

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Asgari Eşik Ölçütü

Sümeyye ULUSOY *

¹ KTO Karatay Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 26.12.2023

Kabul Tarihi: 22.05.2024

Yayın Tarihi: 26.06.2024

Anahtar Kelimeler:

İşkence,

İnsanlık Dışı Muamele, Eziyet,

Kötü Muamele, Asgari Eşik

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde koruma altına alınan işkence ve kötü muamele yasağı, doğrudan doğruya kişinin vücut bütünlüğü ve insanlık haysiyetini korumaya yönelik, en temel hakları koruma altına alan bir haktır. Bu hakkın ihlali olarak kabul edilen işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleler, birbirinden ayırt edilmesi oldukça zor ve muğlak ölçütlere bağlanmıştır. Buna göre bireyi aşağılayan, haysiyetini yaralayan, maddi ve manevi acı ve ıstırap çekmesine sebep olan bu tür bilinçli ve kasti uygulamaların en ağır işkence olarak kabul edilmiştir. Orta ağırlıkta olanı ise Sözleşmedeki ifadesiyle insanlık dışı muamele, Anayasa'daki ifadesiyle eziyet, en hafifi ise Sözleşmedeki ifadesiyle aşağılayıcı muamele, Anayasa'daki ifadesiyle insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameledir. Söz konusu muamelelerin belirlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin en temel ölçütü asgari eşik ölçütüdür. Buna göre asgari eşik ölçütü, mağdurun hem subjektif unsurlarını hem de objektif unsurlarını dikkate alarak muamelelerin hangi kötü muamele türü arasında değerlendirileceğini belirlemeye yarayan ölçüttür. Söz konusu çalışmanın amacı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında, muğlak bir ölçüt olan asgari eşiği olabildiğince belirginleştirmektir.

The Criterion of Minimum Threshold Range for the Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Light of the European Court of Human Rights and Constitutional Court Decisions

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 26.12.2023

Accepted: 22.05.2024

Published: 26.06.2024

Keywords:

Torture,

Inhuman Treatment,

Torment,

Minimum Threshold Range.

The prohibition of torture and ill-treatment, protected in Article 3 of the European Convention on Human Rights and Article 17 of the 1982 Constitution, is a right that directly safeguards the most fundamental rights to protect the physical integrity and human dignity of the person. Torture and inhuman and degrading treatment, which are considered a violation of this right, are subject to highly indistinguishable and ambiguous criteria. Accordingly, the severest one of such conscious and deliberate practices that humiliate people, injure their dignity, and cause them material and moral pain and suffering, is considered torture. The moderate one is inhuman treatment as expressed in the Convention and torment as expressed in the Constitution, and the mildest one is degrading treatment as expressed in the Convention and treatment incompatible with human dignity as expressed in the Constitution. The most basic criterion of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court in determining the said treatments is the minimum threshold range. Accordingly, the minimum threshold range is the criterion that serves to determine which type of ill-treatment will be evaluated by considering both the subjective and objective elements of the victim. The present study aims to make the minimum threshold range, an ambiguous criterion, as clear as possible in the context of the decisions of the



To cite this article:

Ulusoy, S. (2024). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Asgari Eşik Ölçütü, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 197-223. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.115>

* sumeyye.ulusoy@karatay.edu.tr

GİRİŞ

İşkence ve diğer kötü muamele türlerine maruz kalmama, her insan için dokunulamaz ve istisnası olmayan bir haktır. İnsanın maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki hakları, doğuştan var olan haklarıdır ve kullanılması için herhangi biri tarafından ya da devlet tarafından tanınmasına gerek yoktur. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ve Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen bu hak, mutlak niteliklidir; dolayısıyla devletler herhangi bir sebeple bu hakkın ihlalinin haklı gösteremezler.

İşkence yasağı, kendi içinde mağdurların, muameleler karşısında çektiği acı ve ıstırapın yoğunluğuna göre farklı kategorilere ayrılmaktadır. Bu kategorilendirmede en ağır muamele olarak kabul edilen tür işkencedir. Orta ağırlıkta olduğu kabul edilen muamele türü insanlık dışı muamele, en hafif muamele ise aşağılayıcı ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameledir. Bir muamelenin hangi tür muamele olarak değerlendirildiği, uluslararası alanda devletler açısından büyük öneme sahiptir. Çünkü hiçbir devlet, sebep olduğu bir muameleden dolayı işkence uygulayan devlet olarak anılmak istemeyecektir.

Kötü muamele türleri arasında belirleyici ayrımların yapılmasında birçok ölçüt bulunmakla birlikte asgari eşik ölçütü temel ölçüt olma değerini taşımaktadır. Bu çalışmanın amacı da bu temel değer belirlenmesini kısmen de olsa sağlamaktır. Önemle belirtmek gerekir ki çalışmanın amacı her ne kadar işkence yasağı açısından asgari eşik belirlenmesi şeklinde belirtilmiş olsa da asgari eşik, her somut olay açısından ayrı olarak değerlendirilmesi gereken, oldukça kaygan bir zeminde yer alan önemli bir ölçüdür. Ancak ölçünün, belirli bir standarda bağlanması zordur. Bu sebeple çalışmanın amacı tam bir standart belirleme yapmak değil; standarda en yakın ilkeleri belirlemektir. Belirtilen amaca ulaşmak için çalışmada, kötü muamele yasağı ve asgari eşik ölçütü, AİHS ve 1982 Anayasası bağlamında değerlendirilmiştir. Her iki başlık altında işkence ve kötü muamele türleri ayrıca açıklanmış ve bu türlerin asgari eşiklerinin belirlenmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları içinde öne çıkmış, konu ile ilgili kararlara yer verilmiştir.

I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ve Asgari Eşik Ölçütü

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesi, bireyin maddi ve manevi bütünlüğünün önemli bir parçasıdır ve uluslararası hukukta mutlak olarak yasaklanmış olan¹, savaş halleri de dahil olmak üzere sınırlandırılmasında hiçbir istisna kabul etmeyen işkence ve kötü muamele yasağını koruma altına almaktadır². AİHS'in 3. maddesine göre “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı

¹İşkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği genel nitelikli bildiri ve sözleşmeler:

“10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesinde, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'nin 3. maddesinde, 20 Kasım 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirisi'nin 37. maddesinde, 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde, 26 Haziran 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 19 Eylül 1981 tarihli İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi'nin 7. maddesinde, 20 Kasım 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37 ve 39. maddelerinde, 20 Aralık 1993 tarihli BM Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi'nin 3. maddesinin h bendinde, 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü (Roma Statüsü)'nün 8. ve 55. maddelerinde, 9 Haziran 1994 tarihli Amerikalulararası Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Sözleşme'nin 2. ve 4. maddelerinde, 14 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 4. maddesinde, 11 Temmuz 2003 tarihli Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü'nün 4. maddesinde, 11 Mayıs 2011 tarihli Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddeti Önleme ve Bunlarla Mücadele Avrupa Sözleşmesi'nin 61. maddesinde.”

İşkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği özel nitelikli bildiri ve sözleşmeler:

“9 Aralık 1975 tarihli BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi, 10 Şubat 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 9 Aralık 1985 tarihli Amerikalulararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 26 Kasım 1987 tarihli Avrupa İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Sözleşmesi, 9 Ağustos 1999 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü), 4 Aralık 2000 tarihli BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezalandırmanın Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenebilmesi İlkeleri”. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Yılmaz, Enes/Acar, Eray. “Uluslararası Belgelerde Eziyet Yasağı ve Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağını Ele Alışı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Özel Sayı/ C. 21, 2019, s. 1378-1379; İşkencenin mutlak niteliğine yönelik yapılan itirazlara ilişkin çalışma için ayrıca Bkz. Nowak, Manfred. “Challenges To The Absolute Nature Of The Prohibition Of Torture And Ill-Treatment”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23, no: 4, 2005; Greer, Steven, “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law? A Reply to Graffin and Mavronicola”, *Human Rights Law Review*, Vol. 18, No. 2, 2018; İşkence ve kötü muamelenin mutlaklığına ilişkin yapılan itirazlara karşı itiraz niteliğindeki çalışma için Bkz. Mavronicola, Natasa. “Is the Prohibition Against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Absolute in International Human Rights Law? A Reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, Vol. 17, No. 3, 2017.

²Dinç, Güney. *Sorularla İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s. 72; Gözübüyük, A.Şeref/Gölcüklü, Feyyaz Gölcüklü/ Saygılı, Abdurrahman. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, s. 201; Özbey, Özcan. *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004, s. 300; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 191; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s. 142; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rıfat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 160; Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayınları, İstanbul, 2006, s. 1; Harris, David J. Harris/ O'Boyle, Michael. Ed P. Bates ve Carla M. Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehves Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 71; Önok, R. Murat. *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 160-161; Çağırın, Mehmet Emin. *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 334; Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar I. Cilt*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2012, s. 125; Altıparmak, Kerem. “Anayasa

muamele ya da cezaya maruz bırakılamaz.” Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu hüküm, Sözleşmeciler devletlere, yetki alanında bulunan bireylere karşı işkence ve kötü muamelede bulunmama yükümlülüğünü getirmektedir³. Bu düzenleme bireylerin hem devlete hem de birbirlerine karşı ileri sürebileceği, bireyin maddi ve manevi varlığının en sert çekirdeğini yani en dokunulamaz parçasını koruma altına almaktadır⁴. Çünkü işkence ve kötü muamele yasağı, bireyin insan olarak doğmasıyla kazandığı ve insanlık onurunun ortaya çıkardığı en temel iç değerleri koruma altına almaktadır. Bu sebeple bu hak, insanı yalnızca fiziki bir varlık olarak kabul eden ve onu bir vücuda indirgeyen düşünce yapısını reddetmektedir. Bunlarla birlikte hak, bireyin iç değerlerine yönelik saldırıları ve değerleri yok sayan, inciten muameleleri de yasak kapsamında değerlendirmektedir⁵.

İşkence ve kötü muamele yasağı, insanlık onurundan kaynaklanan tüm haklar için bir temel teşkil etmektedir. Buna bağlı olarak diğer temel hak ve hürriyetlerle yoğun ilişki içindedir. Örneğin ceza yasağı, kişisel özerklik, kişi hürriyeti ve güvenliği, eşitlik gibi hak ve ilkelerle yakından ilgilidir. Bu durum ise işkence ve kötü muamele yasağı açısından farklı bazı sonuçların doğmasına sebep olmaktadır⁶.

Sonuçlardan ilki, işkence ve kötü muamele yasağına iki yönlü bir koruma sağlanmasının gerekliliğidir⁷. Yani hak bağlamında devletlere, hâkimiyeti altında bulunan bireylere kötü muamelede bulunmama yükümlülüğü yüklenmesi gerektiği gibi bireyleri kötü muameleden koruma yükümlülüğünün de yüklenmesi gerekmektedir⁸. Böylelikle devlete hem pozitif hem negatif yükümlülükler getirilmektedir⁹. Devletin bu bağlamda negatif yükümlülükleri ya da yasak filleri, bireylere işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele ve cezada bulunmamasıdır¹⁰. Pozitif yükümlülükleri ise devletin bireyleri, özel kişilerin kötü muamelelerine karşı koruma yükümlülüğü, işkence ve kötü muamele yasağı hakkının kullanılması için gerekli koşulları sağlama diğer adıyla gerçekleştirme yükümlülüğü ve etkili soruşturma yapma yükümlülüğü olarak sayılmaktadır¹¹. Bu

Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 1/ C: 31, Yıl: 2015, s. 145; Yıldız, Abdulkadir. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Türk Mahkeme Kararları Kaynakçası*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2019, s. 15; Köksal, Tuğçe Duygu. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2019, s. 10; Forowicz, Magdalena. *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, s. 190; Nowak, s. 674.

³Mutaf, Hasan. “Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincilik İlkesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, S. 1, Y.2020, s. 241; Doğru, 2006, s. 21-22; Tezcan/Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 162.

⁴Boyar, Oya. “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2013, s. 137; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, 2004, s. 142; Önok, s. 161.

⁵Boyar, s. 137.

⁶Boyar, s. 137-138.

⁷Boyar, s. 137-138.

⁸Mutaf, s. 241; Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 20; Çağırın, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, s. 335; Yıldız, Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Türk Mahkeme Kararları Kaynakçası, s. 22-23.

⁹Boyar, s. 138; Doğru, 2006, s. 21-22; Tezcan/Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 162; Harris/ O’Boyle/Bates/ Buckley, 2013, s. 109; Önok, s. 163; Çağırın, s. 335; Yıldız, s. 22-23.

¹⁰Tezcan/Erdem/Sancakdar, 2004, s. 141; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 162; Doğru, 1994 s. 2; Doğru, 2006, s. 21-22, Çağırın, s. 335; Bozbayındır, Ali Emrah. “İşkence ve Muamele Yasağının Yatay Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 145, C. 13, Y. 2018, s. 49.

¹¹Özbey, s. 308-309; Tezcan/ Erdem/Sancakdar, 2004, s. 141-143; Tezcan/ Erdem/Sancakdar/ Önok, s. 162; Doğru, 2006, s. 2; Harris/ O’Boyle/Bates/ Buckley, 2013, s. 109-113; Önok, s. 163-164; Çağırın, s. 335; Yıldız, s. 23; Bozbayındır, s. 50; Özel şahıslar tarafından gerçekleştirilen kötü muamelelerin işkence kavramına dahil edilmesine yönelik çalışma için Bkz. Grans, Lisa, “.The State Obligation to Prevent Torture and Other Cruel,

yükümlülüklerin ifa edilmemesi, AİHS kapsamında 3. maddenin ihlali olarak kabul edilmektedir.

İşkence ve kötü muamele yasağının diğer haklara temel teşkil etmesinin farklı bir sonucu ise bu hak ve onun temelini teşkil eden diğer hakların ihlal edildiğine ilişkin bir varsayımının ortaya çıkması halinde, haklar arasında çakışmanın meydana gelmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu soruna, yapılan bir muamelenin ya da uygulanan cezanın AİHS'in 3. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir ağırlık eşiğine sahip olması gerektiği anlamına gelen "asgari eşik ağırlığı"¹² ölçütü ile çözüm bulmuştur¹³. Buna göre her somut olayda uygulanan muamelelerin asgari eşiği geçip geçmediği belirlenecektir. O halde asgari eşiği geçen muameleler, 3. madde kapsamında; asgari eşiği geçemeyen muameleler, 3. madde ile çakışma hali içinde olan diğer haklar kapsamında değerlendirilecektir¹⁴.

