

İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Yasağı

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin 3.maddesi:

“Hiç kimse işkenceye, gayriinsanî yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleyle tâbi tutulamaz.”¹

I. Genel Bakış

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında sıkça vurguladığı üzere, “3. madde demokratik toplumların en temel değerlerinden birini oluşturmaktadır.” Bu yargının dayanağı; Sözleşmenin 15. maddesi uyarınca bazı özgürlük ve haklar için çekince getirilebilirken, 3. madde için bunun mümkün olmamasıdır. 15. madde taraf devletlere, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel tehlikenin varlığı halinde, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, Sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerle aykırı önlem almalarına izin vermektedir. Ancak hiçbir şekilde Sözleşmenin 2., 3., 4. ve 7. maddelerinde yer alan özgürlükler, 15/2. madde ile kısıtlanamaz. Bu hüküm 3. maddenin yanında diğer 2. 4. ve 7.maddeleri demokratik toplumların en temel değeri yapmakta, AİHM tarafından da söz konusu maddelere ilişkin çeşitli yorumlarda, “15. madde uyarınca bildirimde bulunarak çekince getirilemeyen” bu maddelerin, “demokratik toplumların en temel değerlerinden biri” olduğu vurgulanmaktadır.² Sözleşmenin 3. maddesinin diğer, 2. 4. ve 7. maddelerden ayrılan özelliği; kesin bir işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının yanında, herhangi bir ayrıkı halin bulunmaması, 3. maddeye mutlak hak niteliği kazandırmasıdır.

2. Yukarıda metnini verdiğimiz bir tümceden oluşan 3. maddedeki temel kavramları: “işkence”, “insanlık dışı muamele veya ceza”, “küçük düşürücü (onur kırıcı, aşağılayıcı) muamele veya ceza” olarak ayrıştırabiliriz. Madde de bu kavramların tanımı verilmemiştir. Tanımlar AİHM'nin kararlarıyla oluşturulmaya çalışılmıştır. Mahkemenin bu çabasının tamamlanmış, kesinleşmiş olduğunu söyleyemeyiz. Bu süreç ucu açık olarak devam etmektedir. Özellikle, insanlık dışı muamele ile aşağılayıcı muamele ve cezayı kesin sınırlarıyla ayırmak, belirlemek pek mümkün gözükmemektedir. Örneğin nezarete konulan kişiye görevliler tarafından küfredilmesi, cinsiyeti, cinsel eğilimi nedeniyle alay edilmesi büyük olasılıkla aşağılayıcı muameleyi oluşturur. Ancak bu aşağılamanın uzaması, bunun yanında kişinin darp edilmesi, insanlık dışı muameleyi oluşturabilir. Bu tür hareketlerin giderek artması, şiddetlenmesi durumunda işkence de ortaya çıkabilir. Bazı AİHM

¹ Bu metin Resmî Gazete'de yayımlanan Sözleşmenin resmî çevirisinden alınmıştır. Ancak Sözleşmenin yayımlanan yeni çevirilerinde; gayriinsanî deyimini yerine insanlık dışı, haysiyet kırıcı yerine de onur kırıcı deyimlerinin sıklıkla kullanıldığı, resmî metindeki eskimiş deyimlere yer verilmediği görülmektedir.

² Rafael Nieto-Navia, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi İstinaf Dairesi yargıcı, “<http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>” sitesinden 17 Nisan 2012 tarihinde ulaşılan International Peremptory Norms and International Humanitarian Law adlı yazısında 1. dip notunda yer verdiği *Black's Law Dictionary* (Sixth Edition, 1990), p.1136.'da “*jus cogens*”i: kesin, mutlak, sorgulanamayan uluslararası hukuk kuralları olarak tanımlandığını belirtmektedir. Aynı yazıda 172 numaralı dip notunda söz konusu mahkemenin “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al. *Judgement*, Case No. IT-96-23-T &.IT-96-23/1-T, 22 February 2001 tarihli kararının par. 466'da işkence yasağının savaş ve barış zamanında ve silahlı çatışmada, herhangi bir şekilde uygulanmasından vazgeçilemeyen “*jus cogens*” kuralı olarak kabul edildiğini belirtmiştir.

kararlarında İnsanlık dışı muamele yerine kötü muamele deyiminin kullanıldığı görülmektedir. **10 Nisan 2012 tarihli Babar Ahmad ve Diğerleri v. Birleşik Krallık** kararı gerekçesinde 171 sayılı paragrafta AİHM: suçlu iadesi veya sınır dışı işlemleri ile ilgili olarak; her üç deyim yerine “kötü muamele” (ill-treatment) deyimini kullanacağını, böyle durumlarda, işkence ve insanlık dışı ayırımının yapılmasının kolay olmadığını vurgulamıştır. Belli bir ağırlığa ulaşarak eşiği aşan eylemler, en hafif olan aşağılayıcı muameleden başlayarak, eylemlerin ağırlığına göre, insanlık dışı muamele ve ondan daha fazla acı veren, daha zalimce olan işkenceyi oluşturabilir. Aşağıda bahsedilen BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, işkencenin tanımını vermektedir. İşkence kadar ağır olmayan hareketlerin, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olacağı söz konusu Sözleşmede açıklanmıştır.

3. AİHM kararlarında “dinamik yorum” yaptığını açıklamaktadır. Dinamik yorum, değişen sosyal değerleri, standartları (ölçün) ve beklentileri yansıtmaya çabasıyla başka bir şey değildir. AİHM her zaman AİHS’nin yaşayan bir yapı olduğuna işaret ederek, değişen koşullara dinamik yorum ile Sözleşmenin uyumlaştırılması gerektiğini açıklamaktadır. Bu ise örneğin, 3. maddeye ilişkin tanımlamaların zamanla değişebileceği veya değiştirilebileceğinin işareti olmaktadır.

4. AİHM’nin burada bahsedilmesi gereken diğer bir yorum yöntemi ise, Avrupa Konseyi üye devletlerinin ceza politikalarında oluşan gelişmeleri ve genel kabul gören ölçütleri göz önüne alarak, kararlarında bunları yansıtmadır. Gerek dinamik yorum, gerek ortak ceza politikası gelişmeleri dikkate alınarak yapılan içtihat değişikliğine en iyi örnek; AİHM’nin 1957 yılında çocuk suçlulara mahkemelerce dayak cezası verilmesini Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak görmemesi, ancak daha sonra 1978 yılından sonra içtihadını değiştirerek, bu tür cezalar uygulandığında 3. maddenin ihlalini kabul etmesidir. Benzer şekilde İngiltere ile ilgili bir dizi kararında AİHM; ilk kararlarında, okullardaki dayanın aşağılayıcı ceza olmadığına karar vermişken, daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve okullardaki dayak ve benzeri cezaları aşağılayıcı bulmuştur.

5. Yukarıda ayrıştırılarak belirtilen hareketler, (işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya ceza) kesin olarak yasaklanmış olup, bu yasağın hiçbir istisnası olamaz. Bu kural, savaş ve olağanüstü hallerde de geçerlidir. Söz konusu yasaklara; terörle, organize suçlarla mücadelede bile uyulması gerekir. (**24 Nisan 1998 tarihli Selçuk ve Asker v Türkiye kararı, par. 75**)³ Benzer şekilde, Terör suçu nedeniyle gözaltında sorgulamada; terörizm ile mücadelede karşılaşılan yadsınamaz güçlükler ile soruşturmanın gereksinimi, kişinin fiziksel bütünlüğünün kısıtlanmasını haklı göstermez. (**27 Ağustos 1992 tarihli, 12850/87 sayılı Tomasi v. Fransa karar par. 115**)

II. 3. Maddeyle İlgili Diğer Uluslar Arası Düzenlemeler

6. **1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri insanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi**” Kısaltılmış biçimiyle “BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi” (BİMİÖS) olarak anılmaktadır. 10 Aralık 1984 tarihinde New York’ta imzaya açılmış, 26 Haziran 1987 de yürürlüğe girmiştir. 150 ülke Sözleşmeye taraftır. Türkiye 2

³ Söz konusu karar başvuranların ev ve değirmenin yakılmasıyla ilgilidir. Evin benzin dökerek yakılması, başvuranların eşyalarını kurtarmasının engellenmesi, o andaki duygularının hiç dikkate alınmaması, insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir.

Ağustos 1988 tarihinde katılmıştır. Sözleşmenin 17. Maddesi, “İşkencenin Önlenmesi Komitesi kurulmasını öngörmüştür. Sözleşmenin 21. ve 22. Maddeleri uyarınca, onay veren ülkeler aleyhine Komiteye devlet ve kişisel başvuru yapılabilmektedir. Türkiye devlet ve kişisel başvuru yapılması için Komitenin yetkisini kabul etmiştir. Şimdiye kadar, 57 ülke devlet başvurusu, 59 ülke kişisel başvuru yolunu kabul etmiştir.

7. BMİÖS’ye ek Protokol 22 Haziran 2006 da yürürlüğe girmiş, Türkiye 27 Eylül 2011 tarihinde onaylamıştır. Halen 63 devlet taraftır. Bu Protokole göre İşkence Alt Komitesi kurulmuştur. Komite hürriyetinden yoksun bırakılanların (Ceza evi, akıl hastanesi v.b yerlerde bulunanları) ziyaret ederek periyodik raporlar düzenlemektedir.

8. BMİÖS’ün 1.maddesinde, işkencenin tanımı yapılmıştır. Buna göre, bilgi ve itiraf elde etmek veya ayırım gözeten bir nedenden dolayı, kamu görevlisinin veya kamu görevlisinin kışkırtma, rızası ve onayı ile fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiilin uygulanmasıdır. 16. maddesinde, işkence kadar ağır ıstırap vermeyen fiillerin, ya kötü ya da küçük düşürücü muamele oluşturacağı belirtilmiştir. İnsan hakları belgeleri, temelde işkence ve gayriinsanî, aşağılayıcı muamele ve ceza arasında ikili bir ayırım yapmaktadır. İşkence bunların içinde en ağır ve zalimce olanıdır. Gayriinsanî, küçük düşürücü veya aşağılayıcı olma hali, işkence kadar şiddetli olmayan muamele ve ceza olarak kabul edilmektedir.

9. Sözleşmeciler devlette bulunan kişilerin, işkenceye uğrayacağı konusunda esaslı nedenlerin bulunduğu ülkeye iade veya sınır dışı edilmesi, 3. maddenin ihlalini oluşturabilir. BM organlarının raporlarında veya güvenilirliğiyle tanınan NGO raporlarında yaygın işkence bulunduğu bildirilen ülkelere, suçlu iadesi ve sınır dışı yapılmamalıdır.

