**İŞKENCE ve KÖTÜ MUAMELE YASAĞI**

AİHS m. 3’te yer alır. Şöyledir: “Hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya maruz bırakılamaz.”

İşkence v kötü muamele yasağı, yaşam hakkının aksine kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkının SERT ÇEKİRDEĞİ’dir. Bu yasak, insan onuruyla ilgilidir.

Kötü muamele yasağı; kişisel özerklik, kişi güvenliği ve eşitlik gibi ilkelerle de yakından bağlantılıdır.

AİHM kötü muamele/ceza yasağının uygulanabilmesi için bir ölçüt kullanır “ağırlık eşiği” buna göre;

Bireye yapılan muamelenin ya da verilen cezanın 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belli bir ağırlık eşiğinin üzerinde olması gerekir. Şu soru sorulabilir; Eğer somut olayda söz konusu muamele ağırlık eşiğinin altında ise?

Kötü muamele/cezalar ağırlık eşiğinin altında ise; o zaman 3. Madde dışında hangi hakları ihlal edeceğine bakılır. Mesela m. 5 gibi: ağırlık eşiğini belirlemek nasıl mümkün olacak? İrlanda v. BK, 1978 kararında şöyle der:

- Muamelenin süresi, fiziksel ve manevi etkiler ve bazı durumlarda cinayet, yaş ve kurbanın ağırlık durumu ve bunun gibi faktörler dikkate alınır.

**AİHS m. 3 kapsamında Devlet Yükümlülükleri nelerdir?**

Devletin Negatif Yükümlülükleri

- İşkence

- İnsanlık dışı muamele

- Aşağılayıcı muamele

Devletin Pozitif Yükümlülükleri

- Koruma Yükümlülüğü (önleme yükümlülüğü – soruşturma/cezalandırma yükümlülüğü)

- Gerçekleştirme Yükümlülüğü (devletin gözetimi altında kişilere ilişkin yükümlülükler – devletin asgari yaşam koşullarını sağlama yükümlülüğü – devletin usulü yükümlülüğü)

AİHS başlangıç bölümünde İHEB’nin 5. Maddesine atıf yapar ve zaten paralel bir düzenleme getirir.

Sözleşme, daraltıcı olur kaygısıyla, işkence ve kötü muamele teşkil eden fillere ilişkin olarak tanım verme yoluna gitmemiştir.

**Devletin Negatif Yükümlülükleri**

AİHS işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezalar arasında herhangi bir ayrım yapmaz. Yoğunluk farkına bağlı bir ayrım terci eder. O halde yoğunluk şöyle belirlenebilir:

- İşkence

- İnsanlık dışı muamele/ceza

- Aşağılayıcı muamele

Ama yoğunluk farkı kıstası yetersiz kalmaktadır ve işte bu noktada İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi girer. 1. maddesi imdada koşar: niyet unsuru.

AİHS evrimci yorum ilkesini benimsediği için kimi zaman çoğunluk kıstasını aşağı çekebilmekte ve insanlık dışı muamele olarak addettiği fiilleri bir zaman sonra işkence olarak nitelendirebilmektedir (yoğunluk + niyet).

**İşkence**

Bu konuda önemli karar İrlanda v. BK kararıdır:

“Mahkemeye göre (kötü muamele türleri arasında) yapılan ayrım temel olarak maruz kalınan ızdırabın yoğunluğundan doğmaktadır.

Mahkemeye göre (...) Sözleşme, işkence ve insanlık dışı/aşağılayıcı muamele arasında ayrım yaparak, işkencenin çok ciddi ve zalimane acıya sebep olan kasıtlı bir insanlık dışı muamele olduğuna özel bir vurgu yapmış olmalıdır.

Ayrıca, BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 günü kabul ettiği 3452 sayılı kararının 1. maddesinin arkasında yatan düşünce şudur: İşkence, zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezanın ağırlaşmış ve kasıtlı şeklidir.

Kararın çözümü:

1. AİHM 3. maddeyi

- işkence ve

- diğer kötü muamele türleri şeklinde ikiye ayırır.