AİHM, işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine yönelik başvuruları belirli aşamalara ayırarak incelemektedir. Buna göre AİHM, 3. maddenin ihlal edildiğine dair iddianın savunulabilir olduğuna kanaat getirirse ikinci aşama olan iddia sahibinin maddi ve manevi bütünlüğü ile ilgili olarak 3. madde kapsamında asgari eşiğin aşılmadığının incelemesini yapmaktadır. Asgari eşik, hem bir muamelenin 3. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesinin yapılmasında hem de bu muamele 3. madde kapsamında değerlendirilse bile bunun işkence mi, insanlık dışı muamele mi yoksa aşağılayıcı muamele mi olduğunun belirlenmesi noktasında önem arz eden bir ölçüttür¹⁵. Kısacası işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında asgari eşiğin belirlenmesi, AİHS'in 3. maddesinin kapsamının belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Buna göre devletin negatif yükümlülüğü bağlamında, yasak fiillerin tanımlanmasının ardından, AİHM'in şimdiye kadar hangi fiilleri işkence ya da kötü muamele kapsamında değerlendirildiğinin belirlenmesini yapmak asgari eşiği somutlaştırmak açısından fayda sağlayacaktır.

B. AİHM Bağlamında İşkence ve İşkencenin Asgari Eşiği

1. Genel Olarak İşkence Kavramı

İşkence, insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza, onur kırıcı davranış, zalimane davranış, aşağılayıcı ceza ve onur kırıcı ceza, aslında kötü muamelenin farklı türlerini oluşturmaktadır. Bununla birlikte işkencenin kötü muamele türleri arasında özel ve ağırlıklı bir yerinin olması sebebiyle işkence kavramı kötü muamele türlerinin "jeneriği" olarak kabul edilmektedir ve işkence, yukarıda sayılan kötü

Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: The Case of Honour-Related Violence", *Human Rights Law Review*, Vol. 15, No. 4, 2015.

¹² Bu ifadenin orijinal dilde karşılığı "minimum level of severity" veya "the minimum threshold of gravity" şeklindedir.

¹³ Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, 2001, s. 105; Boyar, s. 137-138; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 201; Tezcan/ Erdem/Sancakdar, 2002, s. 191; Doğru, 2006, s. 3; Harris/ O'Boyle/Bates/Buckley, s. 72; Önok, s. 182; Yıldız, s. 17; Kuzguncu, Kübra. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence Yasağı Ve Yasağın Türkiye'de Uygulanması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 65.

¹⁴ Önok, s. 182; Boyar, s. 137-138; Bu bağlamda işkence ve kötü muamele yasağı, özellikle Sözleşmenin 5. maddesi ve 8. maddesi ile yakın ilişki içindedir. Asgari kötü muamele yasağının asgari eşiğinin belirlenmesi açısından bu ilişkinin açıklanması önem arz etmekle birlikte bu ilişkinin ayrıca açıklanması çalışma kapsamına sığdıramayacağı için kendisi ayrı bir başlık altında incelenmemiştir. Ancak söz konusu çalışmanın "AİHM Kararlarında İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza Yasağının Asgari Eşiği" başlıklı bölümde karar değerlendirmeleri esnasında, 5 ve 8. maddelerin 3. maddeden ayırt edici özelliklerine kısaca değinilmiştir.

¹⁵ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 155; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 201-202; Önok, s. 172; 173.

muamele türlerinden ayrı bir başlık altında incelenmektedir¹⁶.

İşkenceyi kötü muamele türlerinden ya da kötü muamele türlerini birbirinden ayıran şey aslında bir bakıma asgari eşiktir¹⁷. Muamele türlerinin her birine kesin, net çizgilerle olmamak üzere AİHM içtihatlarıyla asgari eşik tanımlanmaya çalışılmıştır. Tanımlamalar, işkence ve kötü muamele türlerinin de tanımlarını oluşturmaktadır.

İşkence, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 09.12.1975 tarihli "Herkesin İşkence ve Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara Karşı Korunması Hakkında Bildiri"nin 1. maddesinde "acımasız, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ya da cezanın kasıtlı ve en ağır biçimi" olarak tanımlanmıştır. 10.12.1984 tarihli "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme"nin 1. maddesinde işkence, "*Bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi ve itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki ve rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı ve ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule acı ve ızdırapı içermez.*" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca bu tanımda bir muamelenin işkence olarak kabul edilebilmesi için birtakım şartların var olması gerektiğine yer verilmiştir.

Yukarıdaki tanımlamaya göre bir muamelenin işkence olarak kabul edilebilmesi için gereken şartlardan ilki işkence görenin başlattığı ya da başlattığından şüphe duyulan bir fiil olarak ifade edilebilir. Örneğin madde metninde belirtildiği gibi suç işlenmesi ya da işlemesinden şüphe duyulan bir durumun yaşanması gerekir. İkinci şart, bir muamelenin işkence kategorisinde değerlendirilebilmesi için muamelenin belirli bir amaç taşımasıdır. Örneğin işkenceci, işkence görenden bir itiraf ya da bilgi almak için işkenceyi yapmış olmalı. Üçüncü şart, muamelenin bir kamu görevlisi ya da kamu gücüne benzer bir güce sahip olan kişiler tarafından yani işkence görene göre daha güçlü konumda bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Dördüncü şart ise fiziki ya da maddi anlamda ağır acılara ve ıstıraplara sebep olan bir muamelenin olmasıdır. İşkence için bu tanımda öngörülmüş olan şartlar, AİHM içtihatlarında da görülmektedir¹⁸. Aynı Sözleşmenin 16. maddesinde ise işkence dışındaki diğer kötü muamele türleri sayılmıştır. Buna göre zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele ve cezalar, işkence derecesine varmayan muameleler olarak kabul edilmiştir¹⁹.

AİHS'de işkence ile diğer kötü muamele türleri, aynı kenar başlık altında düzenlenmiştir. Bu

¹⁶Anayurt, Ömer. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 1-2/Cilt: 12, Yıl: 2008, s. 425; Anayurt'a göre ne kötü muamele kavramı işkenceyi içine alabilecek kadar geniştir ne de işkencenin jenerik kavram olarak AİHS'de kenar başlık şeklinde kullanımı yeterlidir. Bu sebeple "işkence ve kötü muamele yasağı" kavramının yan yana kullanılması yoluna gidilmektedir. Ancak işkenceye bitişik diğer muameleler, genellikle işkence kavramı içinde kullanılsa da işkencenin her zaman diğer muamele türlerinden farklı bir konumu bulunmaktadır ve her zaman diğer muamele türlerinden ayrıştırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda AİHM de birçok kararında ciddi, insanlık dışı bir üslupla acı çekilmesine yol açan kasıtlı ve insanlık dışı muamelelere özel bir önem atfetmek için kararlarında genellikle işkence kavramı ile diğer kötü muamele türleri arasındaki farkın mutlak olarak ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir; Kötü muamele kavramını, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin jenerik bir kavramı olarak kabul eden görüş için Bkz. Doğru, 2006, s. 1; Doğru/ Nalbant, s. 125.

¹⁷Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 201-202; Tezcan/Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 155; Doğru, 2006, s. 4; Kuzguncu, s. 65; Reidy, Aisling. *İşkencenin Yasaklanması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 92, Ankara, 2005, s. 12; Köksal, s. 15.

¹⁸Anayurt, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", s. 427; AİHM kararları için bkz. AİHM, Dikme/Türkiye, Başvuru No: 20869/92, K.T. 11.07.2000; AİHM, Corsacov/Moldavya, Başvuru No: 18944/02, K.T. 04.04.2006; AİHM, Aksoy/Türkiye, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996.

¹⁹Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 143.

düzenleme ise kötü muamele yasaklarından herhangi birinin ihlal edilmesi halinde aralarında ayırım yapılmaksızın hüküm kurulmasını da beraberinde getirmektedir. Ancak devletlerin uluslararası imajı için 3. maddenin hangi kötü muamele türünün işlenmesi sebebiyle ihlal edildiği önemlidir²⁰. Çünkü işkence, bütün ileri toplumlar tarafından her zaman aşağılanan bir davranış şekli olmuştur. Hiçbir devlet bu aşağılanan davranışı sergileyen devlet olarak bilinmek istememektedir²¹. Bu sebeple bir devlet işkenceci devlet olarak bilinmek yerine, diğer kötü muamele türlerini gerçekleştirmiş bir devlet olarak bilinmeyi tercih edecektir²².

AİHM, 3. maddenin ihlali ile ilgili başvurularda eğer ki işkence yasağı ihlal edilmişse bunu özellikle belirtmiştir. Çünkü devletlerin uluslararası imajı için hangi kötü muamele türünün ihlal edildiği büyük önem taşımakla birlikte, adil tatminin sağlanması için işkenceye daha fazla tazminat ödenmesi gerekmektedir²³. Ancak AİHM, işkence dışındaki diğer kötü muamele yasaklarının ihlal edilmesi halinde, bazı kararlarında yalnızca 3. maddenin ihlal edildiğine değinmekle yetinmiştir ve özellikle hangi muamele yasağının ihlal edildiğini belirtmemiştir²⁴.

AİHM, 3. maddenin ihlali ile ilgili başvurularda işkence ile kötü muamele türleri arasındaki farkı ortaya koymak için bazı ölçütlerden yararlanmıştır. Bu ölçütleri ilk olarak İrlanda/Birleşik Krallık Kararında ortaya koymuştur. AİHM, bu kararında işkence ve diğer kötü muamele türlerini kısaca tanımlamıştır ve aralarındaki farka değinmiştir. Bu kararda işkence; isteyerek gerçekleştirilen, ağır, dayanılmaz acılar veren bir insanlık dışı muamele yöntemi olarak ifade edilirken, insanlık dışı muamele, fiziksel ve ruhsal acılara yol açan uygulamalar ve diğer kötü muamele türleri ise kişilerde aşağılanmışlık duygusu oluşturan başkaları karşısında utanç duruma sokulan, küçük düşürülen, fiziksel ve ruhsal açıdan direncini kıran davranışlar olarak ifade edilmiştir²⁵.

AİHM, daha sonraki kararlarında, Sözleşmenin oldukça ciddi, zalimane acı ve ıstıraba yol açan en ağır muameleleri işkence olarak değerlendirmek istediğini belirtmiştir²⁶. Yani AİHM, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında sertlik ya da acı eşik seviyeleri arasında bir derecelendirme yapmıştır. Buna göre AİHM, işkencedeki muameleleri acı eşiğinin en tepesine, insanlık dışı muameleyi orta seviyeye, aşağılayıcı muamele ya da cezaları ise asgari eşığı geçmiş en düşük seviyeye

²⁰Anayurt, s. 429; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 156.

²¹2004 yılında Amerika Birleşik Devletleri, her sene yayınladığı insan hakları raporlarını, Irak'ta uygulamış olduğu işkence görüntülerinin ardından diğer ülkelerin alay etmesinden korktuğu için yayınlamayı reddetmiştir. Bkz. Özbey, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması, s. 208; Ayrıca işkencenin insanlığın bastırılması anlamına geldiğini savunan görüş ve işkence tarihi ve yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Scott George Ryley. *İşkencenin Tarihi*, Dost Kitapevi, Ankara, 2011; Ayrıca devletler savaş hallerinde ya da terörle mücadele faaliyetleri sırasında yapmış oldukları muamelelerin işkence olarak değerlendirilmesine durumun aciliyetini öne sürerek itiraz ederken son zamanlarda devletler de bu konuda gelişim göstermektedirler. Bkz. Forowicz, s. 190.

²²Anayurt, s. 427.

²³Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/Önok, s. 156; Nal, Sebahattin. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık dışı Muamele", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, C. 15, Y.2007, s. 154-155.

²⁴Anayurt, s. 427-428; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 156.

²⁵ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978, par. 167.

²⁶AİHM, Aydın/Türkiye, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.09.1997, Olay vuku bulduğu anda Şükran Aydın 17 yaşındadır. Babası ve yengesiyle gözaltına alınmıştır. Gözaltında iken; babası ve yengesinden ayrı ve gözleri bağlı bir şekilde tutulmuştur ve bu esnada çırılçıplak soyularak dövülmüş, tokatlanmış bir tekerleğin içine konularak yuvarlanmış, tecavüze uğramış ve tazyikli su altında bekletilmiştir. AİHM, bu olayda bir dizi kötü eylemin yanında tecavüzü de işkence kapsamında değerlendirmiştir ve Mahkeme içtihatları arasında tecavüze bağlı işkence hükmünün ilk örneğini vermiştir.

koymaktadır²⁷. AİHM, diğer birçok alanda olduğu gibi hangi muamelelerin işkence olarak kabul edildiğinin belirlenmesinde “dinamik yorum” yöntemini kullanmaktadır. Başka bir ifade ile olay hakkındaki değerlendirmelerini “günün koşulları ışığında” yapmaktadır²⁸. Buna bağlı olarak da daha önce işkence kapsamında görülmeyen bir muamele bugün işkence kapsamında değerlendirilebilmektedir²⁹. Ancak aksi pek mümkün görünmemektedir. Daha önce işkence kapsamında değerlendirilen bir muamele, AİHM tarafından günümüz anlamında işkenceden daha hafif bir tür olan, diğer kötü muamele türleri arasında değerlendirilememektedir. Çünkü AİHM kararları günümüze yaklaştıkça 3. maddenin koruma kapsamını genişletir şekilde değiştirmiştir. AİHM bu durumu, insan haklarının korunmasında standartların giderek yükseldiğini, buna bağlı olarak da toplumların temel değerlerinde ihlal söz konusu olduğunda tolerans eşiğinin daha düşük olarak değerlendirilmesini, demokratik toplumların gereği olarak açıklamaktadır³⁰. Örneğin İrlanda/Birleşik Krallık kararında işkence değil; kötü muamele kapsamında görülen beş teknik muamelesi³¹, Azzolina vd./İtalya kararında işkence kapsamında değerlendirilmiştir³². Bu karar değişikliğinden 3. maddenin koruma kapsamının genişlediği anlamı çıkmaktadır. Ancak bununla birlikte bu karar karşılaştırmasında herhangi bir muamelenin, kesin ve net çizgilerle işkence ya da diğer kötü muamele türlerinden hangisine ait olduğunun belirlenmesinin oldukça zor olduğu anlamı da çıkmaktadır³³.

