

İşkencenin Yasaklanması

**Avrupa
İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
3. Maddesi'nin
uygulanmasına ilişkin
kılavuz**

Aisling Reidy

İnsan hakları el kitapları, No.6

İnsan hakları el kitapları serisi

- > El Kitabı No.1 : **Özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz. Ursula Kilkelly (2001)
- > El Kitabı No.2 : **İfade özgürlüğü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz. Monica Macovei (2001)
- > El Kitabı No.3 : **Adil yargılanma hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz. Nuala Mole ve Catharina Harby (2001)
- > El Kitabı No. 4: **Mülkiyet hakkı .** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.'1 Protokolü'nun 1. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz. Monica Carss-Frisk (2001)
- > El Kitabı No.5: **Kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz. Monica Macovei (2002)
- > El Kitabı No. 6: **İşkencenin yasaklanması.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz. Aisling Reidy (2002)

Bu yayında ifade edilen görüşler yazara aittir ve Avrupa Konseyi'ni herhangi bir sorumluluk altına sokmaz. Söz konusu görüşler, değindikleri hukuki araçlara, üye Devletlerin hükümetleri, Avrupa Konseyi'nin yasal organları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayalı olarak oluşturulmuş herhangi bir organı bağlayıcı güçte bir yorum getirdikleri şeklinde algılanamaz.

Avrupa Konseyi
İnsan Hakları Genel Müdürlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex

Avrupa Konseyi, 2002
Kapak resmi : ICRC/Fred Clarke
Birinci baskı, Temmuz 2002
Almanya'da basılmıştır

İçindekiler

Sözleşmeye Giriş	6
3. Madde'ye Giriş.....	10
3. Maddenin Kapsamı	14
De minimis kuralı	14
Tanım	16
İşkence	16
Yoğunluk	17
Kasıt	20
Amaçlı.....	21
Actus reus	21
İnsanlık dışı ve küçük düşürücü.....	24
Muamele veya ceza.....	26
Sözleşme bağlamında 3. Madde	29

3. Madde'nin değişik bağlamlarda uygulanması.....33

Alıkoyma	33
Tutuklama ve sorgulama.....	34
Alıkoyma koşulları	39
Tıbbi nedenlerle alıkoyma	44
Alıkoymaya ilişkin diğer hususlar	47
Sınır dışı etme	48
Kayıp vakaları.....	50
Ayrımcılık.....	52

3. Madde kapsamındaki pozitif yükümlölükler53

3. Madde kapsamındaki prosedürel haklar	54
Drittwirkung etkisi	54

Kötü muamele iddialarına verilecek tepkiler58

İőkençe iddialarının araştırılması	59
--	----

Soruşturma açılmaması	63
Diğer uluslararası standartlar	66
Tavsiye kararları	66
CPT ile işbirliği ve CPT'nin tavsiyelerine uyulması	67
Adli Tıp	68
Kolluk Kuvvetlerinin davranışı	70
Gerginlik ve çatışma ortamları	71
Risk altındaki gruplar	72
Tahkikat ve yargı süreci	72
Telafi edici önlemler	72

Sözleşmeye Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bundan böyle “AİHS” olarak adlandırılacaktır) 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanmış ve 3 Mayıs 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bugün 2002 yılında¹ kırk üç devlet Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamıştır.

Bu Devletlerin hemen tümünde Sözleşme bir yandan uluslararası hukuk çerçevesinde yasal yükümlülükler doğururken, öte yandan da iç hukukun parçası haline gelmiştir. Bu suretle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuk sisteminin bir parçası olmuştur ve ulusal mahkemeler ile tüm yetkili kamu makamları AİHS hükümlerini uygulamak zorundadır. İç hukuka göre yürütülen davalarda bireyler AİHS metnine ve içtihadına doğrudan rücu edebilirler ve ulusal mahkemeler bunları uygulamak zorunda olur. Ayrıca, mahkemeler de dahil

olmak üzere ulusal makamlar iç hukukun AİHS hükümleri ile çelişmesi halinde AİHS’ne öncelik tanımakla yükümlüdür.

Bu da AİHS’nin genel yapısıyla uyumludur, çünkü AİHS’de yer alan hakların korunmasında birincil ve temel sorumluluk AİHS’ne taraf olan Devletlere aittir. AİHS’nin 1. maddesi uyarınca, AİHS’ne taraf olan her Devlet kendi yetki alanı içinde bulunan herkese AİHS’nde tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlamakla yükümlüdür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, denetim yetkisini kullanarak, Devletlerin uygulamalarını izler.

AİHS’ne taraf olan Devletlerin hukuk sistemleriyle AİHM arasındaki bu ilişki –yetki paylaşımı (subsidiarite) ilkesi- çerçevesinde AİHS’nin ulusal makamlarca uygulanmasıyla Avrupa denetiminin el ele gitmesi sonucunda “takdir hakkı” olarak adlandırılan bir doktrin ortaya çıkmıştır. Takdir hakkı doktrini çoğu zaman ulusal makamların bir konu hakkında

¹ 31 Mayıs 2002 itibarıyla

daha iyi karar verme durumunda olduklarını kabul eder. Bu, özellikle bir meselenin nasıl çözümleneceği hakkında çok çeşitli seçeneklerin bulunması halinde geçerlidir. Ancak, konunun önemine ve üye Devletler genelinde uygulanan ortak standartların bulunmasına bağlı olarak, takdir hakkı farklı şekilde uygulanabilir ve dolayısıyla üye Devletlere tanınan takdir hakkının derecesi de farklı olur.

Bu el kitabının odaklandığı ve işkenceyi yasaklayan 3. Madde kapsamında herhangi bir takdir hakkı bulunup bulunmadığı tartışılabilir.

Ulusal hukuk ve siyaset sistemlerinin AİHS yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için, AİHS'nin sağladığı koruma ve garantilerin bu sistemlerin içine her seviyede yerleştirilmesi gerekir. Özellikle de, yasalar ve yönetmeliklerin hazırlanması, uygulanması ve yürütülmesinden sorumlu olan kişiler AİHS hükümlerini kendi işlevleriyle

birleştirebilmelidir. Bu da ancak AİHS hakkında tam bilgi sahibi olmakla sağlanır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece bir antlaşma metni olmanın çok ötesindedir. AİHS'nin yürürlüğe girmesinden bu yana, kapsamını genişleten ek protokoller kabul edilmiş ve yüzlerce dava AİHS organlarıncaya çözümlenmiştir. Söz konusu organlar, eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("AİHK") ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir ("AİHM").²

AİHS'nin *kapsamının* anlaşılması ve değerlendirilmesi öncelikle AİHM ve AİHK'nun içtihatlarıyla mümkün olmuştur. AİHS'nin koruması altındaki haklarının ihlal edildiğini iddia eden bireylerce yapılan binlerce başvuruyu inceleyen AİHK ve AİHM AİHS'nin hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin bir dizi ilke

² 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 No.'lu Protokol eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nu lağvetmiş ve bugünkü daimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni oluşturmuştur.

ve kural geliştirmiştir. Buna göre, AİHS ile sağlanan korumanın kapsamı ayrıntılı olarak ele alınmış ve AİHS'nin garanti altına aldığı temel hakları yerine getirebilmek için Devlet Taraflarının neler yapması gerektiği belirlenmiştir.

AİHS organlarınca geliştirilen bu içtihat AİHS'nin can damarını teşkil eder ve alınan her karar, hangisinin davalı Devlet durumunda olduğuna bakılmaksızın, AİHS'ne taraf tüm Devletlere eşit olarak uygulanacak standart ve hükümler içerir. Bundan da anlaşılacağı gibi, artık geleneksel medeni hukuk sistemlerinde bile medeni hukuk ile örf ve adet hukuku karışımından oluşan ve içtihada verilen değerin Parlamentolar tarafından kabul edilen yasalarla eşit olduğu bir karma hukuk sistemi uygulanmaktadır.

AİHM'nin işaret ettiği gibi, demokratik bir toplumun değerleri içinde birey olarak insanları korumak için, AİHS'ni "hedef ve amacı"

açısından da anlamak gerekir. Diğer bir deyişle, AİHS hükümleri, sağlanan garantileri *pratik* ve *etkin* kılacak şeklide yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Bu etkinlik ilkesi, AİHS'nin 3. Maddesi'nin uygulanması açısından çok somut sonuçlar doğurur.

AİHS metninin bir başka temel özelliği de yorumunun dinamik olması, yani değişen sosyal değerleri, standartları ve beklentileri yansıtmasıdır. AİHS'nin 3. Maddesine ilişkin bir davayı incelerken AİHM, AİHS'nin günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken canlı bir enstrüman olduğuna işaret etmiştir. Söz konusu davada Mahkeme, ocuk suçlulara yargı yoluyla dayak cezası verilmesinin, 1956 yılında kabul edilebilir olmasına rağmen, 1978'deki AİHS standartları uyarınca artık kabul edilemez olduğu kararına varmıştır.³

³ Tyrer Birleşik Krallığa karşı, 25 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A no.26.

Bir davranış biçiminin AİHS'ne aykırı olup olmadığının tesbitinde AİHM özellikle “bu alanda Avrupa Konseyi üye Devletlerinin ceza politikalarında cereyan eden gelişmeler ve genel kabul gören standartlardan etkilenmemelik edemeyeceği” hususunu vurgulamıştır.⁴

Buna göre, AİHM tüm üye Devletlerde gerçekleşen değişimler ve standartların örtüşmesinden etkilenir (ve etkilenmelidir). Bu el kitabının amacı, işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamelenin yasaklanmasına, AİHS'nin 3. Maddesi ile getirilen yükümlülükler çerçevesinde riayet edilmesinin sağlanması konusunda yargıç ve savcılara yardımcı olmaktır. Bunu yapabilmek için önce kendi kendini açıklayan bu hükmün iyice anlaşılması ve yukarıda bahsi geçen içtihat hukuku ve yorumsal ilkelerin birleştirilmesiyle, garanti uygulamasının yargı sisteminin uygulayıcıları açısından hem pratik, hem de hukuki olarak ne anlam taşıdığı saptanması gerekir.

⁴ Ibid., sayfa 15.

3. Madde'ye Giriş

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sıklıkla tekrarladığı gibi, "3. Madde demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermektedir." AİHS'nin 3. Maddesine göre

Hiç kimse işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleye veya cezaya maruz bırakılmayacaktır.

AİHS'nin 3. Maddesi, on beş kelimelik metniyle AİHS'nin en kısa hükümlerinden birini teşkil eder.⁵ Ancak, metnin kısa olması taşıdığı anlamın derinliğini azaltmaz. Ulusal makamlar bu hükmeye karşı saygılı olmanın ve uygulamanın taşıdığı anlam karşısında ilgisiz veya lakayt kalamazlar.

⁵ 2 No.'lu Protokolün 4. Maddesi uyarınca "Yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasaktır". Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ekindeki Protokollerin en kısa maddesi budur.

Güvenilir kaynaklar raporlarında işkence uygulamasının dünyanın dört bir yanında ne yazık ki hala devam ettiğini sürekli olarak bildirmelerine rağmen, işkence yalnızca AİHS'nin içeriğinde bulunan bir yasak olmayıp, aynı zamanda uluslararası hukukun da bir parçasıdır ve *jus cogens* olarak kabul edilmektedir.

İşkence belasıyla mücadele edebilmek için geniş bir uluslararası norm yelpazesi mevcuttur: "Hiçkimse işkence veya acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya tabi tutulamaz" hükmünü içeren 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 5. Maddesinden tutunuz, sivillere karşı kapsamlı veya sistemli bir saldırı unsuru olarak uygulanan işkencenin bir insanlık suçu olduğunu tespit eden 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsüne kadar pek çok norm bulunmaktadır.

Avrupa Konseyi üye Devletlerinin çoğu, AİHS'nin yanı sıra aşağıda belirtilen ve tümü işkenceyi yasaklayan antlaşmaların da tarafıdır:⁶

- 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi
- 1966 tarihli BM Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Madde 7:
“Hiç kimse işkence veya acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya tabi tutulamaz”
- 1948 tarihli BM İşkence ve diğer Acımasız, İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi (CAT)
- 1987 tarihli Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi

İç hukuk sistemlerinin hemen tümünde de işkence yasağı bulunmaktadır.

İşkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının Anayasa düzeyinde kabul edilmesi, bu gibi yasak davranışların bir üye devletin yetki alanında uygulanmamasının temini açısından önemli bir unsurdur. Ancak, işkence yasağı tek başına AİHS'nden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için yeterli değildir ve bu gibi yasaklayıcı hükümlerin üye devletlerin hukuk sistemlerinde yer almasına rağmen, 3. Madde pek çok kez ihlal edilmiştir.

Ayrıca, 3. Madde'nin genelde işkence ile mücadele nedeniyle uygulandığını iddia etmek de yanıltıcı olur. Hiç şüphesiz, gerçek işkence örnekleri 3. Madde'nin en ağır ve en yoğun şekilde ihlal edilmesidir, ancak 3. Madde'nin getirdiği koruma insan onuruna ve fiziksel bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı da kapsar. Yukarıda belirtildiği gibi, AİHS'nin can

⁶ Avrupa Konseyi Sözleşmelerinin imza ve onay süreçleri için bkz. <http://conventions.coe.int>. Birleşmiş Milletler Antlaşmaları için bkz. <http://untreaty.un.org>.

damarını teşkil eden asıl unsurlar içtihat hukuku ve uygulamadır ve söz konusu içtihat hukuku gözden geçirildiğinde 3. Madde’de yer alan yasağın ne kadar geniş kapsamlı olduğu ve pratik uygulamanın nasıl olması gerektiği anlaşılır.

3. Madde’nin ihlal edildiği iddialarına yol açan fiili durumlar arasında polis tarafından gözaltına alınan kişilere kötü muamele uygulandığı veya gözaltı koşullarının insanlık dışı veya küçük düşürücü olduğu yolundaki şikayetler ve üçüncü bir ülkeye gönderilmek üzere sınır dışı edilen kişilerin o ülkede insanlık dışı muameleye maruz kalacakları yolunda şikayetler ve mahkemelerin mağdurları diğer özel kişilerin istismarına karşı koruyamadığı yolundaki şikayetler bulunmaktadır.

Vakaların çeşitliliği 3. Madde’nin kapsamı hakkında, daha sonra inceleyeceğimiz birtakım noktaları ortaya çıkarmaktadır :

- İlk olarak, 3. Madde kapsamına giren çok geniş bir davranış türü veya spesifik fiil yelpazesi bulunmaktadır.
- Bu nedenle, 3. Madde’yi ihlalden sorumlu olabilecek kişiler de çok çeşitlidir.....
- Spesifik davranış veya fiillerin 3. Madde’yi ihlal edip etmediği hem objektif, hem de sübjektif testlerle saptanmalıdır.
- 3. Madde hem içeriksel unsurları, hem de işkence ve diğer insanlık dışı muamele iddialarının ilk bakışta soruşturulması yükümlülüğü gibi prosedüre ilişkin unsurları da içerir.
- 3. Madde hem kötü muamelenin kasti olarak uygulanmasıyla, hem de spesifik girişimde bulunmamak veya ihmal etmek veya yeterli itina kıstaslarını sağlamamak suretiyle ihlal edilir.
- 3. Madde hem negatif hem de pozitif yükümlülükler getirir: yani belli eylemlerden kaçınmak yükümlülüğü ve bireylerin haklarının güvence altına

alınması ve kişilerin yasaklanmış muameleye karşı korunması için pozitif girişimlerde bulunmak yükümlülüğü.

3. Maddenin Kapsamı

De minimis kuralı

Her türlü kaba ve sert muamele 3. Madde kapsamına girmez. Baştan beri AİHM, kötü muamelenin 3. Madde kapsamına girebilmesi için belli bir asgari şiddet düzeyinde olması gerektiğini açıkça belirtmiştir.⁷ Ancak, sert ve kaba muamele ile 3. Madde'nin ihlal edilmesi arasındaki sınırı saptamanın zaman zaman zor olabileceği de kabul edilmektedir.⁸

3. Madde ile ilgili ilk davalardan olan *İrlanda Birleşik Krallığa karşı* başlıklı davada⁹ AİHM asgari şiddet düzeyinin değerlendirilmesinin göreceli olabileceğini açıkça belirtmiştir: her şey

⁷ Cruz Varas ve diğerleri İsveç'e karşı, 20 Mart 1991 tarihli karar, Seri A no.201, s. 31, §83.

⁸ McCallum Birleşik Krallığa karşı, 4 Mayıs 1989 tarihli Rapor, Ser. A no.183, s.29.

⁹ İrlanda Birleşik Krallığa karşı, 18 Ocak 1978, Seri A, no.25

muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkiler ve bazı durumlarda, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi dava ile ilgili tüm koşullara bağlıdır.¹⁰ Bu sözler AİHM'nin içtihadında sürekli olarak tekrarlanmıştır.¹¹ Soering'de AİHM yukarıda sayılan faktörlerin yanı sıra, şiddetin “muamele veya cezanın niteliği ve kapsamı, uygulamanın şekli ve yöntemi gibi davaya ilişkin tüm koşullara bağlı” olduğunu eklemiştir.¹²

Strasbourg sisteminde geçmişte kabul edilemez muamele olarak addedilen uygulamaların bir

¹⁰ Ibid., § 162.

