

İNSAN HAKLARINDA SEMANTİK BOZUM: “İŞKENCE”DEN “KÖTÜ MUAMELE”YE*

Hüseyin MECEK**

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, ilk beş yılda verdiği bireysel başvuru kararlarının çoğunda insan hakları hukukunda ulusal ve uluslararası literatür tarafından genel kabul görmüş “*işkence yasağı*” ya da “*işkence ve kötü muamele yasağı*” kavramını kullanmıştır. 21.2.2019 tarihinden sonra verdiği kararlarda ise işkence kelimesinden arındırılmış bir adlandırma yöntemi benimsemiştir. “*İşkence*” kelimesinin dışlandığı bu yeni adlandırma insan onurunu koruma gayesi güden “*işkence yasağı*”nın mutlaklığına da zarar verebilecek bir girişimdir. Kelimeler düşüncenin giydirildiği kıyafetler gibidir. Her bilim dalının kendine özgü terimleri bulunmaktadır. Çalışmada, hukukta terim hâline gelmiş, bizzat kendisi tarafından benimsenmiş bir ifade tarzının semantik olarak en üst yargı yerince değiştirilmesinin dil felsefesi de dikkate alınarak nedenleri ve potansiyel sonuçları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, İşkence Yasağı, Semantik Bozum, Adlandırma, Anayasa Mahkemesi.

* DOI: 1033432/ ybuhukuk.940026 - Geliş Tarihi: 21.05.2021 - Kabul Tarihi: 21.06.2021.

** Anayasa Mahkemesi Raportörü, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı doktora öğrencisi, 07mecek@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0987-9678.

SEMANTIC DEPARTURE IN HUMAN RIGHTS: A SHIFT FROM “TORTURE” TO “ILL-TREATMENT”

ABSTRACT

In many of the decisions and judgments rendered in the first five years of the individual application mechanism, the Turkish Constitutional Court (“the Court”) has employed the notions of “*prohibition of torture*” or “*prohibition of torture and ill-treatment*” and accepted the terminology in the national and international literature in human rights law. However, in its judgments rendered after 21 February 2019, the Court has adopted a new terminology which excludes the term “*torture*”. Such exclusion could be a disoriented initiative that may jeopardize the absolute nature of the prohibition of torture that seeks to protect human dignity. The words are like the flesh and bones of thoughts. Every discipline has its own specific terminology. Also taking into account the philosophy of language, this paper deals with the causes and possible consequences of such shift by the Court.

Keywords: Human Rights, Prohibition of Torture, Semantic Departure, Denominate, the Turkish Constitutional Court.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) 3., Anayasa'nın 17/3. maddesinde düzenlenen “*işkence ve kötü muamele yasağı*”, Anayasa Mahkemesinin (AYM) ilk beş yıllık süreçte verdiği bireysel başvuru kararlarının büyük çoğunluğunda “*işkence*” kelimesiyle birlikte çeşitli kullanım biçimlerine sahipken 21.2.2019'dan sonra verilen kararlarda “*işkence*” kelimesinden soyundurulmuş/ayıklanmış biçimde kullanılmaya başlanmıştır. Özellikle ihlal bulunmayan ya da yalnız usul yükümlülüğünden ihlal bulunan durumlarda “*kötü muamele yasağı*”, yasağın maddi boyutundan ihlal bulunan durumlarda ise nitelendirmeye gidilerek “*işkence yasağı*”, “*eziyet yasağı*”, “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı*” biçiminde adlandırılmaya başlanmıştır.

Bir şeyin adlandırılmasının müsebbibi adlandırıcının düşünce yetisiyse¹ ve ad onu koyanın niyetini ortaya koyuyorsa² adlandırmadaki bu semantik (anlam bilimsel) değişikliğin yeter sebebi nedir?

I. İŞKENCE YASAĞININ ÖZGÜL NİTELİKLERİ

Tüm sözleşmelerde işkence, diğer kötü muamele türleriyle birlikte düzenlenmektedir. İşkence, en barbar ve zalimane muamele türü olduğu için “*jenerik kavram*” olarak görülmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (İHEB) 5. maddesine göre “*Hiç kimse işkence veya zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz.*” AİHS'in 3. maddesinin kenar başlığında “*İşkence yasağı*” ibaresi kullanılmış ancak madde metninde “*zalimane*” kelimesi dışında İHEB'deki aynı ibarelere yer verilmiştir. Gerek İHEB gerekse AİHS'nin hazırlanma aşaması dikkate alındığında işkence kavramının vurgulanması anlamlıdır. İşkence kadar ağır olmasa da diğer bazı eylem ve işlemlerin de en az işkence kadar olumsuz niteliği nedeniyle uluslararası sözleşmelerde ve 1982 Anayasası'nda aynı maddede

¹ **Platon** (2016) *Kratylos, Giriş, Metin, Çeviri ve Dizinler*, 1. Cilt, (Eski Yunanca aslından çeviren: Gören, Erman) İstanbul, Dergâh Yayınları, s. 139.

² **Platon**, s. 143.

düzenlenmekte ve işkenceyle aynı hukuki sonuçlar öngörülmektedir.³

İşkenceye karşı imzalanan üç özgül sözleşmeden ikisinin başlığı hem işkenceyi hem de işkenceyle aynı hukuksal sonuca bağlanan diğer kategorideki muameleleri (kötü muamele) barındırmaktadır: “Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme” (BM İşkenceye Karşı Sözleşme), “Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Sözleşme”. “İnter-Amerikan İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi” ise adından da anlaşılacağı üzere yalnızca işkence ifadesini kullanmıştır.⁴

Bu sözleşmelerin maddelerinde “işkence” (torture) teriminin hemen ardından “zalimane davranış” (cruel treatment), “insanlık dışı muamele” (inhuman treatment), “aşağılayıcı muamele” (degrading treatment), “insanlık dışı ceza” (inhuman punishment), “aşağılayıcı ceza” (degrading punishment) kavramlarına yer verilmektedir. BM İşkenceye Karşı Sözleşme’de işkence ile diğer muameleleri tek bir madde yerine ayrı ayrı maddelerde düzenlemiştir. Bu sözleşmenin 1. maddesinde işkence, 16. maddesinde ise diğerleri düzenlenmiştir.⁵

İşkence, yan yana kullanıldığı diğer muamele türlerinden birçok açıdan ayrılır. Bazı muameleleri işkence kategorisinden ayırmak yasağın derinliğinin zedeler. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerde işkence ile insan onurunun ortadan kaldırılması sonucunu doğuran eylemler işkenceden hemen sonra zikredilerek aynı kategoride değerlendirilmektedir.⁶

Aslında bu yasakların hepsinin ortak özelliği tümünün kötü muamele olmasıdır fakat “kötü muamele” işkencenin ağırlığını karşılayabilecek bir kavram değildir. Bu yüzden onu diğerlerinden farklılaştırmak üzere bütün dillerde ayrı terimler kullanılmıştır. Ağır bir temel hak ve özgürlük ihlali sayılan işkence bu nedenle “tüm kötü muamele türlerinin jeneriği” olarak kabul edilir.

³ Anayurt, Ömer (2008) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Atilla Özer’e Armağan) C: 12, S: 1, 2, s. 423.

⁴ Anayurt (2008) s. 423.

⁵ Anayurt (2008) s. 424.

⁶ Anayurt (2008) s. 424.

