

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE VE EZİYET SUÇU

**TEZ DANIŞMANI
YRD. DOÇ. DR. UĞUR ERİŞ**

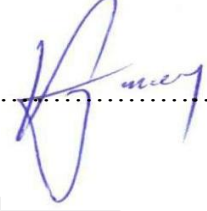
**HAZIRLAYAN
AHMET CAN BALAK**

ANKARA

2009

Ahmet Can BALAK tarafından **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ
Tez Danışmanı

: 

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

: 

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.

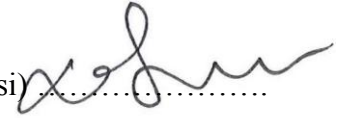
: 
Prof. Dr. Levent KANDİLLER

Tez Sınav Tarihi : 03 Eylül 2009

Tez Jüri Üyeleri :

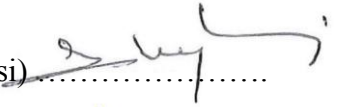
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

(Çankaya Üniversitesi)

: 

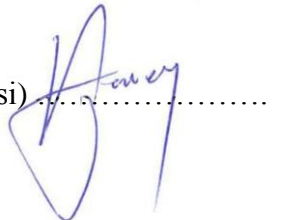
Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

(Çankaya Üniversitesi)

: 

Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ

(Çankaya Üniversitesi)

: 

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Ahmet Can BALAK

İmzası :



Tarih :

03 Eylül 2009

ÖZET

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE VE EZİYET SUÇU

BALAK, Ahmet Can

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ

Eylül 2009, 157 sayfa

İşkence, bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilip, insan onuruna ağır bir saldırı teşkil eden, fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ızdırıp doğuran, mağdurun maddi ve manevi bütünlüğüne zarar veren her türlü harekettir.

İşkence ve benzeri kötü muamele, genelde ceza yargılaması sırasında uygulandığından, sanığın veya şüphelinin susma hakkı, kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamama hakkı, dolaylı olarak adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. İşkence ve eziyet insan haklarının ağır bir şekilde ihlalidir. Dolayısıyla birçok ulusüstü belge işkenceyi yasaklamakta ve devletlerin bu yasaklamaya uyup uymadığını kontrol amacıyla çeşitli denetim mekanizmaları geliştirmektedir. Günümüz Türkiye'sinde de her geçen gün ortaya atılan çeşitli iddialar ve Avrupa'nın siyaseten Türkiye'yi işkence konusunda sürekli bunaltması konunun ne denli önemli olduğunu göstermektedir.

Eziyet ise, bir kimsenin çeşitli davranışlarla ıstırap duymasına neden olmaktır. Eziyet bir suç tipi olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile Ceza Hukukumuzda girmiştir ve temel hakların korunması bakımından önemli bir işleve sahip olacaktır.

Çalışmamızın amacı temel hak ve özgürlüklerin ağır bir şekilde ihlali olan işkence, eziyet ve aşağılayıcı muamele kavramlarının ne olduğunu açıklamak, tarihi gelişimlerini anlatmak, uluslararası belgelerdeki yerlerini ortaya koymak ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçunun düzenlendiği 94. ve eziyet suçunun düzenlendiği 95. maddeleri Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku bilgileri ışığında incelemektir.

ABSTRACT

THE CRIME OF TORTURE AND THE CRIME OF MALTREATMENT IN THE 5237 NUMBERED TURKISH PENAL CODE

BALAK, Ahmet Can

Graduate School of Social Sciences Department of Public Law

Supervisor : Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ

September 2009, 157 pages

Torture, is any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person in a way that it damages physical and mental integrity of the victim and constitutes severe assault against human dignity by a public official.

Since torture and the like of maltreatment is applied during trials, the right of the convict or the suspect to silence, right to not to be forced to express statements that would accuse himself or the relatives, thus; the right to just trial is violated indirectly. Torture and maltreatment is a serious violation of human rights. Therefore, a large number of supranational documents that prohibit torture and develop various supervising mechanisms. The various claims of torture made in modern Turkey and the fact that EU is constantly overwhelming Turkey on torture demonstrates us how important the issue is.

Maltreatment is causing one to suffer, as a result of various acts. Maltreatment was first acknowledged in the 5237 Numbered Turkish Penal Code and it will have an important function in protecting fundamental rights.

Purpose of our study is to define the concepts of torture, maltreatment and acts of insulting which are the most serious violations of fundamental rights and freedoms, to explain their historical developments, to define their position in the international documents and to investigate them in the light of the 94 numbered article which regulates crime of torture, and 95 numbered article which regulates crime of maltreatment within the context of the 5237 numbered Turkish Penal Code.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti, 1982 Anayasasının ikinci maddesine göre insan haklarına saygılı ve demokratik bir devlettir. Ülkelerin insan haklarına gösterdiği saygı, bir bakıma o ülkede yerleşmiş olan demokrasi anlayışının sonucudur. Demokrasi kavramını her alanda köklü olarak özümsemiş ve benimsemiş olan, demokrasinin anlamını tam olarak kavrayan ve buna göre hareket eden ülkeler insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren ülkelerdir. Demokrasiyi kendisine kültür edinmemiş veya bu kültüre tam anlamıyla adapte olamamış ülkeler ise insan hak ve özgürlüklerini sık sık ihlal edeceklerdir.

İnsan hak ve özgürlüklerinin ihlaline neden olan en ağır davranışlar işkence ve eziyet niteliğindeki davranışlar olacaktır. İşkence veya eziyet niteliğindeki davranışlarla kişinin maddi ve manevi vücut varlığı ihlal edilmektedir. İnsanın insan olmasının sonucu olarak sahip olduğu en temel hakları, işkence veya eziyet niteliğindeki davranışlar ile ihlal edilmektedir. Dolayısıyla, devletler insan hak ve özgürlüklerinin tehdidini oluşturan işkence ve benzeri kötü muameleleri ulusal mevzuatlarında yasaklamış ve suç olarak kabul etmişlerdir. Ulusal mevzuatlarda yapılan bu yasaklamalara uyulup uyulmadığı, uluslararası belgelerin ortaya çıkmasıyla ve bu uluslararası belgelerin verdiği yetkiyi kullanan denetim organlarının faaliyetleriyle kontrol edilmektedir.

