

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İŞKENCE VE İNSANLIK DIŞI MUAMELE VEYA KÜÇÜLTÜCÜ MUAMELE VEYA CEZA

SABAHATTİN NAL*

I. Genel Olarak

Tüm insan hakları sözleşmeleri tarafından yasaklanan işkence ve kötü muamele, insan haklarının iğrenç ve yüz kızartıcı ihlali olarak değerlendirilmekte ve uluslararası toplum tarafından yoğun biçimde kınanmaktadır. Bununla birlikte, birçok ülkede kimi zaman yaygın ve sistematik olarak, insan hakları sözleşmelerinin etkilerini sınırlayıcı uygulamalara tanık olunmakta. Hükümetler ve hükümet dışı örgütler, insan hakları sözleşmelerinin etkisini artırmak ve işkenceyi önlemek için mücadele etmekte.¹ Bu hususta yoğun çaba gösterilmekte ve çok sayıda uluslararası belge bulunmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesi işkenceyi, insanlık dışı ve küçültücü muameleyi yasaklamaktadır. Bu hüküm, diğer insan hakları sözleşmeleri için model oluşturmaktadır. Özellikle Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi aynen Evrensel Beyanname'den alınmıştır.

Aynı hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme)'nin 3. maddesinde yer almıştır. Sözleşme'nin önemli maddelerindedir ve şu şekildedir: "*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele*

* Arş. Gör. Dr., Niğde Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü.

¹ DANELIUS, "Protection Against Torture in Europe and the World", MACDONALD ve diğerleri (der.), *The European System for the Protection of Human Rights* içinde, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, 263.

veya cezaya maruz bırakılamaz." Bu olgu 2, 4(1) ve 4(7) maddeler boyunca da teyit edilmektedir. Sözleşme, terör ve örgütlü suçlarla savaşım gibi en zor koşullarda bile işkenceyi, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezayı mutlak bir biçimde yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesi, 1 ve 4 sayılı Protokollerin maddi haklarla ilgili birçok hükmünden farklı olarak, hiçbir istisnaya ve 15. maddeye göre ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile yükümlülük azaltmaya yer vermemektedir.²

Aynı nedenle bu madde, Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması bakımlarından da en zor kurallarından biridir. İlk olarak madde, çok güçlü ifadelerle işkenceyi ve aynı zamanda iki tür kötü eylemi yasaklamaktadır: Bunlar insanlık dışı muamele veya eziyet ve onur kırıcı muamele veya eziyettir. İkinci olarak, madde yasaklanmış eylemin niyet ve anlamına ilişkin ipucu vermemektedir. İtiraf etmek gerekir ki, Sözleşme'nin diğer maddeleri de yasaklamak istediği veya güvenceye almak istediği şeyleri beklenildiği düzeyde açıklıkla ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, kullanılan ifadelerin açık olması (örneğin 8. maddedeki "özel yaşama ve aile yaşamına saygı" veya 12. maddedeki "evlenme ve aile kurma hakkı") veya kullanılan ifadelerin teknik doğası (6. maddedeki "hukuken kurulmuş bağımsız ve yansız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkı" veya 10. maddedeki "ifade özgürlüğü" veya 11. maddedeki "barışçıl toplanma ve dernek kurma özgürlüğü") bu maddelerin daha kolay yorumlanmasını olanaklı kılmaktadır.

Tersine olarak, özellikle 3. maddede yer alan "insanlık dışı" ve "küçültücü-alçaltıcı" muameleye ilişkin kavramların yasakladığı alanı ve anlamı tam olarak saptamak zordur. Zira ulusal yargı yerlerinin kararlarında, öğretide, Sözleşmenin yargı organları olan Komisyon* ve Mahkemenin içtihatlarında, "insanlık dışı" ve "alçaltıcı" muamele kavramlarının karşılaştırılabilir tanım veya yorumunun bulunduğu ileri sürülemez.

² *Chahal v. UK*, 15 November 1996 Series A no: 697, § 79.

* 1 Kasım 1998 tarihinde 11. Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte Komisyon kaldırılmıştır. 11. Protokol'le Sözleşme'de meydana gelen değişikliklerle ilgili olarak bkz., ANAYURT, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Kurulu Denetim Mekanizmasını Yeniden Yapılandıran 11 No'lu Protokol", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C. XXI, S. 202, 60-70. Adı geçen protokol, Türkiye tarafından 4225 sayılı ve 14.05.1997 tarihli yasayla TBMM'ce ugun bulunmuştur.

Böylece Komisyon ve Mahkemenin 3. maddeyi yorumlar ve uygulamaları nasıl bir zorlukla karşı karşıya olduğu hemen ve çok açık bir biçimde görülür. Sonuçta, buna bağlı olarak, iki organa geniş bir takdir hakkının bırakılması gerektiği yargısına ulaşılabilir.

Aşağıda, anılan organların içtihatlarında 3. maddeyi nasıl yorumladıklarını incelemeye çalışacağız.

II. Komisyon ve Mahkemenin İchtihatları

A. GENEL OLARAK

Komisyon ve Mahkemenin çok sayıdaki içtihadının dikkatli bir incelemesi, aralarında uyuşmazlık olsa bile, bu maddeye ilişkin kavramları geniş bir yorumlama yoluna gitmiş olduklarını ortaya koyar. Anılan organlar bu amacı, iki biçimde izlemektedirler: İlk olarak, 3. maddenin uygulama alanını gittikçe genişleterek. İkinci olarak ise, söz konusu maddenin ihlal edilip edilmediği konusunda geliştirdikleri ölçütleri özgüleştiren ve bu madde içerisinde değerlendirilecek yasakların alanını genişleterek.

B. 3. MADDENİN UYGULAMA ALANI

Komisyon ve Mahkeme, başlangıçta, 3. maddeyi özgürlüklerinden yoksun olan kimselere ilişkin olarak uygulamışlardır (genellikle gözaltındaki, hapisanedeki veya akıl hastanelerindeki kişilere). 1960'tan beri anılan organlar, suçluların işkenceye veya insanlık dışı muameleye maruz kalma olasılığı olan bir ülkeye iadelerinin 3. maddeye aykırı olup olmadığı sorununu da tartışmaktadırlar. Komisyon, kimi örneklerde, bir dereceye kadar, ırk ayrımcılığının insanlık dışı veya küçültücü muamele düzeyine varıp varmadığını incelemiştir. Sonradan Komisyon ve Mahkeme, eğitim kurumlarında insanlık dışı ve küçültücü muamele iddialarını içeren vakaları da ele almışlardır. Son olarak Komisyon, birkaç olayda, yetkililerin sorumlu olduğu ileri sürülen kötü iktisadi ve toplumsal koşulların gerçekten insanlık dışı muamele düzeyine ulaşmış olduğunu da incelemiştir.

C. TANIMLAR VE KOMİSYON VE MAHKEMENİN İÇTİHATLARI

1. İnsanlık Dışı Muamele veya Eziyet

Her iki organ da, anılan maddede geçen çeşitli kavramları tanımlama gereksinimi duymuşlardır. Anılan organlar, her ne kadar, kimi örneklerde kavramların uygulamasında uyuşmazlığa düşmüşlerse de, bu, köklü değişikliklere yol açmamaktadır. Burada bunları kısaca özetlemekte yarar var.

Komisyon ve Mahkeme, ilk olarak, insanlık dışı muamele kategorisinin işkenceden daha geniş olduğunu dile getirmişlerdir. İşkence, insanlık dışı muamelenin daha ciddi ve ağırlaştırılmış bir türüdür. Görüleceği gibi, bu iki tür bir arada gruplaştırılabilirse de, alçaltıcı muamele veya eziyet başlı başına ayrı bir kategori oluşturur.

İnsanlık dışı muamele ile anlatılmak istenen nedir? Komisyon birçok olayda, insanlık dışı muameleyi "[K]asten, haklı bir gerekçe olmadan fiziksel veya ruhsal acıya neden olma" olarak tanımlamıştır.³ Böylece, 3. maddenin ihlalinin söz konusu olabilmesi için, en azından, üç öğenin bulunması gerekir: Kötü muamele niyeti, fiziksel veya ruhsal ciddi acı, böyle bir acı için haklı bir gerekçenin bulunmaması. Özgül bir vakada bu öğelerin varlığının saptanması hassas bir konudur. Mahkeme her olayın kendi bağlamında değerlendirilmesini istemektedir. Mahkeme *Ireland v. United Kingdom* vakasında:

[K]ötü muamelenin 3. maddenin kapsamına girmesi için asgari düzeyde bir şiddete ulaşması gerekir. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi, olayın niteliği gereği görecelidir. Muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve kimi durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi, olayın tüm koşulları.⁴

İçtihadında bulunmuştur.