Dolayısıyla mevzuatta işkenceyi diğerlerinden ayırt etmek amacıyla işkence ve diğer kötü muameleler olmak üzere ikili kategorizasyona gidilmektedir. İşkence dışında kalan insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelere “*kötü muamele*” denilmektedir.⁷

AİHS'nin “*İşkence yasağı*” başlıklı 3. maddesi şöyledir: “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” Anayasa'nın “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlıklı 17. maddesinin üçüncü fıkrası ise şöyledir: “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*”

Sözleşme'nin 3. ve Anayasa'nın 17. maddelerinin ifade tarzı, bir hakkın tanınması şeklinde değil işkence teşkil eden fiillerin yasaklanması şeklindedir. Bu yasakla korunan değer, bireyin fiziksel bütünlüğü ve insan onurudur.⁸

İnsan onuru ve temel haklar, pozitif hukuk normlarından önce gelir. Bu nedenle temel hakların anayasa ve kanunlarla ortadan kaldırılması mümkün değildir.⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) işkence yasağının uluslararası hukukun emredici kurallarından (jus cogens) olduğunu, bu yüzden derogasyona izin verilmediğini, uluslararası normlar hiyerarşisinde anlaşma ve teamül hukukundan daha üstün olduğunu kabul etmiştir.¹⁰ İnsan hakları

⁷ **Anayurt, Ömer** (2009) “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”: Doğan, İlyas (Editör) İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, s. 214; **Anayurt** (2008) s. 425.

⁸ **Doğru, Osman/Nalbant, Atilla** (2012) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Ankara, Avrupa Konseyi, s. 125.

⁹ **Heper, Altan** (2012) “Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi (Prof. Dr. Adnan Güriz Anısına) 24. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 17.

¹⁰ **Doğru/Nalbant**, s. 125; **Anayurt** (2008) s. 421.

“*Bu analizi destekleyen uluslararası hukukta güçlü argümanlar bulmaktayız. Adil yargılanma hakkıyla ilgili az sayıda uluslararası norm, işkence ile elde edilen delillerin kapsam dışında bırakılması kuralına göre daha esastır ve BM İşkenceye Karşı Sözleşme gibi çok az sayıda uluslararası anlaşma geniş bir desteğe sahip olmuştur. Bu Sözleşme'ye 149 devlet taraftır ve bu devletler arasında Avrupa Konseyi'ne üye tüm devletler bulunmaktadır. Bu Sözleşme uluslararası topluluğun, işkence uygulamalarını yok etmek için bir dizi seri tedbir olarak işkence yasağını esaslı bir şekilde jus cogens normu olarak kabul etme ve bunu pekiştirmek için*

konusunda uluslararası hukuk anlamında mütekabiliyet koşulu aranmaması da kuralın mutlaklığının göstergesidir.¹¹

Yasağın asgari eşliğini geçtikten sonra (regle de minimis/asgari eşik kuralı) eylemin işkence ve kötü muamele türlerinden hangisi kapsamında kaldığının belirlenmesi -ihlali devletın itibarı ve hükmedilecek tazminat miktarı gibi- birçok yönden önem taşımaktadır.¹²

AİHM, işkence yasağını “*jus cogens*” bir yasak olarak telakki etse de insan hakları teorisinde temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından bazılarının diğerlerinden daha üstün ve öncelikli olduğu, başka bir deyişle “*haklar hiyerarşisi*” bulunduğu görüşü genel kabul görmemektedir.¹³ Fakat ihlal

var olan tüm nedenleri ortadan kaldırma iradesini yansıtmaktadır. Sözleşme'nin önemli hükümlerinden biri, işkence ile elde edilen delillerin kabul edilmesini mutlak bir şekilde yasaklayan 15. maddedir. Bu hüküm devletlere açık bir yükümlülük yüklemektedir. İşkenceye Karşı Komite'nin tartışmasız bir şekilde ifade ettiği gibi, 15. madde geniş bir kapsama sahiptir. Bu madde, sınır dışı ile ilgili prosedürler dahil olmak üzere tüm prosedürlere uygulanacak şekilde yorumlanmıştır.” bkz. **Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 8139/09, K.T. 17.01.2012, p. 266. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Al-Adsani/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 35763/97, K.T. 21.11.2001, p. 60, 61.

¹¹ **Doğan, İlyas** (2015) “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”: Doğan, İlyas (Editör), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, s. 54.

¹² **Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla** (2009) Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press (Çeviren: Kılçı, Mehveş Bingöllü/Karan, Ulaş (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 1. Baskı, Avrupa Konseyi) s. 73; **Doğru/Nalbant**, s. 136.

¹³ “İnsan haklarını kapsayan hak ve özgürlükler listesi içinde hiyerarşik bir ilişki kurulamaz. Haklar, değer ve işlevsel açıdan hepsi birbirine eşittir; başka deyişle öge kimliğindedir. Öyleyse, her bir hak ve özgürlük için, “sine qua non” (olmazsa olmazlık) ölçütünün bir kimlik belirleyicisinin olduğunu vurgulamak gerekir. Kuşkusuz bu noktada bazı sorunlar belirir. Bazı hakların “temelin temeli” olma niteliğinden söz edilebilir mi? Kuramsal açıdan bu sorunun cevabı hayırdır, ancak pratik zorunluluklar bakımından tartışmaya açıktır.” Bkz. **Gemalmaz, Mehmet Semih** (1998) “İnsan Hakları: Temellendirilmesinden Tanımlanmasına”, Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, s. 249. “İlk bakışta bazı hakların diğerlerine nazaran daha önemli ve öncelikli olduğu görülebilir. Nitekim bu illüzyon bazı yazarları haklar arasında hiyerarşi kurmaya ve bir temel haklar kategorisi oluşturmaya sevk etmiştir. Oysa her bir hak, temelde insan onurunu temsil etmekte olup her birinin bütün içerisinde ayrı bir misyonu vardır. Böyle olunca da insan onuru çığnınsızın hak ve hürriyet bölünemez.” **Anayurt, Ömer** (2000) “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına

gerçekleştikten sonra devlet hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının tahripkâr etkisi bakımından hiyerarşik bir katmanlaşma bulunmadığı söylenemez. İşkence devletler için yüz kızartıcı bir temel hak ihlalidir. Bu yüzden hiçbir devlet işkenceci damgası yemek istemez.

Bir taraf devlet işkenceden mahkûm olmaktansa insanlık dışı muamele veya cezadan mahkûm olmayı tercih edebilmektedir. Nitekim *İrlanda/Birleşik Krallık*¹⁴ kararında AİHM'nin davalı devlete yöneltilmiş işkence isnatlarını Komisyonun aksine işkence olarak değil de insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiş olması İngiliz Hükûmeti tarafından hayli sevindirici bulunmuştur.¹⁵

II. YASAK KAPSAMINDA KALAN EYLEM TÜRLERİ

Sözleşme'nin 3. maddesinin başlığı “*İşkence yasağı*” olsa da madde metninde üç katmanlı bir yasak düzenlenmiştir. Bunlar en ağırından başlamak üzere sırasıyla “*işkence*”, “*insanlık dışı muamele/ceza*” ve “*aşağılayıcı muamele/ceza*”dır. Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesinde kullanılan bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinde tercih edilen “*işkence*”, “*eziyet*” ve “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*” kavramlarının dengi olduğuna karar vermiştir.¹⁶

İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”: Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, Ankara, TODAİE, s. 47.

¹⁴ **İrlanda/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 5310/71, K.T. 19.01.1978.

¹⁵ **Anayurt** (2008) s. 427.

¹⁶ “...doğası gereği cezaların veya menfi hareket ve eylemler ile olumsuz hayat deneyimlerinin, kişinin fiziki ve ruhsal değerlerini etkilemesi ve kişide stres, üzüntü ve sair menfi tezahürlere yol açması ve bu etkileri açısından özellikle küçük düşürücü muamele kavramını çağrıştırması mümkün olmakla birlikte, belirtilen eylemlerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen muadilleri olan işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için, mağdurun sübjektif niteliklerinin yanı sıra muamelelerin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir.” Bkz. **Işıl Yaykır**, AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.04.2014, p. 35; **Şehnaz Ayhan**, AYM, Başvuru No: 2013/6229, K.T. 15.04.2014, p. 25.