İşkence suçu, faili ancak kamu görevlisi olan özgü bir suçtur. Dolayısıyla işkence suçu, bir kamu görevlisinin görevini yerine getirirken, bir kişiye karşı

insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden kişinin acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları sergilemesiyle gerçekleşecektir. Bu da göstermektedir ki, işkence suçu daha çok devletin denetimi ve gözetimi altında bulunan herhangi bir kimseye karşı işlenebilmektedir. Söz konusu denetim ve gözetim de genellikle ceza soruşturması ve yargılaması sırasında söz konusu olmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Bu nedenle Türkiye'deki bütün kamusal otoritelerin ve bireylerin hukuk kurallarına saygı göstermesi ve hukuk kurallarının kamusal otoriteler ve bireyler tarafından ihlali halinde ise, bu ihlalin bağımsız yargı organları tarafından yaptırıma bağlanmasını gerektirecektir. İşkence ve eziyet niteliğindeki davranışların yasaklanması, bu tür davranışların önüne geçilmesi devletin sorumluluğu altındadır. Ancak, kişi ve devleti işkencenin tarafları olarak karşı karşıya getiren bu durumda mağdurun, haklarını tam anlamıyla koruması, soruşturma veya yargılama aşamasında haklılığını ortaya çıkaracak, mağduriyetinin derecesinin belirlenmesinde yardımcı olacak delillere ulaşması kolay olmayacaktır. Tarihsel gelişim sürecinde kimi zaman otorite aracı kimi zaman şüpheli veya sanığı beyana zorlayan bir araç ve kimi zaman da cezalandırma yöntemi olarak kullanılagelen işkencede, kişi ile ilişkilerinde üstün taraf olan devletin haksızlığını ortaya koymak her zaman mümkün olamamıştır. Dolayısıyla ulusalüstü belgeler ve bu belgelerle sağlanan denetim mekanizmaları işkenceyle mücadelede etkin rol oynamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir ve hukuk devleti olmanın gereklerini yerine getirmelidir. Ulusalüstü insan hakları belgelerinin çoğunda Türkiye'nin imzası bulunmaktadır. Ulusalüstü belgelerin yanı sıra, Avrupa Birliği ile müzakere sürecinde hukuksal eksikliklerin giderilmesi amacıyla, insan hakları konusunda Avrupa ile uyumlu hale gelmek açısından mevzuatımızda değişikliklere gidilmiştir. Bu değişiklikler arasında köklü olanların 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun kabul edilmesi sayılabilir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. ve 95. maddelerinde işkence suç olarak tanımlanmıştır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. ve 95. maddelerinde düzenlenmiş olan "İşkence Suçunu" ve 96. maddesinde düzenlenmiş olan "Eziyet Suçunu" incelemeye çalıştık.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde işkence, eziyet, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele ve ceza kavramlarını, işkencenin uluslararası belgelerdeki yeri, tanımı ve tarihi gelişim sürecinde geçirdiği aşamaları açıklamaya çalıştık.

İkinci bölümde, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleniş şekliyle işkence suçunun detaylarını ele aldık. 5237 Sayılı Kanun ile 765 Sayılı Kanun arasında işkence suçunun düzenlenişine ilişkin farkları belirterek işkence suçuyla korunan hukuki yararı, suçun failini, mağdurunu, suçun unsurlarını, suçun özel görünüş şekillerini, nitelikli hallerini, yaptırımını, yargılama usulünü ve dava ve ceza zamanaşımı sürelerini ceza hukuku bilgilerimiz çerçevesinde ortaya koymaya çalıştık.

Üçüncü ve son bölümde ise, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte 5237 Sayılı Kanun ile suç olarak tanımlanan eziyet suçu korunan hukuki yarar, fail, mağdur, suçun unsurları, suçun özel görünüş şekilleri, nitelikli halleri, yaptırımını, yargılama usulü ve dava ve ceza zamanaşımı süreleri açısından açıkladık. Son olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte işkence ve eziyet suçuna benzer suç tipleri olan, kasten yaralama suçu, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasını ve aynı konutta yaşayanların kötü muamelesi suçlarının işkence ve eziyet suçlarıyla farklılıklarını belirlemeye çalıştık.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
GİRİŞ.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	xi
KISALTMALAR	xvii

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE, EZİYET, İNSANLIKDIŞI VEYA AŞAĞILAYICI MUAMELE VE CEZA KAVRAMLARI, TARİHİ GELİŞİMİ VE ULUSLARARASI HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

1.1. İşkence, Eziyet, İnsanlıkdışı ve Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Kavramları.....	1
1.1.1. İşkence Kavramı	1
1.1.2. İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Kavramları.....	6
1.1.3. Eziyet Kavramı	9
1.2. İşkencenin Tarihçesi.....	10
1.2.1. Genel Olarak	10
1.2.2. Batı Hukukunda İşkence	12
1.2.2.1. Antik Yunan ve Roma'da İşkence	12
1.2.2.2. Ortaçağ Avrupa Hukukunda İşkence	14
1.2.2.3. Müşterek Hukukta İşkence.....	16
1.2.2.4. Aydınlanma Döneminde İşkence	18
1.2.2.5. İşkence Yasağının Uluslararası Boyut Kazanması	21
1.2.3. Türk Hukukunda İşkence.....	22

1.2.3.1. İslamiyetin Kabulünden Önceki Dönem.....	22
1.2.3.2. İslam Hukukunda	23
1.2.3.3. Türk Hukukunda İşkence Suçunun Tarihi Gelişimi	25
1.3. Uluslararası Belgelerde İşkencenin Yeri ve Tanımı	29
1.3.1. Genel Olarak	29
1.3.2. İşkence ve Benzeri Kötü Muamelelerin Önlenmesine Yönelik Olup Evrensel Nitelik Taşıyan Belgeler	31
1.3.2.1. 1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	32
1.3.2.2. 1949 Tarihli Cenevre Kızılhaç Sözleşmeleri	33
1.3.2.3. BM Genel Kurulu Tarafından Kabul Edilip Irksal Ayrımcılığa Karşı Düzenlenen 1965 ve 1973 Tarihli Sözleşmeler	33
1.3.2.4. 1966 Tarihli Uluslararası Siyasal ve Medeni Haklar Sözleşmesi.....	34
1.3.2.5. 1975 Tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muameleye veya Cezaya Tabi Tutulan Kimselerin Korunmaları Hakkında Sözleşme.....	35
1.3.3. İşkence ve Benzeri Kötü Muamelelerin Önlenmesine Yönelik Olup Bölgesel Nitelik Taşıyan Belgeler	38
1.3.3.1. 1987 Tarihli İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi	38
1.3.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	40
1.3.3.3. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi	46
1.3.3.4. Afrika Şartı.....	47

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE SUÇU

2.1. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu.....	48
2.1.1. Korunan Hukuki Yarar	48
2.1.1.1. Genel Olarak	48

