

^HULUSLARARASI BELGELERDE EZİYET YASAĞI VE ANAYASA MAHKEMESİNİN EZİYET YASAĞINI ELE ALIŞI*

Arş. Gör. Enes YILMAZ**

Arş. Gör. Eray ACAR***

Öz

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, eziyet teşkil eden eylemleri ayrıca düzenlemiş ve bunları yaptırım altına almıştır. Gerek uygulamada gerekse öğretilerde işkence ve eziyet yasağı kavramlarına ilişkin yapılan açıklamalar genellikle işkence yasağını ele almış, eziyete ilişkin açıklamalar arka planda kalmıştır. Bu açıdan öğretilerde eziyet yasağına yönelik çok az sayıda spesifik çalışmanın bulunduğu söylenmelidir.

Buradan hareketle bu çalışma, eziyet yasağını işkenceden ayrı olarak, özellikle uluslararası belgelerin içeriklerinde doğrudan bulunmasa da aramayı amaçlamaktadır. Böylece çalışmanın bu alandaki boşluğu doldurmada bir parça yardımcı olacağı ümit edilmektedir. Ayrıca eziyet yasağının temel hak ve özgürlükler ışığında Anayasa Mahkemesi içtihatlarında kendisine nasıl yer bulduğu sorusu da cevaplanacaktır.

İşte bu çalışma, inceleme konusu kavramın uluslararası belgelerde yer alıp almadığı ve özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından doğrudan Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında nasıl ele alındığı sorularına cevap aramaktadır.

Anahtar Kelimeler

İşkence, eziyet, zalimane muamele, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* 3-5 Mayıs 2018 tarihlerinde Alanya Alaattin Keykubat Üniversitesi'nde gerçekleşen 4. ASOS Congress'te 2. Gün 2. Oturum'da Gökbel Yaylası Salonunda sunulan "Eziyet Yasağını Uluslararası Belgelerde Aramak" başlıklı bildirin geliştirilmiş halidir.

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: yilmazenes45@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1469-6788> (Makalenin Geliş Tarihi: 18.10.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 19.10.2018-24.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 22.10.2018-12.11.2018)

*** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: erayacar@gmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 18.10.2018) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8524-6127> (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 19.10.2018-24.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 22.10.2018-12.11.2018)

THE PROHIBITION OF TORMENT IN INTERNATIONAL DOCUMENTS AND THE CONSTITUTIONAL COURT'S HANDLING OF THE PROHIBITION OF TORMENT

Abstract

The Turkish Criminal Code numbered 5237 has organized and sanctioned the acts which constitute torment, different from the Turkish Criminal Code numbered 765. In both practice and doctrine the explanations on the concepts of torture and torment have generally taken the prohibition of torture, explanations of torment have remained in the background. In this respect, it should be said that there are very few specific studies on the prohibition of torment in the doctrine.

From this perspective, this study aims to seek the prohibition of torment separately from torture, even if it is not directly found in the contents of international documents. Thus, it is hoped that the study will be helpful in filling a breach in this area. In addition, the question of how the prohibition of torment found itself in the case-law of the Constitutional Court in the light of fundamental rights and freedoms will also be answered.

This study aims to question whether the concept of the review is included in international documents and how it is handled in Constitutional Court's judgements, in particular in terms of fundamental rights and freedoms.

Keywords

Torture, torment, cruel treatment, inhuman treatment, degrading treatment

GİRİŞ

Bir konunun uluslararası ya da ulusal belgelerde nasıl ele alınacağı evrensel, bölgesel ve ulusal düzlemlerde kendini göstermektedir. Bir hakkın tanınması, tanımlanması ve koruma mekanizmaları açısından devletlere düşen yükümlülüklerin belirlenmesi, Birleşmiş Milletler sistemi çerçevesinde evrensel, devletlere düşen sorumlulukların denetimi bakımından bölgesel ve özü itibarıyla ilgili hakkın gerçekleştirilmesi ve ihlallerin yerinde önlenmesi bakımından ulusal boyutta düzenlenirler¹.

Bu bağlamda ulusal düzeyde 1982 Anayasası, 17. maddesinde eziyeti işkence ile birlikte kesin olarak yasaklamıştır. Bu anayasal güvencenin bir uzantısı olarak eziyet, *bir kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlara maruz kalmama hakkı* çerçevesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 96. maddesi ile yaptırıma bağlanarak kanuni güvenceye kavuşturulmuştur².

Bununla birlikte mülga 765 sayılı TCK'da ise eziyet kavramına doğrudan yer verilmemişti. Ancak işkence suçunun düzenlendiği hükümde, işkenceden sonra zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerden bahsedilmekteydi.

Belirtmek gerekir ki mülga TCK'daki durum, evrensel ve bölgesel düzlemlerde kaleme alınan neredeyse bütün uluslararası belgelerde söz konusudur. Gerçekten de evrensel olarak Birleşmiş Milletler nezdindeki metinlerde, bölgesel bazda ise Avrupa, Amerika ve Afrika örneklerinde olmak üzere pek çok metinde, küçük birkaç farklılık haricinde işkencenin hemen ardından zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı kötü muameleler yasaklanmıştır.

Bu çalışmada, ana hatlarıyla eziyet yasağının ve onunla ilişkili diğer kavramların ulusal ve uluslararası düzlemde nasıl ele alındıkları üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda çalışma iki temel bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde eziyet suçunun ulusal düzlemde ele alınışına ve bununla paralellik arz eden zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamelelerin uluslararası metinlerde ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarındaki yerine değinilecektir. Son bölümde ise Anayasa Mahkemesi'nin hem ulusal düzenlemeler hem de uluslararası alandaki karşılığı bağlamında eziyet yasağına ilişkin kararları irdelenecektir.

¹ **Eren**, Abdurrahman: *Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (119-180), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s. 119; **Yüzbaşıoğlu**, Necmi: *İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması*, Oktay Uygun (Ed.), İnsan Hakları, içinde (397-406), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 397.

² **Balak**, Ahmet Can: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 123.

I. ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZLEMDE EZİYET YASAĞI

A. Genel Olarak

Öncelikle belirtilmelidir ki, aşağıda tek tek sayılan ve bu çalışma kapsamında ayrı başlıklar altında değinilecek olan bütün genel ve özel nitelikteki sözleşmeler, ilgili maddelerinde işkencenin hemen ardından, *zalimane davranış, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza* kavramlarına yer vermektedir³.

Buradan da anlaşılacağı üzere eziyet yasağı, aşağıdaki belgelerde doğrudan yer almasa bile insan onuruyla bağdaşmayan, insanlık dışı ya da küçültücü kötü muamele kavramlarının içerisinde dolaylı surette bulunabilir. Zira eziyet suçunu oluşturan insan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı veren hareketler, mana itibarıyla gayriinsani ve zalimane davranışlara karşılık gelmektedir⁴.

Bu noktada imzacı devletlere bütün organlarıyla insan onurunu koruma ve gözetim görevini yükleyen⁵, değişik kategorilerde hak ve özgürlükleri içine alan *genel* nitelikteki bildiri ve sözleşmeler ile doğrudan işkence ve diğer kötü muamelelerin önlenmesine ilişkin *özel* nitelikteki bildiri ve sözleşmelere şunlar örnek verilebilir:

Genel Nitelikteki Bildiri ve Sözleşmeler:

- 10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi,
- 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi),
- 20 Kasım 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirisi,
- 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi,
- 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi,
- 26 Haziran 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı,

³ **Anayurt**, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı, içinde (421-460), C.XII, S. 1-2, 2008, s. 423.

⁴ **Artuk**, Mehmet Emin: *İşkence Suçu (TCK m.94, 95)*, CHD, Y.3, (7), 5-40, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 23.

⁵ **Anayurt**, Ömer: *İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (181-212), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s. 181; **Hafizoğulları**, Zeki/**Ketizmen**, Muammer: *İşkence ve Eziyet Suçları*, Mehmet Ünal ve diğerleri (Ed.), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, içinde (1207-1214), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 1207; **Hakeri**, Hakan: *Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (341-374), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s. 341; **Ünver**, Yener: *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, CHD, Y.3, S. 7, 40-82, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 55; **Üzülmez**, İlhan: *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu*, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S. 5, 2005, 227-247, s. 227.

- 19 Eylül 1981 tarihli İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi,
- 10 Kasım 1983 tarihli Örnek İslam Anayasası,
- 20 Kasım 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi,
- 11 Temmuz 1990 tarihli Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı,
- 20 Aralık 1993 tarihli BM Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi,
- 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü (Roma Statüsü),
- 9 Haziran 1994 tarihli Amerikalılararası Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Sözleşme,
- 14 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı,
- 11 Temmuz 2003 tarihli Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü,
- 11 Mayıs 2011 tarihli Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddeti Önleme ve Bunlarla Mücadele Avrupa Sözleşmesi.

Özel Nitelikteki Bildiri ve Sözleşmeler:

- 9 Aralık 1975 tarihli BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi,
- 10 Şubat 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi,
- 9 Aralık 1985 tarihli Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi,
- 26 Kasım 1987 tarihli Avrupa İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Sözleşmesi,
- 9 Ağustos 1999 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü),
- 4 Aralık 2000 tarihli BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezalandırmanın Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesi İlkeleri.

Bu örnekler arasından özellikle BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi oldukça önemlidir; zira ülkemizin bu sözleşmeleri imzalaması nedeniyle işkence yasağını olduğu gibi eziyet yasağını da güvence altına alması gerekmektedir⁶. Diğer bir ifadeyle, işkencede olduğu gibi

⁶ Artuk, s. 5; Önok, R. Murat: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 273; Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet: İşkence Suçu, GÜHFD, C.IV, S. 1-2,

eziyet bakımından da birinci derecede önlem alma yükümlülüğü imzacı devlete aittir⁷. Nitekim işkence suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK m.94'ün gerekçesine göre⁸: *İşkence ile ilgili olarak bu Sözleşmede taraf devletlere yüklenen yükümlülüklerin “işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiiller” açısından da geçerli olduğu kabul edilmiştir.*

B. Ulusal Düzenlemeler

1. 1982 Anayasası

Öncelikle konunun hemen başında ifade etmek gerekirse, *“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”* hükmüne yer veren 1982 Anayasası m.17/3, işkence ile eziyet kavramlarını sanki bir bütünün ayrılmaz parçaları gibi ele almıştır. Ayrıca içerik itibarıyla düzenlemenin kavramları geniş anlamı ile öngördüğü anlaşılmaktadır⁹.