10. BMİÖS’nin 5. maddesi uyarınca işkence suçları için taraf devletler:

a) yetkisi altındaki topraklarda veya o devlete kayıtlı gemi veya uçaklarda işlenmişse,

b) işkence sanığının uyruğu olması,

c) işkence mağdurunun vatandaşı olması durumlarında,

İşkencenin işlendiği devlet dışındaki diğer ilgili devletler de kendilerini yetkili görerek soruşturma yapabileceklerdir. Ülkelerin bu kuralın uygulanabilmesi için yetki ile ilgili kurallarını yeniden gözden geçirip söz konusu maddeyi hayata geçirmek üzere gerekli düzenlemeleri yapmalıdırlar. İşkence ile suçlanan sanığı iade etmeyen devlet, kendi yetkisini oluşturacak ve iade etmediği işkence suçlusunu yargılayacaktır.

11. BMİÖS’nin 6. maddesine göre, işkence suçunun sanığı eğer bir sözleşmeciler devlette ise, kişiyi tutuklayacak ve diğer hukuki önlemleri almalıdır. Bu tutuklama veya önlemler iadeye kadar devam edecektir. İşkenceyi Önleme Komitesine en yoğun başvuru, iade veya sınır dışı edilecekleri ülkelere işkenceye uğrayacakları iddiasıyla yapılmaktadır.

12. **BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşmesinin** 7. maddesinde işkence yasağı getirilmiştir. Madde metni 3. maddenin metnine benzer bir düzenlemedir. Ek olarak, özgür rıza dışında, tıbbi ve bilimsel deneylere tabi tutulma yasağı getirilmiştir.

13. **1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin** (dört Sözleşme) ortak üçüncü maddesinde, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza ve muamele yasağı getirilmiştir. (İnsancıl hukuk Sözleşmeleri)

14. Avrupa Konseyi çerçevesinde 1987 yılında kabul edilip 1989'da yürürlüğe giren **İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi için Avrupa Sözleşmesi**. Sözleşme uyarınca kurulan **İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi**; Sözleşmeciler taraf ülkelerde, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin durumlarını, koşullarını yerinde inceleyerek, hazırladığı raporları, ilgili ülkenin kabul etmesi halinde kamuoyuna açıklayarak denetim yapmaktadır.

III. 3. Maddenin Kapsamı (De minimis kuralı)

15. Her muamele 3. madde kapsamına girmez. Bir muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için “belli bir asgari şiddet düzeyini” aşması gerektiği, bu eşik geçildikten sonra 3. madde kapsamında değerlendirme yapılabileceği, bu eşğin veya sınırın saptanmasının da her zaman kolay olmadığı AİHM'nin birçok kararında vurgulanmıştır. Bu eşğin tespitiyle ilgili olarak, **18.01.1978 tarihli İrlanda v. Birleşik Krallık** kararında AİHM; asgari şiddet düzeyinin değerlendirilmesinin göreceli olabileceğini belirterek; muamelenin süresine, fiziksel ve ruhsal etkilerine, bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi koşullar dikkate alınarak değerlendirileceğini açıklamıştır.⁴

IV. Sözleşmenin 2. ve 3. Maddeleri Arasındaki İlişki

16. Her iki madde arasında yakın bir ilişki vardır. Güvenlik güçlerinin kullandıkları kuvvetin ölümcül nitelikte olmadığı durumlarda, artık 2 değil 3. maddeye aykırılık söz konusu olabilir. 2. maddenin 2. fıkrasında yer alan güvenlik güçlerinin şüphelilerin yakalanması için ölümcül olmayan güç kullanmasında, 3. madde kapsamında değerlendirme yapılabilir. Örneğin, yakalamaya direnen şüpheliyi yakalamak için copla vurulması gibi. Yine bir yasa dışı gösteri yürüyüşünü kuvvet kullanılarak dağıtılmasında, yasanın öngördüğünden fazla veya aşırı kuvvet kullanılması, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi oluşturabilecektir.

17. Bu konuda en somut örnek **23 Şubat 2006 tarihli Tsekov v. Bulgaristan** kararıdır. Başvuru konusu olay şu şekilde gelişmiştir. Gecenin ilerleyen bir saatinde yanında bir arkadaşıyla, çaldıkları mısırlarla yüklü at arabasıyla giden başvuran Tsekov'un durumundan şüphelenen polisler, at arabasını durdurmasını istemiştir. Tsekov arabayı hızlandırarak, polis araçlarının giremeyeceği köy yoluna sapmıştır. Dur ihtarına rağmen kaçmayı sürdürünce; önce havaya iki el ihtar ateşi yapılmış, sonra polislerin ifadesine göre at arabasının lastik tekerleklerine doğru 1 500 metre uzaklıktan “durdurma” mermisi ile 4 el ateş edilmiştir. (bir tür plastik mermi.) Ancak bir mermi başvuranın sırtına isabet etmiştir. Kaldırıldığı hastanede sırttaki mermi parçaları çıkarılmış ve 8 günlük bir sağıltımdan sonra Tsekov taburcu edilmiştir. Doktor raporuna göre, söz konu yara hiçbir şekilde başvuranın hayatını tehlikeye sokmamıştır. Başvuru Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinin ihlâli edildiğine ilişkindir. AİHM silahla altı el ateş edilmesine rağmen, kısa mesafede ölümcül sonuçlar doğurabilen plastik merminin kullanılması, başvuranın sırtına yalnız bir merminin isabet etmiş olması, silah yarasının yaşama hakkını tehlikeye sokacak ağırlıkta olmaması karşısında, olayda 2. maddenin ihlâlini bulmamıştır. Sözleşmenin 3. maddesi açısından yapılan incelemede: Bulgaristan mevzuatında yakalama için kuvvet kullanılmasını düzenleyen yasanın, kişilerin

⁴ Bu ölçütü AİHM; işkence ile kötü muamele, kötü muamele ile aşağılayıcı muameleyi ayırt etmek içinde kullanmaktadır.

fiziksel bütünlüğünü koruyacak biçimde düzenlenmemiş olmasını; olayda kullanılan kuvvetin (ateş edilmesi) olayın koşulları içinde başvuranın yakalanması için kesin gerekli ve orantılı olmadığı için 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ayrıca yapılan soruşturmanın yetersiz olması nedeniyle de yine 3. maddenin ikinci bir ihlâli söz konusudur.

18. Sözleşmenin 2. Maddesinde olduğu gibi 3. madde de öncelikle tüketilmesi gereken iç hukuk yolu ceza soruşturmasıdır. Ulusal hukukta mevcut tazminat veya tam yargı davası gibi diğer iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin sözleşmeci devletlerin itirazları, AİHM tarafından kabul edilmemektedir. Bu konuda **17 Mayıs 2005 gün ve 29835/05 sayılı Gazioğlu ve Diğerleri v. Türkiye** kararına yakından bakmalıyız. Dava konusu, 17 Ekim 2003 günü İstanbul'da bir meydanda, Irak'ın işgaline asker gönderilmemesi için 50-60 kişinin katıldığı savaş karşıtı gösteridir. Polis, trafiği aksattıkları için dağılmaları yolundaki ikazlarına göstericilerin uymayarak direnişe geçmeleri üzerine; göstericiler dağıtılmış, yakalanan göstericiler, bu arada dört başvuran akşam saat 8.45'de nezarete alınmıştır. Doktor raporuna göre, ikinci ve üçüncü başvuruda herhangi bir darp ve cebir izi görülmemiş, birinci ve dördüncü başvuruda çeşitli bereler tespit edilmiştir. Ertesi günü saat 14.00'te savcılıkça serbest bırakılmışlardır. Bakırköy Savcılığının, polisler hakkında kötü muameleden açtığı soruşturma takipsizlikle sonuçlanmış, yapılan itiraz da Eyüp Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiştir. AİHM'ye yapılan başvuru üzerine Türk Hükümeti, ceza soruşturmasının yanında, hukuk ve idare mahkemelerine tazminat davası açılabileceği, dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunulmuştur. AİHM, hükümetin benzer iddialarının, **18 Eylül 2008 tarihli 1249/03 sayılı Atalay v. Türkiye par. 28; 5 Ekim 2004 tarihli, 63181/00 sayılı, Karayiğit v. Türkiye** kararlarında kabul edilmediğini vurgulamıştır. Zira polisin kötü muamelesinde, yetkili makamlara gösterilecek tepki yalnız tazminat ödenmesine hasredilip, sorumlular hakkında yeterli soruşturma yapılmaz ise, devlet görevlileri fiili bir dokunulmazlık kazanır. Denetimleri altındaki kişilere karşı işleyecekleri; öldürme, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele yasağı uygulanamaz hale gelir. (bkz. **20 Aralık 2007 tarihli 7888/03 sayılı, Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan kararı par. 55**) Bir devletin 3. madde karşısındaki sorumluluğu, yalnız tazminat ödemekle yerine getirilmiş olmaz. Nezaretteki uğranılan ızdırıp, ancak ceza soruşturmasıyla onarılabilir. (**17 Ekim 2006 tarihli 52067/99 sayılı Okkalı v. Türkiye kararı, par. 58**)

19. **17 Ekim 2006 tarihli, 52067/99 sayılı, Okkalı v. Türkiye** kararında, nezarete vuku bulan kötü muameleye verilen cezanın yetersizliği ve ertelenmesi 3. madde açısından irdelenmiştir. Karara konu olay başvuranın, (15 yaşında) yanında çalıştığı İ.G'nin 275 ABD doları kıymetindeki parasını bankaya yatırmaya götürürken çalındığını iddia etmesiyle başlamıştır. Başvuran 17.30'da karakola götürülmüş, saat 19.00 da başvuranın babası karakola gelmiştir. Karakolda, müşteki İ.G. parasını geri aldığı için şikâyetinden vazgeçtiğine ilişkin başvuranın babasının da imzaladığı bir protokol imzalamıştır. Eve gelindiğinde başvuranın topalladığı, kolları, bacakları ve kalçasında geniş çürükler olduğu görülmüş ve karakolda dövüldüğü doktor raporlarıyla belirlenmiştir. İzmir Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonunda iki polis memuru, işkence suçundan (mülga TCK'nun 243. maddesi) 10 ay hapis ve 2.5 ay kamu hizmetinden yasaklanma cezasına mahkum edilmiş ve cezaları ertelenmiştir. AİHM, 3. maddenin getirdiği yasağın gereklerinin yerine getirilip getirilmediğinin tüm soruşturma ve yargılama safhası dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bunun anlamı

ulusal yargı mercilerinin her koşulda, fiziksel ve psikolojik ızdıraba neden olanları cezasız bırakmamalarıdır. Ancak bu şekilde kamu makamlarının yasadışı hareketlere karşı hileli yaklaşımları, hoşgörülü davranışları önlenemez; halkın hukukun üstünlüğüne güveni ve desteği sağlanır. Ulusal mahkeme cezayı belirlerken, sanık polislerin tevilli ikrarları nedeniyle cezalarından indirim yapmıştır. Bu konuda bir delil olmadığı gibi, sanıklar suçlamayı inkâr etmişlerdir. Ceza indirilirken sanıkların pişmanlık duydukları açıklanmıştır. Ancak dosyada, bu konuda bir belirti yoktur. 3. maddenin ihlaliyle suçlanan devlet memurları için ceza yargılamasında zamanaşımı, affetme ve bağışlama söz konusu olamaz. (par.75) **(2 Kasım 2004 tarihli, 32446/96 sayılı Abdülsamet Yaman v. Türkiye kararı par.55)** Bu davada ulusal hukukun uygulanış biçimi mahkumiyeti etkisiz kılmaktadır. Bu AİHM'nin içtihatlarına göre bu tutum bir önlem olarak kabul edilemez. (parl.76) Uygulanan ceza hukuku sistemi sert olmaktan uzaktır, bu haliyle başvuranın şikayet ettiği yasadışı hareketleri etkili bir biçimde önlemek için yeterliliği, caydırıcılığı olduğu söylenemez. 3. madde ihlal edilmiştir. (par.78)