2.1.1.2. Kişinin Vücut Bütünlüğü	50
2.1.1.3. İnsan Onuru	52
2.1.1.4. Adil Yargılanma Hakkı	53
2.1.1.5. İrade Özgürlüğü ve Susma Hakkı	55
2.1.1.6. Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişi	55
2.1.2. Suçun Faili ve Mağduru	57
2.1.2.1. Fail	57
2.1.2.2. Mağdur	61
2.1.3. Suçun Unsurları	62
2.1.3.1. Genel Olarak	62
2.1.3.2. Suçun Kanuni Unsuru	63
2.1.3.3. Suçun Maddi Unsuru	63
2.1.3.3.1. İnsan Onuruyla Bağdaşmama	70
2.1.3.3.2. Bedensel veya Ruhsal Yönden Acı Çektirme	72
2.1.3.3.3. Algılama veya İrade Yeteneğini Etkileme	73
2.1.3.3.4. Kişinin Aşağılanmasına Yol Açacak Davranışlar	75
2.1.3.4. Hukuka Aykırılık Unsuru	76
2.1.3.4.1. Kanun Hükmünü Yerine Getirme	78
2.1.3.4.2. Amirin Emri	80
2.1.3.4.3. Meşru Savunma	82
2.1.3.4.4. Zorunluluk Hali	83
2.1.3.4.5. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası	85
2.1.3.5. Manevi Unsur (Kusurluluk)	86
2.1.4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	90
2.1.4.1. Teşebbüs	90
2.1.4.2. İştirak	93
2.1.4.3. İçtima	95
2.1.5. Suçun Nitelikli Halleri	99
2.1.5.1. 5237 Sayılı TCK'nin 94. Maddesinin 2. Fıkrasında Düzenlenen Ağırlaştırıcı Sebeplerin Varlığı	99
2.1.5.1.1. Genel Olarak	99

2.1.5.1.2. Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye ya da Gebe Kadına Karşı İşlenmesi (TCK Md. 94/2-a)	99
2.1.5.1.3. Suçun Avukata ya da Kamu Görevlisine Karşı Görevi Dolayısıyla İşlenmesi (TCK Md. 94/2-b)	101
2.1.5.1.4. Fiilin Cinsel Yönden Taciz Şeklinde Gerçekleşmesi (TCK Md. 94/3)	102
2.1.5.2. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence Suçu	103
2.1.5.2.1. Genel Olarak	103
2.1.5.2.2. 5237 Sayılı TCK'nin 95. Maddesinin 1. Fıkrasında Düzenlenen Cezanın Artırılmasını Gerektiren Haller	104
2.1.5.2.2.1. Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflaması (TCK Md. 95/1-a)	104
2.1.5.2.2.2. Fiilin Mağdurun Konuşmasında Sürekli Zorluğa Yol Açması (TCK Md. 95/1-b)	105
2.1.5.2.2.3. Fiilin Mağdurun Yüzünde Sabit İze Neden Olması (TCK Md. 95/1-c)	106
2.1.5.2.2.4. Fiilin Mağdurun Yaşamını Tehlikeye Sokan Bir Duruma Sebep Olması (TCK Md. 95/1-d)	108
2.1.5.2.2.5. Fiilin Gebe Bir Kadına Karşı işlenip de Çocuğun Vaktinden Önce Doğmasına Neden Olması (TCK Md. 95/1-e)	108
2.1.5.2.3. 5237 Sayılı TCK'nin 95. Maddesinin 2. Fıkrasında Düzenlenen Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Haller	109
2.1.5.2.3.1. Mağdurun İyileşmesi Olanağı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girmesi (TCK Md. 95/2-a)	109
2.1.5.2.3.2. Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevini Yitirmesi (TCK Md. 95/2-b)	110
2.1.5.2.3.3. Fiilin Mağdurun Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olması (TCK Md. 95/2-c)	112

2.1.5.2.3.4. Fiilin Mağdurun Yüzünde Sürekli Değişikliğe Neden Olması (TCK Md. 95/2-d).....	114
2.1.5.2.3.5. Fiilin Gebe Kadına Karşı İşlenip de Çocuğun Düşmesine Neden Olması (TCK Md. 95/2-e)	115
2.1.5.2.4. İşkence Niteliğindeki Fiillerin Vücutta Kemik Kırılmasına Neden Olması (TCK Md. 95/3)	115
2.1.5.2.5. İşkence Sonucunda Ölümün Meydana Gelmesi (TCK Md. 95/4).....	116
2.1.6. Kovuşturma.....	117
2.1.7. Zamanaşımı.....	118
2.1.8. Yaptırım	119

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA EZİYET SUÇU VE 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE ve EZİYETE BENZEYEN SUÇ TİPLERİ

3.1. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu.....	123
3.1.1. Korunan Hukuki Yarar	123
3.1.2. Suçun Faili ve Mağduru.....	125
3.1.2.1. Fail	125
3.1.2.2. Mağdur	126
3.1.3. Suçun Unsurları	126
3.1.3.1. Genel Olarak	126
3.1.3.2. Suçun Kanuni Unsuru	127
3.1.3.3. Suçun Maddi Unsuru	127
3.1.3.4. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	129
3.1.3.5. Manevi Unsur (Kusurluluk)	130
3.1.4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	132
3.1.4.1. Teşebbüs.....	132
3.1.4.2. İştirak	134

3.1.4.3. İçtima	134
3.1.5. Suçun Nitelikli Halleri	135
3.1.5.1. Genel Olarak	135
3.1.5.2. 5237 Sayılı TCK'nin 96. Maddesinin 2. Fıkrasında Düzenlenen Ağırlaştırıcı Sebeplerin Varlığı.....	136
3.1.6. Kovuşturma.....	137
3.1.7. Zamaşımı.....	137
3.1.8. Yaptırım	137
3.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyete Benzeyen Suç Tipleri.....	138
3.2.1. Kasten Yaralama Suçu.....	138
3.2.2. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması	139
3.2.3. Aynı Konutta Yaşayanların Kötü Muamelesi Suçu.....	141
SONUÇ	144
KAYNAKÇA	149

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
ANY.	: Anayasa
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	: Esas
K.	: Karar
Md.	: Madde
MS	: Milattan Sonra
No.	: Numara
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)
Yarg.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yy.	: yüzyıl

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE, EZİYET, İNSANLIKDIŞI VEYA AŞAĞILAYICI MUAMELE VE CEZA KAVRAMLARI, TARİHİ GELİŞİMİ VE ULUSLARARASI HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

1.1. İşkence, Eziyet, İnsanlıkdışı ve Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Kavramları