Aşağıda Komisyon ve Mahkemenin bu kavramı özgül vakalara nasıl uyguladıklarını inceleyeceğiz.

³ Op. Com., 5 November 1969, *Greek case*, *Yearbook* 12, 186, § 2; Op. Com., 7 December 1978, *Guzzardi v. Italy*, 06 November 1980, Series A no: 39, § 80.

⁴ *Ireland v. UK*, 18 January 1978, Series A no: 25, § 162.

Anılan organlar aşağıdaki vakalarda 3. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermişlerdir:

Bu kategoride değerlendirilecek ilk örnek, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* vakasıdır. Komisyon bu vakada, Yunanlı yetkililer tarafından çok sayıda işkence muamelesine ek olarak, insanlık dışı muamelenin de uygulandığını saptamıştır. Komisyon, özellikle Bouboulinas Caddesindeki Athens Security Police binasının bodrum katında siyasal nedenlerle tutulan kişilerin tutulma koşullarının 3. maddeye aykırı olduğunu saptamıştır.⁵ Averoff Hapishanesi'nde tutulan siyasal tutukluların tutulma nedenleri de meşru değildi ve dolayısıyla 3. maddenin ihlalini oluşturmaktadır. Bunların yanında, tutukluların ailelerinden ayrı olmalarının sert koşullarına ek olarak, Leros Adası'nın aşırı kalabalık oluşu da insanlık dışı muameledir.⁶

Burada değinilecek bir başka vaka ise, *Ireland v. United Kingdom* vakasıdır. Kuzey İrlanda'da İngiliz polisi tarafından sorguya yardımcı olmak için 40 kişiye uygulanan "beş teknik" Komisyona göre işkence oluşturmaktadır. Bu "beş teknik" şunlardan oluşmaktadır:

- (a) *duvar dibine dikme (wall standing)*: bu tekniğe maruz bırakılanların anlattığına göre, gözaltında tutulanların eller en tepede, ayaklar birbirinden açılmış, kollar ve ayaklar gerilmiş olarak duvarın dibinde, bedeninin tüm ağırlığını ayak parmaklarına yükleyecek şekilde birkaç saat böyle gergin pozisyonda durmaya zorlama,
- (b) *başlık geçirme (hooding)*: tutulu kişinin başına siyah ya da koyu renkli bir torba geçirerek ve en azından başlangıçta, sorgu dışında, bunu sürekli başta tutma,
- (c) *gürültüye maruz bırakılma (subjection to noise)*: tutulu kişinin sorgu kadar, sürekli yüksek tonda ıslıklama ve yuhalama sesinin verildiği bir odada tutulması,
- (d) *uyutmama (deprivation of sleep)*: tutulu kişiyi sorguya kadar uyuktan yoksun bırakma,

⁵ *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, Yearbook 12, 468-80.

⁶ *ak.*, 489-97, 505.

(e) aç-susuz bırakma (*deprivation of food and drink*): tutulu kişiyi merkezde kaldığı sürece ve sorgulamaya kadar, düşük bir diyetle maruz bırakma.⁷

Mahkeme, "beş tekniğin" uygulanışına dikkat çekerek:

*[Ö]nceden düşünüülerek, birlikte ve hiç durmadan saatlerce uygulanmıştır. Bu teknikler, buna maruz kalan kişinin bedensel olarak yaralanmasına değilse bile, en azından fiziksel ve ruhsal açıdan acı çekmesine neden olmuş ve sorgu sırasında şiddetli psikiyatrik rahatsızlıklara yol açmıştır. Bu nedenle bu teknikler, 3. maddedeki anlamıyla, insanlık dışı muamele kategorisine girerler.*⁸

değerlendirmesinde bulunmuştur.

Bu başlık altında incelenebilecek bir başka ilginç vaka ise, *Cyprus v. Turkey* karardır. Komisyon bu vakada, diğer iddiaların yanında, Türk askerlerinden kaynaklanan ve Kıbrıslı sakinlere karşı uygulanan ırza geçme, fiziksel kötü muamele gibi acılarla da ilgilenmiştir. Komisyona göre yaygın ırza geçme olayları insanlık dışı muameledir. Benzer biçimde, çok sayıda olayda mahkumlar, Türk askerleri tarafından şiddetli biçimde dövülmüş veya kötü muameleye tabi tutulmuşlardır. Bu kötü muameleler hatırı sayılır zarara/yaralanmaya ve en azından bir vakada kurbanın ölmesine neden olmuştur. Keza bunlar da kötü muamele düzeyine ulaşmıştır. Aynı biçimde, "[Y]eteri derecede yiyecek, içecek vermemek ve yetersiz tıbbi müdahaleler birçok olayda"⁹ kötü muamele niteliğindedir.

2. İşkence

Komisyon ve Mahkeme, sürekli olarak, işkencenin insanlık dışı muamelelerin ağırlaşmış hali* olduğunu ileri sürmüşler ve işkencenin ama-

⁷ *Ireland v. UK* (4), § 96.

⁸ *ak.*, § 167.

⁹ Rep. Com., 10 July 1976, § 373-414.

* Aynı olgu, "Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri"de de yer almıştır. Adı geçen bildirinin 1. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde dile getirilmiştir: "İşkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezanın ağırlaştırılmış ve kasten işlenmiş bir biçimini oluşturur." Aynı mad-

cıyla karakterize edilebileceğini belirtmişlerdir.¹⁰ Mahkeme, işkence terimini kullanarak, "[Ç]ok ciddi ve çekilmez acılara neden olan kas-ti kötü muamelelere"¹¹ bu niteliği yapıştırmak istemiştir. Böylece iki organın işkenceyi, insanlık dışı muameleden veya eziyetten iki yön-den ayırdıkları açıkça ortaya çıkmaktadır: İşkence daha ciddi veya ağırdır. Bir başka anlatımla, daha büyük acılara neden olmaktadır ve daima bir amaç taşır. Komisyon ve Mahkemeye göre, bunun anlamı, yalnızca niyetin derin fiziksel veya ruhsal acılara yol açması yeterli değildir: Bu niyete ek olarak özgül bir amaç da bulunmalıdır. İnsanlık dışı muamelede olduğu gibi, işkencenin de (her bir olayın koşullarının değerlendirilmesi için gerekli koşullar yerine getirilirse) adli bir önlem olduğunu söylemeye gerek yoktur. Bu durum en azından bir örnekte olgu tarafından teyit edilmiştir. Komisyon ve Mahkeme, olguları farklı biçimde değerlendirmişlerdir: Komisyon, *Ireland v. UK* vaka-sında Kuzey İrlanda'da İngiliz polisi tarafından sorguya yardım için kullanılan "beş tekniği" bir işkence çeşidi olarak değerlendirirken; Mahkeme bunları "işkence" ile aynı değerde görmemiş, bunun yerine "insanlık dışı muamele" olarak değerlendirmiştir.

Komisyon veya Mahkemenin işkenceden devleti sorumlu bulduğu va-kalar da söz konusudur. Mahkeme şimdiye kadar böyle bir bulguya

denin 1. fıkrasında ise işkence şöyle tanımlanmıştır: "Bu bildiri bakımından işkence, bir kamu görevlisi tarafından bizzat veya onun teşvikiyle bir kimse-ye, kendisinden bir itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi elde et-mek, işlediği veya işlediğinden kuşkulanan bir suçtan ötürü kendisini ce-zalandırmak, kendisinin veya başkalarının gözünü korkutmak gibi amaçlar-la, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir eylem-dir. İşkence terimi, Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallara uy-gun olan hukuksal yaptırımlardan kaynaklanan veya bu yaptırımların doğa-sında varolan acı ve ıstırapı kapsamaz." Bu bildiride geçen işkenceye ilişkin tanım benzer biçimde, "İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme"nin 1. maddesinde de yer almıştır

¹⁰ Op. Com., 5 November 1969, *Greek case*, *Yearbook* 12, 186, § 2; Dec. Adm. Com., 3 February 1971, Application no: 4220/69, CD 37, 59 (*Yearbook* 14, 276); Op. Com., 25 January 1976, *Ireland v. UK* (4), 66-67; *Tyrer v. UK*, 25 April 1978, Series A no: 26, 13; *Campbell and Cosans v. UK*, February 1982, Series A no: 48, 12, *Aksoy v. Turkey*, Series A no: 708, 18 December 1996, § 63, *Aydın v. Turkey*, 25 September 1997 (57/1996/676/866), § 82.