İşkenceye özel önem atfedilir ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleler CİDDİYET ve İÇERDİĞİ MEZALİM anlamında işkence düzeyine varmayan fillerdir.

2. İşkence özellikle acı vermek için + belli bir kasıtla (özel kasıt) yapılması gerekir.

AİHM BM İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşmeye atıf yapar (1. madde).

Sözleşmeye göre, işkence “bilgi ve itiraf elde etmek için” ya da “ayrım gözetmek suretiyle” gerçekleşen fiilleri içermektedir (bkz. Denizel vd. v. Kıbrıs, 2001).

Kararlardan hareketle işkence fiilleri şöyle sıralanabilir:

- Muhaliflerin siyasi faaliyetleri hakkında bilgi elde etmek için uygulanan falaka

- Elektrik şoku ve Filistin askısı (Aksoy v. Türkiye, 1996).

- Gözaltında tecavüz (Aydın v. Türkiye, 1997).

- Zorla besleme için tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde zorla besleme (Nevmerzhitsky v. Ukrayna, 2005).

- Korkutmak ve tedirginlik yaratmak için cinsel organa metal nesnelerle vurma (Virabyan v. Ermenistan).

- Dövüldükten sonra polisin tacizi (Selmovni v. Fransa).

- Dövüldükten sonra tecavüzle tehdit (Menesheva v. Rusya, 2006).

**İnsanlık Dışı Muamele**

İnsanlık dışı muamele için de Mahkeme, muamele konusu fiilin ciddi bir ağırlık düzeyine ulaşması koşulunu arar. Ancak özel bir kasıtla işlenmesine gerek yoktur ve ayrıca taammüden acı vermek için yapılması gerekmez. Zorunlu olmasa da “tasarlama” referans bir ölçüt olabilir.

Şu soru sorulabilir: İşkence ile İnsanlık Dışı Muamele arasındaki fark nedir? “Çekilen Izdırabın Yoğunluğu”.

Devlet tarafından tutulan kişilere yönelik olarak devlet makamlarının yaptığı saldırılan işkence kapsamında değilse insanlık dışı muamele olarak kabul görür. Kişi devletin elinde tutuluyorsa ağırlık eşiği daha da düşük tutulur (bkz. Ribitsch v. Avusturya, 1995).

İşkence: devletin negatif yükümlülüklerini gerektiren bir kötü muamele türüdür.

İnsanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele: hem  negatif hem de pozitif yükümlülükleri içerir.

**Aşağılayıcı Muamele**

AİHM’nin aşağılayıcı muameleyle ilişkin kararlarında yer alan genel ilke Kudra v. Polonya kararında belirlenmiştir:

“Bir muamele, kurbanda korku, acı ve onu küçük düşürecek şekilde alçaltan bir aşağılık hissi yaratıyorsa “aşağılayıcı” muameledir. Öte yandan Mahkeme söz konusu acı ve küçük düşürmenin hukukun izin verdiği muamele ve cezaların kaçınılmaz sonucunu aşan nitelikte olması gerektiğini vurgulamaktadır”.

İrlanda v. BK davasında “fiziksel ve ruhsal direnci kıran” muameleler de aşağılayıcı muamele sayılır. Mahkeme aşağılayıcı muamelede:

- küçük düşürme kastını aramaz (T v. BK, 1999, Price v. Bk, 2001)

- aleniyet zorunlu değildir (Raninen v. Finlandiya 1997; Berketay v. Türkiye, 2001)

Ama aşağılayıcı muamele aleni bir biçimde yapılırsa, acının derecesini artırır ve tazminat miktarında dikkate alınır.

- Kurbanın kişiliği üzerinde olumsuz etki yaratan muameleler de aşağılayıcı muameledir.