Buna karşın, yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da, özü itibarıyla aynı davranışlara karşılık gelse de işkence ve eziyet iki ayrı suç tipi olarak ele alınmıştır.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 96. maddesinde *bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişiyi cezalandırmak* suretiyle mevzuatımızdaki eziyet suçunu düzenlemiştir. Ancak açıkça belirtmek gerekir ki eziyet fiilinin tanımına, madde metninde değil, madde gerekçesinde yer verilmiştir. Buna göre, *“Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulmaması gerekir.”*¹⁰

Esasen eziyet suçuna ilişkin madde gerekçesinde verilen tanım, 5237 sayılı TCK m.94'te *“algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi”* bölümü haricinde işkence suçunun fiiline karşılık gelmektedir. Buna göre, *bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar*

178-200, 2000, s. 183 ve 185; Ünver, s. 76; Yokuş Sevük, Handan: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu*, MÜHFD, 2009/1, 85-115, s. 85.

⁷ **Algan**, Bülent: *İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, içinde (1-36), Ankara Üniversitesi Yayınları No:316, Ankara 2011, s. 2.

⁸ **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet: *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 123-124.

⁹ **Bayraktar**, Köksal: *İşkenceyi Önlemenin Yolları*, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul 1998, 185-190, s. 185.

¹⁰ **Artuk/Gökçen**, s. 127.

bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiği takdirde işkence suçu oluşacaktır. İşkence ve eziyetin arz ettiği paralellik izahından varestedir¹¹.

Bu nedenle maddenin düzenleniş şekliyle belirlilik ilkesi bakımından kanunilik ilkesi dolandırıldığı için söz konusu düzenleme öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹².

3. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

765 sayılı TCK'nın 243. maddesi¹³, "*Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa*" diyerek işkence suçunu düzenlemiştir.

Hemen fark edileceği üzere 765 sayılı TCK, 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak eziyet suçunu düzenlemek şöyle dursun, peşi sıra sayılan ifadeler arasında eziyete bir kavram olarak bile yer vermemiştir.

C. Birleşmiş Milletler Nezdindeki Bazı Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler nezdinde ortaya çıkmış pek çok metinde insan onurunu korumaya yönelik çok sayıda örnek bulmak mümkündür; zira yukarıda da bahsi geçen tüm bildiri ya da sözleşmelerde işkencenin akabinde zalimane, gayriinsani, onur kırıcı ya da aşağılayıcı muamelelerden açık bir biçimde bahsedilmektedir.

Biz burada, bunlardan sadece pek çok açıdan taşıdıkları anlam itibarıyla ilk olma niteliğini haiz olan BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname, BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi ile İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni doğrudan zikredeceğiz.

¹¹ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 258; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 300.

¹² Balak, s. 127; Bayraktar, Köksal: *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S. 5, Nisan 2005, 220-226, s. 223; Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s. 121 ve 128; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 281; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rifat Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2017, s. 292; Yokuş Sevük, Handan: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu*, İÜHF, C.LXXI, S. 1, 1273-1290, s. 1274.

¹³ İçel, Kayıhan/Yenisey, Feridun: *Ceza Kanunları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997, s. 191.

1. BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilerek ilan olunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesinde¹⁴, “*Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.*” denilerek doğrudan adı geçmese de eziyet mana itibarıyla yer almıştır. Burada zikredilen işkence ve diğer muamelelerin, uluslararası arenada ilk defa bu hükümlerle yasaklandığına dikkat çekilmesi gerektiğini düşünmekteyiz¹⁵.

2. BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi

İşkence hususunda en iyi tanımlamayı yaptığı söylenen 9 Aralık 1975 tarihli Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi¹⁶ de bir yorum kaynağı olarak gözden kaçırılmamalıdır¹⁷. Zira bu Bildiri, *işkenceyi*, 1. maddesinin 2. fıkrasında açıkça *zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezanın ağırlaştırılmış ve kasıtlı işlenen şekli* olarak tanımlamaktadır.

Buradan hareketle işkence gerek nitelik gerekse nicelik bakımından diğer kötü muamelelerin en ağır halidir.

3. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (İşkenceye Karşı Sözleşme-İKS)

İşkenceyi etraflıca tanımlayan ilk insan hakları sözleşmesi, 10 Şubat 1984 tarihli bu Sözleşme olduğu için ayrı bir öneme sahiptir¹⁸. İşkenceye Karşı Sözleşme, işkenceyi m.1/1'de şöyle tanımlamıştır¹⁹:

¹⁴ Anayasa Hukukçuları Derneği, Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 636; **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 7; **Gemalmaz**, Mehmet Semih: İşkence Yasağına İlişkin Ulusüstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s. 4.

¹⁵ **Algan**, s. 5.

¹⁶ Bildiri'nin tam metni için bkz. **Gemalmaz**, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, s. 807-813.

¹⁷ **Algan**, s. 5; **Nuhoğlu**, Ayşe: *İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, içinde (527-592), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No.8, İstanbul 1999, s. 532-533.

¹⁸ **Er**, Cüneyd, *İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*, TBBD, 2005/60, 169-188, s. 170.

¹⁹ **Gemalmaz**, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, s. 817-818; **Gemalmaz**, İşkence Yasağına İlişkin Ulusüstü Belgeler, s. 45.

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/(sindirmek) için; 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/(bedensel) gerekse manevi/(zihinsel) ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylemdir. Bu, kanuna uygun yaptırımların sadece uygulanmasından doğan, (ya da) bu yaptırımların kendisinde var olan yahut arızı biçimde oluşan acı ve ıstırapı içermez.

Öte yandan, Sözleşme'nin 16. maddesi taraf devletleri, işkencenin yanında diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele ve cezayı da önleme yükümlülüğü altına sokmaktadır²⁰:

1. Her Taraf Devlet, kendi yargı yetkisi altındaki herhangi bir ülkede/(yerde), Madde 1'de tanımı verilen işkence derecesine varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza oluşturan eylemlerin, bir kamu görevlisi yahut kamusal sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle işlenmesini önlemeyi taahhüt edecektir. Özellikle, Madde 10, 11, 12 ve 13'te düzenlenen yükümlülükler, işkence terimine yapılan göndermelerde bunlar, diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya da gönderme yapar şekilde uygulanacaktır.

2. Bu Sözleşme hükümleri, zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele yahut cezayı yasaklayan, yahut sınır dışı ya da iade etmeye ilişkin bulunan herhangi bir başka uluslararası bir belge ya da ulusal hukuk hükümlerine halel getirmeyecektir.

Burada, esas itibarıyla içerik veya taraf devletlere yüklenen sorumluluk noktasında herhangi bir farklılık bulunmamakla birlikte²¹, Sözleşme'nin diğer metinlerden farklı olarak konuyu iki ayrı maddede düzenlemiş olmasının ve “bu madde, daha kapsamlı uygulama hükümlerini ihtiva eden ya da edebilecek olan herhangi bir uluslararası belgeye ya da ulusal mevzuata halel getirmez”

²⁰ Artuk, s. 6; Demirdal, M. Balkan: *BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (247-270), Astana Yayınları, Ankara 2015, s. 250; Nuhoglu, s. 545, 564 ve 568; Önok, s. 72; Özgen, Eralp: *İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması*, TBBD, 1988/2, 208-233, s. 218; Gemalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler*, C.II, s. 824; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Uluslararası Belgeler*, s. 49.

²¹ **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, s. 424.

hükümünü içeren Sözleşmenin birinci madde ikinci fıkrasının²² daha kapsamlı düzenlemelere açık kapı bıraktığının altı çizilmelidir.

Bu minvalde örneğin AIHM, AIHS m.3 bağlamında yaptığı değerlendirmelerde muamelenin hangi ihlal kapsamında olduğunu “*günün koşulları ışığında*” ele alır. Ayrıca iç hukuk, Mahkeme’nin diğer muamelelerden kabul ettiği bir davranışı, işkence düzeyinde görmüşse, Sözleşmenin getirdiği standartların üzerinde bir uygulama söz konusu olacağından Mahkeme ve Sözleşmeler buna itibar ederler²³. Ancak bunun aksi tabii olarak düşünülemez.

Bu durum, konuya ilişkin bir örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelenebilir²⁴. Kanaatimizce söz konusu çerçevede, Mahkeme’nin Sözleşmeyi *yaşayan bir organizma olarak nitelediği ve dinamik olarak yorumladığı* söylenmelidir. Bu açıdan sözleşmeciler devletler, *insan haklarına saygı yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmak için de Mahkemece üretilen içtihat hukukunu yakından takip etmek zorundadırlar*. Nitekim Mahkemenin bu alanda çizdiği *sınırlar, zaman içerisinde değişmekte ve işin doğrusu sürekli bir evrimle genişlemektedir*²⁵.

Gerçekten de dinamik yorum ilkesi altındaki bu genişlemeyi, AIHM’in, başvuranın maruz kaldığı muameleleri insanlık dışı muamele olarak gördüğü *Tomasi/Fransa* kararı ile hemen hemen aynı ağırlıktaki başka muameleleri işkence olarak değerlendirdiği *Selmouni/Fransa* kararlarına dayanarak örneklen-dirmek mümkündür²⁶. Buradan hareketle, AIHM, “*insan haklarının korunmasında standartların ve çitanın giderek yükseldiğini, dolayısıyla demokratik*

²² **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, s. 818; **Gemalmaz**, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s. 45.

²³ **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, s. 455.

²⁴ **Reidy**, Aisling: The Prohibition of Torture – A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Avrupa Konseyi, Human Rights Handbooks, No.6, Almanya 2003, s. 5.

²⁵ **Yanık**, Murat, *1982 Anayasası’nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi*, GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı, içinde (1133-1162), C.XII, S. 1-2, 2008, s. 1145-1147; “**The Court has previously examined cases in which it concluded that there had been treatment which could only be described as torture** (see the Aksoy judgment cited above, p. 2279, §64, and the Aydın judgment cited above, pp. 1891-92, §§83-84 and 86). **However, having regard to the fact that the Convention is a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions”** (see, among other authorities, the following judgments: Tyrer v. United Kingdom, 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, §31; Soering cited above, p. 40, §102; and Loizidou v. Turkey, 23 March 1995, Series A no. 310, pp. 26-27, §71), **the Court considers that certain acts which were classified in the past as “inhuman and degrading treatment” as opposed to “torture” could be classified differently in future.**” Selmouni v. France, App. No.25803/94, 28.7.1999, §101.

²⁶ **Önok**, s. 168.

toplumların ana değerlerinin ihlalinde de daha katı ve tolerans eşiği daha düşük değerlendirilmelerin yapılması gerektiği”nin altını çizmektedir²⁷.

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerce yaygın olarak kabul gören standartlar ve gelişmelerden etkilenmektedir ve etkilenmelidir de²⁸.