¹¹ *Ireland v. UK* (4), § 167.

karar vermezken; Komisyon *Greek ve Ireland v. UK* vakalarında işkenceye karar vermiştir. Komisyon, Yunan makamları tarafından uygulanan ve işkence olduğu iddia edilen 35 örnekten 11'nin işkence olduğuna karar vermiştir. İşkence en çok falanga* şeklinde ve vücudun her yerine ciddi şekilde vurma biçiminde uygulanmıştır. Bu işkence çeşitleri elektrik şoku vermek, alay etmek, kurbanları ateş etmekle veya öldürmekle tehdit etmek, kafaları mengeneye sıkıştırmak, baştan veya cinsel organ bölgesinden kıl yolmak, erkeklik organına tekmeyle vurmak, başa su damlatmak ve uykuyu önlemek için yoğun gü-rültü yapmak biçimlerinde gerçekleştirilmiştir.¹²

Aksoy v. Turkey kararı da 3. maddenin ihlaliyle ilgilidir. Karara konu olan davada başvurucu, kendisine çeşitli şekillerde kötü muamele yapıldığından yakınmıştır. Başvurucu, sorgulanması sırasında gözlerinin bağlandığını, bunun da zihninin bulanmasına yol açtığını, kolları arkadan bağlı olarak asıldığını (Filistin askısı), elektrik verildiğini, üzerine su sıkılarak elektriğin şiddetinin artırıldığını, dövülüp tokatlandığını ve küfredildiğini iddia etmiştir. Başvurucu gördüğü muamelelerin işkenceye varacak kadar ağır olduğunu, kendisini teşhis eden kişiyi tanıdığını kabul ettirmek amacıyla işkence yapıldığını ileri sürmüştür. Buna ek olarak, gözaltında tutulduğu koşulların ve nezaretteyken sürekli işkence görme korkusu içinde kalmasının insanlık dışı muamele oluşturduğunu ileri sürmüştür.¹³

Mahkeme, önüne gelen davada, belirli biçimdeki kötü muamelelerin işkence olup olmadığına karar verebilmesi için, 3. maddede "işkence" kavramı ile "insanlık dışı muamele" veya "onur kırıcı muamele" kavramları arasında yapılan ayrıma dikkat etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yukarıda da vurgulandığı gibi, "işkence" kavramının çok ciddi ve zalimane acılara neden olan, kasti insanlık dışı muamelelere özel bir leke yapıştırmak amacıyla Sözleşme'de yer aldığı görülmektedir.¹⁴

Mahkeme, Komisyonun başvurucunun "Filistin askısı"na maruz bıraktığını, bir başka anlatımla, çırılçıplak soyularak, elleri arkadan

* Ayaklara ahşap veya metal çubukla vurmak suretiyle gerçekleştirilen bir işkence çeşidi.

¹² Com. Rep., 18 November 1969, *Yearbook* 12, 499-500.

¹³ *Aksoy v. Turkey* (10), § 60.

¹⁴ *ak.*, § 63.

bağlı bir biçimde kollarından asıldığını saptadığını anımsatmıştır.¹⁵ Mahkemeye göre, bu muamele yalnızca kasten yapılabilir. Bunu yapmak için, doğal olarak, belirli bir hazırlık sürecine ve güç kullanımına gereksinim vardır. Başvurucudan bir itiraf veya bir bilgi elde etmek için yapıldığı anlaşılmaktadır. Tıbbi bilgiler, yapıldığı zaman derin bir acı vermiş olmasının yanı sıra, her iki kolda bir süre devam eden felce yol açtığını göstermektedir. Mahkeme bu muamelelerin ancak işkence olarak nitelenebilecek ağır ve zalimce bir muamele olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, varılan bu sonucun ağırlığı nedeniyle, başvurucunun diğer kötü muamele şikayetlerini incelemeyi gerekli görmemiştir. Sonuç olarak bu vakada, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.¹⁶

Anılan organlar, *Aydın v. Turkey* vakasında da 3. maddenin ihlali iddiasını değerlendirmişlerdir. Karara konu olan davada başvurucu alıkonulmuş, bu süre içerisinde gözleri kapatılmış ve babasından ve yengesinden ayrı tutulmuştur. Bu süre boyunca, tecavüz edilerek onur ve saygınlığına zarar verilmiş ve bu özel işkence sonucu, uzun süreli psikolojik zarara uğramıştır. Bundan başka çırılçıplak bırakılmış, sorgulanmış, dövülmüş, tokatlanmış, tehdit edilmiş ve onuru incitilmiştir. Kendisi zorla bir tekerleğin içine oturtulmuş, döndürülmüş, üzerine tazyikli soğuk su sıkılmıştır. Başvurucu Mahkemeye başvurarak cinsiyetinin, yaşının ve yaralanma olasılığının göz önüne alınarak, bile rek yapılan eziyetin, tasarlanan fiziksel acının bir işkence olduğuna karar verilmesini istemiştir. Son olarak başvurucu, kendisinin işkence ile ilgili şikayetleri konusunda yetkililerin etkili bir soruşturma yürütmemelerinin de 3. maddenin ihlali olduğunu ileri sürmüştür.¹⁷

Bu iddialara karşı Komisyon şunları belirtmiştir: Başvurucunun çırılçıplak soyulması, dövülmesi, bir tekerlek içine oturtulması ve üzerine tazyikli su sıkılması açıkça 3. maddenin yasakladığı eylemlerdir. Komisyon, aynı zamanda, tecavüzün *bir subay veya yetkili bir kişi tarafından işlenmesinin daha ciddi davranış ya da suç olması* gerektiğini belirtmiştir. Böyle bir suç, başvurucunun fiziksel ve manevi tümlüğünü derinden etkilemiş ve sürekli fiziksel ve psikolojik acıyı içine alan,

¹⁵ *ak.*, § 64.

¹⁶ *ak.*, § 64.

¹⁷ *Aydın v. Turkey* (10), § 75-76.

özellikle kötü muamelenin kaba şekli olarak tanımlanmıştır. Adı geçen organ, başvurucunun 3. maddenin ihlal edilerek, subayların elinde bir işkence kurbanı haline getirildiğini de belirlemiştir.¹⁸

Aynı davada Mahkeme, olayları Komisyonun belirlediği gibi kabul ettiğini, yani başvurucunun güvenlik güçleri tarafından alıkonulduğunu ve gözaltında iken tecavüz edildiğini ve değişik birçok kötü muameleye maruz kaldığını anımsatmıştır. Mahkemeye göre, birçok durumda gözlemlendiği gibi, Sözleşme'nin 3. maddesinin koruduğu değer, *demokratik toplumların kutsal olarak gördüğü bir değerdir*. Bu madde, işkence veya insanlık dışı muamele veya haysiyet kırıcı suçları kesin bir biçimde yasaklamaktadır. 3. madde bu temel değere hiçbir istisna kabul etmemekte, bundan gelen hiçbir zarara 15. maddeye göre bile izin verilmemektedir.¹⁹

Mahkeme bu noktada, işkenceyi diğer kötü muamelelerden ayırma yoluna gitmiştir. Herhangi bir özel kötü muamelenin işkence olup olmadığına karar vermek için 3. maddede belirtilen bu zan ile insanlık dışı davranış veya haysiyet kırıcı davranış arasındaki ayırım dikkate alınmalıdır. Bu ayırım, Sözleşme'de, *"işkence" özel olgusunun, yalnızca çok ciddi ve zalimce ıstıraba neden olan insanlık dışı eylemlere bağlanmış olduğunu ortaya koyar*.²⁰

Başvurucu, alıkonulduğunda bir kişi tarafından tecavüze uğramıştır ve bu kişinin kimliğinin hala belirlenmesi gerekmektedir. Gözaltında bulunan birinin bir devlet görevlisi tarafından zayıf anından ve savunmasızlığından yararlanılarak tecavüze uğraması, özellikle vahim ve tiksindirici bir şey olarak düşünülmelidir. Bundan başka tecavüz, kurbanı üzerinde diğer fiziksel ve psikolojik şiddet şekillerinde olduğu gibi, zaman içinde kolaylıkla geçmeyen derin psikolojik etkiler bırakır. Başvurucu, aynı zamanda onur ve saygınlığını ortadan kaldıran fiziksel ve duygusal olarak ihlal edilmiş olan zorla ilişki esnasında keskin bir acıyı da yaşamıştır.²¹

Cinsiyeti, gençliği ve içinde kaldığı koşullar göz önüne alındığında

¹⁸ *ak.*, § 78-79.

