

kuralının öngördüğü kritere göre geçerli veya geçersiz hale gelir. Geçerlilik kriterinin şartlarını yerine getiren bir kural, hukuki geçerlilik kazanmış olur. Tanıma kuralı birincil kuralların geçerliliğini kendisinden aldığı, normlar hiyerarşisinin en üstün, nihai geçerlilik kriteridir ve böylece en üstün kuraldır.⁸²

Ancak tanıma kuralının kendisi geçerlilik konusu olamaz; çünkü teorik olarak tanıma kuralı temel nitelikte ve nihaidir. Dolayısıyla kendisinden daha temel olduğu ileri sürülen bir kural tarafından öngörülecek koşullara tabi olamaz. Tanıma kuralının kendisi ne geçerlidir ne de geçersizdir; sadece bu şekilde kullanılması kabul edilmiştir. Tanıma kuralının varlığı, kabul edilmesine dayanan bir gerçekliktir.

Hart, geçerlilik kriterinin hem belirlenmesine hem de içeriğine ilişkin bir sınırlama getirmeyiz. Ona göre böyle bir sınırlandırma gerekli değildir. Yetkililer geçerlilik kriterini belirlerken geçerli bir metne, yasama organının koyduğu

kanunlara, veya geçmiş yargı kararlarına dayandırabilirler.⁸³

Yetkililer, geçerlilik kriterinin içeriğini belirleme konusunda da serbesttir. Bu anlamda Hart, geçerlilik kriterinin içeriksiz olabileceği gibi içerikli de olabileceğini kabul etmektedir.⁸⁴ Böylece geçerlilik kriteri, sosyal kaynağa dayanabileceği gibi, ahlaki ilkeleri veya değerleri de içerebilir. Yani tanıma kuralı sosyal olguya dayanması gerekirken öngöreceği geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanması gerekli değildir.⁸⁵

Bu durum tanıma kuralının sosyal kural olma özelliğini de etkilemez çünkü Hart'a göre örneğin ahlaki ilkeleri hukuki kılan şey, tanıma kuralındaki geçerlilik şartını yerine getirmeleridir. Yani ahlaki ilkeler hukukilik niteliğini, ahlaki olmalarından değil, tanıma kuralında öngörülen geçerlilik kriterine uygun olmasından alır.⁸⁶ Dolayısıyla, tanıma kuralının sosyal kural olmasını engelleyecek bir durum söz konusu olmaz.

Felsefi ve Sosyolojik Boyutlarıyla İnsan Hakları Hukukuna İlişkin Ulusalüstü Standartlar Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu

Gülçin SÜER* - Mustafa Tarık ŞENTUNA**

İnsan, her şeyin ölçüsüdür.

Protagoras

A- GENEL OLARAK

İşkencenin mutlak bir şekilde yasaklanmasına, ortadan kaldırılmasına yönelik birçok düşünürün görüşlerine, ulusal ve ulusalüstü normatif ve içtihadî standartlara karşın, işkence toplumsal gerçeklik olarak varlığını sürdürmektedir. İşkencenin bir baskı aracı olarak yaygın biçimde kullanıldığı toplumlarda, tek tek bireyler aracılığıyla uygulanan işkencenin, topluma korkmayı öğreterek ciddi bir yaptırım olarak kullanıldığı görülmektedir. Özünde işkence bireyi ya da bireyleri değil, bireylerin yaşadığı tüm toplumu hedef alarak, sadece bireye eziyet edip bu yolla ceza vermekten öte sistematik bir işleve hizmet etmektedir.

Korku üzerine kurulan hukuk düşüncesinde, düşman ceza hukuku, temel hukuk ve devlet düzenini tanımayanları düşman olarak nitelendiren ve onları işleyecekleri suçlarda temel haklardan yoksun bırakmanın yollarını arar. Ancak bu durumda unperson olarak nitelenen, bertaraf edilmek istenen tehlikenin hala ve daima insan olduğu gerçeği asla unutulmamalıdır. Bu gerçeği göremeden işkence yasağını ve

bu yasağı temellendiren değerleri anlayamayız'. Gerçekleştirilmesinde değişik saiklerle hareket edilse de, işkence esas olarak geçmişten günümüze siyasi baskı amacıyla veya adli amaçla kullanılmıştır.

