

Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?

Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

İşkence ve kötü muameleye tabi olmama ve bu nitelikte cezaya çarptırılmama hakkı, uluslararası hukukta mutlak olarak yasaklanan, savaş hali dahil olmak üzere hiçbir istisnası olmayan bir haktır.¹ İşkence yasağının bu mutlak niteliği, insanın onuruna ve kişiliğine karşı en ağır saldırı olarak kabul edilen bu nitelikteki eylemlerin², uluslararası hukukta buyruk emirle (*jus cogens*) yasaklanmasına da neden olmuştur.³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da benzer bir şekilde bu hakkın istisnası olamayacağını düzenlemektedir.⁴ Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasına göre savaş, seferberlik ve sıkıyönetim halleri de dahil olmak üzere kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz.

-
- 1 İşkence ve kötü muamele, hem evrensel hem de bölgesel insan hakları sözleşmelerinde mutlak olarak yasaklanmıştır. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, md. 7, 4 (2); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), md. 3 ve 15 (2); Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi md. 5 (2) ve 27 (2); İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (İKS), md. 2. İnsancıl hukukta da işkence yasaklanmıştır. Harp Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi III), md. 17; Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi IV), md. 31. Her iki Sözleşme açısından da işkence, Sözleşme'nin ağır ihlaline vücut verir (*grave violation*). C III, md. 130 ve C IV, md. 147. Ortak 3. madde tüm çatışma türleri için işkence ve kötü muameleyi yasaklamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın belirttiği gibi bu hüküm aynı zamanda teamül kuralı haline gelmiştir. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), 1986 ICJ 14, para. 218-20.
 - 2 M. Nowak (2005), *Challenges to the Absolute Nature of the Prohibition of Torture and Ill-Treatment*, 23 Neth. Q. Hum. Rts 674.
 - 3 Ould Dah/Fransa, No. 13113/03, 17.3.2009; Kemal Kahraman/Turkey, No. 39857/03, 22.7.2008, para. 18; *Prosecutor v. Anto Furundzija* (judgment of 10 December 1998 (IT-95-17/1-T)), para. 153-156; *Prosecutor v. Mucic and Others* (16 November 1998, IT-96-21-T, para. 454.
 - 4 *Jus cogens* niteliğın ulusal hukuk üzerindeki etkisi hakkında bkz. Erika de Wet (2004), "The Prohibition of Torture as an International Norms of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law", 15 EJIL 97.

Ne var ki, hem uluslararası hem de ulusal hukukta kategorik olarak yasaklanan işkence ve kötü muamele eylemleri, aynı zamanda insan hakları hukukunun en tartışmalı alanlarından biridir. Bu tartışma, kısmen pratikle mutlak yasağın arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır.⁵ Kısmense işkence ve diğer kötü muamele tiplerine ilişkin tartışmalardan türemektedir. İşkence ve diğer kötü muamele tipleri mutlak bir şekilde yasaktır ama hangi davranışın işkence, hangi davranışın insanlık dışı muamele hangisinin aşağılayıcı muamele olduğu konusunda bir fikir birliği yoktur.⁶ *Jus cogens* niteliğine bağlı olarak hiçbir devlet işkenceye müsaade ettiğini, işkenceyi hoş gördüğünü söylememekte ve işkenceyi kabul etmemektedir. Ancak hem devletlerin “*ağır acı ve ıstırap*”tan ne anladığı hem de bir devletin siyasi şiddetle karşılaştığı zaman işkence ve diğer kötü muamele tiplerine ilişkin koyduğu eşik farklılaşabilmektedir.⁷ Bir başka deyişle, kural mutlak olmakla birlikte sınırları öylesine muğlaktır ki; aslında işkence yasağının gizli istisnalarının bazen nitelikli haklardan daha fazla olduğunu iddia etmek bile mümkündür.⁸ Aynı kelimeler, farklı coğrafyalarda ve farklı zaman birimlerinde bambaşka anlamlar kazanabilmektedir.

Bireysel başvuru sürecinde önüne gelen şikâyetler, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) de işkence ve kötü muameleye ilişkin bu evrensel tartışmadan kurtulamayacağını göstermektedir. AYM de tüm insan hakları karar mekanizmaları gibi bu karmaşık hukuksal sorulara cevap vermek

-
- 5 Nowak, Dünyadaki ülkelerin %90'ından fazlasında işkenceye başvurulduğunu, %50'sinden fazlasında ise bunun yaygın nitelikte olduğunu not etmektedir. Nowak (2012), “What’s in a name? The prohibitions on torture and ill treatment today”, Gearty and Douzinas (eds), *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, 307.
- 6 Konu o kadar belirsizdir ki; aynı hukuk sistemi içerisinde çok kısa süre içerisinde ciddi tanımlama farklılıkları ortaya çıkmaktadır. ABD’de Başkanlık makamı için hazırlanan iki not arasındaki fark kavrama ilişkin belirsizliği ortaya koymak açısından dikkat çekicidir. Biri 2002, biri 2004’te hazırlanan ve İKS’yi dikkate aldığı belirten iki metin, işkence kavramını farklı yorumlamaktadır. Bkz. (2002) “Standards for Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. 2340-2340A” ve (2004) “Definition of Torture Under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A”. Obama’nın Başkanlık döneminde ise Bush döneminde uygulanan “ileri soruşturma teknikleri” açıkça işkence olarak tanımlanmıştır. Bkz. *New York Times*, 3.11.2007.
- 7 Zaman ve mekana yönelik bu farklılaşma örnekleri için bkz. Michael W. Lewis (2010), “A Dark Descent into Reality: Making the Case for an Objective Definition of Torture”, 67 *Wash. Lee L. Rev.* 77.
- 8 Bu konudaki çok geniş literatüre ve tartışmaya ulaşmak için şu çalışmaya bakılabilir: Steven Greer (2015), “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law?”, 15 *Human Rights Law Review* 101.

zorundadır. Neyin işkence, neyin eziyet, neyin haysiyet kırıcı muamele olduğu; her bir yasak davranışın giriş eşiğinin ne olduğu sorusu AYM'yi de zorlayacaktır. Bu yazıda incelenecek kararların göstereceği gibi, AYM'nin şu ana kadarki içtihadı, her ne kadar şimdilik maddi olaylarda çok vahim sonuçlar doğurmadıysa da AYM'nin ilkesel olarak işkence yasağı konusunda çok iyi bir açılım sunmadığını göstermektedir.

Bu yazıda AYM'nin bu ilginç soruna hangi hukuksal normları ve yorum araçlarını kullanarak cevap vermeye çalıştığını tartışacağız. Bunu anlayabilmek için öncelikle AYM'nin kullandığı kavramsal ve normatif çerçeveye bakacağız (I). Daha sonrasında ise Mahkeme'nin kararlarından çıkan bulguları sırasıyla inceleyeceğiz. Önce AYM'nin teorik yaklaşımını analiz edip (II ve III), daha sonra bu çerçevenin somut olaylardaki uygulamasına bakacağız (IV, V ve VI). Bu bölümlerin sonunda saptanacağı üzere bu bulgular, AYM'nin gelecekte keyfi kararlar vermesinin yolunu açma potansiyeli taşıdığı için son bölümde alternatif bir yorum yolu önereceğiz (VII).

I. İşkence ve Kötü Muamele: Kavramsal ve Normatif Çerçeve

AYM, bireysel başvuru incelemelerinde, olaya uygulanacak normun saptanmasında iki aşamalı bir yol takip etmektedir. Birinci aşamada, başvurunun hem Anayasa hem de AİHS kapsamında olup olmadığına bakmakta, eğer minimum kesişim kümesine girmiyorsa başvuruyu kabul edilemez bulmaktadır.⁹ Bu tutum bugüne kadar hep Anayasa'da yer alıp Sözleşme'de veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında yer almayan hakların inceleme dışı kalması şeklinde bir sonuç doğurmuştur.¹⁰ İkinci aşamada, yani esas incelemesinde, Anayasa'ya göre yapılmakta, AİHS ve AİHM içtihadı ise bu normun aydınlatılması için kullanılmaktadır. Bununla birlikte, pratikte AYM'nin bu ikinci aşamada yer yer doğrudan AİHS

9 Bu uygulamanın tipik örneği Sebahat Tuncel kararında görülebilir. Bu kararda, AYM Türkiye AİHS'e Ek 4. Protokole taraf olmadığı için Anayasa'nın 23. maddesinde korunan seyahat özgürlüğüne ilişkin inceleme yapmamıştır. AYM, B. No. 2012/1051, 20/2/2014, para. 44-55. AYM, çalışma ve sözleşme hürriyeti açısından da konu AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenmediği için aynı sonuca ulaşmaktadır. *Nesrin Kılıç*, AYM, B. No. 2013/772, 7/11/2013, para. 36-44.

10 Konuya ilişkin eleştirel bir değerlendirme için bkz. Tolga Şirin (2015), Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildiri.pdf, 37-41.

içtihadını referans aldığı görülebilmektedir.¹¹ Bu yollamaların, iptal/itiraz denetimlerindeki destek ölçü norm kullanımından daha güçlü bir şekilde yapıldığı açıktır. Mahkemenin büyük ölçüde AİHS'e uyumlu yorum yolunu takip etmeyi tercih ettiğini söylemek yanlış olmamakla birlikte, bazı istisnalar bulunsa da, genelde esasa ilişkin kararlarda AİHM'in tanıdığından fazlasını tanımamak yönünde bir eğilimin olduğu belirtilebilir.¹²

AYM tarafından geliştirilen bu ikili inceleme metodolojisinin ilginç sonuçlarından biri, işkence ve diğer kötü muamele tiplerinin nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa ve Sözleşme metni işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin birbirinden farklı bir kavram seti sunmaktadır. Bu durumda, öncelikle her iki metnin kesişim kümesi tespit edilmelidir ki, esasa ilişkin inceleme yapılabilsin. Ne var ki; daha önce başka bir vesileyle açıklamaya çalıştığımız gibi¹³ birçok durumda konu bakımından kapsamın belirlenmesi aynı zamanda esasa ilişkin verilecek kararı da belirlemek anlamına gelmektedir. Gerçekten de bir davranışın işkence mi, onur kırıcı muamele mi, aşağılayıcı muamele mi, eziyet mi olduğu ancak maddi unsurlar incelendikten sonra kestirilebilir. Bu nedenle, AYM'nin işkence ve kötü muamele başvurularında konu bakımından iki aşamalı inceleme yapmasının çok bir anlamı ve imkânı yoktur. Konu bakımında inceleme zorunlu olarak hem kabul edilebilirliğe hem esasa, yani bütüne ilişkin olarak yapılacaktır.

Anayasa'nın işkence yasağını düzenleyen hükmü şu şekildedir:

"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." (md. 17/3)

Konuya ilişkin AİHS hükmü ise daha kısadır:

"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." (md. 3)

Her iki metinde *işkence* terimi aynı olmakla birlikte; Anayasa diğer kötü muamele tipleri olarak *eziyet* ve *insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya*

11 Örneğin Youtube ve Diğerleri kararında, AYM'nin ihlal bulgusunun ana dayanağını AİHM'in aynı yasa hükmünü değerlendirdiği Ahmet Yıldırım/Türkiye kararı oluşturmaktadır. Bkz. B. No. 2014/4705, 29/5/2014, para. 59-64.

12 Bu kısıtlayıcı yaklaşımın işkence, kötü muamele açısından somut örneklerini aşağıda tartışacağız.

13 K. Altıparmak (2014), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-Yorum Yöntemleri, Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, (Ankara: AYM Yayınları), 435 vd.

muamele kavramlarını kullanırken, AİHS insanlık dışı ve aşağılayıcı *muamele* kavramlarını kullanmaktadır. Aşağıda görüleceği gibi AYM bu iki farklı üçlemeyi bir şekilde eşleştirmeye çalışmaktadır. Ne var ki, bu eşleştirme yapılırken aralarında benzerlik olup olmadığı, kapsamlarının daha geniş olup olmadığı gibi bir tartışmaya girilmemekte, sadece kurallar aynen tekrar edilmektedir.