*Cezmi Demir ve diğerleri*¹⁷ kararı, AYM'nin işkence yasağının hem maddi hem de usul boyutu yönünden ihlal edildiği sonucuna ulaştığı ilk başvurudur. Anılan kararda AYM, işkence yasağının temel ilkelerini AİHM uygulamasına koşut olarak detaylı biçimde ortaya koymuştur. Bundan sonra incelenen tüm başvurularda *Cezmi Demir ve diğerleri* kararındaki ilkelere atıf yapılmıştır. Kararda AYM, yasağın üç kalemini oluşturan işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamelenin tasniflendirilmesinde önemli ölçütlere yer vermiştir:

“84. Anayasa ve AİHS tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin “işkence” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkrada geçen “eziyet” ve “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış “işkence”, “eziyet” ve “hakaret” suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır.

85. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin “işkence” olarak belirlenmesi mümkündür...

88. “İşkence” seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler “eziyet” olarak tanımlanabilir (AYM, Başvuru No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Bu hallerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak “eziyet”te, ızdırap verme

¹⁷ *Cezmi Demir ve diğerleri*, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014.

kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. İrlanda/Birleşik Krallık, AYM, Başvuru No: 5310/71, 18/1/1978, § 167; yukarıda geçen Eğmez/Kıbrıs, § 78). AİHM, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı [ölüm koridoru], çocuk istismarı gibi muameleleri “insanlık dışı muameleler” olarak nitelendirmiştir (bkz. yukarıda geçen İrlanda/Birleşik Krallık; İlaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya, [BD], AYM, Başvuru No: 48787/99, 8/7/2004, §§ 432-438; Soering/Birleşik Krallık, AYM, Başvuru No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; Jabari/Türkiye, AYM, Başvuru No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41-42; Giusto/İtalya, AYM, Başvuru No: 38972/06, 15/5/2007). Bu nitelikteki muameleler Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında “eziyet” olarak nitelendirilebilir.

89. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (AYM, Başvuru No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Burada “eziyet”ten farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır.

90...Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken, insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele insanlık dışı/eziyet niteliğinde olmayabilir. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretimiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele olarak ortaya çıkabilir.”

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde suç itirafı için uygulanan ve beş teknik olarak adlandırılan sorgu öncesi başlık geçirme, gürültü verme, uyutmama, yiyecek ve içecek vermeme ve duvar dibine dikme,¹⁸ gözaltında itiraf elde etmek amacıyla darp,¹⁹ Filistin askısı uygulanarak kolun felç olması,²⁰ cinsel organa elektrik verme,²¹ gözaltında tecavüz,²² anüse yabancı cisim sokma²³ gibi fiziksel ve ruhsal acı veren ve insan onurunu zedeleyen en ağır hak ihlalleri işkence kabul edilmektedir.

III. İŞKENCE BAŞVURULARINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN İNCELEME YÖNTEMİ

AYM önüne gelen başvurularda ilk aşamada kabul edilebilirlik incelemesi yapmaktadır. Zaman bakımından yetki, süre aşımı, konu bakımından yetki, kişi bakımından yetki, başvuru yollarının tüketilmesi, açıkça dayanaktan yoksun olup olmama kabul edilebilirlik yönünden incelenmektedir.

Başvuru kabul edilebilirlik aşamasını geçtiği takdirde esastan bir inceleme yapılır. Esas incelemesinde devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği tartışılır.

Negatif yükümlülük, kamu görevlilerinin işkence yapmama yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülük ise genel olarak koruma yükümlülüğü ve -usul yükümlülüğü de denilen- etkili soruşturma yükümlülüğü olmak üzere ikiye ayrılır. Bireylerin maddi ve manevi bütünlüğü ve onurunun korunması için devletin bazı edimlerde bulunması gerekir. Pozitif yükümlülüklerin sınırlayıcı bir listesi yapılamasa da mevzuat oluşturma, koruma ve etkili soruşturma yükümlülüğü en önemli pozitif yükümlülüklerdendir. İşkence iddiasının aydınlatılması için devletin yapmak zorunda olduğu cezai, hukuki ve idari tüm soruşturmalar etkili soruşturma yükümlülüğünün parçasıdır.

¹⁸ **İrlanda/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978.

¹⁹ **Cezmi Demir ve diğeri**, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 7.07.2014.

²⁰ **Aksoy/Türkiye**, AİHM, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996.

²¹ **Koçak/Türkiye**, AİHM, Başvuru No: 32581/96, K.T. 03.05.2007.

²² **Aydın/Türkiye**, AİHM, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.09.1997.

²³ **Paduret/Moldova**, AİHM, Başvuru No: 33134/03, K.T. 05.01.2010.

AYM karar formatında etkili soruşturma yükümlülüğü yasağın “*Usul Boyutu*” başlığı altında, diğer tüm pozitif yükümlülükler ve negatif yükümlülük ise “*Maddi Boyut*” başlığı altında incelenir.

AYM’nin verdiği tüm kararlarda kararın vitrini niteliğinde “*Başvurunun Konusu*” başlıklı kısım, incelemenin hangi olayla ve temel hakla bağlantılı olduğu konusunda genellikle oldukça kısa bir serimleme cümlesini içerir.²⁴ Makalenin konusu, AYM kararlarında yasağın adlandırılmasının yapıldığı bu yerdeki kullanımın neye göre şekillendiği ve geçirdiği değişim sürecidir.

IV. SEMANTİK DEĞİŞİM

AYM’nin bireysel başvurularda zaman bakımından yetkisinin başladığı 23.09.2012 tarihinden²⁵ sonra işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin ilk kararı 06.03.2014 tarihli C.D.²⁶ kararıdır. Esas incelemesi yapılmayan bu kararda başvurunun konusu kısmında “*işkence ve kötü muamele yasağı*”ndan bahsedilmiş, hüküm kısmında ise “*işkence yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğuna*” karar verilmiştir.

AYM’nin 06.03.2014 ile 21.02.2019 tarihlerinde verdiği kararlarda farklı ibarelerle de olsa hemen hemen hepsinde işkence kelimesi açıkça yer almıştır. Yaklaşık beş yıllık zaman diliminde verilen kararlarda yasağa konulan isim incelemenin sonucuyla irtibatlandırılmamıştır.

Beş yıllık dilimindeki kararlarda bu yasak, geniş bir spektrumda “*işkence*

²⁴ Açıklamalarla ilgili zihinsel bir imge oluşması için bir örnek vermek gerekirse: “*Başvuru, kolluk görevlilerinin bir gösteriye yaptığı müdahale neticesinde meydana gelen yaralanmanın kötü muamele yasağını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.*” Bkz. **Hasan Fırat**, AYM, Başvuru No: 2015/9496, K.T. 31.10.2019.

²⁵ 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrasına göre “*Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.*”

²⁶ **C.D.**, AYM, Başvuru No: 2013/394, K.T. 06.03.2014.