¹¹ Bkz. Diğer makamların yanı sıra, İrlanda Birleşik Krallığa karşı, s. 65; ve daha yeni bir dava olan Tekin Türkiye'ye karşı, 9 Haziran 1998 tarihli karar, AİHM 1998-IV, § 52; Keenan Birleşik Krallığa karşı, 3 Nisan 2001 tarihli karar, § 20; Valasinas Litvanya'ya karşı, 24 Temmuz 2001 tarihli karar, § 120; ve özellikle işkence ile ilgili olan Labita İtalya'ya karşı, 6 Nisan 2000 tarihli karar, AİHM 2000-IV, § 120.

¹² Soering Birleşik Krallığa karşı, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A no.161, § 100.

yerden diğere farklılık gösterebileceği görüşü benimsenmiştir. AİHK bu konuda şu saptamayı yapmıştır:

*Bazı tanıkların verdikleri ifadelerden, hem polis, hem de askeri yetkililer tarafından alıkonulan kişilere uygulanan muamelede belli bir sertlik olmasının alıkonulan kişilerce çoğunlukla tahammül hatta kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, mahkumlar ve kamu oyu tarafından fiziksel şiddetin hangi noktaya kadar acımasız veya aşırı olarak algılanmayacağı, farklı toplumlar ve hatta aynı toplumun farklı katmanlarına göre değişebileceği gerçeğini vurgulamaktadır.*¹³

Gerçekten de, farklı toplumlar ve hatta aynı toplumdaki farklı bireyler neyin kötü muamele olduğu konusunda farklı algılamalara sahiptir. Örneğin, dini veya kültürel inançlar dikkate

¹³ Yunan Davası, 5 Kasım 1969, YB XII, s. 501.

alındığında, kadınlara veya çocuklara yönelik spesifik muamele bazı gruplarca daha vahim olarak algılanabilmektedir. Belli bir muamelenin bir kişi üzerinde yaratacağı psikolojik etkinin derecesi, çoğu zaman o kişinin kültürüne bağlı olabilir.

Ancak, kötü muamele ve 3. Madde ile getirilen koruma konusunda, standart ve uygulamalar arasında artan bir örtüşme olduğu ve bunun asgari eşiğin değerlendirilmesinde çok daha büyük bir objektifliğe yol açtığı aşikardır.¹⁴ Daha sonra ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Avrupa İşkence'yi Önleme Komitesi (CPT)'nin çalışmaları, alıkonulan kişilere yönelik muamele alanında önemli katkılar sağlamıştır.

¹⁴ Özellikle her türlü gözetim altındaki kişiye uygulanacak muamele konusunda kabul edilen ortak standartların oluşması, en iyi Avrupa İşkence'yi Önleme Komitesi (CPT)'nin raporlarında ve en doğru uygulamalar konusundaki rapor ve tavsiyelerinde yansımaktadır. CPT raporları için bkz. <http://www.cpt.coe.int/> ve özellikle CPT'nin Genel Raporlarındaki "Temel" bölümler.

Tanım

3. Madde’de yer alan üç geniş yasak alanı birbirinden farklı, ama yine de birbiriyle bağlantılı olarak tanımlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun Yunan Davası’nda belirttiği görüş şöyledir :

Bu tanımların tamamına uyan muameleler olabileceği açıktır, çünkü her işkence olayı insanlık dışı ve küçük düşürücüdür; ve her insanlık dışı muamele de aynı zamanda küçük düşürücüdür.

Hangi tür muamelenin yasak olduğunu ve o muamelenin nasıl sınıflandırıldığını anlayabilmek için, 3. Madde’de adı geçen her kavramın hukuki boyutunun da anlaşılması gerekir. 3. Madde 5 ayrı unsura ayrılabilir:

- işkence
- insanlık dışı

- küçük düşürücü
- muamele
- ceza

İşkence

Bir hukuk kavramı olarak işkencenin kendisine özgü farklı bir hukuki boyutu vardır. AİHM’nin belirttiği görüşe göre, AİHS’ni hazırlayanların hem “işkence”, hem de insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele” terimlerini kullanmaktaki amaçları ikisi arasında kesin bir ayırım yapmaktır.¹⁵

AİHM’nin görüşüne göre, asıl amaç çok ciddi ve acımasız eziyet niteliğindeki kasıtlı insanlık dışı muameleyle özel olarak dikkat çekmektir.¹⁶ Bu bağlamda AİHM Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1975 tarihinde kabul ettiği

¹⁵ Ibid. s.186. Bkz. Daha güncel Dikme Türkiye’ye karşı davası, 11 Temmuz 2000 tarihli karar, § 93.

¹⁶ Ibid., § 167.

3452 (XXX) sayılı Karar'ın 1. maddesine atıfta bulunmuştur. Anılan madde şöyledir:

İşkence acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şeklidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, muamele veya cezayı işkence olarak belirleyen unsurları tanımlamakla birlikte, bu kavramın tam olarak ne anlama geldiğini hiç tanımlamaya çalışmamıştır. Buna karşılık, 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nde yer alan tanımı kısmen onaylamıştır.¹⁷ Anılan Sözleşme'nin 1. maddesi şöyledir:

Kendisinden veya üçüncü bir kişiden bilgi veya itiraf elde etmek, kendisinin veya üçüncü bir kişinin işlediği veya

işlediğinden şüphe edilen bir suç için cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi sindirmek veya baskı altında tutmak amacıyla veya her türlü ayırıcılığa dayalı nedenlerle bir kişiye kasıtlı olarak ister fiziksel, ister ruhsal olarak şiddetli acı verilmesi veya eziyet yapılması eylemi işkencedir.
(ilave vurgu)

Bu tanımdan, işkence teşkil eden üç ana unsur çıkartılabilir :

- şiddetli ruhsal acı veya eziyet uygulanması
- acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanması
- bilgi almak, cezalandırmak ve sindirmek gibi belirli bir amacın izlenmesi

¹⁷ Özellikle Bkz. Akkoç Türkiye'ye karşı , 10 Ekim 2000 tarihli karar, § 115; Salman Türkiye'ye karşı, 27 Haziran 2000 tarihli karar, § 114.

Yoğunluk

AİHM, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın “yapılan eziyetin yoğunluğundaki fark” temelinde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yapılan eziyetin şiddeti veya yoğunluğu aşağıdaki faktörler kıstas alınarak değerlendirilebilir :

- süre
- fiziksel ve ruhsal etkiler
- mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu
- muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi

Bu kıstasların, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi sübjektif unsurları belli bir muamelenin yoğunluğunun değerlendirilmesi açısından önemlidir. Ancak, bir eylemin işkence olup olmadığının değerlendirilmesinde, bu gibi göreceli faktörlere atfedilen önem minimal olmalıdır.

Kişinin erkek ya da kadın olmasına veya beden yapısının güçlü ya da zayıf olmasına bakılmaksızın, objektif ölçülerde yeterli şiddette acı veren eylemler işkence olarak kabul edilecektir. AİHM bu hususu *Seloumi*¹⁸ davasında kabul etmiş ve söz konusu olayda uygulanan muamelenin yalnızca şiddet içermekle kalmadığı, fiziksel gücü ne olursa olsun herkes için iğrenç ve küçük düşürücü olduğunu saptamıştır.¹⁹

AİHS organlarının bir işkence iddiasını ele almak durumunda kaldıkları ilk dava, devrin Yunan askeri cuntasının bazı eylemleri nedeniyle Yunanistan’a karşı başka bir üye Devletin açtığı dava olmuştur. Devrin Yunan Hükümeti yapılan incelemeyi hemen sonra AİHS’ni geçersiz ilan ettiğinden, iddiaları araştıracı tek kurum AİHK idi. Yine de AİHK *falaka*, ağır dayak, elektrik şoku verilmesi, sahte infaz ve mağdurları

¹⁸ Seloumi Fransa’ya karşı, 28 Temmuz 1998 tarihli karar, AİHM 1999-V.

¹⁹ Ibid. § 103

kurşuna dizme ve öldürme tehditleri gibi uygulamalar yapıldığını saptadı. ²⁰Bir üye devletin diğerine karşı açtığı başka bir dava olan İrlanda Birleşik Krallığa karşı davasında AİHK “şaşırtma” veya “duyusal algılamadan yoksun bırakma” teknikleri olarak adlandırılan “beş tekniğin” birlikte kullanıldığını oybirliğiyle saptamış ve bunların hem insanlık dışı muamele, hem de işkence uygulaması teşkil ettiğinden, 3. Madde’nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Sözü edilen “beş teknik” şunlardı:

- duvara dayalı durdurma: alıkonulan kişileri birkaç saat süreyle “stres pozisyonunda” kalmaya zorlamak; bu uygulamaya maruz bırakılanlar pozisyonu şöyle tarif etmektedir : “parmaklar başın üzerinde duvara dayalı, bacaklar açık ve ayaklar geride, beden ağır”

yoğunlukla parmaklarda olmak üzere, ayak parmak uçlarının üstünde durarak duvara yapışık kalmak”;

- başa torba geçirme: alıkonulan kişilerin başına siyah veya lacivert renkli torba geçirmek ve en azından ilk saatlerde, sorgulama hariç, başlarını açmamak;
- gürültüye maruz bırakma: alıkonulan kişileri sorgu öncesinde sürekli ve tiz bir tıslama sesinin olduğu bir odada tutmak;
- uykusuz bırakmak: alıkonulan kişileri sorgu öncesinde uykusuz bırakmak;
- yiyecek ve içecekten yoksun bırakmak: merkezde kaldıkları sürece ve sorgu öncesinde alıkonulan kişilere kısıtlı diyet uygulamak.

²⁰ Yunan Davası, 5 Kasım 1969 tarihli Komisyon raporu, Yıllık 12.

Ancak, AİHM AİHK'nun görüşüne katılmamış ve oy çokluğuyla aldığı kararda uygulanan muameleyi işkence yerine, insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir. AİHM, beş tekniğin bir arada, taammüden ve saatler boyunca uygulanması sonucunda, bu muameleye maruz tutulan insanlara en azından yoğun fiziksel ve ruhsal eziyet yapıldığı ve sorgulama sırasında akut psikiyatrik bozukluklar oluştuğunu saptamıştır. Dolayısıyla, bu tür uygulama 3. Madde kapsamında insanlık dışı muamele olarak sınıflandırılmıştır. Uygulanan teknikler aynı zamanda mağdurlarda korku, dehşet ve aşağılık duyguları oluşturduğu, bu nedenle onları küçük düşürücü ve alçaltıcı olabileceği ve muhtemelen fiziksel veya moral dirençlerini kırabileceği için, küçük düşürücü muamele olarak da kabul edilmiştir. Ancak, bu uygulamaların hiçbirisi işkence kelimesinin çağrıştırdığı *nitelikte yoğun ve acımasız eziyet* oluşturmamaktadır.

Kasıt

Evvelce de belirtildiği üzere, AİHM'nin kullandığı işkence tanımına göre, işkencenin bir diğer özelliği de *kasıt* içeren bir insanlık dışı muamele türü olmasıdır. *Aksoy Türkiye'ye karşı* davasında, bir kişinin işkence gördüğüne dair ilk yargısal saptamada AİHM “bu muamele ancak kasten yapılmış olabilir” demiştir. AİHM görüşünü açıklamaya devamla şu saptamada bulunmuştur : “bu muameleyi uygulayabilmek için belli bir hazırlık ve çaba gerekmiştir.” Söz konusu muamele, mağdurun kolları sırtında arkadan bağlı olarak havada asılı tutulduğu ‘Filistin askısı’ dır.²¹

Daha yakın dönemdeki *Dikme Türkiye'ye karşı* davasında, AİHM yine mağdura yönelik muamelenin “en hafif ifadeyle çok sayıda darp ve buna benzer diğer işkence şekilleri”nden oluştuğunu saptamıştır. AİHM, bu muamelenin Devlet görevlileri tarafından görevlerinin yerine

²¹ Aksoy Türkiye'ye karşı, 18 Aralık 1996 tarihli karar, AİHM 1996-VI, Cilt 26, § 64.

getirilmesi sırasında kasten Bay Dikme'ye uygulandığı görüşündedir.²²

Amaçlı

İşkence kelimesi genelde bilgi veya itiraf elde etmek veya ceza uygulamak gibi, amaçlı bir insanlık dışı muameleyi tarif etmek için kullanılır. AİHM kasıt unsurunun 1987 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde yer alan işkence tanımında da kabul edildiğine ve bu tanımda işkencenin bilgi almak, ceza vermek veya sindirmek gibi amaçlarla kasıtlı olarak şiddetli acı veya eziyet uygulanması olarak algılandığına çeşitli vesilelerle dikkat çekmiştir. Dikme davasında AİHM kötü muamele uygulamasının Bay Dikme'nin işlediğinden şüphe edilen suçlara ilişkin olarak bir itiraf veya bilgi almak amacıyla yapıldığını kaydetmiştir.²³ Gözaltındaki kişilere işkence yapılmasına ilişkin diğer davalarda AİHM aynı şekilde, yapılan

²² Dikme, op. cit., §§ 79 ve 95.

²³ Akkoç, op.cit., § 95. Dikme, op. cit. § 95.

muamelenin sorgulama kapsamında bir itiraf veya bilgi almak amacıyla uygulandığı sonucuna varmıştır.²⁴

Actus reus

AİHM'nin işkence uygulandığı sonucuna vardığı ilk dava olan *Aksoy Türkiye'ye karşı* davasında mağdur "Filistin askısına" alınmıştı. Diğer bir deyişle, çırılçıplak soyulmuş, kolları sırtında arkadan bağlanmış olarak kollarından havada asılı tutulmuştu. Bu uygulama sonucunda mağdurun her iki kolu da felç olmuş ve felç hali bir süre devam etmişti. Bu uygulamanın ciddiyet ve acımasızlığı AİHM'ni bu muameleyi işkence olarak tanımlamaya sevk etmişti.

Aydın Türkiye'ye karşı davasında, diğer iddiaların yanı sıra, gözaltındaki kadının polis tarafından alıkonulduğu sırada tecavüze uğradığı

²⁴ Bkz. Akkoç Türkiye'ye karşı, 18 Aralık 1996 tarihli karar, AİHM 1996-VI; ve Akkoç ve Salman, op.cit.

ileri sürülmüştü. Tecavüze ilişkin delillerin bulunması üzerine, Mahkeme şu saptamada bulunmuştur :

bir Devlet görevlisinin gözetimindeki bir kişiye tecavüz etmesi, kurbanının içinde bulunduğu zayıf ve dirençsiz konumu tecavüz suçlusunun ne kadar kolaylıkla kötüye kullanabileceği dikkate alındığında, kötü muamelenin özellikle vahim ve dehşet verici bir örneği olarak algılanmalıdır. Dahası, tecavüz kurbanın üzerinde diğer fiziksel ve ruhsal şiddet türlerine kıyasla zamanın onarıcı etkisine çok daha az cevap veren derin psikolojik izler bırakır. Başvurucu ayrıca zorla duhul sırasında akut fiziksel acı duymuştur ve bu durum onun kendisini hem fiziksel, hem de duygusal olarak aşağılanmış ve tecavüze uğramış hissetmesine yol açmıştır.

AİHM tecavüzün 3. Madde'nin ihlali olan işkence olarak değerlendirilmesine karar vermiştir.

Selmouni Fransa'ya karşı davasında başvurucu, Fransa'da tutuklu bulunan Hollanda ve Fas uyruklu bir kişiydi. Başvurucu neredeyse tüm bedenini kaplayan çok sayıda yoğun darbeye maruz kalmıştı. Saçlarından çekilerek sürüklenmiş; iki yanda kendisine çelme takmak üzere dizilmiş polis memurlarının oluşturduğu koridor boyunca koşmaya zorlanmış; genç bir kadının önünde diz çökmeye zorlanmış ve bu sırada birisi “bak şimdi birinin şarkı söylediğini duyacaksın” demiş; üzerine işenmiş ve önce bir kaynak lambası, sonra da şırınga ile tehdit edilmişti.²⁵

Yukarıda belirtildiği gibi, AİHM bu muamelenin yalnızca şiddet içermekle kalmayıp, aynı zamanda *fiziksel durumu ne olursa olsun* herkes

²⁵ Op. cit., § 103

için iğrenç ve küçük düşürücü olduğunu kaydetmiştir. Bu davada muamelenin süre unsuru ile yukarıda sayılan uygulamaların polisteki alıkonulma süresinin herhangi bir bölümü ile kısıtlı kalmayıp, sorgulamanın devam ettiği birkaç gün boyunca sürekli tekrarlanan bir saldırı şeklinde olduğu ve bunun durumu daha da vahimleştirdiği dikkate alınmıştır.

*AİHM'nin bulgularına göre başvurusunun kişiliğine karşı bir bütün olarak uygulanan fiziksel ve ruhsal şiddet "ağır" bir acı ve eziyet teşkil ettiğinden, özel bir vahamet ve acımazlık örneğidir. Bu gibi muamele, AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında işkence olarak kabul edilmelidir.*²⁶

Akkoç Türkiye'ye karşı davasında mağdura yapılan diğer kötü muamelenin yanı sıra, elektrik şok verilmiş, sıcak ve soğuk su püskürtülmüş,

başına darbeler vurulmuş ve çocuklarına kötü muamele yapılacağı yolunda tehditlerde bulunulmuştu. Bu muamele sonucunda başvuru uzun süre anksiyete ve güvensizlik semptomları geliştirmiş, travma sonrası stres bozukluğu teşhisiyle ilaç tedavisi görmesi gerekmiştir. Aynı *Selmouni* davasında olduğu gibi, AİHM başvurusunun maruz kaldığı kötü muamelenin şiddeti ve içinde bulunduğu genel koşulların işkence bulgusu için yeterli gerekçe olduğunu kaydetmiştir.