Her iki hüküm de işkence veya diğer kötü *muamele* tiplerinin bir tanımını vermiş değildir. Her ne kadar Anayasa, bireysel başvuruda uygulanacak norm olarak sadece Anayasa ve AİHS'i saymışsa da ulusal hukukta işkence yasağını düzenleyen hükümler bununla sınırlı değildir. Bir insan hakları sözleşmesi olan ve usulüne göre yürürlüğe girdiği için kanun hükmünde olan İKS, işkencenin tanımını vermektedir. Bu tanımın, teamül hukuku haline gelip gelmediğine ve evrensel kabul gören bir tanım olup olmadığına ilişkin tartışmalar olsa da,¹⁴ Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri dikkate alındığında bu tanıma aykırı bir davranışın ve/veya kuralın hukuki koruma görmeyeceği açıktır. İKS'nin 1. maddesinin 1. fıkrası işkenceyi şu şekilde tanımlamaktadır:

“Bu Sözleşmenin amaçları bakımından “işkence” terimi, bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden ya da üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak; ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırma gibi amaçlarla; ya da ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel gerekse manevi ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylemdir. Bu, hukuka uygun yaptırımların sadece

14 İKS tanımının bir teamül kuralı haline gelip gelmediği konusunda uluslararası ceza mahkemelerinin çelişkili kararları mevcuttur. Teamül kuralı olduğunu ileri süren karar örnekleri: *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo*, Case No. IT-96-21-T, 16 .11. 1998 (Celebici), para. 459; *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, 10.12. 1998 (Furundzija Trial Judgment), para. 160. Hükümün uluslararası ceza hukuku açısından sadece rehber niteliğinde olduğunu belirten kararlar da mevcuttur. Örn. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22.2. 2001 (Kunarac Trial Judgment), para. 482. Temyiz Dairesi, İKS'nin sadece insan hakları hukuku açısından teamül kuralı haline geldiğini belirterek, işkence açısından her iki hukuk rejiminin farklılaşmasının zorunlu olduğunu saptamıştır. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12.6.2002, (Kunarac Appeal Judgment), para. 145 vd.

uygulanmasından doğan, bu yaptırımların kendisinde var olan yahut arızı biçimde oluşan acı ve ıstırabı içermez."¹⁵

Nihayet, yukarıda da belirtildiği gibi işkence bir suç olarak insan hakları hukukunun yanı sıra olarak ceza hukukunda da düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu, işkence suçunu İKS'den farklı ama onunla uyumlu bir şekilde tanımlamıştır. TCK'deki işkence suçu tanımı, kapsam bakımından İKS'den daha geniş olduğu için uluslararası hukuka uygundur:

"İşkence

Madde 94- (1) *Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."*

Anayasa'daki terminolojiye paralel olarak TCK'nin 96. maddesi de eziyet suçunu düzenlemektedir. Hükme göre *"Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."* Ne var ki, aşağıda görüleceği gibi AYM'ye göre TCK'deki *"eziyet"* suçu ile Anayasa'daki *"eziyet"* kavramı birbirinden farklıdır.¹⁶

Bu farklı normlar ve normatif düzenlerle ilgili yorum, bizi AYM'nin 1. bulgusuna ulaştırmaktadır. Buna göre Anayasa 17. madde, AİHS 3. madde ile eşleştirilmeli ve bu maddelerdeki kavramlar ceza hukukundan bağımsız yorumlanmalıdır.

II. 1. Bulgu: Normatif Düzen Farkı

A. Ceza Hukuku v. İnsan Hakları Hukuku

İşkence ve kötü muamelenin tanımlanmasında bir sorun norm alanının belirlenmesi ise en az o kadar sıkıntılı bir başka konu da hangi normatif düzenin seçileceğidir. İşkenceyi ve kötü muameleyi tanımlamayı ve birbirinden ayırmayı daha da içinden çıkılmaz hale getiren husus, konunun

15 Sözleşmenin resmi çevirisi özgün anlamını vermediği için M. Semih Gemalmaz tarafından yapılan serbest çeviri esas alınmıştır. Bu çeviri için bkz. M. Semih Gemalmaz (2004), İnsan Hakları Belgeleri, C. VI, (Boğaziçi: İstanbul), s. 69.

16 Bkz. aşağıda 274 no'lu not ve ilgili metin.

hem insan hakları hukukunda hem de ceza hukukunda düzenlenmesidir.¹⁷ İşkence ve diğer kötü muamele tipleri, insan hakları ihlali olarak devletin sorumluluğunu; suç olarak bireylerin cezai sorumluluğunu doğurabilir. Ancak bu iki kategorinin aynı tanımdan yola çıkılarak mı tespit edileceği ise belirsizdir.

Aynı hukuk sistemi içindeki bu hükümlerin hangileri, ne gerekçe ile uygulanmalıdır? Görüldüğü gibi İKS ve TCK'nin aksine Anayasa ve AİHS kavramların tanımını vermemektedir. Ne var ki, Anayasa'ya göre denetime ölçü olacak metinler AY ve AİHS'dir. Diğer normlar ancak bu metinlerin yorumlanmasında dikkate alınabilir. Bununla birlikte, AYM'nin normatif düzenler arasındaki farkı dikkate alarak, ceza hukuku tanımlarını bireysel başvuru incelemelerinde göz önüne almayacağı anlaşılmaktadır.

AYM'ye göre ceza mahkemesinin esas alacağı ceza sorumluluğuna ilişkin işkence ve diğer kötü muamele tipleriyle, AYM'nin esas alacağı, insan hakları sorumluluğuna ilişkin olan işkence ve diğer kötü muamele tipleri farklıdır:

*“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.”¹⁸*

Bu tespit birkaç açıdan ilginçtir. TCK'de yer alan işkence ve eziyet suçları ile Anayasa'daki kavramlar arasında nasıl bir bağ bulunduğu ve aynı kavramların neden farklı anlamlara geldiği açıklanmaya muhtaçtır. Özellikle eziyet suçu açısından bu kolaylıkla yapılabilirdi. Çünkü, TCK'deki eziyet suçu herkes tarafından işlenebilen, kamu görevlisinin katılması koşulu olmayan bir suçtur. Halbuki, Anayasa'da güvence altına alınan temel

17 Şüphesiz işkence/kötü muamele eylemleri bir haksız fiil olarak özel hukuku veya idarenin sorumluluğu kapsamında idare hukukunu da ilgilendirebilir. Ancak bu hukuksal düzenler için tanım önemli bir sorun olarak ortaya çıkmamaktadır.

18 AYM, B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 84; B. No.2013/6359, 10/12/2014, para. 64.

hak ve özgürlükler Devlet'e karşı korunan haklardır. AYM'nin üçlemeye aldığı hakaret suçunun konuyla ilgisini anlamak ise hiç mümkün değildir. Hakaret, kamu ajanları tarafından değil herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu suçun, insan onuruna yönelik olduğu da tartışmalıdır. Bizce böyle bir eşleştirme çabası tamamen gereksizdir ama illa "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele" kavramıyla bir eşleştirme yapılacaksa bunun TCK 256. maddedeki "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" suçu ile yapılması daha mantıklı olacaktır.

B. AİHM ve AYM

AYM, böyle zorlama bir eşleştirme ilişkisi yerine ceza hukukunda aranan unsurlarla, insan hakları hukukunda aranan unsurların farklılığına vurgu yapabiliirdi. AYM, her bir kavramın unsurlarındaki farklılıkları da tanımlayabiliirdi. İnsan hakları-ceza hukuku ayırımının tanımını AİHM de yakın tarihli 2. ve 3. madde kararlarında yapmıştır:

*"Mahkeme, bu itibarla, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiğinin öne sürüldüğü durumlarda özel bir hassasiyet göstermelidir (bkz. mutatis mutandis, Ribitsch v. Avusturya, 4 Aralık 1995, § 32, A serisi n° 336). İç yargı organları nezdinde ceza soruşturmaları yürütülürken, cezai sorumluluğun, Sözleşme gereğince devlete atfedilen sorumluluktan ayrı tutulduğunu göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Mahkeme'nin görevi, ikinci durumu incelemekten ibarettir. Sözleşme gereğince atfedilen sorumluluk, Sözleşme'nin konusu ile amacı doğrultusunda ve ilgili uluslararası hukukun her türlü kuralı ve ilkesi doğrultusunda yorumlanması gereken Sözleşme'nin hükümlerinden ileri gelmektedir. İç yargı organları tarafından değerlendirilen bireysel cezai sorumluluğa ilişkin iç hukuk sorunları ile devletin organları, memurları veya çalışanlarının eylemleri nedeniyle devlete verilen (yaşam hakkını koruma) sorumluluğunu birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Bu noktada, Mahkeme, ceza hukuku anlamında suçluluk ya da masumiyetle ilgili hususlarda karar verme hususunda yetkili değildir (Giuliani ve Gaggio v. İtalya [BD], n° 23458/02, § 182, 24 Mart 2011)."*¹⁹

Bu yaklaşımın, AYM açısından yol gösterici olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, AYM ve AİHM arasındaki önemli farklılıkları vurgulamak

¹⁹ Aydan/Türkiye, No. 16281/10, 12.3.2013, para. 71; Cülaz ve Diğerleri/Türkiye, No. 7524/06, 15.4.2014, para. 181.

gerekmektedir. AİHM'in yaptığı bu ayırım ulusal ceza hukukundaki işkence suçu ile Sözleşme'deki işkence tanımı arasında yapılan bir ayırım değildir. Ayırım sorumluluk dereceleri arasında yapılmıştır. AİHM, bireysel sorumluluğa değil Devlet sorumluluğuna karar verecektir. Bu nedenle, failin kim olduğunu, kast unsurunun bulunup bulunmadığını tartışmasına da gerek yoktur. İkinci olarak AİHM'in böyle bir tartışmaya girmesi şüphesiz nafile bir çaba olur. 47 üyeli bir uluslararası örgütte, birbirinden farklı işkence suçu tanımlarından²⁰ herhangi birinin seçilmesi mantıksız olacağı gibi AİHM'in özerk kavram yaklaşımına da aykırı olacaktır. Çünkü, ulusal ceza hukuklarındaki işkence ve diğer kötü muamele tanımları, AİHS'in normatif düzeninde bir anlam ifade etmemektedir. Örnek olsun; İsviçre Ceza Kanunu AİHS'in dikkate alacağı bir norm değil aslında vakanın bir parçasıdır. Oysa AYM ile TCK arasındaki ilişki böyle değildir. Anayasa'daki "işkence" kavramı da TCK'deki "işkence" kavramı da aynı normatif sistemin parçalarıdır. Eğer ikincisi birincisine aykırıysa zaten ikinciyi iptal etmek gerekir. Üçüncü olarak, her ne kadar Strazburg organlarının içtihadı uluslararası hukukta işkence ve diğer kötü muamele tiplerinin tanımlanmasında ve kapsamalarının tespitinde önemli bir rol oynamışsa da, AİHM tanım konusunda tamamen bağımsız hareket etmemekte ve İKS'nin 1. maddesini esas almaktadır. AYM'nin hangi yaklaşımı esas aldığı ise belirsizdir. Bu nedenle, AYM'nin insan hakları hukuku-ceza hukuku ayırımından ne anladığına daha yakından bakmak gerekir.

C. AYM'nin Yaklaşımı

AYM de AİHM gibi ceza hukuku ile insan hakları hukuku arasında bir ayırım yapmıştır. Ancak AYM'nin yaptığı ayırımdan benzer sonuçlar çıkmamaktadır. AYM AİHM gibi sadece sorumluluk dereceleri arasında ayırım yapmakla yetinmemiş, TCK'deki suçlarla Anayasa'daki kavramların farklı olduğu sonucuna da ulaşmıştır. Bu sonuca hangi gerekçeyle ulaştığı ise belirsizdir. AYM'nin, ceza hukuku sorumluluğu ile insan hakları sorumluluğunu ayırdığı kararlarda AİHM'in biraz önce alıntılıdığımız kararlarından esinlendiği açıktır. Gerçekten de AYM, AİHM'e çok benzer ifadelerle ayırımı şu şekilde tarif etmektedir:

20 Hatta işkence suçunun hiç düzenlenmediği Taraf Devletler de vardır. Örneğin bkz. Cestaro/İtalya, No. 6884/11, 7.4.2015.

“Bireysel başvurulara ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu rol ikincil nitelikte olup, bazı durumların ortaya koyduğu şartlar nedeniyle ilk derece mahkemesi rolünü üstlenmesinin kaçınılmaz olduğu hallerde çok dikkatli davranması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. McKerr/Birleşik Krallık, B. No: 28883/95, 4/4/2000). **Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında yapılan şikâyetlerin incelenmesinde böyle bir durumla karşılaşma riski bulunmaktadır.** Anılan maddede güvence altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı ihlali ile ilgili iddialarda bulunulduğu zaman, Anayasa Mahkemesi, bu konu hakkında tam bir inceleme yapmalıdır. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ribitsch/Avusturya, B. No: 18896/91, 4/12/1995, § 32). Ancak görülmekte olan bir **davadaki delilleri değerlendirmek kural olarak derece mahkemelerin işi olduğundan,** Anayasa Mahkemesinin görevi, bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Klaas/Almanya, B. No: 15473/89, 22/9/1993, § 29; Jasar/“Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti”, B. No: 69908/01, 15/2/2007, § 49). **Kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak derece mahkemelerinde dava görüldüğü zaman, ceza hukuku sorumluluğunun, Anayasa ve uluslararası hukuk sorumluluğundan ayrı tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesinin yetkisi, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmamaktadır** (Benzer AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen Tanlı/Türkiye, §§ 110 – 111). Diğer taraftan derece mahkemelerinin bulgularının Anayasa Mahkemesini bağlamamasına rağmen, normal şartlar altında bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptığı tespitlerden ayrılmak için de kuvvetli nedenlerin var olması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen Klaas/Almanya, § 30). ((2013/293, 17/7/2014, para. 96, 2013/6359, 10/12/2014, para. 76)“

Bu saptama yerinde olmakla birlikte, iki hususun birbirine karıştırılma riskini taşımaktadır. AYM tabii ki, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek delilleri değerlendirmeyecektir. Ancak olayın maddi olarak değerlendirilmesi bir şey, bu olaya uygulanacak normun ne olacağı, kapsamının ve sınırlarının nasıl saptanacağı ve nasıl yorumlanacağı ise başka bir şeydir. AYM, neden delilleri değerlendirme yükümlülüğünün derece mahkemelerinde olduğunu net olarak ortaya koymakta ama neden farklı bir normatif düzende karar vermesi gerektiğini açıklayamamaktadır.

İnsan hakları hukuku ile ceza hukukundaki işkence/kötü muamele düzenlemelerinde bazı temel farklılıklar mevcuttur.²¹ Bununla birlikte aradaki fark, sanıldığı kadar büyük değildir.²²İKS'nin 4. maddesi, Taraf Devletlere tüm işkence eylemlerini ceza kanununda suç olarak düzenleme ve uygun bir yaptırımla cezalandırma ödevini yüklemektedir. AİHM içtihadı da yasal düzenleme yapma ödevini somut olarak öngörmektedir. Bir ulusal yasa, uluslararası ölçütlere uygun bir şekilde işkence suçunu tanımlamıyorsa bu aynı zamanda uluslararası insan hakları hukukunun ihlalinin oluşturacaktır.