Bu bağlamda İşkenceye Karşı Sözleşme ise, zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyle yönelik bir tanımlama ya da bir örnekleştirme yapılarak, işkence ile bu davranışlar arasında bir ayrıma gitmiştir. Sözleşme'nin evrensel yargılamaya yapabilmeye ilişkin hükümler içeren 5 vd. maddelerinin, kendilerini işkence ile sınırlamaları, bunun somut örneğini oluşturur²⁹. 16. maddenin düzenlenişinden hareketle, İKS ve İşkenceye Karşı Komite'nin bir tanımlamadan özellikle kaçındığı görülebilir. Komite, raporlarında genellikle, somut olayların zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olduğunu tespit etmekle yetinir. İKS ve Komite'nin söz konusu suçlara ilişkin tanımı, esas olarak işkence ağırlığına ulaşmayan eylemlerin de yasaklanması amacını taşır³⁰.

İKS'nin meseleyi iki ayrı düzenlemede ele alması ve AİHM'in işkence ve diğer muameleler arasında içtihatlarında tespit ettiği nicelik farkı, işkence yasayla korunan değere verilen ehemmiyetin ne ölçüde büyük olduğunu göstermektedir³¹.

D. Bölgesel Düzeydeki Bazı Düzenlemeler

İnsan onuru ile ilgili temel hak ve özgürlüklerin bölgesel düzlemdeki koruma çabalarına³² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı örnek gösterilebilir.

Bilindiği üzere, bu bağlamdaki bir sözleşme ve sözleşmeye bağlı oluşturulan koruma mekanizmaları esasen bir bölgesel örgüte ya da bir örgütlenme sürecine dayanır. Amerika kıtasında 30 Nisan 1948 tarihinde Amerikan Devletleri Örgütü Şartı ile ortaya çıkan Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika kıtasında 25 Mayıs 1963 tarihinde Afrika Birliği Şartı ile kurulan Afrika Birliği,

²⁷ Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, s. 430; “It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.” Selmouni v. France, App. No.25803/94, 28.7.1999, §101.

²⁸ Reidy, s. 7.

²⁹ Nuhoglu, s. 562 ve 568.

³⁰ Huntington, Erin, *Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: A Definitional Approach*, University of California Davis Journal of International Law and Policy, Vol.21-2, pp. 279-300, s. 293-294.

³¹ Er, s. 171-172; Önok, s. 408.

³² Doğan, İlyas/Kaya, Mehmet, İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 78.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nı başarıyla ortaya koyabilmişlerdir³³.

Ancak kadim kıta Asya'da veya binlerce adanın yer aldığı Pasifik'te benzer şekilde herhangi bir çalışma yapıp yapılmadığı sorgulanabilir. Bu coğrafyada kimi zaman bütünüyle başarısız olunmuşken, kimi zaman ise kısmen başarı elde edilmiştir³⁴. Buna örnek olarak, bölgesel bazda bir örgütlenmeye gitse bile sözleşmesel bazda netice alamayan, Arap Devletleri Birliği ve daha sonra ismini İslam İşbirliği Teşkilatı olarak değiştiren İslam Konferansı Örgütü gösterilebilir³⁵.

Öte yandan, Birleşmiş Milletler ya da Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun çalışmalarına rağmen, Asya-Pasifik bölgesinde sahip olunan çeşitlilik dolayısıyla, ciddi bir örgütlenmeye gidilememiş ve doğal olarak sözleşmesel bir sonuca da ulaşılammıştır³⁶.

Şüphesiz bu örnekler arasında en etkin işleyişe sahip olan ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir³⁷.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)³⁸

Avrupa Konseyi üyesi hükümetler, 4 Kasım 1950 tarihinde, Roma'da, dünyada barış ve adaletin tesis edilebileceği yönünde bir inançla *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)* üzerinde anlaşmaya varmışlardır. Sözleşme, her şeyin üzerinde tuttuğu *insan haklarına saygı yükümlülüğünü*, daha ilk maddesinde taraf devletlere yükler³⁹.

³³ Bu hususta daha kapsamlı ve detaylı bilgi için bkz. **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 335-513; Amerika ve Afrika kıtalarındaki durumu kısa ve öz bir şekilde ortaya koyan şu çalışmalara da ayrıca bkz. **Doğan**, İlyas/Özdemir, Omca: *Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (307-338), Astana Yayınları, Ankara 2015; **Doğan**, İlyas/Özdemir, Omca: *Afrika'da İnsan Haklarının Gelişimi ve Koruma Mekanizmaları*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (339-366), Astana Yayınları, Ankara 2015.

³⁴ **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s. 515.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Anayurt**, *İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 184-185 ve 191-192; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s. 517 vd.; **Önok**, s. 153-155.

³⁶ **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s. 523-524.

³⁷ **Yanık**, s. 1141.

³⁸ Sözleşme'nin başlıca özellikleri ve konu, kişi, yer ve zaman bakımından uygulama alanı hususunda bilgi sahibi olmak için bkz. **Tezcan**, Durmuş/Erдем, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 68 vd.

³⁹ **Çavuşoğlu**, Naz: *Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi*, Oktay Uygun (Ed.), İnsan Hakları, içinde (456-477), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 456; **Reidy**, s. 5.

Öte yandan Sözleşme, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğüne dayalı ortak bir anlayış ve mirastan hareketle **bağlayıcı bir denetim mekanizması** ortaya koymuştur. Böylelikle bireye sağlanan güvencelerin ihlallerini yaptırma tabi tutarak, bireyleri, uluslararası hukukun birer süjesi haline getirmiştir⁴⁰. Zaten bu durum, sözleşmenin önemini asıl olarak ortaya koyan özelliğidir⁴¹. Bölgesel düzlemde aşağıda ele alınacak örneklerle birlikte düşünüldüğünde, Sözleşme'nin şüphesiz en etkili işleyen koruma sistemini getirmiş olması, bu özelliğin gücüne güç katmaktadır⁴².

Sözleşme, *işkence yasağı* kenar başlığı ile 3. maddesinde “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” demek suretiyle kısa ve öz ifadelerle bireyi mutlak bir koruma altına almıştır⁴³. Görüldüğü üzere düzenleme, bireyleri sadece resmi makamlara karşı değil, başka kişilere karşı da korumaktadır. Bu kapsamda yalnızca kamu görevlilerince gerçekleştirilen işkence değil, kimden gelirse gelsin insanlık dışı ya da onur kırıcı nitelikteki her türlü muamele yasaklanmıştır⁴⁴.

Diğer uluslararası metinlerin neredeyse tamamında yer verilen “zalimane” (cruel) ibaresi, ilginçtir ki AİHS m.3 düzenlemesinde tercih edilmemiştir. Bununla birlikte, işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele kavramları yalnızca soyut olarak sayılmıştır. İçeriklerin tespiti ya da diğer bir ifadeyle tanımlamaları AİHM içtihatlarına bırakılmıştır⁴⁵.

Üçüncü madde düzenlemesi, Sözleşme'nin en kısa hükümlerindedir. Ancak söz konusu kısıklık, maddenin, özündeki derinliğe herhangi bir şekilde hanel getirmez⁴⁶. Zira, bu yasak için, Sözleşme'nin *olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma* kenar başlıklı 15. maddesi, zaruret hali dahil hiçbir istisnayı kabul etmemekte, yani söz konusu yasağın hiçbir koşulda uygulama dışı bırakılamayacağı ifade etmektedir⁴⁷. Bu da işkence veya benzeri kötü muame-

⁴⁰ **Gözübüyük**, A. Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 13-14; **Önok**, s. 159; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 68.

⁴¹ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 11.

⁴² **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, s. 423; **Çavuşoğlu**, s. 457; **Algan**, s. 8 ile 21 vd.

⁴³ Anayasa Hukukçuları Derneği, s. 602; **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler*, C.I, s. 8; **Gemalmaz**, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s. 208; **Yokuş Sevük**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu*, s. 85.

⁴⁴ **Yokuş Sevük**, 5237 Sayılı *Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu*, s. 1273.

⁴⁵ **Önok**, s. 169.

⁴⁶ **Çiftçiöğlü**, Cengiz Topel: *Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı*, Fasikül CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, Y.7, S. 65, 14-26, s. 19; **Reidy**, s. 8.

⁴⁷ **AİHS m.15/2-** “Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.” Anayasa Hukukçuları Derneği, s. 606; küçük çeviri farkları için bkz. **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler*, C.I, s. 14; **Gemalmaz**,

leye tâbi olmamayı, sert çekirdekli⁴⁸, mutlak⁴⁹, dokunulmaz bir hak niteliğine sokar⁵⁰. AİHM, m.3'ün kapsamının mutlaklığını, *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında şöyle ifade eder⁵¹:

Sözleşme, işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaları, mağdurun davranışından bağımsız olarak, mutlak surette yasaklar. Sözleşme'nin ve 1 ve 4 No.'lu Protokollerin (P1, P4) ağırlıklı maddelerinin çoğunun aksine, 3. Madde (madde 3) istisnalara yer vermediği gibi, 15. madde 2. fıkra (madde 15-2) hükmü uyarınca, toplum yaşamını tehdit eden genel bir tehlike halinde bile, bu yasaktan vazgeçilmesi söz konusu olamaz.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 19. maddesiyle kurulmuş olan Mahkeme'ye, Taraf devletlerin verdikleri taahhütlere uymalarını sağlama görevi yüklenmiştir⁵². AİHM, üstlendiği bu görevi yerine getirirken verdiği kararları, genel itibarıyla sözleşmenin bütünlüğü, özerk ve dinamik yorum ile orantılılık ilkeleri ve demokratik toplumun gerekleri çerçevesinde ele alır⁵³. Nitekim soyut nitelik taşıyan normların kapsam ve içeriğinin belirlenerek somut olaylara uygulanabilmesi için kuralların yorumlanması bir zorunluluktur.

İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s. 209; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s. 21-22; **Nuhoğlu**, s. 529.

⁴⁸ **Bakım**, Sevi: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 22.

⁴⁹ **Doğan/Kaya**, s. 10 ve 12.

⁵⁰ İşkence ve kötü muamele yasağının hukuki niteliği noktasında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 133-135; **Çiftçiöğlü**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı*, s. 20; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 198; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 137 vd., ayrıca aynı eserde "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesi Hükmü ve Değerlendirmesi" için bkz. s. 507 vd.; **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, s. 443; hakkın dokunulmazlığı/mutlaklığı noktasında bazı örneklerle ayrıca bir değerlendirme için bkz. **Anayurt**, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (213-281), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s. 214-217.

⁵¹ **Dutertre**, Gilles: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s. 57; *Ireland v. United Kingdom*, App. No: 5310/71, 18.1.1978, § 163.

