysel başvuru hakkı*" 27 Ocak 1987 tarihinde kabul edilmiştir. Ancak, divanın yargı yetkisinin tanınmamasından dolayı bu hakkın kabul edilmesi pratik olarak bir anlam ifade etmemiştir. Çünkü komisyonun, başvuruları sadece inceleme yetkisi bulunmaktaydı.³ Sözleşme ile öngörülen haklardan herhangi birisinin ihlal edildiği iddiasına dayanarak bir başvuru yapıldığında, komisyon gerekli incelemeyi yaptıktan sonra başvurunun kabul edilebilir olup olmamasına göre, AIHD'na rapor halinde sunulmaktaydı.⁴ Divanın yargı yetkisinin 22 Ocak 1990 tarihinde tanınması ile bu durumun ortadan kaldırılması sağlanmıştır.⁵ Bunun neticesinde Türkiye, sözleşme'nin bütün hükümlerinden sorumlu bir taraf devlet haline gelmiştir.

Avrupa Konseyi üyesi olan devlet sayısının ve komisyona yapılan bireysel başvuru sayısının artması nedeniyle, sözleşmedeki denetim mekanizmasının günün koşullarına uygun hale getirilmesi amacıyla hazırlanan ve önemli yapısal değişiklikler içeren *AIHS'ye Ek 11 nolu protokol* ile komisyon ve divan birleştirilerek, 1 Kasım 1998 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. 11 nolu protokol ile mahkemenin oluşumu, yetki ve yargılama usulünde çok önemli değişiklikler yapılmıştır.

Ulusal üstü denetim mekanizmasının "*devlet başvurusu*" ve "*bireysel başvuru*" olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. AIHM'de, söz-

³ Atar, Yavuz, "Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması", *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 1298.

⁴ Tezcan, Durmuş ve Diğerleri, *AIHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 97.

⁵ Gölcüklü, Feyyaz "Uluslararası Belgeler ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar" *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 1272.

leşmeye üye devletlerden bir veya bir kaçının, diğer bir üye devlette insan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan devlet başvuruları veya her gerçek kişi, hükümet dışı bir kuruluş veya kişi gruplarının hak ihlallerine yönelik başvuruları ile yargılama başlamaktadır. Ancak başvurular için sözleşmede bazı ön şartlar getirilmiştir.

Mahkeme bünyesinde şikayet başvuruların kabul edilebilirliği konusundaki ilk incelemesi kabul edilebilirlik ve esas olmak üzere iki aşamada yapılmaktadır. Komite, görevlendirilen bir raportör yargıcın raporunu da göz önünde bulundurarak başvurunun kabuledilmezlik veya düşme kararını verebilir.⁶ Bu karar kesindir. Komitenin oybirliği ile kabuledilmezlik kararı vermediği başvurular daireye gönderilir. Daire gerekli ön incelemeleri yaparak başvurunun kabul edilir olup olmadığına karar verir.

Daire, başvuruyu kabul edilebilir bulduğu takdirde dostane çözüm arayışlarına girer. Eğer dostane çözüm gerçekleşirse daire, olaylarla ve varılan çözümle sınırlı olan kısa bir açıklamayı içeren kararını vererek başvuruyu kayıttan düşürür. Tarafların dostane bir çözüme ulaşamamaları halinde duruşma başlar. Daire, gerekçeli karar ile o ana kadar tespit edilen olay hakkında kararını verir. Daire, sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğine karar verirse, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir şekilde zararının karşılanmasına hükmeder.

Dairede görüşülen başvuru, sözleşme hükümlerinin yorumu konusunda ciddi sıkıntılar doğuruyorsa veya sorunun çözümü mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar ile çelişme ihtimali taşıyorsa, başvuru tekrar görüşülmek üzere on yedi hakimden oluşan "*Büyük Daire*"ye gönderilebilir. Bu durumda Büyük Daire'nin beş hakiminden oluşan bir kurul, olayın yeniden incelenmesi talebinin kabulü hususunda karar vermeye yetkili kılınmıştır.⁷

AİHS, mahkemece verilen kararın bağlayıcı olduğunu belirtmekle kalmamış, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını güvence altına almak için verilen kararların uygulanmasını sağlamak amacıyla ayrı bir denetim mekanizması öngörmüştür. Sözleşmenin 46. maddesine göre, mahkemenin kesinleşmiş son kararı, bunun uygulanmasını denetleye-

⁶ Gölcüklü, Feyyaz ve Gözübüyük, Şeref, AİHS ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 101.

⁷ Gözlügül, Said Vakkas, *AİHS ve İç Hukukumuz Etkisi*, Usta Matbaacılık, Ankara, 1999, s. 197.

cek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. Maddeden anlaşılacağı gibi Bakanlar Komitesi, kesin hüküm taşıyan, devletlerin uyma yükümlülüğü olan mahkeme kararlarının, sözleşmeyi ihlal eden devletçe yerine getirilmesini denetlemekle yetkilidir.

Bakanlar Komitesi, sözleşmenin 46. maddesinin 2. fıkrası gereğince, AİHM'nin ihlale yönelik tespitini yaptığı üye ülkelerin, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini sadece denetler. Bakanlar Komitesi'nin bu konuda aldığı kararlar da, AİHM kararları gibi kesindir. Bu nedenle, Bakanlar Komitesi kararlarına karşı ne Bakanlar Komitesi'ne, ne de AİHM'ne başvurmamak mümkündür.⁸

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 no.'lu protokol, bireysel başvuru yolunun basitleştirilmesini ve başvurulara ilişkin yargılama sürelerinin kısaltılmasını amaçlamaktaydı. Ancak, mahkemeye ilişkin veriler incelendiğinde bunlardan sadece bireysel başvuru yolunun, bir başka deyişle mahkemeye başvuru usulünün basitleştirilmesi amacının yerine getirildiğini buna karşın yargılama sürelerinde arzulanan kısalmanın gerçekleşmediği görülmektedir.⁹

14 no.'lu protokolün getirdiği yeni hükme göre, mahkemeye sunulan başvurulara ilişkin yargılama, tek yargıçlı oluşum olarak adlandırılan tek bir yargıç tarafından yürütülebilecektir. Yargıç, inceleme sonucunda başvuru hakkında kabul edilmezlik veya kayıttan düşürme kararı verebileceği gibi, komiteye ya da daireye de gönderebilecektir.¹⁰

14 no.'lu protokolün getirdiği bir yenilik de, komitenin, bir başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verebilme yetkisinin yanında kabul edilmezlik veya kayıttan silme kararı verebilme yetkisiyle de donatılmasıdır. Değişiklik ile verilen yetkilerden en önemlisi mahkemeye sunulan başvurunun mahkemenin kökleşmiş içtihatları ile çözümlendiği bir meseleyi ihtiva etmesi halinde, komitenin başvurunun esası hakkında karar verebilecek olmasıdır.¹¹

⁸ Gölcüklü ve Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, 2003, s. 128.

⁹ Cengiz, Serkan, "14 Nolu Protokol İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler" http://www.turkhukuksitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=f4af527f715db3b5fb2ff1d928c7d42c&id=185.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Tamamlayıcı 14 nolu protokol (13/5/2004-Strazburg/ETS-194), Türkiye tarafından 6/10/2004 tarihinde imzalanmış, ancak halen yürürlüğe girmemiştir.

¹¹ Arslan, Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü*, Avrupa

Ayrıca, protokolün 15. maddesine göre, yargılamanın her aşamasında taraflar arasında dostane çözüme gidilebileceği öngörülmektedir.

3. AİHM'nin, Sözleşmenin 3. maddesindeki Kavramları Yorumu

Bütün hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınmasında olduğu gibi, 3. madde kapsamında işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza ve muamele yasağının uygulanmasında da, gerek sözleşmenin metninde, gerekse komisyon kararlarından, gerekse AİHM'nin içtihatlarından bazı temel ölçüler çıkmış ve ulusal hukuk ve davranışların sınırlarını oluşturmaya başlamıştır.

3. maddenin sadece işkence ile mücadele nedeniyle uygulandığını iddia etmek yanıltıcı olur. Madde hükmünün getirdiği koruma, insan onuruna ve fiziksel bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı kapsamaktadır.¹² 3. maddede yer alan yasağın ne kadar geniş kapsamlı olduğu ve uygulamanın nasıl olması gerektiği verilen kararlarda görülmektedir.

Diğer yanda, her türlü kaba ve sert muamele 3. madde kapsamına girmemektedir. Baştan beri AİHM, kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için belli bir asgari şiddet düzeyinde olması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Ancak, sert ve kaba muamele ile 3. maddenin ihlal edilmesi arasındaki sınırı saptamanın zaman zaman zor olabileceği de kabul edilmektedir.¹³ Bir kötü muamelenin 3. madde kapsamına girmesi için asgari düzeyde bir ağırlığın bulunması gerekliliğine işaret eden mahkeme, bu asgari düzeyin; muamelenin süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri ve mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi özelliklerine göre farklılık arz edeceğini belirtmektedir.¹⁴

Mahkemenin yorumuna göre, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı

Konseyi&Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005, s. 14.

¹² Reidy, Aisling, *İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2002, s. 7

¹³ A. g. e., s. 8.

¹⁴ Tekin/ Türkiye Kararı, 9 Haziran 1998, par. 52, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tekin.htm>; Selçuk ve Asker/ Türkiye Kararı, 24 Nisan 1998, par. 69, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/selcukveasker.htm>; Algür/ Türkiye Kararı, 2 Ocak 2002, par. 37, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003, s. 201.

cı muamele türleri, aralarında düzey farkı olan ve gerek uygulamaları, gerek ağırlıkları, gerekse sonuç ve etkileri ile birbirinden farklı eylemlerdir.¹⁵ Mahkemeye göre, eğer bir ceza veya muamele, korku ve şiddetli üzüntü yaratıyor, utanma ve aşağılanma duygusuna neden oluyor, fiziksel ve moral direncini kırıyorsa *onur kırıcı*, kasıtlı, fiziksel ve zihni acı veriyor ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa, *insanlık dışı* sayılmaktadır. Buna karşılık işkence; kişinin kasıtlı yapılan çok ciddi ve zalimane, insanlık dışı muameleye maruz bırakılmasıdır.¹⁶ Buradan şu anlaşılmaktadır ki; onur kırıcı ceza ve muamele, 3. madde kapsamında en hafif ihlali oluştururken, işkence ise en ağır ihlal durumunu oluşturmaktadır.