BM İşkencenin Yasaklanması ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme'nin 1. maddesinde işkencenin unsurları sayılmıştır. AİHM'de çoğu zaman bu unsurları göz önünde bulundurmaktadır³⁴. Buna göre genel kabul gören işkencenin unsurları; işkencenin gerçekleştirilmiş olduğu fiilin işkence gören üzerinde ağır acı ve ıstırap verici bir niteliği bulunması, işkenceci fiilini kasten gerçekleştirilmesi, fiil belirli bir amacı gerçekleştirme kastıyla yapılması, işkencenin resmi bir sığata sahip olması ya da bu sığata sahip olmasa bile yerine getirilen işkence fiilinden resmi sığata haiz kişilerin haberdar olmasıdır³⁵. Ancak bu unsurlar işkence varlığını tespit, BM İşkencenin Yasaklanması ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşmesi'ne göre kurucu unsurları oluştursa bile AİHM, her başvuruda

²⁷Jacques Vele ve, RusenErgeç, La Convention Europeennedes Droits de l'Homme, Bruylant Bruxelles, 1990, s. 199'dan naklen Anayurt, s. 432; Benzer görüşler için Bkz. Dinç, s. 73; Ünal, s. 104; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, 2004, s. 143; Tezcan/ Erdem/Sancakdar/Önok, s. 151; Önok, s. 172; Nal, Sebahattin. “Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 1-2, C. 19, Y. 1999, s. 532.

²⁸Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 152; Doğru, 2006, s. 4; Önok, s. 176.

²⁹Doğru, 2006, s. 4; Örneğin Hasta hükümlünün güvenlik gerekçesiyle hastanede yatağa bağlanmasını AİHM, Başvuru No: 10533/83, Herczegfalvy/Avusturya K.T. 24.10.1992, 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmeyen Mahkeme, Henaf/Fransa, Başvuru No: 65436/01, K.T. 27.11.2003, 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

³⁰Mutaf, s. 247; Anayurt, s. 430; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 203; İlgili kararlar için Bkz. AİHM, Dikme/Türkiye, Başvuru No: 20869/92, K.T. 11.07.2000; AİHM, Elçi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 23145/93, 25091/94, K.T. 13.11.2003.

³¹Beş teknik yöntemi derin sorgulamalar için kullanılan bir yöntemdir. Bu yönteme zihin bulandırma ya da duyum yoksullaştırması denilmektedir. Beş teknik ayrı ayrı tekniklerin kullanılmasıyla uygulanabileceği gibi bir bütün halinde de uygulanabilir. 1. Teknik, bedenın ağırlığı ayak parmak uçlarında olacak şekilde duvar dibine dikme, 2. teknik, başa sıyah renkli bir bant geçirme, 3. teknik, yüksek tonda gürültüye maruz kalma 4. Teknik, uyutmama, 5. Teknik, aç bırakma Bkz. Doğru Osman. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1994, s. 107-108; Tezcan/ Erdem/Sancakdar/Önok, s. 158.

³²Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 4; Kararlar için Bkz. AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978; AİHM, Azzolina vd./İtalya, Başvuru No: 28923/09 67599/10, K.T. 26.10.2017.

³³Anayurt, s. 430.

³⁴AİHM, Mahmut Kaya/Türkiye, Başvuru No: 22535/93, K.T. 28.03.2000.

³⁵Anayurt, s. 431; Mutaf, s. 246; Özbey, s. 311; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 148; Doğru, 2006, s. 18; Önok, s. 170; Nal, 2007, s. 155; 156-158; Reidy, s. 13-16.

bu unsurların hepsinin birlikte varlığını aramamaktadır³⁶. Bununla birlikte AİHM için asıl kurucu unsur, asgari eşiktir³⁷. Yani AİHM'e göre bir başvuruda diğer unsurların varlığına rastlanmamış olsa bile muamelenin ağırlığı ve yoğunluğu, o muameleyi işkence olarak nitelendirmeye yetecek derecedeysse o muamele hangi amaçla yapılmış olursa olsun işkence olarak kabul edilmelidir³⁸.

İşkencenin varlığını tespitinde önemle belirtilmesi gereken hususların başında acıların maddi/fiziksel³⁹ ve manevi/ruhsal⁴⁰ olabileceği gibi işkence görenin özel bir sebepten dolayı⁴¹ bu muamelelere dayanıklılığının o muamelenin işkence olarak değerlendirilmesinde esas alınmasıdır⁴². Asgari eşik belirlenebilmesi noktasında esas alınan diğer hususlar ise muamelenin; süresi, niteliği,

³⁶Anayurt, s. 431; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 201-202; AİHM içtihatlarının değiştiği ve artık kurucu unsur olarak asgari eşik kullanılması doğru sonuçlar vermeyeceğini savunan görüş için Bkz. Altıparmak, s. 167-168;105.

³⁷Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 151; Doğru, 2006, s. 3; Önok, s.175; Doğru/Nalbant, s. 126-127.

³⁸Anayurt, s. 433; Forowicz, s. 198, Komisyon, AİHM'den farklı olarak işkencecinin amacına odaklanan bir yaklaşım benimseyerek bireyi daha çok koruma altına alma yaklaşımını benimsemiştir. AİHM ise işkencecinin amacından ziyade muamelenin ağırlık düzeyine eğilmiştir. AİHM'in bu yaklaşımı, işkence olarak nitelendirilebilecek muamelelerin daralmasına yol açmıştır ve Komisyon kararlarına göre bireyi daha sınırlı koruyan bir içtihada sebep olmuştur. Bu sebeple Mahkeme zamanla işkencenin varlığını kabul unsurlarına işkencecinin amaç unsurunu da ekleyerek karma bir içtihat benimsendiği belirtilmektedir. Bkz. Forowicz, s. 229.

³⁹AİHK'nın 1960'lı yıllarda "Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan" (Yunanistan Vakası) Vakasında yazdığı 05.11.1969 tarihli raporunda maddi işkence Par. 2-3' te şu şekilde tanımlanmıştır. "İşkencenin, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olması gerekir ve insanlık dışı muamele aynı zamanda aşağılayıcıdır... İşkence sözcüğü sıklıkla bilgi veya itiraf elde etmek yahut cezalandırmak gibi bir amacı olan ve genel olarak da insanlık dışı muamelenin ağırlaştırılmış biçimine karşılık gelen, insanlık dışı muameleyi tanımlamak üzere kullanılmaktadır." Bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s. 191.

⁴⁰AİHK'nın 1960'lı yıllarda "Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan" (Yunanistan Vakası) Vakasında yazdığı 05.11.1969 tarihli raporunda manevi işkence par. 2-3' te şu şekilde tanımlanmıştır: "Maddi olmayan işkence kavramı burada, bedene saldırıdan başkaca bir yola başvurmak suretiyle endişe/üzüntü ve baskı durumu oluşturarak ruhsal/manevi ıstırap verilmesini kapsamak üzere kullanılmaktadır..."AİHM kararları arasında İşkence ve kötü muamele yasağı açısından pilot karar olarak kabul edilen 18.01.1978 karar tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararında beş teknik muamelesinin işkence değil; diğer kötü muamele türleri arasında kabul eden kararı eleştiren ve işkence kavramının dar değerlendirildiği görüşünü savunan, yargıç O'Donoghue ve yargıç Evrigenis, günümüzde işkenceyi, geleneksel ortaçağ yöntemleri ile sınırlamak gerektiğini savunmuşlardır ve manevi işkence için şu şekilde bir açıklama yapmışlardır. İşkence artık sadece şiddet unsurlarını içeren bir kavram olarak algılanmamalıdır. Yeni ıstırap verme biçimleri, klasik işkencenin amaçladığı bedensel bedensel acıya yol açmanın ötesine geçmiştir; bunlar geçici süreli bile olsa, bireyin kişiliğini, akli ve psikolojik dengesini ve iradesini bozmaktadır. Bu yargıçlarla aynı görüşü paylaşan Matscher, daha sofistike ve üzerinde çalışılmış işkence yöntemlerinin, özellikle fiziksel acı anlamında daha az ıstırap verse de daha şiddetli etki uyandırdığını vurgulamıştır. Bkz. Gemalmaz, s. 191&197; Fiziksel hiçbir temas olmadan manevi acılarında işkence olarak değerlendirilebileceği görüşü için Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 203-204.

⁴¹ Özel sebepten kasıt, bir kişinin özel olarak diğer tüm kişilerden ayrılan özelliğidir. Örneğin bir kişi genetik özelliklerinden ya da daha önce almış olduğu eğitimlerden ya da sporcu kişiliğinden dolayı diğer kişilere nazaran acılara daha dayanıklı olabilir. Bu durum onun subjektif özelliğidir. Ancak genel olarak genç ya da yaşlı bir kişinin ya da bir kadının, erkeğin ya da yaş aralığına bağlı olarak çocukların belirli muameleler karşısında hissedeceği acı tahmin edilebilir bir acıdır.

⁴²Anayurt, s. 433; Doğru, 2006, s. 3; Bir muamelede işkencenin varlığının belirlenmesinde kişinin subjektif özelliklerinin değerlendirilmeye alınması gerektiği görüşü için Bkz. Ünal, s. 104; Yıldız, s. 17; Köksal, s. 14-15; AİHM birçok kararında mağdurun cinsiyeti, yaşı ya da sağlık durumunun eşik sınırının belirlenmesinde önemli olduğunu belirtmekle birlikte kararlarında vurgu yaptığı ve dikkate aldığı ölçü şahsın kişilik özelliklerinden ziyade muamelenin ne olduğudur. Bu durum ise bizleri işkence ve kötü muamelenin asgari eşikini belirginleştirmede kişi özelliklerinin tespitinden ziyade; muamelenin ne ve nasıl gerçekleştiğinde yoğunlaşmaya itmiştir ve değerlendirmeler, kişilik özellikleri üzerinden değil muamele türü üzerinden yapılmıştır.

bağlamı, bedensel ya da ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi ölçütlerdir⁴³. İşkence muamelesinde asgari eşiğin belirlenebilmesi için AİHM kararlarının incelenmesi, bu ölçütte nelerin esas alındığının belirlenmesinde yardımcı olacaktır.

2. AİHM Kararlarında İşkence Yasağının Asgari Eşiği

AİHS bağlamında yapılan yargılamalarda işkence yasağının ihlal edildiğine ilk olarak Yunan davasında karar verilmiştir. Buna göre siyasi tutuklulardan siyasi faaliyetleri hakkında bilgi almak amacıyla Atina polisinin tutuklulara falaka ve vücudun çeşitli yerlerine darp uygulaması işkence olarak değerlendirilmiştir⁴⁴. AİHM'in işkencenin varlığını kabul ettiği ilk kararı ve aşağıda değinilecek olan kararları göz önünde bulundurulduğunda özellikle beden üzerinde gerçekleştirilen kötü muameleler işkence olarak kabul edilmektedir⁴⁵.

AİHM'in işkence olarak kabul ettiği bedensel kötü muamelelerin başında falaka⁴⁶ gelmektedir. AİHM birçok kararında falaka uygulanmasını tek başına ya da diğer kötü muamele fiilleriyle birlikte işkence olarak değerlendirmiştir⁴⁷. Falakanın kişiye uygulanması sonucunda kişide herhangi bir iz oluşmamasına rağmen uygulama esnasında kişide aşırı acı hissetme hali ortaya çıkmaktadır. Yani AİHM'in bu noktada dikkate aldığı ölçütün, kişinin herhangi bir bölgesinin darp edilmesi değil; kişinin en fazla acı hissedeceği bölgenin, özellikle seçilip darp edilmesi olduğu söylenebilir.

AİHM'in tek başına ya da başkaca kötü muamele fiilleriyle birlikte işlenmesi halinde işkence olarak kabul ettiği bir diğer kötü muamele de Filistin askısıdır⁴⁸. Filistin askısı, ellerin arkadan birleştirilerek yukarıya asılmasıdır.

AİHM vücuda elektrik şoku verilmesini tek başına ya da diğer kötü muamele fiilleriyle birlikte işkence olarak değerlendirmiştir⁴⁹. Elektrik tehlikeli bir enerji kaynağı olduğundan vücuda belirli bir bölgeden elektrik şoku verilse bile acısı tüm vücutta hissedilmektedir ve tüm vücudun yapısı bozulmaktadır. Ayrıca vücuda elektrik verilmesi halinde kısa bir zaman içinde kişiye uzun süren bir darp olayının uygulanması halinde verilen zarardan daha fazla zarar verilmiş olmaktadır. Ayrıca elektrik şoku verilmesi halinde vücutta kalıcı hasar meydana gelmesi daha olasıdır.

AİHM'in tek başına işkence olarak kabul ettiği kötü muamelelerden biri de tecavüzdür⁵⁰.

⁴³Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 202; Özbey, s. 311; Tezcan/Erdem/Sancakdar, 2002, s. 191; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/Önok, s. 152; Doğru, 2006, s. 3; Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2013, s. 72; Önok, s. 175; Yıldız, s. 17; Reidy, s. 12; Forowicz, 196.

⁴⁴AİHK, Yunan Vakası, Başvuru No: 3321/67, K.T. 05.11.1969.

⁴⁵AİHM'in işkence olarak kabul ettiği muamelelerin çoğunluğu aşağıdaki kararlarda da görüleceği üzere bedensel bütünlüğe zarar veren muamelelerken; AİHM, Gafgen/Almanya, Başvuru No: 22978/05, K.T. 01.06.2010, par. 108' de işkencenin varlığına hükmedebilmek için beden müdahalenin zorunlu olmadığını belirtmiştir.

⁴⁶Ayakların altına vurulması suretiyle aşırı acı hissedilen ancak izin oluşmadığı muamele.

⁴⁷AİHM, Corsacov/Moldavya, Başvuru No: 18944/02, K.T. 04.04.2006; Falakanın işkence olarak değerlendirildiği diğer kararları için Bkz. AİHM, Selmouni/Fransa, Başvuru No: 25803/94, K.T. 28.07.1999; AİHM, Salman/Türkiye, Başvuru No: 21986/93, K.T. 27.06.2000.

⁴⁸AİHM, Aksoy/Türkiye, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996; Söz konusu bu kararda AİHM Filistin askısının tek başına bir işkence muamelesi olduğunu belirtmiştir; Filistin askısının işkence olarak kabul edildiği diğer AİHM kararları için ayrıca Bkz. AİHM, Batı ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 33097/96 57834/00, K.T. 03.06.2004; AİHM, Abdülsamet Yaman/Türkiye, Başvuru No: 32446/96, K.T. 02.11.2004.