¹⁹ *ak.*, § 81.

²⁰ *ak.*, § 82.

²¹ *ak.*, § 83.

başvurucu, Derik jandarma merkezinde gözaltındayken, özellikle korkutucu ve küçültücü birçok muameleye tabi tutulmuştur. Üç günden fazla bir zaman alıkonulmuş, bu süre içinde gözleri bağlanarak şaşırtılmış ve yönlendirilmiştir. Sorgulama sırasında dövülmesi sonucu, fiziksel ve psikolojik bir acı içinde kalmış ve daha sonra da ne olacağı konusunda endişe duymuştur. Başvurucu aynı zamanda, aşağılayıcı koşullar altında çıplak bırakılmış ve bir defasında da bir tekerlek içinde döndürülürken üzerine tazyikli su sıkılmıştır.²²

Mahkeme, başvurucuya karşı uygulanan fiziksel ve psikolojik eylemlerin ve özellikle 3. maddenin ihlalinde işkenceye maruz kalan başvurucunun uğradığı tecavüz olayının tümünden ikna olmuştur. Aslında Mahkeme, uygulanan muamelelerin tek birinden bile bu sonuca ulaşacağını belirtmiştir.²³

3. Küçültücü Muamele

Komisyon ve Mahkeme, sürekli olarak, kişinin kendi huzurunda veya başkalarının huzurunda ciddi biçimde incitilmesini, onurunun kırılmasını, vicdanının veya istencinin tersine davranmasını istemeyi küçültücü muamele olarak değerlendirmektedirler.²⁴ Mahkeme, bir cezanın 3. madde anlamında onur kırıcı nitelikte olabilmesi için, aşağılama veya küçümsemenin belirli bir düzeye ulaşmasını ve her halükarda, genel olarak, cezada bulunan aşağılamadan başka bir nitelikte olması gerektiğini vurgulamaktadır.²⁵ Bunun yanında, küçük düşürücü muamelenin veya cezanın kalıcı veya şiddetli fiziksel zararlara neden olmasına ise gerek yoktur. Bunların olması olası olsa da, bu kavramın vazgeçilmez öğeleri değildir.²⁶ Kötü muamelenin veya cezanın kurucu öğesi, "3. maddenin korumayı amaçladığı insan onuruna ve fiziksel tümlüğüne açık bir saldırı" oluşturmaktır.²⁷ Bununla bir-

²² *ak.*, § 84.

²³ *ak.*, § 85.

²⁴ *Op. Com.*, 5 November 1969, *Greek case*, *Yearbook* 12, 186; *Op. Com.*, 25 January 1976, *Ireland v. UK* (4), 748; *Tyrer v. UK* (10), 15; *Guzzardi v. Italy* (3), § 80; *Campell and Cosans v. UK* (10), 13.

²⁵ *Tyrer v. UK* (24), § 30.

²⁶ *ak.*, § 33.

²⁷ *ak.*, § 33.

likte, *Campell and Cosans v. UK* vakasında açıkça ortaya konulduğu gibi, fiziksel veya zihinsel acılara maruz kaldıklarını veya küçük düşürüldüklerini iddia edenlerin bunları ispat etmeleri önemlidir.²⁸ Ancak Mahkemeye göre, "[İ]şin doğası gereği değerlendirme (zarar saptaması) görecelidir: Değerlendirme, vakanın tüm koşullarına-ahvaline, özellikle, cezanın bizzat kendisine veya doğasına, bağlamına ve onun ifa yöntemine dayanır."²⁹

Yukarıdaki açıklamalardan, Komisyon ve Mahkemenin küçültücü muamele veya ceza kavramı hakkındaki görüşünün insanlık dışı muamele veya ceza konusunda ileri sürdüğü üç ögeye (niyet, şiddetli zihinsel veya fiziksel acı ve haklı bir neden olmaması) bağlı olmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

Bunun yanında, işkencenin varlığını kanıtlamak için ne ögelerin ağırlığına ne de amaca gerek vardır. Bunun yerine, küçük düşürücü muamele veya cezanın anlamı, kurbanın kendisinin veya başkalarının gözünde ciddi biçimde küçük düşürülmesi ve iradesinin veya vicdanının tersi yönünde zorlanmasıdır.

Komisyon ve Mahkemenin bu konuda verdikleri başlıca kararları incelemeye geçebiliriz. Anılan organlar, *Tyrer v. UK* vakasında, başvurunun Isle of Man bölgesinin mevzuatına göre sopa cezasına çarptırılmasını ve kişiye kayın ağacından yapılmış sopayla vurulmasını küçültücü muamele kabul etmişler ve 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermişlerdir. Mahkeme bu davada, burada yer vermeye değer güçlü gerekçeler kullanmıştır:

Bedensel cezanın özelliği, bir insanın diğer bir insana fiziksel şiddet kullanmasıdır. Dahası bu olayda bedensel ceza, yasayla düzenlendiği, yargısal makamlar tarafından karar verildiği ve devletin polisi tarafından yerine getirildiği için kurumsallaştırılmış bir şiddettir. Başvurucu, bu cezanın kendisine uygulanması sonucu çok uzun süreli ağır fiziksel acılar çekmemiştir ancak, bu ceza, 3. maddenin korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel tüm-lüğüne açık bir saldırı oluşturmuştur. Bu cezanın olumsuz psikolojik sonuçları da gözden tutulamaz.

²⁸ *Campell and Cosans v. UK* (10), § 30-31.

²⁹ *ak.*, § 30.

*Bedensel cezayı öngören mevzuat, kararın verilmesinden itibaren altı ay içinde uygulanmaması halinde sopa ile vurma cezasının uygulanmayacağını öngörmektedir. Ancak bu durum, çocuk mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararı ile infaz edilmesi arasında haftalar geçmesini ve cezanın uygulanacağı polis karakolunda uzun süre beklenilmesini önlememiştir. Buna göre başvuru Tyrer yaşadığı fiziksel acının yanında bir de, cezanın infaz edilmesini beklemekten ötürü şiddetli ruhsal acılar çekmeye maruz bırakılmıştır.*³⁰

*Tüm bu koşulları göz önünde tutan Mahkeme, başvuru "onur kırıcı ceza" kavramında içkin bulunan aşağılama ögesinin bulunduğu bir cezaya maruz bırakıldığını saptamıştır. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucuya uygulanan bedensel cezanın Sözleşme'nin 3. maddesindeki onur kırıcı ceza oluşturduğu sonucuna varmıştır.*³¹

*East African Asians v. UK ve M. and K. Warwick v. UK vakaları Komisyon ve Mahkemenin küçültücü muamele veya cezaya hükmettiği önemli kararlardandır. Son vakada, okul müdürü, iki kız öğrenciyi okul dışında (sokakta) sigara içerken görmüş ve bunun üzerine kızların her birinin sol ellerine müdür yardımcısının ve diğer kız öğrencinin önünde sopayla vurmuştur. Komisyon, vakanın tüm koşullarını bir arada değerlendirerek, uygulanan bedensel cezanın 3. madde anlamında küçük düşürücü ceza düzeyinde bir ciddiliğe ulaştığına karar vermiştir.*³²

Komisyon, *Mentes v. Turkey* vakasında, evlerinin yakıldığını, köylerinden çıkarıldıklarını bunların ise 3. maddenin ihlaline yol açtığını ileri süren başvuru sahiplerinin savlarını şu şekilde değerlendirmiştir:

Komisyon, ilk üç başvuru sahiplerinin evlerinin yakılmasını, çocuklarının acı ve keder veren koşullarda olmasını, yardım ve barınaktan mahrum bırakılmasını, bir şiddet eylemi olarak değerlendirmiştir. Adı geçen organ, özellikle başvuru sahiplerinin kendi kişisel mallarını kurtarmalarına engel olduğu travmalı duruma ve sonradan geçimlerini sağladıkları bahçe ve tarlalarından, ev ve köylerinden ayrılmış bulunmalarını

³⁰ *Tyrer v. UK* (10), § 33.

³¹ *ak.*, § 35.