Bu kavramların yanı sıra AİHM, sözleşmenin 3. maddesinin yasakladığı kötü muamele ve ceza türleriyle ilgili, her olayın somut özelliklerine göre bir değerlendirme yöntemi benimsemiştir. Bu madde anlamındaki ceza kavramı ise klasik özgürlüğü bağlayıcı cezalar yanında, yaptırım niteliği taşıyan diğer tedbirleri de içermektedir. Buna karşılık “muamele” deyiimi, diğer her türlü egemenlik yetkisine dayanarak gerçekleştirilen işlemleri ifade etmektedir.¹⁷ Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişi ile ilgili olarak, (bu kişinin) kendi eylemi nedeniyle mutlaka gerekli olmadıkça fiziksel güce başvurulması, insan onurunun küçültülmesine ve prensip olarak sözleşmenin 3. maddesinde açıklanan hakkın ihlaline neden olmaktadır.¹⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin en kısa maddesi olan 3. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarında birçok defalar belirttiği gibi, “*demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır.*”¹⁹

Sözleşmenin 3. maddesi, 15. maddede belirtilen savaş ve olağanüstü hal durumlarında dahi geçerli olmak üzere hiçbir istisna tanı-

¹⁵ Batum, Süheyl, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesi, AİHM ve Türkiye”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 1356.

¹⁶ İrlanda/ Birleşik Krallık Kararı, 18 Ocak 1978, par. 162 ve 167, Karar metni için Bkz. Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa İchtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 215, 216.

¹⁷ Tezcan, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 2004, s. 248.

¹⁸ Aktaş/ Türkiye Kararı, 24 Nisan 2003, par. 311, AİHM Kararları Dergisi, Sayı 6, Temmuz 2003, s. 160; Tekin/ Türkiye Kararı, par. 53; Batı ve Diğerleri/ Türkiye Kararı (özet), <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyabativediger.html>

¹⁹ Aksoy / Türkiye Kararı, 18 Aralık 1996, par. 62, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1997, s. 158.

mamaktadır. AİHS'nin 15. maddesi savaş ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda sözleşme ve ek protokoller ile güvence altına alınan diğer hakların çoğunda, sözleşmeci taraf devletlere normal koruma standardından gereken ölçüde feragat edebilme izni verdiği halde, 3. maddeyle ilgili istisna öngörülmemekte ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile 15. maddeye göre yükümlülüğün sınırlanması (derogation) yoluna gidilememektedir. Terör ve organize suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile Sözleşme, işkenceyi, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleyi ve cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır.²⁰

3.1. Maddeye Yönelik Hak İhlallerinde İspat Yükümlülüğü

Mahkemenin 3. maddeyle ilgili yerleşmiş içtihadına göre, bir kişinin polis tarafından gözaltına alındığı zaman sağlıklı, fakat salıverildiği zaman yaralı olduğunun tespit edilmesi halinde, o kişinin nasıl yaralandığı hususunda mantıklı ve kabul edilebilir bir açıklama getirme yükümlülüğü ilgili devlete aittir.²¹ Hukukun, özellikle de ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi, iddia sahibinin iddiasını kanıtlaması külfetidir. Ancak, devletin imkanlarına nazaran daha zayıf durumda olan başvurucuların durumlarını göz önüne alan mahkeme, ispat külfetine ilişkin bu yerleşik prensibi değiştirmiştir. Bu tür davalarda başvurucudan beklenen, bu yaralanmanın gözaltına alınmadan önce meydana gelmediğini kanıtlamasıdır.

AİHM, 3. maddenin ihlal edildiği iddialarının “sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini”²² belirtmekte, fakat bu iddianın taraflardan

²⁰ Mahkeme, bazı kararlarında, hiçbir şart altında işkence görmeme hakkının meşrulaştırılmayacağını dile getirmektedir. Bkz. Aksoy/ Türkiye kararı, par. 62; Öcalan/ Türkiye kararı, 12 Mart 2003, par. 218, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 5, Nisan 2003, s. 354; Sevtap Veznedaroğlu / Türkiye kararı, 11 Nisan 2000, par. 28, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasevtapveznedaroglu.html>; Aydın / Türkiye kararı, 25 Eylül 1997, par. 81, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyayaydin.htm>; *Algür/ Türkiye kararı*, par. 36; *Ayder ve Diğerleri/ Türkiye kararı*, 8 Ocak 2004, par. 107, <http://www.barobirlilik.org.tr/insanhaklari/makaleler/index.aspx>; Bilgin/ Türkiye kararı, 16 Kasım 2000, par. 101, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/bilgin.htm>

²¹ Aksoy/ Türkiye kararı, par. 61; Selmouni/ Fransa Kararı, 28 Temmuz 1999, par. 87, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2002, s. 29; Ayşe Tepe / Türkiye kararı, 23 Temmuz 2003, par. 35, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003, s. 117

²² Satık ve Diğerleri / Türkiye kararı, 10 Ekim 2000, par. B. 8, <http://www.yargitay.gov.tr>

herhangi biri tarafından ispatlanmasını şart koşmamaktadır.²³ Özellikle, sağlık durumunu raporla belgeleyen kişilerin başvurularında, ispat yükümlülüğünün devlete geçtiği kuralı verilen kararlarda görülmektedir.²⁴

Örneğin, Türkiye hakkında verilen Erdagöz kararında mahkeme, başvuranın çelişkili ifadeleri ve alınan raporların gerçeği yansıtmadığını ve kötü muamelenin bir delili sayılamayacağını vurgulamıştır. Çünkü başvuranın, kötü muamele yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında emniyete şikayette bulunduğu dair dosyada hiç bir belge bulunmamaktadır. Olaydan iki gün sonra tanzim edilmiş bulunan doktor raporunda yaraların ne zaman ve nasıl meydana geldiğine dair bir kayıt da bulunmamaktadır.²⁵

3.2. İşkence Görmeme Hakkı ile İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi İlişkisi

Sözleşmenin 35. maddesine göre, AİHM'ye başvurmadan önce iç hukukta mevcut, etkin ve sonuç alınabilecek hukuki yolların tüketilmesi gerekmektedir. Sözleşme'nin iç hukuk yolların tüketilmesi şartını getiren 35. maddesi, uluslararası teamül hukukunun bir ilkesi olup, egemen devletlere, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarının incelenmesinden önce iddiaların doğruluğunu, yerinde inceleme ve mağduriyetleri ülke sınırları içinde giderme olanağı tanımaktadır.

AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını, mağdur bakımından elverişli, etkin işleyen ve somut sonuç veren nitelikte olmasını aramaktadır.²⁶ Ülkemizin Güneydoğu Bölgesi'ndeki terör olaylarına ilişkin

gov.tr/aihm/tcyasatikdigerleri.html

²³ Çiçek / Türkiye kararı, 27 Şubat 2001, par. 154, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2002, s. 77.

²⁴ Karakaş, Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye*, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, s.141; Algür / Türkiye kararı, par. 44; *Çolak ve Filizer/ Türkiye* kararı, 8 Ocak 2004, par. 30, 31, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/colakfilizer.htm>

²⁵ Erdagöz / Türkiye kararı, 22 Eylül 1997, par. 17, 18, 41, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcy aerdagoz.html>

²⁶ Çalışkan, Bilal, "AİHM Ülkemize Karşı Başvurularda İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Şartını Neden Aramıyor", *Adalet Dergisi*, Sayı 14, Ocak 2003, s. 59; Ayrıca, AİHM, iç hukuk yollarının tüketilme zorunluluğunun bulunmamasını şu şekilde

olarak inceleme konusu olan davaların tamamına yakını, Türkiye’de iç hukuk yolları tüketilmeden kabul edilmiş ve sonuçlandırılmıştır. AİHM’nin tespitlerine göre, dava konusu olaylarda ciddi ve etkin bir soruşturma yapılmamıştır.²⁷

3.3. İşkence Görmeme Hakkı ile Etkili Soruşturma İlişkisi

AİHM, sözleşmenin 1. maddesinde yer alan devletlerin genel sorumluluk halini 3. madde yorumunda kullanmakta, etkili bir soruşturmanın yapılması ve suçluların cezalandırılması hususlarını özellikle dikkate almaktadır.²⁸

dile getirmiştir; “...Mahkeme bu açıdan Kurt’un şikayetine yönelik çözüm elde etmek için kendisinden beklenebilecek her şeyi yaptığını da dikkate almaktadır... Başvuranın şikayetine dair herhangi bir etkin araştırmanın yetkililer tarafından yapılmamış olduğu dikkate alındığında, başvuranın Hükümet tarafından Mahkemeye yapılan sunumlarda belirtilen iç hukuk yollarına makul başvurusu için herhangi bir neden bulunmamaktadır.” *Kurt/ Türkiye* kararı, 25 Mayıs 1998, par. 83, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/kurt.htm>

²⁷ Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 102.