*yasağı*²⁷, “*işkence ve kötü muamele yasağı*”,²⁸ “*işkence ve eziyet yasağı*”,²⁹ “*işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı*”,³⁰ zaman zaman da “*kötü muamele yasağı*”³¹ şeklinde adlandırılmıştır.³²

- ²⁷ **Cemil Danışman**, AYM, Başvuru No: 2013/6319, K.T. 16.07.2014; **Cezmi Demir ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014; **Cengiz Çakır**, AYM, Başvuru No: 2013/7526, K.T. 20.11.2014; **Abdullah Aydar**, AYM, Başvuru No: 2013/64, K.T. 30.12.2014; **Turan Günana**, AYM, Başvuru No: 2013/3550, K.T. 19.11.2014; **Şenol Gürkan**, AYM, Başvuru No: 2013/2438, K.T. 09.09.2015; **Yusuf Karakuş ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2014/12002, K.T. 08.12.2016; **Hasip Kaplan (3)**, AYM, Başvuru No: 2015/4085, K.T. 29.11.2018; **Ali Dursun ve Müslüm Demir**, AYM, Başvuru No: 2014/12720, K.T. 19.02.2019; **İdris Yakut**, AYM, Başvuru No: 2014/10709, K.T. 21.02.2019.
- ²⁸ **Celal Büyükbayram**, AYM, Başvuru No: 2013/8546, K.T. 25.06.2015; **Ahmet Özışık**, AYM, Başvuru No: 2013/2714, K.T. 06.10.2015; **Hamdiye Aslan**, AYM, Başvuru No: 2013/2015, K.T. 04.11.2015; **Feride Kaya**, AYM, Başvuru No: 2013/2365, K.T. 20.01.2016; **Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek**, AYM, Başvuru No: 2013/8137, K.T. 20.04.2016; **Mustafa Rollas**, AYM, Başvuru No: 2014/7703, K.T. 02.02.2017; **Şahabettin Yılmaz**, AYM, Başvuru No: 2014/18172, K.T. 09.01.2018; **Azize Mihyaz ve Haval Mihyaz**, AYM, Başvuru No: 2015/11214, K.T. 10.01.2019.
- ²⁹ **Rıfat Bakır ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/2782, K.T. 11.03.2015; **Murat Karabulut**, AYM, Başvuru No: 2013/2754, K.T. 18.02.2016; **Majid Mahmoud Ahmed Aljamal**, AYM, Başvuru No: 2015/15277, K.T. 17.05.2016.
- ³⁰ **Sertaç Kılıçarslan**, AYM, Başvuru No: 2013/7090, K.T. 18.02.2016; **Alırıza Aksoy**, AYM, Başvuru No: 2013/4836, K.T. 09.03.2016; **Osman Sandıkçı**, AYM, Başvuru No: 2013/6297, K.T. 10.03.2016; **Mustafa Özbey**, AYM, Başvuru No: 2013/8705, K.T. 23.03.2016; **Sabri Kaya**, AYM, Başvuru No: 2014/8482, K.T. 29.06.2016; **I.I.**, AYM, Başvuru No: 2014/15876, K.T. 21.09.2016.
- ³¹ **Ali Rıza Özer ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/3924, K.T. 06.01.2015; **Onur Cingil**, AYM, Başvuru No: 2013/7836, K.T. 16.04.2015; **Bülent Kurt**, AYM, Başvuru No: 2013/7408, K.T. 20.01.2016; **Utku Kalı (2)**, AYM, Başvuru No: 2014/1358, K.T. 12.01.2017; **G.G.K.**, AYM, Başvuru No: 2014/19797, K.T. 09.01.2018; **Ahmet Ünal**, AYM, Başvuru No: 2016/17624, K.T. 09.05.2018; **Özgür Çarpanalı**, AYM, Başvuru No: 2015/20368, K.T. 07.02.2019.
- ³² Makalenin konusunu doğrudan ilgilendirmemekle beraber AYM kararlarının künyelerinde başvuru sahiplerinin isimlerinin yer alması, başka bir deyişle AYM kararlarının adlandırılması da ele alınması gereken konulardan biridir. Anglo-Sakson hukukunda kökenini bulan bu uygulama olaysal değerlendirmelerin hâkim olduğu içtihat hukukunu benimseyen AİHM tarafından da benimsenmiştir. Ancak Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türkiye’de olaysal değerlendirmelerden ziyade ilkesel değerlendirmeler daha önemlidir. Başka bir deyişle ilkeler olayların önüne geçmektedir. AİHM’nin uygulamasına koşut olmakla birlikte

Son olarak 21.02.2019 tarihli *İdris Yakut*³³ başvurusunda işkence kelimesi karar başlığında kullanılmıştır. 21.02.2019 tarihi işkence yasağının adlandırılmasındaki beş yıllık uygulamanın terk edildiği milattır. Bu tarihten sonra maddi boyuttan da inceleme yaparak nitelendirmeye gittiği yalnız iki başvuruda AYM “*ışkence yasağı*” ibaresini kullanmıştır. Bunlar 10.10.2019 tarihli *Gülşen Polat ve Kenan Polat*³⁴ kararı ile 09.06.2020 tarihli *Feride Kaya (2)*³⁵ kararıdır. Beş yıllık uygulama döneminde yasağın adlandırılmasında - başvurunun sonucuna ya da başka bir şeye endeksli- mihenge vurulacak bir kıstas bulunmamaktadır. Milat olarak kabul edilen 21.02.2019 tarihinden sonra yasağın adlandırılmasında esas incelemede “*maddi boyutun ihlal edilmesi*” yegâne ölçüt olmuştur.

Bu tarihten sonra AYM’nin işkence yasağının yalnız maddi boyutunu inceleyerek ihlal sonucuna ulaştığı kararlarda yasağın Anayasa’nın 17. maddesinde sayılan “*ışkence ve kötü muamele*” türlerinden hangisini teşkil

Türk hukukuna yabancı bir hukuk kültürünün bu şekilde benimsenmesi kendi içinde bütünlük bozucu biçimsel çelişki olmakla kalmayacak bu biçimsel hatalar zamanla esasa da sirayet edecektir. Türk hukuk sisteminde başvurucuların/davacıların/sanıkların adıyla dosyaların anılması sürekli olarak özel hayatın ve unutulma hakkının ihlal edildiği iddialarının gündeme getirecektir.

Bu konuda AYM’nin verdiği bir kararda yaşananlar çarpıcı bir örnektir. Cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette dolaştığı duyumu üzerine hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası alan bir kişinin başvurusunda Anayasa Mahkemesi özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1614, K.T. 03.04.2014). Ancak aynı başvuruda başvurunun kimlik bilgilerinin kamuya açık belgelerde gizli tutulması talebi Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Kararın Resmî Gazete’de ve ulusal gazetelerde yer alması üzerine Anayasa Mahkemesine kimlik bilgilerinin gizlenmesi için müracaat eden başvuru, bu talebin reddi üzerine idare mahkemesinde dava açmak zorunda kalmış, Anayasa Mahkemesi 18.07.2018 tarihli ek kararlar kimlik bilgilerinin gizlenmesine karar vermek zorunda kalmıştır. Özel hayatın gizliliğinin ihlali için yapılan bir bireysel başvuruda ihlal kararının yeni bir özel hayat ihlaline yol açtığı görülmektedir. Bu paradoksal durum basına da yansımıştır. Bkz. <<https://www.birgun.net.haber.aym-nin-siddete-yol-acan-kararina-iptal-196517>> s.e.t. 16.05.2021.

³³ **İdris Yakut**, AYM, Başvuru No: 2014/10709, K.T. 21.02.2019.

³⁴ **Gülşen Polat ve Kenan Polat**, AYM, Başvuru No: 2015/4450, K.T. 10.10.2019.

³⁵ **Feride Kaya (2)**, AYM, Başvuru No: 2016/13985, K.T. 09.06.2020.

ettiği tespit edilerek bir nitelendirmeye gidilmektedir. Buna göre AYM, fiil “işkençe”, “eziyet” ya da “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*”den hangisine uymaktaysa “*işkençe yasağının ihlal edildiğine*”,³⁶ “*eziyet yasağının ihlal edildiğine*”,³⁷ “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine*”³⁸ karar verme yolunu seçmektedir. Bu paragrafın dipnotlarında gösterilen bu kararlarda yasağın usul boyutu yanı sıra maddi boyutundan da ihlal kararı verildiğinin altı çizilmelidir.