³² Com Rep., 18 July 1986, Application no: 947/81, § 88.

rından oluşan ıstıraplı kişisel duruma dikkat çekmiştir. Komisyonun görüşüne göre, ilk üç başvurucu Sözleşme'nin 3. maddesinde geçen anlamda insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye tabi tutulmuşlardır.³³

Komisyon ve Mahkeme, *Campell and Cosans v. UK* vakasında, tersine olarak, 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermişlerdir (Karara konu olan davada, iki başvurucudan birinin çocuğu disiplin ölçülerinde, eline deri bir kayışla vurularak tehdit edilmiş, diğer başvurucunun çocuğu tehdit edilmemiştir).³⁴ Yine *Guzzardi v. Italy* vakasında da anılan organlar tarafından 3. maddenin ihlaline karar verilmemiştir (Karara konu olan davada, bir mafya lideri küçük bir ada olan Asinara'da tutulmuştur).³⁵ Komisyon, benzer biçimde, tabip odası listesinden çıkarılmayı ve doktorluk yapmaktan yasaklanmayı 3. maddenin ihlali olarak görmemiştir.³⁶ Ne bir disiplin cezası boyutlarında tutukluya hücrede iki öğün yemek vermek;³⁷ ne tutukluların görevliler tarafından üstlerinin aranması;³⁸ ne de doğuştan erkek olarak kaydedilmiş birinin cinsiyet değiştirme sonucu görünüşüyle kimlik kartındaki farklılığın doğurduğu dezavantaj 3. maddenin ihlalini oluşturmaktadır.³⁹

III. Komisyon ve Mahkemenin İnsanlık Dışı Muamele Kavramı Konusunda İlke Koymasına İlişkin Eleştirel Değerlendirmeler

Yukarıda 3. maddenin koruduğu üç kavramın Komisyon ve Mahkeme tarafından çeşitli biçimlerde kullanıldığı görüldü. Anılan organlar, işkence ve küçültücü muamele kavramları ile ilgili olarak ve bu maddenin ihlal edildiği konusunda görece ölçütler ortaya koyarken oldukça

³³ *Mentes v. Turkey*, 28 November 1997 (58/1996/677/867), § 76.

³⁴ Com. Rep., 16 May 1980, Application no: 7511/76; 25 February 1982, Series A no: 39.

³⁵ Com. Rep., 7 December 1978, Application no: 7367/76; 6 November 1980, Series A no: 39.

³⁶ Op. Com., 14 December 1981, *Albert and Le Compte* case, § 54-57.

³⁷ Dec. Adm. Com., 15 May 1980, Application no: 8317/78, DR 20.

³⁸ Dec. Adm. Com., 13 May 1980, Application no. 8317/78, *McFeely and others. v. UK*, *Decisions and Reports (DR)* 20, 85.

³⁹ *B..v. France*, Com.Rep., September 1990, Application no: 13343/87.

ikna ediciyken; aynı durum insanlık dışı muamele veya ceza konusunda geçerli değildir.

Yukarıda açıklandığı gibi, Komisyon ve Mahkeme içtihatlarına göre, "insanlık dışı muamele veya ceza"nın varlığı için üç öge gereklidir. Bunlar niyet, şiddetli zihinsel veya psikolojik acı, haklı bir gerekçenin olmaması. Birinci öge (niyet)'nin gözden geçirilmesi zaruri/zorunlu değilken, üçüncü öge (meşru nedenin yokluğu)'nin yokluğu şiddetli biçimde irdelenmeye gereksinim duymaktadır.

Anılan organlar, defalarca, insanlık dışı muamelenin veya cezanın 3. maddeye aykırı olması için bunun kasti olması gerektiğini açıklamışlardır. Bir başka anlatımla, insanlık dışı muamele kasti olarak sert ve haklı olmayan acıya neden olmalı.⁴⁰ Bunun yanında birçok vakada Komisyon ve Mahkeme, şaşırtıcı biçimde, daha da ileri giderek taammüdün gerekli olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁴¹

Yukarıdaki önerinin ispatı, verilecek örnek kararlarla kolayca savunulabilir. Komisyon bu kararlarda, 3. maddenin ihlalinin ispatı için acı verme niyetinin gerekli olmadığını ortaya koymuştur. Adı geçen organ *Cyprus v. Turkey* kararında, diğer şeylerin yanında, Türk askerlerinin elinde esir olan askerlerden "birçok vakada yiyecek, içecek ve tedavinin esirgenmesini" de dikkate almıştır/değerlendirmiştir. Komisyon, haklı bir biçimde, bu davranışların Türk askerlerinin kasti eylemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakmaksızın, şiddetli ve meşru olmayan acıya neden olmayı 3. maddenin ihlali ve insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir.⁴² Aynı olgu, Komisyonun "yeterli tedavi sağlamada başarısızlık da 3. maddeye aykırılık oluşturabilir" saptamasında da görülür. Ancak, bu durumda, 3. maddenin ihlalinin söz konusu olması için, tedaviye gereksinimi olan kişinin isteğiyle bu tedavinin başarısız olmaması gerekir. Burada nesnel ölçütler göz önüne alınmalı. Dahası *Greek* vakasında Komisyon, Yunanlı yetkililerin kasten acıya neden olup olmadıklarını araştırmaksızın,

⁴⁰ Op. Com., 5 November 1969, *Greek case*, *Yearbook* 12, 186; Op. Com., 7 December 1978; *Guzzardi v. Italy* (3), § 80.

⁴¹ *Ireland v. UK* (4), 66; *Soering v. UK*, 7 July 1989, Series A no: 161, § 100; Rep. Com., 11 December 1990, *Felix Tomasi v. France*, Application no. 12850/87, 18, § 91.

⁴² Rep. Com., 10 July 1976, *Cyprus v. Turkey*, § 395-405.

belli hücrelerde siyasal nedenlerle tutulan insanların tutulma koşullarının 3. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴³ Yine aynı vaka da Komisyon, tutukluların ailelerinden katı bir biçimde ayrılmalarını ve hapis hanesinin aşırı derecede kalabalık olmasını 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁴⁴ Ancak yine de Komisyon kendi kendisine ailelerden ayrılığın ve aşırı kalabalığın Yunanlı yetkililerin tutuklulara acı ve ıstırap verme amacından kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorusunu sormaktan alamamıştır.

Ciddi acıya neden olan vakanın gerçekliği, birçok vakada, yetkili makamların, acı verme niyetine bakmaksızın, nesnel olarak, insanlık dışı muamele oluşturmaktadır. Bundan dolayı Komisyon ve Mahkeme, kesinlikle istemeyerek acıya neden olmanın dışında kalan vakalarda, insanlık dışı muamele tanımlarından kasıt/niyet ögesini çıkarmak gayreti içine girmelidirler.

Böylece 3. maddenin doğru yorumlanmasından şu genel sonuçlar çıkarılabilir: (a) ne "insanlık dışı muamele" vakalarında, ne de "küçültücü muamele" vakalarında acıya neden olma niyeti/kastı gereklidir; (b) bununla birlikte "insanlık dışı muamele" vakalarında, belli bir düzeyde, zihinsel veya bedensel acı gereklidir; (c) "alçaltıcı muamele" vakalarında ciddi düzeyde küçük düşürme gereklidir; (d) "işkence"ye gelince, iki kategoriden belirgin bir biçimde farklılaşır, belli bir amaca dayanır ve insanlık dışı muamele veya ceza için gerekli olandan daha fazla zihinsel veya bedensel acıya gereksinim vardır.

Yukarıda da değinildiği gibi, Komisyon insanlık dışı ölçülere ilişkin meşruluğun yokluğu ögesine, özellikle, hapis hane koşullarıyla ilgili vakalarda değinmiştir. Komisyon bu vakalarda, hapis hanelerin sert koşullarını veya tek başına tutuluların maruz kaldıkları acıları değerlendirmiştir. Tutukluların güvenlik talebine karşı hesaba katılacak referans standartlar, onların yalnızca acı çekmelerini önleyecek kadar olmamalıdır. Tutuklunun onuruna ve fiziksel tümlüğüne ilişkin hakları yanında, daha ziyade bir şey referans noktası olarak alınmalıdır. İnsanlık dışı muamele düzeyine ulaştığı ileri sürülen ölçüler, hapis cezasının temel nesnel amacını; yani mahkumların tahliyelerinden sonra rehabilite edilerek yeniden topluma kazandırılmalarını tehlikeye atmamalıdır.

⁴³ Rep. Com., 18 November 1969, *Yearbook* 12, 505.

⁴⁴ Aynı yerde.

Yukarıdaki değerlendirmelere, özellikle, hücre hapsinin uzaması veya disiplin önlemlerinin tekrarı, suçlu olduğu iddia edilen tutuklular için uygulanan disiplinin sağlanmasında başarısız olunması veya tutuklu olarak yargılananların yargılamalarının gecikmesi/uzaması eklenmelidir.