1.1.1. İşkence Kavramı

İster fiziksel olsun, ister ruhsal, bir göz korkutma, caydırma intikam alma, cezalandırma veya bilgi toplama aracı olarak, bilinçli şekilde ağır acı çektirmekte kullanılan¹ işkence; terminolojiye baktığımızda Farsça “şikenc” veya “işkenc” kelimelerinden türemiştir. Tanım olarak baktığımızda ise, “Bir kimseye çeşitli yöntemlerle uygulanan bedensel eziyet ya da çektirilen ruhsal acı, sıkıntı ve endişe verici durum anlamlarına gelmekte ve bir kimseye bir şeyi söyletme ya da yaptırma amacıyla maddi veya psikolojik yöntemlerle acı çektirerek uygulanan baskı ya da eziyet...” olarak tanımlanmaktadır.² İtiraf almak amacıyla sorgulama taktiği olarak kullanımı günümüze dek en yaygın kullanım alanı olmuştur. Ayrıca, bir baskı yöntemi olarak veya tehdit olarak algılanan toplulukları kontrol altına alma aracı olarak da hükümetlerce kullanılmıştır. İşkencenin genel anlamdaki

¹ <http://tr.wikipedia.org> (işkence)

² AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi (1988), Ana Yayıncılık, C. 12, s. 117, İstanbul.

tanımlamalarından yola çıkacak olursak, kişinin yaşama, bedensel dokunulmazlık ve insanca muamele görme haklarının ihlalini oluşturduğunu görürüz.³

Hukuki açıdan işkenceyi tanımlamaya çalışırsak; kültürel, dinsel, tarihsel ve benzeri bir takım farklılıkların bu tanımlamayı etkileyeceğini ve farklılaştıracağını görürüz. Bir toplumda işkence sayılan davranış, bir diğer toplumda doğal sayılabilmektedir. Bu da değişik kültürlerin işkenceyi farklı tanımlamalarına neden olmaktadır.

Türk hukukunda da, hukuki bir terim olarak işkence farklı şekillerde yorumlanmış ve tanımlamalara gidilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından “Bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketler yapılması”⁴ olarak tanımlanan işkencenin, Türk Hukuk Lügatı’ndaki karşılığı “herhangi bir maksatla birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya sanıklara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara eza ve cefa etmek” olarak belirlenmiştir.⁵

Doktrinde ise; Dönmezer, işkenceyi zalimane insani olmayan, haysiyet kırıcı muamelelerin en şiddetlisi, insan haklarını ihlal eden en ciddi huzursuzluk olarak görmüş⁶; Centel / Zafer ise, işkencenin uzun süreli ve tekrarlanarak sistematik biçimde uygulanan fiziksel ve ruhsal acı veren davranışlardan oluştuğunu belirtmiştir.⁷

³ **TRIFFTERER, O.** (1974), “*Das Folterverbot im nationalen und internationalen Recht – Anspruch und Wirklichkeit*”, in: Folter Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung, Baden – Baden 1974, s. 129.; nakleden **ÜZÜLMEZ, İ.** (2003), *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turhan Kitabevi, s.3, Ankara.

⁴ YCGK, 17.04.1989, 8-87 / 143; YCGK, 04.04.1983, 8-64 / 156

⁵ Türk Hukuk Lügatı (1944), s. 174-175, Ankara.

⁶ **DÖNMEZER, S.** (1984), *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, s. 132, İstanbul.

⁷ **CENDEL, N., ZAFER, H.** (2006), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, s. 224, İstanbul.

Üzülmez'e göre, bir kimseden suçları hakkında bilgi, yani delil elde etmek, mağdurun şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya tanığın olayları bildirmesini, şikayet ve ihbarda bulunmasını engellemek yahut şikayet veya ihbarda bulunduğu ve tanıklık ettiği için veya bunların dışında ve fakat yargılama faaliyetiyle ilgili herhangi bir nedenle veya ayrımcılığa dayalı herhangi bir nedenle kişi üzerinde uygulanan fiziki ve manevi nitelikte, şiddetli acı ve ıstırap veren her türlü hareket işkence olarak nitelendirilmiştir.⁸

İşkenceyi, egemen gücün, gücünü kabul ettirmesi olarak nitelendiren, bir yandan bilgi ve ifade alma amacını karakterize eden gayriinsani muamele olarak gören Nuhoğlu, aynı zamanda cezalandırma aracı olarak da uygulanabileceğini öngörerek işkencenin uygulama alanını genişletmiştir.⁹

Demirbaş ise, işkenceyi şüphelinin ya da sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, suç ortaklarını ele verdimen ya da işlenmesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için, onda bedeni veya ruhi zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameleler olarak görmüştür.¹⁰ Demirbaş'ın yapmış olduğu dar anlamda işkence tanımına göre, resmi bir otoritenin varlığına, yani yöneten ve yönetilenlerin bulunduğu bir devlet düzeninin varlığına ihtiyaç vardır. Bu devlet düzeni içerisinde ancak belli sığfata haiz olanlar işkence suçunun faili olabilecektir. İşkence suçu, faili ancak belirli sıfat veya niteliklere sahip kişiler olan mahsus bir suçtur. Failinin ifade ve sorgu almaya yetkili olması gibi hukuki bir takım niteliklere sahip olması aranmıştır. Ancak, kanunlarda suçun belli sığfata haiz olanlar tarafından işlenebileceği öngörülebileceği gibi, herkes tarafından işlenebileceği de

⁸ **ÜZÜLMEZ, İ.** (2003), *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 9.

⁹ **NUHOĞLU, A.** (1999), "*İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*", Prof. Dr. Sahir ERMAN'a Armağan, s. 534, İstanbul.

¹⁰ **DEMİRBAŞ, T.** (1992), *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 5, Ankara.

öngörülebilir. Bu da göstermektedir ki, korunan hukuki yararlar da meydana gelecek değişiklikler işkence suçunun da kapsamını ve tanımını değiştirecektir.¹¹

Demirbaş gibi, Önok da işkencenin failinin kamu görevlisi veya onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs olabileceğini belirtmiş ve bu şahısların mağduru adli kovuşturmayla ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da işlediği veyahut işlediğinden şüphe edilen bir fiil ya da herhangi bir temele dayalı ayrımcılık sebebi ile cezalandırmak saikiyle işlenip kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı ya da ıstırap doğurarak ya da herhangi bir sebeple insan onuruna ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevi varlığına zarar vermeye elverişli her türlü kasıtlı hareket olarak görmüştür.¹²