⁵² Anayasa Hukukçuları Derneği, s. 607; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s. 15; AİHS, ilk halinde Avrupa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonundan oluşan ikili bir denetim sistemi kurmuştu. 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11. Protokolle, daimi Mahkeme, eski Mahkeme ve Komisyonun yerini almıştır. **Yokuş Sevük**, Handan: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi*, CHD, Y.7, (20), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, 7-42, s. 8; **Reidy**, s. 6; Mahkeme'nin, kabul edilmezlik kararı vermek, başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermek, bireysel başvuru ve devlet başvurularını çözümlenmek gibi görevlerine yönelik detaylı bilgi için bkz. **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 157-168.

⁵³ Kapsamlı inceleme için bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 139-154; **Doğan**, İlyas: *Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (247-270), Astana Yayınları, Ankara 2015, s. 392 vd.

Öte yandan, Mahkeme özellikle m.3'te tanımlarına yer verilmeyen işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele bakımından tedrici bir değerlendirme yapmakta, ayrıca bir tanım yapmamaktadır⁵⁴. Ancak yine de Mahkeme'nin bahsini ettiğimiz derecelendirmeyi yaparken, BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1975 tarihinde kabul ettiği 3452 sayılı Kararı⁵⁵ ile 26 Haziran 1987 tarihli BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nde yer alan işkence tanımlarını özellikle baz aldığı söylenmelidir⁵⁶. Buna göre, gerçekleştirilen muamelenin üçüncü maddenin içeriğine dahil olması için, **asgari bir ağırlık düzeyine** ulaşması, en azından *asgari derecede şiddet* başvurulması gerekmektedir⁵⁷. Ancak üçüncü maddenin içeriğinde böyle bir koşul doğrudan zikredilmemiştir ve asgari ağırlık eşliğine ilişkin mevcut durum, Sözleşme organlarının müstakar kararlarıyla oluşmuştur⁵⁸.

AİHM içtihatlarında 3. maddenin ihlal edilmiş sayılması için asgari düzeyde bir şiddetin varlığı aranmaktadır. İşkence ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve de kötü muamele arasındaki fark, mağdurun duyduğu acı ve ıstırapın yoğunluğu ile farklılaşır. Hem asgari şiddet düzeyinin hem de işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında ayırma giderken aranan şiddet ağırlığının somut olayın niteliğine göre değişiklik arz ettiğini belirtmek gerekir. Şiddetin ağırlığı kriteri, doktrinde yeterince ayırt edici olmaması dolayısıyla oldukça eleştirilmektedir⁵⁹.

Diğer taraftan uluslararası koruma mekanizmalarınca ayırt edicilik hususunda uygulamada farklılıklar da göze çarpmaktadır. Örneğin AİHM ağırlık kriterini baz alırken, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, "*ciddiyet*" ve "*yoğunluk*" kriterini baz alır⁶⁰. Ağırlık konusunda bir başka husus ise, sübjektif

⁵⁴ **Reidy**, s. 11.

⁵⁵ Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi.

⁵⁶ **Dutertre**, s. 66 vd.; **Yokuş Sevük**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi*, s. 12; **Reidy**, s. 11-12.

⁵⁷ **Reidy**, s. 10; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 143 vd.; **Yokuş Sevük**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi*, s. 10; **Yokuş Sevük**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu*, s. 87.

⁵⁸ **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 219; **Reidy**, s. 10; AİHM, 25 Mart 1992 tarihli **B./Fransa** Kararı, 18 Ocak 1978 tarihli **İrlanda/Birleşik Krallık** Kararı ile 25 Nisan 1978 tarihli **Tyrer/Birleşik Krallık** kararlarında, değinmeye çalıştığımız hususun göreceliliğini özetler mahiyette şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: "Söz konusu muamelenin 3. Madde'nin ihlali anlamına gelmesi için, **asgari derecede şiddet içermesi gerekir**. Bu asgari derecenin değerlendirilmesi de esas olarak görecektir; bu değerlendirme davanın tüm koşullarına, özellikle de nitelik ve içeriğine, muamelenin süresine, fiziksel veya ruhsal etkilerine ve bazen de mağdurun cinsiyet, yaş ve genel sağlık durumuna bağlıdır." **Dutertre**, s. 63.

⁵⁹ **Weissbrödt**, David/**Heilman**, Cheryl: *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, Law and Inequality, Vol.29, 2001, pp. 343-394, s. 384.

⁶⁰ **Cabrera v. Dominican Republic** kararında ise Mahkeme, AİHM'den farklı olarak "ağır" acı ve ıstırap yerine fiziki veya mental acı ve ıstırap tabirini kullanmaktadır. Bkz. **Cabrera v. Dominican Republic**, Case 10.832, p.81-83 (1997).

mi yoksa objektif mi değerlendirme yapmak gerektiğidir. Pek çok mahkeme mağduru esas olarak sübjektif bir ölçüme gitmektedir. Ancak örnek olarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, kararlarında hem “*objektif*” hem de “*sübjektif*” kıstası kullanmıştır. Hem eylemin doğası, amacı ve sabitliği hem de mağdurun fiziki ve ruhsal durumu, muamelenin etkisi, mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu ve sosyo-kültürel arka planını değerlendirmeye dahil etmiştir⁶¹.

Amaç unsuru, yine işkence ve diğer kötü muamele türlerinin ayırt edilmesinde kullanılan bir kriterdir. AIHM, içtihatlarında genellikle İşkenceye Karşı Sözleşme’de yasaklanmış amaçları gözetir. *Eğmez/Kıbrıs ve Denizci/Kıbrıs* kararlarında kötü muamelenin çeşitli derecelerine kasten maruz bırakılan mağdurlara karşı **itiraf elde etme amacıyla hareket edilmediği için** 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna **varılmamıştır**⁶². Diğer taraftan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, İKS’de sayılan amaçların temsili olduğu gerekçesiyle tecavüz amacıyla gerçekleştirilen eylemleri de bu kapsamda saymıştır⁶³.

Ayrıca gerek asgari düzeydeki şiddet gerekse işkencenin kabulüne neden olacak ciddi acı ve ıstırapı meydana getirecek olan şiddet, Mahkeme’nin yaptığı gibi, her somut olayda göreceli olarak ele alınacaktır⁶⁴. Tabii ki bu göreceliliği dikkate alacak ve kademeli şekilde değerlendirmeyi yapacak olan kişi, aslında ulusal düzlemde yer alan hâkimdir⁶⁵.

Kısacası, değerlendirilecek her üç fiilin de içeriğinde maddi ve manevi acı barındırdığı kuşkusuzdur. Aralarındaki farkın tespiti bakımından Mahkeme’nin dikkate aldığı en temel ölçüt, şiddet farkıdır⁶⁶. Tam da bu noktada, tedrici denilen kısım, ortaya konan şiddetin yoğunluğuna göre aşağılayıcı muameleden başlayıp işkenceye kadar ağırlaşan basamakları ifade eder⁶⁷. Başka bir deyişle bu derecelendirme, insan onuruyla bağdaşmayan, insanlık dışı muamele ile işkence arasındaki **ağırılık ve yoğunluk farkının** tespitidir⁶⁸. Diğer muamelelere nazaran

⁶¹ **Harper**, Julliane: *Defining Torture: Bridging the Gap between Rhetoric and Reality*, Santa Clara Law Review, Vol.49, 2009, pp. 893-928, s. 903.

⁶² *Denizci v. Cyprus*, ECHR, App. No. 25316-25321/94 and 27207/95, 23.05. 2001 , §225, §312-13; *Eğmez v. Cyprus*, ECHR, App. No. 30873/96, 21.12.2000, §315, §336.

⁶³ *Prosecutor v. Delalic*, ICTY, Case No. IT-96-21-T, Nov. 16, 1998, Judgment, §470-71.

⁶⁴ **Bakım**, s. 124; **Nuhoğlu**, s. 534; **Yokuş Sevik**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi*, s. 11; **Yokuş Sevik**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu*, s. 87.

⁶⁵ **Önok**, s. 172.

⁶⁶ **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihatlarında İşkence Kavramı*, s. 432; **Doğan**, İlyas/**Çamurcuoğlu**, Gülden: *İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (451-474), Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 451-452.

⁶⁷ **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 226-235; **Dutertre**, s. 65; **Yokuş Sevik**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu*, s. 87 ve 96; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 248.

⁶⁸ **Demirbaş**, Timur: *İşkence Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 53-57; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 147; **Yokuş Sevik**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi*, s. 10; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 198 vd.; **Reidy**, s. 12.

en barbar ve zalimane niteliğe sahip olması bakımından işkence, diğer muameleleri de içeren bir “*jenerik (genel) kavram*” olarak görülmektedir⁶⁹.

2. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS)

22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, ülkemiz açısından bağlayıcılığı olmasa da temel bir yorum kaynağı olarak değerlendirilebilir⁷⁰.

Bu Sözleşme'nin *insanca muamele görme hakkı* kenar başlıklı 5. maddenin özellikle konumuzla alakalı 1. ve 2. fıkraları, insanın kişiliğinde doğrudan bulunan onuruna saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu ifade eder⁷¹:

1. Her kişi, bedeni, zihni ya da moral/(ahlaki/manevi) bütünlüğüne saygı gösterilmesine hak sahibidir.

2. Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insan kişiliğine yerleşik onuruna saygı gösterilerek muamele görecektir.

Öncelikle Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu maddeye, *insanca muamele görme hakkı* kenar başlığını uygun görmesi, *işkence yasağı* kenar başlıklı AIHS m.3'e göre isimlendirme bakımından daha doğru ve güzel bir tercihtir⁷². Öte yandan, kamu görevlisinin dahli ve ağırlık eşliği gibi şartların bulunmaması dolayısıyla Sözleşmedeki tanımlama, İşkenceye Karşı Sözleşme'deki tanımdan daha geniş kapsamlıdır⁷³.

Ayrıca bu Sözleşme, 27. maddesinin ilk fıkrasında belirli şartların varlığı halinde *güvencelerin askıya alınmasını* düzenlerken, ikinci fıkrasında herhangi bir şekilde askıya alınması mümkün olmayan haklar arasında *insanca muamele görme hakkına* da yer vermiştir. Buna ek olarak, Sözleşme'nin 33. maddesiyle taraf devletlerin Sözleşme'ye riayetlerini sağlamak ve olası ihlallerde sorumluluklarını belirlemek için Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi kurularak yetkilendirilmiştir⁷⁴.

⁶⁹ “*une notion générique*” **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, s. 423; **Anayurt**, *İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 181.

⁷⁰ **Algan**, s. 9; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 10; Sözleşme'nin tam metni için bkz. **Gemalmaz**, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler*, C.I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 730-761.

⁷¹ **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler*, C.I, s. 732; **Gemalmaz**, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s. 408.