IV. Komisyon ve Mahkeme Kararlarında Yeni Eğilimler

Anılan organlar, son zamanlarda, özellikle "insanlık dışı muamele" kavramı konusunda, daha geniş bir yaklaşım benimsemişler. Bir başka anlatımla, 3. maddenin daha özgürlükçü yorumunu yapmaya başlamışlardır.

A. ÜLKEDEN KOVMA, SUÇLULARIN İADESİ, SÖZLEŞME'NİN POTANSİYEL OLARAK İHLAL EDİLME OLASILIĞI

Komisyon, ilk zamanlarda, kişilerin başka ülkelere iadesi/ülkeden çıkarılması sorunlarıyla ilgilenmiştir. Komisyon, kimi zaman, takibat veya cezalarını çekmeleri için kişilerin ülkelerine iadelerini de incelemiş ve çoğunlukla bu tür başvuruları kabul edilemez bulmuştur. Komisyon, buna başlıca gerekçe olarak, Sözleşme'nin bir kişiye bir ülkede kalma hakkını vermemesini ve ülkeden çıkarılmayı ve iadeyi yasaklamamasını göstermiştir. Bununla birlikte Komisyon, kimi vakalarda, kişinin gönderileceği ülkede işkence veya diğer kötü muameleyle maruz kalma riski söz konusu olursa, bu vakaların 3. madde bağlamında değerlendirileceğini eklemiştir. Bu durumdaki bir kimseyi iade eden veya kovan ülkenin davranışının 3. maddeye aykırı olacağını belirtmiştir. Komisyonun bu yönde çok sayıda kararı bulunmaktadır. Adı geçen organın bu konudaki uslamasını anlamda için şu içtihadı yardımcı olabilir:

Bununla birlikte yerleşmiş içtihatlar göre, suçlunun iadesi istisnai koşullarda 3. madde tarafından yasaklanmış davranışı gündeme getirebilir. Örneğin bu vakada, söz konusu kişi ilgili ülkeye iade edilirse, 3. maddece yasaklanan işkence veya başka tür muameleyle karşılaşma tehlikesi içerisindedir.⁴⁵

Yukarıda belirtildiği gibi, Komisyonun pek çok kararı, kişilerin siya-

⁴⁵ DR 36, 32.

sal nedenlerle iade edildikleri yerde insanlık dışı veya küçültücü muameleye tabi tutulma olasılıkları söz konusuysa, suçluların iadesi veya kovulması 3. madde ile ilgili sorunları gündeme getirmektedir.

Mahkeme de *Soering v. UK* vakasında, davalı devletin 3. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Çünkü Birleşik Krallık, ABD'de suç işlediği iddia edilen Alman asıllı ABD yurttaşını ABD'ye iade ettiğinde ölüm cezasına çarptırılacaktır. Mahkemenin içtihadı yalnızca son derece önemli bir örnek olmasıyla değil, aynı zamanda, iki önemli kavramı dile getirmesi bakımından da önemlidir.

İlk olarak, teknik olmayan terimlerle, Sözleşme'nin "extraterritorial reach" terimiyle ne demek istendiğini inceleyelim. Davalı devlet, 3. maddenin kendi yargılaması dışında kalan vakalara uygulanmasından dolayı sorumlu olmaması gerektiğini savlamıştır. Gerçekten 3. maddenin anlamının harfi harfine 1. madde* ile birlikte okunması, Birleşik Krallık'ın iddiasının yerinde olduğuna bizi inandırabilir. Mahkeme, insanlık dışı muamele veya işkenceye maruz kalması olası bir kimseyi böyle bir ülkeye teslim etmemenin 3. maddenin doğasında olduğunu ısrarla belirtmiştir. Zira başlangıcında, "[S]iyasal geleneklerde, ülkülerde, özgürlüklerde ve hukuk devletinde ortak bir kalıtta" göndermede bulunan Sözleşme ile bağıtlı bir devletin yukarıdaki muamelelere maruz kalacağını bildiği bir mülteciyi, bu tür muamelelere maruz kalacağı bir ülkeye iadesini 3. maddeyle bağdaştırmak kolay değildir. Böyle durumlarda suçluların iadesine 3. maddenin sözlerinde açıkça göndermede bulunulmasa da, iade açıkça 3. maddenin ruhuna ve ereğine aykırı düşer.⁴⁶ Mahkeme burada, açıkça, lafzi yoruma karşı amaçsal yoruma⁴⁷ ayrıcalık/üstünlük tanıyarak, 3. mad-

* Sözleşme'nin 1. maddesi şu şekildedir: "Sözleşmeci taraflar, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alırlar."

⁴⁶ *Soering* (41), § 83.

⁴⁷ BERNHARDT, "Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties", MATSCHER ve diğerleri (der.), *Protecting Human Rights: The European Dimension* içinde, Köln, Heymans 1988, 65; "Methods of Interpretation of the Convention", MACDONALD ve diğerleri (der.), *The European System for the Protection of Human Rights* içinde, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, 70-74; FROWEIN, "Contemporary Interpretation of Human Rights", *Constitutional Jurisdiction*, Ankara 1993, 119-23. Yine Sözleşme'nin yorum-

denin uygulama alanını, yerinde olarak, çok genişletmiştir. Sözleşme ile bağıtlı devletler, 3. maddede korunan temel değerlere yalnızca Avrupa'da saygı göstermemeli, bunun yanında bu tür eylemlere taraf olduğunda 3. maddenin etkisi Avrupa dışına da taşmalıdır.

Bu davanın diğer önemli boyutunu incelemeye geçebiliriz. Davalı hükümete göre, 3. maddenin yurtdışındaki olaylara uygulanması, iadenin sonucunda işkencenin veya insanlık dışı muamelenin kesin, hemen ve ciddi olması durumlarıyla sınırlandırılmalıdır. Birleşik Krallık'a göre, iade söz konusu olduğunda, kötü muamele riskinin yüksek olması gerekir. Mahkeme bu noktayı şu şekilde değerlendirmiştir: Normal olarak Sözleşme kurumları, Sözleşme'nin potansiyel ihlali veya gerçek ihlali hakkında karar vermek durumunda değildir. Bununla birlikte, başvurunun istenilen ülkeye iadesi 3. maddeye görülebilir aykırılıklar oluşturuyorsa bu ilkenin terk edilmesi gereklidir. 3. maddece sağlanan korumanın geçerliliğini temin etmek için, acı riski olduğu ileri sürülen şeyin doğasının ciddi ve onarılmaz olması gerekir.⁴⁸

Bu karardan anılan organların etkili yorum ilkesine başvurarak Sözleşme'nin liberal yorumunu yapmış ve böylece, yerinde olarak, Sözleşme hükümlerinin alanını genişletmiş oldukları sonucu açıkça ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme *Jabari v. Turkey*⁴⁹ vakasında da benzer bir durumu incelemiştir. Karara konu olan davada başvuru, İran'da öğrenciyken bir erkekle (X) cinsel ilişkiye girer. Başvuru ve X sokakta yürürken polis tarafından durdurulur ve nezarete konulurlar. Başvurucuya nezarette bekaret kontrolü yapılır. Birkaç gün sonra ailesinin yardımıyla buradan kurtarılır ve 1997 Kasım'ında hukuk dışı yollarla Türkiye'ye girer. Ocak 1998'de İstanbul'a gelir. Buradan Fransa üzerinden sahte pasaportla Kanada'ya gitmeyi dener; ancak Paris'te havaalanında elinde sahte pasaportla polis tarafından yakalanır. 4 Şubat 1998'de uçakla İstanbul'a gönderilir. Sahte pasaportla yurda girerek

lanması konusunda bkz., NAL, *Parti Yasaklamada ve Kapatmada 'Demokratik Toplum Düzeni' Ölçütü*, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2000, 95-99.

⁴⁸ Soering (41), § 90.

⁴⁹ Application no: 40035/98, 11 July 2000.