Dikme Türkiye'ye karşı davasında Bay Dikme'ye vurulan darbeler hem fiziksel, hem de ruhsal acı ve eziyet vermiş, ayrıca mağdurun tamamen tek başına ve gözleri bağlı olarak tutulması durumu daha da vahimleştirmişti. Bu nedenle, AİHM Bay Dikme'ye yapılan muamelenin kendisinde korku, anksiyete ve hassasiyet duyguları yaratarak, aşağılanıp alçalmasına, direncinin ve iradesinin kırılmasına yol açtığını saptamıştır. AİHM ayrıca muamelenin süresini de dikkate almış ve bu muamelenin mağdura poliste tutulduğu süre

²⁶ Ibid. § 105

boyunca devam eden uzun sorgulama seanslarında uygulandığını kaydetmiştir. Bilgi almak amacıyla uygulanan muamelenin içerdiği kasıt unsurunu da göz önüne alan AİHM, başvurucuya uygulanan şiddetin, bir bütün olarak ve amaç ve süresi de dikkate alındığında,

fevkalade vahim ve acımasız olduğu ve “ağır” bir acı ve eziyete sebep olabileceği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, anılan muamele Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamında taşıdığı anlam uyarınca, işkence olarak kabul edilmiştir.

İnsanlık dışı ve küçük düşürücü

Yeterli yoğunluk ve amaç unsuru taşımaması nedeniyle işkence addedilmeyen kötü muamele insanlık dışı veya küçük düşürücü olarak sınıflandırılacaktır. 3. Madde ile ilgili tüm değerlendirmelerde olduğu gibi, bu kıstasın değerlendirilmesi de görecelidir.²⁷

²⁷ Bkz. Diğer makamların yanı sıra, Tekin Türkiye’ye karşı, 9 Haziran 1998 tarihli karar, AİHM 1998-IV, § 52.

Yunan davasında AİHM şu saptamayı yapmıştır :

insanlık dışı muamele kavramı, uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve kasti olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsar.

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. İnsanlık dışı muameleyle çoğunlukla gözaltı koşullarında rastlanmaktadır. Burada alıkonulan kişiler şiddetli kötü muameleyle maruz kalmakla birlikte, bu muamelenin yoğunluğu işkence olarak sınıflandırılmak için yeterli düzeyde değildir.

İnsanlık dışı muamele gözaltı koşullarının dışında kalan ve mağdurları sıkıntıya düşüren

kasıtlı ve acımasız bir dizi başka davranışı da kapsar. Bay Asker, Bn. Selçuk, Bn. Dulas ve Bay Bilgin'in davalarında, başvuruçuların evleri o bölgede operasyon düzenleyen güvenlik güçleri mensuplarınca tahrip edilmişti. Hem AİHK hem de AİHM evlerin tahrip edilmesinin, barınaksız kalan ve bu nedenle sıkıntı ve eziyet içine düşen başvuruçuların güvenlik ve refahını tamamen gözardı eden kasıtlı bir tahrip ve şiddet eylemi olduğu sonucuna varmıştır.²⁸ Bu muamele AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir.

Küçük düşürücü muamele ise, mağdurlarda korku, anksiyete ve aşağılık duygusu yaratan ve onları küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikte olan muameledir. Küçük düşürücü muamele kapsamında, mağdurların fiziksel veya moral

direncini kırmaya yönelik uygulamalar²⁹ veya mağduru iradesi veya vicdanı hilafına hareket etmeye yönelten uygulamalar³⁰ da bulunur.

Bir ceza veya muamelenin 3. Madde kapsamında taşıdığı anlama göre “küçük düşürücü” olup olmadığının saptanmasında dikkate alınması gereken hususlar, söz konusu ceza veya muamelenin *amacının* ilgili kişiyi küçük düşürmek veya alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları itibarıyla mağdurların kişiliğini 3. Madde ile uyuşmayan bir olumsuzlukta etkileyip etkilemediğidir.³¹ Yine de, böylesi bir amacın bulunmaması, 3. Madde'nin ihlal edildiğinin saptanmasına engel teşkil etmez.

Bir kişinin küçük düşürücü bir muameleye tabi tutulup tutulmadığının değerlendirilmesi daha

²⁸ Selçuk ve Asker Türkiye'ye karşı, 24 Nisan 1998 tarihli karar, AİHM 1998-II, s.19, §78; Dulas Türkiye'ye karşı, 30 Ocak 2001 tarihli karar, §55; Bilgin Türkiye'ye karşı, 16 Kasım 200 tarihli karar, §103.

²⁹ İrlanda Birleşik Krallığa karşı, s.66, §167.

³⁰ AİHK'nun Yunan davasına ilişkin görüşü, Bölüm IV, s.186.

³¹ Ranninen Finlandiya'ya karşı, 16 Aralık 1997 tarihli karar, AİHM 1997-VIII, s.2821-22, §55.

sübjektif olduğu için, bir muamelenin küçük düşürücü olup olmadığının değerlendirilmesinde

mağdurun yaşı ve cinsiyeti gibi göreceli faktörler, insanlık dışı muamele veya işkence değerlendirmesine kıyasla daha önemli olabilir. Bu bağlamda, AİHM mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde küçük düşürülmesinin yeterli olabileceği görüşünü savunmuştur.

AİHM'nin incelediği davalardan birinde³² 15 yaşındaki bir erkek çocuğu huş ağacından yapılmış falaka sopası ile üç kez dayak cezasına çarptırılmıştı. Başvurucunun pantolonu ve iç çamaşırı indirilerek bir masanın üstüne eğilmesi sağlanmış ve iki polis memuru kendisini tutarken, üçüncü bir polis memuru cezayı uygulamaya başlamıştı ve ilk darbeye sopa kırılmıştı. Başvurucunun babası kendisini kaybederek üçüncü darbeden sonra polislerden

³² Costello-Roberts Birleşik Krallığa karşı, Seri A no.247-C,s.59,§ 30.

birine “saldırmış” ve sakinleştirilmesi gerekmişti. Falaka sopası başvurucunun derisini tahriş etmiş, ama yara açmamıştı ve olaydan sonraki bir buçuk hafta acı çekmesine neden olmuştu.

Mahkeme bu cezanın içerdiği küçük düşürme derecesinin “küçük düşürücü ceza” kavramına uyan düzeyde olduğu sonucuna varmıştır.

Bir cezanın 3. Madde kapsamında “küçük düşürücü” ceza olarak değerlendirilmesinde, o cezanın başkalarının önünde uygulanması gibi faktörlerin de katkısı olmakla birlikte, başkalarının önünde uygulanmamış olması bir cezanın yine de bu kategoriye girmesini engellemez.

Muamele veya ceza

3. Madde ile çatışan davranış veya eylemlerin çoğu “muamele” olarak sınıflandırılabilir. Ancak,

bazı durumlarda mağdura bir tür ceza uygulandığı açıktır ve bu cezanın insanlık dışı mı yoksa küçük düşürücü mü olduğu saptanmalıdır.

Her ne kadar cezalandırılmanın başlı başına bir küçük düşürülme unsuru içerdiği ileri sürülse de, yargı yoluyla verilen cezanın genelde, kaçınılmaz olarak içerdiği küçük düşürme unsuru nedeniyle, 3. Madde kapsamında “küçük düşürücü” olduğunu iddia etmek akıl dışı olur. AİHM haklı olarak bazı diğer kıstasların da bulunmasını gerekli görmektedir. “İnsanlık dışı” ve “küçük düşürücü” cezaları açıkça yasaklamakla 3. Madde gerçekten bu gibi cezalarla genel anlamdaki cezaları birbirinden ayırmaktadır.

Bu nedenle, küçük düşürücü muamelenin yasaklanması, verilen hüküm ne kadar ağır olsa da, normal yargı hükümlerini etkilemez. AİHM ancak istisnai durumlarda ağır bir yargı hükmünün 3. Madde kapsamında değerlendirilebileceğini kaydetmiştir. İşte bu noktada Devletlerin mahkumlara ne “ceza”

verileceği konusunda belli bir takdir hakkına sahip oldukları iddia edilebilir. Yine de, yukarıda gördüğümüz gibi, 1978 yılında AİHM Birleşik Krallık’da uygulanan ve yargı yoluyla çocuk suçlulara dayak cezası verilmesi sisteminin 3. Madde’yi ihlal ettiği hükmüne varmıştır.

AİHM’nin bu karara varmasının nedeni, yargı yoluyla verilen *dayak* cezasının doğasında bir insanın diğer bir insana fiziksel şiddet uygulamasının bulunmasıdır. Ayrıca, AİHM bunu kurumsallaştırılmış bir şiddet, yani yasa yoluyla izin verilen ve Devletin yargı organlarının talimatıyla Devletin polis teşkilatı tarafından uygulanan şiddet olarak kabul etmiştir. AİHM’nin görüşüne göre, cezayı çevreleyen resmi prosedür atmosferi ve cezayı uygulayanların suçlu için tamamen yabancı kişiler olması şiddetin kurumsal niteliğini daha da yoğunlaştırmaktadır.

Dolayısıyla, uygulanan ceza her ne kadar başvuru üzerinde kalıcı fiziksel etkiler

yaratmamış olsa da, cezanın uygulanması sırasında yetkili makamların elinde bir nesne olarak kullanılması, suçlunun haysiyetine ve fiziksel bütünlüğüne karşı bir saldırı oluşturmaktadır.

Benzer şekilde, okullarda dayak cezasının uygulanması da küçük düşürücü olarak kabul edilmiştir. O davada AİHK'nun görüşüne göre, başvurucauya uygulanan ceza o kadar ağır derecede fiziksel yaralanma ve küçük düşürülmeye neden olmuştur ki, AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında küçük düşürücü muamele ve ceza olarak değerlendirilmelidir. AİHK, bu kötü muameleden Devletin sorumlu olduğunu, zira bu cezanın İngiliz hukuk sisteminde onaylandığını ve yeterli bir telafi imkanı da bulunmadığını kaydetmiştir.³³

3. Madde'nin koruma şemsiyesine giren bir diğer kurumsallaşmış muamele alanı da zorunlu tıbbi

³³ Y Birleşik Krallığa karşı, 8 Ekim 1991, Seri A no.247-A; 17 AİHM 233.

müdahalelerdir. Ancak, AİHM bu gibi müdahalenin kabul edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde “yerleşik tıbbi uygulamaların” emsal teşkil edeceğine işaret etmiştir. Kabul edilen genel kurala göre, tedavi açısından gerekli olan bir müdahale insanlık dışı veya küçük düşürücü olarak değerlendirilemez.³⁴

Hiç şüphesiz, AİHM'nin üstlendiği denetim rolü çerçevesinde, tıp gibi bilgi sahibi olmadığı bir bilim alanına girmek istememesi anlayışla karşılanmalıdır. Ulusal Mahkemeler de bu alana müdahale söz konusu olduğunda temkinli davranırlar. Yine de, ulusal düzeyde görev yapan yargıç ve savcılarının bu alana dikkat etmeleri, bu alandaki ulusal içtihadı ve uygulanacak standartlar arasında ortaya çıkan örtüşmeleri izlemeleri tavsiye edilebilir. Hastalara, özellikle de psikiyatrik hastalara ve hasta konumundaki alıkonulan kişilere uygulanacak tedaviye yönelik asgari standartlar konusunda kabul edilen karar

³⁴ Herczegfalvy Avusturya'ya karşı, 24 Eylül 1992, Seri A no.24, § 82.

ve tavsiyeler ile yürürlükteki normların sayısı giderek artmaktadır.³⁵

Tıbbi tedaviye ilişkin dini inançlar ve ötanazi gibi konulara odaklanan güncel tartışmalarda, bir kişinin belli bir tıbbi tedaviyi kabul etmeye zorlanmasının insan haysiyetinin dokunulmazlığına ilişkin mutlak hakkı ihlal edip etmeyeceği sorusu da gündeme gelecektir. Bu konular üzerinde daha geniş bir konsensüs kurulabildiği takdirde bazı tıbbi müdahalelerin zorla uygulanmasının insan haysiyetine karşı bir saldırı teşkil edip etmeyeceğinin saptanması da kolaylaşacaktır.

Sözleşme bağlamında 3. Madde

AİHM işkence ve insanlık dışı muameleyi yasaklayan 3. Madde ile yaşam hakkına ilişkin olan 2. Maddeyi, temel amacı kişinin haysiyet ve fiziksel bütünlüğünü korumak olan AİHS'nin

³⁵ Parlatenter Meclis'in 1235 sayılı (1994) ve psikiyatri ve insan hakları Tavsiye Kararı.

koruma altına aldığı en temel haklar olduğunu sürekli olarak ve ısrarla vurgulamaktadır.

AİHS'nin diğere bazı maddelerinin aksine olarak, 3. Madde mutlak ve kesin hükümler içerir. Örneğın, 8 ila 10. Maddelerin aksine, hangi koşullarda işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezalara izin verilebileceğini belirten bir ikinci paragraf yoktur. Dolayısıyla, bu hükmün yasa yoluyla kısıtlanmasına olanak yoktur.

3. Maddenin kayıtsız şartsız hükümlerine göre, ne AİHS ne de uluslararası hukuk kapsamında bu maddeyi ihlal eden eylemlerin gerekçesi asla bulunamaz. Diğere bir ifadeyle, iç hukuk sistemleri yasaklanmış davranışlara başvurulmasına gerekçe teşkil eden hiçbir faktörü -mağdurun davranışı, kötü muameleyi uygulayanın soruşturmayı tamamlamak veya bir suç u engellemek için maruz kaldığı baskı, herhangi bir dış etken veya başkaca bir faktör - içeremez.

AİHM, mağdurun davranışlarının yasaklanmış olan muameleye başvurulması için gerekçe olamayacağını Devletlere sürekli hatırlatmaktadır. AİHM, terör ve örgütlü suçlarla mücadele gibi en zor koşullarda bile AİHS'nin işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleyi mutlak olarak yasakladığını sık sık teyit etmiştir. Bir kişinin terör suçu veya başkaca bir ağır suç işlemiş olması veya işlediğinden şüphe edilmesi, o kişiye uygulanan muamelenin kötü muamele yasağına aykırı olup olmadığını saptanmasını etkilemez.

AİHM, suçla mücadelenin, özellikle de örgütlü suç ve terörle mücadelenin yadsınamayacak zorluklarla dolu olduğunu kabul etmektedir. Aynı zamanda, bu gibi suçların araştırılmasının gerekliliğine de inanmaktadır. Bu bağlamda, AİHM bu gibi suçların takibinde delillere ilişkin kurallar ve prosedürel haklarda bazı istisnalara izin verilebileceğini de kabul etmektedir. Ama tüm bu zorluklar, kişilerin fiziksel bütünlüğünün

korunmasını hiçbir şekilde kısıtlayamaz. Sorgulama ve görüşmeler sırasında kötü muameleye başvurulması ve kötü muamele uygulayarak elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması konusundaki yasaklar mutlaklıdır.³⁶

Aynı şekilde Devletler işlenen suçtan bağımsız olarak, caydırıcı olabileceği gerekçesiyle 3. Madde'ye aykırı cezaları uygulayamaz.³⁷ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, AİHM bir yargı hükmünün getirdiği mahkumiyet süresinin sadece uzunluğu nedeniyle ağır olmasına müdahale etmekte gecikmiştir. Yine de mahkumiyetin katı kurallara bağlı olması veya bir yargı hükmünün mahkumiyetin ötesinde bazı öğeler taşıması halinde, o koşulların da 3. Madde kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi gerekir.

³⁶ Tomasi Fransa'ya karşı, 27 Ağustos 1992 tarihli karar, Seri A no.241-A § 115.

³⁷ Tyrer, op.cit.,s.15. Bkz. Aşağıdaki yasaklanmış cezalara ilişkin tartışma.

3. Madde'nin içerdiği mutlak yasak, savaş halinde bile bu yasaktan feragat edilemeyeceği anlamını taşır. AİHS'nin 15. Maddesi Devletlerin savaş hali ve diğer toplumsal acil durumlarda AİHS ve Ek Protokollerin çoğunluğu tarafından garanti edilen normal koruma standardından gereken ölçüde feragat etmelerine izin vermekle birlikte, 3. Maddeden feragati mümkün kılan hiçbir hüküm içermez. Tam tersine, 15. Madde'nin 2. bendi toplumsal acil durumlarda bile, AİHS'ni imzalamış olan bir Devletin kişilere 3. Madde kapsamında yasaklanmış olan kötü muameleyi uygulayamayacağını açıkça belirtmektedir.³⁸ Hiçbir çatışma veya teröre dayalı şiddet bireylerin kötü muameleye tabi tutulmama hakkını azaltmaz.