İşkence söz konusu olduğunda, insan hakları hukuku ve ceza hukukuna ilişkin uygulanacak kural farklı olsa bile muhtemelen unsurlar birbirinin aynı olacaktır.²³ Daha somut ortaya koymak gerekirse, ifade özgürlüğü ile ilgili bir davada, örneğin TCK md. 301'in nasıl yorumlandığına ilişkin ceza hukuku değerlendirmesini ceza mahkemeleri yapacak, AYM çıkan sonucun ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğine bakacaktır. İşkence söz konusu olduğunda durum aynı mıdır? AYM'nin olayda işkence bulunduğu dair saptaması ile ceza mahkemesinin işkence bulunduğu dair hukuksal saptaması arasındaki fark nedir? Başka türlü soracak olursak, iddia edilen ceza sorumluluğu ile devletin hukuki sorumluluğu arasındaki fark nedir? AYM, ceza mahkemesinden hangi unsurlar açısından farklı bir

21 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 7 (2) (e) hükmünde işkence tanımlanmıştır. Bu tanımda İKS tanımının sadece ağırlık unsuruna yer verilmiş, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilme ve amaç unsurları yer almamıştır.

22 UCM Statüsü'nü açıklayan "Suç Unsurları" amaç unsurunun işkencenin ayırıcı unsur olduğunu not etmektedir. UN doc. PCNICC/200011/Add.2, Elements of Crimes Md. 8(2) (a)(ii)-1 and 8(2)(c)(i)-4 (işkence) ile md. 8(2)(a)(ii)-2 (insanlıkdışı muamele) ve 8(2)(c)(i)-3 (zalimane muamele). Nitekim; Uluslararası Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi Kunarac kararında, insancıl hukukta yeterli kaynak bulunmadığı için insan hakları hukukuna bakmanın zorunlu olduğunu ifade etmişti. Judgment, Kunarac (IT-96-23/1-T), Trial Chamber, 22 .2. 2001, para. 467. Ancak Mahkeme yine aynı kararda, iki hukuk alanının farkına da dikkat çekmiştir. Aynı karar, para. 470. İşkence konusunda AİHM'in uluslararası ceza hukukuna etkisi için bkz. Olivier de Frouville (2011), "The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment" 9 JICJ 633. Daha genel olarak ceza hukuku insan hakları ilişkisi için bkz. M. Delmas-Marty, 'Le paradoxe penal', in M. Delmas-Marty and C. Lucas de Leyssac (eds) (1996), Libertés et droits fondamentaux (Paris: Seuil), s. 368; Françoise Tulkens (2011), "The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights", 9 JICJ 577.

23 Bununla birlikte belirtmek gerekir ki literatürde işkence ve kötü muamelenin "saatli bomba" senaryosunda uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalarda, mutlak yasağı aşmak için suçun hiç olmaması veya kusurun olması ancak failin sorumlu tutulmaması arasında bir ayrım yapılması önerilmektedir. AYM'nin yaptığı ayrımın bu nitelikte olduğunu sanmıyoruz. Bu tartışma için bkz. Kai Ambos (2008), "May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?", 6 JICJ 261, 272 ve 286.

değerlendirme yapmalıdır ki, kendi ifadesiyle “*riskten*” kurtulmalıdır? Derece mahkemesinin işkence demediğine AYM’nin, AYM’nin işkence demediğine derece mahkemesinin işkence deme ihtimali var mıdır? Varsa bu nasıl mümkün olacaktır?

AYM Anayasa’daki kavramların TCK’dekilerden daha geniş olduğunu belirtmektedir ama bu genişliğin nereden kaynaklandığını açıklamamaktadır. Eğer genişlik, sadece failin belirli olmadığı durumlarda Devletin sorumluluğunun olabileceği anlamına geliyor ise bunun bir genişlik/darlık sorunu olup olmaması bir yana, neden farklı normların uygulanması gerektiği sorusuna cevap olmaktan uzak olduğu açıktır. Bu durumda işkence vardır ama belki fail tespit edilememiştir. Bu durum esas alınacak norm ve kapsamını değiştirmeyi gerektirmeyecektir.

Bir devletin işkenceden sorumlu tutulması için failin tespit edilmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla ihlalin varlığı için suçun manevi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekmez. AİHM de işkence yasağının ihlal edildiği vakalarda failin manevi durumunu incelememektedir; çünkü çoğu durumda zaten fail bilinmemektedir.²⁴ Bununla birlikte, bu gerekçe Anayasa’daki kavramların neden Türk Ceza Kanunu’nda düzenleme altına alınmış olan “*işkence*”, “*eziyet*” ve “*hakaret*” suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı olması gerektiğini açıklamamaktadır. TCK’deki işkence tanımının uluslararası hukukla uyumlu ve muhtemelen ceza kanunlarındaki en ileri tanımlardan birini verdiği düşünülecek olursa, bu ayırımın daha açık bir şekilde ortaya konması gerektiği açıktır.

Öte yandan genişlik, bir bütün olarak Anayasa maddesinin TCK’deki hükümlerin tamamından daha geniş bir anlam içerdiği, TCK’de düzenlenmeyen bazı davranışların da bu kuralı ihlal edebileceği şeklinde anlaşılabilir. Bu doğru bir yaklaşım olabilir. Ancak bu durumda da Anayasa ve TCK’nin karşılıklı üçlemelerin ne anlama geldiği ve işkence suçuyla 17. maddedeki işkence kavramı arasındaki farkın ne olduğu sorularına cevap verilmesi gerekir.

24 Örneğin Elçi ve Diğerleri başvurusunda, failer hakkında hiçbir cezai işlem yapılmadığı için AİHM başvurusunda da bu unsurların incelenmesi mümkün olmamıştır. Elçi ve Diğerleri/ Türkiye, no. 23145/93 vd., 13.11.2003, para. 606.

Nihayet, son olarak şunu da sormak gerekir: Her ne kadar AİHS 3. madde üç farklı davranış tipinden bahsetmekte ve AİHM de bunları birbirinden ayırmaktaysa da her davranış tipi açısından mutlak yasak geçerli olduğu için bu ayrımın hukuksal sonuçları sınırlıdır. İç hukukta Anayasa ve Ceza Kanunu açısından da aynı durum geçerli midir? Anayasa'daki diğer kötü muamele tipleri de mutlak yasak kapsamındaysa ve istisnası yoksa bunun ceza hukuku açısından bir sonucu var mıdır?

Ne Anayasa ne de AİHS işkencenin veya diğer kötü muamele tiplerinin tanımını vermemekte, AYM ise TCK'deki tanımla bağlı olmadığını belirtmektedir. Bir an için AYM'nin İKS tanımını esas aldığı düşünülebilir; çünkü AYM kararlarında bu Sözleşmeye açıkça atıfta bulunmaktadır. Bu tutum, AİHM'in de Sözleşmeyi esas aldığı düşünüldüğünde yerinde bir yaklaşım da olabilir. Lakin dikkatli okunduğunda AYM'nin, İKS'ye de sadece geçerken değindiği anlaşılmaktadır:

“Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin “işkence” olarak belirlenmesi mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). 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 yıldırma amacıyla ya da ayırıcı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek, “kasıt” unsuruna da yer verilmiştir.”²⁵

Görülebildiği kadarıyla AYM ağırlık ölçütünü merkeze alıp, sadece kasıt unsuru açısından da BM Sözleşmesine gönderme yapmaktadır. Ancak daha sonra bu unsurun tartışmasına girilmemektedir. Aynı kararın bir sonraki paragrafında (para. 86) bu kez BM Sözleşmesi tanımı verilmekte ama unsurları ayrıştırılmamaktadır. Bu husus dikkat çekicidir; çünkü AYM işkenceyi ve diğer kötü muameleyi tanımlarken AİHM'in yolunu izlemektedir. AİHM ise *Selmouni/Fransa* kararından itibaren İKS tanımını kullanmaya başlamıştır.²⁶

AYM ise ulusal ve uluslararası hukuktaki hiçbir tanımdan hareket etmemekte, AİHM içtihadını dikkate alarak kendi tanımını kendi yapmaktadır.

25 B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 85; B. no. 2013/6359, 10/12/2014, para. 65-66.

26 *Selmouni/Fransa*, ECHR 1999-V, özellikle para. 100. Ayrıca bkz. Süheyla Aydın/Türkiye, No. 25660/94, 24.5.2005, para. 195; Salman/Türkiye, No. 21986/93, 27.6.2000, para. 114.

Görüldüğü kadarıyla bu tanımın ana eksenini de muamelenin ağırlığıdır. O halde AYM'nin işkence ve kötü muamele yasağı tanımının belirleyici unsurunu inceleyebiliriz.

III. 2. Bulgu: İşkence ve diğer kötü muameleleri belirleyen ölçüt acı ve ıstırapın ağırlığıdır

A. AYM'nin Yaklaşımı

İşkence ve diğer kötü muamele tipleri arasındaki fark konusu; İKS'de işkence için öngörülen bazı yükümlülüklerin diğer kötü muamele tipleri için öngörülmemiş olması, özellikle Taraf Devletlere bu davranışları suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmediğinin düşünülmesi nedeniyle uluslararası hukukta önemli bir tartışma başlığıdır. İKS'nin 16. maddesine göre "*Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza fiillerinin bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt eder.*" Ancak bu taahhüt, işkenceyi cezalandırma yükümlülüğüne ilişkin 4. madde ve devamındaki diğer ceza hukuku hükümlerini kapsamamaktadır. Dahası, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş nedeniyle yasağa istisna getirilemeyeceğine ilişkin İKS md. 2/2 sadece işkence için düzenlenmiştir. Bununla birlikte, İKS'nin daha güvenceli hükümlerin uygulanmasını engellemeyeceğine dair İKS md 16/2 hükmü, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve AIHS'teki tüm kötü muameleleri kapsayan kötü muamele yasağının Türkiye açısından uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte, işkence ve diğer kötü muamele tipleri arasındaki farklılığın hiçbir sonucu olmadığını söylemek mümkün değildir. Ulusal hukukta da işkence kabul edilmeyen davranışların daha hafif suç tiplerine girmesi ve bu vesileyle erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması²⁷ gibi cezasızlığa yol açabilecek usul engellerine takılması sonucunu doğurması nedeniyle ayırım önemlidir. Kaldı ki; işkence açısından mutlaka ceza hukuku yaptırımını gerekirken diğer kötü muamele tiplerinde başka giderim yolları

27 CMK, md. 231 (5): Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl⁽²⁾ veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

akla gelebilir. AYM'nin elinde bu kavramları tanımlayacak hiçbir hukuki metin olmadığına göre ayırım nasıl yapılacaktır?

Yukarıda açıklandığı gibi AYM, işkence ve diğer kötü muamele tiplerinin tanımında hiçbir hukuksal metni esas almamaktadır. AYM'nin kabul edilebilirlik aşamasında Anayasa ve AİHS'in asgari müşteregini aradığı ve fakat esas bakımından Anayasa'ya göre karar vermekte olduğu düşünüldüğünde, bu kavramlara kendi özerk anlamlarını vermek isteyeceği akla gelebilir. Ne var ki, işkence ve kötü muamele konusunda AYM'nin bunu da yapmadığı açıktır. AYM, işkenceye ilişkin uluslararası hukukta ve literatürdeki gelişmeleri izlemek yerine, AİHS organlarının erken içtihadında geliştirdiği bir yaklaşımı, hatalı bir şekilde bireysel şikayet mekanizmasına transfer etmektedir. Çünkü AYM'ye göre, AİHS 3. maddenin muadilleri Anayasa 17. maddede mevcuttur:

*“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 sübjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşımiş olması gerekmektedir.”²⁸*

İşkence ve diğer kötü muamele tipleri arasındaki ayırımın nasıl yapılacağı konusu, salt didaktik bir sorun değildir; işkenceye ilişkin mutlak yasağın sonuçları açısından hayati öneme sahiptir. AYM, AİHM içtihadı ile çatışmadan ve fakat uluslararası hukuktaki diğer gelişmeleri dikkate alarak, Anayasa'daki terimleri tanımlama yoluna gidebilir. Bu yöntem, AİHS'le uyumlu olduğu gibi Anayasa'nın uluslararası hukukla uyumlu yorumlanması yoluyla Anayasa'nın bütününe daha uygun olacaktır.