İşkence, uluslararası toplum için ciddi bir endişe konusudur. İşkencenin amacı sadece bireylerin fiziksel ve duygusal yapılarına zarar vermek değildir, kimi durumlarda tüm toplumun iradesini ve onurunu da yok etmeyi amaçlar². Adli aygıtın, devletin otoritesini duygusal ve simgesel biçimde sağlamasının bir aracı olduğunu iddia etmek henüz herkes tarafından paylaşılan ortak bir görüş değildir ama toplumsal bilimlerin yakın bir geçmişteki ilerlemeleri içinde yer almaktadır. İktidar sadece kurumlardan oluşmaz. İktidar aynı zamanda törensel bir kavramdır. Düzene, başka bir deyişle itaat üretmek için ara konaklara gereksinim vardır. Adalet hem çağımızda, hem de başka zamanlarda bu ara konakların başlıcalarından biri olmuş; mevcut egemen güçlerle çoğunluk arasındaki vazgeçilmez diyalog çerçevesini, yöneticilerle somut bir

79) EISELE, "The Activity...", s.365.

80) SILTALA, Raimo; *A Theory of Precedent- From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2000, s.254-255.

81) GREEN, *The Concept of Law Revisited*, Book Review, s.1693.

82) HART, *The Concept...*, s.109.

83) HART, *The Concept...*, s.100-101.

84) UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin...", s.164.

85) UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin...", s.149-150.

86) UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin...", s.160.

* Hakim

** Hakim

1) Hayrettin Ökçesiz, "Düşman Ceza Hukuku Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış II", HFS 16, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu III, İstanbul, s. 31.

2) İstanbul Protokolü, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yay., 2.b., 2003, s. 1.

ilişki içine giren her bireyin içine döküleceği kalıbı sağlamıştır³. İtaat etme, grubun ya da otorite olarak bilinen kişinin söylediklerine uyma, kabul etmedir. Dilimizdeki "emir demiri keser", sözü de itaatin tüm boyutlarını gözler önüne sermektedir. Uyuma davranışı, bireyin gerçek ya da gerçek dışı bir baskı aracılığıyla davranış ve görüşlerini değiştirmesi, grup normlarını kabul etmesidir. Aslında çağcıl adalet, özellikle erkekler ayrılığı ilkesinin biçimselleştiği günümüzde, egemen güç karşısında bireye güvence sağlamalıdır.

İnsanın şiddet eğiliminde kültürün ne derece güçlü belirleyici olduğu bir gerçektir. Kişinin içinde bulunduğu toplumsal ortamın söz konusu amaçlar için şiddete başvuruyu yerinde ve haklı görmesi, şiddete başvurulmaksızın sonuca ulaşılma olasılığının düşünülmemesi, yakalanma ve karşı şiddet riskinin çok az olması gibi nedenler şiddete başvurma sonucunu doğurmaktadır⁴. Şiddetin bu derece olağan karşılandığı, itaat kültürünün yerleştiği toplumda işkenceyle mücadelenin de zorluğu ortadadır.

İşkence, demokratik politikalara hayat veren insan onuru ve değerine saygı ilkesine ters düşer ve demokrasinin bu değerini yaralar. Bu tarz cezalandırma yöntemi, intikam ve öfke politikalarının dile getirilişidir⁵. Hukuk, işlenen suç ne kadar korkunç olursa olsun ya da suçlu cezayı ne kadar hak ederse etsin yönetime, cezalandırdığı kişilerin öldürdüğü gibi öldürmemesi gerektiği şartını dayatır. Mutlak bir şekilde yasaklanmasına karşın, kendini adaleti yerine getirmekle görevli gören bazı yetkililer, suçluluğuna inandıkları kişilere işkence

uygulamayı kendileri bakımından bir hak ve yetki olarak görmekteyiz. Oysa hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan ve faaliyetleri hukuka, Anayasa'ya uygun, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir. Hukukun üstünlüğü anlayışının zihinlere yerleştiği bir toplumda ve devlet yönetiminde işkence olgusunun ortadan kaldırılması mümkündür.