V. İşkence, İnsanlık Dışı ve Aşağılama Kavramları

20. Söz konusu maddede üç temel yasak yer almaktadır. Bu yasaklar birbirlerinden farklıdır, ama aynı zamanda aralarında sıkı bir bağlantı da vardır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Yunanistan aleyhine yapılan Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda devlet başvurusunda, şu görüşlere yer vermiştir: “Bu tanımların (yasakların) tamamına uyan muameleler olabileceği açıktır, çünkü her işkence olayı insanlık dışı ve küçük düşürücüdür: Her insanlık dışı muamele de aynı zamanda küçük düşürücüdür.” Hangi tür muamelenin yasak olduğunu ve o muamelenin nasıl sınıflandırıldığını anlayabilmek için, 3. madde de geçen kavramların hukukî boyutlarının anlaşılması gerekir. Bu kavramları: işkence; insanlık dışı; küçük düşürücü; muamele ve ceza olarak ayrı ayrı incelemekte yarar bulunmaktadır.

A) İşkence:

20. Sözleşmede yer almamakla beraber, bazı uluslararası belgelerde işkencenin tanımı yapılmıştır. Bunlardan biri, BM Genel Kurulunun 9.12.1975 tarihinde kabul ettiği 3452 (XXX) sayılı kararıdır. Bu kararın 1. maddesine göre: “İşkence acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasit içeren şeklidir.” Diğer bir belge yukarıda bahsedilen, “**1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri insanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi**”dir. Bu Sözleşmenin 1. maddesinde işkence: “Kişilerin 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 muvafakatiyle uygulanan fizikî veya manevî ağır acı veya ızdırıp veren bir fiildir.” Tüm bu hareketler, kamu görevlisi, bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya uygun bulmasıyla yapılmalıdır. 16. maddede, gayriinsanî veya aşağılatıcı muamele: “Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsanî veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin bir kamu görevlisi tarafından veya onun kışkırtması veya açık veya üstü kapalı onayıyla işlenmesi olarak tanımlanmıştır.

21. AİHM, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımı “verilen acının yoğunluğunda” görmektedir. Verilen acının, eziyetin, ıstırapın şiddeti veya yoğunluğu bazı

unsurlar dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Bunlar; muamelenin süresi, uygulanış şekli ve yöntemi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumudur. Mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi öznel öğelere atfedilecek önem en düşük seviyede olmalıdır. Kişinin erkek ya da kadın olmasına veya beden yapısının güçlü ya da zayıf olmasına bakılmaksızın, nesnel ölçülerde yoğun bir şiddet uygulanmış, acı verilmişse, ayrıca öznel öğelere bakılmaksızın işkencenin varlığı kabul edilecektir.⁵

22. İrlanda'nın Birleşik Krallığa karşı yaptığı devlet başvurusunda AİHM; şaşırtma ve duyuşsal algılamadan yoksun bırakma teknikleri olarak adlandırılan "beş tekniğin" bir arada tasarlayıp kurarak (taammüden) ve saatler boyunca uygulanması sonucunda mağdurlarda; korku, dehşet ve aşağılık duyguları oluşturduğu, bu nedenle onları küçük düşürücü ve alçaltıcı olabileceği ve muhtemelen fiziksel veya moral dirençlerini kırabileceği için, "insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele" olarak da kabul etmiştir. Mahkeme, bu uygulamaların hiçbirinin işkenceyi oluşturacak nitelikte yoğun ve acımasız bir eziyet oluşturmadığını düşünmektedir. AİHM'nin bu kararı, Avrupa İşkence İnsan Hakları Komisyonunun bu davayla ilgili Raporundaki kabule aykırıdır. Komisyon söz konusu uygulamanın "işkence" olduğuna karar vermişti.⁶

23. AİHM kararlarına göre işkence, kasıt içeren bir insanlık dışı muamele türüdür. İşkencede kasıt konusunda açıklamada bulunurken, AİHM ilk defa işkencenin varlığını kabul ettiği **18.12.1996 tarihli Aksoy v. Türkiye** davasının kararına bakmalıyız. Bu kararda AİHM; "Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun⁷ diğer hususların yanında, başvuranın Filistin askısına alındığı; diğer bir ifadeyle çırılçıplak, kolları arkadan bağlanmış vaziyette, arkaya kıvrık kolları ile sırtı arasından geçirilen kalasın, yüksek iki dolabın üzerine konularak başvuranın askıya alındığı yolundaki tespitine dikkati çeker. Mahkemenin görüşüne göre bu muamele ancak kasıtlı olarak yapılabilir. Gerçekten de bu uygulama için belli bir hazırlık ve çaba gerekir. Bu uygulamanın amacı başvurudan bilgi almak veya itirafa zorlamak olduğu görülmektedir. Uygulamanın verdiği şiddetli acının yanı sıra, tıbbî delillere göre her iki kolda belli bir süre devam eden felç oluşmuştur."(par.64) Mahkemenin görüşüne göre bu muamele o kadar ciddi ve zalimceydi ki ancak ve ancak işkence olarak tanımlanabilirdi.

24. Yukarıdaki kararda belirtildiği gibi işkencenin yapılabilmesi için, önceden hazırlık yapılması, örneğin Filistin askısı için kollara temas eden yerleri yumuşak maddeyle kaplanmış kalas; elektrik verilmesi için manyetolu telefon ve kabloları gibi hazırlıkların; "işkence yapma kastını" ortaya koyan olgular olarak kabul edilmektedir. İşkencenin amacının, genelde bilgi veya itiraf elde etmek veya cezalandırmak olduğu görülmektedir. Yukarıda metni verilen BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkencenin tanımı yapılırken, işkencenin, bilgi ve itirafın elde edilmesi veya cezalandırma amaçlarıyla uygulanabileceği belirtilmiştir. **11.07.2000 tarihli Dikme v. Türkiye** kararında AİHM, (94-96.par.) Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinin 1. maddesindeki tanımı esas almıştır. Başvuru

⁵ AİHM'nin 28 Temmuz 1998 tarihli, 25803/94 sayılı, Seloumi v. Fransa kararı, par. 95.

⁶ Beş teknik; 1) Duvara, stres pozisyonunda birkaç saat süreyle dayalı durma. 2) Başa siyah veya lacivert torba geçirme. 3) Gürültüye maruz bırakma. 4) Uykusuz bırakma. 5) Yiyecek ve içecekten yoksun bırakmaktan ibaret idi

⁷ Komisyon 1 Kasım 1999 yılında 11. protokol ile kaldırılmış olup, görev yaptığı sırada başvurularla ilgili maddi olayların tespiti esas olarak Komisyonun göreviydi. AİHM çok istisnai hallerde bu tespitlere rağmen yeniden maddi olay incelemesi yapabilmekteydi.

konusu olay, itiraf elde etmek için devlet görevlilerinin 16 gün nezarete kalan başvuranı, gözleri bağlı sorgulamışlar ve sürekli darp etmişlerdir. Bu muamelenin başvuranda doğurduğu fiziksel acı, endişe ile nezarete akibetinin belirsizliği dikkate alınarak, “işkence” olarak değerlendirilmiştir. Başvuranın işkence gördüğünden şikâyeti üzerine açılan soruşturma, etkin bir şekilde yürütülmemiştir. Yapılan işkence ile etkin olmayan soruşturma birlikte değerlendirilerek, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.(3.maddeden tek bir ihlal kararı verilmiştir.) Söz konusu Dikme kararında iki hususu dikkati çekmektedir: Birincisi, gözaltına sağlam olarak alınmış kişide, gözaltı sonunda bazı yaralanmalar olmuşsa, bunların nasıl ve nerede meydana geldiğinin tanıtlanması artık devletin yükümlülüğündedir. İkincisi, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı, gözaltındaki sanığın davranışlarıyla veya işlediği iddia edilen suçun niteliğiyle ilişkilendirilemez. Bu maddenin ihlâlî halinde mağdurun hareketine dayanarak veya herhangi bir özrün var olduğu ileri sürülerek devlet kendini savunamaz. 3. madde kapsamında değerlendirilme, mağdurun hareketlerinden bağımsız bir şekilde yapılır. **(BM. İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorumu 20, 1992)** Suçun niteliği; işkence, zalimane veya aşağılayıcı davranış veya cezanın mazeretini veya bu eylemleri işleyeninin savunmasının dayanağı olamaz. Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun: 5 Kasım 1969 günlü **Danimarka, Norveç, Hollanda ve İsveç v. Yunanistan** devlet başvurusu raporunda; Yunanistan'daki askerî rejim zamanında yaygın olarak uygulanan aşağıda belirtilen hareketlerin işkence olarak kabul edileceğini açıklamıştır. Bunlar: falaka, öldürme tehdidi, aile bireyleri veya arkadaşlarının işkence göreceği veya hapsedileceği tehdidi; yüksekten aşağı atma girişimi; elektrik verilmesi, başın her iki tarafını şakaklardan baskı yapacak şekilde mengeneyle sıkıştırma; baştan veya pubic bölgesinden saç veya kılların çekilmesi; erkek cinsel organının tekmelenmesi, anüse sopa yerleştirilmesi; vücudun başa kadar toprağa gömülmesi; tırnak altına iğne sokulması; baş aşağı ateşin üzerine asılma; birkaç gün ellerin arkada mengenede tutulması; yüksek ve yoğun gürültüyle uykudan yoksun bırakma; başa su damlatılması; bedeni sigara ile yakma veya ellerin uzun süre kelepçeli tutulmasıdır. Bu hareketler, bireyin irade ve şuurunu yok etmeye yönelik aşağılayıcı ve yıldırıcı nitelikte olduklarından işkenceyi oluşturdukları açıklanmıştır. Nezarethanede kadına tecavüz edilmesi işkence olarak kabul edilmiştir. (**26 Ağustos 1997 tarihli, 57/1996/676/866 sayılı Aydın v. Türkiye** kararı par. 80-86).