⁴⁹AİHM, Polonskiy/Rusya, Başvuru No: 30033/05, K.T. 19.03.2009; Söz konusu bu kararda AİHM vücuda elektrik verilmesinin tek başına bir işkence muamelesi olduğunu belirtmiştir. Elektrik şoku verilmesi muamelesinin işkence olarak kabul edildiği diğer AİHM kararları için Bkz. AİHM, Gurgurov/Moldova, Başvuru No: 7045/08, K.T. 17.06.2009; AİHM, Mikheyev/Rusya, Başvuru No: 77617/01 26.01.2006; AİHM, Çakıcı/Türkiye, Başvuru No: 23657/94, K.T. 08.07.1999.

⁵⁰AİHM, Aydın/Türkiye, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.09.1997.

AİHM'in bu bağlamda muamelenin nasıl gerçekleştirildiğine dair herhangi bir ölçüyü benimsediğini ifade etmekten ziyade tecavüzün varlığı halinde işkencenin varlığını kabul ettiğini belirtmek gerekecektir. Hatta AİHM, tecavüz tehdidini⁵¹ ve çoklu tecavüz fiilini gerçekleştiren failerin cezasız bırakılmasını mağdur açısından işkence olarak kabul etmiştir⁵².

AİHM vücuda çeşitli maddelerin sokulmasını da işkence olarak kabul etmiştir. Bu noktada AİHM, kişinin cinsel organına bir maddenin sokulması⁵³ ya da kişiye damar yolu açılması suretiyle antiseptik madde verilmesi⁵⁴ ya da açlık grevinde olan bir hükümlünün tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde yemek borusuna bir tüp yerleştirip zorla vücuduna yiyecek sokması⁵⁵ arasında bir fark gözetmemiş ve tamamını işkence olarak kabul etmiştir.

AİHM, bir insanın yaşamak için karşılanması zorunlu olan ihtiyaçlarından olan belirli aralıklarla nefes almanın engellenmesini⁵⁶ ya da yeterli beslenebilme, belirli aralıklara banyo yapabilme, rahatsızlığına ilişkin tıbbi tedavi alma ve ilaç kullanma, ailesiyle görüşme gibi ihtiyaçlarının karşılanmamasını ya da buna engel olunmasını⁵⁷ işkence olarak kabul etmiştir. Bu içtihatları göz önünde bulundurulduğunda en temel ihtiyaçların karşılanmaması ya da buna engel olunması halinde AİHM işkencenin varlığını kabul etmiştir.

AİHM, darbe kapsamında ise öldürücü darbe niteliğinde olan⁵⁸, iyileşmesinin zor olduğu⁵⁹, çoklu kırıklara ve kalıcı hasarlara⁶⁰ sebep olan darbeleri işkence olarak kabul etmektedir. Ayrıca AİHM, cinsiyet ya da yaş olarak işkencecilere göre daha güçsüz durumda bulunanlara karşı gerçekleştirilen darbe⁶¹ ya da özellikle vücudun en zayıf ve ufak bir darbeye bile çok daha fazla acının hissedileceği bölgelerin özellikle seçilmesini işkence olarak kabul etmektedir⁶². Bununla birlikte AİHM, polislerin yakalama anını, tansiyon ve duygusallığın yüksek olduğu, müdahaledeki dengeyi sağlamanın zor olduğu bir an olarak değerlendirip o esnada yakalanan kişinin çektiği acıları işkence olarak kabul etmemiştir⁶³.

AİHM'in şimdiye kadarki örnek gösterilen kararlarında bedensel bütünlüğe zarar verdiği için işkence olarak kabul ettiği başvurular değerlendirilmiş olsa da Mahkemenin işkence olarak kabul ettiği muameleler yalnızca bedensel bütünlükle ilgili değildir. Akli bütünlüğe zarar verici nitelikte olan uzun süre uykusuz bırakılma, taciz, öldürme ve tecavüz etme tehdidi gibi tıbbi muayene sonucu ispatlanamayacak olan muameleler de işkence olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Özellikle AİHM, Gafgen/Almanya kararında işkence korkusunun, kendisinin bir zihinsel işkence olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte her işkence tehdidinin değil; gerçeğe en yakın şekilde ağır bir baskı ve yoğunluk altında

⁵¹AİHM, Batı ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 33097/96 57834/00 K.T. 03.06.2004.

⁵²AİHM, E.G./Moldova, Başvuru No: 37882/13, K.T. 13.04.2021.

⁵³AİHM, Zontul/Yunanistan, Başvuru No: 12294/07, K.T. 17.01.2012.

⁵⁴AİHM, Polonskiy/Rusya Kararı, Başvuru No: 30033/05, K.T. 19.03.2009.

⁵⁵AİHM, Nevmerzhitsky/Ukrayna, Başvuru No: 54825/00, K.T. 05.04.2005.

⁵⁶AİHM, Gurgurov/Moldova, Başvuru No: 7045/08, K.T. 17.06.2009.

⁵⁷AİHM, İlascu ve diğerleri/Moldavya ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, K.T. 08.07.2004.

⁵⁸AİHM, Aktaş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24351/94, K.T. 24.04.2003.

⁵⁹AİHM, Corsacov/Moldavya, Başvuru No: 18944/02, K.T. 04.04.2006.

⁶⁰AİHM, Bursuc/Romanya, Başvuru No: 42066/98, K.T. 12.10.2004; AİHM, Gurgurov/Moldova, Başvuru No: 7045/08, K.T. 17.06.2009.

⁶¹AİHM, Menesheva/ Rusya, Başvuru No: 59261/00, K.T. 09.03.2006.

⁶²AİHM, Virabyan/Ermenistan, Başvuru No: 40094/05, K.T. 02.10.2012; AİHM, Salman/Türkiye, Başvuru No: 21986/93, K.T. 27.06.2000, Söz konusu kararda AİHM, kalp hastası olduğu bilinen bir kişinin göğsüne sertçe vurulmasını işkence olarak değerlendirilmiştir.

⁶³AİHM, Egmez/ Kıbrıs, Başvuru No: 30873/96, K.T. 21.12.2000.

⁶⁴AİHM, Batı ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 33097/96 57834/00, K.T. 03.06.2004.

yapılan tehdidin işkence olarak değerlendirileceğini belirtmiştir⁶⁵. Kaldı ki Gafgen başvurusunda şüpheli kişi, suçu itiraf etmesi için iki tane iri yarı bir adamla küçük bir hücrede yalnız bırakılmış ve vücudunda iz bırakmayacak şekilde kendisine cinsel saldırıda bulunabileceklerini belirtmişlerdir. AİHM'in kabul ettiği zihinsel işkencelere hücre hapsinde tutulan kişiye baskı uygulanması⁶⁶, uzun süre gözlerin bağlı tutulması⁶⁷, kişinin ailesine yönelik tehditler⁶⁸, çıplak bırakılmak⁶⁹, ölüm koridorlarında beklerken yaşanan ölüm korkusu⁷⁰ örnek verilebilir. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki zihinsel işkence olarak kabul edilen muameleler, bedensel kötü muamelelerle birleştiğinde işkence olduğu kabul edilmiştir⁷¹.

AİHM'in işkencenin tespiti anlamında kullandığı eşik ölçütü, ağırlıklı olarak vücuda normalin üzerinde fiziki zarar verilmesi şeklinde olmuştur. AİHM, işkence görenin fiziksel ya da ruhsal özelliklerinden ziyade belirli fiillerin işkence gören üzerinde uygulanmasını işkencenin asgari ölçütünün sınırı olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte korkutma ve uykusuz bırakma gibi doğrudan insan vücuduna temas olmaksızın, fiziki bütünlüğün bir parçası olan akli bütünlüğe zarar verme olasılığı yüksek muameleler de işkence olarak kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile esas ölçüt fiziki bütünlüğün zarar görüp görmemesidir. Bununla birlikte AİHM, işkence yasağı faillerinin cezasız kalması ya da işkence tehdidi gibi vücuda doğrudan zarar verilmeyen muameleleri de işkence olarak kabul etmiştir⁷². Ancak AİHM'in bu kararları istisna niteliğindedir.

C. AİHM Bağlamında İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza ve Asgari Eşiği

1. Genel Olarak İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza Kavramı

AİHM, insanlık dışı muamelenin varlığının kabul şartlarını ya da diğer bir ifade ile asgari eşiği, *“bilfiil fiziksel zarara neden olmuş olması ve yoğun fiziksel/ruhsal acı vermiş olması...”* şeklinde belirtmektedir⁷³. Söz konusu zarar ya da acı, meşru bir müdahaleden ya da cezadan kaynaklanan kaçınılmaz bir acının daha da ötesinde bir acı olmalıdır. Aynı şekilde Mahkeme pilot karar olan İrlanda/Birleşik Krallık kararında da insanlık dışı muamele için aynı unsurlar sayılmıştır⁷⁴. Bu bağlamda Mahkeme tasarlanmış, uzun süre uygulanmış, bedensel yara bere ya da ruhsal ıstıraba sebep olma unsurlarını taşıyan muameleleri insanlık dışı muamele olarak kabul etmektedir⁷⁵. Mahkeme günümüzde bu unsurları taşıyan muameleleri insanlık dışı muamele olarak kabul etmeye devam etmekle birlikte gayri adil yargılanma sonucu ölüm cezasına mahkûm edilme şeklindeki muamele biçimini de ek bir şart

⁶⁵AİHM, Gafgen/Almanya, Başvuru No: 22978/05, K.T. 01.06.2010, paraf: 108.

⁶⁶AİHM, Dikme/Türkiye, Başvuru No: 20869/92, K.T. 11.07.2000

⁶⁷AİHM, Abdülsamet Yaman/Türkiye, Başvuru No: 32446/96, K.T. 02.11.2004.

⁶⁸AİHM, Öktem/Türkiye, Başvuru No: 74306/01, K.T. 19.10.2006, Bay ve bayan Öktem adına yapılmış olan bir başvurudur. Bay Öktem için vücudunun değişik bölgelerinde darp izlerinin bulunması, Bayan Öktem için kocasını kendi hücrelerinde geçirmek ve kocasına işkence uygulanacağına dair tehdit edilmesi AİHM tarafından işkence olarak değerlendirilmiştir.

⁶⁹AİHM, Aksoy/Türkiye, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996, par. 64.

⁷⁰AİHM, İlascu ve diğerleri/Moldavya ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, K.T. 08.07.2004.

⁷¹Harris, David J./ O'Boyle, Michael/Bates, Ed P./ Buckley Carla M.. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku-Harris, O'Boyle&Warbrick*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2022, s. 226.

⁷² AİHM'in işkence tehdidini işkence olarak kabul ettiği kararı için Bkz. AİHM, Öktem/Türkiye, Başvuru No: 74306/01, K.T. 19.10.2006; AİHM'in işkence fiilinin failinin cezasız kalmasının işkence olarak kabul ettiği kararı için Bkz. AİHM, E.G./Moldova, Başvuru No: 37882/13 K.T. 13.04.2021.

⁷³AİHM, Kudla/Poland, Başvuru No: 30210/96, K.T. 26.10.2000.

⁷⁴AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978.

⁷⁵Gemalmaz, s. 199; Özbey, s. 314.

aramaksızın doğrudan insanlık dışı muamele olarak kabul etmektedir⁷⁶.

İnsanlık dışı muamelenin, işkenceden ayrılmasını sağlayan temel ölçüt, çekilen ıstırapın yoğunluğudur. Şüphesiz insanlık dışı muamele, işkenceye göre daha az yoğun bir acı ve ıstırap içermektedir. Bu bağlamda devlet tarafından tutulan kişilere yönelik olarak devlet makamlarının yaptığı muameleler, işkencenin asgari eşikini geçmediği takdirde insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmektedir⁷⁷. Bununla birlikte işkencenin unsurları olarak kabul edilen kötü muamelenin belli bir amaç doğrultusunda ıstırap verme kastıyla yapılması, insanlık dışı muamelenin unsurları arasında yer almamaktadır⁷⁸.

AIHS'in 3. maddesi insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleleri yasakladığı gibi insanlık dışı ve aşağılayıcı cezaları da yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında "ceza" kavramı, ölüm cezasını, hapis cezasını, disiplin cezalarını hatta bedensel cezaları da bünyesine alacak şekilde düzenlenmiştir. Meşru yargı organları⁷⁹ tarafından verilen cezaların çoğu kaçınılmaz bir son olarak bir utanma, bir aşağılama unsurunu içerisinde barındırmaktadır⁸⁰. Ancak insanlık dışı ceza kapsamında genel kabul ise bir suçtan dolayı ceza müeyyidesine tabi olan kişilere verilen her cezanın insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilemeyeceği, cezanın süresinin ve türünün ne olacağının belirlemesinin ulusal mahkemelere bırakılmış konular olduğudur. İnsanlık dışı cezanın nadir ve benzersiz durumlarda, ağır biçimde orantısız bir cezanın varlığı halinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁸¹. Örneğin işlediği suç sebebiyle vatandaşı olduğu ülkeye gönderildiğinde recm cezasının uygulanacağı bilinen bir yabancıyı ülkesine teslim edilmesi bu kapsamda insanlık dışı ceza olarak kabul edilmiştir⁸².

İnsanlık dışı ceza hakkında çok az içtihat bulunmaktadır. Bu sebeple bu kavramın anlamı 3. maddenin diğer unsurlarıyla ilgili kararlardan çıkarılmaktadır⁸³. Özellikle cezanın konu olduğu davalarda, mahkeme çoğunlukla bir ayırım yapmamıştır. Kötü muameleyi hem insanlık dışı muamele hem de insanlık dışı ceza olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte AIHM'in kötü bir muameleyi yalnızca insanlık dışı ceza olarak nitelendirdiği başvurular da bulunmaktadır⁸⁴.

2. AIHM Kararlarında İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza Yasağının Asgari Eşik

AIHM insanlık dışı muamele için "bilfiil fiziksel zarara neden olmuş olması ve yoğun fiziksel/ruhsal acı vermiş olması..."⁸⁵ şeklinde genel bir tanım yapmakla birlikte içtihat niteliğini almış bir takım kötü muameleleri bu kapsamda değerlendirmiş ve ölçüsünü ifade etmiştir.

Polis ya da diğer devlet görevlilerinin kontrolü altındayken meydana gelen yaralanmalar ve buna bağlı acı ve ıstıraplarla ilgili başvurulardır. Bununla birlikte genel olarak polisin ya da diğer kamu

⁷⁶AIHM, Öcalan/Türkiye, Başvuru No: 46221/99, K.T. 12.05.2005.

⁷⁷Boyar, s. 141.

⁷⁸Harris/ O'Boyle/ Bates/Buckley, 2013, s. 227.