B-İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN ULUSAL VE ULUSALÜSTÜ STANDARTLAR

1982 Anayasası'nın Başlangıcında ve 5.m.'de yer alan insan onuru kavramı, 2.m. hukuk devleti ilkesi, 15.m. dokunulmaz haklar kategorisi, 17.m. kişi dokunulmazlığı, 36.m. hak arama özgürlüğü, 38.m. suç ve cezalara ilişkin ilkelere; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147.m.'sinde yer alan ifade ve sorgunun tarzını belirleyen kurallarla, ifade alma ve sorguda yasak usulleri düzenleyen 148.m., işkence konusuna yaklaşımda önemli ulusal pozitif hukuk normlarıdır. Ceza kanununa teoriler açısından yeni bir felsefe ile yaklaşım isteniyorsa, mağdur eksenine dayalı olarak yaklaşılmalı, mağdurun daha fazla mağduriyetini önlemek için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır⁶. Bu kapsamda, ceza adalet sisteminde mağdur haklarının 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile ayrıca düzenlenmesi de

(CMK 233. m. vd.) işkenceyle mücadelede önemli bir aşama olarak kabul edilebilir.

İyi bir suç siyaseti izlenirken temel ilkenin hukuk devleti olması zorunludur. Ceza kanunlarının insana saygı esasına dayanması, işkence ve eziyet niteliğini gösteren fiillerin etkin biçimde yasaklanması, insan onuruna aykırı cezaları içermemesi gereklidir⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kişilere karşı suçlar kısmının işkence ve eziyet başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 94.m. uyarınca " bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur". İfade etmek gerekir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçunun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi yerindedir. Çünkü, işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan davranışların çoğu zaman başka suç tiplerinde de var oldukları doğru olsa da, işkence suçunun bağımsız olarak düzenlenmesi, bu davranışların ihlal ettiği hukuki yarar açısından bakıldığında, yaralama, öldürme gibi fiillerin mağdurun beden bütünlüğüne, yaşama hakkına; hakaret fiilinin şerefine; cinsel saldırı gibi fiillerin cinsel özgürlüğüne zarar vermelerine karşın, işkencenin insan varlığının temeli olan insan onuruna saldırı teşkil etmesi, davranışın haksızlık içeriği, maddi unsuru oluşturan hareketlerin diğer suç tiplerine göre daha fazla olduğu açıktır. Ancak belirtmek gerekir ki, işkence oluşturan fiillerin sistematik olması ölçütüne kanun metni yerine gerekçede yer verilmesi, suçun

unsuru olarak yasal metinde yer verilmemesi, işkenceyi hem özgü suç olarak düzenleyip hem de özel kast/eylemin ağırlığı kıstasının ortadan kaldırılması, yorum ilkelerine, yasa yapım tekniğine aykırı olmuştur. Çağcıl ceza hukukunda ceza yargıcı, yasal metne titreyen ellerle yaklaşmalı, normun ratio legisine uygun yorum yapmalıdır. Düzenleme bu açıdan uygulamacıyı yorum ilkelerine aykırı sonuçlara ulaştırma tehlikesini taşımaktadır.

Devlet açısından bakıldığında, insan hakları belirli devlette, devletin temel ödevlerini dile getiren talepler olmaktadır. Her devletin yurttaşlarına karşı ödevlerini, insan haklarına uygun olarak çıkarılan yasaları uygulamak oluşturmaktadır⁸. İnsan haklarının korunması ve güvence altına alınmasında yalnızca ulusal hukukun yeterli olmayacağı anlayışından hareketle özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukukta önemli belgeler ve koruma mekanizmaları yapılandırılmıştır. Anayasa'nın 5170 sayılı yasa ile değişik 90/son m.'si gereğince insan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelerin ulusal hukuka üstünlüğü karşısında özellikle hukuk uygulayıcılarının karşılaştıkları sorunlarda bu düzenlemeleri esas almaları yaşamsal önem taşımaktadır. Bu anlamda işkence yasağı ile ilgili olarak insan hakları belgelerinden Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (5.m.), Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (7 ve 10.m), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (3.m.), işkence yasağına özgülenen belgeler olarak Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Bildiri, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme, Birleşmiş Milletler Mahpuslara Yapılacak Muamele

3) Robert Muchembled, *İşkenceler Zamanı, Mutlak Krallar Devrinde İtaat (XV-XVIII. Yüzyıllar)*, Çev. Ali Berktaş, Tüm zamanlar yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 314, 315.