25. “İşkence sadece fiziksel olarak yapılabilir diye düşünülmemelidir, hem fiziksel hem de ruhsal olarak yapılması olanaklıdır. Bugün kendilerini çok disiplinli bilimsel laboratuvar olarak adlandıran kuruluşlar mahir teknikler uygulayarak kaygı ve gerginlik yaratarak ruhsal ıstıraba insanları duçar etmeleri yönünde yetkinleşmişlerdir. Bu yeni ızdırap verici tekniklerin amacı insanın, ruhsal ve psikolojik dengesinin geçici olsa bile parçalanması, bozulması ve iradesinin yok edilmesidir.” **(Danimarka, Norveç, Hollanda ve İsveç v. Yunanistan devlet başvurusunda yargıç Evrigis’in görüşleri)**

B. İnsanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele

26. “Yeterli yoğunluk ve amaç unsuru taşımaması nedeniyle işkence olarak kabul edilmeyen kötü muamele; insanlık dışı veya küçük düşürücü olarak sınıflandırılabilir. Yukarıda belirtilen Yunanistan aleyhine yapılan dört devlet başvurusunda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu şu saptamayı yapmıştır: “İnsanlık dışı muamele uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan, kasti şiddeti, fiziksel veya ruhsal eziyeti kapsar.” Muamelenin AİHM tarafından “insanlık dışı olarak kabul edilmesinin nedeni, tasarlanarak yapılması, kesintisiz olarak saatler boyunca

uygulanması ve bedensel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal eziyete yol açmasıdır. İnsanlık dışı muameleye çoğunlukla gözaltında rastlanmaktadır. Gözaltındaki kişiler kötü muameleye maruz kalmakla beraber, bu muamelenin yoğunluğu işkence olarak nitelendirilecek derecede olmadığı durumlarda, insanlık dışı muamele söz konusudur. Aynı başvuruda aşağılayıcı muamele ise; kişide korku, ruhsal sıkıntı ve aşağılık duygusu yaratan ve onları küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikteki muameledir. Aşağılayıcı muamele kapsamında, mağdurun fiziksel veya moral direncini kırmaya yönelik veya mağduru iradesine veya vicdanına aykırı hareket etmeye yönelten uygulamalardır. **18 Ocak 1978 tarihli, 5310/71 sayılı İrlanda v. Birleşik Krallık** başvurusu, terörle mücadele eden İngiliz güvenlik güçlerinin, Kuzey İrlanda'da gözaltı merkezlerinde uyguladıkları beş teknik ile ilgilidir. Askeri kışlalarda gözaltına alınan kişilere; (a) duvarın karşısında bir veya bir buçuk metre kadar duvardan uzakta ve ayaklar açık bir şekilde dururken, başından yukarı uzattığı elinin bir parmağıyla duvara dokunarak, vücudun ağırlığını taşıyacak bir biçimde gergin pozisyonda bir kaç saat durma (wall-standing) (b) Başa torba geçirmek (hooding) Siyah veya mavi bir torbayı başa geçirip, sorgulama dışında torbanın başta tutulması (c) gürültüye maruz bırakma; (subjection to noise) Sorgulamaya alıncaya kadar yüksek veya tiz bir sese maruz bırakma. (d) Uykusuz bırakma: (deprivation of sleep) sorgulamaya kadar uykusuz bırakma (e) Susuz ve yiyeceksiz bırakma (deprivation of food and drink) uygulanmaktaydı. Bu uygulama sistematik bir biçimde itiraf elde etmek amacıyla kullanılmakla beraber, işkence oluşturacak bir yoğunlukta acı vermediği kabul edilmiş; kötü muamele ve aşağılayıcı muamele oluşturduklarına karar verilmiştir. (par. 167) Bu kararda olduğu gibi "kötü muamele" ve "aşağılayıcı muamele" kavramlarını birçok kararında yan yana kullanmıştır. Bazı kararlarda yalnız 3. maddenin ihlâlinden bahsedilmekte; işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele şeklinde bir nitelemede bulunulmamaktadır. Aşağılayıcı davranış için de yalnız güç veya kuvvet kullanılması koşul olmayıp, kişinin ruhi durumunu, moralini kırıcı her türlü manevi baskı bu ihlâli oluşturabilecektir.⁸ Aşağılayıcı davranışların yasaklanmasının amacı, bireyin onuruna ciddi bir şekilde müdahale edilmesini önlemektir. Kişinin şöhretini veya kişisel durumunu aşağılayacak ağırlıktaki hareketler aşağılayıcı davranış olarak kabul edilir. Bir kişinin aşağılayıcı bir muameleye tabi tutulup tutulmadığının değerlendirilmesi daha öznel bir değerlendirmeyi gerektirdiği için, mağdurun yaşı ve cinsiyeti gibi göreceli öğeler, insanlık dışı muamele veya işkencenin değerlendirilmesine kıyasla daha önemli olabilir. Bu bağlamda, AİHM, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde küçük düşürülmesini yeterli görmüştür. Yasaklanmış davranışın hangi kategoriye ait olduğunu belirlemek için, fiziksel gücün kullanılmasına ve sorgulama, sınır dışı etme, suçlu iadesi gibi hangi hallerde kullanıldığına bakılmalıdır.

27. 24 Nisan 1998 tarihli Selçuk ve Asker v. Türkiye kararında AİHM: Bir ailenin evleri ve mallarının büyük kısmının, geçim vasıtalarının tahrip olunarak köylerinden zorla çıkarıldıklarını, köyün boşaltılmasının önceden tasarlandığını, bütün ömürleri boyunca bu köyde yaşamış bireylerin duygularına saygı gösterilmeden ve horlanarak uygulama yapıldığını, evlerinin yanmasını seyretmeye zorlandıklarını, emniyetlerinin sağlanması için yeterli önlemlerin alınmadığını tespit etmiştir. Özellikle evlerin tahrip edilmiş biçimi, bireysel durumları itibariyle ıstıraba uğradıklarını, bu nedenle de güvenlik güçlerinin davranışlarının AİHS'nin 3. maddesi ışığında insanlık dışı davranış olduğuna karar vermiştir. Bu davranışlar bireyleri cezalandırmak gibi bir kasıt olmaksızın, sadece teröristlerin evleri kullanmamaları

⁸ İşkence Yasağı, İnsan Hakları El Kitabı No: 6, yazarı Aisling Reidy. Avrupa Konseyi yayını

için yapılmış olsaydı bile, bu bir mazeret oluşturmayacak, söz konusu davranışlar yine de insanlık dışı muamele olarak görülecekti. (par.55)

28. Aşağılayıcı muamele konusunda, Türkiye aleyhine verilen kararlarda dikkati çeken bir hususta, özellikle terörizmle mücadele sırasında, çıkan silahlı çatışmalarda teröristlerin ölü ele geçmesi durumunda, cesetlerinin bazı kısımlarının parçalanması, örneğin kulaklarının kesilmesidir. Bu tür davranışların ölenlerin yakınları için aşağılayıcı muamele oluşturacağı AİHM'nin çeşitli kararlarında kabul edilmiştir.⁹

29. AİHM'ye göre, polis tarafından sağlam ve sıhhatli bir kişinin nezarete alındıktan sonra, nezaret çıkışında yaralanmış berelenmiş olması halinde, bunun nedenini ve söz konusu yaralanmanın nasıl meydana geldiğinin açıklanması ilgili devletin görevidir. Eğer bu açıklama ilgili devlet tarafından yapılmıyorsa, 3. maddenin ihlâli söz konusudur. Gözaltına tutulan kişiye darp edilmesi ve bunun tarafsız doktor raporlarıyla belirlenmesi halinde, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele gerçekleşmiş olur.¹⁰

30. Yakalama için güç kullanılması ve yakalananlara yapılan muamele dolayısıyla 3. maddenin ihlaline sıkça rastlanmaktadır. Bu konuda **Sashov ve Diğerleri v. Bulgaristan**¹¹ kararına yakından bakmalıyız. Bir fabrikadan metal parçaları çalındığı ihbarı üzerine polis, olay yerinde üç kişiyi yakalamıştır. Başvuranlar yakalandıklarında ve getirildikleri karakolda polisler tarafından dövüldüklerini iddia etmişlerdir. Her üç başvuranın muayenelerinde, baş ve vücutlarının çeşitli yerlerinde yaralar, sıyrıklar ve kızartılar tespit edilmiştir. Polis, başvuranların kaçtıklarını, onları takip sonucu yakaladıklarını, direnmeleri nedeniyle mevcut darp izlerinin meydana geldiğini savunmuştur. Başvuranların üçü de "Çingene" azınlığındandır.¹² AİHM kararın 45. paragrafında, yakalama için polisin güç kullanmasını 3. maddenin yasaklamadığını açıklamıştır. Ancak, güç kullanımı için kesin gereklilik bulunmalı, güç orantılı olarak kullanılmalıdır. (bkz. **22 Mayıs 2001 tarihli, 22279/93 sayılı Altay ve. Türkiye** kararı, par. 54) Kötü muamele iddiası, AİHM'nin önüne uygun delillerle getirilmelidir. Olguların belirlenmesi için tanıtılma standardı makul şüphenin ilerisinde olmalıdır. 3. madde kapsamında değişik türdeki istismarların "insanlık dışı" olarak değerlendirilmesi; önceden tasarlanmış, saatlerce uygulanmış ve ağır bir yaralanma veya ciddi fiziksel ve ruhi ızdırap vermesi durumunda mümkündür. Aşağılayıcı olan mağdurda onur kırılmasına neden olan; sıkıntı, korku, elem ve bayağılık hissi doğuran muameledir. (Sashov ve Diğerleri kararı par.47) Başvuranlarda mevcut yaralar, 3. maddenin öngördüğü eşiğin aşılmasını sağlayacak ağırlıktadır. Başvuranları yakalayan polislerin ifadeleri, onlarda neden birden fazla yaranın oluştuğu hususuna açıklık getirmemektedir. Başvuran Sashov'un kafasına tabanca kabzasıyla vurulduğu; olay yerinde buldukları su borusu veya sopa ile dövüldükleri iddiası, doktor raporlarıyla tespit edilen başındaki yara, göğsünde ve sırtındaki çürüklerin genişlik ve boyu ile uygun düşmektedir. (par.53) Sashov'un kaçtığı, direniş

⁹ AİHM'nin 27 Şubat 2007 günlü Akpınar ve Altun v. Türkiye kararı. AİHM bu kararda ölenin babası ile ablasının duydukları elem nedeniyle, 3. madde açısından, Sözleşmenin 34. maddesi çerçevesinde olayın mağduru olduklarını kabul etmiştir.

¹⁰ Mahkeme, mağdur nezarethanedeki sorgu süresi ve sorgu süresinde yapılan darbelerin sayısını dikkate alarak, hem insanlık dışı hem de aşağılayıcı muamelenin oluştuğunu kabul etmiştir.

¹¹ 7 Ocak 2010 tarihli 14383/03 sayılı karar.