AYM, 17. maddedeki kavramlar arasında ayırım yapmak için acının ve ıstırabın ağırlığını ölçü almaktadır. Bu yaklaşıma göre, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında geçişken bir hiyerarşi ilişkisi vardır. Buna göre, farklı kötü muamele türleri birbirinden yoğunluk ve derece farkı ile ayrılır. BM İşkenceye Karşı Bildiri'de formüle edilen, acı ve ıstırabın yoğunluğuna göre sınıflandırma yapan bu yöntemde Evans'ın kullandığı ifade ile “*dikey*” yöntem

28 B. No. 2013/2284, 15/4/2014, para. 35; B. No. 2013/6229, 15/4/2014, para. 25.

denebilir.²⁹ Buna göre, bir davranış kademeli olarak aşağılayıcı, insanlıkdışı veya işkence olabilir. Bu yaklaşımın ağırlık noktası acı ve ıstırabın yoğunluğu olduğu için bir kere işkence ve kötü muamele yasağının kapsamına giren davranış ezanın artmasıyla işkenceye dönüşebilir. Bu nedenle, bu yaklaşıma göre işkencenin diğer kötü muamelelerle arasındaki ilişki dikey bir ilişkidir. Aşağıda açıklanacağı üzere 1970'lerin ortalarından itibaren yoğun olarak başvurulan bu ölçüt, günümüzde ciddi bir şekilde eleştirilmektedir.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımı, dikey ilişki ölçütünü kullanarak, şu şekilde tanımlamaktadır:

*“Anayasa'nın 17. 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.³⁰*

Mahkemenin ilk kez işkence tanımını kullandığı 2013/293 no'lu başvuruda bu ayrım daha net ifade edilmektedir. Karar, “eziyet” kavramının tanımını da ilk kez yapmaktadır. Bunu yaparken de, nedendir bilinmez, AİHS'deki insanlık dışı muamele kavramını kullanmaktadır:

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

29 Evans, AİHS içtihadında geliştirilen ilk sistematığı dikey, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin oluşturduğu ölçütü ise yatay olarak nitelemektedir. Malcolm Evans (2002), “Coming to Grips with Torture”, 51 ICLQ 365, 369 vd. ve 382.

30 B. No. 2012/969, 18/9/2013, § 22; B. No. 2013/3512, 17/7/2014, para. 27; B. No. 2012/1213, 17/7/2014, para. 30; B. No. 2013/2284, 15/4/2014, para. 32; B. No. 2013/8175, 15/4/2014, para. 29; B. No. 2013/5680, 15/4/2014, para. 30; B. No. 2013/6229, 15/4/2014, para. 22.

farklı olarak “eziyet”te, ızdırıp verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167; yukarıda geçen Eğmez/Kıbrıs, § 78). **AİHM, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleleri “insanlık dışı muameleler” olarak nitelendirmiştir** (bkz. yukarıda geçen İrlanda/Birleşik Krallık; İlaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya, [BD], B. No: 48787/99, 8/7/2004, §§ 432-438; Soering/Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; Jabari/Türkiye, B. No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41-42; Giusto/İtalya, B. No: 38972/06, 15/5/2007). Bu nitelikteki muameleler Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası başlığında “eziyet” olarak nitelendirilebilir.”³¹

Dikkat edilirse AYM açısından **asıl ölçüt acı ve ıstırapın ağırlığıdır**. Her ne kadar, ilk kez burada özellikle Eğmez/Kıbrıs davasına yollama yapılarak, “eziyet’te, ıstırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz” denmekteyse de aynı davranışın sırf amaç unsuru olmadığı için mi yoksa yeterli ağırlığa kavuşmadığı için mi eziyet sayılmayacağı açıklığa kavuşmamaktadır.

Aynı kararın bir sonraki paragrafında, bu kez eziyet ile insan haysiyeti ile bağdaşmayan davranış arasında yapılan, tek ölçütün ıstırapın yoğunluğu olduğu bulgusunu güçlendirmektedir:

“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 (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Burada “eziyet”ten farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, **fiziksel ya da ruhsal acıdan öte** küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır.”³²

Her ne kadar burada artık acıdan ziyade alçaltıcı olma ölçütü gelmişse de hala daha hafif olma koşulunun arandığı görülmektedir. Eşiğin en altında yer alan bu kategori için Mahkeme şu örnekleri vermektedir: “Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri

31 B. no. 2013/293, 17/7/2014, para. 87.

32 B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 88.

tarafından sarf edilen hakaretimiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler ‘insan haysiyetiyle bağdaşmayan’ muamele olarak ortaya çıkabilir”.³³

Sınıflandırmanın ölçütü, bu örneklerde bulanıklaşmaktadır. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, diğer unsurların da bulunması halinde insanlık dışı muamele³⁴ ve hatta işkence olarak da nitelenebilir. Sınıflandırma ölçütü olmaksızın, salt örnek vererek yapılan açıklamaların yarattığı riskler göz ardı edilmişe benzemektedir. Bu durumda, tutulma koşulları veya ayrımcı davranış statik bir şekilde bir kategoriye hapsolüp kalmaktadır.

B. AİHM Yaklaşımı ve Uluslararası Hukuk

AYM, bu sınıflandırma yöntemini kullanırken AİHM içtihadından yola çıktığını belirtmektedir:

“AİHM içtihadında da, başvuru konusu iddiaların Sözleşme’nin 3. maddesinin güvence kapsamında yer alması için minimum bir ağırlığa varması gerektiği kabul edilmekte ve acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şekli olarak kabul edilen işkencenin, şiddetli acı veya eziyet uygulanması, acının kasıtlı olarak uygulanması ve bilgi almak, cezalandırmak veya korkutmak gibi amaçlı bir muameleyi içermesi gerektiği benimsenmektedir. **Önceden tasarlanarak saatlerce uygulanan ve gerçek yaralar ve en azından ağır fiziki ve ruhsal acılar çektiren muameleler ise insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmektedir.** Küçük düşürücü muamelenin ise, mağdurlarda korku ve aşağılık duygusu oluşturan, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikte olan muameleleri ifade ettiği kabul edilmekte ancak, söz konusu muamelenin amacının ilgili kişiyi küçük düşürmek veya alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları itibarıyla mağdurun kişiliğini Sözleşme’nin 3. maddesi ile uyuşmayan bir olumsuzlukta etkileyip etkilemediği üzerinde durulmaktadır (B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 34, 2013/3512, para. 29, 2012/1213, 17/7/2014, para. 32, 2013/2284, 15/4/2014, para. 34, 2013/8175, 15/4/2014, para. 31, para. 32).”

Şüphesiz dikey sınıflandırmanın en önemli sorunlarından biri işkenceyi diğer kötü muamele tiplerinden ayırma konusunda veya bir eylemi kötü

33 B. no. 2013/293, 17/7/2014, para. 90.

34 Birçok örnek arasında Labita/İtalya, No. 26772/95, 6.4.2000; Eğmez/Kıbrıs, No. 30873/96, 21.12.2000.

muamele olarak sınıflandırma konusunda keyfiyete yol açmasıdır. Bir muamele, ne zaman ve kime göre işkence düzeyinde acı vermektedir? Bunun tahmin edilebilir, öngörülebilir bir tarifi var mıdır? AİHM, keyfiliğin önüne geçmek için bir dizi unsurun dikkate alınması gerekliliğini vurgulamaktadır. Mahkeme bu nedenle, muamelenin süresi, muamelenin mağdur üzerindeki fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, izlenen amaç gibi davanın tüm koşullarını dikkate almak gerektiğini vurgulamaktadır.³⁵ Ne var ki, bu unsurların keyfilik sorununu çözüp çözmemesi bir yana, işkence ve kötü muamelenin mutlak yasaklanması ilkesinde önemli bir gedik açtığı ileri sürülebilir.³⁶

Sorun bununla da sınırlı değildir. Waldron'un saptadığı gibi bizatihi bu tanımlama çabasının kendisi sorunun kaynağıdır. Bir davranışın ne zaman işkence sayılacağına bir eşige göre anlaşılması aynı zamanda neyin işkence sayılmayacağı konusunda bir sınır da çizdiği için faillelere o sınıra kadar dilediği gibi hareket etme alanı yaratma riski taşımaktadır.³⁷ Keyfilikten korunmak için yapılan bu tanım aslında bir bakıma o sınıra kadar yapılacakları meşru hale getirecek bir meşruiyet zemini yaratmaktadır. Ne kadar acı ve ıstırap işkenceyi doğurur sorusunu sormak, onun altında kalan acı ve ıstırapı meşru hale getirebilir.

İnsan hakları hukukunda dikey ölçütün açık veya kapalı bir şekilde reddedildiği örnekler, dikey ilişkiye dayalı ayırımın 70'li yıllardaki popülaritesini yitirdiğini göstermektedir. Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin³⁸ işkenceyi tanımlayan 2. maddesi acı ve ıstırapın ağırlığı konusunda hiçbir koşula yer vermemektedir.³⁹ Amerikalılararası

35 Ilascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya, No. 48787/99, 08.07.2004, para. 427; Batı ve Diğerleri/Türkiye, No. 33097/96, 03.06.2004, para. 120.

36 Micheal K. Addo ve Nicholas Grief (1998), "Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?" (1998) 9 EJIL 510, 514 ve 517-8; Hemme Battjes (2009), 'In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed' (2009) 22 LJIL 583, 619-21; D. J. Harris et al. (2014), Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights, 3rd edn (Oxford: OUP), 236.

37 Jeremy Waldron (2005), "Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House", 105 Columbia LR 1681, 1697 vd. Her ne kadar Waldron'un eleştirisi her türlü tanım çabasına yönelik de verdiği örnekler esasen dikey tanıma yönelik bir eleştiri dillendirdiğini ortaya koymaktadır. Yazarın işkenceyi herhangi bir acı, ıstıraptan ayırmak için "iradeyi kırma" ölçütünü göstermesi asıl dikey ölçütü sorunlu gördüğünü düşündürmektedir. Aynı yerde, 1703.

38 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985), OAS Treaty Series No. 67. Bu Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. M. Semih Gemalmaz (2003), İnsan Hakları Belgeleri/Cilt III, (İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları), 179.

39 Nigel S. Rodley (2002), "The Definition(s) of Torture in International Law", 55 Current Legal Problems 467, 478. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının da ağırlık

İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşmeyle uyumlu bir şekilde bu ölçütü aramamaktadır.⁴⁰ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin MSHUS'nin 7. maddesine ilişkin içtihadı da⁴¹ ağırlık ölçütünün işkenceyle diğer kötü muamele tiplerinin ayrılmasında çok önemli bir rol oynamadığını göstermektedir. İKS'nin denetim organı İşkenceye Karşı Komite içtihadı da acı ve ıstırap ölçütünün işkenceyi zalimane ve insanlıkdışı muameleden ayrılması için kullanılmadığını göstermektedir.⁴² BM İşkence Özel Raportörleri Nigel S. Rodley ve Manfred Nowak⁴³ da ayırımın acı ve ıstırapın ağırlığına dayalı olarak yapılmaması gerektiğini düşünmektedir. Nowak bu konuda şunları söylemektedir:

“İlke olarak işkence dahil tüm zalimane, insanlıkdışı muamele tipleri ağır acı ve ızdırap verilmesini gerektirir [...] Zalimane veya insanlıkdışı muamelelerin aynı zamanda işkence olarak tanımlanabilmesi İKS 1. maddedeki diğer şartların; ağırlıklı olarak insanlıkdışı muamelelerin maddede sayılan amaçlardan biri amacıyla kullanılıp kullanılmadığı ölçütünün, yerine getirilip getirilmediğine bağlıdır.”⁴⁴

İKS'nin hazırlık aşamalarında ağır acı, ıstırap yerine aşırı (*extreme*)⁴⁵ acı ve ıstırap kıstasının eklenmesi talepleri reddedilmiştir. İşkencenin zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamelelerin ağırlaşmış hali olduğuna dair cümlelerin tartışmalar sonrasında işkencenin tanımında yer almamış olması⁴⁶ da İKS'deki asıl ayırım ölçütünün acının ağırlığı ve yoğunluğu olmadığı tezini güçlendirmektedir. Eğer, zalimane ve insanlıkdışı muamele de ancak acının ağır olması durumunda gerçekleşiyorsa, o halde işkence için bundan daha da ağır bir acı eşiği aramanın anlamı yoktur. Acı ve ıstırapın yoğunluğu işkenceyi kötü muameleden değil ve fakat belki aşağılayıcı muameleyi diğerlerinden ayırabilir. Bu durumda AYM üçlemesini kullanacak olursak; işkence ve eziyet ağır acı ve ıstırap gerektirirken insan haysiyetine aykırı muamele ağır acı olmayan durumlarda da gerçekleşebilir.

ölçütünü dikkate almadığı göze çarpmaktadır.

40 Contoral-Benavides/Guatemala (2000) Series C No. 69, para. 95 vd.; Bamaca-Velasquez/Guatemala (2000), Series C No. 70, para. 145c.

41 Rodley (2002), 477-478.

42 Nowak M. ve McArthur E. (2008), The United Nations Convention Against Torture: A Commentary, (Oxford: OUP), 70 vd.

43 Nowak, M. (2006), 'What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards', 28 Human Rights Quarterly 809; Nowak (2005), 677-678.