4) Mustafa Tören Yücel, *Kriminoloji*, ikinci bası, Ankara, 2003, s. 83.

5) Austin Sarat, *Devlet Öldürdüğünde*, çev. S.Nihat Şad, Phoenix yay., Ankara, 2002, s.20.

6) Mustafa Tören Yücel, *Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine(Felsefi ve Sosyolojik) Bir Eleştiri*, HFSA 14, s. 184.

7) TBMM Adalet Komisyonu, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, 03.08.2004 tarih, Esas 1/593, Karar 60sayılı rapor, s.44.

8) İonna Kuçuradi, "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları", HFSA 13, s. 41.

Hakkında Asgari Standart Kurallar, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ve Seçmeli Protokolü, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (19.37.39.m.), Birleşmiş Milletler Kolluk Güçleri Görevlilerinin Davranışlarına İlişkin Kurallar (2,3, 5.m.), Birleşmiş Milletler Herhangi Biçimde Alınan ya da Hapsedilen Tüm Kişilerin Korunması İçin İlkeler, Birleşmiş Milletler İşkencenin ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelemesi Hakkında İlkeler, Birleşmiş Milletler Mahpusların İslahı İçin Temel İlkeler, Birleşmiş Milletler Kolluk Güçleri Görevlileri Tarafından Kuvvet ve Ateşli Silahların Kullanılması Hakkında Temel İlkeler, Birleşmiş Milletler Cebri Kaybedilmeye Karşı Bütün Kişilerin Korunması Bildirisi, Birleşmiş Milletler Ölüm Cezası Verilmesi İhtimaliyle Karşı Karşıya Olanların Haklarının Korunmasını Garanti Altına Alan Güvenceler, Birleşmiş Milletler Yasadışı, Keyfi ve Acele İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulması Hakkında İlkeler, Birleşmiş Milletler Küçükler Bakımından Adaletin Yürütümü Hakkında Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları), Birleşmiş Milletler Tıbbi Etik İlkeleri, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığına Dair Temel İlkeler, Bangalor Yargısal Etik İlkeleri, Birleşmiş Milletler Savcılarının Rolüne Dair Temel İlkeler, Budapeşte

İlkeleri gibi ulusalüstü düzenlemeler bulunmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Polis Etiği Kurallarına dair üye devletlere yönelik 2001/10 sayılı tavsiye kararına göre, polis hiçbir şart altında, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı bir muamele veya cezalandırma yapmamalı, yapılmasına önayak olmamalı ve yapılmasını hoş görmemelidir⁹. Doğaldır ki, yaşayan hukuk niteliğinde bulunan insan hakları normları, bunlara ilişkin güvence mekanizmalarının içtihadı-jurisprüdan-siyel standartlarıyla yaşam bulmakta ve bu organların evrimci, dinamik yorumlarıyla gerçek anlamda koruma sağlanmaktadır. Bu açıdan işkence yasağına, suçuna yaklaşımda yalnızca normatif standartların değil, bunun yanında özellikle insan hakları hukukunun bütünselliği ilkesi göz önüne alınarak, işkence ile ilgili uluslararası ve bölgesel sistemlerin uygulama birikiminden yararlanılmaktadır.

C- İNSAN ONURU

İnsan onuruyla bağdaşmayan, kişiye acı ve ıstırap çekirtmeyi amaçlayan ceza uygulaması yapılamaz. Tarihsel süreçte suç işleyen kişiye ceza olarak dayanılmayacak surette acı ve ıstırap çekmesini sağlayan uygulamalara başvurulmuştur¹⁰. Günümüzde bireyin devlet karşısında hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması gereklidir.