Bu kayıtsız şartsız hüküm sınırlar ötesi etkiye sahiptir. Bireyleri bir üye Devletin sınırlarının

³⁸ İrlanda Birleşik Krallığa karşı, 18 Ocak 1978 tarihli karar, Seri A no.25, § 163; Selmouni Fransaya karşı, AİHM 1999-V; § 95.

dışında ve üye Devletin sorumlu olmadığı kişilerce kötü muameleye tabi tutulmaktan korur. 3. Maddenin bireylerin bir ülkeden ihraç veya sınır dışı edilmesi vakalarına uygulandığı pek çok örnek vardır. Bu örneklerde, ülkeler arasında geçmişte imzalanan suçluların iadesi antlaşması veya sınır dışı eden ülkenin yetki alanı veya ulusal güvenlik güçlerinden kaçan terör zanlılarının adalete teslim edilmesi gereği gibi faktörler bulunsa bile, bir Devletin bir kişiyi kötü muameleye tabi tutulması konusunda gerçek bir riskin bulunduğu başka bir ülkeye göndermeme sorumluluğundan hiçbir şey kurtaramaz.

Nihayet, mutlak yasağın tıbbi nedenlerle gözetim altında tutulan ve/veya tıbbi tedavi gören kişilere yönelik muameleye de eşit ölçüde uygulanacağı belirtilmelidir. Bu tür bir muameleye ilişkin şikayetle ilgili bir davada Mahkeme şu saptamayı yapmıştır :

*Genel kabul gören tıp kurallarına dayalı olarak uygulanacak tedavi yöntemi, karar verecek durumda olmayan ve bu nedenle tıp uzmanlarının sorumluluğunda bulunan hastaların fiziksel ve ruhsal sağlığının gerekirse zorla korunması konusundaki kararlardan tıp uzmanları sorumlu olmakla birlikte, **bu hastalar yine de 3. Madde'nin koruması altındadır ve bu Madde'den feragat mümkün değildir**"*³⁹ (ilave vurgu)

³⁹ Herczegfalvy Avusturya'ya karşı, 24 Eylül 1992, Seri A no.24, § 82.

3. Madde'nin değişik bağlamalarda uygulanması

Alıkoyma

3. Madde'ye ilişkin ihlaller en çok alıkonulan kişilere yönelik muamele bağlamında ortaya çıkmaktadır. 3. Madde'nin getirdiği yükümlülüklerin belki de en ilgili olduğu alan bu alandır. Bu nedenle, 3. Madde'nin ihlal edilip edilmediğini saptayabilmek için, en çok büyüteç altına alınan unsurlar polis teşkilatı ile silahlı kuvvetler mensupları ve cezaevi personelinin eylemleridir. Bununla beraber, tıbbi ve özellikle de psikiyatrik hastalardan sorumlu olan görevliler gibi “sivil gözetim altı personeli” de sorumluluk taşıyabilir.

Özgürlüklerinden yoksun tutulan ve bu nedenle tamamen yetkililerin denetiminde olan kişiler, Devlet gücünün kendileri aleyhine istismar edilmesi riskine karşı en hassas konumda olan bireylerdir. Dolayısıyla, AİHS standartlarına

uygunluk açısından bu kontrolün kullanımı sıkı bir denetime tabi olmalıdır. Avrupa İşkence'yi Önleme Komitesi (CPT)'nin yetkisinin özellikle *özgürlüklerinden yoksun tutulan kişilere* yönelik olması ve onlara yapılan muameleyi inceleyerek, gerektiği takdirde bu kişilerin işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezalara karşı daha etkin korunmasını sağlamak olması şaşırtıcı değildir.⁴⁰

Özgürlüğünden yoksun tutulan kişilerle ilgili olarak herhangi bir kötü muamele yapıp yapılmadığının değerlendirilmesinde hareket noktası, alıkonulan kişiye kaba kuvvet uygulanıp uygulanmadığının saptanmasıdır. Burada AİHM'nin kabul ettiği temel kıstas, alıkonulan kişinin kendi davranışı nedeniyle gerekli olmadığı sürece, kaba kuvvete başvurulmasının 3. Madde'de belirtilen hakkın ihlali anlamına geleceğidir.⁴¹ Bu kıstasın temelinde, 3.

⁴⁰ Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesinin 1. Maddesi.

⁴¹ Ribitsch Avusturya'ya karşı, 4 Aralık 1995 tarihli karar, Hüküm ve Karar Raporları 1996 s.26, § 34; Tekin, s.1517-

Madde'nin amacının insan haysiyeti ve fiziksel bütünlüğünü korumak olması ve bu nedenle her kaba kuvvet uygulamasının insan haysiyetini aşağılaması yatmaktadır.⁴²

Kaba kuvvete başvurulduğunun en bariz göstergesi fiziksel yara izleri ve psikolojik travmaya ilişkin gözlemlerdir. Eğer alıkonulan bir kişi, serbest bırakıldıktan sonra veya alıkoyma süresinin herhangi bir aşamasında yara izleri taşıyor ve sağlığının bozuk olduğu müşahade ediliyorsa, söz konusu izlerin ve semptomların alıkoyma süresi ile ilgili olmadığını ispat yükü kişiyi alıkoyan sorumlu personele düşer.

Yara izlerinin alıkoyma veya alıkoyma süresi ile ilgili olması ve yetkililerce kaba kuvvet uygulanması sonucunda oluşması halinde, kişiyi alıkoyan sorumlular söz konusu uygulamanın

18, § 52 ve 53; Assenov ve diğerleri Bulgaristan'a karşı, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-VIII, § 94.

⁴² Ibid.

alıkonulan kişinin kendi davranışları nedeniyle gerekli olduğunu ve ancak gereken ölçüde kaba kuvvet kullanıldığını ispatlamak durumundadır. İzlerin nasıl oluştuğuna ilişkin inandırıcı bir açıklama yapmak ve ispat yükü tamamen alıkoyma işlemini uygulayan yetkililerin omuzlarındadır. Yapılan açıklama inandırıcılık ve 3. Madde'ye uygunluk açısından değerlendirilmelidir.⁴³

Tutuklama ve sorgulama

Alıkoyma işlemi bağlamında ortaya çıkan 3. Madde'ye ilişkin potansiyel ihlaller alıkonulmanın her bir aşamasında, yani bir kişinin genelde polis veya askeri kolluk tarafından tutuklanma veya yakalanma yoluyla

⁴³ Tomasi Fransa'ya karşı, 27 Ağustos 1992 tarihli karar, Seri A no. 241-A, s.40-41, § 108-111; Ribitsch Avusturya'ya karşı, 4 Aralık 1995 tarihli karar, Hüküm ve Karar Raporları 1996, s.26, § 34; Aksoy Türkiye'ye karşı, 18 Aralık 1996 tarihli karar, s.17, § 61.

alıkonulduğu andan, gözaltından çıktığı ana kadarki aşamalarda oluşmaktadır.

İlhan Türkiye'ye karşı davasında başvuru yakalanması sırasında ağır dayığa tabi tutulmuştu. Kafa dahil dayak uygulaması saklanmakta olan başvuruçunun “yakalanması” sırasında güvenlik güçleri tarafından dipçik kullanılarak yapılmıştı. Aradan uzun bir süre geçtikten sonra başvuruçuya tıbbi müdahale uygulanmıştı. Mahkeme'nin görüşüne göre bu muamele işkencedir. *Assenov Bulgaristan'a karşı* davasında yaraların nasıl oluştuğu ve bundan kimin sorumlu olduğu tam olarak saptanamamış olmasına rağmen, yine yaralanma yakalama sırasında olmuştu. *Rehbock Slovenya'ya karşı* davasında başvuruçunun yakalandığı sırada yüzünden yaralanmıştı. Polis bu yaralanmanın yakalanmaya karşı direnme sonucunda olduğunu açıklamıştı. Ancak, kullanılan kaba kuvvet çok aşırı ve gereksiz nitelikteydi ve yetkililer neden bu kadar ciddi bir yaralanma olduğunu açıklayacak bir neden gösteremiyordu; çünkü,

yakalama işlemi planlanmıştı ve riskleri değerlendirilmişti, polis sayıca sanıklardan daha üstündü ve mağdur polisi silahla tehdit etmemişti.⁴⁴

Kötü muamelenin bilgi almak veya itirafa zorlamak amacıyla uygulandığı işkence vakalarında ihlaller daha ziyade tutuklamanın ilk aşamalarında sorgulama veya ifade alma sırasında cereyan etmektedir. Bu durumda, ihlalin yapıldığı yer cezaevi değil, polis karakolu olmaktadır. Bu gerçek, AİHM'ne intikal eden davalarda ve CPT'nin deneyimlerinde de teyid edilmiştir. CPT şu saptamayı yapmaktadır :

CPT, deneyimlerine dayalı olarak, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasından hemen sonra gelen dönemin, sindirme ve fiziksel kötü muamele uygulanma riskinin

⁴⁴ Assenov Bulgaristan'a karşı, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-VIII.

*en yüksek olduğu süre olduğunu vurgulamak ister.*⁴⁵

CPT'nin bir diğer saptamasına göre, hem yetişkin hem de çocuk suçlulara yönelik kasti kötü muamele riski, başka gözaltı merkezlerine kıyasla polis merkezlerinde daha yüksektir.⁴⁶

3. Madde'nin AIHS'nin "günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir araç" olduğu ilkesine uygun olarak yorumlanması ve uygulanması demek, geçmişte "işkence" yerine "insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele" olarak sınıflandırılan bazı eylemlerin gelecekte farklı şekilde sınıflandırılabilirdir. *Selmouni Fransa'ya karşı* davasında AIHM şu saptamada bulunmuştur :

.... insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında giderek daha yüksek

⁴⁵ CPT'nin 6. Genel Raporu (1996), para.15, ve CPT'nin 9. Genel Raporu'nda (1999) yer alan benzer görüşler, para 23.

⁴⁶ CPT'nin 9. Genel Raporu, para 23.

*standartlar gerekli olması nedeniyle, buna uygun olarak demokratik toplumların temel değerlerinin ihlalinde de daha katı değerlendirmelerin gerekeceği kaçınılmazdır.*⁴⁷

Dikme davasında AIHM bu görüşü teyit etmiştir.⁴⁸

1990'ların ortalarından beri AIHM yine üye Devletlerdeki gözaltı merkezlerinde kişilerin işkence mağduru oldukları yolundaki iddialarla karşı karşıya kalmıştır. Bazı vakalarda yapılan muamele AIHS'ne göre işkence olarak nitelendirilmiştir. Bu vakalar aşağıda belirtilmiştir :

- Filistin askısı : kollar sırtta bağlı olarak havada asılı tutma (*Aksoy Türkiye'ye karşı*⁴⁹)

⁴⁷ Selmouni.

⁴⁸ Op. cit., § 92.

⁴⁹ Aksoy Türkiye'ye karşı, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Raporlar 1996 – VI.

- Şiddetli dayak : (*Selmouni Fransa'ya karşı, Dikme Türkiye'ye karşı*)
- Şiddetli dayakla birlikte tıbbi tedaviden yoksun bırakma : (*İlhan Türkiye'ye karşı*)
- Elektrik şoku uygulaması : (*Akkoç Türkiye'ye karşı*)
- Tecavüz : (*Aydın Türkiye'ye karşı*)
- Falaka/falanga : ayak tabanlarına sopayla vurma (*Salman Türkiye'ye karşı, Yunan davası*⁵⁰)

Tomasi, Ribitsch ve *Tekin* davalarında AİHM alıkonulan kişilere dayak şeklinde insanlık dışı muamele uygulandığını saptamıştır.

Tüm bu vakalar alıkoyma süresinde cereyan etmiştir. Bu gerçek, alıkoyma uygulamasının bu aşamasında hukuk sisteminin kötü muameleye

⁵⁰ Yunan davası, 5 Kasım 1969 tarihli Komisyon Raporu, Yıllık 12.

karşı temel güvenceler içermesinin ne kadar gerekli olduğunu vurgulamaktadır. Kilit konumdaki üç güvence şunlardır :

- alıkonulan kişinin kendi seçeceği üçüncü bir tarafa durumunu bildirme hakkı (aile ferdi, arkadaş, konsolosluk)
- avukata erişebilme hakkı
- kendi seçeceği bir hekim tarafından tıbbi muayeneye tabi tutulmayı talep etme hakkı

Bu haklar kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan itibaren uygulanmalıdır.⁵¹

Özellikle alıkoyma sürecinin ilk aşamalarında, alıkoymayı uygulayan yetkililer, alıkonulan kişiye kimlerin erişebildiği ve belli bir zaman diliminde kişinin nerede olduğu gibi bilgileri alıkonulan her kişi için doğru olarak açıklayabilmelidir.

⁵¹ CPT'nin 2. Genel Raporu, (1992), para 36.

Bir sanığın kötü muamele şikayetinde bulunması durumunda, yargıçlar alıkoyma işlemini uygulayan yetkililerden sanığın üstündeki yara izleri veya tıbbi bulguların ya alıkoyma süresinde oluşmadığını veya belgelenebilir bir meşru eylem sonucunda ortaya çıktığını gösteren karşı delillerin sunulmasını talep etmelidir. AİHM şu saptamayı yapmıştır :

Hafif yaralanmalar nedeniyle bile olsa alıkoyma süresinde ölüm olayının ortaya çıkması, Hükümetin tatmin edici bir açıklamada bulunması yükümlülüğünü arttırır. Bu bağlamda, yetkililer kişinin alıkonulma süresi hakkında doğru kayıtlar tutulmasını sağlamak ve kendilerini herhangi bir yaralanmayla ilgili olarak inandırıcı bir açıklamada bulunamama konumuna düşürmemekle sorumludur. (ilave vurgu).⁵²

⁵² Salman Türkiye'ye karşı

CPT de evvelce bu konuya dikkat çekmiş ve şu tavsiyede bulunmuştu :

Eğer polis in gözaltı merkezlerinde, alıkonulan her kişi için gözaltı bilgileri ve uygulanan işlemleri (özgürlüklerinden ne zaman ve hangi nedenle yoksun bırakıldıkları, haklarının kendilerine ne zaman bildirildiği, yara izleri, akli rahatsızlık göstergeleri, v.s.; akrabalarına/konsolosluğa ve avukatlarına ne zaman haber verildiği, bu kişilerin ne zaman ziyarete geldikleri, ne zaman yemek verildiği, ne zaman sorgulandığı, ne zaman başka yere nakledildiği veya serbest bırakıldığı, v.s.) içeren tek ve kapsamlı bir nezarethane kayıt defteri bulundurulursa, gözaltındaki kişilerin temel hakları daha güçlü şekilde korunmuş olur (hem de büyük olasılıkla polis memurlarının işi kolaylaşmış olur).⁵³

⁵³ CPT'nin 2. Genel Raporu, para.40.

Alıkoyma koşulları

Alıkoyma koşulları bazı durumlarda insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele niteliğinde olabilir. Bu alan da, tüm toplumlarda kabul edilebilir temel standartların sürekli evrim içinde olduğu alanlardan biridir.⁵⁴ CPT'nin çalışmaları bu alanda önemli ve hayati katkı sağlamıştır.

Alıkoyma koşulları hem mahkumların içinde bulunduğu genel koşulları, hem de cezaevi rejimi ve mahkumların tutulduğu spesifik koşulları içerir. Bir mahkumun içinde bulunduğu ortam veya kendisine empoze edilen koşulların AİHS'ne uygun olup olmadığını değerlendirirken, mahkumun koşullarını –yaşı,

⁵⁴ Daha evvelki davalarda AİHM ve AİHK gözaltı koşullarının 3. Maddeyi ihlal nedeni olabileceğini kabullenmek konusunda isteksizdi. Hatta bazı vakalarda uluslararası gözetim altı koşullarının ihlal edildiği kabul edilmekle birlikte, bir ihlal saptanmamıştı. Bkz. 11 Aralık 1976 tarihli karar, Yıllık 20; 11 Temmuz 1977 tarihli karar DR 10; Krocher ve Moller İsviçre'ye karşı, 16 Aralık 1982 tarihli Komisyon Raporu, DR 34.

cinsiyeti, sağlık durumu, tehlike teşkil edip etmediği- ve mahkumun tutuklu mu yoksa hükümlü mü olduğunu dikkate almak gerekir.

Ceza yükümlülüğü henüz nihai yargı kararı ile saptanmamış olan tutuklular masumiyet karinesinden yararlanırlar ve bu karine sadece ceza prosedürü açısından değil, aynı zamanda gözaltı merkezlerinde tutulan kişilerin haklarını düzenleyen hukuk rejimi açısından da geçerlidir.

Aynı şekilde, bazı mahkumların özel gereksinimleri olabilir ve bunların yerine getirilmemesi küçük düşürücü muameleye yol açabilir. *Price* davasında mağdur, gebelik dönemindeki sorunlar nedeniyle dört uzvu özürlü olan, böbrek bozukluğu da dahil bir dizi diğer sağlık sorunu da bulunan bir kadındı ve duruşma sırasında mahkemeye saygısızlıktan 7 gün hapis cezasına çarptırılmıştı. Hapis cezasını veren yargıç – ki AİHM bu cezayı çok sert bir ceza olarak nitelendirmiştir – mağduru hemen cezaevine göndermeden önce, nasıl bir yere

götürüleceğini incelememiş ve o kadar ileri derecede özürlü olan bir insanın tüm ihtiyaçlarına cevap verebilecek kolaylıkların sağlanması konusunda hiçbir önlem almamıştı. Neticede bu kadın mahkumun içine konulduğu koşullar, onun tıbbi durumu açısından tamamen yetersiz kalmıştır. Başvurucuyu küçük düşürmek veya alçaltmak için kasıtlı bir niyet olduğuna dair herhangi bir delil olmamakla beraber, AİHM ileri derecede özürlü olan bir kişinin sağlığı için tehlikeli olacak kadar soğuk bir ortamda tutulmasını, yatağı çok sert veya erişilemez olduğu için bedeninde yara açılması riskinin bulunmasını ve tuvalete gitmesi veya kendisini temizlemesinin ya mümkün olmadığı, ya da büyük zorluklarla mümkün olduğu koşullarda tutulmasını 3. Madde'ye aykırılık teşkil eden küçük düşürücü muamele olarak değerlendirmiştir.