21.02.2019 tarihinden sonra verilen; kabul edilemezlik kararlarında,³⁹ yasağın maddi ve/veya usul boyutunun ihlal edilmediği kararlarında⁴⁰ ve yalnız

³⁶ **Gülşen Polat ve Kenan Polat**, AYM, Başvuru No: 2015/4450, K.T. 10.10.2019; **Feride Kaya (2)**, AYM, Başvuru No: 2016/13985, K.T. 09.06.2020.

³⁷ **Doğukan Bilir**, AYM, Başvuru No: 2014/15736, K.T. 29.05.2019; **Kemalettin Rıdvan Yalın**, AYM, Başvuru No: 2014/6220, K.T. 18.07.2019; **Cebrail Bektaş ve Yüksel Şahin**, AYM, Başvuru No: 2015/4787, K.T. 25.09.2019; **Abdullah Süngü**, AYM, Başvuru No: 2016/7039, K.T. 28.11.2019; **Cihan Mutlu**, AYM, Başvuru No: 2016/9422, K.T. 13.02.2020; **Y.K.**, AYM, Başvuru No: 2016/14347, K.T. 02.06.2020; **Adem Erden (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/36537, K.T. 03.11.2020; **İbrahim Akan (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/32078, K.T. 25.02.2021; **Şadiye Dilan Doğan**, AYM, Başvuru No: 2016/9604, K.T. 07.04.2021.

³⁸ **Güven Boğa**, AYM, Başvuru No: 2014/17222, K.T. 03.07.2019; **Naif Bal (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/2465, K.T. 11.09.2019; **Hıdır Kanak**, AYM, Başvuru No: 2015/12002, K.T. 23.10.2019; **Ender Ergün**, AYM, Başvuru No: 2016/1849, K.T. 19.11.2019; **Betül Öztürk Gülhan ve Sıla Koç**, AYM, Başvuru No: 2016/12937, K.T. 10.12.2019; **Ayşe Adanalı**, AYM, Başvuru No: 2016/76401, K.T. 13.02.2020; **Egemen Budak**, AYM, Başvuru No: 2016/14870, K.T. 09.06.2020; **Erdoğan Akdoğdu**, AYM, Başvuru No: 2017/17795, K.T. 16.09.2020; **Tayfun Yıldırım**, AYM, Başvuru No: 2018/22602, K.T. 10.02.2021; **Alp Altınörs**, AYM, Başvuru No: 2018/2790, K.T. 25.02.2021.

³⁹ **Muhsin Candan**, AYM, Başvuru No: 2015/5784, K.T. 06.03.2019; **Süleyman Savat**, AYM, Başvuru No: 2015/18154, K.T. 04.07.2019; **Aziz Albak**, AYM, Başvuru No: 2015/19710, K.T. 16.01.2020; **Songül Yaşa**, AYM, Başvuru No: 2016/6750, K.T. 17.06.2020; **Mustafa Sunar**, AYM, Başvuru No: 2017/40338, K.T. 12.01.2021; **Funda Akdeniz Geçer ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2018/16685, K.T. 11.02.2021.

⁴⁰ **Ceyda Sungur**, AYM, Başvuru No: 2015/14363, K.T. 03.04.2019; **Ali Şafak**, AYM, Başvuru No: 2015/2853, K.T. 03.07.2019; **Mustafa Rençber ve Ahmet Rençber**, AYM, Başvuru No: 2016/3866, K.T. 13.02.2020; **Emre Erdem**, AYM, Başvuru No: 2017/30219, K.T. 20.10.2020.

usul boyutuna ilişkin ihlal kararlarında⁴¹ “*kötü muamele*” yasağı ibaresi kullanılmaya başlamıştır.

Görüldüğü gibi 21.02.2019 tarihinden sonra AYM’nin eylemi niteleyerek işkence yasağının ihlal edildiğine karar verdiği iki kararı dışında bu ibare kullanılmamıştır. İşkence kelimesinden kaçınarak işkenceyle mücadele iradesi ortaya konulabilir mi?

Adların hepsinin en azından bir doğruluğu vardır, o da var olanların her birinin nasıl olduğunu ifşa etmesidir.⁴² Söylemek de edimlerden biridir.⁴³ O hâlde bir kimse kendine uygun görüldüğü üzere nasıl söylemesi gerekiyorsa öyle söylediğinde mi doğru bir biçimde söyleyecektir yoksa olguları söylemenin ve onların söylenmesinin doğasına, kendilerinde bulunan özüne göre mi söylerse söylemekte daha iyi bir iş çıkaracaktır? Bu durumda söylemin bir parçası olan adlandırma aynı zamanda nitelendirmenin de parçasıdır.⁴⁴

İnsanı diğer canlılardan ayıran dil, gereksinimlerine göre doğal olarak biçimlenir; yeni gereksinimlere göre değişir ve dönüşür. İnsan başka biri tarafından hisseden, düşünen ve kendine benzeyen bir varlık olarak tanındığı anda ona kendi hislerini ve düşüncelerini iletme ihtiyacı, bunun araçlarını aramaya yönelir. Bu araçlar, insanın başkası üzerinde etkide bulunabilmesinin tek aleti olan duyulardan çıkabilir sadece. Düşünceyi anlatmak için kullanılan duyulur işaretlerin kuruluşunun özeti budur.⁴⁵

Kavramlardaki değişimin -bilinçli bir tercih olup olmadığından bağımsız olarak- işkenceyle mücadelede birtakım yansımaları olacaktır. Kavramdaki

⁴¹ **Mehmet Ali Bakır**, AYM, Başvuru No: 2015/17072, K.T. 07.03.2019; **Sinan Işık (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/12734, K.T. 25.09.2019; **G.Y.**, AYM, Başvuru No: 2016/1669, K.T. 15.01.2020; **Davut Yıldız (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/39073, K.T. 01.07.2020; **Suat Eren**, AYM, Başvuru No: 2018/3081, K.T. 11.02.2021; **İbrahim Halil Baran**, AYM, Başvuru No: 2017/27013, K.T. 19.11.2020; **R.Ç.**, AYM, Başvuru No: 2018/6688, K.T. 24.02.2021.

⁴² **Platon**, s. 157.

⁴³ **Platon**, s. 59.

⁴⁴ **Platon**, s. 61.

⁴⁵ **Rousseau, Jean-Jacques** (1990) *Essai sur l'origine des langues où il est parlé de la mélodie et de l'imitation musicale*, Folio Essais, (Çeviren: Albayrak, Ömer (2017) *Melodi ve Müziksel Taklit ile İlişkisi İçinde Dillerin Kökeni Üstüne Deneme*, 6. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları), s. 87.

yumuşama, daha işin en başında konusu işkence olan başvurularda AYM'in hakkaniyetli bir karar alma niyetinin bulunup bulunmadığı ve sürecin gerektiği gibi işleyip işlemeyeceği tartışmasına davetiye çıkaracaktır. Kavram seçimindeki bu semantik açılım yeni bir “önemsiz adlandırma girişimi” mi yoksa “adlandırmanın önemsizleştirilmesi” midir?

V. SEMANTİK DEĞİŞİMİN ELEŞTİRİSİ

Ad bilgi verici bir alet ve özün bir ayrıacıdır.⁴⁶ Bir aletin kendi doğasına göre keşfedilerek yapılacağı malzemenin buna göre tayin edilmesi, yapan kişinin iradesine göre değil onun doğasına uygun olması gerekir.⁴⁷

Bir olgunun ad olarak kavramlaştırılmasının amacı ona mana vermektir. Kavramlar delalet ettiği şeyin anlamını yeterince kuşatmıyorsa kavram tercihinde isabet edilmemiştir.