⁷⁹Meşru olmayan yargı organları tarafından verilen cezalar işkence kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. AIHM, İlascu ve diğerleri/Moldavya ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, K.T. 08.07.2004.

⁸⁰Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 140-141.

⁸¹Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 241.

⁸²AIHM, Jabari/ Türkiye, Başvuru No: 40035/98, K.T. 11.07.2000.

⁸³Harris/O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 241.

⁸⁴AIHM, Chamber/Rusya, Başvuru No: 7188/03, K.T. 03.07.2008, AIHM'in kötü bir muameleyi insanlık dışı ceza olarak değerlendirdiği tek başvurudur. Başvuruya konu olan olayda başvurucu, kışlayı iyi temizlemediği için 350 kez çöküp kalkma cezası almıştır. Bu cezanın uygulanması esnasında bayılmıştır ve artık düzgün yürüyemediği için engelli hale gelmiştir.

⁸⁵AIHM, Kudla/Poland, Başvuru No: 30210/96, K.T. 26.10.2000.

görevlilerinin yakalama ve gözaltı anında güç kullanması ve buna bağlı olarak birtakım yaralanmaların olması doğrudan kötü muamele olarak değerlendirilmemektedir⁸⁶. Ancak kamu görevlisinin kullanmış olduğu gücün gerekli ve orantılı olduğuna dair makul ve güvenilir bir açıklama yapması zorunluluğu bulunmaktadır. Aksi halde AİHM tarafından insanlık dışı muamelenin ihlal edildiğine karar verilmektedir⁸⁷.

Kayıp kişilerin söz konusu olduğu bazı başvurular da AİHM tarafından insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda yapılan başvurularda AİHM tarafından dikkat alınan en önemli ölçüt, başvurunun kayıp kişi adına mı yoksa kayıp kişinin yakınının kendi adına mı yapıldığıdır. Buna göre kayıp yakını tarafından kayıp kişi adına 3. maddenin ihlal edildiğine ilişkin bir başvuru yapıldığında, yasaklanan kötü muamelenin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin delillerin bulunmamasına bağlı olarak söz konusu başvuru, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değil; 5. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁸. Kayıp yakınlarının kendi adlarına Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin yapılan başvurularda ise AİHM, kayıp yakınlarının normalde insan hakları ihlal edilen mağdur yakınlarının yaşadığı ruhsal stresten farklı bir stres yaşamış olmalarına sebep olan özel faktörlerin bulunması halinde insanlık dışı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermektedir⁸⁹. Ayrıca AİHM mağdur yakınının kendi adına yaptığı başvurularda yakınlık derecesini, mağdurdan bilgi almada başvuru yapan yakının ilgisi ve çabasını ve bu ilgi ve çabaya devlet yetkilerinin nasıl cevap verdiğini de dikkate almaktadır⁹⁰.

Gözaltına alındıktan sonra ölü bulunan kayıpların, yakınları tarafından yapılan 3. maddenin ihlal edildiğine ilişkin başvurularda AİHM, kötü muamele yapıldığına ilişkin delillerin bulunmamasından dolayı yasaklanan muamelelerin yapıldığının tespit edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu sebeple AİHM, yakın bir akrabanın ölümünden doğan doğal acının sınırlarının aşılmamış olduğuna karar vermiştir⁹¹.

⁸⁶Başvurucunun sarhoş olması sebebiyle polisin zor kullanması ve başvurucunun elinde küçük sıyrıklar oluşmasını AİHM, asgari eşiği geçmediği sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir Bkz. AİHM, Stefan İliev/Bulgaristan, Başvuru No: 53121/99, K.T. 10.05.2007; AİHM, başvurucunun gözaltında üst dudağının sol tarafında 0.5 cm'lik bir yaranın asgari eşiği geçmediği sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Bkz. AİHM, Çelik ve İmret/Türkiye, Başvuru No: 44093/98, K.T. 26.10.2004; Polislere saldıran grubun içinde polislerin saldırganları yakalamak için uyguladığı kuvvet ve buna bağlı olarak başvuru sahiplerinin vücudunda oluşan yara ve bereler AİHM'e göre asgari eşiği geçemediği için Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir. Bkz. Nasrettin Aslan ve Zeki Aslan/Türkiye, Başvuru No: 17850/11, K.T. 30.08.2016; AİHM, Terör örgütü destekçisi olan, başvuru kadının, sağ kolundan bir polis memurunun tutup çekmesini sonra kollarını arkadan bükerek öne doğru eğilmeye zorlamasını ve başka bir polis memurunun kaba hitabını kötü muamele yasağı açısından asgari eşiği geçen bir muamele olarak değerlendirmemiştir Bkz. AİHM, Ertuş/Türkiye, Başvuru No: 37871/08, K.T. 05.11.2013; AİHM'in kaybolan kişi ve yakınları için vermiş olduğu kötü muamele kararlarının detaylı analizi için ayrıca Bkz. Vermeulen, Marthe Lot. "Living Beyond Death: Torture Or Other Ill-Treatment Claims In Enforced Disappearances Cases", Inter-American And European Human Rights Journal, 1(2), 2008.

⁸⁷Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2022, s. 228-229; Konuyu ilişkin AİHM kararları için Bkz. AİHM, Tuncer Durmuş/Türkiye, Başvuru No: 30494/96, K.T. 02.11.2004; AİHM, Sunal/Türkiye, Başvuru No: 43918/98, K.T. 25.01.2005; AİHM, Biyan/Türkiye, Başvuru No: 56363/00, K.T. 03.03.2005; AİHM, Gültekin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 52941/99, K.T. 31.05.2005.

⁸⁸Harris/ O'Boyle/Bates/ Buckley, 2022, s. 239; Konuya ilişkin AİHM kararları AİHM, Kurt/Türkiye, Başvuru No: 24276/94, K.T.25.05.1998; AİHM, Çiçek/Türkiye, Başvuru No: 25704/94, K.T. 27.02.2001.

⁸⁹Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 239; konuya ilişkin AİHM kararları, AİHM, Çakıcı/Türkiye, Başvuru No: 23657/94, K.T. 08.07.1999.

⁹⁰Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 239; Konuya ilişkin AİHM kararları için Bkz. AİHM, Timurtaş/Türkiye, Başvuru No: 23531/94, K.T. 13.06.2000; Aynı yöndeki AİHM kararı için ayrıca Bkz. AİHM, Tanış ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 65899/01, K.T. 02.08.2005.

⁹¹AİHM, Tanlı/Türkiye, Başvuru No: 26129/95, K.T. 10.04.2001; AİHM'in bu görüşünü destekleyen ilginç bir karar da AİHM, Orhan/Türkiye, Başvuru No: 25656/94 K.T. 18.06.2002 tarihli karardır. Başvuruya konu olan olayda milli güvenlik açısından sorunlu olarak gördüğü bir yerleşim yeri askeri birliklerin yerin boşaltılması

Bununla birlikte kayıp kişi ölmesine rağmen ölmeden önce yasaklanan muamelelerin yapıldığı anlaşılabilen bir ölüm olayı gerçekleşmişse AİHM, mağdur yakınları açısından insanlık dışı muamelelerin gerçekleştiğini kabul etmektedir. Örneğin Khadzhaliev ve Diğerleri/Rusya başvurusunda mağdurun kaçırılmasından 4 gün sonra parçalanmış bedenine ulaşılmıştır ve bedenin başı ve bazı parçalarına ulaşılamamıştır. AİHM, söz konusu bu başvuruda insanlık dışı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁹².

AİHM, gözaltına alınmış olan kişilere uygulanan psikolojik sorgu tekniklerini de insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin İrlanda/Birleşik Krallık kararında uygulanan beş teknik uygulaması insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir. Bu yöntem, arka arkaya, önceden tasalanarak ve saatler boyunca uygulanmıştır. Bu yöntem insana doğrudan bedensel zarar vermese bile sorgulama esnasında yoğun fiziksel ve ruhsal yoğun acıların yaşanmasına sebep olabilecek niteliktedir⁹³. Kanaatimizce beş teknik uygulaması, bedensel bütünlüğün kapsamında değerlendirilen akli bütünlüğe uygulanma süresine de bağlı olmak şartıyla yüksek miktarda zarar verdiği ve hatta kalıcı hasarlara sebep olma ihtimalini kuvvetle bünyesinde barındırdığı için insanlık dışı muamele değil; işkence olarak kabul edilmelidir. Ayrıca beş teknik uygulaması işkencenin unsurlarından olan; ancak insanlık dışı muamelelerin unsurları olarak kabul edilmeyen, kötü muamelelerin belli bir amaç doğrultusunda ıstırap verme kastıyla yapılması unsurunu da bünyesinde barındırmaktadır.

İşkence tehdidi ise tek başına insanlık dışı muamele, birkaç bedensel kötü muamele türü ile birleştiğinde ise de işkence olarak değerlendirilen bir kötü muamele türüdür. Bu durum ruhsal ıstırap olarak değerlendirilmektedir ve AİHM'in birçok kararında ruhsal ıstırap tek başına insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmiştir⁹⁴.

AİHM tarafından ağırlıklı olarak kayıp kişilerin bulunmasında devlet yetkililerinin tepkileri ve yaklaşımlarından dolayı ya da kayıp kişinin özel unsurlar eşliğinde gerçekleşen ölümlerinden dolayı mağdur yakınlarının duyduğu ıstıraplar, gözaltında bulunan kişilere işkence düzeyine varmayan, vücudunda kalıcı hasar bırakmayan yaralanmalar, sınır dışı edildiğinde⁹⁵ kötü muameleden herhangi birine maruz kalacağı açık olan durumlar genellikle insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir.

uyarısı yapıldıktan ve yerleşim yeri boşaltıldıktan sonra yakılmıştır. Bu olay sonrasında yerleşim yeri sakinleri başvuru yakınları hakkında şikâyetle bulunmuş ve yakınlar gözaltına alınmıştır. Gözaltına alındıktan sonra kendisinden 8 yıl haber alınamayan başvuru yakınları hakkında AİHM, gözaltına alındıkları esnada iyi göründükleri ve gözaltında nasıl bir muameleye tabi olduklarına ilişkin bir bilgi olmamasından dolayı kayıp kişilerin kendileri adına 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak aynı kararda evlerinin yakılması olayını 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

⁹²AİHM, Khadzhaliev ve Diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 3013/04, K.T. 06.11.2008; Aynı yöndeki başka bir AİHM kararı için Bkz. AİHM, Mahmut Kaya/ Türkiye, Başvuru No: 22535/93, K.T. 28.03.2000.

⁹³AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978.

⁹⁴AİHM, Hristovi/Bulgaristan, Başvuru No: 42697/05, K.T. 11.10. 2011.

⁹⁵ Devlet güvenliği sebebiyle sınır dışı etme muamelesinin bir kötü muamele türü olarak değerlendirilmesi genellikle eleştirilere konu olmaktadır ve işkence ve kötü muamele yasağının mutlaklığını sorgulatmaktadır. Bununla birlikte AİHM de kararlarında terör eylemlerinden dolayı vatandaşlarını korumak isteyen ülkelerin bu sebeple koruma faaliyetlerinde zorlukların oluştuğunu kabul etmekle birlikte yine de işkence ve kötü muamele yasağının mutlak olduğunu ve ihlal edilmesinin hiçbir gerekçe ile dengelemenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. AİHM, Saadi/İtalya, Başvuru No: 37201/06, K.T. 28.02.2008, karar değerlendirmesi için Bkz. Gentili, Gianluca. "European Court of Human Rights: An absolute ban on deportation of foreign citizens to countries where torture or ill-treatment is a genuine risk", International Journal of Constitutional Law, Vol. 8 No. 2, 2010, s. 318.

D. AİHM Bağlamında Aşağılayıcı Muamele ve Ceza ve Asgari Eşiği

1. Genel Olarak Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Kavramı

AİHS'deki aşağılayıcı muamele kavramı, insan haysiyetine ve onuruna ciddi nitelikte müdahaleleri kapsamına almaktadır. Bu sebeple bir kişiyi rütbe, konum, şöhret ya da karakter olarak aşağı seviyeye indiren bir muamele belirli bir şiddet derecesine ulaştığında aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilmelidir⁹⁶. Yani mağdurda korku, üzüntü, bayağılık duygularını oluşturabilecek nitelikte kötü muameleler, kişinin fiziksel ve ruhsal direncini kırıcı belirli bir ağırlık düzeyine ulaşmışsa, aşağılayıcı muamele adını almaktadır⁹⁷. Bununla birlikte aşağılayıcı muamelenin fiziksel bir beden üzerinde uygulanması da zorunlu değildir. Başka bir ifade ile kişiye herhangi bir temas olmadan da aşağılayıcı muamelenin varlığından söz edilebilir⁹⁸.

AİHM, herhangi bir muamelenin aşağılayıcı muamele olup olmadığını tespitini yaparken bu muamelenin söz konusu kişiyi utandırma ve küçültme amacıyla yapılıp yapılmadığını ve sonuçları itibari ile kişinin şahsına Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında olumsuz bir etkisinin olup olmadığını değerlendirmektedir⁹⁹. Ancak muameleyi gerçekleştiren kişinin, mağdurun şahsında bu tür bir etki oluşturma amacıyla hareket etmemiş olması da bu muamelenin aşağılayıcı bir muamele olarak değerlendirilmesinin önüne geçmemektedir¹⁰⁰. Başka bir ifade ile bir muamelenin aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmesinde esas alınan ölçüt, muameleyi gerçekleştirenin, mağduru utandırma ve küçültmesi amacıyla bu muameleyi gerçekleştirmiş olması değildir ancak mahkeme böyle bir amacın varlığını da dikkate almaktadır¹⁰¹. AİHM'e göre esas ölçüt, muamelenin aşağılama yönünden belirli bir eşik seviyesine ulaşmış olmasıdır. Bu noktada Mahkeme, mağdurun maruz kaldığı sonuçları değerlendirirken; bu muamelelerin bağlamını ve mağdurun şahsı üzerinde oluşturduğu sonucu her olay açısından özel olarak değerlendirmektedir¹⁰².

AİHS'in 3. maddesi aşağılayıcı muameleyi yasakladığı gibi aşağılayıcı cezaları da yasaklamaktadır. Daha önce yukarıda da belirtildiği üzere meşru yargı organları tarafından verilen cezaların çoğu kaçınılmaz bir son olarak utanma, aşağılama duygusunu içerisinde barındırmaktadır. Bu

⁹⁶AİHK, East African Asians/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4403/70 4404/70 4405/70... K.T. 14.12.1973.