⁷² **Anayurt**, *İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 187.

⁷³ **Nowak**, Manfred, *What's in a name? The prohibitions on torture and ill treatment today*, in *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, Conor Gearty and Costas Douzinas (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 307-328, s. 313.

⁷⁴ **Gemalmaz**, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s. 412; **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, C.2, s. 356; **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler*, C.I, s. 742 ve 744.

Ame.İHM, verdiği pek çok kararla bütün işkence türü davranışların *ius cogens* kurallardan olduğunu ve mutlak biçimde yasak olduğunu belirtmiştir⁷⁵. Mahkeme, hukuksuz tutulmaların insan onurunu ihlal edeceğini⁷⁶, uzun müddet izole ve iletişim imkânlarından yoksun biçimde tutulmanın zalimane ve insanlık dışı muamele olacağını⁷⁷ kabul etmiştir.

Loayza-Tamayo/Peru kararında, zalimane ve insanlık dışı muamelenin varlığı için fiziki bir müdahalenin şart olmadığı, psikolojik acı ve ıstırapın da tek başına kötü muamele sayılabileceği belirtilmiştir⁷⁸. Öte yandan hukuksuz tutulan ve bu tutulma esnasında ölen kimsenin yakınlarının duyduğu acı, ıstırap, korku, güvensizlik ve güçsüzlük hissi de mahkemece kurbanın yakınları açısından zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kabul edilmiştir⁷⁹.

Buna karşın, insanlık dışı muamelenin varlığı için AİHM'in içtihatlarında aradığı asgari düzeyde şiddete başvurulmuş olması, aşağıda etraflıca görüleceği üzere Türk Anayasa Mahkemesi'nin eziyet yasağına ilişkin değerlendirmesinde de aranmaktadır. Dolayısıyla Ame.İHM'nin yukarıda kısaca zikredilen kararlarından hareketle, özellikle manevi acı ve ıstırap bakımından insanca muamele görme hakkının daha iyi korunduğu aşıkardır.

Gelinen noktada, *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin hiç kimsenin işkenceye ya da zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağına ilişkin hükmünün farkında olarak*, Amerikan Devletleri Örgütüncü 9 Aralık 1985 tarihinde ilan edilen Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi de zikredilmelidir⁸⁰.

Sözleşme'nin ilk maddesinde Taraf Devletlerin işkenceyi önleme ve cezalandırmayı üstlendikleri ve akabinde ikinci maddesinde işkenceden ne anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁸¹. Bunun yanı sıra, Sözleşme, altıncı maddesinde Taraf Devletlere, etkin yargısal tedbirler alma misyonu yüklemektedir. Ve bu görevin, yalnızca işkencenin önlenmesi ve cezalandırılması bakımından olmayıp, diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezayı önlemek ve cezalandırmak üzerine de olacağı vurgulanmalıdır⁸².

⁷⁵ Urritia v. Guatemala, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.103, 21.11.2003, p.92.

⁷⁶ Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.99, 7.06.2003, p.96.

⁷⁷ Bámaca Velásquez v. Guatemala, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.91, 05.11.2000, p.150; Fairén Garbí and Solís Corrales v. Honduras, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.2, 26.06.1987, p.149.

⁷⁸ Loayza-Tamayo v. Peru, Merits, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.33, 17.10.1997, p.57.

⁷⁹ Juan Humberto Sánchez v. Honduras, p.101.

⁸⁰ **Algan**, s. 9; Sözleşme'nin tam metni için bkz. **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s. 907-916.

⁸¹ **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s. 909; **Gemalmaz**, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s. 413-414; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s. 414-415.

⁸² **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s. 911; **Gemalmaz**, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s. 414; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s. 415.

Her ne kadar Ame.İHS'e taraf olmasa da Amerika Birleşik Devletleri'nde eziyete ilişkin bir tartışmaya değinmekte yarar var. Özellikle kamu görevlilerinin şiddet içeren müdahaleleri, şiddet içeren bir toplanmayı dağıtmak veya ateşli silah bulunduran şüphelilerin kaçışını engellemek gibi müdahalenin gerekli olduğu durumlarda meşru görülmektedir. Meşru müdahale, sınırları aşıldığı takdirde kötü muamele olarak değerlendirilmelidir. ABD'de özellikle terör şüphelilerinin sorgulanması esnasında itiraf elde etmek için şiddet içeren sorgulama tekniklerinin uygulanması bakımından işkence ve diğer kötü muamele türlerinin mutlak ihlal edilmezliğine yönelik oldukça yoğun itirazlar mevcuttur. Bu itirazlara göre, bir terör şüphelisinin kaçması esnasında ateşli silah kullanılarak durdurulması hukuk sınırları içerisinde kabul edilebiliyorken, olası bir terör saldırısını önlemek için bir terör şüphelisine şiddet uygulanmasının mutlak biçimde yasak olması anlamsızdır. Burada yukarıda sayılan kıstaslara ek olarak mağdurun "güçsüzlüğü" faktörü ayırt edici sayılmalıdır. Söz konusu durumların ilkinde kaçmakta olan şüphelinin etrafa zarar verme ihtimali bulunmasına karşın, ikinci durumda şüphelinin tamamen kamu görevlilerinin kontrolü altında olduğu göz önünde bulundurulmalıdır⁸³.

3. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Bölgesel düzlemde bir yorum aracı olarak başvurulabilecek diğer bir uluslararası belge, 26 Haziran 1981 tarihli *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı*'dir⁸⁴.

Şartın 5. maddesi, insan onuruna saygı gösterilmesini ve buna bağlı olarak özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı ceza ve muamele olmak üzere gerçekleştirilecek her türlü sömürü ve aşağılanmanın da yasaklanacağını söyler⁸⁵.

Afrika kıtası üzerinde karşımıza çıkan bir diğer belge de 11 Temmuz 2003 tarihli *Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü* (kısaça *Afrika Kadın Protokolü*)dür⁸⁶. Çalışma konumuzla bağlantısı bakımından, *kişi onuru hakkını* düzenleyen Madde 3'ün, fıkralarında (özellikle üçüncü fıkrasında) Taraf Devletlere, kadınların sömürülmesini yahut aşağılanmasını engellemeye matuf tedbirleri alma ve uygulama görevini yüklediğini ve Madde 4'ün ilk fıkrasında *her kadının yaşamına ve kişi bütünlüğü ile güvenliğine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ve buna mukabil her türlü sömürü, zalimane, insanlık dışı yahut aşağıla-*

⁸³ Nowak, s. 319.

⁸⁴ Algan, s. 9; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 11; Şartın tam metni için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler*, C.I, s. 967-987.

⁸⁵ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler*, C.I, s. 970; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s. 435.

⁸⁶ Protokolün tam metni için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler*, C.I, s. 1075-1099.

yıcı ceza ve muamelenin yasaklanacağına ilişkin düzenlemenin yer aldığını görmekteyiz⁸⁷.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN EZİYET YASAĞINI ELE ALIŞI

A. Anayasa Mahkemesinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Denetimi Mekanizmasında Sahip Olduğu İkincil ve Tamamlayıcı Nitelik

Bilindiği üzere, hak ve özgürlüklerin iç hukuk tarafından korunması esastır. Uluslararası koruma ikincil ve tamamlayıcı nitelik taşır. Buradan hareketle AİHM'in kesinlikle ikinci bir temyiz mercii olmadığına altı çizilmelidir. Nitekim, devletlerin egemenliğine ve yargı organlarının yetkisine saygı ilkesinden doğan iç hukuk yollarını tüketmeden uluslararası bir kuruluşa başvuramama ilkesi, uluslararası hukukun temel kurallarından biridir⁸⁸.

Bu noktada bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesi'nin de kendini nasıl konumlandığı ifade edilmeden geçilmemelidir. AYM, AİHM'in de yaptığı gibi, kendisini derece mahkemelerinin görev ve yetkilerinden soyutlamakta ve sahip olduğu rolün ikincil nitelikte olduğunu beyan etmektedir. Bu bağlamda *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*⁸⁹.

1982 Anayasası'nda *Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma* kenar başlığı altında 90. maddede uluslararası antlaşmaların yasa gücünde olduğu ve anayasaya aykırılıklarının dahi ileri sürülemeyeceği düzenlenmiştir⁹⁰. Bunun yanı sıra 2004 yılında yapılan bir değişiklikle maddeye "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" biçimindeki 5. fıkraya eklenerek, çıkması her zaman muhtemel olan kanun-sözleşme ihtilaflarına en azından temel hak ve özgürlükler boyutuyla bir açıklık getirilmiştir⁹¹.

⁸⁷ **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s. 502; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s. 1082.

⁸⁸ **Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011, s. 596; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 15 ve 63.

⁸⁹ AYM, Cezmi Demir ve diğ. Kararı, T.17.07.2014, B. No:2013/293, §91.

⁹⁰ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 20.

⁹¹ **Tanör**, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 52; ancak, Anayasa 90/son'un bu konudaki önceliği belirlemiş olmasının tek başına yeterli olmayacağı ve uluslararası normun uygulanabilmesi için ulusal mevzuatın nitelik itibarıyla bu norma uyumlu bir karakteri haiz olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Önok**, s. 375-376.

Ancak gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerekse Danıştay ve Yargıtay'ın bu değişiklikten önce de Helsinki Bildirisi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Dünya Tabipler Birliği'nin Tokyo Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bazı uluslararası metinleri, “*destek norm*”, “*ölçü norm*” ya da “*bağımsız-ölçü norm*” adları altında dikkate aldığı ifade edilmelidir⁹².

Örnek olarak özellikle Danıştay'ın 1978 tarihli bir kararında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Nihai Senedi'ne yapmış olduğu doğrudan atıftan hareketle öğretide bir görüşün ifade ettiği şekilde, basit bir kıyas neticesinde İstanbul Protokolü bile bağlayıcı kabul edilebilecektir⁹³:

⁹² **Demirbaş**, s. 52; bu bağlamda, uygulamadaki bazı kararlara dayanarak yapılan kapsamlı değerlendirme için bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 500-510; benzer şekilde bkz. “Hemen belirtmeliyiz ki **Yargıtay**, CGK'nın, 15.06.1999-8-109/164 sayılı kararında olduğu gibi, 1982 Anayasası'nın 90/son fıkrasında yapılan değişiklikten önceki birçok kararında uluslararası belge, sözleşme, pakt ve protokolü **destek norm** olarak kullanmıştır.