²⁸ Karakaş, *AİHM ve Karşı Oylarında Türkiye*, s. 141.; Mahkeme, 28 Ekim 1998 tarihli Assenov/ Bulgaristan kararında, devletin sadece sözleşmenin 13. maddesine göre değil, 3. maddesine göre de işkence iddialarını soruşturmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Bu davada, polis tarafından tutuklanan genç bir Roman, dayak yediğine ilişkin tıbbi veriler sunmuştur, ancak varolan kanıtlara dayanarak gencin babası mı, yoksa polis tarafından mı dövüldüğünü değerlendirmek mümkün değildir. Mahkeme “Bay Assenov’u muayene eden doktorun saptadığı çürüklerin, ister polis, ister babası tarafından yapılmış olsun, 3. madde kapsamına giren kötü muameleye denk gelecek ağırlıkta olduğuna hükmetmiştir. 3. maddenin ihlal edildiği görüşünde olmayan komisyonun aksine, mahkeme, o noktada da durmamıştır. Daha da ileri giderek bulguların, “yaralanmalara polisin sebep olduğuna ilişkin gerçekçi bir şüphe yarattığı” görüşünü de belirtmiştir. Sonuç olarak mahkeme şöyle hükmetmiştir: “Bir kişinin, sözleşmenin 3. maddesinin ve yasaların ihlal edilerek, polis veya devletin diğer yetkilileri tarafından ciddi bir biçimde kötü muamele gördüğü iddiasını dile getirmesi durumunda sözleşmenin 3. maddesi, Sözleşmenin 1. maddesinde dile getirilen “[devletlerin] kendi yargı alanlarında bulunan herkese, sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri sağlaması” gerektiğini belirten ibare ile birlikte okunduğunda, 3. maddenin etkin resmi bir soruşturma yapılmasını gerektirdiği anlaşılar. Bu görev, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasına yol açacak düzeyde olmalıdır. Bu yapılmazsa, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin veya cezanın hukuken yasaklanmış olması, temelde çok önemli olmasına rağmen pratikte etkisiz kalacak ve kimi durumlarda, devlet görevlilerinin zımnen cezadan muaf kalarak, kendi denetimleri altındaki kişilerin haklarını çiğnemesi mümkün olacaktır.” Mahkeme bu davayla ilk kez tek başına kötü muamelenin yapılmış olmasından değil, kötü muamele iddiaları üstüne etkin bir resmi soruşturmanın yapılmamış olmasından dolayı 3. maddenin ihlal edildiği

Bu bağlamda mahkemenin verdiği kararlarda, sözleşmenin 1. maddesinde öngörülen devletin genel koruma yükümlülüğü ile bağlantılı olarak bir bireyin, polis ya da diğer devlet görevlilerince hukuk dışı ve 3. maddeye aykırı bir muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiğinde, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasıyla sonuçlanacak etkili ve tarafsız bir soruşturmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Ancak yapılacak olan soruşturmanın, sorumlu kişileri teşhis etmeye ve cezalandırmaya elverişli olması gerekir. İddia sahibi de, bu amaçla yapılan soruşturmaya etkili bir biçimde katılma olanağına sahip olmalıdır.²⁹ Bunun gerçekleşmemesi halinde 3. madde kapsamında yasaklanan fiillerin, temel önemine rağmen, uygulamada etkisiz kalacağını ve bazı durumlarda ceza bağışıklığına sahip devlet görevlilerinin, denetimleri altındaki bireylerin haklarını çiğnemelerinin mümkün olabileceği dile getirilmektedir.³⁰

Mahkeme, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda, 3. maddeyle ilgili vermiş olduğu ihlal kararlarının çoğunluğunda, sözleşmenin hak ihlallerine karşı etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesinin de ihlal edildiği yolunda kararlar vermektedir.³¹ Mahkeme, bir kişinin devlet görevlisi tarafından ağır bir kötü muameleye veya işkenceye maruz bırakıldığına dair bir iddiası varsa, müştekinin etkili bir şekilde katılımıyla sorumluların belirlenerek cezalandırılmalarını sağlayacak tam ve etkili bir soruşturmanın gerekliliğine işaret etmektedir.³²

AİHM, Aktaş / Türkiye kararında, il idare kurullarının görev suçlarına ilişkin soruşturmalarda, soruşturmacı olarak görevlendirilen ki-

sonucuna varmıştır. Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Yargı Yayınları, Ankara, 2003, s. 115.

²⁹ Selmouni/ Fransa kararı, par. 79 .

³⁰ Selçuk ve Asker/ Türkiye kararı, par. 32; Tekin/ Türkiye kararı, par. 66.

³¹ Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, s. 114.

³² İç hukuk yollarının tam ve etkin bir şekilde işletilmesi halinde yapılan başvurular hakkında mahkeme, kabul edilmezlik kararı verebilmektedir. "...AİHM, dava koşullarında ve kendisine intikal eden soruşturma dosyasında bulunan unsurlar göz önünde bulundurularak, soruşturmada sorumlu yetkililer ve güvenlik güçlerinin Y.N.'nin kayboluşundaki olası müdahalelerini göz önünde bulundurdıkları ve bu konu hakkındaki sorumlu kişi ve kişileri bulmak amacıyla bütün yolları denemiş oldukları kanaatine varmıştır. Bu nedenlerden dolayı AİHM oybirliğiyle, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir." Bakınız, Sahibe Nergiz ve Aysel Karaaslan / Türkiye (Kabul edilmezlik kararı), http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcNergis_Karaaslan.html

şilerin bağımsız kişiler olmasına dikkat edilmemesini, etkin soruşturmanın olmaması anlamında eleştirilmiştir. Aktaş kararında, jandarma sorgusunda ölen şahısla ilgili soruşturma görevinin, soruşturma yapacağı askeri birlikte aynı komuta zincirinde olan bir subaya verilmiş olması, bu anlamda haklı olarak eleştirilmiştir. Ayrıca, aynı kararda mahkeme, soruşturmacı olarak görevlendirilen subayın, cesetteki yaralar hakkında sorguya katılanların ifadesini alıp almadığının açıkça anlaşılabilmesi ve yine olayın geçtiği birlikteki görevlilerden herhangi birisinin ifadesinin alınmamış olmasını da, etkili soruşturma yapılmadığına örnek göstermektedir.³³

4. Mahkemenin 3. Madde Kapsamında İşkence Yorumu

AİHM, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın “yoğunluk farkı” ve “amaca yönelik kasıt unsuru” olduğunu kararlarında belirtmektedir. Ayrıca, kötü muamelenin şiddetini ve olayın şartlarını dikkate alarak işkence olarak tanımlanabilecek fiillerin, “çok ciddi ve zalimce” bir muamele olup olmadığını belirlemektedir.

Bu kriterler, davanın bütün şartlarına bağlı göreceli bir değerlendirmeye olmaktadır. Yapılan eziyetin şiddeti veya yoğunluğu değerlendirilirken, muamelenin süresi, söz konusu muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi koşullar değerlendirmeye alınmaktadır.³⁴

1967 yılında Avrupa Konseyi üyesi olan Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda, Yunanistan’da askeri darbe yapılarak yönetime el konulması ve hakların askıya alınmasıyla işkence ve kötü muamelenin ülkede yaygın olarak ihlal edildiği iddiası ile komisyona başvurmuştur. Komisyonun raporuna göre, siyasal nedenlerle işkence yapılması ve yapılan işlemin yönetimin denetimi altında ve onun hoşgörüsü ile yürütüldüğü kanaatine varmıştır. Komisyon, Yunanistan davasında verdiği kararda işkenceyi, “bilgi ya da ikrar elde etmek ya da cezayı eza verici duruma sokma gibi amaçlarla yapılan insanlık dışı muamelelerin şiddetlendirilmiş biçimi” olarak tanımlamıştır. Fiziki olmayan işkence ise, “bedene saldırının dışında bireyde stres ve derin keder yaratan, zihinsel acı

³³ Aktaş /Türkiye kararı, par. 297, 301.

³⁴ İrlanda / Birleşik Krallık kararı, par.162; Bilgin/ Türkiye kararı, par. 101.

verici uygulamadır” şeklinde yorumlanmıştır.³⁵

Yunanistan olayında belirginleşen işkence tanımı, İrlanda kararında yinelenmiş ve İngiliz güvenlik güçlerinin Kuzey İrlanda’daki olağanüstü hal çerçevesinde uyguladığı beş sorgu tekniğini, komisyon işkence olarak nitelendirmiştir.

Komisyon, Birleşik Krallık hakkında İrlanda tarafından 1971 yılında yapılan başvuruda, İngiltere’nin Kuzey İrlanda’daki terörist eylemleri önlemek amacıyla aldığı olağanüstü tedbirler ve bunlar arasında bazı bedensel ve manevi rahatsızlık ve baskıları içeren sorgulama şekli ele alınmıştır. Bunlar; **1. Ayakta tutma**; Şahıslar bir duvar önünde saatlerce durmaya zorlanmışlardır. **2. Gözbağı**; Şahıslar sorgu dışında, kafasına geçirilmiş koyu renkli bir bağ ile tutulmuştur. **3. Gürültüye maruz bırakmak**; Sorgu dışında şahıslar bir odada sürekli bir sese ve ıslık biçimindeki gürültüye maruz bırakılmıştır. **4. Uyutmama**; Şahısların uyumasına izin verilmemiştir. **5. Yiyecek ve içeceğin azaltılması**; Şahıslar zorunlu bir diyeteye tabi tutulmuşlardır.

Bu başvuruda komisyon, güvenlik güçlerinin kullandığı beş sorgulama tekniğini 3. madde kapsamında işkence olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre ise, bu beş teknik, işkence sözcüğünün ifade ettiği anlamdaki şiddetlendirilmiş ve zalimce olan acı verme düzeyinde değildir. Bu teknikler, buna maruz kalan kişinin bedensel olarak yaralanmasına yol açmasa bile, en azından fiziksel ve ruhsal açıdan acı çekmesine neden olmuş ve sorgu sırasında ağır psikiyatrik rahatsızlıklara yol açmıştır. Bu nedenle bu teknikler, 3. maddedeki anlamıyla insanlık dışı muamele kategorisinde değerlendirilmelidir. Ayrıca, fiziksel ve moral dirençlerini kırarak, onlarda korku, şiddetli üzüntü ve aşağılık duygusu uyandırdığından ayrıca onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmelidir.³⁶ Uygulamanın bilgi ve ikrar elde etmek için yapılmasına rağmen neden olduğu acı işkence kapsamında görülmemiştir.

Mahkeme, süreç içerisinde yaşanan değişimi kararlarında da dile getirmektedir. Mahkemeye göre, sözleşmenin “içinde bulunulan günün şartlarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir doküman” olduğu gerçeği hatırlandığında geçmişte “işkence” kabul edilmeyip “insanlık dışı

³⁵ Gemalmaz, Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul 1993, s. 208.