44 Nowak (2006), 822.

45 Ya da Rodley'in ifadesiyle "ağırdan öte" (severe-plus)

46 Nowak ve McArthur, 68.

Rodley, uluslararası hukuktaki farklı yaklaşımları dikkate alarak acı ve ıstırabın yoğunluğuna ilişkin 3 ayrı yaklaşımın ayrıştırılabildiğini not etmektedir. İlk iki yaklaşım, acı ve ıstırabın yoğunluğuna göre bir kademelendirme yapmaktadır. Birinci sınıflandırma; insanlıkdışı davranışın “ağır” olmasını gerektirdiği için işkencede “ağırdan öte” (*severe-plus*) bir acı aranmaktadır. İkinci ölçüt, özellikle İKS’yi esas alarak işkence için “ağır” olmayı yeterli görmekte, insanlıkdışı ve zalimane davranış için ağır olmayan acı ve ıstırabı aramaktadır. Nihayet, üçüncü yaklaşım her iki davranış tipi için de belirli bir ağırlık aramakla birlikte, işkenceyi diğer kötü muamele tiplerinden ayırmak için amaç unsuruna bakmak gerektiğini söylemektedir (“*purpose only approach*”).⁴⁷ Rodley, AYM’nin referans aldığı AİHM’in Yunan davasıyla başlayan “ağırdan öte” ölçütünün yeni içtihat ve gelişmeler karşısında savunulmasının artık güç olduğunu düşünmektedir.⁴⁸ İşkenceyi zalimane ve insanlık dışı muamele ve cezadan ayıran ölçütün acının ağırlığı değil failin amacı ve mağdurun çaresizliği olduğunu vurgulayan Nowak⁴⁹ ve Evans⁵⁰ da aynı görüşü paylaşmaktadır.⁵¹

Gerçekten de işkenceyi kınanır kılan aslında acının ağırlığı değildir. Devlet ajanı olmayan bir kişi, bir başkasına salt özel nedenlerle akla hayale gelmeyen acılar çekebilir. Ne var ki, bu o davranışı işkence haline getirmez. İşkencenin neden kınanır olduğuna dair felsefi tartışmalar da bu nedenle, ayırımın cevabını başka unsurlarda aramaktadır. Sussman, işkencenin taraflar arasındaki asimetride ve mağdurun saldırıya karşı koyamamasında olduğunu vurgulamaktadır. Acı ve ıstırap kişinin kendi onuruna aykırı bir şekilde hareket etmesinin aracı oldukları için önemlidir, salt acı oldukları için değil.⁵² Waldron da işkence yasağının hukuk devletinin arketipi olduğunu belirtirken, yasağın bu niteliğini şu şekilde açıklamaktadır: Hukuk aşağılık bir şiddet ve terör aracı değildir. Hukuk bir vahşet değildir, işleyişi sırasında acımasız bir şiddetle hareket edemez. Hukuk tabii ki zorlayıcı ve güç araçları kullanabilir

47 Nigel S. Rodley (2009), *The Treatment of Prisoners under International Law*, (3rd. ed. Oxford: OUP) 99 vd.

48 Rodley (2009), 99.

49 Bkz. yukarıda 299deki referanslar.

50 Bkz. yukarıda 285 no’lu referans.

51 Dikey, yatay ve karma ilişki kavramlarına ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz. K. Altıparmak (2009), “İşkenceyi nasıl bilirsiniz?: Türkiye’de orantısız güç kullanma sorunu”, 115 *Toplum ve Bilim* 138.

52 D. Sussman (2005), “What’s Wrong with Torture?”, 33 *Philosophy and Public Affairs* 1–33.

ama bunlar zalimce muhatabının iradesini kırıp, ortadan kaldıracak nitelikte olamaz. O halde işkenceyi herhangi bir acı ve ıstırap vasıtasından ayıran şey, onun hukuk adına bir araç olmasıdır.⁵³ İşkence, zalimliği ve terörü bir hukuk aracı haline getirdiği için kötüdür.

Bir kısmı Türkiye açısından bağlayıcı olmayan hukuksal metinlerin neden AİHM içtihadına tercih edilmesi gerektiği sorulabilir. Birincisi, AYM her ne kadar kabul edilebilirlik aşamasında AİHS ile çakışma aramaktaysa da esas incelemesini Anayasa üzerinden yapmaktadır. Bu nedenle, esas incelemesinde işkence kavramına verilecek anlam AİHS’le çelişmemesi gereken ama özerk bir anlam olacaktır. Bu açıdan da Türkiye’nin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmelerle uluslararası teamül hukukunun AİHS’den daha az dikkate alınmasını gerektiren bir zorunluluk yoktur. İkinci olarak, Taraf Devletlerin AİHS standartlarının altına düşmemesi gerekmele birlikte bu standardın üstüne çıkmasına bir engel yoktur. Hatta daha iyi bir koruma varsa onun uygulanmasının bir zorunluluk olduğu ileri sürülebilir. Sözleşmenin 53. maddesine göre *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz”*. O halde, AYM’nin uluslararası hukuktaki işkenceye karşı koruma açısından daha güvenceli hükümleri dikkate alma yükümlülüğü vardır. Üçüncü olarak, her ne kadar AYM ceza hukukundaki işkence kavramı ile insan hakları hukukundaki işkence kavramı arasında fark bulunduğunu söylemişse de, hukukun insicamlı yorumu ceza hukukundaki kavramı dikkate almayı gerektirir. Devletin sorumluluğunun saptandığı insan hakları hukukunun, kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmasına yol açan ceza hukuku hükmünden daha az güvence sağlaması sistematik yorum açısından da sorunlu olacaktır. TCK’de düzenlenen işkence suçunda ise acı ve ıstırapın ağır olması gibi bir koşul olmadığı gibi suçun oluşması için irade yeteneğinin etkilenmesi, aşağılanmaya yol açacak davranışların gerçekleşmesi bile yeterlidir.

AYM, AİHM içtihadını değerlendirirken de açık bir hataya düşmektedir. Keyfilik konusundaki eleştirilerin, Strazburg içtihadı üzerinde de etkili olduğu açıktır. AİHM’in ilk dönem içtihadında, işkenceyi diğer kötü muamele

53 Waldron, 1726 vd.

tiplerinden ayırmak için dikey yöntemi kullandığı ve işkenceyi insanlıkdışı muamelenin ağırlaşmış bir hali olarak tanımladığı doğrudur.⁵⁴ *İrlanda/Birleşik Krallık* davasından itibaren de AİHM işkencenin ayırıcı özelliği olarak ciddi ve ağır bir ıstıraba yol açan “*özel bir damga*” (*special stigma*) ile kategorize edildiğini söylemektedir.⁵⁵ Bununla birlikte, bu içtihadın pürüzsüz bir şekilde ilerlediğini ve insan hakları hukukunda aynen kabul edildiğini ileri sürmek çok kolay değildir. AİHM’in özellikle son yıllarda bu tasnif içinde acı ve ıstırabın yoğunluğunun en önemli görüldüğü 1. ölçütten, amaç unsurunun ayırıcı olduğu 3. ölçüte evrildiği gözlemlenebilmektedir.

Her ne kadar AİHM acı ve ıstırabın ağırlığı ölçütünü terk etmediğini ifade etse de bu kavramın yorumlanması giderek Mahkeme’nin de bu ölçüte bağlılığının azaldığını göstermektedir. AİHM, *Selmouni/Fransa* kararında ilk kez İKS’yi uygulamış ve ağır ötesi acı ve ıstırap ölçütü yerine Sözleşme’deki ağır ıstırap ölçütünü kullanmıştır.⁵⁶ Mahkeme, içtihat değişikliğini ise Sözleşmenin esas hükümlerine uyguladığı “*yaşayan belge*” formülüyle açıklamıştır.⁵⁷ Bu yaklaşım, 3. maddenin giriş eşliğini de ciddi şekilde aşağıya çekmiştir. Örneğin, *Stefanou/Yunanistan* davasında, olay sırasında 16 yaşında olan başvuruçunun 15 dakika süreyle karakolda dövülmesi insanlıksız ve haysiyet kırıcı olarak nitelenmek için yeterli bulunmuştur.⁵⁸ Yakın tarihli *Buoyid/Belçika* Büyük Daire kararıyla ise AİHM, giriş eşliğini ağırlığa göre belirleme yöntemini tamamen terk etmiştir. Mahkeme, özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişilere insan onuruna yönelik saldırıların ilke olarak 3. maddeye aykırı olacağı saptamasındaki “*ilke olarak*” tabirinin, bu tür bazı saldırıların yeterli ağırlıkta olmadıkları için 3. madde kapsamı dışında tutulmasının gerekçesi olarak kullanılamayacağını belirtmiştir. Buna göre, AİHM karakolda birer tokat atılan başvuruçuların onuruna yapılan saldırının 3. maddeyi ihlal edeceğine karar vermiştir.⁵⁹ Bir başka deyişle, kamu görevlileri tarafından özgürlüğünden mahrum bırakılacak bir kişinin onuruna yönelik yapılacak her saldırı 3. maddenin kapsamına girecektir.

54 Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun ilk önemli kararı bu ölçüte uygun değildir. 12 *Yearbook of the European Convention on Human Rights: The Greek Case* (1969), 186.

55 *İrlanda/Birleşik Krallık*(1976), Series A, No. 25, para. 167.

56 *Selmouni/Fransa*, para. 99 vd.

57 Aynı karar, para. 101.

58 *Stefanou/Yunanistan*, No. 2954/07, 22.4.2010, para. 51-52. Aynı yönde bkz. *Saba/İtalya*, No. 36629/10, 01.07.2014, para. 74.

59 *Buoyid/Belçika*, No. 23380/09, 28.9.2015, para. 100-115.

Bununla birlikte, dikey formülün *Selmouni* kararı sonrasında hala işkence ve diğer kötü muamele tiplerini ayırmak için kullanıldığı örnekler mevcuttur. Örneğin, *Elçi ve Diğerleri/Türkiye* kararında⁶⁰ dört başvurunun işkenceye maruz kaldığını kabul ederken, diğer beş başvurunun ise insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye uğradığını belirtmiştir. Her iki gruptaki avukatlar da gözaltında tokatlanmış, aşağılanmış, tehdit edilmiştir. İki grup arasındaki fark, ilk gruptaki başvuruların soyulması ve dondurucu tazikli suya maruz bırakılmasıdır. Her ne kadar AİHM bu kararlarda da dikey formülü izlemeye devam etmekteyse de daha önceki kararlarla kıyaslandığında “*ağır acı ve ıstırap*” eşiğini çok aşağıya çektiği açıktır.

Acı ve ıstırapın yoğunluğu ölçütünden zımni olarak uzaklaşan AİHM, literatürdeki eleştirilerin de etkisiyle, işkencenin varlığını tespit için amaç ve mağdurun çaresizliği unsurlarını giderek daha çok öne çıkarmaktadır. Amaç unsuru, klasik olarak ifade alma veya suçu ikrar amaçlı bedensel şiddetin kullanıldığı davalarda özellikle vurgulanmaktadır.⁶¹ Ancak, amacın ifade alma dışında gerçekleştiği kimi vakalar AİHM’in acının ağırlığı ve yoğunluğu ölçütünü hemen hiç tartışmadığını göstermektedir. *Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya* davasında, başvurular yarı açık cezaevinde tutulmaktadır.⁶² İslah Müdürlüğünün özel biriminden gelen 8 kolluk görevlisi, disiplin amaçlı olarak yarı açık cezaevinde tutulan kişilere copla ve yumrukla vurmuş, sözlü olarak mahkumları aşağılamıştır. AİHM, kolluğun başvurular üzerinde kullandığı fiziksel şiddetin amacının onları aşağılamak, korku yaratmak, fiziksel ve ruhsal dirençlerini kırmak olduğunun altını çizerek, ciddi bir fiziksel yaralanmaya yol açtığına dair rapor olmayan saldırıyı işkence olarak nitelendirmekten çekinmemiştir.⁶³

Mağdurun savunmasızlığı da işkencenin tanınmasında eşiğin çok aşağıya çekilmesini sağlamaktadır. *Menesheva/Rusya* vakasında 19 yaşında bir kadın olan başvuru, polis tarafından zor kullanılarak gözaltına alınmış, hakaret ve tehdit altında kaba dayığa tabi tutulmuştur. Başvurucuya yönelik şiddet toplamda birkaç saat sürmüştür. AİHM, başvurunun yaşını, çok

60 Elçi ve Diğerleri/Türkiye, No. 23145/93 vd., 13.11.2003, para. 640-647.

61 Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, No. 19374/03, 14.1.2009 para. 50; Arif Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, No. 3076/05, 6.4.2010, para. 59.

62 Kararda başvuruların tutulduğu yer “correctional colony” olarak tarif edilmektedir. Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya, No. 7178/03, 15.5.2008, para. 7

63 Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya, No. 7178/03, 15.5.2008, para. 85.

sayıda erkek polis karşısında baskı altına alınan bir kadın olduğunu dikkate alarak durumunun daha hassas olduğunu tespit etmiş ve kendisine yöneltilen kötü muameleyi işkence olarak tanımlamıştır.⁶⁴ Görüldüğü gibi AYM'nin dikkat etmediği yeni AİHM içtihadı, acı ve ıstırapın ağırlığı testi yerine, faillerin amacı ve mağdurun çaresizliği ölçütlerini 3. madde içtihadının merkezine taşımıştır. Bu yaklaşım farklılığının önemli pratik sonuçları vardır. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde, bu sonuçları, AYM'nin diğer bulguları ışığında değerlendirmeye çalışacağız.