Yargıtay, CGK'nın, 15.06.1999-8-109/164 sayılı kararında, o tarihte Türkiye'nin henüz katılmadığı **Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin** 7. maddesine gönderme yaparak, imzalanmamış bir sözleşme hükmünü iç hukuk ve kabul edilmiş bulunan uluslararası sözleşmelere koşut olduğu için **destek normu** olarak kullanmıştır. CGK'nın 15.10.2002 tarih ve 191/362 sayılı bir başka kararında da, iç hukuku değerlendirirken yine Türkiye'nin onayladığı tüm sözleşmelere gönderme yaptığı gibi, **Dünya Tabipler Birliği'nin Tokyo Bildirisine** de değinerek, “insan hakları ayırım gözetilmeksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu, insanlığa karşı işlenen bir insanlık suçudur” gerekçesini kullanarak uluslararası sözleşmelere **destek norm** olarak yer vermiştir. (...) Yargıtay'ın, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeleri **bağımsız-ölçü normu** olarak kabul ettiği kararların bir kısmı Anayasa 90/son değişikliğinden önceki tarihlere (...), bir kısmı ise değişiklikten sonraki tarihlere (...) aittir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.03.1996 gün ve 6-2/33 E/K kararında, **İHAS'ı bağımsız-ölçü normu** olarak doğrudan uygulama yaparken kullandığı gerekçede CMUK'un 406 ve TCK'nın 39. maddelerinin genel, İHAS'ın 6/3-e maddesinin ise özel hüküm olduğuna vurgu yapmış, 12.10.2004 gün ve 8-175/198 E/K kararında ise, genişletilmiş zorunlu konusunda Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 12. maddesinin doğrudan uygulanacağına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi de, öteden beri uluslararası hukukun ulus hukukuna üstünlüğünü benimsemekte, sözleşme hükümlerini **destek norm** olarak algılamakta, aykırılık/uygunluk kararlarında yollama yapmaktadır. Bu kararların Anayasa 90/son maddesi değişikliğinden önce olmasının ayrı bir önemi vardır.” **Doğan/Kaya**, s. 30-31, örnek Yargıtay ve AYM kararları için bkz. dn.82 ve 86;

aksi yönde bkz. “(...) uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkelerinden Anayasa Mahkemesi kararlarında zaman zaman bahsediliyor olsa da, bu normlar ve ilkeler bir ölçü norm değildir; zira bildiğimiz kadarıyla, Anayasa Mahkemesi bugüne kadar, *Anayasaya dayanmaksızın, doğrudan ve sadece* bunlara dayanarak bir kanunu iptal etmiş değildir. O halde, uluslararası hukuk kurallarını ve hukukun genel ilkelerini anayasallık bloğuna dahil etmeye “**destek ölçü norm**” kavramı da yetmez.” **Gözler**, s. 787-788.

⁹³ **Doğan**, İlyas/Akıl, Abdülkadir/Çamurcuoğlu, Gülden: *Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (3-46), Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009, s. 25-26.

Danıştay 12. Dairesi, bir İsveç televizyon ekibiyle ilgili 24.4.1978 tarih, 77/1349 E., 78/955 K. sayılı kararıyla **daha da ileri giderek** bu defa bir uluslararası belgeye atıfta bulunmuştur. Söz konusu kararında Danıştay 12. Dairesi, AGİK çerçevesinde imzaya açılmış bulunan ve **Helsinki Bildirisi** olarak da bilinen **Avrupa Son Senedi**'ne atıfta bulunarak henüz uluslararası hukuk kuralı niteliği kazanmamış, ancak uluslararası bir **bildiri** olarak imzacı devletlere daha çok ahlaki sorumluluk yükleyen bir belgenin de ulusal hukukta hüküm doğurmasını sağlamış gözükmektedir. Danıştay 12. Dairesi bununla ilgili olarak şu ifadeleri kullanmıştır: “...*ilan ve kabul edilmiş insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk metinlerini, sözleşme ve anlaşmaları yineleyen ve insan hak ve özgürlüklerinin ayrıntılı bir güvenlik ve işbirliği anlayışı içinde genişletilerek geliştirilmesini öngören ve 1.8.1975 tarihinde Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 24 ülke imzalanan Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Anlaşması Nihai Belgesi'nde de; buna katılan devletler, gazetecilerin çalışma koşullarını kolaylaştıracaklarını, gazetecileri meslek uğraşlarını yasal yollardan yürütmelerinden dolayı sınır dışı etmeyeceklerini taahhüt etmişlerdir*”. Danıştay burada uluslararası bir buyruk kural (jus cogens) bile olmayan bir uluslararası bildiriye dahi iç hukukta bağlayıcılık kazandırarak iç hukukta uygulamış bulunmaktadır. Helsinki Nihai Senedi öğretide bir temenniler demeti olarak anılmıştır. Danıştay'ın hukuk metodolojisi bakımından bildiri niteliğindeki bir metni iç hukuk karşısında üstün tutması milletlerarası belgelere bazen “inanca dayalı” bir değer atfedilebildiğini göstermesi bakımından ilgiyi hak etmektedir. Bu durumda basit bir kıyaslama ile dahi **İstanbul Protokolü**'nün evleviyetle bağlayıcı olacağını şimdiden söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu cihetle aslında söz konusu değişikliğin hukuk düzeni bakımından ciddi bir yenilik arz etmediği, belki de sadece fiili durumun pozitifleştirilmesi bakımından sınırlı bir katkı sunduğu söylenebilir⁹⁴.

Böylelikle, Türk normlar hiyerarşisinde kanunlar ile anayasa arasında “*temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası anlaşmalar basamağı*”nın ihdas edildiği kanaatimizce yerinde bir tespit olacaktır⁹⁵.

Ancak bu hususun, özellikle şu iki noktada açıklamaya ihtiyacı vardır⁹⁶:

- (i) herhangi bir uyuşmazlık halinde milletlerarası anlaşmalara üstünlük tanınması gereken mercilerin genel mahkemeler olduğu ve
- (ii) bunların da hiç şüphesiz milletlerarası anlaşmaya aykırılığı dolayısıyla bir kanunu iptal etmek gibi herhangi bir yetkisinin bulunmadığı.

Özel olarak ifade edecek olursak, ahde vefa ilkesi gereği taraf devletleri bağlayan ve uluslararası hukukun da temel kaynağı olan yukarıda bir kısmını

⁹⁴ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 505.

⁹⁵ **Gözler**, s. 686.

⁹⁶ **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 235.

zikrettiğimiz ve usulünce yürürlüğe girmiş olan belgeler, kanaatimizce de Anayasa m.90/5 gereğince hukukumuzun bir parçasıdır⁹⁷. Hatta dahası bu belgelerin, Anayasaya aykırılıklarının dahi ileri sürülemeyeceği dikkate alındığında, kanunlar karşısında daha korunaklı ve üstün, ancak anayasa karşısında ise anayasa altı bir konuma sahip oldukları kabul edilebilir⁹⁸.

Görüldüğü üzere çizilen çerçevede, temel hak ve özgürlüklere ilişkin durumlarda öncelikle baz alınması gereken husus, uluslararası sözleşmeler olacaktır. Bu bağlamda örnek vermek gerekirse, “*söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gibi, bir milletlerarası antlaşma, yalnızca kanun hükmünde olmayıp, aynı zamanda kanunlarla çelişkili hükümler içerdiğinde dahi öncelikle esas alınacaktır*”⁹⁹. İşkence ve eziyet suçu özelinde ise, ülkemizde 1988 yılında yürürlüğe giren İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin, TCK’nın m.94-96 hükümleri karşısında daha kapsamlı ve koruyucu olduğu gerekçesiyle Anayasa m.90/5 uyarınca uygulama önceliği olduğunu örnek olarak gösterebiliriz¹⁰⁰.

Ulusal düzlemde bu konuya esas itibarıyla dikkat etmesi gereken merciler, ulusal otoriteler ve genel mahkemelerdir¹⁰¹. Fakat ne yazık ki uygulamada mahkemelerin bu yönde kendilerinden beklenen özeni gösterdiği söylenememektedir¹⁰².

Kısacası insan haklarına saygı yükümlülüğü en ufak bir tartışmaya mahal verilmeden harfîyen yerine getirilmelidir. Ayrıca, “*söz konusu yükümlülüğün kapsam ve sınırları konusunda yorum yapma yetkisinin ise, iç ve dış koruma kurumları olan Anayasa Mahkemesi, AIHM ve BM İnsan Hakları Komitesi gibi organlarda olduğunda şüphe yoktur*”¹⁰³.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Uygulaması Işığında Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağı Üzerine Yaptığı Ayrıntılı Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen vakalara ilişkin vermiş olduğu kararlarda “*ışkence*”, “*eziyet*” ve “*insanlık dışı muamele*” kav-

⁹⁷ Özgen, s. 211; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 117 vd.

⁹⁸ Aksar, Yusuf: Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 175; Gözler, s. 522; Tanör, Bülent: Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s. 29.

⁹⁹ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I, (Hzl. Köksal Bayraktar ve Diğerleri), 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 183.

¹⁰⁰ Nuhoğlu, s. 585; Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu, s. 99-100.

¹⁰¹ Doğan/Akıl/Çamurcuoğlu, s. 25; Reidy, s. 5.

¹⁰² Çiftçioğlu, Cengiz Topel: Yaşama Hakkı, TBB, 2012/103, 137-168, s. 164.

¹⁰³ Yanık, s. 1134 ve 1159.

ramlarını, işkence ve eziyet yasağını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında oldukça detaylı bir incelemeye tâbi tutmaktadır¹⁰⁴. Mahkeme'nin kapsamlı irdelemesi, bu hususta verilebilecek pek çok örnek¹⁰⁵ arasında en kapsamlı incelemeyi yapan *Cezmi Demir ve diğerleri Başvurusu* üzerinden arz edilebilir¹⁰⁶:

80. Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye "işkence" ve "eziyet" yapılamayacağı, kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

81. Devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir.

82. Anayasa'nın 17. maddesi ayrıca Devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye, bu muameleler üçüncü kişiler tarafından yapılmış olsa bile, maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yükletmektedir. Dolayısıyla yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda Devletin 17. maddenin üçüncü fıkrası anlamında sorumluluğu ortaya çıkabilir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *Mahmut Kaya/Türkiye*, B. No: 22535/93, 28/3/2000, § 115).

¹⁰⁴ Altunç, Sinan: *Eziyet Suçu*, Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar (1), içinde (371-390), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 375.