³⁶ İrlanda / Birleşik Krallık kararı, par. 167.

veya aşağılayıcı muamele" olarak nitelenen bazı fiiller gelecekte farklı tanımlanabilecektir. Mahkemeye göre, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında benimsenmesi gereken standartların oldukça yüksek olması gerekir ve demokratik toplumun temel değerlerinin çiğnenmesi karşısında oldukça sağlam bir tavır sergilenmelidir.³⁷

AİHM, kötü muamele veya cezayı, işkence olarak belirleyen unsurları içtihatlarında belirlemekle birlikte, bu kavramın ne anlama geldiğini tam olarak tanımlamamıştır.³⁸ Buna karşılık, 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'de yer alan tanımları kısmen onaylamış ve bu tanımları ve unsurlarını esas almaya başlamıştır.³⁹

BM Sözleşmesi'nin 1. maddesinde 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 gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil"* olarak tanımlanmıştır.

Mahkeme, Aksoy kararında bu tanımları kısmen onaylamıştır. Bu tanımdan, işkencenin, şiddetli ruhsal acı veya eziyet vermesi, acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanmasının yanı sıra, bilgi almak ve itiraf sağlamak gibi belirli bir amacın izlenmesi gibi üç ana unsuru ortaya çıkmaktadır.⁴⁰

Komisyon, delilleri değerlendirme sürecinde, 1992 tarihinde Kızıltepe'de gözaltına alınan Aksoy'un çırılçıplak soyularak, elleri arkadan bağlı biçimde kollarından asıldığı kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca, başvurunun savcı tarafından ifadesi alındığı sırada her iki kolundan rahatsız olduğunu belirttiğini tespit etmiştir. Bu çerçevede iç hukuk yollarının tüketilmeden yapılan başvuru kabul edilmiştir.⁴¹

³⁷ Selmouni / Fransa kararı, par. 101.

³⁸ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 11.

³⁹ Selmouni / Fransa kararı, par. 97, 100.

⁴⁰ Aksoy / Türkiye kararı, par. 64; Batı ve Diğerleri / Türkiye kararı, (Hukuk Açısından Kısmı, C Bölümü).

⁴¹ Hükümet, komisyonun olayı değerlendirme usulü hakkında çeşitli itirazlarda bulunmuştur. Hükümet yetkilileri, Aksoy'un, iddia ettiği gibi kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı konusunda, ciddi kuşku yaratacak bazı faktörler olduğu görüşünü taşıdıklarına işaret etmişlerdir. Örneğin, şikayetçinin işkence gördüğü konusunda

Divana göre, başvuranın gözaltında kötü muameleye maruz kaldığını şikayet etmese bile savcıyla görüşmesi esnasında sakatlığı görülebilecek halde olmasına rağmen bu sakatlık hakkında herhangi bir araştırma yapılmaması etkili soruşturmanın eksikliğidir. Divan, *“iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili olarak yetersiz veya etkisiz olan yaptırımlara başvuru zorunluluğu bulunmadığı”* görüşünü dile getirmiştir.

Divan, başvuranın *“çıplak bir vaziyette filistin askısına konulmasının”* ancak kasıtlı yapılabileceğini, gerçekten bu işi yapabilmek için büyük bir hazırlık ve çaba gerektiğini vurgulamıştır. Bunun amacı ise bilgi ve itiraf almaktır. Filistin askısı, o zaman sebep olduğu büyük acıya ila- veten, tıbbi deliller göstermektedir ki, bir süre kollarda felce de sebep olmuştur. Neticede bu davranışın sadece işkence olarak tanımlanabi- lecek ciddi ve acımasız bir davranış olduğu kabul edilmiştir

Mahkeme akit devletlere; 3. maddede yasaklanan eylemlerin ya- pılmasını önleyici tedbirler alma ve bütün tedbirlere rağmen eylem gerçekleşmişse, yapanları tespit edip cezalandırılması ve mağdurların mağduriyetlerinin telafi edilmesi yönünde teknik anlamda pozitif yükümlülük olarak adlandırılan yükümlülükler yüklemiş ve bu yüküm- lülüğe aykırı gördüğü olaylar yönünden 3. maddenin ihlali yönünde kararlar vermiştir. Bu yönde örnek oluşturacak uygulamalardan en önemlisi, akit devletler hakkında, yapılan işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamelelere maruz kalındığı iddialarının yeterince soruş- turulmaması nedeniyle verilen ihlal kararlarıdır.

Bu konudaki örnek kararlardan biri Sevtap Veznedaroğlu kara- rıdır. Bu kararda başvuran, 4-15 Temmuz 1994 tarihleri arasında gö- zaltında tutulduğunu ve bu süre içerisinde sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak ellerinden asılarak, kendisine elektrik verilmek suretiyle işkenceye maruz kaldığını, ölüm ve tecavüzle tehdit edildiğini iddia etmiştir. 13 Temmuz 1994 tarihli adli tıp raporunda şahsın vücudun- da çürükler saptanmıştır. 18 Temmuz 1994 tarihinde başvuran, Dicle

Savcıya neden şikayette bulunmadığını ve eğer gerçekten işkenceye maruz kalmış- sa, neden suçlayıcı bir itirafta bulunmadığının, anlaşılması güç bir durum olduğu- nu ileri sürmüşlerdir. Ayrıca salıverildikten sonra hastaneye gitmek için neden beş gün beklediğinin de kuşku uyandırdığını ve bu süre içerisinde hiçbir kötü olayın meydana gelmediğinin düşünölemeyeceğini öne sürmüşlerdir. Son olarak, tıbbi delillerle ilgili bazı noktalara dikkat çekerek, şikayetçinin tıbbi kayıtlarını hastane- den çıkarken yanında götürdüğünü ve elektrik şokları neticesinde hiçbir yanığın veya yaranın, bu tıbbi delillerde bulunmadığını belirtmişlerdir. Aksoy / Türkiye kararı, par. 59

Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nden 20 gün iş göremezlik raporu almıştır. Başvuran, Savcıya ve Diyarbakır DGM'ne bağlı yedek hakime işkence gördüğüne ilişkin iddiada bulunmuş, ancak başvurandan daha ayrıntılı bilgi edinilmesi yönünde herhangi bir adım atılmadığı gibi, işkence iddialarına yönelik herhangi bir işlem de yapılmamıştır.

Hükümet başvuranın iddiasını reddetmiş, adı geçen tıp fakültesinin düzenlediği 20 günlük raporun sahte olup olmadığını incelemek üzere soruşturma açıldığını vurgulamış, iki çürüğe bu uzunlukta bir istirahat verilmesini abartılı bulduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, hastane kayıtlarında yapılan incelemede, başvurana verilmiş bu tür bir belgenin kaydına rastlanmamıştır. Hükümet yaptığı savunmada, başvuran tarafından tek somut kanıt olarak sunulan bu belgenin sahte olduğunu ve dolayısıyla dikkate alınmaması gerektiğini, neticede Savcının şikayeti incelemeyeceği için kusurlu bulunamayacağını dile getirmiştir.⁴²

Mahkeme, “Hükümetin, başvuranın gözaltında tutulduğu sırada meydana gelen çürükleri inkar etmediğine dikkat çekmektedir. Lakin Hükümet, bu çürüklerin küçüklüğüne işaret ederek bunların şikayetçi olunan muamelenin ağırlığıyla bağdaşmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme, kendisine sunulan kanıtlarla, başvuranın yaralanmasına polisin yol açıp açmadığına ya da iddia edildiği ölçüde işkenceye maruz kalıp kalmadığına karar vermeyi olanaksız bulmaktadır. Mahkemeyi ikna edecek, davaya esas teşkil eden olayları açıklığa kavuşturacak ya da başvuranın iddialarını kanıtlayacak bir tanık dinleme duruşması da gerçekleşmemiştir. Aynı zamanda Mahkeme, başvuranın vücudundaki çürüklerin makul bir açıklamasının olup olmadığının ya da maruz kaldığını iddia ettiği muamelenin yetkililerin, şikayetleri incelemeyi savsaklamasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesindeki zorluğa dikkat çekmektedir. Mahkeme, başvuranın işkence gördüğüne ilişkin ısrarının, dosyadaki tıbbi kanıtlarla birlikte, Savcının soruşturma açması için yeterli olması gerektiği” kanaatindedir.⁴³

Başvuranın, yargılama aşamasında da iddialarında ısrar etmesi ve başvuranın iddialarına yönelik, yetkililerin sergiledikleri atalet, Sözleşmenin 3. maddesinin taraf devlete yüklediği usuli sorumluluğa aykırıdır. Sonuç olarak, mahkeme, başvuranın işkence iddialarına yönelik soruşturma görevinin yerine getirilmediği için 3. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.

⁴² Sevtap Veznedaroğlu / Türkiye kararı, par. 25.

⁴³ Sevtap Veznedaroğlu / Türkiye kararı, par. 30, 34.

5. Mahkemenin 3. Madde Kapsamında İnsanlık Dışı Muamele Yorumu

Yeterli yoğunluk ve amaç unsuru taşımaması nedeniyle işkence sayılmayan, 3. madde kapsamında “*asgari düzeydeki*” diğer kötü muameleler, “*insanlık dışı*” veya “*onur kırıcı*” olarak sınıflandırılmaktadır. Mahkemeye göre, işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı uygulama arasındaki ayırım, verilen acının yoğunluğundaki farklılıklardan doğmaktadır. Her işkence insanlık dışı ve onur kırıcı olmakla beraber, her onur kırıcı muamele işkence veya insanlık dışı olmayabilir.

İnsanlık dışı muamele, uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve kasti olarak uygulanan şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsamaktadır. Mahkeme, 3. maddenin sınırları içinde kalabilmesi için kötü muamelenin en az ağırlık düzeyinde olması gerektiğini belirtmektedir.