IV. 3. Bulgu: Giriş Eşiği Müdahalenin Ağırlığı ile Ölçülür

Dikey ilişkiyi kabul eden AYM, 17. maddenin 3. fıkrasının kapsamına girecek müdahaleleri de yoğunluk testiyle tespit edeceğini belirtmektedir:

*“Öte yandan bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için **asgari bir ağırlık derecesine** ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup, her olayda asgari eşiğin aşılmış aşılıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 23). Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile **ardındaki saik de eklenebilir** (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 64; Eğmez/Kıbrıs, B. No: 30873/96, 21/12/2000, § 78; Krastanov/Bulgaristan, B. No: 50222/99, 30/9/2004, § 53). Ayrıca kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediğinin tespiti de (bkz. yukarıda geçen Eğmez, § 53; Selmouni/Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.”⁶⁵*

Görüldüğü gibi AYM, giriş eşiği için AİHM gibi göreceli bir test öngörmekte ve fakat giriş eşiği için de saik yanında heyecan ve duygu unsurlarını da bu teste eklemektedir. Bu nedenle, mağdurun davranıştan ne kadar etkilendiği kadar, failin durumuna da bakmak gerekecektir. Buna göre:

“belirtilen eylemlerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinde

64 Menesheva/Rusya, No. 59261/00, 9.3.2006, para. 61.

65 B. no. 2013/293, 17/7/2014, para. 83; B. no. 2013/6359, 10/12/2014, para. 63; B. No. 2012/969, 18/9/2013, para. 23, B. no. 2013/3512, para. 28; B. No. 2013/2284, 15/4/2014, para. 33.

yer verilen muadilleri olan işkence, eziyet veya haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için, mağdurun sübjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir.”⁶⁶

Alıkonulan bir kişiye yönelik olarak gardiyanın “ne var lan” diyerek elinde bulunan metal cisimle kendisine saldırmaya teşebbüs ettiği bir olayda, AYM bu eşiğin aşılmamış olduğuna karar vermiştir. Bu sonuca ulaşırken AYM, görevli memurun başvurucauya yönelik eyleminin anlık geliştiği, sürdürülmediği ve daha sonra da haksız eylemin devam ettiğine ilişkin bir iddianın da bulunmadığını dikkate almıştır.⁶⁷

V. 4. Bulgu: Mobbing benzeri davranışlarda bu eşiğe ulaşılması mümkün değildir.

AYM'nin ilk dönem başvurularında çalıştığı kamu veya özel kurumda mobbinge uğradığını, bu nedenle Anayasanın 17. maddesinde korunan kötü muamele görmeme haklarının ihlal edildiğini söyleyenlerin sayısı dikkat çekmektedir. Bu başvurular, giriş eşiğinin değerlendirilmesi bakımından Mahkeme'ye ilk zorlu testi sunmuştur. İlk bakışta, AYM'nin mobbing uygulamalarını 17. maddenin 3. fıkrası kapsamında görme potansiyeli olduğu düşünülebilir. Gerçekten de tüm kararlarda, AYM yukarıda özetlenen ilkeleri saymış ve ardından olay bakımından bir değerlendirme yapmıştır:

“Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; belirtilen eylemlerin, kişilik haklarını ihlal ederek başvurucau üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte, özellikle kamu görevlisi olan başvurucaunun yetişkin bir birey olması ve mesleki statüsü de nazara alındığında, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez.”⁶⁸

AYM'nin süreklilik taşımayan mobbing uygulamalarını md. 17 (3) kapsamında görmediği açıktır:

66 B. No: 2013/2284, 15/4/2014, para. 35; B. no. 2013/3512, para. 30; B. no. 2012/1213, 17/7/2014, para. 31, 2012/1213, 17/7/2014, para. 33.

67 B. No. 2012/969, 18/9/2013, para. 24.

68 B. No. 2013/3512, para. 31

“Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; başvurunun e-okul şifresi nedeniyle okul idaresi ile yaşadığı sorunların sistematik bir muamele tarzına işaret etmeyip münferit hadiselerden ibaret olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁹

“ve sağlık durumu hakkında sorular sorulmasının sistematik bir muamele tarzına işaret etmeyip münferit hadiselerden ibaret olduğu anlaşılmaktadır.”⁷⁰

Ne var ki, muamelenin niteliği ne olursa olsun, her başvuruda aynı standart değerlendirmelerin yapılması, AYM'nin gözünde, muhtemelen gözaltı sırasında yapılan fiziksel ve ruhsal eylemler dışında bir uygulamanın ne olursa olsun bu eşiğe ulaşamayacağını düşündürmektedir. Mobbing başvuruları arasında muamelenin ağırlığı açısından en uçta gözükken Şehnaz Ayhan başvurusunda olaylar şu şekilde özetlenmiştir:

“devam eden süreçte dördüncü defa yargı kararı ile görevine iadesine hükmedilmesine rağmen yönetimce yeniden başka bir birime atamasının yapıldığını, yapılan tüm disiplin ve görev değişikliği işlemlerinin hukuka aykırı olup kendisini yıldırmak ve cezalandırmak amacıyla yapıldığını, yönetimce bazı yüksek okul personelinin teşvik edilmesi suretiyle oluşturulan soyut ve gerçeğe aykırı gerekçelerle hakkında keyfi disiplin işlemleri yapıldığını, sicil raporlarının dayanağı olmadan olumsuz şekilde tanzim edildiğini, beş yıl içerisinde il içi ve il dışı olmak üzere on beşe yakın farklı birimde görev yapmak zorunda kaldığını, yıldıрма ve yıpratma amacıyla ve muadil görevlerde bulunan kişilere nazaran çok farklı şekilde, fiziksel koşulları uygun olmayan yerlerde görev yapmak zorunda bırakıldığını”⁷¹

Mahkeme bu bulgulara rağmen, standart değerlendirmesini yapmıştır:

“Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; sicil notunun olumsuz olarak tanzimi, göreve iadesine dair yargı kararlarının yerine getirilmemesi ve görev değişikliği neticesinde fiziki koşulları muadil görev yerlerine göre iyi olmayan ortamlarda çalışmak durumunda kalması şeklindeki eylemlerin kişilik haklarını ihlal ederek, başvuru üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte, özellikle kamu görevlisi olan başvuru hakkında disiplin soruşturması yürütülerek görev yerinin değiştirilmesinin, muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi

69 B. no. 2012/1213, 17/7/2014, para. 34.

70 B. no. 2013/2284, 15/4/2014, para. 36

71 B. No. 2013/6229, 15/4/2014, para. 11.

ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından, başvurucunun yaşı ve mesleki statüsü de nazara alındığında, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez."⁷²

Yukarıda 3. bulguda AYM'nin şu unsurları dikkate alacağını söylediğini saptamıştık: "Muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler; muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik; kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği; muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler."

Ama görüldüğü gibi, AYM bu ölçütleri dikkate almamaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla, AYM bu geniş katalogu, en azından şimdilik, sadece kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı durumlar için kullanmaktadır. Olayda, kamu çalışanı olan başvurucu il içi ve il dışı olmak üzere 5 yılda 15 farklı göreve atanmış, 4 kez yargı kararıyla görev yerine dönmüş, hakkında disiplin soruşturmaları açılmıştır. Başvurucuya göre, bu işlemler baskı, caydırma ve yıldırma amaçlı yapılmıştır. AYM, somut incelemesinde çok tipik olan bu baskı yöntemini tartışmadan standart gerekçelerle başvuruyu reddetmiştir. O halde, Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasının alt eşik girişi nedir? 5 yılda 45 tayin mi? Yoksa yılda 4 yargı kararına rağmen yeni atama mı? Eğer başvurucu iddiasında haklıysa, eşiği aşmaya yeterli olmayan unsur nedir? Yöntem mi, kasıt mı, yoksa muamelenin kendisi mi?

AYM tüm kararlarda belirttiği acı ve ıstırapın peşindedir. Tayin ve atama gibi idari işlemlerde acı ve ıstırap görmemektedir. Mahkemeye göre, eşiğin aşılması için de bir miktar acı gerekmektedir. Oysa bir kişinin başkalarının veya kendi gözü önünde aşağılandığı, öz saygısını ağır bir şekilde etkileyen davranışlar ölçülebilir bir acı vermese de haysiyet kırıcı sayılabilir. Yani eğer nesnel olarak aşağılayıcı bir davranış tespit edilebiliyorsa, bunun ayrıca ağır acı ve ıstırapa yol açtığına bakılmadan eşiğin aşıldığına karar verilebilir. İKS'nin öngördüğü ayırım budur.⁷³ Aşağıda örnekleri verilen AİHM kararlarının da ortak yanı budur.

AYM, ısrarla AİHM karar ve ilkelerini saymakta ama bu alıntıları kişilerin alıkonulduğu vakalara yapmaktadır. Oysa, Strazburg içtihadında

72 Aynı karar, para. 26.

73 Nowak, M. (2006), 'What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards', 28 Human Rights Quarterly 809, 822.

kötü muamelenin alıkonulma koşulları dışında gerçekleştiği ve eşiği geçtiği bir çok durum vardır. Bu kategorideki ihlaller daha ziyade ya genel olarak 3. maddenin ihlali ya da aşağılayıcı muamele yasağının ihlali nedeniyle verilmektedir. AİHM, bir muamelenin aşağılayıcı olup olmadığını saptamak için amacının bir kişiyi aşağılamak ve küçük düşürmek olup olmadığını ve sonuçları açısından da bu kişinin kişiliğini 3. maddeyle uyumsuz olacak şekilde etkileyip etkilemediğini değerlendireceğini belirtmektedir.⁷⁴ Ancak, böyle bir amacın yokluğu, 3. madde ihlalinin bulunmayacağı anlamına gelmez.⁷⁵

Onur kırıcı muamele kategorisindeki ihlallerde kişiyi küçük düşüren ve onurunu kıran ana neden, mağdurun çaresizliği ve savunmasızlığıdır.⁷⁶ Bu durum, bazen bir tek davranışta gerçekleşebilir. *Henaf/Fransa* kararında 74 yaşındaki mahkumun, ameliyat için götürüldüğü hastanede yatağa bağlanması, bu duygunun oluşması için yeterli olmuştur.⁷⁷ *Erdoğan Yağız/Türkiye* kararında başkalarına zarar verme şüphesi olmayan kişinin ailesinin önünde kelepçelenmesi 3. maddenin ihlaline sebebiyet vermiştir.⁷⁸ *Taştan/Türkiye* davasında da 71 yaşında askere alınan başvurucunun kendisinden çok daha küçük yaştaki acemi erler için öngörülmuş fiziki eğitimlere katılmak zorunda kalmasının başvuran açısından son derece ıstırap verici bir deneyim teşkil ettiği ve saygınlığını zedelediği tespit edilmiştir.⁷⁹

Bazı durumlarda ise çaresizlik ve savunmasızlık zamana yayılan muamele bütünü ile oluşur. Ciddi genetik bozukluğu bulunan bir çocuğa hamile olan annenin genetik testlere girmesine izin verilmemesi⁸⁰, genç yaşında tecavüz sonucu hamile kalan bir kadına kürtaj imkanı vermemek için uygulanan bir dizi engelleme⁸¹, 3. maddenin kapsamında görülmüş ve ihlal bulunmuştur.

74 Raninen/Finlandiya, 16.12.1997, Reports 1997-VIII, para. 55.

75 Peers/Yunanistan, no. 28524/95, ECHR 2001-III, para. 74. V.C/Slovakya davasında, başvurucuya aydınlatılmış onam olmamasına rağmen kürtaj uygulayan sağlık görevlilerinin bir kastının olmaması ihlali engellemiştir. No. 18968/07, 8.11.2011, para. 119.

76 Christoph Grabenwarter (2014), European Convention on Human Rights: Commentary, (Münih: Verlag C. H. Beck oHG), 37.

77 Henaf/Fransa, no.65436/01, 27.11.2003, para. 47-60.

78 Erdoğan Yağız/Türkiye, No. 27473/02, 06.03.2007, para. 45. Aynı yönde bkz. Gutsanovi/Bulgaristan, No. 34529/10, 15.10.2013, para. 125-137.

79 Taştan/Türkiye, No. 63748/00, 4.3. 2008.

80 R.R./Polonya, no. 27617/04, 26.5.2011, para. 153 vd.

81 P.a.S/Polonya, no. 57375/08, 30.10.2012, para. 157 vd.

İnsanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilen; kayıp davalarında, zorla kaybedilen kişinin yakınlarının durumu⁸²ile köy yakma davalarında evleri yakılanların düştüğü durum da benzer özellikler taşımaktadır.

Kayıp davalarında 3. madde ihlalinin kaynağı, zamana yayılan bir çaresizlik duygusudur. Bu davalarda, kaybın başvuruyla olan aile bağı, aile mensubunun olaya nasıl tanık olduğu, daha sonrasında konuya ilişkin bilgi almak için yaptığı girişimler ve buna yetkililerin nasıl cevap verdiği dikkate alınmaktadır. AİHM, bu ihlalin özünü kaybın kendisinin değil daha sonra dikkatine sunulduğunda hükümetin bu konuda ne yaptığının oluşturduğunu da belirtmiştir.⁸³ Başvurucular, Devlet makamları karşısında çaresiz ve savunmasızdır. Hatta, hangi kayıp yakınlarının bu anlamda 3. madde mağduru olduğu bu ölçüte göre belirlenecektir. Başvurucuların çocuklarının cesetlerindeki organ kayıpları nedeniyle yapılan başvurularda da AİHM ölü kişi açısından değil ve fakat yakınları açısından 3. madde ihlaline karar vermiştir.⁸⁴

Vicdani ret davalarında da zamana yayılan çaresizlik hali 3. madde ihlaline yol açmaktadır. *Osman Murat Ülke* davasında da vicdani retçi olan başvuru cezasını çekip serbest bırakılmasının ardından askerlik durumunun tespit edildiği her seferinde bölüğüne götürülmüş, askerlik görevini yerine getirmeyi veya askeri üniformayı giymeyi reddetmesinin ardından yeniden mahkum edilerek cezaevine gönderilmiştir. AİHM'e göre sözü edilen uygulamalar başvurucağın düşünsel kişiliğini bastırmakta, başvuruda korku, sıkıntı, alçalma ve küçük düşmeyle birlikte hiçlik duygusu uyandırmakta, direncini ve isteğini kırmaktadır. Başvurucağın gizlenerek yaşamaya hatta "medeni ölüm" olarak tabir edilebilecek bir yaşantıyı sürmeye zorlanması sonucunu doğurmaktadır.⁸⁵

Bu bağlamda; belli bir süre devam eden ırk, etnik ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığı⁸⁶ da 3. madde kapsamında değerlendirilebilir. *Moldovan ve Diğerleri/*

82 Kurt/Türkiye, No. 24276/94, 25.5.1998; Tanış ve Diğerleri/Türkiye, No. 65899/01, 02.08.2005; İpek/Türkiye, No. 25760/94, 17.2.2004; Koku/Türkiye, No. 27305/95, 31.5.2005.