⁹⁷Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 140; Özbey, s. 314-315; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 154; Harris/ O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 94; Bu yöndeki AİHM kararları için Bkz. AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978; AİHM, Kudla/Polonya, Kudla/Poland, Başvuru No: 30210/96, K.T. 26.10.2000.

⁹⁸AİHK, East African Asians/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4403/70 4404/70 4405/70... K.T. 14.12.1973.

⁹⁹Doğru/Nalbant, s. 140; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 154; Bu yöndeki AİHM kararı için Bkz. AİHM, Albet ve Le Compte/ Belçika, Başvuru No: 7299/75 7496/76, K.T. 10.02.1983.

¹⁰⁰Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 154; Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 140; Bu yöndeki AİHM kararları için Bkz. AİHM, Peers/Yunanistan, Başvuru No: 28524/95, K.T. 19.04.2001; AİHM, Kalashnikov, Başvuru No: 47095/99, K.T. 15.07.2002.

¹⁰¹AİHM, V./Birleşik Krallık, Başvuru No: 24888/94, K.T. 16.12.1999, Par. 121.

¹⁰²Yıldız, s. 40; AİHM bir kararında 15 yıllık pratisyen bir hekimin işyerinde arkadaşlarının ve ailesin gözü önünde (mağdur bu şekilde kelepçelemek istemediğini onurunu zedelediğini belirtmesine rağmen) kelepçelenmesini, evini arama faaliyeti sırasında evine götürülürken kelepçeli şekilde evine 70 metre uzaklıkta araçtan indirilerek kelepçeli şekilde yürüyerek evine gitmeye zorlanmasını, göz altında bulunduğu sürede bekleme yeri olarak mesai arkadaşlarının tuvalete gittiği yerin önünde bekletilmesini (pratisyen hekim bir polis doktorudur) ve arkadaşlarının sürekli neden onun orada bekletildiğini etraftaki diğer arkadaşlara sormasına sebep olacak muamelelerin kendisine yapıldığını ve bunların fiziki bir şiddet olmasa da aşağılayıcı muamele olduğunu belirtmiştir. Mahkeme davanın özel bağlamında herkesin gözü önünde kelepçelenmesini, başvuruda kendisini aşağılayıp küçük düşürecek muhtemelen ruhsal direncini kırabilecek korku ve ıstırap duygusu oluşturmak amacıyla yapıldığı kanısına ulaşmıştır. Bkz. AİHM, Erdoğan Yağız/Türkiye, Başvuru No: 27473/02, K.T. 06.03.2007.

sebeple meşru olarak verilmiş her cezanın, aşağılayıcı ceza olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir cezanın aşağılayıcı ceza olarak değerlendirilebilmesi için mahkûmda her cezada öngörülmüş olan, normal derecede utanma ve aşağılama duygusunun üzerinde bir utanma ve aşağılama duygusuna sebep olması gerekmektedir. Bu konudaki değerlendirmeler de zorunlu olarak her olayın içinde bulunduğu koşullara, bağlamına ve infaz şekline bağlı olarak değişecektir¹⁰³.

AİHM'e göre bir cezanın insanlık dışı ceza mı yoksa aşağılayıcı bir ceza mı olduğunun belirlenmesi, uygulanan cezada mağdurun yaşadığı ıstırapın yoğunluğuna göre yapılmaktadır. Bununla birlikte bir muamelede hem insanlık dışı hem de aşağılayıcı muamele söz konusu olabilir. Örneğin İrlanda/Birleşik Krallık başvurusundaki beş teknik uygulaması ve Tomasi/Fransa başvurusundaki darp uygulaması her iki yasağın da ihlal edildiğinin kabul edildiği başvurulardır¹⁰⁴. Ayrıca aşağılayıcı bir cezanın varlığı için mağdurun özellikle başkalarının gözünde değil; kendi gözünde de aşağılanmış olması yeterlidir¹⁰⁵.

2. AİHM Kararlarında Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Yasağının Asgari Eşiği

AİHM aşağılayıcı muamelenin varlığını tespitinde kullandığı en önemli ölçüt, mağdurun maruz kaldığı fiziksel ya da ruhsal ıstırap ve acıdan ziyade; muamelenin, mağduru küçük düşürüp düşürmediği ve insan haysiyetine saygıyı zedeleyip zedelediğidir. Buna göre AİHM'in şimdiye kadar kabul ettiği kötü muamele türleri, fiziksel acı ve ıstırap taşımayan mağdurun iradesi ya da vicdanına aykırı şekilde davranmaya zorlanması¹⁰⁶, ırk ayrımı¹⁰⁷, dayak cezası¹⁰⁸, çıplak üst araması¹⁰⁹, mahkûmların saçının zorla tıraş edilmesi¹¹⁰, kayıp yakınlarının duyduğu ıstırap¹¹¹, rızası alınmaksızın gerçekleştirilen kısırlaştırma işlemi¹¹², tıbbi yardım yokluğundan ağır ve uzun süreli bir acı çekmemesine rağmen strese girmesi¹¹³ şeklindedir.

AİHM aşağılayıcı ceza kapsamında ise başvuruçunun fikri şahsiyetini bastıran, onu küçük düşüren, alçaltan, kaçak yaşamaya zorlayan hapis cezalarını ve onda korku, kaygı ve zayıflık hissi oluşmasına sebep olan cezaları, aşağılayıcı ceza olarak kabul etmektedir¹¹⁴. AİHM'e göre hapis cezaları gibi zorunlu askerlik hizmeti de utandırma ve ıstırap unsurlarını bünyesinde barındırabilir. Ancak normal şartlar altında insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı ceza oluşturabilecek askeri alandaki birçok eğitim uygulaması, silahlı kuvvetlere özgü misyona katkı sağlaması şartıyla kötü muamele eşiğine ulaşmamış sayılmaktadır¹¹⁵.

AİHM her türlü olumsuz duyguyu da aşağılayıcı muamelenin ihlali olarak değerlendirmemiştir.

¹⁰³Doğru/Nalbant, s. 140-141.

¹⁰⁴Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 243.

¹⁰⁵AİHM, Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, K.T. 25.04.1978; Aynı görüş aşağılayıcı muamele içinde geçerlidir ayrıca Bkz. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2013, s. 94; Yıldız, s. 20.

¹⁰⁶AİHM, Ülke/Türkiye, Başvuru No: 39437/98, K.T. 24.01.2006; AİHM, Tarhan/Türkiye, Başvuru No: 9078/06, K.T. 17.07.2012.

¹⁰⁷Irka dayalı ayrımcılık muameleleri bazı hallerde tek başına aşağılayıcı muamele olmaya yeterlidir. Bkz. AİHK, East African Asians/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4403/70 4404/70 4405/70... K.T. 14.12.1973.

¹⁰⁸AİHM, Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, K.T. 25.04.1978.

¹⁰⁹AİHM, Valasians/Litvanya, Başvuru No: 44558/98, K.T. 24.07.2001.

¹¹⁰AİHM, Yankov/ Bulgaristan, Başvuru No: 39084/97, K.T. 11.12.2003.

¹¹¹AİHM, Kurt/Türkiye, Başvuru No: 24276/94, K.T. 25.05.1998.

¹¹²AİHM, V.C. c/ Slovakya, Başvuru No: 18968/07, K.T. 08.11.2011.

¹¹³AİHM, Khudobin/Rusya, Başvuru No: 59696/00, K.T. 26.10.2006.

¹¹⁴AİHM, Ülke/Türkiye, Başvuru No: 39437/98 K.T. 24.01.2006.

¹¹⁵AİHM, Chember/Rusya, Başvuru No: 7188/03, K.T. 03.07.2008.

Örneğin babanın ağır yaralanan oğlunu hastaneye tomografi çekilmesi için götürme konusunda ısrar etmesine rağmen polislerin kendisini zorla polis karakoluna götürmeleri sebebiyle duyduğu korku¹¹⁶ ya da başvurunun, güvenlik, disiplin ve koruma sebepleriyle diğer mahkumlarla görüştürülmemesi¹¹⁷ ya da başvurunun kaçma riskinin yüksek olması sebebiyle sürekli yerinin değiştirilmesi¹¹⁸ AİHM tarafından aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmemiştir.

AİHM'in aşağılayıcı muamele ve ceza kapsamında yukarıdaki kararları göz önünde bulundurulacak olursa fiziksel acılar aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilmemektedir. Başka bir ifade ile işkence ve insanlık dışı muamele için asgari eşik, bir bedende izlerine rastlanabilecek ve ispatlanabilecek acı ve ıstırapların şiddetini belirleyen bir ölçekken; aşağılayıcı muamele için insan haysiyetini zedeleme şiddetini belirleyen ölçek olmaktadır. Zaten başvuru incelemesi esnasında bir fiziksel zararın oluşup oluşmadığını öncelikli olarak belirlemekte sonrasında fiziksel bir zarar yoksa aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemektedir¹¹⁹. Aşağıda açıklanacağı üzere buna bağlı olarak birtakım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Buna göre;

İlk olarak aşağılayıcı muamelede asgari eşik açısından esas alınan değer, işkence ve insanlık dışı muamelelere göre farklılaşmaktadır. Fiziksel ve ruhsal acının yerini insan haysiyeti almaktadır. Bu da asgari eşik fonksiyonlarını değiştirmektedir. Asgari eşik, fiziksel ve ruhsal bir acının söz konusu olduğu kötü bir muamelede, muamelenin kötü muamele türü olup olmadığının belirleyicisi olmakla birlikte bu kötü muamelenin işkence mi insanlık dışı muamele mi olduğunun da belirleyicisidir. Bununla birlikte fiziksel ve ruhsal acı olmaksızın yalnızca küçük düşme ve aşağılanmış hissetme duygusunun söz konusu olduğu hallerde asgari eşik, yalnızca söz konusu muamelenin, aşağılayıcı bir muamele olup olmadığının belirleyicisi olmaktadır. Yani fonksiyonel yönden tek bir fonksiyona sahip olmaktadır. Bu da bize göstermektedir ki yalnızca küçük düşme halinin olduğu bir muamelede asgari eşik, hangi ağırlıkta aşılmış olursa olsun söz konusu muamele, kötü muamele yasakları içinde bir üst seviye olan insanlık dışı muamele ya da işkence olarak nitelendirilemeyecektir.

Aşağılayıcı muamelede asgari eşik belirlemede esas alınan değer, diğer kötü muamelelerde esas alınan değerden farklı bir değer olması, bizleri ikinci bir sonuca götürmektedir. Buna göre bir kötü muamele içinde hem işkence düzeyine varan fiziksel ve ruhsal acı hem de küçük düşme halini barındırdığında bu muamele, yalnızca işkence yasağının ihlali olarak değil hem işkence yasağının ihlali hem de aşağılayıcı muamele yasağının ihlali olarak değerlendirilecektir. Çünkü her iki kötü muamele türünün asgari eşiklerinin esas aldığı değerler birbirinden farklıdır. Bu sebeple bir kötü muamelede hem işkence hem insanlık dışı muamelenin varlığı kabul edilmezken; başka bir kötü muamelede hem işkence hem de aşağılayıcı muamele ya da hem aşağılayıcı muamele hem de insanlık dışı muamelenin varlığı¹²⁰ kabul edilebilmektedir. Yani kötü muamele kombinasyonları; yalnızca işkence, yalnızca insanlık dışı muamele, yalnızca aşağılayıcı muamele ya da hem işkence hem aşağılayıcı muamele hem aşağılayıcı muamele hem insanlık dışı muamele şeklinde olabilir.

Aşağılayıcı muamelenin eşiklerinin belirlenmesi açısından önemle belirtilmesi gereken bir başka

¹¹⁶AİHM, Hüseyin Devrim Berktaş/Türkiye, Başvuru No: 22493/93, K.T. 01.03.2001.

¹¹⁷AİHM, Sadak/Türkiye, Başvuru No: 25142/94 27099/95, K.T. 08.04.2004.

¹¹⁸ AİHM, Payet/Fransa, Başvuru No: 19606/08, K.T. 20.01.2011.

¹¹⁹ Bkz. AİHM, Erdoğan Yağız/Türkiye, Başvuru No: 27473/02, K.T. 06.03.2007.

¹²⁰ Hem insanlık dışı muamele hem aşağılayıcı muamelenin birlikte kabul edildiği karar için Bkz. AİHM, Tekin/Türkiye, Başvuru No: 22496/93, K.T. 09.06.1998; AİHM, Büyükdag/Türkiye, Başvuru No: 28340/95, K.T. 21.12.2000; AİHM, Algür/Türkiye, Başvuru No: 32574/96, K.T. 22.10.2002; AİHM, Hulki Güneş/Türkiye, Başvuru No: 28490/95, K.T. 19.06.2003; AİHM, Dizman/Türkiye, Başvuru No: 28516/95, K.T. 20.09.2005; AİHM, Başvuru No: 43918/98, Sunal/Türkiye, K.T. 25.01.2005; AİHM, Gültekin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 52941/99, K.T. 31.05.2005.

husus ise aşağılayıcı muamelede esas alınan değerın zedelenmesi halinde bunu ispatlamanın zorluğudur. Buna bağılı olarak da AİHM, kendisine yapılmış başvuruları yalnızca somut olay açısından değil; objektif ölçütlere göre de değerlendirmektedir. Örneğın AİHM, Mursic/Hırvatistan başvurusunda mahpusun sahip olması gereken kişisel alanın 3 metrekareden daha az olması halinde Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine dair kuvvetli bir karinenin oluştuğunu belirtmiştir¹²¹. AİHM bu karineyi mağdurun hangi şiddette küçük düştüğüne ya da kişisel alanın azlığının mağdura nasıl etki ettiğine değinmeksizin kabul etmektedir.

II. 1982 Anayasası'nda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ve Asgari Eşik Ölçütü

A. Genel Olarak İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

1982 Anayasası'nda işkence kötü muamele yasağı, Anayasa'nın 17. maddesinde "*kişinin dokunulmazlığı maddi ve manevi bütünlüğü*" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre maddenin ilk fıkrasında yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığı düzenlenmiştir¹²². İkinci fıkrada kişinin maddi ve manevi varlığına müdahaleler düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada doğrudan işkence ve kötü muamele yasağı düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada yaşam hakkına getirilen sınırlamalar düzenlenmiştir¹²³.