Kararlardan hareketle şu örnekler verilebilir: (ancak ağırlık eşiğini geçmeli)

- ırk ayrımı

- dayak cezası (Tyrer v. BK)

- kayıp yakının duyduğu ızdırap (Kurt v. Türkiye)

- üniforma giymeyen vicdani retçinin defalarca hapsedilmesi (Ülke v. Türkiye 2006; Savda v. Türkiye, 2012; Turan v. Türkiye, 2012)

- çıplak üst araması (Valasinas v. Litvanya, 2001)

- mahkumun saçının zorla tıraş edilmesi (Yankov v. Bulgaristan, 2003)

- trafik kontrolü sırasında bir kadına uygulanan kötü muamele (Barbu Angnelescu v. Romanya, 2004)

- rıza dışı kısırlaştırma işlemi (X v. Danimarka, 1983)

**Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

Koruma Yükümlülüğü

- önleme yükümlülüğü

- soruşturma/cezalandırma yükümlülüğü

Gerçekleştirme Yükümlülüğü

- devletin gözetim altındaki kişileri yönelik yükümlülüğü

- devletin asgari yaşam koşullarını sağlama yükümlülüğü

- devletin usul yükümlülüğü

Pozitif yükümlülükler açısından devletin sorumluluğu, temel hakları ihlal etmesinden değil; temel hakların garantörü olmasından kaynaklanır. Bu garantörlük işlevi AİHS m. 1’den doğar.

Koruma yükümlülüğü işi şekilde tezahür eder: Önleme + soruşturma/cezalandırma

Bu konuda kült dava Opuz v. Türkiye davası; zira hem önleme hem de cezalandırma yükümlülüğü ile ilgilidir. Ve bu iki yükümlülüğün birlikte ne denli bağlı olduğunu gösterir (Aile içi şiddet 7 kez dövülmüş, bıçaklanmış her seferinde serbest kalmış).

Devletin koruma yükümlülüğü bazen başka devletlere karşı bireyi korumak içinde ortaya çıkıyor. Mesela sınır dışı kararlarında, iade edilen 3. maddedeki yasağa maruz kalarak iade edilmez, bu hiç kuşkusuz önleme yükümlülüğü niteliğindedir. Bkz. Saadi v. İtalya 2008 (gerçek bir tehditle karşılaşılacağına inanılmasına izin verecek derecede ciddi gerekçeler bulunmalı).

**Devletin Koruma Yükümlülüğü**

Bu özellikle tutulma koşulları ile ilgilidir: Şöyle ki:

- şikayet edilen muamelenin süresi

- mahkumlara ayrılan alanın büyüklüğü

-kirli olup olmaması

- hijyen

- yaş küçüklüğü

**Devletin Asgari Yaşam Koşullarını Sağlama Yükümlülüğü**

Klasik hakların etkin bir şekilde korunması için bu hakların gerçekleşeceği sosyal ve ekonomik ortamın devlet tarafından yaratılması gerekir.

Dev insan onuruna yaraşır asgari koşulları sağlamalıdır. Aksi halde 3. madde ihlal edilir. Moldavan vd v. Romanya, 2005 önemli bir karardır: Köyden kovulan kişilerin kötü şartlarda yaşama zorunda olması (ev-eşyaları yakılmış) kişiler çingenedir ve ırk ayrımcılığı yapılmıştır.

Bazen verilmesi gereken sağlık hizmetlerinin verilmemesi de 3. madde anlamında  kötü muamele olur. Sığınmacılara ilişkin de benzer vakalar vardır; tutulma şartlarının yeterince hijyenik olmaması, barınma, dinlenme ve yemek sorunları aşağılayıcı muamele olur. Pves v. Polonya, 2012 (tecavüz sonrası hamile kadına kürtaj yapmak istememe ve sonrasında yapılmakla birlikte hiçbir tıbbi yardım ve danışmanlık yapmama). Bkz. SD v. Yunanistan, 2009; Tabeş v. Yunanistan, 2009; AA v. Yunanistan, 2010.

**Devletin Usul Yükümlülükleri**

Devlet soruşturma yapmalıdır; eğer soruşturma yapmaz yahut yeterli soruşturma yapılmazsa bu kötü muameledir.

Yaşam hakkında bahsedilen kıstaslar burada da geçerlidir. Özellikle kayıplara ilişkin etkili soruşturma yapılmaması kötü muamele teşkil eder yakınları için...