Alıkoyma işlemine ilişkin normlar evrim halinde olduğu için, cezaevi sistemlerine özgü ortak uygulamalar veya rutin işlemler sürekli gözden

geçirilmeli ve 3. Madde'nin standartlarına uygunluklarının devamı sağlanmalı veya esas itibarıyla küçük düşürücü olmayan bir muamelenin küçük düşürücü olacak şekilde uygulanması engellenmelidir.

Hücre hapsi veya tecrit uygulaması çoğu kez insanlık dışı veya küçük düşürücü koşul şikayetlerine yol açmış olsa da,⁵⁵ ne AİHM ne de CPT hücre hapsini *tek başına* 3. Madde'ye aykırı bulmamıştır. Yine de, hangi nedenle olursa olsun (disiplin nedeniyle; “tehlikeli” olmaları veya “sorun yaratıcı” davranışları sonucunda; tahkikatın selameti açısından; kendi istekleriyle) hücre hapsine benzer koşullarda tutulan kişilerin durumuna azami dikkat edilmelidir. Örneğin, hücre hapsinin uzatılması veya bir tutukluya veya çocuk suçluya uygulanması farklı olabilir.

⁵⁵ 11 Aralık 1976 tarihli karar, Yıllık 20; 11 Temmuz 1977 tarihli karar, DR 10; Krocher ve Moller İsviçre'ye karşı, 16 Aralık 1982 tarihli Komisyon Raporu, DR 34.

CPT, bazı durumlarda hücre hapsinin insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye eşdeğer olabileceğini ileri sürmüştür.⁵⁶ Belirli bir önlemin ağırlığı, uygulanma süresi, hedefi, empoze edilen diğer koşulların toplam etkisi ve ilgili kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığı üzerindeki etkisi gibi faktörlerin tümü spesifik bir hücre hapsi veya tecrit uygulamasının 3. Madde'nin ihlali anlamına gelip gelmediğinin değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır.⁵⁷

Soyunarak üst aranması mahkumların maruz kalabilecekleri bir diğer muameledir ve bazı durumlarda bu da küçük düşürücü olabilir. AİHM'nin görüşüne göre, soyunarak üst aranması cezaevi güvenliğinin sağlanması veya düzen bozukluğu veya suç işlenmesini engellemek için zaman zaman gerekli olabilir, ancak uygulama doğru şekilde yapılmalıdır. Bir erkek mahkumu bir kadının önünde çıplak

⁵⁶ CPT'nin 2. Genel Raporu, para 56.

⁵⁷ 11 Temmuz 1973 tarihli kararlar, Koleksiyon 44; 8 Temmuz 1978, DR 14; ve 9 Temmuz 1981.

soyunmaya zorlamak ve sonra cinsel organını ellelemek, bu kişiye karşı yapılmış saygısızlıktır ve gerçekten de haysiyetini zedeler. AİHM böyle bir başvuruya ilgili olarak, bu uygulamanın mağdurda acı ve aşağılık duyguları uyandırarak kendisini küçük düşürerek alçalttığını ve bu nedenle böyle bir üst arama yönteminin AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında küçük düşürücü muamele olduğunu saptamıştır.⁵⁸

Mahkumlara kelepçe takılması veya açık havaya çıkma veya görüş haklarından yoksun bırakılma gibi başka tür kısıtlamalar veya diğer disiplin önlemleri sürekli olarak takip edilmeli ve denetlenmeli ve uygulanış şekillerinin istismar veya küçük düşürücü uygulama teşkil etmemesi sağlanmalıdır.

*Yunan Davasında*⁵⁹ AİHK, çok kalabalık olan ve ısıtma, hijyen, uyuma yerleri, gıda, rekreasyon ve

⁵⁸ Valasinas Litvanya'ya karşı, 24 Temmuz 2001 tarihli karar.

⁵⁹ Yıllık 12, 1969.

dış dünya ile temas koşullarının yetersiz olduğu bir ortamda alıkonulmanın küçük düşürücü olduğu sonucuna varmıştır. Bu gibi koşullar, özellikle de aşırı kalabalık koşullar bugün de sorun olmaya ve AİHS'nin talep ettiği standartları ihlal etmeye devam etmektedir.

Bir vakada bir mahkum en az iki ay süreyle günün 24 saatinin önemli bir bölümünü havalandırması ve penceresi olmayan ve zaman zaman tahammül edilemeyecek kadar sıcak olabilen hücreindeki yatağında geçirmek zorunda bırakılmıştır. Tuvalete de aynı hücreyi paylaştığı mahkumun önünde gitmek ve diğer mahkum tuvaleti kullanırken onu seyretmek zorunda kalmıştır. AİHM, şikayet konusu yapılan cezaevi koşullarının mahkumun haysiyetini kırdığını ve kendisinde acı ve aşağılık duyguları uyandırarak, küçük düşürücü ve alçaltıcı etki yarattığını ve muhtemelen de fiziksel ve moral direncini kırdığını kaydetmiştir. AİHM ayrıca, standartlar konusunda yapılan şikayetlere rağmen, koşulları iyileştirmek için

çaba harcanmamış olmasını mahkuma karşı saygısızlık olarak değerlendirmiştir. Özetle, AİHM başvuruçunun cezaevinin tecrit bölümünde maruz bırakıldığı koşulları, AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında küçük düşürücü muamele olarak değerlendirmiştir.⁶⁰

Başka bir vakada, mahkum hijyen ve uyuma koşulları yetersiz, sıcak su akmayan, temiz hava veya gün ışığı veya egzersiz yapmak için avlusu bulunmayan aşırı kalabalık ve kirli bir hücrede tutulmuştur. CPT'nin raporları da mahkumun iddialarını doğrulamıştır. Hazırladığı raporda CPT, o cezaevindeki hücre yerleşim ve alıkoyma koşullarının birkaç günden uzun bir süre için uygunsuz olduğunu, hücrenin aşırı ölçüde kalabalık ve hijyen koşullarının deşet verici olduğunu vurgulamıştır.

Sonuçta AİHM mahkumun tutulduğu koşulların, özellikle de aşırı kalabalıklık ve uyuma yerleri olmamasının ve mahkumun bu koşullarda çok

⁶⁰ Peers Yunanistan'a karşı, 19 Nisan 2001 tarihli karar.

uzun bir süre tutulmuş olmasının 3. Madde'nin yasakladığı küçük düşürücü muamele olarak değerlendirilmesi gerektiğini kaydetmiştir.⁶¹

Tüm bu davaların sonuçları günümüzde, özellikle de CPT'nin kuruluşundan ve cezaevi koşullarını denetleyen sivil toplum örgütleri sayısının artmasından bu yana, uluslararası standartlara uymayan cezaevi koşullarının artık hoşgörüle karşılanmadığını göstermektedir. AİHM'nin de bu konudaki hassasiyet ve denetim düzeyini arttırması ve ulusal yetkililere talepler getirmesi beklenmektedir.

3. Madde hiçbir mazeret kabul etmemektedir ve koşulların aşırı kalabalık veya uyku yerlerinden veya hijyenden yoksun olmasının ekonomik faktörlere veya diğer eskiden gelen örgütsel veya içsel faktörlere bağlı olduğu yolundaki açıklamalar yetersizlikler için bir özür

⁶¹ Dougoz Yunanistan'a karşı, 6 Mart 2001 tarihli karar.

olmamaktadır.⁶² CPT de kötü muamelenin çok değişik şekillerde olabileceğini, bunlardan çoğunun da kasti olmayıp, organizasyon eksiklikleri veya yetersiz kaynaklardan ileri geldiğine işaret etmiştir.⁶³ 3. Madde'ye göre, ya tek başlarına veya topluca küçük düşürücü muamele olarak addedilen spesifik durum ve uygulamalar şunlardır: aşırı kalabalıklık,⁶⁴ tüm mahkumlar için açık hava egzersizlerinin

⁶² Yargı sürecinin uzunluğuna ilişkin bir dizi davada Mahkeme, Devletlerin yargı sistemlerini adil yargılanma (6. Madde) gereksinimine uygun düşecek şekilde düzenlemekle görevli olduğunu sürekli olarak vurgulamıştır. Bkz. Örneğin : Multi İtalya2ya karşı, Seri A no.281-C; Susmann Almanya'ya karşı, 16 Eylül 1996, Raporlar 1996-IV. 3. Madde konusunda Devletlerin gözetim altı sistemlerini, bireylerin aşağılayıcı koşullarda tutulmamasını sağlayacak şekilde düzenlemek yükümlülüğü daha da acildir.

⁶³ CPT'nin 2. Genel Raporu, para.44.

⁶⁴ CPT'nin 7. Genel Raporu'nun 13. paragrafında şöyle denilmektedir:"CPT çoğu durumda aşırı kalabalıklık nedeniyle oluşan olumsuz koşulların insanlık dışı ve aşağılayıcı gözetim altı koşullarına yol açtığını kaydetmiştir."

olmaması, dış dünya ile temas olmaması, hijyen standartları ve tuvaletlerin yetersizliği⁶⁵ ve yeterli tıbbi malzeme veya dış sağlığı ürünlerinin bulunmaması.⁶⁶ Yetkililer özgürlüklerinden yoksun tutulan kişilerin sağlığını korumakla yükümlüdür.⁶⁷ Yeterli tıbbi tedavinin sağlanmaması, 3. Madde kapsamına giren bir muamele olarak değerlendirilebilir.⁶⁸

Tıbbi nedenlerle alıkoyma

⁶⁵ CPT bu kouyu özellikle kadınların hijyen gereksinimleri bağlamında vurgulamıştır. CPT'nin 10. Genel Raporu'nun 31. paragrafında şöyle denilmektedir : Kadınların spesifik hijyen gereksinimleri yeterli şekilde karşılanmalıdır. Sıhhi tesisat ve yıkanma yerlerine kolay erişim, ped ve tamponlar gibi hijyen ürünlerinin sağlanması özellikle önemlidir. Bu gibi temel gereksinimlerin sağlanmaması, başlı başına aşağılayıcı muamele olabilir.”

⁶⁶ CPT'nin 3. Genel Raporu (1993), para. 30 : “Sağlık hizmetlerinin yetersiz olması ‘insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele’ kavramının kapsamına giren durumlara hızla yol açabilir.”

⁶⁷ Hurtado İsviçre’ye karşı, 8 Temmuz 1993 tarihli Komisyon Raporu, Seri A no.280, s.16, § 79.

⁶⁸ İlhan Türkiye’ye karşı, AİHM 2000-VII.

Özellikle akıl hastalarına uygulanan muamele veya cezaların 3. Madde'nin standartlarına uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, bu kişilerin hassasiyeti ve bazı durumlarda kendilerine yönelik uygulamadan nasıl etkilendiklerini açıklamaktan veya şikayette bulunmaktan aciz olmaları gibi hususlar dikkate alınmalıdır.⁶⁹

Birleşik Krallığa karşı açılmış olan bir davada AİHM mağdurun durumunun etkin bir şekilde izlenmemiş olması ve mağdurun değerlendirilmesi ve tedavisinde yetkin bir psikiyatrik katkının bulunmamasının, intihar riski taşıdığı bilinen bir akıl hastasına eksik sağlık hizmeti sağlandığını gösterdiğini belirtmiştir.

Daha sonra kendisine ciddi bir disiplin cezası verilerek, 7 gün süreyle tecritte tutulması ve

⁶⁹ Herczegfalvy Avusturya’ya karşı, 24 Eylül 1992 tarihli karar, Seri A no.244, § 82; Aerts Belçika’ya karşı, 30 Temmuz 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-V, s.1966, § 66.

olaydan iki hafta sonra ve tahliye tarihine sadece 9 gün kala cezasına bir 28 gün daha eklenmesi, bu kişinin fiziksel ve moral direncini tehdit etmiş olabileceğinden, söz konusu uygulama akıl hastalarına yönelik muamele standartlarına uygun bulunmamıştır. AİHM, bu muameleyi AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele ve ceza olarak değerlendirmiştir.⁷⁰

Psikiyatrik gözetim uygulaması bağlamında, Avusturya'ya karşı açılmış olan bir davada, Bay Herczegfalvy kendisine uygulanan tıbbi tedavinin 3. Madde'yi ihlal ettiğinden şikayetle, kendisine zorla yiyecek ve ilaç verildiğini, tecrit edildiğini ve güvenli bir yatağa kelepçeyle bağlandığını ileri sürmüştür. AİHK'nun tedavinin uygulanış şeklinin 3. Madde'ye uygun olmadığı, alınan önlemlerin çok şiddetli ve uzun süreli olduğu yolunda görüş bildirmesine rağmen, AİHM bu görüşü benimsememiştir.

⁷⁰ Keenan Birleşik Krallığa karşı, 3 Nisan 2001 tarihli karar.

Davalı Hükümet AİHM'ne verdiği ifadede, başvurunun fiziksel ve ruhsal sağlığının kötüleşmekte olması nedeniyle tıbbi tedavinin acil olarak uygulanması gerektiğini, hastanın her türlü tedaviyi reddetmesi ve hastane personeline karşı aşırı saldırgan davranması nedeniyle personelin güvenli yatağa kelepçelemek gibi kısıtlayıcı yöntemlere başvurusu gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, tek amacın tedavi olduğunu ve hastanın durumu düzelir düzelmez, alınan önlemlere son verildiğini de vurgulamıştır.

AİHM, psikiyatrik hastanelerde tutulan kişilerin aşağılık ve acizlik duyguları içinde olmaları nedeniyle AİHS şartlarına uygun davranılıp davranılmadığının daha büyük bir dikkatle izlenmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, AİHK'nun değerlendirmesini reddetmiştir. AİHM, kelepçe ve güvenli yatağın uzun süre kullanılmış olmasından ötürü duyduğu endişeyi ifade etmiş, ancak kendisine sunulan delillerin, o dönemde genel kabul gören psikiyatri ilkelerine

göre, söz konusu uygulamanın tıbbi gereksinim gerekçesiyle yapıldığı yolundaki davalı Hükümet açıklamasının yanlışlığını ispat etmekte yetersiz kaldığını saptamıştır.

Yine de, psikiyatrik hastalara yönelik kabul edilebilir tedavi standartları da evrim geçirmektedir. Yukarıda belirtilen kelepçe veya bağlama kayışı, deli gömleği v.s. gibi fiziksel kısıtlama gereçlerinin kullanımını özel bir dikkatle izlenmelidir. Bu gibi gereçler ancak çok ender olarak kullanılmalıdır. Bir hukuk sisteminde bu tekniklerin düzenli olarak kullanılmasına izin verilmesi veya bu gibi gereçlerin hekim tarafından özellikle önerilmemiş olması veya bu gereçlerin kullanıldığı hemen hekime bildirilerek onayının alınmaması durumlarında, AİHS'ne uyum konusunda problem yaşanması muhtemeldir.

Eğer istisnai olarak bu gibi fiziksel kısıtlama gereçlerine başvurulursa, en kısa zamanda bunlar çıkarılmalıdır. Gereçlerin uzun süre kullanılması

3. Madde'nin ihlaline yol açacaktır. Ayrıca, bu gibi gereçler asla ceza olarak kullanılmamalı veya kullanım süreleri ceza amacıyla uzatılmamalıdır. Bu gereçlerin kullanım amacının ceza olması, 3. Madde'ye aykırılık teşkil eder.

CPT, fiziksel kısıtlama gereçlerinin psikiyatrik hastalara günler boyunca uygulandığını tesbit ettiği durumlarda, bu uygulamanın tedavi gerekçesiyle değil, kötü muamele olarak tatbik edildiği görüşünde olduğunu açıkça ifade etmiştir.⁷¹

Saldırgan veya “baş edilemez” hastaların tecrit edilmesi de (tek başlarına bir odaya kapatılmaları) 3. Madde'ye aykırılık nedeniyle endişe uyandıran bir konudur. CPT, psikiyatrik hastalara tecritin asla ceza olarak uygulanmaması görüşünü savunmuştur.⁷²

⁷¹ CPT'nin 8. Genel Raporu, para 48.

⁷² CPT'nin 8. Genel Raporu, para. 49.

Tecritin ceza dışındaki nedenlerle kullanılması durumunda, CPT uygulamanın ayrıntılı bir program şeklinde yapılması ve programda özellikle şu hususlara yer verilmesini önermiştir: hangi tür vakalarda kullanılacağı; hangi amaçla uygulanacağı; süresi ve düzenli olarak gözden geçirme gereği; başka insanlarla yeterli temas sağlanması; ve personelin özellikle dikkatli davranması. Modern psikiyatrik tedavide hastalara tecrit uygulanması eğiliminden giderek vazgeçilmekte olması ve tecritin tedavi edici etkilerinden şüphe duyulması ışığında, gerekli koşulların sağlanmaması 3. Madde'ye aykırılık teşkil edecektir.