¹² 24 Nisan 2012 günlü gazetelerde yer alan haberlere göre, TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu önünde, Roman Temsilcilerinin; Roman" değil Çingene denmesi gerektiğini açıklaması karşısında, yazıda da Çingene deyimini kullanılmıştır.

gösterdiği farz edilse bile, Mahkeme eldeki olgular ışığında; kullanılan gücün yoğunluğunun aşırı ve kişilerin denetimi için gerekenden fazla olduğunu kabul etmiştir. Başvuranlara yapılan muamelenin değerlendirmesinde Mahkeme: başvuranların Çingene azınlığına mensup olmalarını; bu konudaki ECRI¹³ raporu dikkate alındığında, polis karşısında zayıf konumda olduklarını dikkate almaktadır. Bu olgular karşısında, çekilen acının yoğunluğu ve doğası gereği, her üç başvuruda insanlık dışı muameleye maruz kaldığı kabul edilmiştir. (par.54-57) Soruşturma da, 3. maddenin gereklerine uygun olarak yapılmamıştır. Bu kabulün gerekçeleri: 24 saatlik gözaltında hangi polislerin başvuranlara nezaret ettiğinin ve görgü tanıklarının belirlenmemesi; yalnız dört polisin ifadeleriyle yetinilmesi; savcılığın takipsizlik kararında kullanılan gücün ulusal mevzuata uygun olması yeterli görülüp, tıbben tespit edilmiş bulgulara göre aşırı güç kullanılıp kullanılmadığının araştırılmamasıdır. (par.65-68) Bu nedenle usulden de 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. (Karar, 3. maddenin esasları ve usulden iki defa ihlal edildiğine ilişkindir.)

31. Şüpheliyi yakalamada kuvvet kullanılmasına ilişkin diğer bir örnekte **22 Eylül 1993 günlü, 15473/89 sayılı, Klaas v. Almanya** başvurusudur. Bayan Klaas'ın (olayda başvurucu) alkollü olarak araba kullandığını fark ederek evine kadar takip eden polisler, alkol test cihazına üflememesi üzerine başvurucuyu kan testi yapılmak üzere hastaneye davet etmişlerdir. Kaçmaya çalışması ve direnmesi üzerine, kolu kıvrılarak etkisiz hâle getirilmiş, elleri kelepçelenerek hastaneye götürülmüştür. Alkol testi için kan alındıktan sonra serbest bırakılmıştır. Başvuranın kolunda bu arbede sırasında sıyrıklar oluşmuş, sol omuzu da incinmiştir. Yerel mahkemeler, polisin davranışında herhangi bir aşırı kuvvet kullanmanın söz konusu olmadığına karar vermiştir. AİHM de, ulusal mahkemelerin bulgularından ayrılmaya neden olacak hiçbir somut delil olmamasını dikkate alarak, 3. maddesinin ihlâl edilmediğini açıklamıştır.

32. **Atıcı v. Türkiye** kararında¹⁴ AİHM aşağılayıcı muamelenin etraflı bir tanımını yapmış, bu tanım bazı kararlarından örnekler vererek açıklamıştır. AİHM, kötü muamelenin AİHS'nin 3. maddesi kapsamına girmesi için asgari düzeyde şiddet içermesi gerektiğini tekrarlayarak, asgari şiddetin göreceli olduğunu vurgulamıştır. Değerlendirme; muamelenin süresi, fiziksel ve zihinsel etkileri, bazı durumlarda ise mağdurun yaşı ve sağlık durumu gibi davanın tüm ayrıntılarına bağlı olarak yapılacaktır. Muamelenin aşağılayıcı olup olmadığına karar verirken, amacın kişiyi aşağılamak ve küçük düşürmek mi olduğu, yol açtığı sonuçlar bakımından başvuranın kişiliğini 3. maddeye aykırı olarak etkileyip etkilemediği göz önünde bulundurulacaktır. Böyle bir amacın olmaması, kesin bir biçimde ihlal bulunmayacağı anlamına gelmez. (**Peers v. Yunanistan, no. 28524/95**, par. 67-68.) Özgürlükten yoksun bırakılmaya neden olan hürriyeti bağlayıcı ceza gibi meşru bir önlemin, aşağılayıcı görülmesi için meşru önlemin ötesinde bir muamele içermesi gerekir. (par. 30) [bkz. **Kulda v. Polonya (BD), 30210/96; Jalloh v. Almanya (BD) 54810/00** kararları] **Atıcı** kararında atıfta bulunan diğer bazı kararlara göre AİHM: mahkûmla alay ederek, sözle taciz eden dört gardiyanın önünde arama yapılmasını (**Iwanczuk v. Polonya, 25196/99**); ikna edici güvenlik gereksinimi olmadığı halde, sistematik olarak mahkûmun elbiseleri çıkartılarak yapılan aramayı onur kırıcı bulmuştur. (**Van der Ven v. Hollanda, 50901/99**)

¹³ ECRI, Avrupa Irkçılıkla ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'nun kısaltılmışıdır. Bu Komisyon 2004 yılında hazırladığı Bulgaristan raporunda, Çingene azınlığına mensup kişilerin polisin şiddetine maruz kaldığını açıklamıştır.

¹⁴ 10 Mayıs 2007 gün ve 19735/02 sayılı karar.

33. İzin alınmış basın açıklamasından sonra, göstericilerin dağılmaması üzerine, bazıları yakalanıp gözaltına alınmıştır. Bir gazetede yayımlanan resimden, başvurunu iki polis koluna girip tutarken, diğer bir polisin yüzüne ve ağzına göz yaşartıcı gaz sığıdığı görülmektedir. Doktor raporunda, her iki gözünün kanlandığı (hyperaemia), omuzlarının altında 8 cm ve 5x8 cm büyüklüğünde ekimoz tespit edilmiştir. Başvuranın şikâyeti 48 saat içinde takipsizlikle sonuçlandırılmış ve soruşturma ile ilgili herhangi bir belge Mahkemeye sunulmamıştır. AİHM; başvuranın yüzüne gaz sıkılması ve kötü muamele iddialarının etkin bir biçimde soruşturulmaması nedeniyle 3. maddenin ihlali kabul edilmiştir. (Tek bir ihlal kararı verilmiştir.)¹⁵

34. Öcalan başvurusunda Mahkeme, adil olmayan bir yargılama sonunda Öcalan'ın ölüm cezasına mahkûm edilmesi ve 1999 yılından bu cezanın müebbet hapse çevrildiği 2002 yılına kadar ölüm cezası infaz edilme tehdidi altında bulunmasını insanlık dışı muamele olarak görmüştür.¹⁶

35. **11 Temmuz 2006 tarihli, 548210/00 sayılı Jalloh v. Almaya**, (BD) kararının konusu uyuşturucu sattığından şüphe edilen başvuran Abu Jalloh'ın, ağzında sakladığı ufak poşetteki (köpük olarak adlandırılıyor) uyuşturucuyu yakalandığında yutmasıdır. Alman Ceza Usul yasasının 81. maddesi soruşturma makamlarına; sağlığına zarar vermemesi kaydıyla, onayı olmasa bile şüphelinin vücudundan delil elde edilmesi için tıbbi müdahaleye ceviz vermektedir. Mahkeme, müdahalenin Jalloh'un hayatının tehlikede olmasından ziyade, delil elde etme amaçlı olduğunu kabul etmektedir.(par.75) Sözleşme ilke olarak, soruşturmaya yardım için tıbbi müdahaleden faydalanmasını yasaklamamaktadır. Ancak, delil için kişilerin fiziksel bütünlüğüne delil elde edilmesi için yapılacak müdahale, sıkı bir denetimden geçirilmelidir. Bunun için, delil elde etmek için zorla yapılacak tıbbi müdahalenin ne ölçüde gerekli olduğu, yapılış biçimi, vereceği fiziksel ve manevi acı, tıbbi denetimin derecesi ve şüphelinin sağlığına etkileri dikkate alınarak değerlendirilir. (par.76) Şüpheli önemli bir uyuşturucu dağıtıcısı değildir, sokak satıcısıdır. Alacağı en fazla ceza altı ay hapis olup ertelenmesi mümkündür. Kusturulması için doktor nezaretinde dört polis memuru zor kullanmış, burnundan midesine tüp indirilerek ilaç zerk edilmiş, kusması sağlanmıştır. Buradan elde edilen deliller yargılamada kullanılmıştır. Bu şekilde kusturucu kullanılması riskli olup, daha önce iki kişinin ölümüne neden olmuştur. Yutulan uyuşturucunun doğal yollardan vücudu terk etmesinin beklenmesi, dolayısıyla fiziksel ve ruhsal bütünlüğe daha az bir müdahale ile aynı sonucun elde edilmesi mümkündür. Söz konusu önlem Jalloh'ta, korku, elem doğurmuş, aşığılanmasına neden olmuştur. Yapılan muamele, insanlık dışı ve onur kırıcı olarak değerlendirilmiştir. (par. 81-82)

36. Slovakya'da hastaneye getirilen Çingene azınlığından Bayan V.C. 20 yaşındaydı ve ikinci çocuğunu doğuracaktı. Doğum sonrası usulüne uygun onayı alınmadan, yumurta tüpleri bağlanarak geriye dönüşü olmayacak şekilde kısırlaştırılmıştır. 20 yaşındaki genç bir kadının üreme kabiliyetinin yok edilmesini AİHM, kişinin fiziksel bütünlüğünü ihlal eden bir müdahale olarak görmüştür. Bu nedenle 3. maddenin ihlali edildiği kabul edilmiştir. Mahkeme

¹⁵ 10 Nisan 2012 tarihi, 9829/07 sayılı Ali Güneş v Türkiye Kararı

¹⁶ 12 Mayıs 2005 tarihi, 46221/99 sayılı Öcalan v. Türkiye kararı. (BD)

gerekçesinde, ne tür bir kötü muamele oluştuğunu tartışmamış, ihlali açıklamakla yetinmiştir. **(8 Kasım 2011 tarihli, 18969/07 sayılı V.C. v. Slovakya kararı)**¹⁷