Yasayı yorumlayarak ve uygulayarak hukukun ne dediğini söyleme-jurisdictio tekeli, yalnızca yargıcıdır. Çağcıl yargıç bu tekeli kullanırken, yasanın nesnel iradeyi yansıtan yasama ereğine, uzak amacına, ereksel-teleolojik

yorumu başvurmakta, resmi ve canlı hukuku yaratmaktadır¹¹. Ceza normlarının yorumunda ratio legis ölçütü yanında hukuksal değer kavramı da teleolojik yorum şeklinde kullanılabilir. Normu uygulayan, her somut olayda uygulanacak düzenleme ile korunması gereken hukuksal değer fail tarafından ihlal edilip edilmediğini saptamalıdır¹². Değişen egemenlik anlayışı karşısında, yargının gelişen işlevi, erk olma konumunu güçlendirmektedir.

Hukukun asıl amacı, adalet idesini gerçekleştirmektir¹³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (3.m.), Anayasa (17/3.m.), 765 sayılı TCK (243.m.) (5237 sayılı TCK (94.m.) işkence eylemini yasaklayarak insan onuru hukuksal değerini korumaktadır¹⁴. İşkence yasağı ile korunan hukuki değer, insan onurunun dokunulmazlığı olup, bir hukuk devletinde en üst değer sayılması gereken bu hakkın, başka toplumsal değerlerle kıyaslanmasına girilerek feda edilmesi mümkün değildir¹⁵. İşkence suçuna ilişkin gerek öğretide ve gerekse yabancı mevzuatta korunan hukuki değer ölçütü açısından yaklaşıldığında, işkencenin insan onuruna, adliye, kamu idaresine karşı suç olduğu yönünde yaklaşımlar bulunmaktadır. Yasa koyucunun, sistematik açıdan işkence suçunu kişilere karşı suçlar kısmında ve ayrı bir bölümde düzenlemekle, korunan hukuki değer olarak kişi dokunulmazlığını, insan onurunu kabul etmiş olduğu anlaşılmaktadır. İnsan onuru, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği ve kişilikliliği ortadan

kaldıran ruhtur, manevi güçtür, insanın özgür iradesidir. İşkence vakaları, iddiaları ile karşılaşan uygulamacıların, yorum yaparken bu gerçeği göz ardı etmemeleri, hem yasal hem de etik sorumlulukları gereğidir.

İşkence, bireyi konuşurarak bilgi toplamaktan öte, sistematik olarak, bireyin benlik duygusunu yok etme amacına yönelik bir cezalandırma yöntemidir. Bu yolla benlik parçalanması yaşayan birey, bir daha kendisini insan yapan en önemli olgusunu gerçekleştirmez, yani sağlıklı olarak sosyalleşemez.

Sankılara işkence yapılması eylemi ulusal ve ulusalüstü normlarla yasaklanmıştır. Özgürlükten yoksunluğun var olduğu her mekânda uygulanması olasılığı bulunan işkence ve kötü muamele bir treatment ögesi olarak kabul edilemez. Buradaki temel ilgi alanı insanlık onurudur. İnsanlık onuru, hukukun zımni olarak kabul ettiği temel varsayımlardan biridir¹⁶. İnsanın, başka hiçbir koşul aranmaksızın, yalnızca insan olması itibarıyla sahip olduğu hak ve özgürlüklerine, amaca aykırı, orantısız müdahaleler asla kabul edilemez.

Günümüz Ceza Muhakemesi Hukukunda, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğin araştırılması amaç olarak kabul edildiğinden, insan onurunun korunması mutlak değerine dokunulması hiçbir koşulda mümkün değildir¹⁷. Çağcıl ceza yargılamasında etik ilke olmaktan öte, yasal görev ve yükümlülük olan vicdani kanı yargısına hukuka uygun delillerle ulaşılması amacından sapılmamalıdır.

11) Sami Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Yeni Türkiye yayınları, ikinci baskı, Ankara, 1999, s. 80.

12) Yener Ünver, "Ceza Hukukunda Hukuksal Değer", HFSA 8, s. 117.

13) Mustafa Tören Yücel, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2005, s. 79.

14) Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin yay., Ankara, 2003, s.936 vd.

15) R. Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin yay., Ankara, 2006, s. 39.

16) Mustafa Tören Yücel, Hukuk Felsefesi, s. 216-217.