Psikiyatrik hastalara uygulanacak spesifik tedavi konusunda da, bunların küçük düşürücü muamele kapsamına girip girmediğine ilişkin konsensüsün giderek yaygınlaştığı pek çok alan bulunmaktadır. Bunlardan bir de elektrokonvülsif tedavidir (ECT). Genel kabul gören psikiyatri ilkelerine göre bu tedavi hala uygulanabilir olmakla birlikte, CPT özellikle bu yöntemin hiç

hafifletilmeden (yani anestezi ve kas gevşeticiler verilmeden) uygulanması konusunda endişe taşıdığını belirtmiştir. CPT'nin görüşüne göre, ECT yöntemi modern psikiyatri tedavisinde artık kabul edilebilir olmaktan çıkmalıdır. CPT bu uygulamayı hem hastalar, hem de görevli personel açısından küçük düşürücü olarak değerlendirmiştir.⁷³

ECT tedavisi hafifletilerek uygulansa bile, hastayı başkalarının gözündeki rencide edebileceği ve bu nedenle küçük düşürücü muamele olacağı için, CPT bu yöntemin diğer hastaların bulunmadığı bir ortamda (tercihen bu amaçla donatılmış bir odada) ve bu tedaviyi uygulamak konusunda özel eğitim almış personel tarafından uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.

Alıkoymaya ilişkin diğer hususlar

⁷³ Ibid., para.39.

Alıkoyma işlemi sadece cezaevleri veya polis nezarethanelerinde uygulanmaz. İnsanların özgürlüklerinden yoksun tutulduğu her yerde alıkonulma koşullarını çevreleyen standartların 3. Madde’de belirtilen koşullara uyup uymadığını dikkate almak gerekir. Göç nedeniyle alıkonulan kişilerin içinde bulunabileceği ortamların çeşitliliği, liman ve havalimanları gibi giriş noktalarında bulunan alıkoyma yerleri bunun tipik örnekleridir.

CPT daima giriş noktalarındaki alıkoyma yerlerini, özellikle de uzun süreli alıkoyma uygulamaları için yetersiz bulmuştur. Daha açık bir ifadeyle, CPT delegasyonları havalimanları salonlarındaki gelişigüzel koşullarda günlerce tutulan insanlarla pek çok kereler görüşmüştür. Bu gibi kişilere uyumaları için yeterli yerler tahsis edilmesi, bagajlarına erişebilmelerinin mümkün kılınması, uygun şekilde donatılmış tuvalet ve banyo imkanları sağlanması ve her gün açık havada egzersiz yapabilmelerinin temin

edilmesi şarttır. Ayrıca, yiyecek ve gerekirse tıbbi hizmet sağlanmalıdır.⁷⁴

Sınır dışı etme

Bir kişinin 3. Madde’yi 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 serdeden AİHM, bu alanda önemli ve giderek yaygınlaşan bir içtihat oluşturmuştur.

Bu ilke ilk kez *Soering* davasında ortaya çıkmıştır. O davada ABD Birleşik Krallık’tan, Virginia eyaletinde cinayet ile suçlanan bir kanun kaçağını iade etmesini istemişti. Başvurucu iade işlemini durdurma çabaları çerçevesinde, ABD’nde cinayetten hüküm giyeceğini ve bu durumda da ölüm cezasına çarptırılacağını, daha da önemlisi “ıdam mahkumu bölümü” olgusu ile

⁷⁴ CPT’nin 7. Genel Raporu, para 26.

karşı karşıya kalacağını, bunun da insanlık dışı bir muamele olduğunu ileri sürmüştü. İdam mahkumu bölümü denilen olgu, alıkonulmaya ilişkin özel koşullar (çok katı ve sıkı bir yüksek güvenli cezaevi rejimi ve temyiz sürecinin çok uzun sürmesi nedeniyle, mahkumun çok uzun süre bu rejime katlanmak zorunda olması) ile sürekli olarak ölümün gölgesinde yaşamının getirdiği ruhsal eziyetin birleşimidir. *Soering* davasında, başvuru suçu işlediğinde 18 yaşın altında olması ve o andaki ruhsal durumu, AİHM’ni yukarıda tarif edilen koşulları insanlık dışı ve küçültücü muamele olarak değerlendirmeye sevk etmiştir. AİHM, bu koşullarda Birleşik Krallığın başvuru ABD’ne iade etmesinin 3. Madde’yi ihlal anlamına geleceğine hükmetmiştir.

Soering’den sonraki bir dizi davada, bir ülkeden ihraç edilen bir kişinin gönderildiği ülkede işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz kalacağı konusunda gerçek bir risk bulunduğunun sağlam delillerle

gösterilmesi durumunda, kişiyi ihraç eden ülkenin sorumluluğu doğacağı, çünkü kişinin öngörülen kötü muameleyle maruz kalmasının, ihraç eyleminin doğrudan sonucu olduğu ilkesi sarsılmaz biçimde yerleşmiştir.⁷⁵

Bu nedenle, bir kişinin üçüncü bir ülkeye gönderilmek üzere sınır dışı edilmesi halinde, 3. Madde kapsamında yasaklanmış muameleyle maruz kalacağı yolundaki iddiasının ciddi olarak araştırılması gerekir. İltica başvurusunda bulunmak için zaman limitinin kısalığı gibi otomatik ve mekanik hükümlerin uygulanması, AİHS’nin 3. Madde’sinde yer alan temel değerlerin korunması ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir.

Kişilerin işkence veya kötü muameleyle maruz kalma riski taşıdıkları bir ülkeye gönderilmelerine karşı karar mekanizmasının bir garanti sağlayıp sağlamadığı, CPT’nin de odak noktalarından biridir, çünkü bu alan Komite’nin önleyici rolüne çok uygun düşmektedir. CPT,

⁷⁵ *Soering Birleşik Krallığa karşı*, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A no.161, s. 35, § 90-91.

uygulanan prosedürün ilgili kişilere durumlarını anlatabilmek için gerçekten fırsat tanıyıp tanımadığı ve bu gibi vakalarla ilgilenen yetkililerin yeterli bir eğitim alıp almadıkları ve diğer ülkelerdeki insan haklarının durumu hakkında objektif ve bağımsız kaynaklardan edinilmiş bilgilere sahip olup olmadıkları gibi konuları ayrıntılı olarak incelemek istediğini belirtmiştir. CPT, olası bir tehlikenin vahimliği açısından, bir kişinin bir ülkenin toprakları dışına çıkarılması kararına karşı, bu karar uygulanmadan önce itirazda bulunulacak bağımsız başka bir organın oluşturulmasını tavsiye etmektedir.⁷⁶

AİHM'nin, sınır dışı etme eyleminin 3. Madde kapsamına giren konuları ilgilendireceğini saptadığı davalar arasında, Hindistan'ın Penjab eyaletinde bölücü bir Sikh örgütünü destekleyen bir Hint vatandaşının Hindistan'a iadesi; İranlı bir kadının zina suçlusu olduğu iddiasıyla kesin ölüm tehdidi ile karşılaştığı İran'a iade

⁷⁶ CPT'nin 7. Genel Raporu, para. 34.

edilmesi; ve evvelce işkenceye maruz kalmış bir siyasi muhalifin Zanzibar'a iadesi bulunmaktadır.⁷⁷

Kayıp vakaları

Kayıp vakaları 3. Madde'nin ihlal edilmesi bağlamında ilginç bir konu oluşturmaktadır. *Kayıp vakaları*, bir kişinin Devlet görevlileri veya resmi yetkililer adına veya onların onayı ile hareket eden kimselerce kayıt dışı olarak alıkonulması durumunda ortaya çıkar. Kayıt dışı alıkoyma uygulamaları çoğunlukla kayıp kişinin öldüğünün teyid edilmesi veya "kayıp" kişinin akıbeti konusunda mutlak bir sessizliğe bürünülmesi ve aile fertlerinin o kişinin öldüğüne inanmaları ile sonuçlanır. Böylesi bir durum iki soruyu gündeme getirir: kayıt dışı olarak alıkonulan kişinin onuru nasıl etkilenir? Ve kayıp kişinin ailesi ve sevenleri bu durumdan nasıl etkilenir?

⁷⁷ Jabari Türkiye'ye karşı, 11 Temmuz 2001 tarihli karar.

AİHM bir kişinin kaybedilmesi olayını kendi başına bir insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele olarak değerlendirmek yerine, bunu 5. Madde kapsamında (özgürlükten yoksun bırakılmak) ele almayı tercih etmektedir. AİHM, bazı durumlarda kişilerin “kaybolmadan” önce kötü muamele gördüğüne ilişkin deliller olabileceğini kabul etmektedir.⁷⁸ Yine de AİHM, kayıp bir kişinin “kaybedilme” süreci sırasında maruz kalmış olabileceği muamelenin ancak spekülasyon konusu olacağına dikkat çekmiştir. AİHM’nin görüşüne göre, resmi kayıtlar dışında alıkonulan ve bu nedenle gerekli hukuki garantilerden yoksun olan kişilerin maruz kalacağı muamelenin aciliyeti, 3. Madde’den ziyade 5. Madde (özgürlükten yoksun bırakılmak) kapsamına giren ayrı ve vahim bir konu olmaktadır.

Yine de, AİHM kaybedilme olgusunun kayıp kişi üzerindeki etkisinin incelenmesinin bir görev

⁷⁸ Kurt Türkiye’ye karşı ve Kaya Türkiye’ye karşı davaları

olduğunu kabul etmektedir. *Kurt Türkiye’ye karşı* davasında başvuru oğlunun Türk Ordusu ve “köy korucuları” elinde kaybedildiğinden şikayetle, oğlunun gözaltına alındığından kesinlikle emin olduğu için savcıya başvurduğunu ifade etmiştir. Oğlunun köyde yakalanmasına kendi gözleriyle tanık olduğunu, o günden sonra oğlunu bir daha göremediği için güvenliğinden endişe ettiğini belirtmiştir. Ancak, savcı bu şikayeti ciddiye almamıştır. Sonuçta başvuru oğlunun alıkonulması ve ondan sonra başına gelenler hakkında hiçbir bilgi alamayışının yarattığı acıyla baş başa kalmıştır. Bu acı uzun süre devam etmiştir.

Bu koşullarda ve başvuru kişinin mağdurun annesi olduğunun anlaşılması ve yetkililerin kendisinin acı ve endişesine kayıtsız kalmaları nedeniyle kendisinin de mağdur durumuna düştüğünün saptanması sonucunda, AİHM 3. Madde’nin ihlal edildiğini kaydetmiştir. Ancak, AİHM *Kurt* davasının “kayıp bir kişinin” aile fertlerinin de 3. Madde’ye aykırı muamelenin mağduru olduğu

yolunda genel bir ilke oluşturmadığının altını açıkça çizmiştir.

Bir aile ferдинin böyle mağdur durumuna düşüp düşmeyeceği, başvurucunun çektiği acıya genellikle insan hakları ihlaline uğrayan mağdurların ailelerinin yaşadığı ruhsal streten farklı bir boyut ve nitelik katan özel faktörlerin mevcudiyetine bağlı olacaktır. Bu bağlamda önem kazanacak faktörler arasında aile bağının yakınlık derecesi -burada ebeveyn-çocuk ilişkisi belli bir ağırlık taşır- akrabalık ilişkisinin özel koşulları, söz konusu olaylara aile ferдинin ne ölçüde tanık olduğu, kaybedilen kişi hakkında bilgi edinme çabalarına aile ferдинin ne ölçüde katıldığı ve bu çabalara yetkililerin nasıl cevap verdiği yer alır.

Taş Türkiye'ye karşı davasında AİHM, başvurucunun çabaları karşısında yetkililerin tutumundaki kayıtsızlık ve vurdumduymazlık ve bu nedenle başvurucunun yaşadığı derin acı ve belirsizlik duygusunu dikkate alarak, yetkililerin

tutumu yüzünden başvurucunun 3. Madde kapsamında ihlal teşkil edecek ölçüde mağdur olduğunu saptamıştır. Benzer şekilde *Timurtaş ve Çiçek* davalarında da başvurucular kaybedilen kişinin ebeveynleriydi ve yetkililerin kayıtsız ve vurdumduymaz tutumundan mağdur olmuşlardı.

AİHM, bu tür ihlallerin temelinde yatan unsurun aile ferдинin “kaybedilişinden” ziyade, yetkililerin dikkatlerine sunulan bir konuda gösterdikleri tepki ve davranış olduğunu vurgulamıştır. İşte asıl bu nedenle bir aile ferdi yetkililerin tutumunun doğrudan mağduru olduğunu iddia edebilir.⁷⁹

Ayırımçılık

Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı Birleşik Krallığa karşı davasında AİHK, kurumsal ırkçılığın küçük düşürücü muamele ile eşdeğer olduğunu kaydetmiştir. Olaya ilişkin bilgiler

⁷⁹ Çakıcı Türkiye'ye karşı, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, Raporlar 1999, §§ 98-99.

konusunda AİHM AİHK'nun görüşüne katılmamış, ancak, bu gibi ayırımcılığın küçük düşürücü muamele ile eşdeğer olabileceği ilkesini kabul etmiştir. Bu yaklaşım şimdiki daimi

Mahkeme tarafından da benimsenmiştir. Cinsel eğilimleri nedeniyle İngiliz Silahlı Kuvvetlerinden ihraç edilen bir grup kişinin başvurusunu inceleyen AİHM:

bir çoğunluk grubunun bir azınlık grubuna karşı beslediği önyargıya dayalı muamelenin, ilke olarak 3. Madde kapsamına girebileceği hususunu dikkate alacağını⁸⁰ belirtmiştir.

Yine de AİHM, yapılan tahkikat ve onu takip eden ihraç politikasının başvuruçuların her biri açısından stresli ve onur kırıcı olmakla beraber,

⁸⁰ Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı Birleşik Krallığa karşı, 28 Mayıs 1985 tarihli karar, Ser A no. 94, s. 42, §§90-91.

davanın tüm koşulları dikkate alındığında, uygulanan muamelenin AİHS'nin 3. Maddesi kapsamına girecek ciddiyete erişmediği sonucuna varmıştır.⁸¹

3. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülükler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sağladığı haklardan gereği gibi yararlanılabilmesi için, pratik ve etkin güvenceler sağlanmalıdır. Örneğin, kötü muameleye karşı önleyici ve koruyucu güvencelerin bulunması esastır. Bu güvencelerin çoğu iç hukuk sisteminde, bireyleri her türlü saldırıya karşı korumaya yönelik önlemlerde ve mağdurların saldırıda bulunanlara karşı haklarını arama imkanlarında bulunur.

Bu pozitif yükümlülükler iki kategoriye ayrılır : iç hukuk sisteminin bireyleri yalnızca resmi

⁸¹ Smith ve Grady Birleşik Krallığa karşı, 27 Eylül 1999 tarihli karar.

görevlilerden değil, başka kişilerden gelen saldırılara karşı koruması, yani *Drittwirkung etkisi*; ve kötü muamele iddialarının araştırılması konusundaki prosedürle ilgili yükümlülükler.

3. Madde kapsamındaki prosedürel haklar

AİHS'nin 1. ve 3. Maddeleri Devletlere işkence ve diğer kötü muamele türlerini önlemek ve telafi edici olanaklar sağlamak konusunda pozitif yükümlülükler getirir. *Assenov ve Diğerleri Bulgaristan'a karşı* davasında AİHM, bir kişinin yasalara aykırı olarak ve 3. Madde'yi ihlal edecek şekilde polis veya diğer Devlet görevlilerince ciddi kötü muameleye tabi tutulduğuna dair tartışılabilir bir iddiada bulunması durumunda, 3. Madde hükmü, AİHS'nin 1. Maddesi hükmü olan Devletin "sınırları içinde bulunan herkese AİHS'nde tanımlanan hak ve özgürlüklerin sağlanması" genel görevi ile birlikte etkin bir resmi soruşturma yapılmasını gerektirir. Yapılan

soruşturma sorumluların tespiti ve cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır. Ancak, her vakada Devletin yükümlülüğü kendi yetki alanı içinde yapıldığı iddia edilen kötü muamele ile ilgilidir.

Labita İtalya'ya karşı davasında AİHM bu yükümlülüğü teyit etmiştir. Çünkü aksi takdirde, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaların genel hukuk kuralları çerçevesinde önlenmesi her ne kadar önemli olsa da, pratikte uygulanması mümkün olmazdı ve bazı durumlarda Devletin görevlileri denetimleri altındaki kişilerin haklarını istismar edebilirler ve bundan dolayı sorumlu tutulmaları da söz konusu olmazdı.

Drittwirkung etkisi

Son yıllarda AİHM'ne intikal eden bazı davalarda, bireylere karşı küçük düşürücü veya insanlık dışı muamelenin Devletin yetkilileri yerine, özel kişilerce uygulandığı görülmüştür.

Bu davalara bakarken AİHM 3. Madde'nin kapsamının ne kadar geniş olduğunu belirtmiş ve 3. Madde'nin getirdiği pozitif yükümlülüklerin ön planda olduğu alanlardan birinin de altını çizmiştir. Bu gibi durumlar, Devletin bireyleri kaynağı ne olursa olsun insanlık dışı muamelele karşı koruyan önlem ve mekanizmaları yerleştirme konusunda taşıdığı sorumluluğu vurgulamaktadır.