Anayasa'da işkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği fıkrada, AİHS'de de olduğu gibi işkence ve kötü muamele yasağı, üç kavram ile açıklanmaya çalışılmıştır. Bunlar, işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza ya da muamele kavramlarıdır. Anayasa Mahkemesi (AYM), bu kavramlar arasında bir derecelendirme olduğunu, bir kararında şu şekilde açıklamıştır: "*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 olan 'işkence', 'eziyet' ve 'hakaret' suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır.*"¹²⁴

¹²¹ AİHM, Mursic/Hırvatistan, Başvuru No: 7334/13, K.T. 20.10.2016, par. 124,132,139-140.

¹²² İşkence ve kötü muamele türlerini oluşturan her bir muamele, kişin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne zarar vererek özel hayatına da müdahale bulunmaktadır. Kötü Muamele yasağı ile özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak değerlendirilen kişinin maddi ve manevi varlığının Anayasa'da aynı maddede düzenlenmesi de bunu göstermektedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2014/6526, K.T. 24.01.2018; ayrıca Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında yine herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına değinilmektedir ki bu hususta özel hayatın gizliğinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 13.04.2014. Bu açıdan değerlendirildiğinde işkence ve kötü muamele yasağının özel hayat ile ilişkisi doğrudan ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple asgari eşik ölçütünün belirlenmesi hem işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edilmiş olup olmadığının belirlenmesine hem de özel hayata saygının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi noktasında ayrıca bir öneme sahip olmaktadır.

¹²³ Anayasa'nın 17. Maddesi: "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkraya hükmü dışındadır."

¹²⁴ AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014; AYM'de işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve cezaların farklı yoğunluklara sahip olduğunu açıklayan bir başka kararı ise "Anayasa'nın 17.

Karardan da anlaşılacağı üzere kavramlar arasında AİHM'in de yorumladığı gibi bir yoğunluk farkı bulunmaktadır. Bu durumda da işkence, kişinin maddi ve manevi varlığına en çok zarar veren; eziyet, işkence düzeyine varmayan ancak kişiye yoğun acı ve zarar veren ve AİHS'de insanlık dışı muamele ve cezanın karşılığı olan fiilleri; insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve ceza ise, AİHS'de aşağılayıcı muamele ve ceza kavramlarını karşılamaktadır¹²⁵ İşkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve cezaların AİHS'deki karşılıkları ile ilgili aşağıdaki AYM kararı bu yorumu doğrular niteliktedir.

Buna göre “...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 haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için, mağdurun subjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir.”¹²⁶

AYM de AİHM'de de olduğu gibi işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermek için müdahalelerin belirli bir yoğunluk seviyesine ulaşmış olmasını aramaktadır. Mahkeme bunu “asgari ağırlık derecesi” kavramı şeklinde belirtmektedir. AYM'ye göre bu asgari eşik, göreceli olup, her olayın şartlarına göre ayrıca değerlendirilmelidir. Buna göre muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu, muamelenin amacı, kastı, muamelenin ardındaki saik değerlendirmede önem taşımaktadır. Asgari eşiğin aşılp aşılmadığının belirlenmesi için değerlendirilmeye alınan bu unsurlar arasında, AYM ayrıca kötü muamelenin, heyecan ve duyguların yükseldiği esnada meydana gelip gelmediğinin de değerlendirilmesi gerektiğine değinmiştir¹²⁷.

AYM kötü muamele yasağı ile ilgili olarak kendisine yapılmış olan başvuruları değerlendirmede neleri esas alacağını kararlarında özenle belirtmekle birlikte kararlarında benzer olaylara ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunduğu gözlemlenmektedir¹²⁸. Bunun asıl sebebinin ise AYM'nin kötü muamele türleri arasındaki asgari eşiği göz ardı etmesi değildir. Her olaya özgü parametreleri ayrı ayrı değerlendiriyor oluşun ileri gelmektedir.

AYM tarafında oluşturulan kötü muamele türlerinin tanımlarına değinmek gerekirse; AYM işkenceyi şu şekilde tanımlamıştır: “...anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi

maddesinin üçüncü fıkrasında ise kimseye “işkence”, “eziyet” yapılamayacağı ve kimsenin “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele ve cezaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiş olup, hüküm Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan hukuksal çıkarları kapsamaktadır. Belirtilen düzenlemede yer alan ifadeler arasında bir yoğunluk farkı bulunmakta olup, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en ağır şekilde zarar veren muamelelerin “işkence”, bu seviyeye varmayan fakat yine de vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırap veren insanlık dışı muamelelerin “eziyet”, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele veya ceza olarak belirlenmesi mümkündür.” şeklindedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/6229, K.T. 15.04.2014, par. 22; Benzer yöndeki AYM kararları için Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/969, K.T. 18.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/3512, K.T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2012/1213, K.T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.04.2014; AYM, 2013/8175, K.T. 15.04.2014; AYM, Başvuru No: 2013/5680, K.T. 15.04.2014.

¹²⁵ Boyar, s. 150.

¹²⁶ AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.04.2014, par. 35; Aynı yönde başka AİHM kararı için Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/6229, K.T. 15.04.2014.

¹²⁷ AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2013/6359, K.T. 10.12.2014; AYM, Başvuru No: 2012/969, K.T. 18.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/3512, K.T. 17.07.20214; AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.04.2014.

¹²⁸ AYM'nin işkence olarak kabul ettiği basit darp konulu başvuru, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014; AYM'nin eziyet olarak kabul ettiği basit darp konulu başvuru, AYM, Başvuru No: 2018/32913, K.T. 07.12.2022; AYM'nin insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza olarak nitelendiği basit darp konulu başvuru, AYM, Başvuru No: 2020/9742, K.T. 09.02.2023.

varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin 'işkence' olarak belirlenmesi mümkündür. Muamelelerin ağırlığının yanı sıra, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde 'işkence' teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırım amacıyla ya da ayırımçı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek, 'kasıt' unsuruna da yer verilmiştir."¹²⁹ AYM'nin bu kararında belirttiği işkence unsurları, vücudun maddi ve manevi varlığına zarar verebilecek en ağır muamelelerden oluşması, belirli bir amaca yönelik olmak üzere kasten yapılmış olmasıdır.

AYM, eziyet kavramının tanımlamasını aşağıdaki kararlarla yapmıştır. Ayrıca AYM bu kararında örnek olması amacıyla eziyet olarak kabul edilebilecek muameleleri özellikle somut olarak belirtilmiş ve AİHM'in insanlık dışı muamele olarak kabul ettiği bazı başvurulara atıfta bulunulmuştur. Buna göre eziyet, "İşkence seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstırapa sebep olan insanlık dışı muameleler eziyet olarak tanımlanabilir... 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 kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz.... 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, çocuk istismarı gibi muameleleri "insanlık dışı muameleler" olarak nitelendirmiştir"¹³⁰

AYM tarafından, AİHS'in 3. maddesinde "aşağılayıcı muamele ve ceza" kavramını karşılaması için Anayasa'da düzenlenen "insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele veya ceza" kavramı, "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...Burada "eziyet'ten" farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır."¹³¹ olarak ifade edilmiştir.

AYM konuyla ilgili bir başka kararında ise bu kavramı şu şekilde ifade etmiştir. "Kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin "işkence", bu seviyeye varmayan fakat yine de vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırap veren insanlık dışı muamelelerin "eziyet", küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise 'insan haysiyetiyle bağdaşmayan' muamele veya ceza olarak belirlenmesi mümkündür."¹³² AYM aynı kararın devamında bir muamelenin hem eziyet hem de insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muamele olabileceğini ancak her insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamelelerin eziyet olarak nitelendirilemeyeceğini de belirtmiştir. Bunlara birlikte insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamelelerin neler olabileceğini örnek kabilinden saymıştır. Bunlar; "Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayırımçı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarfedilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme"¹³³ şeklindedir.

¹²⁹AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014, par. 85.

¹³⁰AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014, par. 88.

¹³¹AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014, par. 89.

¹³² AYM, Başvuru No: 2012/969, K.T. 18.09.2013, par. 22.

¹³³AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014, par. 90.

B. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Asgari Eşiği

Yukarıda da belirtildiği üzere AYM kararlarında AİHM kararlarında da olduğu gibi kötü muamele türleri arasında bir yoğunluk farkının olduğu kabul edilmiştir. Bu minvalde işkence yasağını ve diğer kötü muamele türlerinin kapsamını değerlendirmiştir. Ancak AYM bu kararları verirken mağdurlara ve olaylara ait muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, mağdurun veya failin statüsü veya konumu gibi farklı bileşenleri dikkate aldığı için asgari eşik açısından kesin belirlemelerin yapılması iyece zorlaşmaktadır.

AYM, askeri ceza infaz kurumunda uygulanan kötü muameleler sonucunda ölüm olayının meydana gelmesini¹³⁴, bir kişinin aralarında resmi bir birlikelik olmaksızın birlikte yaşadığı kişi tarafından hakarete uğramasını, tehdit edilmesini, cinsel amaçla kişi hürriyetinden yoksun bırakılmasını, nitelikli cinsel istismara uğramasını ve kasten yaralanmasını ve bu olaylar için etkin soruşturma yürütülmemesini¹³⁵, hava harp okulunda eğitim gören öğrencilerin okuldan ayrılmasını sağlamak için diğer öğrenciler tarafından sistematik olarak onur kırıcı davranışlarına maruz kalması usul açısından¹³⁶, gözaltına alınmış olan kişinin vücudunda sorgu esnasında memurlar tarafından darp edilmesine bağlı olarak çok ağır yara bere olarak nitelendirilemeyecek şekilde şişlik, kızartı, morartılara rastlanmasını¹³⁷ işkence olarak değerlendirmiştir.

Yukarıda AYM'nin işkence hakkında verdiği kararlar, AİHM ölçülerine göre değerlendirilecek olursa ilk iki olayın AİHM ölçülerine uygun olduğu söylenebilir. Çünkü olayın birinde ölüm olayı meydana gelecek şekilde ağır muamelelere maruz kalınma durumu söz konusuysen diğer olayda taciz, tecavüz olayı mevcuttur. AİHM tecavüz olayını tek başına işkence olarak değerlendirmektedir¹³⁸. Askeri okullarda darp olayı olmaksızın akran zorbalığına maruz kalınmasının ve gözaltında ağır bedensel bir darp olmamasına rağmen işkence olarak kabul edilmesi, AİHM ölçülerine uyum sağlamamakla¹³⁹ birlikte insan haklarının korunması açısından önemli bir gelişmedir. Ancak bu durumun insan haklarının gelişimine katkı sağlamak amacıyla değil; karar aşamasında kötü muamele türleri arasındaki acı ve ıstırap yoğunluğunun farkına dikkat edilmediği için oluşturulduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu kararlara göre daha yeni tarihli bir kararda AYM, gözaltındaki bir kişinin sorgu esnasında kemiğinin kırılmasını işkence değil; eziyet olarak nitelendirilmiştir¹⁴⁰. Bu durumda AYM'nin işkence yasağı açısından asgari eşiğinin belirlenmesi pek mümkün görünmemektedir.

AYM'nin eziyet olarak değerlendirdiği muamelelerin asgari eşiğini belirlemek amacıyla şimdiye kadar eziyet yasağı hakkında verdiği kararlar incelenecek olursa;

Gösteri ve toplantı yürüyüşünün yapıldığı esnada ortamda kargaşa çıkarmak amacıyla hareket etmediği belli olan başvuruçunun, gerekli önlemler alınmadan, kontrolsüz şekilde kullanılan gaz

¹³⁴AYM, Başvuru No: 2015/4450, K.T. 10.10.2019.

¹³⁵AYM, Başvuru No: 2013/3262, K.T. 11.05.2016.

¹³⁶ AYM, Başvuru No: 2014/187, K.T. 23.03.2017; Benzer konulu bir başka AYM kararı ancak bu kararda AYM, söz konusu muamelenin kötü muamele yasağını ihlal ettiğın kabul etmekle birlikte işkence olduğunu özellikle belirtmemiştir. Bkz. AYM, 2014/5280, K.T. 24.05.2018

¹³⁷ AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014.

¹³⁸ AİHM, Aydın/Türkiye, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.09.1997.

¹³⁹ AİHM'e göre aşağılayıcı ve onur kırıcı muameleler, darp olayı ile birleşince işkence olarak kabul edilmektedir. Ayrıca AİHM, önemli olmayan, vücutta iz ya da kırık oluşumunun olmadığı darp olayları insanlık dışı muamele olarak değerlendirmektedir. Konuya ilişkin AİHM kararları için Bkz. AİHM, Tuncer Durmuş/Türkiye, Başvuru No: 30494/96, K.T. 02.11.2004; AİHM, Sunal/Türkiye, Başvuru No: 43918/98, K.T. 25.01.2005; AİHM, Biyan/Türkiye, Başvuru No: 56363/00, K.T. 03.03.2005; AİHM, Gültekin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 52941/99, K.T. 31.05.2005.

¹⁴⁰ AYM, Başvuru No: 2019/19503, K.T. 11.05.2023.

fişeginden dolayı başına yara alması¹⁴¹, müşahede odasında bir tutuklunun ayaklarının ve ellerinin arkadan 6 saat kelepçelenmiş bekletilmesi¹⁴², bir hükümlünün ceza infaz memurlarınca darp edilmesi, süngerli bir odada ellerine ve ayaklarına ters kelepçe takılı bir şekilde bir bekletilmesi ve çoklu ilaç zehirlenmesi yoluyla ölümü¹⁴³, zorunlu askerlik hizmeti esnasında, üstün bir askere ellerini kalorifer peteğine kelepçeleyerek fiziksel şiddet uygulaması ve bu muamele sonucunda askerin dalağının ameliyatla alınması¹⁴⁴, sakalın zorla kestirilmesi¹⁴⁵ AYM tarafından eziyet olarak kabul edilmiştir.

AYM'nin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muamele ve ceza olarak kabul ettiği muameleler hakkındaki kararları incelenecek olursa;

Bir hava operasyonunun gerçekleştirildiği sırada bombalama neticesi sonunda köydeki tüm yerleşim birimleri yıkılmış ve sayıda ölü ve yaralı bulunmuştur. Olay anında köyde bulunanların, yaralananların ve yakınlarının ölümüne şahit olanların, yaşanan olaydan ötürü panik ortamına maruz kalmaları, yakınlarının kötü bir şekilde ölümünü görmeleri, cesetleri, yetkililerden yardım almadan komşu köylere taşıyıp gömmeleri, yaşadıkları yeri terk etmek zorunda kalmaları ve olaya dair soruşturma yürütülememesi sebebiyle yaşanan stres ve üzüntü¹⁴⁶, gösteri yürüyüşü esnasında polislerin oransız müdahalesine bağlı olarak ortaya çıkan yaralanmalar¹⁴⁷, gözaltında başvuruçunun parmak izinin alınmasına rıza göstermemesi sebebiyle kaburga kemiği kırılana kadar dövülmesi¹⁴⁸, özel işyerinde bir polis memurunun şahsi işi halledilmediği için vatandaşa, çocuklarının ve yeğenlerinin yanında küfredilmesi, ters kelepçelenerek yere yatırılması ve darp edilmesi¹⁴⁹, başvuruçunun rahatsızlığına uygun olmayan cezaevi koşullarında tutulması¹⁵⁰, çıplak arama yapılması¹⁵¹ AYM tarafından insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muamele olarak kabul edilmiştir.