17) 5271 Sayılı CMK, TBMM Adalet Komisyonu Raporu, 01.12.2004 tarih, Esas No: 1/535, 1/292, Karar

9) İbrahim Cerrah, Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Türkiye'de Güvenlik Personelinde Mesleki Sosyalleşme, DCAF-TESEV Güvenlik Sektörü Çalışmaları Dizisi, 2008, s.79.

10) İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı yay., üçüncü bası, Ankara, 2006, s. 586.

D- İŞKENCE KAVRAMI

Farsça kökenli bir kelime olan işkence, bir kimseye maddi manevi olarak yapılan aşırı eziyet anlamına gelmektedir. İşkence kavramı konusunda günlük dilde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Ancak ifade etmek gerekir ki, işkence kavramı günlük dildeki kullanıma indirgenirse, işkence yasağıyla öngörülen koruma zayıflatılabilir, bu nedenle sadece belli tür ve ağırlıktaki davranışların özel olarak işkence şeklinde nitelendirilmesi etkinlik açısından önem taşımaktadır¹⁸. Gerçekten de ulusüstü insan hakları hukukunda olduğu gibi, ulusal hukukta da, işkence ve diğer kötü muamele kategorileri arasında ayırım yapılmıştır. Bu anlamda işkence suçunun özel, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği TCK'nun 94. ve 95m.'leri yanında, 86, 87, 96, 232, 233, 256m.'leri örnek olarak gösterilebilir.

Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Davranış veya Cezaya Karşı Sözleşme, işkenceyi, bilgi ya da itiraf elde etmek, ceza, korkutma ya da baskı amaçlı ya da ayrımcılığa dayanan herhangi bir nedenle, kişiye fiziksel ve ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren, kasten yapılan tüm fiiller olarak tanımlamaktadır.

Teknik anlamda işkence, kamu gücünü kullanan bir görevli veya onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs tarafından mağduru adli kovuşturmayla ilgili olarak şüphe edilen bir fiil ya da herhangi bir temele dayalı ayrımcılık sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip, kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap doğurarak ya da

diğer herhangi bir şekilde insan onuruna ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevi bütünlüğüne zarar vermeye elverişli her türlü kasıtlı harekettir¹⁹. Bu tanım, işkencenin özgü suç niteliğine uygundur.

E- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE

Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nde işkence eyleminin gerçekleşmesi, mağdur üzerinde doğuracağı acı ve ıstırapın derecesine bağlanmıştır. Bu yaklaşım, işkencenin tarih boyunca süregelen kavranış ve temellendirilmesine koşuttur. Bu, diğer kötü muamele türleriyle ayırma da olanak tanımaktadır. Ancak normu biçimlendirirken yönlendirici rol oynayan veriler, kaynaklar ve yaklaşım her ne olursa olsun, sonuç olarak normun işkence ile diğer halleri ayırt etmek için esas aldığı uygulanan şiddet derecesi kriterinin isabeti tartışmaya açıktır. Farklı kültür çevrelerinin, hukuk sistemlerinin göz önünde bulundurulması halinde ne gibi eylemlerin şiddet derecesinin işkence yahut diğer kötü muamele türlerine gireceği, farklı yaklaşım standartlarını doğurabilecektir²⁰.

İşkence ve kötü muamele formları, kategorileri mağdura verilen acı ve ıstırapın derecesinde temellendirilmekte, ayırt edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organlarının bu ölçmeyi, tartmayı yapmak amacıyla geliştirdikleri objektif, sübjektif test anahtarları bir ölçüde kullanışlı olmakla birlikte, başarısızlığı muhtemeldir. Sübjektif test mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi yüzeyel genellemeleri içermektedir²¹. Sözleş-

menin yaşayan belge olarak yorumlanması standardı, Sözleşme çerçevesinde, daha önce işkence olarak değil ve fakat insanlık dışı, aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilen eylemlerin, değişen şartlarda işkence kategorisine sokulabilmesini olası kılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre, işkence ve kötü muamele sanıklarına ilişkin ceza yargılaması ve ceza hükmünün zaman aşımı kuralı ile sınırlandırılmaması ve bu suçtan hüküm giyenlere af yahut bağışlama imkanı tanınmaması gerekir. İşkence ve kötü muamele sanığı geçici, hükümlüsü ise temelli olarak görevden uzaklaştırılmalıdır²². Ceza davalarında zaman aşımı nedeniyle düşme kararları gizli bir af görünümü sergilemektedir²³. 5237 sayılı TCK açısından baktığımızda, işkence yargılaması sonucunda verilen cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesine, ertelenmesine, zaman aşımına uğramasına ilişkin bir engelin bulunmaması, ceza muhakemesi açısından da işkence yargılamalarını çabuklaştırıcı düzenlemelere yer verilmemesi, uzun vadede sorun yaratabilecek alanlar olarak görülmektedir.