Yukarıda da değinildiği gibi, AİHS'ne taraf olan Devletler AİHS'nin 1. maddesi uyarınca, sınırları içinde bulunan herkese AİHS'nde tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük 3. Madde ile birleştiğinde, Devletlerin yetki alanları içinde bireylerin, özel kişiler de dahil olmak üzere hiç kimse tarafından işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele uygulamasına maruz kalmamalarını sağlayacak önlemleri almalarını gerektirir.

Birleşik Krallık'ta bu konuda ortaya çıkan ilk davada, genç bir erkek çocuk üvey babası tarafından şiddetli şekilde dövülmüştü. Saldırıda bulunmak suçuyla üvey baba aleyhine Mahkemede dava açılmıştı; ancak, Birleşik Krallık yasaları, bir ebeveynin çocuğuna saldırıda bulunmak suçuyla yargılanması durumunda, savunmasını “çocuğu terbiye” amacıyla bu eyleme başvurduğu gerekçesine dayandırmasına izin vermektedir.⁸² Çocuk ve babası bu yasaya karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde itirazda bulunmuşlar ve bu durumun aslında bireyleri yasaklanmış muamelele karşı koruyan bir hukuk sistemi bulunmadığı anlamına geldiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM mağduru haklı bulmuş ve Devletlerin yetki alanları içinde bulunan bireylerin işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz

⁸² 23 Eylül 1998 tarihli karar, 1998-VI.

kalmalarını engellemek üzere bazı önlemler almaları gerektiğini belirtmiştir.⁸³

Aynı şekilde, yakın geçmişteki bazı davalarda da AIHM, Devletlerin yetki alanları içindeki bireylerin, özel kişiler de dahil olmak üzere hiçkimse tarafından işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz kalmamasını teminen önlem almak zorunda olduklarını açıkça ifade etmiştir. Bu önlemler özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişilere etkin koruma sağlamalı ve yetkililerin bilgisi dahilinde olan veya olması gereken kötü muameleleri engelleyecek makul girişimler içermelidir. Aynı şartlar bireylerin, bakım ve gözetim amacıyla yerel yönetimlerin doğrudan sorumluluğunda veya denetiminde olduğu durumlar için de geçerlidir.

Birleşik Krallık'ta sosyal hizmetlerin ihmaline ilişkin diğer iddialarda 3. Madde'nin ihlal

⁸³ A Birleşik Krallığa karşı, 23 Eylül 1998 tarihli karar, 1998-VI, §22.

edildiği saptanmıştır. Bir davada, dört çocuk başvuru özel kişilerin elinde istismar edilmiş ve bu uygulama itiraza mahal bırakmayacak şekilde insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele eşliğine erişmiştir. Uygulanan muamele konusunda ilgili yerel yönetimin dikkati çekilmiştir. Yerel yönetimin yasal görevi çocukları korumaktı ve ellerinde çocukları evlerinden uzaklaştırmak da dahil, bir dizi yetki bulunmaktaydı. Ancak, çocukların acil bakım altına alınmaları, çok daha sonraki bir tarihte ve annelerinin ısrarı üzerine olabilmektedir. Aradaki dört buçuk yıl boyunca çocuklar kendilerini muayene eden bir çocuk danışmanı psikiyatrin ifadesine göre kendi evlerinde “dehşet verici deneyimler” yaşamışlardır. Birleşik Krallık Cezai Mağduriyetlerin Telafisi Kurulu (United Kingdom Criminal Injuries Board) da çocukların uzunca bir süre korkunç bir ihmale maruz kaldığını ve doğrudan bir şiddet eyleminden kaynaklanan fiziksel ve psikolojik tahribata uğradığını saptamıştır.

Avrupa Mahkemesi yerel yönetimlerin almak zorunda kaldığı kararların ne kadar güç ve hassas olduğunu ve aile yaşamına saygı gösterilmesi ilkesinin de tartışılmazlığını kabul etmekle birlikte, bu davada mevcut sistemin çocuk başvurucuları ağır, uzun süreli ihmal ve istismara karşı korumayı başaramadığı hakkında hiçbir şüphe olmadığını saptamıştır.⁸⁴

⁸⁴ Z ve Diğerleri Birleşik Krallığa karşı, 10 Mayıs 2001 tarihli karar.

Kötü muamele iddialarına verilecek tepkiler

İşkence yasağı yetkili yargı organlarının azami derecede dikkatli olmalarını gerektirir ve aynı zamanda bu organları kendi eylemleri nedeniyle 3. Madde'yi ihlal etme ve farklı ihlallere neden olma riski ile karşı karşıya bırakır.

Yargı organlarının yasa dışı cezaları uygulamak gibi yasaklanmış davranışlarda bulunmama konusundaki *prima facie* yükümlülüğüne ilave olarak, 3. Madde'ye ilişkin ihlal iddialarını soruşturmak gibi öncelikli bir yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu maddeye ilişkin ihlaller, temel insan hakları güvencelerini ciddi şekilde zedelediğinden, iddialara ilişkin soruşturma en yüksek standartta yürütülmelidir. Bu gibi soruşturmalar ayrıntılı, etkin ve sorumluların saptanıp cezalandırılmasını sağlayıcı nitelikte olmalıdır.

Bu görevi ifa ederken yetkili yargı organları bir davranışın ne zaman 3. Madde'ye aykırılık teşkil ettiğini tanımlayabilmeli ve doğru olarak analiz edebilmeli ve ihlal oluşan durumlarda yeterli telafinin sağlanmasını mümkün kılabilmelidir.

İhlal iddialarına yeterli tepkinin gösterilmemesi, yargı organları tarafından 3. Madde'nin ayrı ve farklı olarak ihlal edilmesine yol açabilir. Bu durum, ya 3. Madde'nin prosedüre ilişkin şartlarının yerine getirilmemesi veya yargı organlarının yaptıkları veya yapamadıkları girişimler nedeniyle telafi arayanlara eziyet çektirmeleri şeklinde ortaya çıkabilir.

Yargı organlarının elinde kişileri yasaklanmış davranışlara karşı etkin şekilde koruyacak araçlar olmalıdır. Diğer bir deyişle, etkin bir koruma sağlayabilmek için hukuk sisteminin yeterli bir yapıya sahip olması ve kullanılması gerekir. Hukuk sistemindeki boşluklar yargı organlarını 3. Madde'yi ihlal etme ihtimali ile karşı karşıya bırakacaktır.

İşkence iddialarının araştırılması

3. Madde'ye ilişkin ihlallere ait delillerin değerlendirilmesinde AİHM'nin benimsediği standart "makul ölçülerdeki şüphenin ötesinde" olmaktadır. Bu gibi deliller verilere ilişkin yeterince güçlü, açık ve tutarlı yorumlara veya itiraz götürmeyen varsayımlara dayanabilir.⁸⁵

Bir Devletin yetkili organları işkence veya insanlık dışı muamele iddialarını soruşturmak görevini üstlendiği zaman, ispat yükü normalde soruşturmanın ceza hukuku alanına mı yoksa medeni hukuk alanına mı girdiğine bağlıdır.

Ancak, ispat yükünün belli unsurları vardır ki, bir Devletin yetkili organları 3. Madde'nin şartlarını yerine getirmek için bunları soruşturmalarında uygulamak zorundadır. Örneğin, bir kişinin polis tarafından alıkonulduğunda sağlığının yerinde

⁸⁵ İrlanda, para. 161.

olmasına karşılık, gözaltından çıktığında yaralı olduğunun görülmesi halinde, AİHM ispat yükünün söz konusu yaralanmanın nasıl oluştuğu konusunda inandırıcı bir açıklama getirmek durumunda olan yetkililerde olduğunu açıkça belirtmiştir.⁸⁶

İç hukuk bağlamında bakıldığında, soruşturmayı yürüten yetkililer incelemelerini, mağdurların gözaltına alınmadan önce sağlıklarının yerinde olduğu, ancak gözaltından çıktıklarında yaralı oldukları konusunda *prima facie* delil sunmaları halinde, bu yaralanmaların nasıl oluştuğuna dair inandırıcı bir açıklama getirme yükümlülüğünün bu kişileri alıkoyan yetkililerde olması temelinden başlatmalıdır.

⁸⁶ Tomasi Fransa'ya karşı, 27 Ağustos 1992 tarihli karar, Seri A no.241-A, ss.40-41, §§108-111; Ribitsch Avusturya'ya karşı, 4 Aralık 1995 tarihli karar, Raporlar 1996, s.26, § 34; Aksoy Türkiye'ye karşı, 18 Aralık 1996 tarihli karar, s.17, § 61.

2. Madde çerçevesinde yürütülen soruşturmalarda olduğu gibi, işkence veya insanlık dışı muamele iddialarını araştıran soruşturmalar da sorumluların saptanması ve cezalandırılmasına olanak sağlayacak nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde, işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve cezaların yasaklanmasına ilişkin genel yasal hüküm, taşıdığı temel öneme rağmen, uygulamada etkisiz kalır ve bazı durumlarda Devlet görevlilerinin denetimleri altındaki kişilerin haklarını istismar etmeleri ve bunun sonucunda da cezalandırılmaları ihtimalini doğurabilir.

3. Madde'nin yukarıda belirtilen gereklerini yerine getirmek için bu soruşturmalar yeterince ayrıntılı ve etkin olmalıdır. Bu soruşturmaları yürüten yargıç ve müfettişler, AİHK ve AİHM'nce başka sistemlerde tespit edilen soruşturma sürecine ilişkin eksiklikler konusunda müteyakkız olmalıdır. Soruşturmaları gözden geçiren yetkililer aşağıdaki koşulları sağlamalıdır:

- Savcılar veya soruşturmayı yürüten yetkililer kötü muamele iddiaları konusunda polis veya güvenlik güçleri mensuplarını sorgulamaktan veya ifadelerini almaktan kaçınmamalı veya çekinmemelidir.
- Savcılar veya soruşturmayı yürüten yetkililer nezarethane kayıt defterleri gibi gerçeği veya kötü muamele iddialarını ortaya çıkaran belgelerin doğrulanması için gerekli önlemleri almalı veya polis veya Güvenlik Güçlerince verilen bilgilerdeki çelişkiler, tutarsızlıklar ve boşlukların üzerine gitmelidir.
- Savcılar, işkence iddiaları konusunda, adli tıp delilleri de dahil olmak üzere, bağımsız ve teyit edici delilleri elde etmeye çalışmalıdır. *Aydın Türkiye'ye*

- karşı* davasında, başvuru gözetiminde tutulduğu sırada tecavüze uğradığına dair şikayete bulunmuş olmasına rağmen, savcı doğru tıbbi testi yaptırmamış ve zorla cinsel ilişki kurulduğunun delillerini ortaya koyacak testleri yaptırmak yerine, mağdur bekaret testine göndermiştir.
- Savcılar, başvurucular veya tanıklardan ifade alınması sürecinde herhangi bir gecikme olmasına izin vermemelidir.
 - Savcılar, kötü muamele şikayetleri ve gözle görülen kötü muamele izleri karşısında derhal harekete geçmelidir. *Aksoy Türkiye'ye karşı* davasında, Cumhuriyet Savcısı, başvuru maruz kaldığı aşırı yaraları görmüş olması gerekmesine rağmen, hiçbir girişimde bulunmamıştır.

Benzer durumlara *Tekin ve Akkoç* davalarında da rastlanmıştır.

- Savcılar, kötü muamele uygulayan Devlet görevlilerini sıkı ve ciddi takibe almalıdır. Bazı durumlarda savcılar, işkence sorumlularını takip edecekleri yerde, kötü muamele mağduru olan kişi hakkında dava açmışlardır. Örneğin, *İlhan Türkiye'ye karşı* davasında, başvuru yakalanması sırasında yaralanmış, ama buna rağmen güvenlik güçleri'nin emrine uymadığı gerekçesiyle hakkında dava açılmıştır. Buna karşılık, kendisine kötü muamele uygulayan güvenlik güçleri hakkında hiçbir işlem yapılmamıştır.
- Savcılar, kolluk kuvvetleri ve güvenlik güçleri'ne karşı hürmetkar ve kusurları görmezden

gelen bir tutum içinde olmamalı ve onların hatalı uygulamalarına ilişkin iddiaları gözardı veya dikkate almazlık etmemelidir. Özellikle, Savcılar Devlet görevlilerinin haklı olduğu ve her türlü kötü muamele izinin yasal bir uygulama sonucunda oluştuğu veya şikayette bulunan kişinin davranışı nedeniyle gerekli hale geldiği gibi varsayımlarda bulunmamalıdır. Bu tutum çoğunlukla işkence iddialarında ortaya çıkmaktadır.⁸⁷

Soruşturmalar sırasında yüksek standartlar uygulanmasını gerektiren bir diğer alan da doktor ve adli tıp muayeneleridir. Birbiriyle çelişen iki ifadenin doğrulanmasında güvenilir tıbbi raporlar tayin edici rol oynadığından, bu gibi delillerin

⁸⁷ Aydın Türkiye'ye karşı, op. cit., para.106; Aksoy Türkiye'ye karşı, Kom. Rap., op. cit., para 189; Çakıcı Türkiye'ye karşı, Kom. Rap. Para.284.

sadece varlığı değil, aynı zamanda bağımsız ve eksiksiz olmaları da önemlidir. AİHM, aşağıdaki durumlarda 3. Madde kapsamındaki prosedür ile ilgili hakların yetersizliğinden kaynaklanan şu sorunları saptamıştır :

- alıkonulan kişilere uygulanan adli tıp muayenelerindeki yetersizlik, muayenenin kalifiye olan kişilerce yapılmaması ;⁸⁸
- başvurunun iddialarına ayrıntılı olarak yer vermeyen veya herhangi bir sonuç içermeyen kısa, ayrıntısız tıbbi rapor ve belgeler kullanılması;
- düzenlenen raporun açık olarak polis memuruna teslim edilmesi;
- ölen kişilere yeterli adli tıp muayenesi yapılmaması ve yaraların ayrıntılı tarifini içeren raporlar düzenlenmemesi;

⁸⁸ Akkoç Türkiye'ye karşı, Kom. Rap., op. cit.; Aydın Türkiye'ye karşı karar, op. cit., para.107

- yeterli deneyim sahibi olmayan hekimlerce muayene yapılması ve vücutta görülen izlerin fotoğrafının çekilmemesi veya analizinin yapılmaması;

Hayati önem taşıyan bir diğer konu da, Devlet görevlilerince işlenen bazı suç kategorileri hakkında dava açılmasında, savcıların yetki alanına hiçbir engel getirilmemesi, örneğin savcıların işkence suçluları hakkında dava açmak kararını verirken bağımsızlıklarının kısıtlanmamasıdır.

Soruşturmalarda sorun yaratan bir diğer konu da, başvuru sahiplerinin veya mağdur olduğu iddia edilen kişilerin akrabalarının telafi edici sistemlere erişememeleri, hukuki sürecin işleyişi veya soruşturmanın sonuçları hakkında kendilerine hiçbir bilgi verilmemesi ve olaya karışan kişilerin akrabalarına bilgi aktarılmaması veya gecikmeli olarak aktarılmasıdır.

Sayılan tüm bu eksiklikler, yaygın bir istismar olduğu yolundaki iddiaların bulunması halinde, mevcut ihlalleri daha da vahimleştirir.⁸⁹ Bu durumun yaratacağı etkiler aşağıda irdelenmiştir.

Soruşturma açılmaması

İddialar hakkında doğru ve tutarlı bir soruşturma açılmaması durumunda yasaları uygulayan yetkililer, insanlık dışı muamele suçlarının dokunulmazlığı gibi bir kısır döngünün

tohumlarını atmak riskini taşır. Bu gibi bir dokunulmazlık söz konusu olduğu zaman, 3. Madde'nin ihlal edilmesi yolunda sistemli bir idari uygulama veya hoşgörü politikası olduğu da söylenebilir.

1970'li yıllarda Kuzey İrlanda ile ilgili bir dizi davada insanlar yalnızca işkence mağduru

⁸⁹ Labita İtalya'ya karşı, Başvuru No.26772/95, §121, AİHM 2000-IV; Dikme Türkiye'ye karşı, Başvuru No.20869/92, 11 Temmuz 2000.

olmayıp, aynı zamanda AİHS'ni ihlal edici sistemli bir uygulamanın da mağduru olduklarını iddia etmişlerdi.⁹⁰

Sistemli uygulamayı tayin eden unsurlar, *eylemlerin tekrarı* ve *resmi hoşgörü*'dür. Eylemlerin tekrarı kasıt, genel bir durumun ifadesi olan çok sayıda eylemin bulunmasıdır. Resmi hoşgörü ile kastedilen ise, eylemler açıkça yasa dışı olmasına rağmen hoşgörüyle karşılanmasıdır. Öyle ki, doğrudan bu eylemlerin sorumlularının amirleri durumun farkında olmakla birlikte, sorumluları cezalandırmak veya eylemlerin tekrarını önlemek için hiçbir girişimde bulunmazlar; veya birden fazla iddianın ileri sürülmesi durumunda, daha yüksek bir makam bu iddiaların doğruluğu veya yanlışlığı hakkında yeterli bir soruşturma yapılmasını reddetmek suretiyle kayıtsızlığını gösterir; veya yargı sürecinde bu gibi şikayetlerin adilce dinlenilmesine izin verilmez.⁹¹

⁹⁰ Donnelly ve Diğerleri Birleşik Krallığa karşı, 4DR 4.