37. Adil olmayan yargılama sonunda idam cezası verilmesi AİHM tarafından gayri insani muamele kabul edilmektedir.¹⁸

VI. AİHM uygulamalarından örnekler

i. Kelepçe takılması

38. AİHM'nin 16.12.1997 günlü **Raninen v. Finlandiya** kararında kelepçe takılması etraflıca incelenmiştir. Askerlik görevini yapmaktan kaçınan başvuran, bu nedenle verilen hapis cezasının infazından sonra, askerî polis tarafından cezaevinden birliğine götürülmek üzere ellerine kelepçe vurulmuş, cezaevinden çıkarılırken de kendisini desteklemek için gelenler tarafından elleri kelepçeli olarak görülmüştür. AİHM kararında; Yasaya uygun bir yakalama yapılmış, kelepçe ıstırap verir biçimde uygulanmamış ve kelepçe takılan şahıs halka teşhir edilmemiş olması nedeniyle AİHS'nin 3. maddesiyle ilgili bir ihlalin bulunmadığına, söz konusu olayda başvuranın başkaları tarafından kelepçeli olarak görülmesinden ruhsal olarak etkilendiğini gösteren verilerin de gösterilememesi nedeniyle, başvurunun 3. madde kapsamında incelenmesini gerektirecek ağırlıkta olmadığına karar vermiştir. **6 Mart 2007 tarihli Erdoğan Yağız v. Türkiye** kararı da kelepçe takılmasıyla ilgilidir. Emniyet Müdürlüğünde doktor olarak çalışan Bay Erdoğan'a çalıştığı Müdürlüğün bahçesinde kelepçe takılarak nezarete alınmış, evine arama için götürülürken 70 metre kelepçeli yürütülmüş, evde eşi ve çocuklarının yanında arama sırasında kelepçeli tutulmuştur. Arama tutanağını da kelepçeli olarak imzalamıştır. Mahkeme, söz konusu muameleleri ve özellikle ailesinin yanında kelepçeli tutulmasını, mesleği gereği başvuran için aşağılayıcı ve utandırıcı olduğunu, bu aşağılanmanın onda sağaltılmaz ruhsal yaralar açmasını da dikkate alarak, kelepçe takılmasının aşağılatıcı muamele olduğunu kabul etmiştir. Başvuranın gözaltına alınmasına neden olan soruşturma kısa bir sürede takipsizlikle sonuçlanmıştır.

ii. Nezarethane ve cezaevi koşulları

39. **Ilascu ve Diğerleri v. Rusya ve Moldova** kararında¹⁹ AİHM, cezaevi koşulları nedeniyle işkencenin varlığını saptamıştır. Olayda sıkı bir tecrit uygulaması söz konusudur. Başvuran Ilaşcu, Moldova'da muhalefet lideriydi. Terör suçundan ölüm cezasına çarptırılarak, sekiz yıl infazı bekledi. Mayıs 2001 yılında Moldova Yüksek Mahkemesi, mahkûmiyet kararını kaldırarak başvuranı serbest bıraktı. Hapiste kaldığı sürece; hiçbir mahkûmla görüştürülmemiş, güneş ışığı almayan, havalandırması ve ısıtması olmayan bir odada, dış dünya ile hiçbir şekilde bir temas olmadan tutulmuştur. Diğer mahkûmlar ve avukatı ile görüşemiyordu. Geceleyin hapishane koridorunda tek başına yürümesine izin veriliyordu. Ailesi ile düzensiz bir biçimde temas kurabiliyordu. Cezalandırmanın bir parçası olarak sıkı bir gıda kısıtlaması yapılıyor, gönderilen paketlerdeki yiyecekler bozuk, yenilmez bir şekilde

¹⁷ V.C. kararında Mahkeme ayrıca, 8. maddenin ihlalini de kabul edip 31000 avro manevi tazminata hükmetmiştir.

¹⁸ AİHM Büyük Dairesinin 12.05.2005 tarihli Öcalan-Türkiye kararı

¹⁹ 8 Temmuz 2004 gün ve 48787/99 sayılı karar

teslim ediliyordu. Mektuplaşması yasaktı. Aylarca bekledikten sonra, çok ender duş yapabiliyordu. Ölüm cezası, cezaevi koşulları ile iki kat daha ağır bir cezaya dönüştürülmüştü. AİHM Bu koşulların zalimce olduğunu kabul ederek, yapılan muameleyi işkence olarak belirlemiştir.

40. Nezarethaneler, cezaevleri, iltica evlerindeki kötü koşullar Sözleşmenin 3. maddesinin ihlâline neden olabilir. Yine tutukluların sağaltımlarının gereği gibi yapılmaması da aynı madde çerçevesinde değerlendirilir. Uzun süreli hapis cezası infaz edilen, psikolojik rahatsızlıkları olan, bu nedenle de birçok defa intihara teşebbüs eden, doktorlar tarafından intiharının önlenmesi için belli süre cezaevinden çıkarılması yolunda raporlar verilen Kudla'nın Polonya aleyhine yaptığı başvuruda AİHM; "AİHS'nin 3. maddesi, sağlık nedenleriyle tutukluların serbest bırakılabileceği veya belli bir tıbbî tedavi görebilmeleri için hastaneye kaldırılabileceği konusunda genel bir yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanamaz" diyerek, yeterli psikolojik tedavi sağlanmadığı iddiasıyla yapılan bu başvuruda 3. maddenin ihlâl edilmediğine karar vermiştir.²⁰

41. Cezaevi koşullarıyla ilgili AİHM'nin atıfta bulunulan diğer bir kararı **12.10.2005 tarihli Nevmerzhitsky v. Ukrayna** başvurusudur. Başvuran başta dolandırıcılık olmak üzere birkaç suçtan yapılan soruşturmada 2 sene 10 ay tutuklu olarak cezaevinde kalmış, yargılama sonunda 5 sene 6 ay hapse mahkûm edilmiştir. AİHM, başvuranın kaldığı hapis odalarının sağlıklı olmadığı, havalandırmasının bulunmadığı, güneş ışığı almadığı, uygun ve temiz yatak çarşafı ve giysinin tutuklulara sağlanmadığı, günlük yürüyüş ve spor olanağının bulunmadığı, bunların yanında en temel sağlık ilkeleri gözetilmeden cezaevinde tutulmalarını aşağılayıcı muamele olarak görmüştür. Aynı olayda başvuranın cezaevinde açlık grevine başlaması üzerine, tıbben zorunluluk olup olmadığı tespit edilmeden, zorla beslenmesi işkence olarak değerlendirmiştir.²¹ (Burada zorla beslenmenin çok ilkel şartlarda ve diğer mahkûmlara yaptırılması da göz önünde bulundurulmuştur) Bu karardan önce AİHM, **24.09.1992 günlü Herczegfalvy v. Avusturya** kararında, tıbben gerekli görülürse, açlık grevindeki mahkûmun zorla beslenebileceğini, bunun AİHS'nin 3. maddesinin ihlâlini oluşturmayacağını açıklamıştı. Cezaevindeki çok sıkı denetimler de 3. maddenin ihlâlini oluşturabilecektir. Hollanda da, yüksek güvenliğin cezaevinde, her hafta bir kere mahkûmların çırılçıplak soyularak denetlenmesi, hangi nedenle olursa olsun odalarından çıktıklarında, odalarına dönüşlerinde elbiseleri çıkartılarak, cezaevi sağlık personeli tarafından da olsa anüs muayenesinin yapılması gibi çok sıkı denetlemeyi, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak görmüştür.²²

42. Cezaevlerinde tecrit veya hücre hapsi diğer sorunlu alanlardan biri olarak görülmektedir. Hem tecridi hem de koşullu salıverme olmadan infaz edilecek müebbet hapis cezasını AİHM, **10 Nisan 2012 sayılı Babar Ahmad ve Diğerleri v. Birleşik Krallık**²³ kararında incelemiştir. Dava, ABD'ye iade edilecek kişilerle ilgilidir. Bu açıdan aşağıdaki bentte yer alan konuyla da ilgilidir. Fakat iadeleri halinde tecride tabi olacakları için, cezaevi koşulları bölümünde incelenmeleri uygun görülmüştür. Başvuranlar hakkında ABD'de iddianame düzenlenmiş ve Birleşik Krallıktan iadeleri istenmiştir. Sanıkların suçu, Yemen'de Afganistan'da, bombalama,

²⁰ 26 Ekim 2000 tarih ve 30210/96 sayılı Kulda v. Polonya kararı.

²¹ AİHM'nin 12.10.2005 günlü Nevmerzhitsky-Ukrayna kararı.

²² AİHM'nin 4.05.2003 tarihli, Van Der Ven-Hollanda kararı.

²³ 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 ve 67354/09 sayılı başvurular.

adam kaldırma, cihat kampı kurma, teröristlere maddi destek sağlama, mala ve insanlara zarar verme, bunları örgüt kurarak işleme, ABD büyükelçiliklerini bombalama gibi çeşitli terör eylemleridir. İkiisi Mısır ve Suudi Arabistan, diğerleri İngiliz vatandaşıdır. (altı başvuran var) Başvurunun konusu, ABD'ye iadeleri sonucu hapis cezasına mahkûm olduklarında konulacakları ADX Florence cezaevinin koşulları ve verilecek hapis cezasının uzunluğunun, kötü muamele oluşturduğu iddiasıdır. Söz konusu ADX Florence, Colorado eyaletinde, yüksek güvenli (supermax) cezaevidir. ADX cezaevi genel, ara, nakil ve nakil öncesi olmak üzere dört üniteden oluşmaktadır. Görüldüğü kadar Taliban ile ilgili terör mahkûmlarının bu cezaevine alındıkları anlaşılmaktadır. Cezaevine ilk gelişte 12 ay genel kısımda, 6 ay ara, 6 ay nakil ve 12 ay nakil öncesi bölümde kalarak, asgari 36 ayı tamamladıktan sonra başka cezaevine nakledilebilmektedir. En katı uygulamanın genel üniteye olduğu anlaşılmaktadır. Diğer ünitelerde, az da olsa bazı kısıtlamaların hafifletildiği düşünülmektedir. Genel üniteye koşullar şöyledir. Her hücre (cell) 8 m² dir ve duşu vardır. Doğal ışık alan penceresi ve aydınlatması mevcuttur. Elektrik lambası hücre içinden kapatılabilir. Koridordaki ışıklar geceleyin kapatılmaktadır. Yemekler hücrede yenilmektedir. Her ay iki defa 15 dakikalık telefon görüşmesi yapabilir. Ayda beş defa ziyaretçileriyle görüşebilir. (sosyal ziyaret olarak adlandırılmaktadır) Havalandırma kanalıyla diğer hükümlülerle görüşmenin mümkün olduğu belirtilmektedir. Hücre dışına çıkartıldığında, diğer mahkûmlarla konuşabilir. Tek hücre dinlenme alanında, haftada 10 saat spor yapabilir. Geniş dinlenme bahçesinde, oluşturulan gruplarla birlikte spor yapma olanağı da vardır. Tek hücre dinlenme alanı 22 m² ve geniş dinlenme bahçesi 29 m² dir. Bina içindeki dinlenme alanı 36 m² dir. Başvuranlar, ADX cezaevinin, tam bir duyuşsal yalıtım oluşturduğunu, diğer mahkûmlarla anlamlı bir iletişimin kurulmasının mümkün olmadığını, amacın mahkûmlarda psikoz ve duygusal çöküş oluşturmak olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bazı raporlarda telefonla görüşmek, sosyal ilişki kurmanın, ziyaretçi kabul etmenin genelde uygulanmadığı veya aşırı şekilde kısıtlandığı belirtilmektedir. Terör suçundan mahkûm olanların hepsi, risk oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın bu kuruma gönderilmektedir. Kararın 116. paragrafında özetlenen Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesinin 10 Kasım 2011 tarihli 21. raporunda, tecrit, (solitary confinement) mahkûmu diğerlerinden ayırarak tek başına veya bir veya iki mahkûmla birlikte tutulması olarak tanımlanmıştır. Tecrit, tecridi gerektiren nedene orantılı bir uzunlukta olmalı, süresi uzadıkça uygulanması için güçlü gerekçeler bulunmalıdır. Hukuka uygun olmalı, hukuka aykırı uygulamalarda sorumlulara hesap sorulabilmelidir. Hapis cezasının bir parçası olarak tecrit uygulanamaz. Bir disiplin cezası olarak uygulanıyorsa, 14 günü geçmemelidir. Günde en azından bir saat açık havaya çıkarılmalıdır. Cezaevinde uygulanan asgari standartlar tecrit hücresi içinde geçerlidir. Tecrit hücresi 6 m² den daha küçük olmamalıdır.²⁴ Doğal ışık almalı, havalandırması ve elektrik aydınlatması bulunmalıdır. Mahkûmun gerçekten güç sarf etmesini sağlayacak genişlikte egzersiz alanı bulunması da aranmaktadır. AİHM'ye göre, ADX Florence cezaevindeki uygulama hükümlüler arasında fiziksel teması önlenmekte, hükümlü ile görevliler arasındaki sosyal etkileşimi en aza indirilmektedir. Bu hiçbir şekilde, hükümlülerin bütünüyle duygusal ve sosyal yalıtım içinde tutuldukları anlamına gelmemektedir. Hükümlüler vakitlerinin büyük çoğunluğunu hücrelerinde geçirmektedirler, ancak onlara hücrelerinde; televizyon, radyo kanalları, sürekli gazeteler, kitaplar, hobileri ve el becerileri ile ilgili malzemeler, eğitim programları gibi uyarımlar sağlanmıştır. Sağlanan bu faaliyetler ve hizmetler, birçok Avrupa cezaevinde sağlananın çok