Doktrinde yapılan işkence tanımlamaları her ne kadar birbirinden farklı olsa da, genel olarak işkencenin özgürlüğü devlet tarafından kısıtlananlara karşı uygulanan muamele olduğu düşüncesi hakimdir. Bu doğrultuda işkence, kişinin ancak resmi sığata haiz memurların elinde bulunduğu sırada ve bu kişiler tarafından belirli bir amaca yönelik ve bilinçli olarak acı ve ıstırap veren hareketlerin uygulanması sonucu ortaya çıkacaktır. Görüldüğü gibi bir fiilin işkence olarak nitelendirilmesi için bir takım niteliklerin bulunması gerekmektedir.¹³ Bunlardan ilki işkencenin söz konusu olması için mağdura kuvvetli fiziki veya ruhsal acı veya ıstırap verilmesidir. İkinci nitelik, işkence suçunun failinin resmi sıfatla hareket etmesi veya bu sığata haiz bir kimsenin, üçüncü kişileri kullanmak suretiyle dolaylı olarak fiili gerçekleştirilmesidir. Bir diğeri, mağdurun tutuklulukta veya devletin elinde bulunduğu sırada işkenceye maruz kalması söz konusu olacağından, mağdur iradesine yönelik etkileri ve ihlalleri önleyemeyecek durumda bulunmalıdır. Otoriteye karşı kendisini teslim etmiş olan mağdur, kendisine yapılanlara karşı boyun eğmeye mecbur olmalıdır

¹¹ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 4

¹² ÖNOK, M. (2006), *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 33, Ankara.

¹³ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 10

ve son olarak işkence fiili mağdura karşı belirli bir amaca yönelik ve kasıtlı olarak yapılmalıdır.¹⁴ Kişiyi itirafa zorlama, delillere ilişkin bilgi alma, suç ortaklarını ortaya çıkarma, tanık beyanı vermeye zorlama veya cezalandırma ve bunlara benzer şekilde karşımıza çıkabilecektir.¹⁵ Adli işkencenin amacı, sanıktan ikrar elde etmektir. Tahkik sistemini terk eden ve vicdani delil sistemini kabul eden modern ceza yargılaması hukukunda bile ikrar, ispat gücü bakımından kendisine yargı organları tarafından büyük önem verilen bir delil türüdür.¹⁶ İşkenceye başvurulmasında manevi amaç ise, mağduru izole etmek, psikolojik baskı altında bırakmak, fiziksel acıya tabi tutmak ve işkence vasıtasıyla küçük düşürüp mağdurun öz saygısını tahrip etmek gibi yöntemlerle, mağdurdan herhangi bir ikrar elde etmek veya mağdurun bilgisi dahilinde olan diğer kimselerin ihbarını sağlamaktır.¹⁷

İşkence yukarıda anlatıldığı şekliyle sorgu görünümü altında “peşin idari ceza” olarak nitelendirilmektedir.¹⁸ Gerçekten suçlu olup olmadığı belli olmayan bir şüpheliye yapılan işkence, o kişiyi baştan suçlu kabul edip cezalandırma anlamına gelmektedir. Ancak, genel bir hukuk ilkesi olan ve Anayasamızın 38. maddesinde yer alan suçsuzluk karinesi gereğince, mahkeme kararıyla kesinleşmedikçe kişi suçlu sayılamaz ve cezalandırılmaz.¹⁹ Peşin idari ceza olarak nitelendirilen işkence, sanık hakkında hükmün verilmesinden sonra, bu hükmün infazı sırasında, sanığa verilen cezayı daha ağır acı ve ıstırap verici hale sokmak amacıyla da uygulanabilmektedir.

¹⁴ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 11 – 12.

¹⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 30.

¹⁶ ŞAHİN, C. (1994), *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara.; nakleden ÖNOK, M. (2006), *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 34

¹⁷ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 35.

¹⁸ EREM, F. (1988), “İşkence”, *TBB*, 1988/2, s. 198.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 13.

¹⁹ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 13.

1 Haziran 2005'e kadar yürürlükte kalan 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu esas alınmak üzere yapılan bir tasnife göre, dar anlamda işkence, şüphelinin veya sanığın ifadesini almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, şeriklerini ele verdimen ya da işlemesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için şüpheli ya da sanıkta bedeni veya ruhi zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameledir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ise işkenceyi, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar olarak görmüştür. Bu anlamda işkence ve kötü muamele kavramı içerisine zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı davranışlar da girecektir.

1.1.2. İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Kavramları

İşkencenin, işkence dışında kalan, ancak uygulanmaları halinde insan hakları ihlali oluşturan zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamelelerle yakından ilişkisi vardır. Zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleler, kişinin iradesini etkilemek ve bu suretle belirli bir amaca ulaşmak için uygulandığında işkence kavramı kapsamında değerlendirilmektedir.²⁰ Aynı kapsam altında değerlendirilmekle birlikte, işkence ve diğer benzeri kötü muameleler arasında bir yoğunluk ve derece farkının bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir.²¹ Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Birleşmiş Milletler, Genel Kurulu'nca 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin beşinci maddesi de, "Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz." hükmü ile maddede sayılan muamele çeşitlerinin farklı muamele çeşitleri olduğunu

²⁰ **TRIFFTERER, O.**, "Das Folterverbot im nationalen und internationalen Recht – Anspruch und Wirklichkeit", s. 134.; nakleden **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 14.

²¹ **GÖLCÜKLÜ, A. F., GÖZÜBÜYÜK, A. Ş.** (1994), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara.; nakleden **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 14.

öngörmüştür. Yine, bahsi geçen sözleşmenin on altıncı maddesinde, işkence ile ilgili olarak sözleşmeye taraf devletlere yüklenen yükümlülükler belirtilmekle birlikte, bu yükümlülüklerin işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele ve ceza gibi fiiller açısından da geçerli olduğu hükme bağlanarak, işkence ile diğer kötü muamele çeşitleri arasındaki derece farkı vurgulanmıştır.

İşkence ile insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kavramlarını birbirinden ayıran unsur muamele sonucu çekilen acının derecesi olacaktır. Aşağılayıcı muamele ve ceza, uygulanan kişinin onurunu kıran onu aşağılayan veya itibarını zedeleyen bir muamele ve cezadır. Böyle bir durumun tespiti için, mağdurda kendini aşağılanmış ve değersiz hissettiren, korku, acı ve aşağılanma hislerini uyandıran ve olası bir şekilde mağdurun fiziksel ve psikolojik dirençlerini kıran bir etkisinin bulunması gerekir. Aşağılama ve onurunu kırma belli bir şiddet seviyesine ulaşmalı ve cezanın doğasında bulunan küçük düşürmeden farklı bir nitelikte olmalıdır. Asgari ağırlık düzeyine ulaştığı halde, işkence olarak nitelendirilmek için gerekli unsurlardan en az birini taşımayan bir muamele de, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilecektir. Her somut olayda koşullar ayrı değerlendirilerek şiddet derecesi belirlenmelidir. Bazı durumlarda yeterli derecede gerçek ve mevcut bir işkence tehdidinin kendisi insanlıkdışı muamele oluşturmaya yetebilecektir. Her insanlıkdışı muamelede, insan onuruna bir saldırı olduğundan ve kişide korku, sıkıntı, utanma duygusu yarattığından, bu muameleler aynı zamanda aşağılayıcı olarak nitelendirilebilecektir. Ancak her aşağılayıcı muamele, aynı yoğunlukta olmadığı için insanlıkdışı muamele niteliği taşıyamayacaktır.²²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konu ile ilgili olarak verdiği 26 Haziran 2002 tarihli Berlinski – Polonya Kararında bir muameleyi, başka şeylerin yanında, önceden tasarlanmış olduğu, saatler boyunca uygulandığı ve fiziksel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal acıya sebep olduğu için “insanlıkdışı muamele” ve