Kavramların niteliklerinden kaynaklanan özgünlükleri direnç gücünü de sergiler. Kavramların da bir yaşama gücü ve çizgisi vardır. Kavramlar, hoyrat ve yoz kullanımda aşınır; kavramların anlam yükü ve değerinde eksilme doğabilir. Kavramın belirli bir tarihsel evrede üstlendiği işlev yani onu kullananlar için karşıladığı anlam, tarih açısından göreceli ve geçicidir. Nedir bu bağlamda altı çizilen? Daha çok kötü kullanımın yarattığı etkiler. Kısacası kavram yorgun düşer ve umulan etkiyi doğurmaz, beklenen işlevi göremez olur. İşte Türkiye’de rafa kaldırılmaya aday kavramlarından biri de işkencedir.⁴⁸

Ulusal ve uluslararası sözleşmelerde ve literatürde “*işkence ve kötü muamele yasağı*” olarak yerleşen bir kavramın değiştirilmesinin birtakım menfi sonuçları olacaktır. Bu değişimin bir önemi ve gayesi bulunmaktadır. “*İşkence ve kötü muamele yasağı*” ile “*kötü muamele yasağı*” arasında bir fark bulunmasaydı ilkinin terk edilerek ikincisinin tercih edilmesine gerek kalmazdı.

İşkence ve kötü muamele yasağının anlatıldığı teori ve pratik kitaplarında “*kötü muamele yasağı*” kavramı tek başına hiç tercih

⁴⁶ Platon, s. 63.

⁴⁷ Platon, s. 67.

⁴⁸ Gemalmaz, s. 244.

edilmemiştir.⁴⁹ “Kötü muamele” kavramı “işkence dışında kalan muameleleri” karşılamakta ve diğerleri içinde en barbar ve zalimane olanlarını da kapsadığı için “işkence” jenerik bir kavram olarak kullanılmaktadır.⁵⁰

İşkence kavramının rafa kaldırılması işkence faillerini cesaretlendirerek onlara örtülü bir destek hâline gelmeyecek midir? Scott’un bu konudaki uyarı niteliğindeki tespitleri şöyledir:

“Tatsız olaylardan konuşmaktan ya da bunlara tanıklık etmekten ısrarla kaçınan insanlar vardır. Pis, iğrenç ve hoş olmayan şeylere karışmaktansa yaşamın parlak, hoş ve tatlı yanlarına bakmanın çok daha iyi olduğunu iddia ederler. Böyle bir tutumu benimseyen insanlar şu ya da bu biçimde zihinsel bir üstünlük sergilediklerini mi sanıyorlar doğrusu bilemiyorum. Tek bildiğim, bu yolla toplumda hüküm süren kötülüğe cesaret aşıladıklarıdır. Rahatsız eden, nefret uyandıran ya da çirkin olan her şeyi, kibirle ve gönül rahatlığıyla olmamış gibi kabul edip gözlerini kaparlar. Zulümden haberdar olmamanın zulme destek vermeme anlamına geldiği düşüncesindedirler. Bu tutum, düzelmenin baş düşmanlarından biridir.”⁵¹

Bir kavramın kapsamı arttıkça içlemi daralır. Bir kavramın kapsadığı, işaret ettiği, hatırlattığı konular o kavramın kapsamındadır. Buna karşılık aynı kavram, işaret ettiği konuların ve nesnelere ortak özelliklerinin bilgisinin, anlamının bizce de hatırlanmasını sağlar. Bu da onun içlemidir. Bir kavramın içlemine belirlemek o kavramın anlamını belirlemek demektir.⁵² Bir kavramın açıklığı onun kapsamına, seçkinliği ise içlemine aittir. Bir kavramın açık olması demek onun kapsamına giren kavramların hangileri olduğunu bilmek demektir. Bir kavramın seçik olması demekse o kavramın işaret ettiği nesnenin

⁴⁹ Bkz. **Doğru, Osman** (2006) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, Legal Yayıncılık; **Boyar, Oya** (2013) “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”: İnceoğlu, Sibel (Editör) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ankara, Avrupa Konseyi, s. 137; **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 71.

⁵⁰ **Anayurt** (2008) s. 421, 423; **Doğru/Nalbant**, s. 125.

⁵¹ **Scott, George Ryley** (1995) A History of Torture, Christchurch Publishers Ltd, (Çeviren: Koyukan, Hamide (2001) İşkenenin Tarihi, Ankara, Dost Kitabevi) s. 11, 12.

⁵² **Özlem, Doğan** (2016) Mantık, 16. Baskı, İstanbul, Notos Kitap Yayınevi, s. 97, 98.

hangi özellikleri olduğunu, ona ne gibi yüklemeler verebileceğimizi görmek yani onun işlemini bilmek demektir. İşte bu nedenle seçik bir kavramın mutlaka açık olması gerekir çünkü bir kavramın işlemini biliyorsak kaplamı kendiliğinden ortaya çıkar. Oysa kaplamı bilmek işlemi bilmek için yeterli değildir.⁵³

Her kavram işlemi ve kaplamı bakımından iki yüzlü bir ayna gibidir ve bu yüzlerden biri kavramın kaplamını, diğeri işlemi belirtir. Bir kavramın kaplamının geniş olması demek o kavramın çok sayıda konuya ve nesneye uygun olması, bunları işaret edebilmesi demektir. Aynı kavramın işleminin zengin olması demek o kavramın içerdiği özelliklerin yani kavramın anlamının zengin olması demektir. İşleme kaplam arasında ters orantı bulunmaktadır. Bu şu demektir: Bir kavramın kaplamı çoğalınca işlemi, işlemi çoğalınca kaplamı azalır.⁵⁴

Mantık kitaplarındaki kaplam-çilem açıklamalarından şu sonuçlar çıkarılabilir: Kavramsallaştırmada işkence teriminin terk edilmesi kavramın işlemini kısmen tahliye edecektir. Kelimeler, anlama delalet eden lafızdır. “*Kötü muamele*” kavramının delalet ettiği şey, 3. maddedeki en şiddetli kalemi (işkence) dışlamaktadır.

Kavrama yeni bir biçim ve içerik giydirmekle sonuçlanan bu tercihin pek çok sebebi olabilir. Önümüzde duran ihtimaller yelpazesi hangi rüzgârdan etkilenmiştir?

Bunlardan ilk akla geleni Türkiye’de işkence vakalarının artık yok olmaya yüz tuttuğunu sergilemektir. Bu iddia, istatistiklere göre⁵⁵ 1959-2020 yılları arasında işkenceden hiç mahkûm edilmemiş Avrupa Konseyi üyesi 24 devlet açısından anlamlı olabilir. AIHM tarafından işkence yasağının maddi boyutu yönünden verilen toplam 171 ihlal kararından 31’inin Türkiye aleyhine olduğu dikkate alındığında bu iddianın temenniden öte bir anlamı yoktur.

İhtimallerden biri de işkence yasağının dimağlardaki nesnel ve sentetik işlemini semantik ve sanrısız olarak ekseninden kaydırma gayretidir. AYM’nin

⁵³ Özlem, s. 83.

⁵⁴ Özlem, s. 98.

⁵⁵ <https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf> 16.5.2021.

uygulamaya koyulduğu işkence yasağından kötü muameleye kayan bu sanrısız değişimde, kuvvetler ayrılığı sistemine göre devletin egemenlik yetkisini paylaşan ve kullanan yargı erkinin diğerleri karşısındaki zayıflamasının izi sürülebilir.

Diğer bir olasılık da işkence yasağının epistemolojini değiştirme arzusudur. Zira sözcükler, onların düşündüğümüz doğasının anlamı yanı sıra konuşmacının doğasını, kişiliğini ve ilgilerini de ifade eder.⁵⁶ Epistemolojik değişimin boyutu zamanla işkence yasağının ontolojisini zedeleyerek insanların bir türlü üzerinde uzlaşamadıkları hakkaniyet duygusunu aşındıracaktır.