Yunanistan kararında AİHM şu saptamayı yapmıştır; İnsanlık dışı muamele kavramı, isteyerek yapılmış, kasti olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsar.⁴⁴

Muamelenin AİHM tarafından “*insanlık dışı*” olarak kabul edilmesinin nedeni taammüt içermesi, kesintisiz olarak saatler boyunca uygulanması ve bedensel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal eziyete yol açmasıdır. Burada alıkonulan kişiler şiddetli kötü muameleyle maruz kalmakla birlikte, bu muamelenin yoğunluğu işkence olarak sınıflandırılmak için yeterli düzeyde değildir.⁴⁵

Tomasi/ Fransa kararında mahkeme, daha önceki benzer davalarda belirttiği gibi muamelenin “*asgari düzeye ulaşması*” veya “*en az belli bir ağırlıkta*” olmasından bahsetmeyerek, kullanılan fiziki kuvvetin “*yoğunluğu ve devamlı tekrarı*” ifadesini kullanmıştır. Bu ifade değişikliği, ağırlık eşiğinin daha aşağı çekildiği şeklinde yorumlanmaktadır.⁴⁶

AİHM’nin 1992 yılında *Tomasi* kararında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yapıldığı kararını vermiştir. Fransız vatandaşı olan *Tomasi*, polis tarafından terörist bir saldırıda bulunduğundan dolayı gözaltına

⁴⁴ Yokuş, Sevtap, *AİHS’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 62

⁴⁵ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 16

⁴⁶ *Tomasi/ Fransa* Kararı, 27.8.1992, par.108,114, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, 1996, s. 266

alınmıştır. Gözaltında tutulduğu sürece tokatlandığını, tekmelendiğini, uzun süre elleri arkadan kelepçeli ve çıplak olarak bekletildiğini ve silahla tehdit edildiği iddiası ile komisyona başvurmuştur.

Bu kararda, Fransız Hükümeti, şahsın bedeni üzerinde tespit edilen izlerin gözaltına alınmasından önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğine veya başvurucunun kendi kendine yaptığı eylemden kaynaklanmış olabileceğine dair hiçbir savunma yapamamış, ancak bunların başvurucunun şikayet ettiği muameleden kaynaklanmadığını ileri sürmüştür.

Komisyon yaptığı inceleme sonucunda, polis nezaretinde tutulan bir kişinin hırpalanma olasılığını vurgulamış, tespit edilen yaraların kısmen hafif olarak görülse de, özgürlüğünden yoksun bırakılmış ve bu nedenle utanma duygusu içinde olan bir kişinin üzerinde fiziksel bir zor kullanımın, görülebilen izlerini oluşturduğunu, bu nedenle yapılan muamelenin hem insanlık dışı, hem de onur kırıcı davranış olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme de, komisyonun kararını kabul etmekte, bağımsız tıp pratisyenleri tarafından düzenlenen tıbbi belge ve raporların başvurucuya çok sayıda darbe vurulmuş olduğunu ve darbelerin şiddetini doğrulayan delil olduğunu, böyle bir muamelenin insanlık dışı ve onur kırıcı olarak nitelendirmenin doğruluğuna karar vermiştir.⁴⁷

Sözleşmenin 3. maddesi, bir suçtan dolayı gözaltına alınan, tutuklu ve hükümlülerin yaşam koşulları ve içinde bulundukları şartlar açısından önemli bir rol oynamaktadır. Alıkoymanın koşulları bazen gayri insani veya haysiyet kırıcı muameleye varabilmektedir. Alıkoymanın koşulları değerlendirildiğinde, başvuru sahibinin sunduğu somut iddialar gibi bu koşulların gittikçe artan etkilerine önem verilmiştir.

Bununla ilgili olarak, hücre hapis uygulaması mahkeme tarafından tek başına 3. maddeye aykırı bulunmamıştır. Fakat, hücre hapsinin uygulama süresi, amacı, hücre koşullarının kişinin sağlığı üzerindeki etkileri gibi faktörler değerlendirilerek insanlık dışı veya küçültücü nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Hükümlülere kelepçe takılması, açık havaya çıkma veya görüş haklarından yoksun bırakılmaları gibi disiplin uygulamalarının gerekli olabileceği kabul edilmekte, ancak sürekli takip edilmesi ve uygulanış biçimi itibarıyla insanlık dışı ve küçültücü olmamasının sağlanması

⁴⁷ Tomasi/ Fransa kararı, par. 113, 114

gereği üzerinde durulmaktadır.⁴⁸

Van Der Ven/Hollanda kararında başvuru sahibi, “kaçma teşebbüsünde bulunabilecek mahkumların konulduğu özel bir yönetime sahip” bir cezaevindeki uygulamalardan şikayetçi olmuştur. Birincisi, haftalık ve bazen daha sık arama maruz kalmasıdır. Onur kırıcı olarak ifade ettiği üst arama, tamamen soyunmayı, yoklamayı ve dokunmayı, utandırıcı bulunduğu pozisyonda durmayı kapsamaktadır. İkincisi ise, ziyaret düzenlemesinin bir sonucu olarak, yakın akrabası ile fiziksel teması da kapsayan, olağan insani ilişkilerden alıkonulmasıdır. Bu uygulamaların, kendisi üzerinde psikolojik olarak çok büyük etkileri olduğunu, çok fazla kilo kaybettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, sosyal yalnızlıkla birleşen duygusal yalnızlığın, kişiliği bozabileceğini ve bunun güvenlik veya başka bir sebebin gerekleri olarak haklı kabul edilemeyecek insanlık dışı muamelenin bir çeşidini oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre, başvuru sahibinin çok fazla kontrol tedbirlerine maruz kaldığı durumun ve inandırıcı güvenlik gereklerinin azlığı içinde, başvuru sahibine yaklaşık üç buçuk yıl uygulanan haftalık arama uygulaması insani saygınlığını azaltmış ve kendisinin gururunu kırmaya ve alçaltmaya yönelik kedere ve aşağılık duygularına sebep olmuştur.⁴⁹

Bunlardan dolayı, mahkeme, rutin arama ile birleşen cezaevindeki diğer katı güvenlik tedbirlerinin, sözleşmenin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye vardığı sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme uygulamada 3. maddenin sağladığı korumayı, sözleşmede açıkça ifade edilmeyen bazı haklara da genişletmiştir. AİHS’ye taraf ülkelerin hasta tutuklu ve hükümlülerin cezaevi ve hastahane ortamında tedavilerine ve cezalarının infazı usullerine ilişkin standartları içermemektedir. Ancak, hasta bir kişinin mahpusluğunun sözleşmenin 3. maddesi anlamında bazı problemlere yol açması ve bu hakkın ihlali-ne sebep olabileceği yine verilen kararlarda görülmektedir. Sözleşmenin 3. maddesi çerçevesinde verilen bu kararlarda, devleti özellikle gerekli tıbbî tedavileri sağlama yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bedensel bütünlüğünü korumaya mecbur tutmaktadır.

⁴⁸ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 27

⁴⁹ Van Der Ven / Hollanda kararı, 4 Şubat 2003, par. 51, 62, 63, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 6, Temmuz 2003, s. 84, 85

5.1. Gözaltında Kayıp İddiaları Sonucu İnsanlık Dışı Muamele Yorumu

Türkiye hakkında yapılan bazı başvurularda AİHM'nin verdiği kararlar, sözleşmenin 3. maddesine yönelik yeni kriterlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Gözaltında kayıp iddialarında, mağdurun yakınlarına 3. madde kapsamında insanlık dışı muameleye maruz kaldığına yönelik kararların verilmesi bunun en tipik örneklerindendir.

Bir devletin egemenlik sınırları içerisinde, devlet görevlileri veya resmi yetkililer adına veya onların onayı ile hareket eden kimselerce, bir kişinin kayıtlara geçmeksizin alıkonulması durumunda 3. madde kapsamında kayıp olaylarından söz edilmektedir.

Kayıp olayları sonucunda ya bu kişinin öldüğü anlaşılmakta veya uzun süre bulunamaması nedeniyle ailesi tarafından öldüğüne kanaat getirilmektedir. Bu durumda, kayıp olaylarının sözleşmenin 3. maddesi anlamında kayıp kişinin hakları ve kayıp kişinin ailesi ve yakınlarının haklarının değerlendirilmesi gündeme gelmektedir.

AİHM, sözleşmenin yaşama hakkını düzenleyen 2. maddesi kapsamında verdiği ihlal kararlarının yanında, gözaltına alınan kişilerin kayıp olması halinde belirli şartlara bağlı kalmak üzere bu fiilin mağdurunun yakınları bakımından da 3. maddenin ihlal edilmiş olacağı sonucuna varmaktadır. Ancak, bu genel bir kural olarak ortaya çıkmamaktadır. Bir aile bireyinin mağdur olup olmadığı belirlenirken, aile bağlarının yakınlık derecesi, başvuranın çektiği sıkıntı ve üzüntüye bazı faktörlerin etkileri de göz önünde bulundurulmaktadır.

Ayrıca, aile bağlarının yakınlık derecesi de önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, aile çocuk bağına özel bir önem verilmekte, bireyin söz konusu olaylara ne kadar tanık olduğu, kayıp kişi hakkında bilgi edinmek için gösterdiği çaba ve bu çabalara karşılık yetkililerin ne şekilde cevap verdiği önem arz etmektedir. Mahkeme, böyle bir ihlalin özünü, aile bireyinin kayboluşunun değil, kayıp olayının yetkililerin dikkatine sunulduğunda gösterdikleri tepkinin oluşturduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda söz konusu kimsenin yakını, yetkililerin olay karşısında gösterdikleri tepkiden dolayı doğrudan mağdur olduğunu iddia edebilmektedirler.⁵⁰

⁵⁰ Çakıcı / Türkiye kararı, par. 98; Taş/Türkiye kararı, 14 Kasım 2000, par.77-80, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tas.htm>; İpek / Türkiye kararı, 17.02.2004,

Bu kıstasla ilgili olarak verilen *Kurt* kararında, başvuran oğlunun yetkililerin ellerinde kaybolması ile ilgili olarak kendisinin insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye maruz kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuranın oğlunun gözaltına alındığına yönelik kesin bir inançla, oğlunun kaybolmasını takip eden günlerde C. Savcısı ile temaslarda bulunduğunu hatırlatmaktadır. Ancak, C. Savcısı başvuranın şikayetini ciddi bir şekilde ele almamış ve bunun yerine jandarmaların başvuranın oğlunun PKK tarafından kaçırıldığına yönelik varsayımına itibar etmeyi tercih etmiştir.⁵¹ Sonuç olarak, başvuran oğlunun tutuklandığını ve oğlunun daha sonraki akıbetine ilişkin resmi bir bilginin olmadığını bilmenin acısı ile baş başa bırakılmıştır. Bu acı uzun süreli olarak devam etmiştir. Bunun yanı sıra, şikayet sahibinin insan hakları ihlali mağdurunun annesi olması ve kendisinin de acı ve sıkıntısı karşısında yetkililerin sergilemiş oldukları rahat tutum nedeniyle mağdur olduğu dikkate alınarak, mahkeme başvuran açısından sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁵²

Ayrıca mahkeme, kayıp kimselerin devlet makamlarınca kayıt dışı tutulmaları sırasında işkence veya insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye maruz kaldığına ilişkin kanıtların bulunması durumunda bu kişi bakımından 3. madde ihlalini de değerlendirmektedir.