Pasaport Yasası'nı ihlal ettiği gerekçesiyle Bakırköy Savcılığı'na çıkarılır. Savcı kendi özgür istenciyle ülkeye girmediği gerekçesiyle bırakılmasını emreder. Başvurucu sürgün edilmesi niyetiyle İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ne teslim edilir. Ülkesine iade edileceği sırada, Yabancılar Şubesi'ne iltica başvurusunda bulunur. Polis bu başvuruyu süre geçtiği gerekçesiyle reddeder. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNCHR)'nin Ankara şubesinin araya girmesiyle İstanbul'da bir otele yerleştirilir. 16 Ocak 1998 tarihinde UNHCR tarafından İran'a verilmesi durumunda taşlanarak veya kırbaçlanarak öldürülme riski olduğu gerekçesiyle mülteci statüsü tanınır. 8 Mart 1998 tarihinde sürgüne gönderilme kararına karşı Ankara İdare Mahkemesi'ne başvuruda bulunur. Başvuruda sürgünün durdurulmasını da ister. Söz konusu mahkeme başvuruyu reddeder. Adı geçen mahkeme, 16 Nisan 1998 tarihinde açılan davada, yürütmenin durdurulması istemini, sınır dışı etme kararının açık hukuka aykırılık ögesi taşımadığı ve uygulanmasının da davacı açısından tamiri olanaksız zararlara yol açmayacağı gerekçesiyle reddeder. Söz konusu mahkeme, 4 Kasım 1998 tarihinde son kararını verir. Mahkeme bu kararında, Sözleşme çerçevesinde yapılan başvuru sonucu alınan kararda zaten oturma izninin verildiğini dikkate alarak, davacının sınır dışı edilmesi için gerçek bir risk olmadığı saptamasıyla davacının ikamet etmek ya da yurtdışına gitmek konularında serbest kalmasına karar verir. Bir başka anlatımla, sınır dışı etme kararı iptal edilerek davacıya Türkiye'de göçmen statüsü tanınır.⁵⁰

Başvurucu 3. maddeye dayanarak Mahkemeye başvurur. Başvurucuya göre İran'a iade edilmesi durumunda zina yaptığı gerekçesiyle yargılanacak ve taşlanarak ölüm cezasına çarptırılacaktır. Bu ise Sözleşme'nin 3. maddesi tarafından yasaklanan muamele çeşitlerindedir.⁵¹

Mahkeme, Sözleşme'nin ve Protokoller'in siyasal sığınmaya yer vermediğini anımsatmış. Bununla birlikte sözleşmecî devlet bir kimseyi bir ülkeye iade eder ve bu kimse de burada 3. maddeye aykırı muamelelere tabi tutulma riski ile karşı karşıya kalırsa bu Sözleşme'nin ihlalini oluşturur.⁵²

⁵⁰ *ak.*, § 9-21.

⁵¹ *ak.*, § 34-35.

⁵² *ak.*, § 38; *Cruz Varas and others v. Sweden*, 20 March 1991, Series A no: 69-70; *Chahal v. the UK* (2), § 73-74.

Mahkeme önüne gelen davada, 3. maddede korunanların *demokratik toplumun en temel değerlerinden* olduğuna dikkat çekmiştir. Kesin ifadelerle işkenceyi, insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleyi yasaklamaktadır. 3. maddede yasaklanan muamelelere maruz kalacak bir kimseyi üçüncü bir ülkeye iade, 3. maddenin ihlalini oluşturur.⁵³

Yukarıdaki değerlendirmeler, başvuru İran'a gönderildiği takdirde 3. maddeye aykırı muamelelere tabi tutulma riskinin gerçek olduğunu doğrulamıştır. Buna uygun olarak, eğer başvuru İran'a sürgün emri yerine getirilirse, 3. maddenin ihlali söz konusu olacaktır.⁵⁴

Bu karardan da anlaşılacağı gibi, Mahkeme *Soering* kararındaki içtihadını güçlendirerek yinelemiştir.

B. POLİS NEZARETİNDE KİŞİLERE KÖTÜ MUAMELE YAPILDIĞI KARİNESİ

Komisyon ve Mahkeme *Tomasi* vakasında, polis nezaretindeki bir kişinin polis memurları tarafından zarar gördüğü iddiasını incelemişlerdir. Karara konu olan davada, Korsikalı bir siyasetçi olan başvuru, bir askeri kampa açılan ateş sonucu nöbet tutan iki askerin ağır biçimde yaralanması olayıyla ilgili olarak, yakalanan kişilerden birinin verdiği ifade üzerine, olaydan yaklaşık bir yıl sonra gözaltına alınır. Başvuru iki gün kadar polis nezaretinde tutulduktan sonra yargı karşısına çıkarılır ve tutuklanır. Beş yıl yedi ay süreyle tutuklu kaldıktan sonra hakkındaki ceza davası beraat ile sonuçlanır. Diğer yandan başvuru, iki gün gözaltında tutulduktan sonra karşısına çıkarıldığı yargıca, polis gözetiminde tutulduğu sırada dövülüp, aç susuz bırakıldığından, soğukta tutulduğundan şikayetçi olur. Bunlara delil olarak da gözündeki, kulağındaki, kolundaki ve göğsündeki izleri gösterir. Yargıç bu şikayetleri not edip, doğruluğunu saptar. Başvurucunun vücudundaki yara ve bereleri betimleyen çok ayrıntılı birkaç doktor raporu alınır. Kötu muamele ile ilgili kovuşturma beş yıl on ay sürer ve dava açılmasına gerek olmadığına karar verilir. Başvuru Komisyona başvurarak 3. maddenin ihlal edildiğini ileri sürer.⁵⁵

⁵³ *ak.*, § 39.

⁵⁴ *ak.*, § 42.

⁵⁵ *Tomasi v. France*, Series A no: 241-A, § 7-69.

Davalı hükümet ilk olarak, kişide meydana gelen zararların polis memurlarına atfedilebileceğine ilişkin bir delilin bulunmadığını; ikinci olarak, zarar görmüşse bile, 3. maddenin uygulanmasını gerektirecek sertliğe/ciddiliğe ulaşmadığını ileri sürer.⁵⁶

Anılan organlar, birinci noktayla ilgili olarak, bir yandan, sanıkta birçok tıbbi rapordan polis nezaretinden ayrıldığında çürük ve ekimozların olduğunun açık bir biçimde anlaşıldığını belirtmişlerdir. Diğer yandan davalı hükümet, söz konusu çürük ve ekimozların nezarete girmeden sanıkta olduğunu iddia etmiştir. Yine sanık hükümet, bu çürükleri ve ekimozları başvuruçunun kendisinin yaptığını veya kaçmaya çalışırken olduğunu da savlamıştır. Ancak Komisyon bu değerlendirmelere katılmamış ve şu sonuca ulaşmıştır: Başvuruçudaki zararlar nezaretteyken ve polis memurları tarafından oluşturulmuştur.⁵⁷

Söz konusu organlar, zararların doğası sorununa ilişkin olarak, bunların özgürlüğünden yoksun, dolayısıyla savunmasız ve ast durumda olan kişiye karşı fiziksel güç kullanılmasının sonucu olduğunu not etmişlerdir (Komisyon bu hususta sanığın ailesi veya avukatı da dahil olmak üzere 48 saat dış dünyayla iletişim kurmaksızın nezarete tutulmuş olmasına vurgu yapmıştır). Komisyon ve Mahkeme, bu vakanın koşulları çerçevesinde, bu tür davranışların meşrulaştırılmayacağını, dolayısıyla bu vakada hem insanlık dışı muamelenin hem de küçük düşürücü muamelenin var olduğunu saptamışlardır.⁵⁸

Adı geçen organların bu kararı iki bakımdan bir dönüm noktasına işaret etmektedir: İlk olarak, söz konusu organlar, böyle vakalarda tutuklunun savlarının doğruluğunu/geçerliğini tahlil edecek tanıklar bulunmadığı için, burada tahmin yoluna başvurulacağını ustaca belirtmişlerdir: Nezarete tutulan kişide meydana gelen zararlar, eğer bu zararların kişi tutulmadan var olduğu veya kişinin bizzat kendisinin bunları meydana getirdiği ispatlanamazsa, bunların görevlilerden kaynaklandığı tahmin edilir. İkinci olarak, anılan organların daha önce insanlık dışı muamele için gerekli gördükleri acı eşiğini düşürdükleri/alçalttıkları kuşkusuzdur. Komisyon ve Mahkemenin bu konuda-

⁵⁶ *ak.*, § 109.

⁵⁷ *ak.*, § 45, 48, 110-11.

⁵⁸ *ak.*, § 112-15.

ki uslamamaları belki çok kısadır. Buna başlıca neden olarak, her ne sebeple olursa olsun, polis memurları tarafından sorgudaki kötü muamele kuşkusunun hiçbir biçimde meşrulaştırılmayacağı gösterilebilir. Bu vakada meşruluk ögesinin yokluğu çok güçlüdür. Burada anılan organların kötü muamele ve insanlık dışı muameleye ek olarak, küçük düşürücü muameleye de karar vermiş olmalarının çok yerinde olduğu vurgulanmalıdır. Bireylerle karşı karşıya kalan ve üstün durumda olan devlet memurlarının, nezarettekilere kötü davranmalarının küçültücü olduğu açıktır. Böylece, söz konusu organların vardıkları sonuçtan, kötü muamelenin küçük düşürücü muamelenin güçlendirilmiş şekli olduğu kabul edilebilir. Zira, yukarıda da işaret edildiği gibi, küçük düşürülme muamelelerinde zihinsel ve fiziksel acı insanlık dışı muamelede olduğundan daha az rol oynar.

