*Kimi Özel Durumlar*

\*Normalde ölümcül olmayan tutuklama teknikleri uygulanırken kişinin ölmesi durumunda, arada nedensel bağ olup olmadığı ve polis görevlilerinin yaşamı korumak için kişiye tıbbi yardım sağlayıp sağlamadıkları incelenmektedir.

\*Gözaltındaki ölümler özellikle daha sıkı bir incelemeye tabi tutulmaktadır. Çünkü gözaltındaki kişi incinebilir durumdadır ve devletin yetkisi altındadır. Bir kişi gözaltına sağlam alınmış, ama yaralı ya da ölü olarak çıkmışsa, devlet bu durumu açıklamak zorundadır.

İhlal kararları: *Anguelova v. Bulgaria*, § 121, başvuranın akrabası, gözaltına alındıktan birkaç saat sonra kafatası yaralanmasından ölmüştür; *Kişmir v. Turkey*, § 105, başvuranın oğlu polis merkezinde akciğer ödemine bağlı nefes kesilmesinden ölmüştür; *Aktaş v. Turkey*, § 294, başvuranın akrabası gözaltındayken soluk yolunun kapanması sonucu boğularak ölmüştür; *Mojsiejew v. Poland*, § 65, başvuranın oğlu bir ayılma merkezinde ölmüştür.

\*Kişi polis ya da diğer güvenlik görevlileri tarafından, onların onayıyla ya da karışmasıyla yargısız infaz edilmişse devlet bundan sorumludur. Burada, kişinin doğrudan öldürüldüğü tespit edilemese bile eğer devlet onun yaşamını korumak için gerekli önlemleri almamışsa yine sorumlu olur. Türkiye'ye karşı: Avşar, Buldan, Nuray Şen, Seyhan davaları birinciye, Mahmut Kaya, Kılıç davaları ikinciye örnektir.

\*Güvenlik ya da askeri operasyonlar sırasında devlet sivil can kaybı olmaması için gerekli önlemleri almak zorundadır. 2. Madde çerçevesinde "kesinlikle gerekli" bir operasyon olsa dahi, daha sonra sivillerin durumunun gözetilmesi gerekir. Havadan sivilleri gözetmeden yapılan bombardıman demokratik toplumlarda kabul edilemez.

\*Kaybolmalar da kimi durumlarda 2. madde ihlali anlamına gelebilir.Somut unsurlara dayalı yeterli ikincil deliller sonucu kişinin gözaltında öldüğü sonucuna varılabilir (*Timurtaş v. Turkey*, § 82). Kişinin gözetim altına alındıktan sonra, kendisinden haber alınmadan geçen süre ne kadar uzunsa ölmüş olması ihtimali de o kadar artar ve5. madde ihlalinin ötesine geçip 2. madde ihlaline gidebilir (*Tanış and Others v. Turkey*, § 201). Ancak bu varsayım otomatik değildir, her somut olayda incelenmesi gerekir. Kişinin devlet görevlileri tarafından gözaltına alındığı resmen kabul edilmese dahi bundan sonra ölmüş kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılırsa, devlet bundan sorumludur (*Akdeniz and Others v. Turkey*, § 101; *Orhan v. Turkey*, § 331; *İpek v. Turkey*, § 168; *Bazorkina v. Russia*, § 111; *Magomadov v. Russia*, § 99; *Meryem Çelik and Others v. Turkey*, § 60; *Mikiyeva and Others v. Russia*, § 160; *Kushtova and Others v. Russia (no. 2)*, § 83).

\*Devlet görevlileri kişisel husumetleri olan kişileri öldürürse, devletin sorumluluğunun doğması için bu konumlarını başka devlet görevlilerinin kabulü ya da işbirliği için kullanmış olmaları gerekir.