Ancak, mahkeme gözaltında kayıp olayında, mağdurun bu süreçte 3. maddenin ihlali sayılabilecek muamelelere maruz kaldığına yöne-

Özet çeviri, <http://www.ihd.org.tr/aihm/ipek.html>; Orhan / Türkiye kararı, 18 Haziran 2002, par. 357-360, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002, s. 171

⁵¹ Kurt/Türkiye kararı, par. 83, Mahkeme, başvuranın şikayetine yönelik çözüm elde etmek için kendisinden beklenebilecek her şeyi yaptığını da dikkate almaktadır. Başvuran Bismil'deki Cumhuriyet Savcısı ile değişik tarihlerde iki kez temasa geçmiştir. Ayrıca, Diyarbakır'daki Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne de dilekçe ile başvuruda bulunmuştur. Başvuranın oğlunun köyündeki askerler ve PKK arasındaki çatışmadan sonra göz altına alındığı konusunda ısrar etmesine rağmen hiçbir aşamada yetkililer başvuranın ifadesini almamışlardır. Hem Bölge Jandarma Komutanlığı hem de İl Komutanlığı yetkilileri başvuranın ilk dilekçesini sunduğu günde Üzeyir Kurt'un PKK tarafından kaçırıldığı görüşünde olduklarını belirtmişlerdir. Ancak, bu alalecele varsayımı destekleyen hiçbir sebep gösterilmemiştir ve Cumhuriyet Savcısı esasları daha ayrıntılı olarak incelememiştir. Başvuranın resmi açıklamayı kabul etme konusundaki isteksizliği, oğlunun gözaltına alındığını ileri sürerek iki kez daha başvuranın yetkililerle temasa geçip oğlunun akıbeti hakkında bilgi verilmesine ilişkin ısrarı ile de teyit edilmektedir. Ancak, başvuranın bu iddiası ciddi bir şekilde ele alınmamış ve yetkililer oğlunun PKK tarafından kaçırıldığına ilişkin olarak dayanaktan yoksun bir soruşturmayı sürdürmeyi tercih etmişlerdir.

⁵² Kurt / Türkiye kararı, par. 130-134.

lik iddialarda, buna yönelik bir delil yoksa, tahmin ve varsayımlarla 3. madde ihlalinin kayıp kişi bakımından söz konusu olmadığını, ancak kayıp kişinin hukuka aykırı biçimde özgürlüğünden mahrum edilmesinin 5. madde kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmektedir.

5.2. Köy Boşaltma ve Ev Yakma İddiaları Sonucu İnsanlık Dışı Muamele Yorumu

İnsanlık dışı muamele, gözetim koşullarının dışında kalan ve mağdurları sıkıntıya düşüren, kasıtlı ve acımasız bir dizi başka davranışı da kapsamaktadır. Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında ve ilk olarak Türkiye'ye yönelik başvurularda ortaya çıkan köylerin boşaltılması ve ev yakma sonucu yapılan başvurularda, Güneydoğu bölgesinde evlerin, eşyaların yakılması ve kişilerin başka yerlerde yerleşime zorlanmalarına yönelik iddiaları insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmiştir.

Köy boşaltma ve ev yakma başvurularının tipik bir özelliği bulunmaktadır. Yapılan başvurularda, iddia sahiplerinin adli veya idari makamlara herhangi bir müracaatları bulunmamaktadır. Neticede iç hukuk yollarının tüketilmeden AİHM'ne yapılan başvurular, etkili ve yeterli bir iç hukuk yolu bulunmadığından dolayı kabul edilmiştir.

Mahkeme buna gerekçe olarak şu hususlar üzerinde durmaktadır: Öncelikle bu tür iddialarda mülkün güvenlik güçleri tarafından kasten yıkılmış olduğu veya bu iddialar konusunda açılmış davalar hakkında bedel olarak ödenen karşılığa dair hiçbir örnek bulunmadığı belirtilmektedir. Bu iddialara yönelik, sorununun boyutlarına rağmen güvenlik güçlerinin mülke kasten zarar verdiği iddialarıyla ilgili olarak tazminata hükmedildiğine ya da bu iddialar nedeniyle güvenlik güçleri üyeleri hakkında takibat yapıldığına dair hiçbir örnek bulunmadığı ve yetkililerde güvenlik güçlerince böyle bir eylemin yapıldığını kabul etmede genel bir isteksizlik görüldüğü kanaatinin mahkemeye hakim olduğu görülmektedir.⁵³

⁵³ Dulaş / Türkiye kararı, 09 Ocak 2001, par. 46, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2002, s.15; *Mentes/ Türkiye kararı*, 28 Kasım 1997, par. 59, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/mentesh.htm>; Selçuk ve Asker / Türkiye kararı, par. 61; Gündem / Türkiye kararı, par. 47; Ayder ve Diğerler / Türkiye kararı, par. 97; Bilgin / Türkiye kararı, par. 112; Yöyler/ Türkiye kararı, 24 Temmuz 2003, par. 92, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003, s.146

Bunun yanında mahkeme, başvuruçuların şikâyetçi oldukları olayların gerçekleştiği dönemde Türkiye'nin güneydoğusundaki, güvenlik güçleriyle terör örgütü arasındaki şiddetli çatışmalarla belirlenen durumun göz önünde bulundurulması gerektiğini dile getirmektedir. Başvuranların evlerinin yıkımını takiben kendilerinin güvensiz ve saldırıya açık durumda oldukları, böyle bir durumda adaletin gerektiği gibi işleminin önüne engeller çıkacağı, özellikle de böyle güç bir durumda yürütülen yerel adli davalar için gerekli olan kanıtları güvence altına alma hususunda güçlüklerle karşılaşılacağı ve adli yollara başvuru arayışının etkili olmayacağı belirtilmektedir.⁵⁴

Selçuk ve Asker hakkında, 1998 yılında verilen kararda, başvuruçular evlerinin 1993 yılında güvenlik güçlerince yakıldığını iddia etmişler, Hükümet ise belirtilen tarihte bir askeri operasyonun yapılmadığını, evlerin PKK örgütü tarafından yakıldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Bayan Selçuk ve Bay Asker'in o dönemde sırasıyla 54 ve 60 yaşlarında olduklarını ve tüm yaşamları boyunca İslamköy'de oturduklarını, evleri ve malvarlıklarının büyük bölümü güvenlik güçlerince yok edildiğini dile getirmiştir. Mahkemeye göre bu durum, başvuruçuları geçimlerini sağlayamayacak duruma sokmuş ve köylerini terk etmeye zorlamıştır. Bu uygulama, önceden tasarlanmış ve başvuruçuları hor görerek ve duygularına aldırmaksızın yapılmış görünmektedir. Başvuruçular hazırlıksız yakalanmışlar ve evlerinin yanışını izlemek zorunda kalmışlardır. Şahısların güvenliğini sağlamak için yeterli önlemler alınmamıştır ve itirazlarına önem verilmemiştir. Sonrasında başvuruçulara yardım sağlanmamıştır. Özellikle başvuruçuların evlerinin yakılış biçimi ve kişisel durumları dikkate alındığında, güvenlik güçlerinin fiilleri nedeniyle 3. madde anlamında insanlık dışı muamele olarak nitelendirilecek derecede ağır bir muameleyle maruz kalmış olduklarına karar verilmiştir.⁵⁵

AIHM'nin köy boşaltma ve ev yakma iddialarına yönelik verdiği mahkumiyet kararlarında, dile getirilen iddiaların C. Savcıları tarafından yeterince araştırılmadığı ve başvuranların ifadelerinin alınmasına yönelik bir gayret gösterilmediği ortaya çıkmaktadır. Bunun

⁵⁴ Dulaş / Türkiye kararı, par. 45, Selçuk ve Asker / Türkiye kararı, par. 60; Menteş / Türkiye kararı, par. 59; Gündem / Türkiye kararı, par. 46; Ayder / Türkiye kararı, par. 93

⁵⁵ Selçuk ve Asker / Türkiye kararı, par. 70, 71

yanında, gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla araştırılan olaylara tanıklık edebilecek diğer köylülerin ifadelerinin alınması için bir girişimde bulunulmaması ve güvenlik güçlerinin faaliyetlerine yönelik ifadelere başvurulmaması, başvuranların iddialarına ilişkin tam ve etkili bir soruşturma yapılmadığını göstermektedir. Ayrıca yapılan soruşturmalarda güvenlik görevlileri hakkında idare kurullarınca soruşturma izninin verilmemesi veya bu sürecin uzun zaman alması da bu tür iddiaların mahkumiyetle sonuçlanmasında diğer bir etken olarak gözükmektedir.

6. Onur Kırıcı Muamele veya Ceza Yorumu

Onur kırıcı muamelenin mağdur üzerindeki etkisi; mağdurda korku, endişe ve aşağılık duygusu yaratması ve onları kendisi veya başkaları karşısında alçaltıcı nitelikte olmaktadır. Mağdurun fiziksel veya moral direncini kırmaya yönelik uygulamalar⁵⁶ yahut mağduru iradesine veya vicdanının aksine hareket etmeye yönelten uygulamalar bu kapsamdadır.⁵⁷ Bununla birlikte, kişiyi kamu önünde teşhir etme, kamu gücünün veya görevlilerinin oyuncağı haline getirme, fiziki ceza verme gibi muameleler onur kırıcı muamele kavramı içerisine girmektedir. Onur kırıcı davranışlar sadece moral değerleri üzerinde etkili değildir. Mağdurun manevi bakımdan olduğu kadar maddi bakımdan da zarar görmesi mümkündür.