¹⁰⁵ AYM, Ali Rıza Özer ve diğerleri Kararı, T.06.01.2015, B. No:2013/3924, §72-83; AYM, Arif Haldun Soygür Kararı, T.15.10.2015, B. No:2013/2659, §45-59; AYM, Aslı Kırmızı Demirseren Kararı, T.15.04.2014, B. No:2013/5680, §30-34; AYM, C.K. Kararı, T.15.12.2015, B. No:2013/8728, §46-59; AYM, Cemil Danişman Kararı, T.16.07.2014, B. No:2013/6319, §41-45; AYM, Cengiz Çakır Kararı, T.20.11.2014, B. No:2013/7526, §38-48; AYM, Deniz Yazıcı Kararı, T.10.12.2014, B. No:2013/6359, §60-75; AYM, Emel Leloğlu Kararı, T.17.07.2014, B. No:2013/3512, §26-30; AYM, I.Y. Kararı, T.17.07.2014, B. No:2012/1213, §29-33; AYM, K.A. Kararı, T.11.11.2015, B. No:2014/13044, §87-95; AYM, Mehmet Ergin Kararı, T.05.11.2015, B. No:2013/2891, §26-30; AYM, Mesut Özbezen Kararı, T.15.04.2014, B. No:2013/8175, §28-32; AYM, Murat Karabulut Kararı, T.18.02.2016, B. No:2013/2754, §56-65; AYM, Rıfat Bakır ve diğerleri Kararı, T.11.03.2015, B. No:2013/2782, §107-113; AYM, Süleyman Devenci Kararı, T.16.10.2015, B. No:2013/3017, §78-91; AYM, Şenol Gürkan Kararı, T.09.09.2015, B. No:2013/2438, §65-68 ve 77-80; AYM, Tahir Canan Kararı, T.18.9.2013, B. No:2012/969, §22-24; AYM, Turan Günana, T.19.11.2014, B. No:2013/3550, §31-40; AYM, Ümit Yalçın Kararı, T.26.02.2015, B. No:2014/12984, §50-54; AYM, Yusuf Burak Çelik Kararı, T.20.11.2014, B. No:2013/2538, §20-25.

¹⁰⁶ AYM, Cezmi Demir ve diğerleri Kararı, T.17.07.2014, B. No:2013/293, §80-92.

83. 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 aşılp 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.

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

85. 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 ayrımcı bir nedenle kasten ağır acı veya ızdırap vermeyi kapsadığı belirtilerek, "*kasıt*" unsuruna da yer verilmiştir.

86. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10/12/1984 tarihinde kabul edilen ve 26/6/1987 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye'nin de 10/8/1988 tarihinde taraf olduğu İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Sözleşme bakımından 'işkence', bir kimseye, kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa daya-

nan her hangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.”

87. Yine anılan Sözleşme'nin 15. maddesi “*Her bir Taraf Devlet, işkence sonucu alındığı ortaya çıkan bir ifadenin, işkence yapmaktan sanık bir kimse- nin aleyhine bu beyanın alındığına dair bir delil olarak kullanılması hariç, hiçbir yargulamada delil olarak ileri sürülememesini sağlar.*” hükmüne; 16. maddesi de “*1. Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı 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. Sözleşmenin özellikle 10, 11, 12 ve 13. maddelerinde yer alan yükümlülükler, işkence sözcüğü yerine diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele veya ceza terimleri koyularak uygulanır.*” hükmüne yer vermiştir.

88. “**İşkence**” seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler “**eziyet**” olarak tanımlanabilir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Bu hal- lerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak “**eziyet**”te, ızdırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (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 muame- leleri “*insanlık dışı muameleler*” olarak nitelendirmiştir (bkz. yukarıda geçen *İrlanda/Birleşik Krallık*; *Ilaşcu 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 bağlamında “eziyet” olarak nitelendirile- bilir.**

89. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen **aşa- gılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin** ise “*insan haysiyetiyle bağdaş- mayan*” 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.**

90. Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. Muamele- nin kamuya açık olarak yapılması onun aşağılayıcı ve insan haysiyetiyle bağ- daşmayan nitelikte olup olmamasında rol oynasa da, bazı durumlarda kişinin kendi gözünde küçük düşmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilmektedir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 52). Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapılıp yapılmadığı dikkate alınsa da böyle bir amacın belirleneme- mesi, kötü muamele ihlali olmadığı anlamına gelmeyecektir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *V/Birleşik Krallık*, [BD], B. No: 24888/94, 16/12/1999, § 71). Bir muamele hem **insanlık dışı/eziyet** hem de **aşağılayıcı/insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele** niteliğinde olabilir (benzer AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen *İrlanda/Birleşik Krallık*). **Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken, insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele insanlık dışı/eziyet niteliğinde olmayabilir.** Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı dav- ranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler “*insan haysiyetiyle bağdaş- mayan*” muamele olarak ortaya çıkabilir.

91. Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yasaklanmış bir eylem teh- didinde bulunmak da, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, bu madde- nin ihlali sonucunu doğurma riskini taşıyabilir. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan*” muamele oluş- turabilir. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gäfgen/Almanya* [BD], B. No:22978/05, 1/6/2010, § 91; *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, B. No: 7511/76 - 7743/76, 25/2/1982, § 26).

92. Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişiye yönelik, kendi eylem ve tavır- ları mutlaka kuvvet kullanılmasını gerektirmedikçe, zora başvurulması, insan onurunun zedelenmesi ve ilke olarak Anayasa’nın 17. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen yasağın ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir.

Görüldüğü üzere Mahkeme, işkence, eziyet, insanlık dışı muamele ile insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleleri detaylı biçimde incelemektedir. Burada önemle vurgulanması gereken husus şudur: Mahkeme, AİHM içtihatları doğrultusunda yapmış olduğu insanlık dışı muamele tanımına istinaden bu tarz eylemleri, m.17/3 çerçevesinde yer alan “*eziyet yasağı*” içerisinde değerlendirmekte- dir. Mahkeme bu hususu 4 Kasım 2015 tarihli *Hamdiye Aslan Kararı*’nda

açıkça ifade etmiştir¹⁰⁷. Bu noktada Mahkeme'nin, insanlık dışı muameleleri eziyet olarak nitelenmesine rağmen, insan haysiyetiyle bağdaşmayan, aşağılayıcı muameleleri eziyet olarak görmediği söylenebilir.

Ancak kanaatimizce mevzumuz gerek işkence gerek insanlık dışı muamele gerekse eziyet olsun, tüm bu hususlarda doğrudan korunan değer insan onuru olduğu için, AİHS m.3 ile AİHM içtihatlarının yol gösterici niteliği göz ardı edilmemelidir¹⁰⁸. Buna örnek kabilinden, 8 Ocak 2009 tarihli *Filiz Uyan/Türkiye* kararına bakmak yeterli olacaktır¹⁰⁹. Karara göre, jinekolojik muayene için hastaneye götürülen hükümlünün kelepçelerinin gerçekleştirilmeye çalışılan muayene esnasında ısrarla çıkarılmamasının ve bir paravanın arkasına geçmiş olsalar bile üç erkek güvenlik görevlisinin aynı odada bulunmasının, **muayene gerçekleştirilmemiş olmasına rağmen**, insan onuruyla bağdaşmayan nitelikte olduğu kabul edilmiştir¹¹⁰.

¹⁰⁷ Altunç, s. 375; ““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 (Tahir Canan, § 22). Bu hâllerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak “eziyet”te, ıstırap 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; 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 (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 bağlamında “eziyet” olarak nitelendirilebilir** (Cezmi Demir ve diğerleri, § 88).

Mahkeme, olayların süregelişinin, başvurucuya uygulanan acı ve ızdırap verici eylemlerin, kendisine yöneltilen olaylar hakkında itiraf ve/veya beyanda bulunmasını sağlamak, herhangi bir şekilde davranması için gözdağı vermek veya ayrımcılığa dayalı herhangi bir gerekçeyle bilinçli olarak uygulandığını net bir şekilde doğrulamadığını, gerek İlk Derece Mahkemesi kararından gerekse somut olayın kendine has koşullarından, başvurucuya yönelik eylemlerin belirli bir amaç veya saik doğrultusunda yapıldığı konusunda kuşku bırakmayacak bir çıkarsamaya varılmadığını ifade etmiştir. Buna rağmen Mahkemeye göre ortaya çıkarılan fiiller, başvurucunun maruz kaldığı kötü muamelelerin “eziyet” seviyesinde olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli bulunmaktadırlar.” AYM, Hamdiye Aslan Kararı, T.4.11.2015, B. No:2013/2015, §85, §112, §117; T.C. Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2015, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, s. 158-159.

¹⁰⁸ Ünver, s. 65 ve 69.

¹⁰⁹ Filiz Uyan v. Turkey, App. No: 7496/03, 08.01.2009; ayrıca bkz. Ahmet Özkan and others v. Turkey, App. No: 21689/93, 06.04.2004.

¹¹⁰ **Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi**, s. 11 ve 29-30.

Dolayısıyla eziyet suçunu karşılayan *bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya aşağılanmasına yol açacak davranışların* gerçekleştirilmesi, kanunda öngörülen diğer şartların da varlığı halinde kanaatimizce AİHS’te zikredilen aşağılayıcı muameleleri de karşılar niteliktedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, AİHM’in yapmış olduğu işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele biçimindeki üçlü sıralamayı benimsemekle birlikte, eziyeti sadece insanlık dışı muameleyle denk görmekle kanımızca 5237 sayılı TCK’nın AİHS m.3 bakımından sağladığı koruma alanını daraltmıştır. Bu nedenle bir kişinin insan onuruna yönelik bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine ya da aşağılanmasına sebep olacak davranışların, Sözleşme’de belirtilen aşağılayıcı muameleleri de kapsayacak şekilde anlaşılması, insan onurunu çok daha koruyucu niteliğe büründürcektir.

SONUÇ

Öncelikle bu çalışma kapsamında değinilen bütün genel ve özel sözleşmelerin ilgili maddelerinde işkencenin hemen ardından, *zalimane davranış, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza* kavramlarına yer verildiği görülmüştür.

1982 Anayasası’nın 17. maddesinin 3. fıkrasının ise, “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” hükmüyle işkence ile eziyet kavramlarını sanki bir bütünün ayrılmaz parçaları gibi ele aldığı söylenebilir. Buna karşın, bu anayasal temele dayanarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda işkence (m.94-95) ve eziyet (m.96) iki ayrı suç tipi olarak düzenlenmiştir.

Tarihsel olarak daha öncesine gidildiğinde 765 sayılı TCK’da, 5237 sayılı Kanun’dan farklı olarak eziyet suçu ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak bununla birlikte, işkenceden sonra sırasıyla diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelelerin tıpkı pek çok uluslararası belgede olduğu üzere adeta bir söz öbeği gibi birlikte ele alındığı söylenebilir.

Eziyet yasağı, yukarıda bahsi geçen uluslararası belgelerde doğrudan yer almasa bile insan onuruyla bağdaşmayan, insanlık dışı ya da küçültücü kötü muamele kavramlarının içerisinde dolaylı surette bulunabilir. Zira eziyet yasağını oluşturan insan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı veren hareketler, sözlük anlamı itibarıyla gayriinsani ve zalimane davranışları karşılamaktadır.