***Devletin Soruşturma Yükümlülüğü***

Devlet görevlilerinin eylemleri sonucu ölen kişilerin durumunda devletin mutlaka etkili bir soruşturma prosedürü öngörmesi gerekir. Mahkeme bu koşulu ilk önce bu durum için öngörmüştür. Daha sonra, kaynağı ne olursa olsun, kişinin ölmesi, ölümcül biçimde yaralanması,şüpheli biçimde kaybolması durumlarında da bu koşulu kabul etmiştir. Devlet suçluları tespit edecek, yakalayacak, yargılayacak ve kurbanın uğradığı zararı tazmin edecek bir hukuksal sistem kurmak zorundadır.

13. Maddedeki haktan bağımsız olarak, yaşam hakkı için ayrıca bu koşul öngörülmektedir. Amacı, yaşam hakkının, devlet yetkili ya da kurumlarını içeren durumlarda korunması için ulusal yasaların etkili biçimde uygulanmasını ve onların sorumlulukları altında gerçekleşen ölümlerde hesap vermeyi sağlamaktır (*Hugh Jordan v. the United Kingdom*, § 105; *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], § 110; *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], § 163). Bu sistem şikayete bağlı olmaksızın harekete geçmelidir.

**AİHS’de Düzenlenen Haklar: İşkence Yasağı**

AİHS’nin 3. Maddesine göre, “Hiç kimse işkenceye ya da insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleye veya cezaya maruz bırakılmayacaktır.” Mahkeme’nin sıklıkla tekrarladığı gibi, “3. Madde demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermektedir.”

İşkence yasağı, yasa yoluyla kısıtlanamayacak haklardandır. Bu bir sözleşme hükmünden ibaret olmayıp *jus cogens* niteliğinde bir kuraldır. Mağdurun davranışları bu muameleye başvurulması için gerekçe olamaz. Terör ve örgütlü suçla mücadele gibi en zor koşullarda dahi işkence ve insanlık dışı veva küçük düşürücü muamele kesin olarak yasaklanmıştır. 15. Madde’nin 2. Paragrafı, toplumsal acil durumlarda bile, devletlerin kişilere 3. Madde kapsamında yasaklanmış olan kötü muameleyi uygulayamayacağını açıkça belirtmektedir.

Avrupa Konseyi üye devletlerinin çoğu, AİHS’nin yanısıra işkenceyi yasaklayan diğer uluslararası sözleşmelere de taraftır.

3. madde kapsamına giren çok geniş bir davranış ve fiiller türü yelpazesi vardır. Dolayısıyla failler de çok çeşitli olabilir. Bu davranış ve fiillerin 3. Maddeyi ihlal edip etmediği objektif ve sübjektif testlerle saptanır. 3. Madde işkence fiillerini kapsadığı gibi, bunların soruşturulması yükümlülüğü gibi usul konularını da içerir. Yani hem işkence fiiliyle hem de bunu araştırmak için girişimde bulunmamak, ihmal etmek, yeterli özeni göstermemek suretiyle ihlal edilebilir.

Her türlü kaba ve sert muamele 3. Madde kapsamında değildir, belli bir asgari şiddet düzeyinde olması gerekir. 1978 İrlanda v. UK Davası’nda belirtildiği üzere, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkiler, bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi davayla ilgili tüm koşullara bağlıdır. Bu formül, AİHM içtihadında sürekli olarak tekrarlanmıştır. 1969 Yunan Davası’nda Komisyon’un görüşüne göre, “bazı tanıkların ifadelerinden, hem polis hem de askeri yetkililer tarafından alıkonulan kişilere uygulanan muamelede belli bir sertlik olmasına alıkonulan kişilerce çoğunlukla tahammül hatta kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, mahkumlar ve kamuoyu tarafından fiziksel şiddetin hangi noktaya kadar acımasız veya aşırı olarak algılanacağının, farklı toplumlar ve hatta aynı toplumun farklı katmanlarına göre değişebileceği gerçeğini vurgulamaktadır.”