AYM'nin işkence ve kötü muamele yasağı hakkındaki bazı kararları göz önünde bulundurulduğunda; işkence, eziyet ve insanlık haysiyeti ile bağdaşmayan muameleleri her bir kötü muamele türünü ayrı ayrı belirtmek yerine bu muameleleri "kötü muamele yasağı" başlığı altında topladığı görülmektedir. Bu durum da AYM'nin "kötü muamele" başlığı altında topladığı muameleleri ya da "kötü muamele" olarak kabul etmediği muameleleri göz önünde bulundurarak AYM'nin en azından genel olarak neleri kötü muamele olarak kabul ettiğinin ya da etmediğinin belirlemesini yapmada bizlere yardımcı olacaktır.

Buna göre polisler, gösteri yürüyüşüne katılmış olan kişilerin kilit pozisyonu dağıtmak için göstericilerin el ve kollarından tutarak çekip, taşıma işlemlerini gerçekleştirmişlerdir. AYM ise sözlü

¹⁴¹AYM, Başvuru No: 2016/9422, K.T. 13.03.2020; benzer yönde AYM kararları için AYM, Başvuru No: 2015/12263, K.T. 16.01.2020; AYM, Başvuru No: 2014/6220, K.T. 18.07.2019.

¹⁴²AYM, Başvuru No: 2014/12302, K.T. 21.9.2017.

¹⁴³AYM, Başvuru No:2014/16947, K.T. 22.02.2018.

¹⁴⁴ AYM, Başvuru No: 2020/1329, K.T. 10.05.2023.

¹⁴⁵ AYM, Başvuru No: 2013/3017, K.T. 16.12.2015.

¹⁴⁶AYM, Başvuru No: 2014/14048, K.T. 10.06.2020; Olaya ve karara referans alınan AİHM kararı için Bkz. AİHM, Benzer ve Diğerleri/Türkiye, K.T. 12.11.2013.

¹⁴⁷AYM, Başvuru No: 2014/5097, K.T. 28.09.2016.

¹⁴⁸AYM, Başvuru No: 2018/2652, K.T. 13.01.2022; AYM başka bir kemik kırılması olayını doğrudan kötü muamele yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2020/9979, K.T. 9.2.2023.

¹⁴⁹AYM, Başvuru No: 2019/7312, K.T. 03.02.2022.

¹⁵⁰ AYM, Başvur No: 2012/1195, K.T. 18.11.2015.

¹⁵¹ AYM, Başvuru No: 2013/3187, K.T. 14.04.2016; AYM, çıplak aramanın çocuk hükümlüler dâhil olmak üzere diğer hükümlülükler açısından tek başına kötü muamele yasağının ihlali olarak değerlendirmedeği başka bir kararı için ayrıca Bkz. AYM, Başvuru No: 2014/15586, K.T. 23.01.2019; çocuk hükümlüler için çıplak aramada dikkat edilmesi gereken hususlar için aynı kararın 140. paragrafına bakınız.

uyarının bir üst seviyesi olarak kabul görebilecek çekme ve taşıma işlemlerini kötü muamele olarak değerlendirmemiştir¹⁵². Bir başka başvuruda AYM, tedavisi cezaevinde devam edebilecek bir hükümlünün, rahatsızlığını ileri sürerek kendisine kötü muamelede bulunduğu iddiasıyla ilgili ihlalin olmadığına karar vermiştir. AYM'nin bu kararına göre ciddi bir rahatsızlığı söz konusu olmadığı ya da rahatsızlığına ilişkin tedavi aksatılmadığı sürece gözaltında ya da cezaevinde tutulmak bir kötü muamele örneği oluşturmayacaktır¹⁵³. Aynı şekilde AYM tarafından hamilelik bir rahatsızlıkmiş gibi kabul edilmiş ve bir kimsenin hamile olması, onun gözaltına alınmasına engel bir durum olarak değerlendirilmemiştir¹⁵⁴. Başka bir ifadeyle AYM'ye göre hamile bir kimsenin gözaltına alınması, doğrudan kötü muamele yasağını ihlal eden bir uygulama değildir. Bununla birlikte çıplak üst araması AİHM'de aşağılayıcı muamele olarak kabul edilmişken¹⁵⁵ AYM tarafından herhangi bir kötü muamele uygulaması olarak değerlendirilmemiştir¹⁵⁶.

Görüldüğü üzere AYM, doğrudan iz bırakmayan ya da herhangi bir kırığa sebep olmayan ve kamu düzeninin sağlanması adına zorunlu olan fiziki müdahaleleri kötü muamele olarak kabul etmemiştir. Bununla birlikte AYM, hapis cezası alan ya da gözaltında olan kişilerin hastalıklarını kullanarak kötü muamele yasağını bir çıkış kapısı olarak kullanmalarına izin vermemiştir. Bu bağlamda hastalığın niteliğini ve tedavi imkânlarını değerlendirerek bir sonuca varmayı tercih etmiştir.

SONUÇ

İşkence ve kötü muamele yasağı, AİHS'nin 3. maddesinde, Anayasa'nın ise 17. maddesinde düzenlenmektedir. Her iki düzenlemeye ilişkin olarak incelenen mahkeme kararlarına göre kötü muamele türleri arasında bir derecelendirme mevcuttur. Bu derecelendirme, kötü muamele uygulanma süresi, koşulları, mağdurun cinsiyeti yaşı ve sağlığına bağlı olarak çektiği acı ve ıstırapın yoğunluğuna göre yapılmaktadır. Buna göre işkence en ağır, insanlık dışı muamele ya da eziyet orta ağırlıkta, aşağılayıcı muamele ya da insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ise en hafif kötü muamele olarak değerlendirilmektedir. Asgari eşik ise bu kötü muamelelerin varlığını tespit için kullanılan ölçüdür. Bu ölçüde yukarıda derecelendirme dikkate alınan unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır ve her kötü muamele türü için ayrı bir asgari eşik belirlenmesi yapılmaktadır.

İnsan haklarının ihlal edildiğine ilişkin başvuruları inceleyen AİHM ve AYM kötü muamele türleri arasında acı ve ıstırap yoğunluğuna bağlı olarak bir derecelendirme olduğunu kabul etmekle birlikte asgari eşik ölçütünün içeriğini farklı şekillerde doldurmuşlardır. Bu noktada AİHM, içtihatlarında AİHS'in yaşayan belge olma niteliğine bağlı olarak zaman içinde benimsemiş olduğu ölçütlerde değişikliklere gitmekle birlikte genel itibari ile her kötü muamele türü için asgari bir eşik belirlemiştir ve buna uygun istikrarlı kararlar vermiştir. AİHM, asgari eşik aralığı için işkence görenin özelliklerine göre her olay bağlamında farklı muamele türünün olabileceğini kabul etmekle birlikte genellikle belirli kalıp olayları istikrarlı bir şekilde işkence, insanlık dışı muamele ya da aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir. Bunun sebebinin ise genellikle işkenceler farklı ülkelerde gerçekleştirilse bile benzer yöntemlerin işkence olarak kullanılması ve bu yöntemler her ne kadar farklı insanlar üzerinde farklı yoğunlukta acılara sebep olacağı kabul edilse bile bir nokta eşiklerinin birbirine yakın olması olabilir.

Yukarıda açıklananların ışığında AİHM'in işkence için belirlediği asgari eşik, vücudun dayanma

¹⁵² AYM, Başvuru No:2013/3936, K.T. 17.02.2016; Anı şekilde polislerin kamu düzenini sağlamak adına plastik mermi kullanması ve merminin başvurucuya isabet etmesi bir kötü muamele olarak değerlendirilmemiştir Bkz AYM, Başvuru No: 2016/176, K.T. 02.06.2020.

¹⁵³ AYM, Başvuru No: 2019/14028, K.T. 18.01.2019.

¹⁵⁴ AYM, Başvuru No: 2017/36555, K.T. 10.02.2021.

¹⁵⁵ AİHM, Valasians/Litvanya, Başvuru No: 44558/98, K.T. 24.07.2001.

¹⁵⁶ AYM, Başvuru No:2014/15586, K.T. 23.01.2019.

seviyesini zorlayan hatta sonucunda ölümün meydana geldiği muamelelerdir. İçtihatlarla yansıdığı kadarıyla bu muamelelerin görünümü ise falaka, Filistin askısı, vücuda elektrik verilmesi, tecavüz, vücuda herhangi madde sokulması, vücutta kırık oluşacak şekilde darptır. AİHM kararlarına göre bir muamelenin işkence olarak kabul edilebilmesi için neredeyse öncelikli şartının (kararlarda böyle bir şarta rastlanmamasına rağmen) yoğun bir acıya sebep olan fiziksel muamele olduğu söylenebilir. Çünkü AİHM'in mağdura fiziksel bir müdahale olmaksızın işkence olarak kabul ettiği muameleler nadirdir. AİHM, işkencede olduğu gibi insanlık dışı muamele için bir eşik ölçüsü belirlemekten ziyade kalıp bazı muameleleri insanlık dışı muamele olarak kabul etmiştir. Buna göre kayıp kişilerin özel unsurlar eşliğinde gerçekleşen ölümlerinden dolayı mağdur yakınlarının duyduğu ıstıraplar, gözaltında bulunan kişilere işkence düzeyine varmayan, vücudunda kalıcı hasar bırakmayan yaralanmalar, sınır dışı edildiğinde kötü muameleden herhangi birine maruz kalacağı açık olan durumlar, genellikle AİHM tarafından insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir. AİHM, aşağılayıcı muamelede işkence ve insanlık dışı muamele için belirlediği asgari eşik ölçüsünün türünü değiştirmiştir. AİHM işkence ve insanlık dışı muamele için ağırlıklı olarak bedensel bütünlüğe zarar veren ve acı çektiren muameleleri asgari eşik belirlemede esas alırken; aşağılayıcı muamelede duygusal bir durum olan küçük düşme ve aşağılanma durumunu dikkate almıştır. Bu sebeple küçük düşme aşağılanmaya sebep olan fiziksel müdahale ya da sözlü kötü muameleleri aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir.

AYM'nin işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında vermiş olduğu kararlar incelendiğinde ise kötü muamele türleri arasında bir derecelendirme olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Ancak olayda farklı bileşenlere bağlı olarak benzer ya da aynı konulu, farklı başvuruların, farklı muamele türlerini ihlal ettiğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Bununla birlikte verilmiş olan kararların tarihleri dikkate alındığında ise bir içtihat değişikliğinin söz konusu olamayacağı kadar kısa süreler olduğu görülmektedir. Bu durum ise AYM'nin işkence ve diğer kötü muamele türlerinin asgari eşik dikkate almaması ihtimalini düşündürmekle birlikte kanaatimiz asıl bu duruma sebep olanın her somut olayda farklı bileşenlerin sürece dahil olmasıyla ilgili olduğu yönündedir.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

Altıparmak, Kerem. "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?" *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 1/ C.31, Y.2015, ss. 145-184.

Anayurt, Ömer. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2/ C.12, Y.2008, ss. 421-459.

Boyar, Oya. "İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2013, ss. 137-157.

Bozbayındır, Ali Emrah. "İşkence ve Muamele Yasağının Yatay Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 145 C.13, Y.2018, ss. 45-60.

Çağırın, Mehmet Emin. *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

- Dinç, Güney. *Sorularla İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006.
- Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1994.
- Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayınları, İstanbul, 2006.
- Doğru, Osman/ Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar I. Cilt*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2012.
- Forowicz, Magdalena. *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006.
- Gentili, Gianluca. “European Court of Human Rights: An absolute ban on deportation of foreign citizens to countries where torture or ill-treatment is a genuine risk”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 2, 2010, ss. 311-322.
- Grans, Lisa, “.The State Obligation to Prevent Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: The Case of Honour-Related Violence”, *Human Rights Law Review*, Vol. 15, No. 4, 2015, ss. 695-719.
- Greer, Steven, “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law? A Reply to Graffin and Mavronicola”, *Human Rights Law Review*, Vol. 18, No. 2, 2018, ss. 297-307.
- Harris, David J., Michael O’Boyle, Ed P. Bates ve Carla M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- Harris, David J., Michael O’Boyle, Ed P. Bates ve Carla M. Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku- Harris, O’Boyle&Warbrick*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2022.
- Köksal, Tuğçe Duygu. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2019.
- Kuzguncu, Kübra. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence Yasağı ve Yasağın Türkiye’de Uygulanması”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Mavronicola, Natasa. “Is the Prohibition Against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Absolute in International Human Rights Law? A Reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, Vol. 17, No: 3, 2017, ss. 479-498.
- Mutaf, Hasan, “Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincilik İlkesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S.1 C. 21, Y. 2020, ss. 237-279.
- Nal, Sebahattin. “Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 1-2 C.19, Y.1999, ss. 529-554.
- Nal, Sebahattin. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 C. 15, Y. 2007, ss. 145-184.
- Nowak, Manfred. “Challenges To The Absolute Nature Of The Prohibition Of Torture And Ill-

Treatment”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23, no: 4, 2005, ss. 674-688.

Önok, R. Murat. *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Özbey, Özcan. *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004.

Reidy, Aisling. *İşkencenin Yasaklanması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 92, Ankara, 2005.

Scott, George Ryley. *İşkencenin Tarihi*, Dost Kitapevi, Ankara, 2011.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rıfat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, 2001.

Vermeulen, Marthe Lot. “Living Beyond Death’: Torture Or Other Ill-Treatment Claims In Enforced Disappearances Cases”, *Inter-American And European Human Rights Journal*, 1(2), 2008.

Yıldız, Abdulkadir. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Türk Mahkeme Kararları Kaynakçası*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2019.

Yılmaz, Enes/ Eray Acar. “Uluslararası Belgelerde Eziyet Yasağı ve Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağını Ele Alışı”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Özel Sayı/ Cilt: 21, 2019, ss. 1375-1409.