İşkence ve devamında sayılan zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı kötü muamelelerin yasaklandığı düzenlemeler, evrensel boyutta BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve bölgesel boyutta ise

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı gibi örnek olarak verilebilecek uluslararası belgelerde birbirlerine oldukça yakın ifadelerle ele alınmaktadır.

Uluslararası Sözleşmeler birlikte okunduğunda, tüm düzenlemelerde, işkence ve (eziyet ile benzerlik kurduğumuz) diğer kötü muamele türü davranışların, kişi bütünlüğü ve insan onuruna karşı en önemli ve ağır ihlallerden olduğu kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki insan haklarına saygı yükümlülüğü, en ufak bir tartışmaya mahal verilmeden harfiyen yerine getirilmelidir. Ayrıca, söz konusu yükümlülüğün kapsam ve sınırları konusunda yorum yapma yetkisinin ise, iç ve dış koruma kurumları olan Anayasa Mahkemesi, AİHM ve BM İnsan Hakları Komitesi gibi organlarda olduğunda şüphe yoktur. Ancak uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemelerde, bu tip yasaklara ilişkin sınırlandırma ve kısıtlamanın öngörülmediği görülebilir. Bir diğer husus ise anılan metinlerde kötü muamele teşkil eden fiillerin ve bunların yöneldiği insan onuru, insan değeri gibi kavramların tanımlarına yer verilmemiş olmasıdır. Uluslararası alanda kesin biçimde yasak olduğu ve en ağır insan hakkı ihlallerinden sayılan kötü muamele türü fiillerin henüz net bir tanımından bahsetmek mümkün değildir. Üstelik genellikle birlikte zikredildikleri işkence yasağı ile aralarındaki ayırım da net değildir. Hatta benzer fiillerde farklı yargı organlarının işkence veya insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kararı verdikleri görülmüştür. Bu nedenle işkence ile diğer zalimane davranış türleri arasındaki ayırımın netleştirilmesi gerekir¹¹¹.

Uygulanan şiddetin objektif olarak oldukça ağır oluşu, doğrudan işkencenin varlığı için aranan şiddet yoğunluğu koşulunun sağlandığı sonucuna götürülebilir. Uzun müddet şiddetli dayığa maruz bırakma, elektrik şoku verme, yakma, asma, tecavüz gibi eylemler genellikle işkence boyutunda şiddetin varsayılmasını sağlar. Ancak eylemin kasten ve belirli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmiş olması da işkence ve diğer kötü muamele türleri arasındaki ayırmada aranması gereken hususlardır. Bunlar haricinde İşkenceye Karşı Sözleşme'deki tanımı takiben, eylemi gerçekleştiren failin kamu görevlisi olması ya da kamu görevlilerince örtülü de olsa eyleme onay verilmesi kriterini arayan yargı organları da mevcuttur. Amerikalıların İnsan Hakları Sözleşmesi ve Roma Statüsü'nde failin resmi statüsü işkencenin varlığı için aranan şartlardan değildir. Aynı şekilde Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nde de kamu görevlisinin somut olaya müdahalesi aranmamaktadır¹¹².

Genel olarak uluslararası sözleşmelerde ve uluslararası yargı organlarının kararlarında işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki farklılığın yeterince belirgin olmadığı görülebilir. AİHM, içtihatlarında 3. maddenin ihlal edilmiş sayılması için asgari düzeyde bir şiddetin varlığını aramaktadır. İşkence ile

¹¹¹ Bu görüşün tam tersi biçimde işkence ve diğer kötü muamele türlerinin birleştirilerek daha geniş bir koruma sağlanabileceği görüşü de söz konusudur. Bkz. **Harper**, s. 922.

¹¹² **Nowak**, 314.

insanlık dışı ve aşağılayıcı kötü muamele arasındaki fark, mağdurun duyduğu acı ve ıstırapın yoğunluğu ile farklılaşır. Hem asgari şiddet düzeyinin hem de işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında ayrıma giderken aranan şiddet ağırlığının somut olayın niteliğine göre değişiklik arz ettiğini belirtmek gerekir. Şiddetin ağırlığı kriteri, doktrinde yeterince ayırt edici olmaması dolayısıyla oldukça eleştirilmektedir. Diğer taraftan uluslararası koruma mekanizmalarınca ayırt edicilik hususunda uygulamada farklılıklar da göze çarpmaktadır. Örneğin AIHM ağırlık kriterini baz alırken, Ame.İHM, “*ciddiyet*” ve “*yoğunluk*” kriterini baz alır.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yoluyla önüne gelen vakalara ilişkin vermiş olduğu kararlarda, “*ışkence*”, “*eziyet*” ve “*insanlık dışı muamele*” kavramlarını, özellikle işkence ve eziyet yasağını düzenleyen Anayasa’nın 17. maddesi bağlamında oldukça detaylı bir incelemeye tâbi tutmaktadır. Bu noktada Mahkeme’nin, insanlık dışı muameleleri eziyet olarak nitelenmesine rağmen, insan haysiyetiyle bağdaşmayan, aşağılayıcı muameleleri eziyet olarak görmediği söylenebilir.

Bu açıdan Anayasa Mahkemesi, AIHM’in yapmış olduğu işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele biçimindeki üçlü sıralamayı benimsemekle birlikte, eziyeti sadece insanlık dışı muameleye denk görmekte kanımızca 5237 sayılı TCK’nın AIHS m.3 bakımından sağladığı koruma alanını daraltmaktadır.

Sonuç olarak, eziyet yasağının karşılığı sayılabilecek insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele tarzı eylemlerin uluslararası alanda pek çok farklı düzenlemede yer aldığı ancak bu düzenlemelerin işkence ile aradaki farkı net olarak ortaya koyamadıkları söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Aksar**, Yusuf: Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Algan**, Bülent: *İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, içinde (1-36), Ankara Üniversitesi Yayınları No:316, Ankara 2011.
- Altunç**, Sinan: *Eziyet Suçu*, Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar (1), içinde (371-390), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Anayasa Hukukçuları Derneği, Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Anayurt**, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı, içinde (421-460), C.XII, S.1-2, 2008.
- Anayurt**, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (213-281), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Anayurt**, Ömer: *İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (181-212), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Artuk**, Mehmet Emin: *İşkence Suçu (TCK m.94, 95)*, CHD, Y.3, (7), 5-40, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet, Gerekçeli Ceza Kanunları, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Bakım**, Sevi: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Balak**, Ahmet Can, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- Bayraktar**, Köksal: *İşkenceyi Önlemenin Yolları*, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul 1998, 185-190.
- Bayraktar**, Köksal: *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S.5, 2005, 220-226.
- Çavuşoğlu**, Naz: *Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi*, Oktay Uygun (Ed.), İnsan Hakları, içinde (456-477), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

- Çiftçiöğlü**, Cengiz Topel: *Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı*, Fasikül CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, Y.7, S.65, 14-26.
- Çiftçiöğlü**, Cengiz Topel: *Yaşama Hakkı*, TBBD, 2012/103, 137-168.
- Demirbaş**, Timur: *İşkence Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Demirdal**, M. Balkan: *BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (247-270), Astana Yayınları, Ankara 2015.
- Doğan**, İlyas: *Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (247-270), Astana Yayınları, Ankara 2015.
- Doğan**, İlyas/**Akıl**, Abdülkadir/**Çamurcuoğlu**, Gülден: *Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (3-46), Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009.
- Doğan**, İlyas/**Çamurcuoğlu**, Gülден: *İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (451-474), Astana Yayınları, Ankara 2015.
- Doğan**, İlyas/**Kaya**, Mehmet: *İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Doğan**, İlyas/**Özdemir**, Omca: *Afrika'da İnsan Haklarının Gelişimi ve Koruma Mekanizmaları*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (339-366), Astana Yayınları, Ankara 2015.
- Doğan**, İlyas/**Özdemir**, Omca: *Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (307-338), Astana Yayınları, Ankara 2015.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I, (Hzl. Köksal Bayraktar ve Diğerleri)*, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016.
- Dutertre**, Gilles: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007.
- Er**, Cüneyd: *İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*, TBBD, 2005/60, 169-188.
- Eren**, Abdurrahman: *Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (119-180), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Gemalmaz**, Mehmet Semih: *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002.
- Gemalmaz**, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.*

- Gemalmaz**, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Gemalmaz**, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Ketizmen**, Muammer, *İşkence ve Ezizyet Suçları*, Mehmet Ünal ve diğerleri (Ed.), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, içinde (1207-1214), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- Hakeri**, Hakan: *Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (341-374), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Harper**, Julliane, *Defining Torture: Bridging the Gap between Rhetoric and Reality*, Santa Clara Law Review, Vol.49, 2009, pp. 893-928.
- Huntington**, Erin: *Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: A Definitional Approach*, University of California Davis Journal of International Law and Policy, Vol.21-2, pp. 279-300.
- İçel**, Kayıhan/**Yenisey**, Feridun: Ceza Kanunları, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997.
- Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018.
- Nowak**, Manfred: *What's in a name? The prohibitions on torture and ill treatment today*, in The Cambridge Companion to Human Rights Law, Conor Gearty and Costas Douzinas (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 307-328.
- Nuhoglu**, Ayşe: *İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, içinde (527-592), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No.8, İstanbul 1999.
- Önok**, R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2015.
- Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

- Özgen**, Eralp: *İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması*, TBBD, 1988/2, 208-233.
- Özgenç**, İzzet/**Şahin**, Cumhuriyet: *İşkence Suçu*, GÜHFD, IV(1-2), 178-200, 2000.
- Reidy**, Aisling: *The Prohibition of Torture - A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Avrupa Konseyi, Human Rights Handbooks, No.6, Almanya 2003.
- T.C. Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2015, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016.
- Tanör**, Bülent: *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994.
- Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rifat Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2017.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Ünver**, Yener: *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, CHD, Y.3, S.7, 40-82, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Üzülmez**, İlhan: *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu*, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S.5, 2005, 227-247.
- Weissbrödt**, David/**Heilman**, Cheryl: *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, Law and Inequality, Vol.29, 2001, pp. 343-394.
- Yanık**, Murat: *1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi*, GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı, içinde (1133-1162), C.XII, S.1-2, 2008.
- Yokuş Sevük**, Handan: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi*, CHD, Y.7, (20), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, 7-42.
- Yokuş Sevük**, Handan: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu*, MÜHFD, 2009/1, 85-115.
- Yokuş Sevük**, Handan: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu*, İÜHF, C.LXXI, S.1, 1273-1290.
- Yüzbaşıoğlu**, Necmi: *İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması*, Oktay Uygun (Ed.), İnsan Hakları, içinde (397-406), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