Bir ceza veya muamelenin 3. madde kapsamında taşıdığı anlama göre *“onur kırıcı”* olup olmadığının saptanmasında dikkate alınması gereken hususlar, söz konusu ceza veya muamelenin amacının ilgili kişiyi küçük düşürmek veya alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları itibarıyla mağdurun kişiliğini 3. madde ile uyuşmayan bir olumsuzlukta etkileyip etkilemediğidir.⁵⁸

Bir kişinin onur kırıcı bir muameleye tabi tutulup tutulmadığının değerlendirilmesi daha sübjektif olduğu için, bir muamelenin onur kırıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde mağdurun yaşı ve cinsiyeti gibi göreceli faktörler, insanlık dışı muamele veya işkence değer-

⁵⁶ İrlanda / Birleşik Krallık kararı, par. 167

⁵⁷ Nakleden, Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 16

⁵⁸ Raninen / Finlandiya kararı, 16 Aralık 1997, par. 55, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002, s. 90; Öcalan / Türkiye kararı, 12 Mart 2003, par. 220, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 5, Nisan 2003, s. 355

lendirmesine kıyasla daha önemli görülmüştür. Bu bağlamda AİHM, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde küçük düşürülmesinin yeterli olabileceği görüşünü savunmuştur.⁵⁹

İrlanda kararında divan, onur kırıcı muameleyi mağdurlarda korku, huzursuzluk ve aşağılık duygusu yaratan ve onları küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikte olan muamele⁶⁰ olarak nitelemiş, ancak daha sonraki davalarda maruz kalan birey için göreceli bir mahremiyet içinde bile icra edilen davranışların onur kırıcı olabileceğini kabul etme noktasına ulaşmıştır.

Bu konudaki örnek kararlardan biri *Tyrer / Birleşik Krallık* kararıdır. Başvurucu Tyrer, 15 yaşında bir öğrenci olup Birleşik Krallık vatandaşıdır. Başvurucu ve diğer üç arkadaşı okula bira soktukları gerekçesi ile bir başka öğrenci tarafından okul idaresine şikayet edilmişlerdir. Okul yetkilileri bu davranışları nedeniyle başvuru ve arkadaşlarına kamışla vurmuşlardır. Daha sonra başvuru ve arkadaşları kendilerini şikayet eden öğrenciyi yakalayıp dövmüşlerdir. Bunun üzerine çocuk mahkemesi başvurucuyu aynı okuldaki bir öğrenciye müessir fiil uygulamaktan suçlu bulmuş ve kaba etine 3 kez sopa ile vurulma cezası vermiştir.

Divan, bir cezaya çarptırılma eyleminin onur kırıcı nitelikte olmadığını, fakat fiziksel cezanın şiddeti kurumsallaştırması ve çocuğun “otoritenin elinde bir obje haline getirilerek” vücut bütünlüğü ve onurunun ayaklar altına alındığı bir pozisyona düşürülmesini göz önünde bulundurmuştur.

Mahkeme kararında, uygulanan cezanın işkence kavramında varolan acı düzeyine ulaşmadığını, ayrıca bu cezanın insanlık dışı ceza olarak kabul edilebilmesi için çekilen acının belirli bir düzeyde olması gerektiğini ve dayak cezasının bu düzeye ulaşmadığını, fakat “3. maddenin korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel bütünlüğüne açık bir saldırı oluşturduğuna” karar vermiştir.⁶¹

Mahkeme, *Tyrer* kararında, iç hukukun, demokrasi ve insan hakları ilkesine uygun olup olmadığını saptanmasında, uluslararası hukukun

⁵⁹ Tyrer / Birleşik Krallık kararı, par. 32, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, 2002, s. 230

⁶⁰ İrlanda / Birleşik Krallık kararı, par.167

⁶¹ Tyrer / Birleşik Krallık kararı, 25 Nisan 1978, par. 35, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, 2002, s. 231

vazgeçilmez bir ölçü olduğunu açıklıkla ortaya koymuştur. Hükümetin, verilen cezanın bölgede yerleşik halkın gerekli ve caydırıcı olduğuna dair kanaate sahip olduğunu ileri sürmesi üzerine, mahkeme değerlendirmesinde, kamu düzeninin korunmasına ilişkin olarak hiçbir yerel ihtiyaç veya inanış, herhangi bir ülkeye sözleşmenin 3. maddesine aykırı bir cezayı kabul etme hakkını veremeyeceğini belirtmiştir.⁶²

Bazı mahkumların özel gereksinimleri olabileceğine işaret eden mahkeme, bunların yerine getirilmemesi halinde onur kırıcı muameleyle yol açabileceğini dile getirmektedir. Cezaevi koşullarının çok kalabalık olması, ısıtma, hijyen, uyuma yerleri, gıda ve dış dünya ile temas koşullarının yetersiz olduğu bir ortamda alıkonulmanın da AİHM tarafından onur kırıcı muamele olarak değerlendirildiğini görmekteyiz.

Yakalama anında kelepçe takma olayından dolayı AİHM önüne getirilen bir başka başvuru ise Türkiye hakkındaki *Öcalan* kararıdır. Başvuru sahibi, Kenya'da Türk görevliler tarafından kaçırıldığını ve bu kaçırmanın zorunlu olarak fiziksel bütünlüğüne saygı hakkının ihlalini oluşturduğunu iddia etmektedir. Yakalamanın gerçekleştirildiği koşulların da (gözü ve elleri bağlanmıştır, ilaç verilmiştir, uçakta kameralara alınarak görüntüler basın ve televizyonlara verilmiştir, arkada Türk bayrakları bulunduğu halde gözleri bağlanmıştır) onur kırıcı ve insanlık dışı muamele anlamına geldiğini eklemektedir

Hükümet başvuru sahibinin, kendisine eşlik eden güvenlik güçleri üyelerini tanımasına, gizli askeri bölgeleri görmesine ve kendi kendini yaralanmasına engel olmak için Kenya'dan Türkiye'ye transferi sırasında kısa bir süre için gözlerinin bağlandığını açıklamıştır. Uçak Türk hava sahasına girer girmez göz bağı çıkartılmıştır. Resmi yetkililerin izni olmaksızın, polisin kullanımı için çekilen fotoğrafları ve video kayıtlarını basın elde etmeyi başarmıştır. Başvuru sahibinin sağlık durumu uçakta bulunan bir doktor tarafından devamlı olarak izlenmiştir.⁶³

Mahkemeye göre bu davada şikayet edilen muamele şekillerinden biri olan kelepçeleme; hukuka uygun yakalamaya veya tutuklamaya bağlı olarak uygulandığı ve bu koşullarda makul olarak gerekliliği aşmayan, kuvvet kullanımını veya kamuya teşhir edilmeyi içermeyen yerlerde normal olarak sözleşmenin 3. maddesine göre bir sorun oluş-

⁶² Tyrer / Birleşik Krallık kararı, par. 30

⁶³ Öcalan / Türkiye kararı, par. 217

turmamaktadır. Bu bakış açısından, ilgili kişinin yakalamaya direnç göstereceği veya kaçacağı yahut yaralanmaya veya hasara neden olacağına inanmak için bir neden bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Bu bağlamda, muamelenin kamusal doğası ilgili bir faktördür. Ayrıca, muameleyi reklam etme veya tek başına kurbanın kendi bakış açısına göre küçük düşürülmesi, dikkate alınması gereken hususlardır.⁶⁴

Mahkeme, başvuru sahibinin Türk güvenlik güçlerine karşı silahlı bir mücadeleye girişmiş olan silahlı ayrılıkçı hareketin lideri olmasından şüphelenildiğini ve tehlikeli olduğunun düşünüldüğünü ifade etmektedir. Mahkeme, yakalama anında alınan güvenlik tedbirlerinden biri olarak başvuru sahibinin ellerinin kelepçelenmesinin tek amacının, kaçmaya teşebbüs etmesini veya kendisini yahut başkalarını yaralamasını ya da zarar vermesini engellemek olduğu yolundaki hükümet sunumunu kabul etmiştir.

Başvuru sahibinin Kenya'dan Türkiye'ye yaptığı yolculuk sırasında gözlerinin kapatılması ile ilgili olarak mahkeme, başvuru sahibi tarafından güvenlik güçlerinin tanınmalarını engellemek için alınmış bir tedbir olduğunu görmektedir. Başvuru sahibi gözleri bağlı iken güvenlik güçleri tarafından sorgulanmamıştır. Mahkeme, önlemin amacının başvuru sahibini küçük düşürmek veya aşağılamak değil, problem çıkarmadan transferin gerçekleşmesini sağlamak olduğu şeklindeki hükümet açıklamasını makul görmüştür. Başvuru sahibinin niteliği ve yakalanmaya tepkisi göz önüne alındığında, operasyonun başarılı olması için büyük bir dikkatin ve uygun önlemlerin gerekli olduğunu kabul etmektedir.⁶⁵ Neticede, yapılan muamelenin sözleşmenin 3. maddesinin uygulanması için gerekli olan asgari şiddet düzeyine ulaştığının ispatlanamadığını ve bu durumun 3. maddenin onur kırıcı muamele hükmünün ihlali sayılamayacağını dile getirmiştir.