⁹¹ Yunan davası, Rapor, s. 195-196.

Bu nedenle, resmi hoşgörü konsepti belli bir sistematik uygulamanın resmen onaylanmasından çok daha fazlasını yansıtır. Adeta yetkililerin sistemli bir uygulamanın mevcudiyetine veya böylesi bir uygulamayı gösteren delillere karşı verdikleri tepkilerde takındıkları tutumu gösterir. Bu bağlamda, resmi hoşgörü konusu, yetkili makamlarca kötü muamele eylemlerinin tekrarını sona erdirici girişimler ve bu amaca erişmek için atılan adımların etkinliği üzerinde odaklanır. AİHK şu saptamayı yapmıştır :

*Spesifik bir mevzuat olmaması veya mevcut mevzuata aykırı davranılması durumunda, sistematik bir idari uygulama olabilir..... Asıl karar verilmesi gereken husus, daha yüksek makamların eylemlerin tekrarını sona erdirme konusunda etkin olup olmadığıdır.*⁹²

⁹² 6 Aralık 1983 tarihli karar, 35 DR 143, 164.

AİHS'nin Devlet görevlileri tarafından ihlal edilmemesini güvence altına alan ve AİHS'nde yer alan yükümlülüğün anlamı, yetkililerin eylemlerin tekrarını engelleyemeyen girişimlerinin, resmi hoşgörünün varlığını reddeden bir savunma olamayacağıdır. Bu nedenle, Hükümetler (özellikle kamuoyu ve medyanın ilgi odağı olan davalarda) sadece tek tük yargılama örneklerini göstermekle yetinmeyip, kötü muamele suçlusu olduğu iddia edilen kişilerin sistemli olarak takibata alındığı ve haklarında dava açıldığını göstermelidir.

AİHS'ni ihlal edenlere karşı herhangi bir girişimde bulunulmadığı ortamlarda, tek başına tazminat sisteminin işletilmesi, örneğin işkence durumunda, bir Devlet'e işkence yapma hakkının bedelini ödeme imkanını verecektir.

Bir yandan prosedüre ilişkin eksiklikler hakkında soruşturma açılmaması, öte yandan tepkisiz bir sistemin yarattığı etkiler, aile fertlerine karşı dolaylı yükümlülüklerle de yol açabilir. Yine *Kurt*

davasında AİHM davanın özel koşullarını dikkate alarak, başvuruçunun 3. Madde'nin ihlali nedeniyle mağdur olduğu sonucuna varmıştır. AİHM başvuruçunun, ağır bir insan

hakları ihlali olayının mağdurunun annesi olması nedeniyle çektiği acı ve endişe karşısında, yetkililerin ilgisizliği sonucunda kendisinin de mağdur olduğuna dikkat çekmiştir.

Diğer uluslararası standartlar

Tavsiye kararları

İşkence ile mücadele etmek için benimsenecek güvencelerin eksiksiz olarak uygulanması konusunda yargı organlarının dikkate almaları gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilave olarak başka uluslararası standartlar da bulunmaktadır. Şöyle ki;

- Mahkumlara Yönelik Muameleye İlişkin Asgari Kurallar hakkında 1957 ve 1977 tarihli Birleşmiş Milletler Standartları ;
- Mahkumlara Yönelik Muameleye İlişkin Asgari Kurallar hakkında Avrupa Konseyi Standardı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R(73) sayılı Tavsiye Kararı;

- Avrupa Cezaevi Kuralları, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R(87)3 sayılı Tavsiye Kararı;
- 1979 tarihli Polis Deklarasyonu, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 690 sayılı Kararı;
- 1979 tarihli Birleşmiş Milletler Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları;
- Her Tür Gözaltı veya Hapis Koşullarında Tutulan Tüm Kişilerin Korunmasına İlişkin 1988 tarihli Birleşmiş Milletler İlkeler Manzumesi;
- Özgürlüklerinden Yoksun Tutulan Çocuk Suçluların Korunmasına İlişkin 1990 tarihli Birleşmiş Milletler Kuralları;
- Çocuk Suçlulara İlişkin Adalet Uygulamalarında Asgari Kurallar hakkında 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Standardı (“Pekin Kuralları”)

CPT ile işbirliği ve CPT'nin tavsiyelerine uyulması

Avrupa Konseyi, İşkence ve İnsanlık Dışı ve Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ni 1994'de kabul etmiştir. Avrupa Konseyi'ne üye olan tüm Devletler bu Sözleşmeyi kabul etmiştir.⁹³

Sözleşme çerçevesinde, üye Devletlerin çeşitli mesleklerden seçtikleri temsilcilerle eşit sayıda bağımsız ve tarafsız uzmandan oluşan bir Komite (CPT) kurulmuştur. Komitenin kuruluş amacı, Sözleşmeye taraf olan bir Devletin yetki alanı içinde bulunan yetkili organlarca kişilerin özgürlüklerinden yoksun tutulduğu (örneğin, cezaevleri, polis ve jandarma karakolları, hasta mahkumları kabul eden Devlet Hastaneleri veya

⁹³ Bu kitapçık yazıldığı sırada tek istisna, Avrupa Konseyi'ne henüz üye olmuş olan (Nisan 2002) Bosna Hersek'di.

özel hastaneler, yabancılar için özel alıkoyma yerleri gibi) yerlere periyodik ve *ad hoc* denetim ziyaretleri düzenlemektir.

Bu gibi yerlerde, Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) tarafından düzenlenen ziyaret modeline uygun olarak, uzmanlar özgürlüklerinden yoksun tutulan kişilerle serbestçe ve tanık olmadan görüşmeye yetkilidir. Sözleşmenin en temel özelliği, CPT ile Devlet arasında kurulacak işbirliği ilkesidir. Devletlerin işbirliği yükümlülüğü ile elde ettikleri kazanım, tüm sürecin gizliliğidir. İlgili Hükümete sunulan denetim ziyaretine ilişkin rapor ve tavsiyeler, Hükümet bunları yayınlamak kararı almadığı sürece gizli tutulur. Sözleşmeyi değiştiren ilk Protokol, Avrupa Konseyi üyesi olmayan, ancak Bakanlar Komitesi tarafından Sözleşmeye taraf olmaya davet edilen Devletlere Sözleşmeye katılma imkanını getirmiştir.

Düzenlediği her denetim ziyaretinde CPT (hukuki veya pratik) güvencelerin nasıl

iyileştirileceğine dair tavsiyelerde bulunur. Yukarıda da belirtildiği gibi, özgürlüklerinden yoksun tutulan kişiler muhtemel bir işkence veya insanlık dışı muamele uygulamasına karşı özellikle hassas konumdadır. Bazı durumlarda, bizzatıhi alıkoyma koşulları mahkumların ruhsal ve fiziksel sağlığını ciddi ölçüde bozabilir ve bu nedenle kötü muamele, hatta işkence oluşturabilir.

Özgürlüklerinden yoksun tutulan kişilerden sorumlu olan tüm yetkililer, koşulların ve güvencelerin nasıl iyileştirilebileceği konusundaki CPT tavsiyelerini özellikle dikkate almalıdır.

Örneğin, mahkumların aşırı kalabalık nedeniyle çok kötü koşullarda tutulmalarının başlıca nedeni, yargılama öncesi çok uzun süre tutuklu kalınmasına yol açan yasa ve uygulamalardır ki, bu durumu sanığın kaçma riski veya çatışma riski ile açıklamak mümkün değildir. Bu gibi halen mevcut yasa ve uygulamalar değiştirilerek, aşırı

kalabalık sorunu giderilebilir. Bu bağlamda, özellikle önemli olan bir konu, duruşma öncesi tutukluluk döneminde çocukların durumudur, çünkü onlar kötü muameleyle karşı çok daha hassas konumdadır.

CPT önceki raporlarında, yetkililerin iyi niyetine rağmen, ekonomik koşullar nedeniyle bazı durumlarda Komite'nin tüm şartlarını yerine getirmenin zor olabileceğini de belirtmiştir. Bu nedenle CPT, tavsiyelerinin uygulanması konusunda, daha proaktif bir yaklaşım benimsenerek, uygun durumlarda Devletlere yardımcı olacak pozitif önlemlerle sorunun çözümüne katkıda bulunulabileceğini düşünmektedir.

Adli Tıp

CPT bir kamu açıklamasında adli tıp doktorları için bağımsızlık, uzmanlık eğitimi ve geniş yetki tanınması gibi koşullar yerine getirilmediği takdirde, sistemin ters etki yaratarak işkence ve

kötü muameleyle mücadeleyi daha da zorlaştıracağına işaret etmiştir.⁹⁴

Bu nedenle, her iç hukuk sisteminde adli tıp uzmanları ve geniş yetkilerle donatılmış bağımsız bir kurumun bulunması, işkence ve insanlık dışı muameleyle başvuranlara karşı güvence işlevini görmek açısından fevkalade önemlidir.

İşkence iddialarının araştırılmasında adli tıbbın gerekli bir araç olmasının yanı sıra, suçla mücadelede de adli tıptan yararlanılması önemlidir. Çoğunlukla işkence ve insanlık dışı muamele, bir suç vakasını çözmeye yardımcı olacağı bahanesiyle zanlıdan itiraf veya bilgi alabilmek için uygulanır. Suçla mücadelede başvurulacak adli tıp kaynaklarının az olması durumunda, insanlık dışı muamele uygulamak yoluyla bilgi almak eğilimi artar.

Bu koşula ek olarak, tüm yargıç ve savcıların özgürlüğünden yoksun tutulan bir kişi veya

⁹⁴ CPT'nin 1996 tarihinde yaptığı Türkiye ile ilgili kamu açıklaması.

zanlıdan bilgi almak amacıyla uygulanan hiçbir insanlık dışı muameleyle karşı asla hoşgörülü olmamaları gerekir. Bu gibi yöntemler kullanılarak elde edilen bilgiler kesinlikle delil olarak kabul edilmemeli ve dikkate alınmamalıdır. İnsanlık dışı muamele veya işkenceye başvurularak elde edilen bilgilerin güvenilir olmadığı vurgulanmalıdır.

Asıl sorun, özgürlüğünden yoksun tutulan bir kişinin yasal olmayan bir muameleyle maruz kaldığı yolunda savcıya bildirimde bulunması, ancak savcının konuyla ilgilenmemesi

durumunda ortaya çıkar. Bir vakayı objektif olarak değerlendirmek yerine, polisi savunmak eğiliminin bertarafı için çaba harcanmalıdır.

Yargı organlarının kayıtsızlığı sonucunda prosedür açısından 3. Madde'nin ihlal edilerek bir aile ferdinin mağdur duruma düşüp düşmeyeceği, başvurunun çektiği acıya, ağır bir insan hakkı ihlali mağdurunun akrabası olarak

yaşadığı duygusal stresten daha farklı bir boyut ve nitelik kazandıran özel faktörlerin bulunup bulunmadığına bağlı olacaktır.

Bu bağlamda, özgürlüklerinden yoksun tutulan kişiler salıverildikten sonra başvurulacak bağımsız ve ayrıntılı bir tıbbi muayene sisteminin bulunması çok önemlidir. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) usulünce yapılan tıbbi muayenelerin, gözaltında tutulan kişilere yönelik kötü muameleye karşı temel bir güvence teşkil edeceğini vurgulamıştır.

Bu muayeneler bir uzman hekim tarafından, polis memurları hazır bulunmadan yapılmalı ve muayene raporunda hem tespit edilen yaralar ayrıntılı olarak tarif edilmeli, hem de bunların nasıl oluştuğu konusunda hastanın ifadesi ve bu ifadenin bulgularla tutarlı olup olmadığına dair hekimin görüşü belirtilmelidir.

Muayenelerin bugün olduğu gibi gelişigüzel ve toplu şekilde yapılması, bu güvencenin

etkinliğini ve güvenilirliğini azaltır. Hem eski AİHK, hem de AİHM bu görüşü benimsemiştir.⁹⁵

Kolluk Kuvvetlerinin davranışı

Aslında kötü muamele uygulamalarının çoğu polis merkezlerindeki gözaltı sırasında, yakalamadan hemen sonraki saatlerde, sanığın avukatına ve doktora erişemediği, ailesi ile temas kurmasına izin verilmediği dönemde cereyan eder. Genelde amaç itiraf almaktır.

Bununla mücadele edebilmek için, yargı organları her türlü çabayı sarf ederek, özgürlüklerinden yoksun tutulan kişilerin haklarının hem yasayla korunması, hem de pratikte uygulamasını sağlamalıdır. Bu haklar arasında, özgürlüklerinden yoksun tutulan kişilerin usulüne uygun olarak kaydının yapılması, ne zaman, nerede ve kimin tarafından gözaltına alındığı veya bir yerden başka bir yere

⁹⁵ Aydın Türkiye'ye karşı, 10 Ekim 2000 tarihli karar.

sevk edilip edilmediği gibi prosedüre ilişkin haklar da bulunur.

Diğer güvenceler arasında, gözaltı süresinin ilk aşamalarında avukat ve doktora erişim bulunur. Tüm gözaltı uygulamaları hukukun üstünlüğüne ve bir yargı yetkilisinin denetimine tabi olmalıdır.

İşkence ve kötü muameleyi engellemeye yönelik tüm yasal, idari, yargısal ve diğer önlemler yargı organlarınca alınmalı ve yürütülmelidir. Bu önlemler arasında özgürlük ve güvenlik hakkına ve adil yargılanma hakkına saygı, sorgulama kurallarının gözden geçirilmesi, işkence uygulayarak elde edilen deliller ve itirafların yargı sürecinin dışında tutulmasına ilişkin mevzuatın kabulü, kişilerin tutulduğu tüm yerlerin düzenli olarak bağımsız denetime tabi tutulması, non-refoulement ilkesine saygı, özellikle yargıç ve savcılar, kolluk kuvvetleri, polis teşkilatı, silahlı kuvvetler ve sağlık

personeline işkencenin önlenmesi konusunda bilgi aktarımı ve eğitim verilmesi sayılabilir.

Bu hayati dönemde işkencenin engellenmesine ilişkin güvencelerin en etkin şekilde sağlanabilmesi için sürekli tetikte olan sıkı bir rejim uygulanmalıdır.

Nihayet, bir delil türü olarak itiraflardan yararlanılması konusunda caydırıcı önlemler alınmalı ve bu şekilde kolluk kuvvetlerinin gereksiz kuvvete başvurarak itiraf almaya çalışmaları engellenmelidir.

Gerginlik ve çatışma ortamları

İşkence yasağının mutlaklığı kabul edilmekle beraber, çoğu zaman güvenlik endişeleri gerekçe gösterilerek yaygın kötü muamele en feci örnekleriyle uygulanır.

Çatışma ortamı nedeniyle işkenceye karşı korumanın azaltılması önlenmelidir. Tahkikatı

yürüten yetkililer ve yargı organlarının işkenceye karşı sağlanan güvencelerin mutlaklığına saygılı olmaları ve çatışma ortamlarında yasaklanan davranışlara başvurulmasını açıklayıcı gerekçeler gösterilmesi karşısında hoşgörülü olmamaları şarttır. Çatışma ortamlarında işkence veya insanlık dışı muamele uygulanması halinde, sorumlulardan hesap sorulması için de aynı çabalar sarf edilmelidir.

Risk altındaki gruplar

Yargı organları ve tahkikatı yürütmekle görevli yetkililer, işkence veya kötü muameleye maruz kalma konusunda özel risk altında olan bazı gruplara karşı özellikle hassas davranmalıdır. Bu durum, en çok azınlık grupları mensupları, mülteciler ve diğer yabancı uyruklular için geçerlidir.

Risk altındaki ikinci bir grup da ifade, örgütlenme ve toplantı düzenleme özgürlüğünü kullananlar (siyasi muhalifler, gazeteciler ve

insan hakları savunucuları) ile müvekkillerine uygulanan muameleden şikayetçi olan avukatlardan oluşur. Ancak, bu son gruba girenler davalarını bazen uluslararası toplumun dikkatine sunmak imkanını bulmalarına karşılık, örneğin yaygın olduğu iddia edilen dayak gibi uygulamaların mağdurları çoğu zaman şikayette bulunmaya bile cesaret edemez.

Tahkikat ve yargı süreci

İşkence uygulandığı konusunda inandırıcı bulgular saptanır saptanmaz derhal tarafsız bir soruşturmanın başlatılması, sorumluların yargılanması ve suçlu bulunmaları halinde kendilerine uygun bir cezanın verilmesi, 1., 3. ve 13. Madde'lere ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ve yasaklanan davranışlara başvurma eğiliminde olanlara karşı önleyici bir mekanizma oluşturulmasında esastır.

Telafi edici önlemler

Mağdurlara, rehabilitasyon da dahil olmak üzere, telafi edici önlemler derhal sağlanmalıdır. Bu yükümlülük Avrupa Konseyi üye Devletlerinin

çoğunun taraf olduğu Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nde açıkça belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi
İnsan Hakları Genel Direktörlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex

<http://www.humanrights.coe.int/>

Bu insan hakları el kitapları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin belirli maddelerinin Strasbourg'daki AİHM tarafından nasıl uygulandığı ve yorumlandığı konusunda hazırlanmış pratik kılavuzlardır. Bu kitaplar başta yargıçlar olmak üzere hukukçular düşünülerek yazılmış olmakla birlikte, diğer ilgili okurların da erişimine açıktır.