İnsan hakları, pozitif hukukun bir parçası hâline geldikten sonra devletin onda içkin talepleri yerine getirme yükümlülüğü doğar. Yükümlülük ve garantörlüğün aynı adreste bulunduğu yerde devlet artık kendi davasının yargıcısıdır. Devlete kendisine yönelik yasaklara uyma ödevi yüklenmiştir. İşte bu paradoksal durum insan hakları pratiğinde önemli bir anafordur.⁵⁷ Ad (onoma) ve yasa (nomos) arasındaki sıkı bağ düşünüldüğünde ad ekseninde “*tayin edilen*” de bir tür yasadır.⁵⁸ Faillik ve yargıçlığın iç içe girdiği bu girdaptan çıkışın tek formülü kendi davasının yargıcı olan devletin kendi koyduğu hukuk normlarını kendisi hakkında daha katı uygulamasıdır.

İnsan hakları dilinin gelişimi yapay devrimlerle sağlanamaz. Dillerin konsilleri veya karar almaya yetkili kurulları yoktur. Diller, yolundan sapmış kurumlar gibi ıslah edilmez.⁵⁹

Görüldüğü üzere “*kötü muamele*”, “*eziyet*”, “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*” kavramlarından hiçbiri işkence sözcüğünün işlemini karşılamamaktadır. Bu nedenle evrensel insan hakları mirasına sahip çıkmak

⁵⁶ **Hobbes, Thomas** (1977) *Leviathan; Or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 13. Baskı, New York, Collier Books (Çeviren: Lim, Semih (2017) *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, 15. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları), s. 42.

⁵⁷ **Sancar, Mithat** (2014) “Devlet Aklı” *Kıskacında Hukuk Devleti*, 7. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, s. 124.

⁵⁸ **Platon**, s. 33.

⁵⁹ **Renan, Ernest** (1848) *De l'origine du langage*, (Çeviren: Altınörs, Atakan (2015) *Dilin Kökeni Üzerine*, 2. Baskı, İstanbul, Bilge Kültür Sanat Yayınevi), s. 69.

için “işkençe” ve “kötü muamele” kelimelerinin yan yana, bir arada kullanılmasına devam edilmesi gerekir.⁶⁰ Bu gereklilik Sözleşme’nin dinamik yorumunu⁶¹ reddeden “vahyedilmiş dil tezi”⁶² savunusu değildir.

SONUÇ

Mevzuat ve literatürde standartlaşmış, homojen ve üzerinde mutabık kalınmış bir kavram olan “işkençe ve kötü muamele yasağı”ndan “işkençe” kelimesinin kırpılması, kavram ve içeriğin diyalektik etkileşimi düşünüldüğünde hukuksal gerçekliği kavramsal bir maskeyle kalıntıya dönüştürecektir.

Gerçek, yazılı ve sözlü ifadelerde kullanılan adların doğru sıralanışından oluştuğuna göre mutlak gerçeği arayan insan; kullandığı her bir adın neyi temsil ettiğini hatırd tutmak ve onu uygun biçimde kullanmak zorundadır.⁶³ Sözcüklerin sansürlenmesi işkençeye mücadelede ve işkençe yasağına dikkat çekmek için elverişli bir yöntem değildir.

Yasağın ontolojisini idrak sorunu olan bu yöntem, düşünce ve anlama gücünün bilerek ve isteyerek örtüldüğü bir bilinçsizlik yoludur. İşkençe yasağını öz ekseninden kaydırarak gerçek üstü/dışı anlayışla gayesine yabancılaştıracak bir yol. Yasak üzerinde küçük kavramsal oyunlarla yeni bir ara yüz/bölge arayışı. Sonucu edilgen ve işlevsiz, evrensel tasarımı bozulmuş, mutlaklıktan muğlaklığa büründürülmüş bir yasak.

Aporetik bir sonuç olmak üzere “Sakın bunca araştırma beyhude bir çabadan ibaret, gerçeğe ulaşmanın yolu adları değil bizatihi olguları incelemekten geçiyor olmasın.”⁶⁴

⁶⁰ **Anayurt** (2008) s. 425.

⁶¹ Konu ve amacına yapılan vurgu dolayısıyla Sözleşme’nin dinamik veya evrimsel biçimde yorumlanması gerektiği hakkında açıklamalar için bkz. **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 7, 8.

⁶² İnsanda dili icat etmeye yeterli kapasite bulunmadığı, bu suretle dili bayağı icatlar alanından çıkararak ona yüksek bir yer tahsis etmek ve Tanrı’dan gelen semavi bir ihsan olarak bahşedilmiş olduğu fikrini temel alan bu teze karşı eleştirel yaklaşım için bkz. **Renan**, s. 26 vd., 61 vd.

⁶³ **Hobbes**, s. 38.

⁶⁴ **Platon**, s. 38.

KAYNAKÇA

- Anayurt, Ömer** (2000) “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”: Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, Ankara, TODAİE, s. 47-57.
- Anayurt, Ömer** (2008) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Atilla Özer’e Armağan) C: 12, S: 1, 2, s. 421-459.
- Anayurt, Ömer** (2009) “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”: Doğan, İlyas (Editör) İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, s. 181-212.
- Boyar, Oya** (2013) “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”: Inceoğlu, Sibel (Editör) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ankara, Avrupa Konseyi, s. 137-157.
- Doğan, İlyas** (2015) “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”: Doğan, İlyas (Editör) İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, s. 43-75.
- Doğru, Osman** (2006) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla** (2012) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, İstanbul, Avrupa Konseyi.
- Gemalmaz, Mehmet Semih** (1998) “İnsan Hakları: Temellendirilmesinden Tanımlanmasına”, Bahri Savcı’ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, s. 244-259.
- Harris, David/O’Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla** (2009) Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press (Çeviren: Kılıcı, Mehveş Bingöllü/Karan, Ulaş (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 1. Baskı, Avrupa Konseyi).

- Heper, Altan** (2012) “Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi (Prof. Dr. Adnan Güriz Anısına) 24. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, s. 15-27.
- Hobbes, Thomas** (1977) *Leviathan; Or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 13. Baskı, New York, Collier Books, (Çeviren: Lim, Semih (2017) *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, 15. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları).
- Özlem, Doğan** (2016) *Mantık*, 16. Baskı, İstanbul, Notos Kitap Yayınevi.
- Platon** (2016) *Kratylos, Giriş, Metin, Çeviri ve Dizinler*, 1. cilt, (Eski Yunanca aslından çeviren: Gören, Erman) İstanbul, Dergâh Yayınları.
- Renan, Ernest** (1848) *De l'origine du langage*, (Çeviren: Altınörs, Atakan (2015) *Dilin Kökeni Üzerine*, 2. Baskı, İstanbul, Bilge Kültür Sanat Yayınevi).
- Rousseau, Jean-Jacques** (1990) *Essai sur l'origine des langues où il est parlé de la mélodie et de l'imitation musicale*, *Folio Essais*, (Çeviren: Albayrak, Ömer (2017) *Melodi ve Müziksel Taklit ile İlişkisi İçinde Dillerin Kökeni Üstüne Deneme*, 6. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları).
- Sancar, Mithat** (2014) “Devlet Akli” *Kıskacında Hukuk Devleti*, 7. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları.
- Scott, George Ryley** (1995) *A History of Torture*, Christchurch Publishers Ltd, (Çeviren: Koyukan, Hamide (2001) *İşkencenin Tarihi*, Ankara, Dost Kitabevi).

AYM Kararları

- Abdullah Aydar**, AYM, Başvuru No: 2013/64, K.T. 30.12.2014.
- Abdullah Süngü**, AYM, Başvuru No: 2016/7039, K.T. 28.11.2019.
- Adem Erden (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/36537, K.T. 03.11.2020.
- Ahmet Özışık**, AYM, Başvuru No: 2013/2714, K.T. 06.10.2015.