C. ÇEŞİTLİ KÖTÜ MUAMELELERİN TOPLAM ETKİSİ ÖLÇÜTÜ

Şimdiye kadar Komisyon ve Mahkeme, 3. maddeyle ilgili olarak ele aldıkları kötü muamele vakalarını bizatihi olay bağlamında ele almışlar, global/genel bir resmin bir parçası olarak değerlendirmişlerdir. Başka bir anlatımla, 3. maddeye aykırı olduğu ileri sürülen davranış veya ölçülerin her bir boyutunu diğer boyutlarından soyutlayarak değerlendirmişlerdir. Meşhur bir benzetme kullanılacak olursa, anılan organlar her ağacı ayrı bir ağaç olarak görmüşler, tüm ağaçları toplayarak orman oluşturmamışlar. Komisyon, son zamanlarda ve ilk defa, bir devletin davranışının 3. maddeye uygunluğunu denetlerken yeni bir standarda başvurmuştur: "Çok sayıda etmenin olası toplam etkisi." Bu etmenlerden biri tek başına alındığında insanlık dışı muamele düzeyine ulaşmaz; ancak bu etmenlerin tümü bir arada değerlendirildiğinde insanlık dışı muamele meydana gelmiş olur.

Komisyon, bu yenilikçi yaklaşımı, *Herczgfalvy v. Austria* vakasında geliştirmiştir. Karara konu olan davada başvurucu, Avusturya'da yaşayan bir Macar mültecidir. 1978-1984 yılları arasında bir akıl hastanesinde tutulur. Başvurucu, bu süreçte kendisine uygulanan zorunlu tıbbi tedavilerin, suni bir biçimde beslenmesinin ve toplumdaki tecrit edilmesinin 3. maddeyi ihlal ettiği iddiasıyla Komisyona başvurur.

Komisyon, zorla uygulanan tıbbi müdahaleyle ilgili olarak, şikayetin hem 15 Ocak 1980 tarihinde olan olaylarla ve hem de bundan sonra hastane yetkililerince alınan önlemlerle ilgili olduğuna dikkat çek-

miştir. Başvurucu 15 Ocak 1980 tarihinde açlık grevine başlar, çok zayıf düşer ve zorunlu tedavi konusunda acil bir durum ortaya çıkar ve doktorlar zorunlu olarak ilaç verirler. Sanık şiddetli öfkeye kapılır, hastane personeli hastayı kontrol etmekte başarısız olunca acil yardım ekibi çağrılır. Olaydan sonra başvurucu zatürree ve böbrek iltihabına yakalanır. Bu vakayı izleyen süreçte, haftalarca ayağından yatağına bağlanır. Bu sürecin bir kısmında başvurucu bilincini yitirir.

Komisyon, yukarıdaki olayla ilgili olarak, güç kullanılmasının başvuru- rucuyu sıkıntıya soktuğunu ve vücut tümlüğünü bozduğunu belirt- miştir. Her ne kadar yetkililer zorunlu tedaviye başladıklarında gelişi- meleri önceden görememiş olsalar da, onlar alınan önlemlerin başvu- rucunun dayanacağı ölçülerde olup olmadığını hesap etmek duru- mundadırlar. Olaydan sonra fiziksel baskının kullanılmasına gelince: Komisyon, "[A]yıklardan bağlamak bile başvuru- rucunun etkili tedavisi için gerekli olmuş olabilir; ancak burada uygulanan tarz ve süre olay- la orantılı değildir." görüşünü dile getirmiştir. Komisyon, aslında baş- vurucuya uygulanan zorunlu tedavinin 3. maddeye aykırı olmadığı so- nucuna ulaşmışsa da, ilaç verme tarzını 3. maddeye aykırı bulmuş- tur.⁵⁹

Komisyon, başvuru- rucunun zorla ayaklarının bağlanmasıyla ilgili ola- rak, tıbbi otoritelerin takdir hakkını aşmadığını belirtmiştir: Ayaktan bağlama gerekliydi ve uygulanan yöntemler (tüple içe yiyecek dökme ve suni besleme) tıp biliminin standartlarıyla örtüşmektedir. Bunun- la birlikte, acil tehlike yoksa (sağlık sorunu başvuru- rucunun açlık gre- vinden kaynaklanmaktadır) uzun süre bir tüp aracılığıyla suni besle- me, tıbbi açıdan olağan bir durum değildir.⁶⁰

Komisyon, son olarak, başvuru- rucunun akıl hastanesinde tecrit edilme- siyle ilgili iddiaları değerlendirmiştir. Komisyon, başvuru- rucunun kısa süreler dışında, görece olarak, hastanede bulunan diğer akıl hastala- rıyla, tıbbi personelle ve ziyaretçilerle de görüşebildiğini not etmiştir. Ek olarak Komisyon, tecridin, bir dereceye kadar, bizzat başvuru- rucunun kendi davranışları sonucu olduğunu da vurgulamıştır. Böylece bu tür bir tecrit, toptan toplumsal ve duyumsal bir tecrit çeşidi değildir

⁵⁹ Rep. Com., 1 March 1991, Application no: 10533/83, § 242-48.

⁶⁰ aynı rapor (ar.), § 248-50.

ve 3. maddenin ihlaline varmamaktadır. Bununla birlikte Komisyon, "[H]astane tarafından, başvurucuya dayatıldığı kadarıyla, tecrit, zorunlu besleme ve tıbbi tedaviyle birlikte, daha fazla öge 3. madde altında değerlendirilir."⁶¹ sonucuna ulaşmıştır.

Komisyon, sonunda bu vakayı, 3. madde çerçevesinde sonuçlandırmıştır. Başvurucunun zorunlu tıbbi tedaviye tabi tutulması, suni besleme ve tecritle bir arada değerlendirildiğinde insanlık dışı muamele ve küçültücü muamele meydana gelmektedir.⁶²

V. Sonuç

- 1 Tüm insan hakları sözleşmeleri tarafından yasaklanan işkence ve insanlık dışı muamele, insan haklarının iğrenç ve yüz kızartıcı ihlali olarak değerlendirilmekte ve uluslararası toplum tarafından yoğun biçimde kınanmaktadır. Bununla birlikte, birçok ülkede kimi zaman yaygın ve sistematik olarak, insan hakları sözleşmelerinin etkilerini sınırlayıcı uygulamalara tanık olunmakta. Hükümetler ve hükümet dışı örgütler, insan hakları sözleşmelerinin etkisini artırmak ve işkenceyi önlemek için savaşım vermektedirler. Bu hususta yoğun çaba gösterilmekte ve çok sayıda uluslararası belge bulunmaktadır. Bunlardan biri ve de en etkilisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin 3. maddesi, işkenceyi, insanlık dışı muameleyi ve cezayı yasaklamaktadır.
- 2 Bu madde, işkence veya insanlık dışı muamele veya haysiyet kırıcı suçları kesin bir biçimde yasaklamıştır. Sözleşme, terör ve örgütlü suçlarla savaşım gibi en zor koşullarda bile işkenceyi, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezayı mutlak bir biçimde yasaklamaktadır.
- 3 Komisyon ve Mahkeme, 3. maddenin yorumlanmasında ve uygulanmasında çok ilerleme kaydetmişler ve içtihat alanını genişletmişler ve güçlendirmişlerdir. Anılan organlar, bu maddenin yorumlanmasında, açıkça ve yerinde olarak, lafzi yoruma karşı amaçsal yoruma ayrıcalık/üstünlük tanıyarak maddenin uygulama alanını çok genişletmişlerdir.

⁶¹ *ar.*, § 251-53.

⁶² *ar.*, § 254.

- 4 Komisyon veya Mahkeme, ilk olarak, insanlık dışı muamele kategorisinin işkenceden daha geniş olduğunu dile getirmişlerdir.
- 5 İşkence, insanlık dışı muamelenin daha ciddi ve ağırlaştırılmış bir türüdür. Görüleceği gibi, bu iki tür bir arada gruplaştırılabilirse de, alçaltıcı muamele veya eziyet başlı başına ayrı bir kategori oluşturmaktadır.