²² DOĞRU, O. (2006), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasası*, Legal Yayıncılık, s. 20 – 21, İstanbul.

ayrıca mağdurlarda korku, üzüntü ve bayağılık duyguları uyandırmaya yetecek kadar utandırıcı ve küçültücü olduğu için “aşağılayıcı muamele” olarak kabul etmiştir.²³

“İşkence”, “zalimane”, “gayriinsani” ve “onur kırıcı” muameleleri birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Maddi unsur bakımından insanlıkdışı muamele, işkence sözcüğünden anlaşılan özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği acıya neden olmayan, ama yine de fiziksel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal acıya sebep olan bir muameledir. Manevi unsur bakımından insanlık dışı bir muamelede, işkence için gerekli olan ikrar elde etme cezalandırma gibi herhangi bir kast bulunmayabilecektir. Bu doğrultuda işkencenin varlığı için gereken kastın bulunmaması halinde insanlık dışı muamelenin varlığı söz konusu olabilecektir.

Bu muamelelerin ne anlama geldiği İrlanda Cumhuriyeti’nin İngiltere aleyhinde yaptığı şikayet üzerine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı tarafından da yorumlanmıştır. Divan’a göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin üçüncü maddesi olan, “Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani yahut onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz.” maddesinin somut olaya uygulanabilmesi fena muamelenin asgari bir ağırlık seviyesine ulaşmasına bağlı olacaktır. Bu düzeye ulaşıp ulaşılmadığının takdirinde özellikle muamelenin süresi, fiziki ve ruhi etkileri, mağdurun cinsiyeti yaşı, sosyal durumu ve sağlığı gibi unsurlar göz önüne alınacaktır. Söz konusu başvuruyla ilgili olarak komisyon beş sorgulama tekniğinin işkence kapsamına gireceğini belirtmiştir. Bunlar; ayakta tutma, gözbağı, sanığı kuvvetli gürültüye maruz bırakma, uyutmama ve yiyecek ve içeceğin azaltılmasıdır. Divan ise, bu sorgu tekniklerini işkence olarak değil, kişilerin fiziksel ve ruhsal açıdan acı çekmelerine ve sorgu sırasında şiddetli psikiyatrik rahatsızlıklar duymalarına yol açtığından, insanlıkdışı ve onların utanma ve aşağılanmalarına, muhtemelen fiziksel ve moral dirençlerinin kırılmasına neden olduğundan ayrıca onur kırıcı bir muamele olarak

²³ DOĞRU, O., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 20.

nitelendirmiştir. Divana göre uygulanan bu teknikler işkence kavramının içerdiği yoğunlukta ızdırap ve acı veren düzeyde değildir. Çok ciddi ve zalimce acılara neden olan kasti insanlıkdışı muameleye işkence denilmektedir. Onur kırıcı muamele bireyi başkalarının ya da kendi gözünde küçük düşüren fiiller olup, bu bakımdan bahsi geçen kararda Divan, genç suçlulara uygulanan dayak cezasını onur kırıcı bulmuştur.²⁴

Divan üçüncü maddede öngörülen yasak davranışların mutlaka maddi kuvvet ve şiddet niteliğinde olmasının gerekmediği, kişiye verilen her türlü manevi ızdırapın da üçüncü maddenin uygulanması sonucunu doğuracağı görüşündedir. Bu bakımdan örneğin, ölüm cezası hükümlüsünün veya ölüm cezası istemiyle yargılanan sanığın bu ceza yerine getirilinceye kadar uzun süre müessesenin özel kısmında (ölüm koridoru) bekletilmesi insanlık dışı bir muamele olarak görülmüştür. Belirtilen bu hususlar iade halinde de geçerli olacaktır. (Divan Kararı Soering – İngiltere, 07.07.1989)²⁵

İnsanlıkdışı ve aşağılayıcı ceza kavramında ise, bir cezanın insanlıkdışı veya aşağılayıcı olarak nitelendirilebilmesi için, o cezanın kişi açısından taşıdığı küçültme unsurundan daha yoğun bir ağırlık taşıması gerekmektedir. Belirli bir yoğunluğa ulaşan küçültme unsuru aşağılayıcı cezanın mevcudiyetini doğuracaktır.

1.1.3. Eziyet Kavramı

Eziyet, kişiye yoğun fiziksel veya psikolojik acı verilmesi durumunda söz konusu olacaktır. Bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması eziyetin varlığını doğuracaktır. Ancak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Eziyet Suçunu düzenleyen 96. maddesinin gerekçesinde bahsi geçen

²⁴ ARTUK, M. E. (2008), “İşkence Suçu (TCK. M. 94, 95)”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, Ağustos 2008, s. 6.

²⁵ ARTUK, M. E., “İşkence Suçu (TCK. M. 94, 95)”, s. 6.

yoğun fiziksel veya psikolojik acının ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde verilmesi gerektiği ve işkence gibi kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerinde tahrip edici uzun süre ve hatta hayat boyu devam eden etkilerinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Belirli bir süreç içerisinde sistematik olarak uygulanan hareketlerden oluşması eziyetin en ayırt edici özelliği olarak kendini göstermektedir. Buna göre, vücut dokunulmazlığını ihlal eden hareketlerin ani bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde müessir fiilin varlığından bahsedilirken, aynı hareketlerin sistematik bir şekilde uygulanması ile eziyetin varlığı söz konusu olacaktır.