- Ahmet Ünal**, AYM, Başvuru No: 2016/17624, K.T. 09.05.2018.
- Ali Dursun ve Müslüm Demir**, AYM, Başvuru No: 2014/12720, K.T. 19.02.2019.
- Alırıza Aksoy**, AYM, Başvuru No: 2013/4836, K.T. 9.3.2016.
- Ali Rıza Özer ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/3924, K.T. 06.01.2015.
- Ali Şafak**, AYM, Başvuru No: 2015/2853, K.T. 03.07.2019.
- Alp Altınörs**, AYM, Başvuru No: 2018/2790, K.T. 25.02.2021.
- Ayşe Adanalı**, AYM, Başvuru No: 2016/76401, K.T. 13.02.2020.
- Aziz Albak**, AYM, Başvuru No: 2015/19710, K.T. 16.01.2020.
- Azize Mihyaz ve Haval Mihyaz**, AYM, Başvuru No: 2015/11214, K.T. 10.01.2019.
- Betül Öztürk Gülhan ve Sıla Koç**, AYM, Başvuru No: 2016/12937, K.T. 10.12.2019.
- Bülent Kurt**, AYM, Başvuru No: 2013/7408, K.T. 20.01.2016.
- C.D.**, AYM, Başvuru No: 2013/394, K.T. 06.03.2014.
- Cebrail Bektaş ve Yüksel Şahin**, AYM, Başvuru No: 2015/4787, K.T. 25.09.2019.
- Celal Büyükbayram**, AYM, Başvuru No: 2013/8546, K.T. 25.06.2015.
- Cemil Danışman**, AYM, Başvuru No: 2013/6319, K.T. 16.07.2014.
- Cengiz Çakır**, AYM, Başvuru No: 2013/7526, K.T. 20.11.2014.
- Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek**, AYM, Başvuru No: 2013/8137, K.T. 20.04.2016.
- Ceyda Sungur**, AYM, Başvuru No: 2015/14363, K.T. 03.04.2019.
- Cezmi Demir ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014.
- Cihan Mutlu**, AYM, Başvuru No: 2016/9422, K.T. 13.02.2020.
- Davut Yıldız (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/39073, K.T. 01.07.2020.

- Doğukan Bilir**, AYM, Başvuru No: 2014/15736, K.T. 29.05.2019.
- Egemen Budak**, AYM, Başvuru No: 2016/14870, K.T. 09.06.2020.
- Emre Erdem**, AYM, Başvuru No: 2017/30219, K.T. 20.10.2020.
- Ender Ergün**, AYM, Başvuru No: 2016/1849, K.T. 19.11.2019.
- Erdoğan Akdoğdu**, AYM, Başvuru No: 2017/17795, K.T. 16.09.2020.
- Feride Kaya**, AYM, Başvuru No: 2013/2365, K.T. 20.01.2016.
- Feride Kaya (2)**, AYM, Başvuru No: 2016/13985, K.T. 09.06.2020.
- Funda Akdeniz Geçer ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2018/16685, K.T. 11.02.2021.
- Gülşen Polat ve Kenan Polat**, AYM, Başvuru No: 2015/4450, K.T. 10.10.2019.
- Güven Boğa**, AYM, Başvuru No: 2014/17222, K.T. 03.07.2019.
- G.G.K.**, AYM, Başvuru No: 2014/19797, K.T. 09.01.2018.
- G.Y.**, AYM, Başvuru No: 2016/1669, K.T. 15.01.2020.
- Hamdiye Aslan**, AYM, Başvuru No: 2013/2015, K.T. 04.11.2015.
- Hasan Fırat**, AYM, Başvuru No: 2015/9496, K.T. 31.10.2019.
- Hasip Kaplan (3)**, AYM, Başvuru No: 2015/4085, K.T. 29.11.2018.
- Hıdır Kanak**, AYM, Başvuru No: 2015/12002, K.T. 23.10.2019.
- I.I.**, AYM, Başvuru No: 2014/15876, K.T. 21.09.2016.
- Işıl Yaykır**, AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.4.2014.
- İbrahim Akan (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/32078, K.T. 25.02.2021.
- İbrahim Halil Baran**, AYM, Başvuru No: 2017/27013, K.T. 19.11.2020.
- İdris Yakut**, AYM, Başvuru No: 2014/10709, K.T. 21.02.2019.
- Kemalettin Rıdvan Yalın**, AYM, Başvuru No: 2014/6220, K.T. 18.07.2019.
- Majid Mahmoud Ahmed Aljamal**, AYM, Başvuru No: 2015/15277, K.T. 17.05.2016.

- Mehmet Ali Bakır**, AYM, Başvuru No: 2015/17072, K.T. 07.03.2019.
- Muhsin Candan**, AYM, Başvuru No: 2015/5784, K.T. 06.03.2019.
- Murat Karabulut**, AYM, Başvuru No: 2013/2754, K.T. 18.02.2016.
- Mustafa Özbey**, AYM, Başvuru No: 2013/8705, K.T. 23.03.2016.
- Mustafa Rençber ve Ahmet Rençber**, AYM, Başvuru No: 2016/3866, K.T. 13.02.2020.
- Mustafa Rollas**, AYM, Başvuru No: 2014/7703, K.T. 02.02.2017.
- Mustafa Sunar**, AYM, Başvuru No: 2017/40338, K.T. 12.01.2021.
- Naif Bal (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/2465, K.T. 11.09.2019.
- Onur Cingil**, AYM, Başvuru No: 2013/7836, K.T. 16.04.2015.
- Osman Sandıkçı**, AYM, Başvuru No: 2013/6297, K.T. 10.03.2016.
- Özgür Çarpanalı**, AYM, Başvuru No: 2015/20368, K.T. 07.02.2019.
- R.Ç.**, AYM, Başvuru No: 2018/6688, K.T. 24.02.2021.
- Rıfat Bakır ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/2782, K.T. 11.03.2015.
- Sabri Kaya**, AYM, Başvuru No: 2014/8482, K.T. 29.06.2016.
- Sertaç Kılıçarslan**, AYM, Başvuru No: 2013/7090, K.T. 18.02.2016.
- Sinan Işık (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/12734, K.T. 25.09.2019.
- Songül Yaşa**, AYM, Başvuru No: 2016/6750, K.T. 17.06.2020.
- Suat Eren**, AYM, Başvuru No: 2018/3081, K.T. 11.02.2021.
- Süleyman Savat**, AYM, Başvuru No: 2015/18154, K.T. 04.07.2019.
- Şadiye Dilan Doğan**, AYM, Başvuru No: 2016/9604, K.T. 07.04.2021.
- Şahabettin Yılmaz**, AYM, Başvuru No: 2014/18172, K.T. 09.01.2018.
- Şehnaz Ayhan**, AYM, Başvuru No: 2013/6229, 15. K.T. 04.2014.
- Şenol Gürkan**, AYM, Başvuru No: 2013/2438, K.T. 09.09.2015.
- Tayfun Yıldırım**, AYM, Başvuru No: 2018/22602, K.T. 10.02.2021.

Turan Günana, AYM, Başvuru No: 2013/3550, K.T. 19.11.2014.

Utku Kalı (2), AYM, Başvuru No: 2014/1358, K.T. 12.01.2017.

Y.K., AYM, Başvuru No: 2016/14347, K.T. 02.06.2020.

Yusuf Karakuş ve diğerleri, AYM, Başvuru No: 2014/12002, K.T. 08.12.2016.

AİHM KARARLARI

Aksoy/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996.

Al-Adsani/Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 35763/97, K.T. 21.11.2001.

Aydın/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.9.01997.

İrlanda/Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 5310/71, K.T. 19.01.1978.

Koçak/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 32581/96, K.T. 03.05.2007.

Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 8139/09, K.T.
17.01.2012.

Paduret/Moldova, AİHM, Başvuru No: 33134/03, K.T. 05.01.2010.