*Kavramlar*

*İşkence*

BM Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1975’te kabul ettiği 3452 sayılı kararına göre, “İşkence, acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şeklidir.” AİHM de bu karara atıfta bulunmaktadır. Kendisi bir işkence tanımı yapmaya çalışmamış olsa da 1987 BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi’ndeki tanımı onaylar bir tutum içindedir.

Bu sözleşmedeki tanıma göre işkencenin unsurları şunlardır:

-Şiddetli ruhsal acı veya eziyet uygulanması

-Acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanması

-Bilgi almak, cezalandırmak ve sindirmek gibi belirli bir amacın izlenmesi

AİHM, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayırımın “yapılan eziyetin yoğunluğundaki fark” temelinde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yapılan eziyetin şiddeti veya yoğunluğu aşağıdaki faktörler kıstas alınarak değerlendirilebilir : - süre - fiziksel ve ruhsal etkiler - madurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu - muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi. Bu kıstasların, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi sübjektif unsurları belli bir muamelenin yoğunluunun değerlendirilmesi açısından önemlidir. Ancak, bir eylemin işkence olup olmadığının değerlendirilmesinde, bu gibi göreceli faktörlere atfedilen önem minimal olmalıdır.

Bir üye devletin diğerine açtığı bir dava olan İrlanda v. UK Davasında AİHK, “şaşırtma” veya “duyusal algılamadan yoksun bırakma” teknikleri olarak adlandırılan beş tekniğib birlikte kullanıldığını saptamış, bunların hem insanlık dışı muamele hem de işkence uygulaması teşkil ettiği sonucuna vararak 3. Maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir. Bu beş teknik şunlardır: Duvara dayalı durdurma, başa torba geçirme, gürültüye maruz bırakma, uykusuz bırakma, yiyecek ve içecekten yoksun bırakma.

Ancak, AİHM AİHK’nun görüşüne katılmamış ve oy çokluğuyla aldığı kararda uygulanan muameleyi işkence yerine, insanlık dışı muamele olarak dğeerlendirmiştir. AİHM, beş tekniğin bir arada, taammüden ve saatler boyunca uygulanması sonucunda, bu muameleye maruz tutulan insanlara en azından yoğun fiziksel ve ruhsal eziyet yapıldığı ve sorgulama sırasında akut psikiyatrik bozukluklar oluştuunu saptamıştır. Dolayısıyla, bu tür uygulama 3. Madde kapsamında insanlık dışı muamele olarak sınıflandırılmıştır. Uygulanan teknikler aynı zamanda mağdurlarda korku, dehşet ve aşağılık duyguları oluşturduğu, bu nedenle onları küçük düşürücü ve alçaltıcı olabileceği ve muhtemelen fiziksel veya moral dirençlerini kırabileceği için, küçük düşürücü muamele olarak da kabul edilmiştir. Ancak, bu uygulamaların hiçbiri işkence kelimesinin çağrıştırdığı nitelikte yoğun ve acımasız eziyet oluşturmamaktadır.

AİHM’nin kullandığı işkence tanımına göre, işkencenin bir diğer özelliği de kasıt içeren bir insanlık dışı muamele türü olmasıdır. Aksoy Türkiye’ye karşı davasında, bir kişinin işkence gördüğüne dair ilk yargısal saptamada AİHM “bu muamele ancak kasten yapılmış olabilir” demiştir. AİHM görüşünü açıklamaya devamla şu saptamada bulunmuştur : “bu muameleyi uygulayabilmek için belli bir hazırlık ve çaba gerekmiştir.” Söz konusu muamele, mağdurun kolları sırtında arkadan bağlı olarak havada asılı tutulduğu ‘Filistin askısı’ dır.

Kasıt da işkencenin unsurlarından kabul edilmektedir. Genelde bilgi veya itiraf elde etmek veya ceza uygulamak gibi amaçlı olarak yapılan bir muameledir.

AİHM bu muamelenin yalnızca şiddet içermekle kalmayıp, aynı zamanda fiziksel durumu ne olursa olsun herkes için iğrenç ve küçük düşürücü olduğunu belirtmektedir.