Sistematik olmadan anlaşılan ise, davranışın bir plan çerçevesinde icra edilmesi, önceden tasarlanması, birkaç kişi tarafından hiyerarşik yapı içerisinde iş bölümü yapılarak gerçekleştirilmesidir. Buna göre, mağdura karşı yapılan birden fazla saldırı, genel bir tavır çerçevesinde, önceden kararlaştırılmış, organize ve düzenli bir seyir takip ederek gerçekleştirilecektir.²⁶

1.2. İşkencenin Tarihçesi

1.2.1. Genel Olarak

İnsanlık tarihinin ortaya çıkışı ile birlikte, insan hayatını idame ettirebilmek için yalnızca içinde bulunduğu coğrafyada vahşi hayvanlar, doğa ve iklim koşulları ile mücadele etmemiş, aynı zamanda kendisi gibi hayatta kalmaya çalışan diğer insanlarla da mücadele etmiştir. Bu mücadelede güçlü olan hayatta kalmış, zayıf olan yenilmiştir. Zamanla toplu halde yaşama ihtiyacı duyan insan, sosyal bir varlık haline gelmiş ve ortaya çıkan topluluklarda düzeni ve toplum huzurunu sağlayacak bir liderin varlığı ihtiyacı doğmuştur. Bu lider, toplum düzenini sağlamada kendisi ve topluma karşı ortaya çıkan tehditlerle baş edebildiği ölçüde başarılı sayılmıştır. Lider, otoritesi veya onun öğretisine karşı saldırılarla mücadele ederken sergilediği davranışlar ve bu saldırıları

²⁶ **SOYASLAN, D.** (2005), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, s. 159, Ankara.

gerçekleştirenlere karşı verilen, liderin belirlediği cezalar meşru sayılmıştır. Liderin bu konudaki acımasızlığı onun otoritesinin güçlenmesini sağlamıştır. Bu doğrultuda işkence de bir cezalandırma yöntemi olarak meşrulaşmış, tarihte farklı zamanlarda ve toplumlarda geniş alanda uygulanmıştır.

İşkencenin uygulama alanlarından birisi ilkel toplumlarda bireyin topluluğa kabulü olmuştur. Zorlu koşullarla mücadele eden bu topluluklarda, bireyin tehlike içinde yaşama alışması, ölüme karşı soğukkanlılığı ve dayanaklılığı arttırmıştır. Acıya ve eziyete karşı duygusuzluğun esas olduğu bu topluluklarda birey, toplumun parçası olup, o topluluğu temsil edebilmek için öncelikle gücünü ve dayanaklılığını kanıtlamalıdır. Bunu ispat edebilmek için de, genç bireyler en ıstırap verici acılara tahammül edebilmeleri için belirli dayanıklılık testlerinden geçirilmiş, ancak bu şekilde dayanıklı ve sağlam olduklarını ispatlamak zorunda kalmışlardır. Bu da beraberinde işkencenin değişik teknikler kazanıp toplumca da hoş görülen törenlere dönüşmesine neden olmuştur. Hatta bugün bile bir takım ilkel kavimlerde bu gelenek varlığını devam ettirmektedir.²⁷

İşkence bir toplumsal cezalandırma yöntemi ve gelenek olmanın yanı sıra dinsel bir araç ve ibadet biçimi olarak da kullanılmıştır. İkel toplumlarda tanrılara kurban olarak verilen insanlar dini tatmini sağlamış, kurban ihtiyacının ortaya çıkması ile de bu uğurda savaşarak toplumun egemen olduğu toprakların genişlemesi sonucunu doğurmuştur. Dini tatminin yanı sıra kazanılan savaşlar iktidarın kuvvetini ve saygınlığını arttırmıştır. Öncelikle dünyanın birçok yerinde savaşta esir düşenlere işkence yapmak makul ve kaçınılmaz görülmüştür. Savaş esirleri genellikle tanrılara kurban edilmiştir.²⁸ Zamanla işgücüne olan ihtiyacın artması, esirlerin topluma faydalı işlerde kullanılmasını beraberinde getirmiş, özgürlüklerini kaybeden esirler efendilerinin buyruğu altında çalıştırılmıştır.

²⁷ SCOTT G. R. (2003), *İşkencenin Tarihi*, Dost Kitabevi, 2. Baskı, s. 53, Ankara.

²⁸ SCOTT G. R., *İşkencenin Tarihi*, s. 53.

Başlangıçta kabilenin ve ırkın düşmanları ve hayvanlarla sınırlı olan işkence, eziyet konularının çeşitliliğinin artmasıyla farklı teknikler kazanarak geliştirilmiştir. Toplum tarafından hoş görülüp benimsenen ve farklı amaçlarla uygulanan işkence iktidar ilişkilerinin bir parçası olmuştur. İşkence sosyolojik ve tarihsel süreçte başlıca iki işlev görmüştür. Bunlardan ilki politik bir şiddet yöntemi olarak kullanılan geniş anlamda işkence, diğeri ise ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından bizi ilgilendiren adli anlamda işkence kavramıdır.²⁹ Adli anlamda işkencede amaç maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla şüpheli veya sanıktan ikrar elde etmek ve işkenceyi bir cezalandırma biçimi olarak kullanmaktır. Aşağıda adli anlamda işkencenin ve işkence yasağının öncelikle Batı Hukukunda ve sonrasında iç hukukumuzda izlediği gelişim süreci aktarılmaya çalışılmıştır.

1.2.2. Batı Hukukunda İşkence

1.2.2.1. Antik Yunan ve Roma'da İşkence

Eski Roma'da ceza verme ve cezaların infazında suçlunun sosyal durumu ön plana geçmiş, kanun önünde insanlar eşit kabul edilmemiştir. Toplumu oluşturan sosyal sınıflar içerisinde farklı infaz yöntemleri belirlenmiştir. Özgür insanlara ve Roma vatandaşlarına sorgulama sırasında işkence yapmak yasak kabul edilirken, sadece infaz yöntemi olarak kullanılmış; kölelerde ise herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir.

Roma'da özgür insan zorla itiraf ettirmek amacıyla işkenceye maruz kalmazdı. Hür bir kişinin suçunu itiraftan veya tanıklıktan kaçınması halinde, Magistrat³⁰ tarafından tutuklanması veya para cezası alması mümkündü, ancak

²⁹ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 34.

³⁰ Roma'nın çeşitli devirlerinde devletin başında bulunan büyük memurlara verilen ünvanıdır. Bkz. UMUR, Z. (1975), *Roma Hukuku Lugati*, s. 129, İstanbul.

hür kişilere işkence yapılması yasaktı.³¹ Bu kuralın tek istisnası hainlikle suçlanmaktı. Hainlik durumunda herkesin eşit olduğu düşünülüyordu.³²

İmparatorlukta ilerleyen dönemlerde, Marcus ve Verus, özgür kişileri yüksek ve aşağı tabaka olmak üzere iki gruba ayırmıştı. Statülerine göre yüksek olan gruba işkence uygulanması yasaktı. İşkence uygulanmasının yasak olduğu bu grubu aristokratlar, şövalyeler, çalışan veya emekli olmuş askerler ile onların çocukları oluşturmaktaydı. Aşağı tabakadan olanlara ise, sanık ve tanık olmaları ayrımı yapılmaksızın işkence uygulanabilmekteydi. Bunun yanı sıra, devlete ve tanrıya karşı işlenen suçlardan başka, büyücülük, kalpazanlık suçları da statü farkı gözetmeksizin her iki tabaka için de işkenceye başvurulabilen suç tipleriydi.³³