F- İŞKENCE YASAĞINA YAKLAŞIM VE UYGULAMA

İşkence yasağına yaklaşımda gözden kaçırılmaması gereken sosyolojik bir gerçek, kötü muamelenin toplum içinde kökleşmesi, bireysel ve toplumsal düzlemde şiddetin tırmanması, şiddet kültürünün yaygınlaşmasıdır. 1982 Anayasası'nın temel felsefesinde yer alan, insan hakları karşıtlığı, otorite

özgürlük dengesini otorite lehine bozması da önemli yer tutmaktadır²⁴. Anayasa, en üst hukuk normu olarak, toplum mühendisliği işlevini de yerine getirmemekte, çağcıl insan hakları anlayışına uymamaktadır.

Hukuk uygulaması ve adil yargılanma hakkı, herkesin tarafı olduğu bir uyumsuzluğun aleni biçimde, makul sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde, hakkaniyete uygun şekilde çözülmesini talep hakkı verir²⁵. İçinde bulunduğumuz çağ insan onurunun her şeyden önce korunduğu hukuk ve toplum düzeni öngörmektedir. Yargıç, yargılama çalışmasının her aşamasında, yargıladığı hem cinslerinin tüm değer ve haklarını göz ardı etmeden, ölçülü davranmalıdır²⁶.

Demokratik hukuk devleti düzeninde kamu yararının belirlenmesinde asgari güvenlik ve özgürlüğün korunması ile hakların özüne dokunma yasağı bulunmaktadır. Hiçbir devlet eylemi insan haklarını ortadan kaldıracak biçimde kullanılamaz. İşkence olgusunun altında hınç psikoza olduğu kadar, suç kanıtlarına ya da ortaklarına ulaşmada kullanılan basitleştirilmiş, kestirme bir yol olması da bulunmaktadır. Yargıç ve savcının işkence ve insan hakları konusunda duyarlı olduğu bir adli yetki mekanında herhangi bir kamu görevlisinin işkence yapması demek, kendisi için oldukça tehlikeli sonuçları olabilecek eyleme girişmesi demektir²⁷. Bu algı ve zihniyet dönüşümünün sağlanmasında, insan hakları temelli felsefi ve sosyolojik bakış açısının yargıç ve savcılarca benimsenmesi önem arz etmektedir.

19) R. Murat Önok, a.g.e., s.543.

20) Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku'nun Genel Teorisine Giriş*, 6.bası, Legal yay, İstanbul, 2007, s.654.

21) Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 3 İşkence Yasağı Analizi*, Ankara Barosu yay, 2006, s. 37.

22) Mehmet Semih Gemalmaz, *İşkence Yasağı Analizi*, s. 391.

23) Mustafa Tören Yücel, "Türkiye'de Hukukun Sosyal Teorisi", HFS 14, s. 27.

24) Fazıl Hüsnü Erdem, "1982 Anayasası'nın Serüveni", HFS 15, s. 140.

25) Muhammet Özkes, "Oyun Teorisi", HFS 14, s. 82.

26) Çetin Açıoğlu, "Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Kimliği", HFS 14, s. 91.

27) Mustafa Kutlu, "Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm", HFS 14, s. 124.