83 Çakıcı/Türkiye, No. 23657/94, 08.07.1999, para. 98.

84 Akkum ve Diğerleri/Türkiye, No. 21894/93, 24.3.2005, para. 259; Akpınar ve Altun/Türkiye, No. 56760/00, 27.2.2007.

85 Ülke/Türkiye, No. 39437/98, 24.1.2006, para. 62.

86 East African Asians/BK, no. 4626/70 vd., 06.0.3.1978 (Komisyon); Smith ve Grady/BK, no. 33985/96, 27.9.2007, para. 117-123.

Romanya kararı, evlerini kaybetmiş Romanlara karşı yetkililerin gösterdiği kayıtsızlık sonucu uzun süre evsiz kalan veya çok olumsuz koşullarda yaşamaya mecbur kalan başvuruçular açısından ilk bakışta 8. madde ihlali olarak görülebilecek bir muameleyi bir 3. madde ihlaline çevirmiştir.⁸⁷ Bu nedenledir ki; Yargıç Sajo ve Keller'in İbrahim Demirtaş kararında saptadıkları gibi 3. maddenin eşiği failin Devlet ajanı olması ve mağdurun küçük yaşta çocuk, cinsel saldırı mağduru, aile içi şiddet mağduru, etnik azınlık mensubu ve ağır engelli kişilerden olması durumunda aşağı çekilmektedir. Çünkü ilişkinin tarafları arasında dengesizlik arttığı ölçüde mağdurun çaresizliği de artma potansiyeli göstermektedir.⁸⁸

Bu karar örneklerinin ortak iki yönünü vurgulamak gerekir. Tüm bu ihlal tipleri, AİHS'in yaşayan belge olması sonucu, AİHM tarafından içtihatla geliştirilip 3. maddenin kapsamına alınmıştır. AYM'nin benzer bir yol izlememesi için hiçbir neden yoktur. İkinci olarak; tüm örnekler, AİHM'in 3. maddenin ihlaline ilişkin ağırlık ölçütünün belli bir standardı ima ettiğini göstermektedir. Bu standart, Devletin kapısını çalan kişinin, çaresiz ve umarsız kalması sonucu kendisi veya başkalarının önünde küçük düşmesidir. Eğer başvuruçuyu çaresizlik içerisinde bırakan orijinal eylem devletten kaynaklanıyorsa (örn. Kişiyi kaybeden kamu görevlileriyse) eşik daha da aşağı inmektedir.

Şehnaz Ayhan başvurusu bu düzeye ulaşmış mıydı tartışılabilir. Lakin, AYM'nin bu konulara ilişkin, AİHM içtihatlarını genel olarak tekrar etmek dışında, özgün ölçütler geliştirmesi ve kişinin Devlet karşısında hissettiği çaresizlik ve savunmasızlığın Anayasa m. 17 (3) düzeyine gelip gelmediğini tartışması gerekir. Sadece hissedilenden yola çıkarak "*yok canım mobbinge de mi insan onuruna aykırı davranış denecek*" şeklinde genel ve keyfi bir yaklaşımla tutarlı bir içtihat geliştirmek imkansızdır. Devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda açık, ağır ve uzun süreli adaletsizlikler, yarattığı çaresizlik duygusuyla 17. maddenin 3. fıkrasının giriş eşiğini aşabilir.

VI. 5. Bulgu: İşkence Eşiği için Aşırı İstirap ve Acı Gerekir

AYM, giriş eşiğinde olduğu gibi işkencenin tanımında da acı ve ıstırapın yoğunluğu ve ağırlığı ölçütünü kullanmaktadır. Ancak bu ağırlığın nasıl

87 Moldovan ve Diğerleri/Romanya, no. 41138/98, 12.7.2005, para.

88 Bkz. Yargıç Sajo ve Keller'in İbrahim Demirtaş/Türkiye (no. 25018/10, 28.10.2014) kararındaki karşıoyları, para. 12-13.

saptanacağı konusu yine yeterince açık değildir. AYM, eşğin ne olduğunu tam olarak tarif etmemekte, büyük ihtimalle “Görünce Ne Olduğunu Biliriz” formülünü uygulamaktadır.⁸⁹

Mahkemeye göre işkencenin özel olarak düzenlenmesinin nedeni ağır acı ve ıstırap vermesidir:

*“Bir muamelenin “işkence” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkrada geçen “eziyet” ve “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele kaoramları 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.”⁹⁰*

Görüldüğü gibi AYM, işkence için Rodley’in AİHM’in terk ettiğini saptadığı “ağırdan öte” ölçütünü aramaktadır. AYM’nin işkence kavramını kullandığı ilk kararında, başvuruçular gözaltında işkenceye maruz kalmış ve haklarında tanzim edilen ilk raporda darp ve cebir izi olmadığı belirtilmiştir. Daha sonra yapılan şikayet üzerine, kendilerine işkence yaptığının dair şikayette buldukları kişiler tarafından alınarak Ağrı Devlet Hastanesine götürülmüşlerdir. Burada yapılan muayenelerinde, yüzeysel bir değerlendirme yapılmıştır. Doktorların baskı altında rapor tanzim ettiği itirazı üzerine başvuruçular, uzman doktorlar tarafından tekrar incelenmiş ve haklarında ayrıntılı rapor verilmiştir.⁹¹

Karar okunduğunda AYM’nin işkencenin tanımı için ağırlık ve yoğunluk dışındaki faktörleri de dikkate almak için bir fırsat yakaladığı görülebilmektedir:

Olayların süregelişi, saldırıların, başvuruçulara kendilerine yöneltilen olaylar hakkında itirafta bulunmaları için bilinçli olarak uygulandığını doğrulamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu eylemlerin, bahsi geçen suçu işledikleri hususunda ikrarda bulunmaları amacıyla başvuruçulara kasten uygulandığı anlaşılmaktadır. Ortaya çıkarılan fiiller, başvuruçuların fiziksel ve psikolojik acı verme,

89 Bu formül müstehcenliği tanımlamanın mümkün olmaması karşısında, Yüce Mahkemede Yargıç Potter Stewart’ın kullandığı tanımdır. Jacobellis v. Ohio (1964), 378 U.S 184, 197.

90 B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 84; B. no. 2013/6359, 10/12/2014, para. 64.

91 B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 22-27.

direncini kırma, onları aşağılama amacı olan, korku, endişe ve aşağılık duygusu sağlayan niteliktedir. Bu muamelelerin işkence niteliğinde olduğunu söylemek için yeterli ciddi kanıt unsuru bulunmaktadır.

Her ne olursa olsun, özgürlüğü kısıtlanan bir kişi nezdinde, bu kişinin tutumu tam olarak gerekli kılmadıkça, fiziksel güç kullanılması insan onurunu kırar ve kural olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal eder. Özellikle gözetiminde yaşanan olaylar esnasında bir başvuruçunun yaşının da küçük olduğu göz önüne alındığında, bu başvuruçunun gözetim sırasında uğradığı şiddetin yoğunluğu nedeniyle gelecekte de sürekli bir acı ve endişe içinde yaşama riski altında kalabileceği inkâr edilemez.

Diğer taraftan gözetiminde oldukları için zaten çok kırılğan bir durumda olan başvuruçuların, kendi davranışlarından kaynaklanmadığı ve zorlayıcı bir neden de bulunmadığı halde sözlü ve fiziksel saldırıya maruz kalmaları, ayrıca bu güce başvuranların gözetiminde hastanelere sevk edilmeleri ve bu kişilerin yönlendirme ve etkileri ile doktor raporlarının düzenlenmesi şeklindeki eylemlerin, başvuruçulara yönelik tehditin varlığını devam ettirdiği, bunun da insan onuruna bir müdahale oluşturduğu açıktır".⁹²

Görüldüğü gibi başvuruya konu olayda; özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilere işledikleri suçu ikrar etmeleri için ağır bir fiziksel saldırıda bulunulmuştur. AYM bu unsurlara değinmekle birlikte, bu unsurların işkenceyi oluşturan unsurlar olduğunu belirtmekten imtina etmiş, olayın detaylarını, mağdurun kişisel özelliklerini de daha çok acının yoğunluğu kanıtlamak için kullanmıştır.

AYM'nin bu tutumu işkencenin diğer kötü muamele tiplerinden ayırılmasını tamamen keyfi tercihlere bırakmaktadır. Bu risk, kolluğun şüpheliyi ikrara zorlamak için klasik yöntemlerle işkence yapmadığı durumlarda daha çok artmaktadır. İfadeye zorlamak için elektrik vermek, falakaya yatırmak işkencedir, artık kimsenin buna itirazı da yoktur. Peki, polis aracında, sokak arasında, kapalı park yerinde cezalandırma amacıyla atılan kaba dayak işkence sayılabilir mi?

Deniz Yazıcı vakası, AYM'nin önüne sıklıkla gelmesi beklenen bu vakalara ilişkin Mahkemenin tutumunun ipuçlarını vermektedir.

92 Aynı karar, para. 103-105.

Deniz Yazıcı başvurusunda, polisler tarafından kendisine 6-7 kez tokatla vurulduğunu, ekip otosuna bindirildiğini, ekip otosunun içinde kendilerine sinkaflı küfürler edildiğini, araçla 100-150 metre ileride bulunan boş bir araziye götürülüp burada araçtan indirilerek kafasına ve karnına tekmelerle vurulduğunu, yaklaşık 10-15 dakika kötü muameleye maruz kaldığını, daha sonra tekrar ekip otosuna bindirildiğini, araçta da sinkaflı küfürler edildiğini, "...demek Diyarbakırlısın, adında Deniz. Sen üniversitede az dayak yedin herhalde, doktor oldun da bir şey mi oldun" denilerek polis memurlarınca aşağılandığını, ekip otosuyla karakola getirildikten sonra nezarethaneye konulduğunu, burada da elbiseleri çıkartıldıktan sonra birkaç kez darp edildiğini, daha sonra Bornova Trafik Hastanesi'ne götürüldüğünü, oradan da acilen Tepecik SSK Hastanesi Acil Servis Polikliniğine sevk edildiğini, dayak nedeniyle çok ağrıların olduğunu ve psikolojik travma yaşadığını, kendisini darp edip hakaret ve tehdit eden polis memurlarından şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.⁹³

Olaya karışan polis memurları hakkında "*Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama*" suçundan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 256. maddesi delaletiyle 86/2,3-d, 53/1-2 maddeleri gereğince cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmıştır. İzmir 1. Sulh Ceza Mahkemesince polis memurları hakkında yapılan yargılama sonucunda verilen kararda şu ifadeler kullanılmıştır: "*Sanık polis memurlarının olay tarihinde her iki müştekidenden kaynaklanan haksız bir kışkırtma, hakaret ve görevliye etkin direnme gibi eylemler söz konusu olmaksızın, kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle gerek yakalama esnasında ve gerekse Bornova Polis Merkezine teslim aşamasında kanunun tanıdığı zor kullanma yetkisini keyfi biçimde aşarak her iki müştekiyi doktor raporunda belirtildiği şekilde darp edip yaraladıkları anlaşılmıştır.*" Polis memurlarının 5237 sayılı Kanun'un 256/1, 86/3-d maddeleri gereğince 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmış, sanıklar hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.⁹⁴

Başvurucu, özgürlüğünden mahrum bırakılmış, bu süre içerisinde hiç bir direnç göstermemesine rağmen salt cezalandırma amaçlı olarak darp edilmiştir. Hatta başvurucu, failerin ismine ve doğum yerine gönderme

93 B. No. 2013/6359, 10/12/2014, para. 12.

94 Aynı karar, para. 28.

yaparak siyasi ve etnik kökene dayalı ayrımcılık yaptıklarını ima etmektedir. Tüm bu verilere rağmen, AYM bu saldırıyı işkence olarak değil eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak nitelendirmiştir:

“Olayın başında başvurucunun kimlik yerine doktor kaşesini göstererek doktor olduğunu söylemesi üzerine, polis memurlarının bunu kendilerine yapılmış bir saygısızlık olarak algılayıp başvurucunun iddiasına göre o andan itibaren doktor olmasına vurgu yaparak onu aşağılamaya çalışmaları ve iddiaya göre başvurucuyu nezarethanede çırılçıplak soyarak kendi etrafında döndürmeleri de birlikte değerlendirildiğinde bu muamelelerin eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olduğunu söylemek için yeterli ve ciddi kanıt unsuru bulunmaktadır.”⁹⁵

Bu değerlendirme sonrasında, AYM hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının etkili cezalandırma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Olayda, kamu görevlileri tarafından kasıtlı gerçekleştirilmiş bir saldırı vardır. Bu AYM’yi HAGB’yi kabul edilemez bulmaya sevk etmiştir. Ama acaba daha hafif 17 (3) ihlallerinde de durum aynı mı olacaktır? Bu ayrım hangi ölçütlere göre yapılacaktır? Tüm insan haysiyetiyle bağdaşmayan davranışlar için bu durumun geçerli olup olmayacağı, Anayasa m. 17 (3)ün hangi uygulamalarında bu yola başvurulacağı gibi konular tamamen belirsizdir.