7. Mahkemenin “Sınır Dışı Etme ve Suçluların İadesi” Hakkında 3. madde İhlali Yorumu

Komisyon suçlunun iade edileceği ülkenin siyasi rejimi ve ülkedeki mevcut şartlar dolayısıyla, sözleşmede güvence altına alınmış olan

⁶⁴ Öcalan / Türkiye kararı, par. 221

⁶⁵ Öcalan / Türkiye kararı, par. 223, 224

temel insan haklarının ihlal edilmesi ya da tamamen yok edilmesi tehlikesi varsa, bunun iade taleplerinde sorun yaratabileceğini kabul etmektedir. Sığınma hakkı sözleşmede koruma altına alınmadığı halde, komisyona göre; kişinin, insanlık dışı muameleye tabi tutulabileceği bir ülkeye geri gönderilmesi, geri gönderen üye ülkenin 3. maddeyi ihlal etmesi anlamını taşımaktadır. Suçluların iadesi kapsamında yapılan başvurularda komisyon öncelikle ilgili hükümete sınır dışı etme kararı uygulamasının ertelenmesini istemektedir.⁶⁶

3. maddenin, bireylerin ülkeden uzaklaştırılması ve sınırdışı edilmesi olaylarına uygulandığı birçok örnek vardır. Bu örneklerde, ülkeler arasında suçluların iadesi anlaşmasının varlığı, sınır dışı eden ülkenin yetki alanı veya terör zanlılarının adaletle teslim edilmesi gibi faktörler söz konusu olsa bile, bir devletin bir kişiyi kötü muamele görmesi konusunda gerçek bir riskin bulunduğu üçüncü bir ülkeye göndermeme sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir.⁶⁷

Bir kişinin 3. maddeyi ihlal anlamına gelecek türde muameleye maruz kalabileceği bir ülkeye gönderilmek üzere sınır dışı edilmesi durumunda, kendisini ihraç veya sınır dışı eden devletin AİHS çerçevesinde sorumluluk taşıyacağı yolunda görüş bildiren mahkeme, bu alanda önemli ve giderek yaygınlaşan bir içtihat oluşturmıştır.

AİHM'nin Türkiye hakkında 2000 yılında vermiş olduğu *Jabari* kararı da sığınma hakkı ile ilgili verilmiş bir karardır. Başvuran İran'da zina suçu işlediğini ve kendisine karşı cezai takibat başlamadan önce oradan ayrılmak zorunda kaldığını söylemektedir. Muhtemelen, bundan dolayı yargılanacağını ve insanlık dışı bir cezaya çarptırılacağını da eklemektedir. Başvuran mahkemenin yerleşmiş içtihadına dayanarak, İran hukukunda zina suçunun cezası olarak öngörülen falaka, kırbaç ve taşlanarak öldürülme cezalarının sözleşmenin 3. maddesi bağlamındaki yasaklanmış muamele tarzları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini de iddia etmektedir. Bu iddiasını da desteklemek için Uluslararası Af Örgütü'nün hazırladığı rapora dayanarak İran'da zina suçu işleyen kadınların taşlanarak öldürülme cezasına çarptırıldıklarını dile getirmektedir. Başvuran, kendisine, Birleşmiş Milletler

⁶⁶ Ünal, *AİHS*, s. 110

⁶⁷ Ergül, Ergin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı ve Türk Mevzuatı" http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergileri_dosyalar/sayi19/Dergi19-1.htm

Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından ortada sağlam gerekçeli bir öldürülme korkusu mevcut bulunduğu için sığınmacı statüsü verildiğini vurgulamaktadır.

Mahkeme tarafından, başvuranın İran'a döndüğü takdirde 3. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalacağını kanıtladığı sonucuna varılmış, dolayısıyla İran'a sınır dışı edilmesi işleminin, eğer icra edilirse 3. maddenin ihlaline yol açacağı şeklinde değerlendirme yapılmıştır.⁶⁸

8. Adil Olmayan Yargılama Sonucu Ölüm Cezasının Verilmesi

Adil olmayan bir yargılama sonucu ölüm cezası verilmesi, kişiyi yanlış bir biçimde, bu cezanın infaz edileceği korkusu ile karşı karşıya bırakması olarak ilk defa Öcalan kararında karşımıza çıkmaktadır.

Ölüm cezasının, AİHS'nin 2. maddesinde dile getirilmesi ve daha sonra çıkarılan ek protokoller ile ölüm cezasının seçmeli olarak kaldırılmasını taraf devletlerin tercihine bırakan sözleşme hükümlerine rağmen mahkeme, ölüm cezasıyla ortaya çıkan geleceğe ilişkin korku ve belirsizlik, cezanın gerçekten uygulanma ihtimali olduğu durumlarda, insanın ciddi derecede acı çekmesine neden olacağını, bu acı ve endişe, cezanın temelinde yatan ve insan yaşamının tehlikede olduğu göz önüne alındığında sözleşmeye göre hukuk dışı sayılan dava sürecinin adaletsizliğinden ayrı tutulamayacağını ve günümüzde, artık demokratik bir toplumda meşru yeri olduğuna inanılmayan ölüm cezasının sözleşmeciler tarafından reddedilmesi göz önüne alındığında, ölüm cezası verilmesinin insanlık dışı bir muamele biçimi olarak kabul edilmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁶⁹

Öcalan kararında mahkeme, ölüm cezasını veren mahkemenin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olması, yaşam hakkından mahrumiyetin *"mahkemece hükmedilen bir cezanın yerine getirilmesine"* uygun olması ve hem yerel mahkemedeki, hem de temyiz aşamasındaki ceza yargılamasında en sert biçimde adalet standartlarına uyulması 2/1. maddedeki zorunluluk anlamına geldiğini, ölüm cezasının infazının geriye getirilemez olması nedeniyle, keyfi ve hukuka aykırı yaşamı

⁶⁸ Jabari / Türkiye kararı, 11.7.2000, par. 33-50, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003, s. 7-10

⁶⁹ Öcalan / Türkiye kararı, par. 207

sona erdirmeden kaçınılabilmesi, ancak böylesi yüksek standartların uygulanması yoluyla olabileceğine işaret etmektedir.

Mahkemeye göre, adil olmayan bir yargılamadan sonra bir kişiye ölüm cezası vermek, bu kişiyi kanuna aykırı olarak idam edileceği korkusuna maruz bırakmak demektir. Mahkumiyetin infaz edileceği gerçek bir ihtimalin bulunduğu koşullarda ölüme mahkum olmanın getirdiği geleceğe ait belirsizlik ve korku; insanın ıstırapının önemli bir derecede artmasına neden olur. Böyle bir ıstırap, insan yaşamı tehlikede olunca, sözleşmeye göre hukuka aykırı olan mahkumiyetin temelini oluşturan işlemlerin adaletsiz olmasından ayrılabilir.

Mahkeme, ölüm cezasını içeren davalarda gerekli olan sıkı adalet standartlarına uymayan, adalete aykırı bir yargılama sonucunda başvuru sahibine ölüm cezası verildiğinden ve ayrıca başvuru sahibinin üç yıldan daha uzun bir sürede böyle bir cezanın sonuçlarına katlanmak zorunda kaldığından dolayı mahkeme, adil olmayan bir yargılama sonunda başvuru sahibine ölüm cezası verilmiş olmasının 3. maddenin ihlali ile insanlık dışı muamele anlamına geldiği sonucuna ulaşmaktadır.

SONUÇ

Ulusal mahkemeler, ülkelerin anayasa ve yasalarını da dikkate almak suretiyle karar vermektedirler. Ancak TC Anayasası'nın 90. maddesinde dile getirilen uluslararası sözleşmelere üstünlük tanıyan hükmün göz önünde bulundurulmaması, neticesinde verilen yargı kararlarında ulusal mevzuatın baz alınması AİHM'nin ülkemiz aleyhine verdiği kararların artmasına sebebiyet vermektedir. Nitekim, ülkemizde son dönemde yapılan yasal değişikliklerde de AİHM kararlarının etkisi azımsanamayacak ölçüdedir.

AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarına göre; AİHM, ulusal mahkemelerin mevzuatı doğru uygulayıp uygulamadığını denetleyen bir üst mahkeme olmayıp, sadece taraf devletlerin kendi iç hukukunda verdikleri kararlarda sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini saptamaya yönelik çalışan bir kurumdur. Bunun neticesinde, AİHM kararları iç hukukta doğrudan sonuç doğurmamakta, ulusal mahkeme kararlarını iptal ederek veya değiştirerek onların yerine geçmemektedir.

Ayrıca AİHM, sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini re'sen değil, devlet başvurusu yada bireysel başvuru üzerine incelemekte, buna karşılık bir konuda şikayet yapıldıktan sonra şikayete konu fiillerin sözleşme karşısındaki durumunu kendi yetki sahası içinde serbestçe değerlendirmektedir.

AİHM tarafından verilen kararlarda, Türkiye'ye ve hukuk sistemi-mize yönelik değerlendirmelerine ve bu konudaki tüm kararlara bakıldığında ortak bir nokta dikkat çekmektedir. Özellikle, iç hukukta adli ve idari organlara ilişkin etkili ve yeterli bir soruşturmanın yapılması kararların aleyhimize neticelenmesine sebep olmaktadır.

AİHM, 3. maddenin ihlal edildiği iddialarının *“sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini”* belirtmekte, fakat bu iddianın taraflardan herhangi biri tarafından ispatlanmasını şart koşmamaktadır. Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden yola çıkarak mahkeme ispat edilebilirliği bizzat değerlendirmektedir. Ayrıca mahkeme bazı durumlarda 3. maddenin ihlal edilmediğinin ilgili devlet tarafından ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme ve komisyona göre; sağlıklı bir biçimde gözaltına alınan kimseler gözaltından bir kısım yara bere vb. belirtilerle çıkmışlarsa, şikayete konu yaraların nasıl oluştuğunun (işkenceyle oluşmadığının) ispatı ilgili devlete düşmektedir.

Türkiye'de tüm çabaların Avrupa Birliği'ne tam üyeliğin elde edilmesi üzerinde yoğunlaştığı bir dönemde, insan hakları alanında mevcut durumun iyileştirilmesinin tam üyeliğin bir önkoşulu olması nedeniyle, AİHM'nin Türkiye ile ilgili tespitleri büsbütün önem kazanmaktadır. Dolayısıyla başta hakim ve Cumhuriyet Savcıları olmak üzere, hukukçularımız için AİHM içtihatlarının rolünün tanınması ve bu rol ekseninde uygulama alanının genişletilmesi büyük önem taşımaktadır.