İşkence yasağı, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden ve Avrupalı devletlerin ortak kamu düzeni standartlarını belirleyen temel unsurlarındandır. Hukuk düzeni için normların de jure varlığı yeterli olmayıp etkinlik de vazgeçilmezdir²⁸. Hukuk, toplumda adil kurallarla toplumsal güvenliği sağlamalıdır. Güvenlik, beraberinde özgürlüğü getiriyorsa anlamlıdır. Hukuk devleti keyfiliğin değil, hukukun ve adaletin egemen olduğu devlettir. Hukuk devletinde bireyin medeni ve siyasi özgürlüklerinin korunması, güvenceye alınması gereklidir²⁹. Hukuk devleti düşüncesine anlam kazandıran temel ilke, kuşkulu durumlarda özgürlüklerden yana olmalıdır. Modern hukuk devleti, devlet kudretini bireyin lehine sınırlamak amacıyla devletin bir anayasayla çerçevelenmesi, devlet faaliyetlerinin hepsinin hukuk kurallarına bağlanması, yani hukukun üstünlüğü, hukuk kurallarına bağlılığın bağımsız yargı organlarınca sağlanmasıdır³⁰.

Hukuk devletinde bir yurttaşın haklarının ihlali, toplumun tüm üyelerine yapılmış bir haksızlık olarak görülür. Yurttaş haklarının ihlali olarak görülen her haksız edim aslında sistemin kendini inkârıdır. Hukuk devletinin kavranmasında ve varoluşunda her türlü haksızlık ve ihlal adil yollardan giderilmezdir³¹.

Ceza muhakemesinin amacı bakımından geçirdiği üç aşama; suçlunun

cezalandırılması, sanığın korunması ve gerçeğin araştırılmasıdır. Ceza muhakemesinin çağcıl amacı, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğin araştırılmasıdır. Ceza muhakemesi toplum çıkarı ile birey çıkarlarının çatışma içinde oldukları alandır. Yapılan uygulamalarda insan onuru değeri ve kavramı daima göz önünde bulundurulmalıdır³².

Uygulamada ceza adaletinin sağlanması bakımından hareket noktası hukuk devleti ilkesi olmalıdır. Hukuk devleti, devlet gücünün insan haysiyeti, özgürlük, adalet ve hukuki güvenliğin sağlanması amaçlarıyla anayasaya uygun olarak çıkarılmış yasalara dayalı olarak kullanılması anlamına gelir³³. Hak arama son kapısında görev alacak yargıçlar ve savcılar tarafsız görev yapmamakta, insanı, yani türdeşini yargılamaktadır³⁴. Hukukçular gerçekte pozitif hukuk kuralları ve içtihatlar dünyasında yaşamakta, adliye kültür ve uygulaması yaşamlarına egemen olmaktadır. Hukuk uygulamasındaki bu bilimsel ruh eksikliği, adli reform veya etkinlik sorununa karşı duyulan ilgisizliği de kısmen açıklar³⁵. Son yıllarda Avrupa Birliği'ne uyum yasaları çerçevesinde insan hakları alanında önemli gelişmeler gerçekleştirilmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, önemli olan yasaları değiştirmek değil, ceza sistemindeki anlayışı, sanıktan delile gitmek yaklaşımını değiştirmektir. İşkence suçunun belirsizliği ve özelliğine uygun olarak düzenlenmesi, uygulamada işkenceye karşılık gelen eylemleri farklı suç

28) Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara, 2004, geliştirilmiş 3.bası, s. 59.

29) Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2005, s. 70,71.

30) Doğan Özlem, "Evrenselcilik, İnsan Hakları ve Liberalizm Üstüne", *HfSA* 7, s. 57.

31) Mustafa Kutlu, "Hukuk Devletinde Yargıç Meşruyetinin Görünüm Biçimleri", *HfSA* 7, s. 121.

32) Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15.b. Beta yay., İstanbul, 2006, s. 1012.

33) Veli Özer Özbek, "21.Yüzyılda Ceza Adaleti", *HfSA* 13, s. 99.

34) Çetin Aşçıoğlu, "Yargıç Etiğinin Önemi ve Eğitimi", *HfSA* 16, *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu III*, İstanbul, s.26.

35) Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, s.85.

tipleri içinde değerlendirmek yoluyla açabilir. Bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için, özellikle yargıç ve savcıların yeni ceza adalet sisteminin kendilerine verdiği yetki ve sorumlulukların bilincinde olarak, ulusalüstü stan-

dartlar ışığında, yargısal etik ilkelerini de gözeterek uygulamalarını gerçekleştirmeleri gerekir. İnsan onurunun en ağır şekilde ihlali olan işkence, asla kabul görmemelidir.