Ali Rıza Özer ve Diğerleri başvurusunda⁹⁶, bu keyfi tespit yöntemi daha da net görülebilir niteliktedir. Anılan vakada, başvurucular toplumsal bir gösteri sırasında polisin müdahalesi sonucu kötü muameleye uğradıklarını ifade etmiştir. AYM, yine uzunca bir şekilde AİHM içtihadını özetledikten sonra başvurucuları davranışları ve uğradıkları zarara göre ayırtmıştır. Olayda polise sopayla saldıran kişi hakkında, kendi davranışıyla polisin müdahalesine sebebiyet verdiği için kötü muamele olmadığına karar verilmiştir. Biber gazından etkilenen bir başvurucu açısından ise eşiğin aşılmadığına karar verilmiştir.⁹⁷ Bir başka başvurucunun şikayetine ilişkin olarak; katıldığı gösteride polisin sadece barikatları aşmaya çalışan kişilere müdahale ettiği, başvurucunun bu esnada yaralanmış olabileceği ve yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olduğu

95 Aynı karar, para. 83.

96 B. no. 2013/3924, 6.1.2015.

97 Aynı karar, para. 88-92.

gözetilerek kafasında 2-3 santimlik kesi olan başvuruçunun yaralanmasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında asgari ağırlık eşliğini aştığının söylenemeyeceği belirtilmiştir.⁹⁸ Polise saldırdığı saptanamayan, hakkında yakalama ve gözaltı işlemleri yapılmayan ve yaralarının burun kırığı ve işitme kaybı gibi ağır nitelikte olduğu gözetilen başvuru hakkında ise müdahalenin “eziyet” boyutunda olduğuna karar verilmiştir.⁹⁹

Kararda eşliği belirleyen kamu görevlilerinin davranışı mı, yoksa yaralanmanın ağırlığı mı yoksa her ikisinin bileşimi mi olduğu anlaşılamamaktadır. Örneğin, olaya karışmamasına rağmen arbedede yaralanan kişi açısından, kendisine doğrudan saldırıda bulunulmadığı için ihlal olmaması bir şey, saldırının yeterli ağırlıkta olmaması ise başka bir şeydir. AYM, her ikisini de dikkate almış gibi gözükmeyle birlikte, bunun neden böyle olduğu anlaşılamamaktadır. Karardan ne eşğin ne olduğu, ne de neden bu davranışın işkence veya insan onuruyla bağdaşmayan davranış değil de “eziyet” olduğunu anlamaya elverişli hiçbir ipucu elde edilememektedir. AYM olaya bakmakta, müdahalenin ağırlığına göre bazı nitelemeler yapmaktadır ama bu nitelemeler uygulayıcılar açısından öngörülebilir ölçütler vermekten çok uzaktır.

VII. Keyfiyetten Kurtulmak Mümkün mü?

AYM, işkence ve kötü muamele kararlarında sıklıkla AİHM içtihadında yollama yapmaktadır. Ancak, buraya kadar anlatılan çelişkili ve belirsiz tutum aslında, bu atıfların kararların ilgili bölümlerinin çevirisinden öteye geçmediğini göstermektedir. Yukarıdaki örneklerde, AİHM'in acı ve ıstırapın yoğunluğun ölçütünden giderek daha yoğun bir şekilde başvuruçunun çaresizliği ve saldırının/failin amacı ölçütlerine kaydığını belirtmiştik.¹⁰⁰

Kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı yerlerde, cezalandırma ve misilleme amacıyla kaba dayağa tabii tutulması, AİHM tarafından amacına bakılarak işkence olarak nitelendirilmektedir.¹⁰¹ Ancak Mahkeme, 2015 yılında verdiği bir kararda, bu durumun sadece özgürlüğünden

98 Aynı karar, para. 94.

99 Aynı karar, para. 95.

100 Bkz özellikle 314-320 no'lu dipnotlarda zikredilen kararlar.

101 Bkz. yukarıda anılan Dedovskiy/Rusya kararı ve Vladimir Romanov/Rusya, No. 41461/02, 24.7.2008, para. 70.

mahrum bırakılmış kişilerle sınırlı olmadığını da ortaya koymuştur. Örneğin, *Cestaro/İtalya* davasında, başvuru Cenovada G-8 protestosuna katılmıştır. Protestolar 2 gün sürmüş ve şehri yağmalayan ve kamu düzenine tehdit olduğu düşünülen bazı gruplar da protestolara katılmıştır. Aslen bu grupları hedeflediğini iddia eden Polis, Cestaro ve diğer barışçıl kişilerin kaldığı bir okulu basmış ve ayırım yapmaksızın tüm protestocuları tekme, yumruk ve coplarla dövmüştür. Başvurucunun vücudunda çatlaklar oluşmuş ve sağ kol ve bacağında kalıcı bir zayıflama oluşmuştur. Polisin saldırısı sırasında başvuru veya okuldaki diğer kişilerin direndiğine dair herhangi bir delil de yoktur. Polis, içeride bulunan kişilerin yaşına, cinsiyetine, sağlık durumuna bakmaksızın tüm bulunanlara saldırmıştır. Bu koşullar altında başvurucağın uğradığı muamele AİHM'e göre "işkence" dir.¹⁰²

Romanov, Dedovskiy ve Cestaro kararlarının ortak yönleri şunlardır: Başvurucular klasik işkence yöntemlerine değil, kaba dayağa maruz kalmıştır. Bu saldırılar, günlerce sürmemiştir, bir saatten kısa bir süre devam etmiş ve daha önce işkence bulgusuna ulaşılan davalar göre çok daha sınırlı fiziksel acıya yol açmıştır. Yine tüm bu olaylarda, kolluğun mağdurlara saldırısının amacı ifade almak, suçu ifade ettirmek değil cezalandırmak, misillemede bulunmak ve/veya caydırmaktır. Olayların tamamında saldırıya uğrayan mağdurlarla kolluk güçleri arasında bir asimetri, üstlük-astlık ve tabi olma ilişkisi dolayısıyla mağdurlar açısından bir çaresizlik durumu söz konusudur.

AİHM, içtihadındaki bu gelişim işkenceye ilişkin günümüz koşullarındaki gelişmelerden bağımsız düşünülemez. Geçmişten günümüze işkence ve kötü muamelenin bilinen en yaygın kullanım alanı ceza muhakemesi sürecidir. Ceza muhakemesinde isnat edilen suçun deliline ulaşmak amacıyla işkence ve kötü muamelenin bir sorgulama tekniği olarak kullanıldığı bilinmektedir.¹⁰³ İşkence, ceza muhakemesi sırasında ayrıca diğer faille ulaşmak için de kullanılır. Örgütlü suçlar söz konusu olduğunda, işkence ve kötü muameleye daha sık başvurulmasının nedenlerinden biri de budur.

102 *Cestaro/İtalya*, no. 6884/11, 74.2015, para. 177-190.

103 Ceza muhakemesi aracı olarak işkence kullanımı üzerine bkz. Lowell, A. Lawrence, 'The Judicial Use of Torture' 11 *Harvard Law Review*, (1897-1898), ss. 220-233

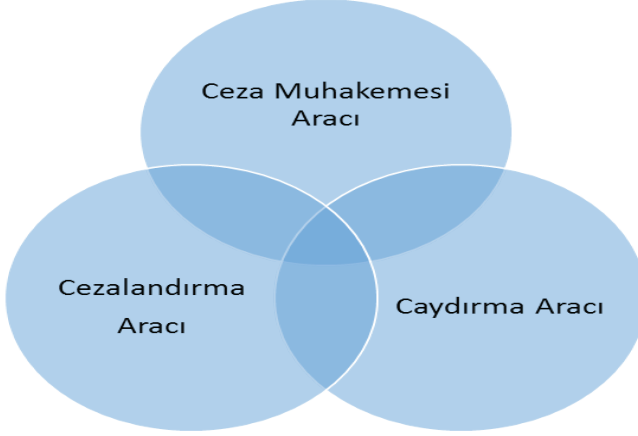
Diğer yandan; işkence ve kötü muamele eylemleri sadece ceza muhakemesi amaçlı olarak kullanılmamaktadır. Sokakta ve resmi olmayan gözaltılar sırasında ortaya çıkan işkence ve kötü muamele vakaları, bugün artık işkence ve kötü muamelenin yalnızca ceza muhakemesinin bir aracı olarak kullanılmadığının en tipik göstergelerinden biridir. İşkence ve kötü muamele aynı zamanda Devletin yürütmek istediği siyasetin bir şiddet aracı olarak da ortaya çıkabilir. Bu tip kötü muamelede, şiddet ifade almak veya suçun iştirakçilerini ortaya çıkarmak amacı taşımamaktadır. Burada amaç, siyasal iktidarın hoşlanmadığı siyasal görüşlerin, etnik ve/veya dinsel grupların iktidarla olan ilişkileri nedeniyle cezalandırılmaları veya siyasal alana dahil olmamaları için caydırılmalarıdır. Şüphesiz, ceza muhakemesi aracı olarak şiddete başvurmanın cezalandırma ve caydırma yönleri vardır. Aynı şekilde, cezalandırma ve caydırma amaçlı şiddet kullanımının ceza muhakemesi açısından da sonuçları olabilir. Örneğin, sokakta dayak yiyen bir kişi, daha fazla şiddetle karşılaşmamak için polis sorgusunda itiraflarda bulunabilir.

Bu nedenle, bir ülkede işkence ve kötü muamelenin gerçekten azalıp azalmadığının saptanmasına çalışılırken, işkence ve kötü muamelenin her üç amaçla -yani ceza muhakemesi, cezalandırma ve caydırma- kullanımını da göz önünde tutulmalıdır. İşkence ve kötü muamele, gelişen teknolojik imkanlar nedeniyle, ceza muhakemesi sürecinde daha az başvuruluyor olması, ikinci tip kullanımın tamamen ortadan kalktığı sonucunu doğurmaz. Aynı şekilde ağır siyasi şiddet nedeniyle, sokak olayları azaldığı için cezalandırma amaçlı işkence ve kötü muamele eylemlerine daha az başvuruluyor olması da ceza muhakemesi aracı olarak işkence ve kötü muamelenin ortadan kalktığını göstermez. Bu iki araç, bir arada uygulanabileceği gibi ayrı ayrı da işletilebilir.

Bu nedenlerle, işkence ve kötü muamele, sadece ceza muhakemesinin aracı olarak kullanılmaz; bunun yanında caydırma ve cezalandırma da dahil olmak üzere üç farklı amaçla yapılabilir. Söz konusu üç alan birbirinden ayrı olmakla birlikte tamamen birbirlerini dışladıklarını da söylemek mümkün değildir. Örneğin, barışçıl bir gösteri sırasında gaz sıkılmak suretiyle yapılan bir müdahalede amaç; gösteriye katılanları hem yıldırma hem de siyasi düşünceleri dolayısıyla cezalandırma olabilmektedir. Genel anlamda; bu üç amacın da ortak bir noktası bulunmaktadır. İKS'deki "gibi amaçlar" ifadesi ("such purposes") yorumlanırken, her üç amacın da ortak niteliğinin "Devletle

veya organlarının siyaseti ve çıkarlarıyla-uzak dahi olsa-bir bağlantının varlığı” olduğu söylenebilir¹⁰⁴.

İşkencenin farklı işlevlerinin kesişim olasılıkları aşağıdaki şemada görülebilir:



İster AİHM içtihadını takip ettiği ya da uluslararası hukuktaki gelişmeleri dikkate aldığı için, isterse de kendi özgün yorumu dolayısıyla ulaşmış olsun, AYM'nin işkence-kötü muamele içtihadını ısrabın ağırlığını ve yoğunluğunu ölçüt olarak geliştirmesi mümkün değildir. Bu yöntem, hem demode hem de uygulanamaz niteliktedir. Demodedir; çünkü bu yazıda alıntılanan çok örnekte görüldüğü gibi insan hakları hukukunda bu yöntem büyük ölçüde terk edilmiştir. Uygulanamazdır; çünkü bu yazıda anlatılan AYM kararlarının gösterdiği gibi hiçbir nesnel kistası yoktur.

Bu nedenle AYM; özgürlüğünden mahrum kalmış kişilerin devlet şiddetine uğradığı durumlarda mağdurun konumuna ve saldırının amacına bakmalıdır. Eğer saldırı ceza muhakemesi, cezalandırma ve caydırma amaçlarından bir veya daha fazlası nedeniyle çaresiz bir kişi üzerinde yapılıyorsa, burada işkencenin var olduğu kabul edilmelidir.

Anayasa m. 17 (3)'ün eşiği açısından incelenen vakalarda da devletin fiziksel şiddet kullanmasından bağımsız olarak, mağdurun statüsü

104 Burgers, J. Ve Danelius, H. (1988), *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dodrecht: Nijhoff,119

değerlendirilmelidir. Bu ayrımı sağlayacak ölçüt mağdurun çaresizliği ve savunmasızlığıdır. Kişi içine düşürüldüğü durum nedeniyle iradesi hilafına hareket etmek mecburiyetinde kalıyorsa, bunun onura yönelik bir saldırı olduğu kesindir ve başvuru 17 (3) kapsamında değerlendirilmelidir. Bu çaresizliğin varlığı, saldırının niteliği kadar mağdurun statüsüyle de ilgilidir. Özellikle hassas gruplardan gelen kişilerin, bu tür bir saldırıda daha korumasız olduğu şüphesizdir. Bu metodoloji, AYM'ye hem nesnel ve öngörülebilir hem de her olayın koşullarına uygun esnek bir yaklaşım imkanı verecektir.