²⁴ Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesinin 26-27 Ocak 2010 tarihlerinde Türkiye'de İmralı cezavende yaptığı inceleme sonrası raporunda: F-Tipi cezaevlerindeki hücrelerin (cell) yüzölçümünü 9.8 m² olarak vermektedir. Ayrıca tuvalet kısmı da 2 m² olarak verilmiştir.

üstündedir. Hizmetlerdeki kısıtlamalar, örneğin özellikle birlikte ibadet kısıtlamaları hapsedilmenin gerekli ve kaçınılmaz sonucudur. Hükümlüler hücrelerinden havalandırma sistemi ile birbirleriyle konuşabilmektedir. Dinlenme alanlarında hükümlülerin yalıtımları kısmi ve oransaldır. Eğer hükümlüler ADX cezaevinde süresiz olarak tutulurlarsa, 3. maddedeki eşğin aşılması söz konusu olabilir. Başvuranların ABD’de mahkûmiyetlerinde ADX’ cezaevine konulmaları, 3. maddenin ihlalini oluşturmaz. (par. 223-224)

43. **Babar Ahmad ve arkadaşları** kararının diğer bir yönü de, müebbet hapis cezasının, koşullu indirim yapılmadan mahkûmun yaşamı boyunca devamı sorusudur. Müebbet hapis hükümlüsünün cezaevinde tutulması için artık penelojik açıdan meşru bir neden yoksa ve ömür boyu hapis cezası, de facto ve de iure bir indirim söz konusu olmadan uygulanıyorsa, 3. maddeye aykırılık oluşturur.

44. Adele Price, thalidomide²⁵ mağduru bir engellidir. Kolları yoktu, ayaklarının dizden yukarısı mevcuttu. Bir borç nedeniyle çıkarıldığı hukuk mahkemesinde mali durumuna ilişkin sorulara yanıt vermediği için yedi gün hapse mahkûm edilmiştir. Bir gün polis nezaretinde, üç gün kadın cezaevinde kalmıştır. Polis nezaretinde tekerlekli sandalyesi üzerinde uyumuştur. Engelliler için gerekli koşullar olmadığı için, tuvalete gitmekte, kendini temiz tutmakta güçlüklerle karşılaşmıştır. Cezaevinde tuvalete oturmak ve temizlenmek için erkek gardiyanın yardımından faydalanmak zorunda kalmıştır. Mahkeme, söz konusu koşulları aşağılatıcı muamele olarak kabul etmiştir. (**10 Temmuz 2001, 33394/96 sayılı Price v. Birleşik Krallık kararı**)

45. Maaurice Papon 90 yaşındadır. İnsanlığa karşı suçtan 10 yıl hapse mahkûm olmuştur. Cezasının infazına başlanması üzerine AİHM’ye başvurarak, yaşı dikkate alındığında söz konusu infazın 3. maddeye aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. AİHM, yaşlı bir insanın, belli koşullarda uzun süre hapis cezasının infazını 3. maddeye aykırılık oluşturabileceğini kabul etmektedir. Ancak, bu her olayın öznel koşulları içinde ele alınıp değerlendirilmelidir. Sözleşmeciler devletlerin hiçbirinde hapis cezasının infazı için belirli bir üst yaş sınırı bulunmamaktadır. Bay Papon’un sağlık durumu, cezaevindeki koşullar ve cezasının infaz biçimi dikkate alındığında, bunların 3. madde ihlalini oluşturacak bir ağırlıkta olmadığı kabul edilmiştir. (**7 Haziran 2001, 64666/01 sayılı Papon ve Fransa kararı**)

46. Gülay Çetin kasten öldürme suçundan tutuklanmış ve yargılanmıştır. Cezaevinde kanser hastası olan başvuranın, midesi alınarak ince barsak yutağına bağlanmıştır. Uzun süren yargılamada bu durumu dikkate alınmayarak tahliye talepleri her zaman tekdüze gerekçelerle yirmi defa reddedilmiştir. 22 Aralık 2006’dan itibaren tutuklu olan Gülay Çetin hakkındaki hüküm, iki temyiz incelemesi sonunda 16 Şubat 2011’de kesinleşmiştir. Hakkındaki hükmün kesinleşmesine kadar 4 sene 1 ayda tutuklu kalmıştır. Tutuklu olarak Yargıtay incelemesinde geçen süre 2 sene 25 gündür. 27 Nisan 2009’ da kanser teşhisiyle midesi alınmıştır. Bu süreç içinde tüm tahliye talepleri ve Yargıtay incelemesinin öncelikle yapılması istemleri dikkate alınmamıştır. Hüküm kesinleştikten sonra, Akdeniz üniversitesi raporuna rağmen İstanbul Adli Tıp Kurumu, Cumhurbaşkanlığı Affına ilişkin rapor için yasal bir

²⁵ Thalidomide ağrı kesici bir ilaç olup, hamile kadınların mide bulantısı için yaygın bir şekilde kullanılmış, yaklaşık 20 000 civarında çocuğun sakat doğmasına neden olmuştur. İlacın kullanımına yaygın olarak 1957 senesinde başlanmıştır. Sakatlıklar çoğunlukla kolların ve ayakların oluşmaması veya sakat bir şekilde gelişme göstermesi şeklindeydi.

gereklilik olmamasına rağmen İstanbul'a getirilmesini istemiştir. Ölümcül durumdaki başvuran zor koşullarda bu yolculuğu yapmıştır. Adli Tıp raporunun yanlışlıkla Ceza ve Tevkifevlerine gönderilmesi üzerine, hastanenin tutuklular koğuşunda 12 Temmuz 2011'de vefat etmiştir. Adli tıp raporu 18 Temmuz 2011 tarihinde savcılığa ulaşmıştır. AİHM, adli makamların hiçbir şekilde başvuranın sağlık durumunu dikkate almadıklarını vurgulamıştır. İlk derece mahkemesinin tahliye isteminin reddi gerekçeleri başvuranın durumuna uygun olmayan kaçma şüphesiyle reddedilmiştir. Adli makamların uyguladıkları usul kuralları, 3. Maddenin gereklerine uygun düşmediği tespit edilmiştir. Hükmün kesinleşmesinden sonra Cumhurbaşkanının affından faydalanması yolunda yapılan işlemlerde de her zaman insani gerekçeler yerine basit formalitelere dayanılmasından Mahkeme ciddi endişe duymaktadır. Başvuran, Türk hukukunun kuramsal olarak sunduğu koruma olanaklarından hiçbir zaman yararlandırılmamıştır. Tüm bu olgular insanlık dışı onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmiştir.

iii. Sınır dışı etme ve suçlu iadesinde AİHS'nin 3. maddesiyle ilgili sorunlar

47. AİHM'nin sınır dışı etme ve suçlu iadesinde, gönderilecek ülkede işkence ve kötü muamele riskinin bulunması halinde, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlâl edilebileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Özellikle sınır dışı edilecek kişide mevcut hastalık nedeniyle, gönderileceği ülkede sağaltım olanağının bulunmadığı iddialarını da AİHS'nin 3. maddesi çerçevesinde incelemiş, bu tür iddiaların kurgusal olmaması, sağlam dayanaklarının bulunmasının gerektiğini vurgulayarak, başka ülkeye gönderilmesiyle bulunduğu ülkede kalmasının kişinin sağaltımı açısından ne gibi olumsuz etkileri olabileceğini de dikkate almıştır. Bu tür istemlerin ancak ağır ve tehlike doğuran hastalıklar için söz konusu olabileceği kabul edilmelidir.

48. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, bir devletin, sınır dışı ettiği kişiye, gönderdiği ülkede işkence yapılacağını önceden görebildiği halde bu iadeyi gerçekleştirilmesi halinde, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi hükümleri uyarınca sınır dışı eden ülke açısından ihlâl oluşacağına karar vermiştir. (BM Komitesinin **Cox v. Kanada 539/1993** sayılı kararı)

49. Bu görüş Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nin 3. maddesiyle de doğrulanmıştır. Söz konusu Sözleşmenin 3. maddesi; hiçbir taraf devletin ülkesindeki kişiyi, göndereceği ülkede işkenceye uğrayacağı konusunda güçlü nedenlerin bulunduğu hallerde sınır dışı ve iade edemeyeceğini açıkça belirtmiştir.

50. **Abdolkhani ve Kakimnia v. Türkiye**²⁶ kararı, Irak'tan Türkiye'ye kaçak olan giren İran'a muhalif Halkın Mücahitleri Örgütü mensubu iki İranlı ile ilgidir. Irak'ta iken BM yetkilileri onlara mülteci statüsü vermiştir. AİHM, başvuranların Irak'ta ölüme ve kötü muameleye uğrayabilecekleri konusunda risk altında oldukları, ayrıca Irak'tan İran'a gönderilmemeleri için anılan ülkede yeterli bir yasal çerçeve bulunmadığını dikkate alarak, Irak'a iadeleri durumunda 3. maddedeki haklarının ihlâl edileceğine ilişkin yeterli nedenler bulunduğunu kabul etmektedir. Başvuranların Türkiye'de kalmalarının, ulusal güvenlik, kamu güvenliği ve kamu düzenine tehdit oluşturacağı iddiası, AİHS'nin 3. maddesinin kesin niteliği dikkate

²⁶ Eylül 22, 2009 tarihli ve 30471/08 sayılıdır.

alınarak göz önüne alınmamıştır. Irak'a iade edilirlerse, 3. madde ihlal edilmiş olacaktır. (potansiyel ihlal)

iv. Tıbbi muayene koşulları

51. AİHM 8 Nisan 2004 günlü, 7496/03 sayılı, *Filiz Uyan v. Türkiye* kararında, tutuklu ve hükümlülerin muayenelerinde belli koşulların sağlanmasını istemiştir. Bu koşullara uyulmaması durumunda 3. maddenin ihlalinin oluşabileceğini açıklamıştır. Başvuran Filiz Uyan terör suçundan 20 yıl hapse hükümlüdür. Cezaevi doktoru, karın bölgesinin ultrason ile görüntülenmesini istemiştir. Muayenenin yapılacağı İzmir'deki hastanenin jinekoloji kliniği alt kattadır, pencereleri yerden 50 cm. yüksektedir ve demir parmaklıkları bulunmamaktadır. Başvurayı hastaneye, bir kadın ve bir erkek gardiyan ve iki jandarma getirmiştir. Erkek güvenlik kuvvetleri, muayene odasının arkasındaki katlanabilir paravanın arkasında duracaklarını, başvuranın ellerindeki kelepçeyi sökmeyeceklerini bildirmişlerdir. Bu durumda başvuran Filiz muayeneyi kabul etmemiştir. AİHM kararında iki düzenlemeye yer vermiştir. Bunlardan biri Sağlık Bakanlığı ile Adalet Bakanlığı arasında imzalanan Cezaevi Protokolünün 66. maddesidir. Bu madde uyarınca; kadın terör hükümlüsünün muayenesinde, oda korunaklı ise jandarmanın odanın dışında, aksi halde odada hasta ile doktorun konuşmalarını duymayacak mesafede beklemesi öngörülmektedir. Cezaevlerinin Dış Koruması ve Nakil Yöntemine ilişkin düzenlemenin 3. bölümünde, doktor tarafından istenmedikçe ve muayene/sağaltımı etkilemediği sürece kelepçenin çıkarılmamasının öngörüldüğü belirtilmektedir. AİHM, muayene sırasındaki görevlilerin tutumunun söz konusu mevzuat ile uyumlu olduğunu kabul etmektedir. Ancak, jinekolojik muayenede ellerin kelepçelenmiş olarak tutulması, katlanabilir panelin arkasında olsa bile odada üç erkek güvenlik görevlisinin bulunmasını, diğer pratik seçeneklerin varlığını dikkate alarak güvenlik önlemlerini orantısız bulmuştur. Zira jandarmalar dışarıda pencerenin önündü beklerken, kadın infaz koruma memurunu odada bırakabilirlerdi.(par.32) Mahkeme, özellikle terör suçları için getirilen düzenlemeleri çok katı bulmaktadır. Mahkemenin görüşüne göre, hükümlüden kaynaklanan risk ile yapılacak muayenenin tipine bağlı olarak, söz konusu katı kurallar daha esnek ve pratik bir yaklaşımla uygulamaya izin vermemektedir. Hükümet, başvuranın jinekolojik muayenesinde söz konusu önlemlerin alınmasını gerektiren güvenlik riskinin ne olduğunu gösterememiştir. Başvuran muayene edilmemiş olsa bile güvenlik önlemleri; bir mahkûmun sağaltımında duyacağı ötesinde kişisel onurunun dikkate alınmaması; aşağılanmasına, üzüntü duymasına neden olmuştur. 3. maddenin ihlali söz konusudur. (par. 33-35)

v.Sosyal güvenlik alanında 3. madde uygulanması

52. AİHM, 3. maddenin ekonomik ve sosyal hakları teminat altına almadığını çeşitli kararlarında açıklamıştır. Çalışma hakkı, ücretsiz tıbbi bakım, belli bir yaşama standardı elde etmek için devletin parasal yardım yapması yolundaki başvuruları benzer gerekçelerle 3. madde kapsamında görmemiştir. *Pancenko v. Letonya*²⁷ kararında başvuran, belediyeye karşı birikmiş vergilerden, ekonomik ve sosyal zorluklardan yakınmış, işsiz olduğu ve ücretsiz tıbbi sağaltımın yapılmaması, devletin parasal yardım vermemesinden şikâyetçi olmuştur. AİHM başvuruyu kabul edilmez bulmuştur.

VII. Devletin olumlu yükümlülüğü (positive obligation)

²⁷ 28 Ekim 1999 günlü, 40772/98 sayılı kabul edilmezlik kararı

53. 3. madde kapsamında, sözleşmeci devletlerin olumlu yükümlülüğü üç durumda söz konusu olmaktadır. Birincisi, Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca, sözleşmeci devletin yetki alanı içindeki herkese Sözleşmeden doğan hak ve özgürlükleri sağlama²⁸ yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Öyleyse sözleşmeci devletlere, kişilerin kötü muameleyle uğramaması için gerekli önlemleri alma “olumlu yükümlülüğü” getirilmektedir. (**4 Mart 2004 tarihli, 39272/98 nolu M.C. v. Bulgaristan kararı**, par.148-153) İkinci olarak, Sözleşmeci devletlerin olumlu yükümlülüğü, kötü muamele iddiaları karşısında resmi soruşturma yürütme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. M.C v. Bulgaristan kararının konusu, 15 yaşının altındaki (14 yaş 10 ay) başvurana tecavüz edilmesidir. Bulgaristan’ın ceza mevzuatında tecavüzün suç oluşturması, mağdurun fiziksel direnç gösterdiğine ilişkin bulguların bulunması gerektirmektedir. Diğer taraftan tecavüz iddiası soruşturulurken; başvuranın yaşı dikkate alınmamış, bulunduğu koşullar değerlendirilmemiş, çelişkili ifadeler veren tanıklar yüzleştirilmemiş, olayların vuku bulduğu zaman dilimleri belirlenmemiş, başvuran ve vekili, yalancı tanıklık yaptıkları kişilere soru sorma olanağına sahip olmamışlardır. Bu açıdan hem yasanın kalitesi hem de savcılığın soruşturmasındaki eksikler dikkate alındığında Bulgar hükümetinin olumlu yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar verilmiştir. Üçüncü olarak olumlu yükümlülük yalnız devlet görevlilerinin eylemlerinden doğmaz. Kişiler arasında vuku bulan kötü muamelede, sözleşmeci devlete olumlu yükümlülük getirebilir. **10 Mayıs 2001, 29392/95 sayılı, Z ve Diğerleri v. Birleşik Krallık** başvurusunun konusu küçük yaşta dört çocuğun anne-babası tarafından; en kötü koşullarda, yeterli gıda verilmeden, temel temizlik koşulları ve hiçbir sosyal ilişki sağlanmadan bir evde tutulmalarıyla ilgilidir. Yerel makamlar bu durumdan haberli oldukları halde hiçbir önlem almamışlardır. Bu ihmal, çocukların çektiği acı dikkate alındığında, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muameleyi oluşturacak eşiği aştığını, 3. maddenin ihlalinin olduğu kabul edilmiştir. Devletin sosyal görevlilerinin bu durumdan haberdar olduklarında, çocukları koruma olumlu yükümlülüğü altındaydılar. Devlet ister görevlilerinden isterse özel kişilerden gelsin her türlü kötü muameleyi önleyici hükümleri ceza kanunu ile getirmeli, etkili bir soruşturma ve yaptırım ile söz konusu hükümleri uygulamalıdır.²⁹ Olumlu yükümlülük konusunda ilginç bir uygulamadan bahsetmeliyiz. İstanbul’da polis karakoluna gasp suçu iddiasıyla 15 Ekim 1996 günü getirilen Bayram Duran, ertesi gün sabah 05,00 sularında nezarethanede ölü bulunmuştur. Otopsi raporu ölümün kalp durmasından ileri geldiği yönündedir. Maktulün anne babasının başvurusu(takipsizlik kararına yapılan itiraz üzerine soruşturma başlatılmıştır) üzerine açılan soruşturma ve yapılan yargılama sonunda dört polis memuru; mülga 765 sayılı TCK’nin 448 (kasten adam öldürme); 452/2 (maktulün kalp rahatsızlığının bulunması nedeniyle, failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi nedeniyle cezadan indirim); 463.madde (failin kim olduğu belirlenmeden suçu birlikte işleme nedeniyle indirim) ve 59. madde (takdiri indirim) uygulanarak dört polis memuru 2 yıl 9 ay 10 gün hapse mahkûm edilmişlerdir. Ancak 22 Aralık 2000 günlü Resmi Gazetede yayımlanan 4616 sayılı “29 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Durdurulmasına Dair Kanun” hükümleri uyarınca bu cezalar infaz edilememiştir. Maktulün anne ve babası tarafından

²⁸ Maddenin Türkçe çevirilerde, Fransızca metinden “reconnaitre”, tanımak yüklemi dikkate alınarak “...hak ve özgürlükleri tanınlar” olarak çevrilmiştir. İngilizce metindeki “secure”, sağlamak kullanılırsa, madde daha güçlü bir anlam kazanmaktadır.

²⁹ AİHM’nin 4.03.2004 tarihli M.C.-Bulgaristan kararı; yine 28.10.1998 tarihli Calvelli ve Cigliş- İtalya kararı.

yapılan başvuru üzerine AİHM 8 Nisan 2008 tarihli kararında AİHM: Sözleşmenin 2. ve 3. maddesi devlete etkin soruşturma yaparak faillileri belirlemesi, suçlu bulunmaları halinde sert ve caydırıcı bir şekilde cezalandırma yükümlülüğü getirdiğini açıklamıştır. Polis memurlarına verilen cezaların 4616 sayılı yasa uyarınca infaz edilememesinin Sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri açısından devletin olumlu yükümlülüğünün ihlali olduğunu kabul etmiştir.³⁰

54. Soruşturmanın eksik yapılması veya hiç yapılmaması durumunda 3. maddenin usulden, kötü muamelenin söz konusu olması halinde esastan ihlaline karar verilmektedir. Bazen, iki ayrı ihlal kararı verilmekle beraber, tek bir 3. madde ihlali olarak görüldüğü kararlarda bulunmaktadır. **26 Haziran 2012 tarihli, 41824/05 sayılı, Mustafa Taştan v Türkiye** kararında: başvuranın poliste gözetiminde dövülmesi ve şikâyeti üzerine savcılığın dört yıl sonra dava açmasını, toplam 7 yıl altı ay sonunda beraatle sonuçlanması nedeniyle, esastan ve usulden tek bir ihlal kararı vermiştir.

³⁰ AİHM'nin 2 Nisan 2008 gün ve 42942/02 sayılı Ali ve Ayşe Duran – Türkiye kararı.