Roma'da işkencenin cezalandırma biçimi olarak uygulanması ise, sorgulamadaki yasaklamamanın aksine yaygın olarak kullanılmaktaydı. Bazı durumlarda cezalandırmanın bütünü oluşturarak işkence, bazı hallerde de sürgün veya ölüm cezasından önce uygulanan bir yaptırıma dönüşmekteydi.³⁴

Eski Yunan'da ise, Yunanlılar sorgulama esnasında itiraf ettirmek amacıyla ya da tanıklık yaptırmak amacıyla yapılan işkenceyi özgür yurttaşlara yasaklamakta, bunun dışında yabancılar ve kölelere uygulanması hususunda ise herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Cezalandırma yöntemi olarak ise Roma'da görüldüğü gibi bütün sınıflara uygulanan bir yaptırım olma özelliğini korumaktadır.³⁵

Eski Roma ve Yunan Hukuku'nda kölelerin durumuna baktığımızda, özgür insanlar için geçerli olan yasaklamaların köleler için geçerli olmadığını

³¹ **BAKIM, S.** (2008), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, Beta Yayınevi, s. 11, İstanbul.

³² **SCOTT G. R.**, *İşkencenin Tarihi*, s. 62.

³³ **DEMİRBAŞ, T.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 10.

³⁴ **SCOTT G. R.**, *İşkencenin Tarihi*, s. 64.

³⁵ **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 22.

görürüz. Köleler hukuki kişiliğe sahip olmadıklarından hukuki uyumsuzluğun tarafı olamazlardı. Bir köleye karşı yapılan saldırı onun sahibine karşı yapılmış sayılırdı. Aynı şekilde sahip de kölesinin davranışlarından sorumluydu. Köle ister sanık olsun, ister tanık olsun işkenceye tabi tutulurdu. Roma Hukukunda tanımlanmış olduğu gibi, köle söz konusu olduğunda en iyi ve çoğu durumda doğruyu söyletmenin tek yolu işkenceydi. Hatta kölenin ifadesi işkence ile pekiştirilmişse geçerli sayılırdı.³⁶

İşkencenin yapısı ve derecesi yargıca kalmıştı. Bütün diğer kanıtlar gözden geçirildikten sonra işkenceye başvurulabilirdi. Bir suçlama söz konusu olduğunda, bütün kanıtlar sunulduğu ve iş yalnızca itiraf ettirmeye kaldığı zaman işkenceye karar verilirdi. Sanığa karşı güçlü ve oldukça açık kanıtlar olduğu halde işkenceyle itiraf alınamadığında, yargıç, işkencenin yinelenmesi emrini vermeye yetkiliydi. Durum gerektirdiğinde yargıç böyle bir emri tekrar verebilirdi, işkencenin yinelenme sayısına ilişkin bir sınırlama yoktu. Özgür insandan farklı olarak, efendisinin bu hakkı olmasına karşın, köle temyiz hakkından yoksundu. Temyiz sırasında sanık gözaltına alınır ancak hiçbir şekilde işkence görmezdi.³⁷

1.2.2.2. Ortaçağ Avrupa Hukukunda İşkence

V. yy ve XV. yy arasında geçen Orta Çağ Avrupası Döneminde Hıristiyanlık dininin yaygınlaşmasıyla hak ve özgürlük anlayışı yeni boyutlar kazanmış, tanrı karşısında insanların eşit olduğu kabul edilerek, kölelik reddedilmiş ve özgürlük anlayışı, insana ve onun haklarına saygı ön plana çıkmıştır.³⁸ Kilisenin işkenceye karşı tutum almasıyla birlikte Batı Avrupa’da uygulanmasına büyük ölçüde son verilmiştir. Papa I. Nicolaus ve Papa III. Innocentius işkenceye karşı tavır aldıklarını belirtmişlerdir. Batı Avrupa’da

³⁶ DEMİRBAŞ, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 9.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 24

³⁷ SCOTT G. R., *İşkencenin Tarihi*, s. 65

³⁸ KOCA, M. (1998), “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 60.

işkence son bulurken, istisnası İspanya olmuştur. İspanya’da engizisyon yönteminin varlığını sürdürmesi işkencenin uygulamada devam etmesinin nedeni olmuştur.

Kilisenin işkence karşısındaki bu tavrı, XIII. yy.da değişmiş ve itirafa önem verilmeye başlanmıştır.³⁹ Papa IV. İnnocentius tarafından çıkarılan Ad Extirpanda Kararnamesi ile Roma Hukukunda geçerli olan olağanüstü yargılama usulünün dini mahkemeler tarafından uygulanmasına karar verildi ve işkence engizisyon mahkemelerinin uygulama alanında tahkik sistemi olarak kendisine yer buldu.⁴⁰

Kararname ile kilisede uygulanmaya başlayan tahkik sisteminin özelliği yargıcın doğrudan olaya el koyması, kanuni deliller yetmeyince işkenceye başvurmalarıdır.⁴¹ Sanık eğer suçsuz ise, Tanrı onu koruyacak, işkenceden duyulan acıyı azaltacak veya hiç acı duyulmamasını sağlayacaktır. Bu sistemde sanığın ikrarı en önemli delil olmakla birlikte günahattan kurtulma yoludur. İkrarı sağlamak için yapılacak işkence yasal hale getirilmiştir. İşkencede ikrar eden sanık, bunu daha sonra tekrarlamaz ise ikrarı geçersiz sayılmış, sonuçta daha ağır işkence uygulanmıştır.⁴²

Kilisenin bu sistemi benimsemesinin nedeni, kilisenin tanrının yeryüzündeki temsilcisi olması, onun adına hareket etmesi ve bu temsil esnasında tanrının yanılmayacağından yola çıkılarak kilisenin de yanılmazlığını kabul ettirmektir.⁴³

³⁹ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 12, s. 5937.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 26.

⁴⁰ ARTUK, M. E., “İşkence Suçu (TCK. M. 94, 95)”, s. 1.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 26

⁴¹ SOYASLAN, D. (2007), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 67, Ankara.

⁴² YENİSEY, F. (1993), *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis*, 3. Baskı, s. 265, dipnot: 83, İstanbul.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 28

XIII. yüzyıldan itibaren Fransa’da laik mahkemelerde de uygulanmaya başlamıştır. 1453, 1498, 1539 ve 1670 tarihli kraliyet kararnameleri Ordonance’ları bu sistemi kabul etmişlerdi.⁴⁴ Almanya’da da Ortaçağın ikinci yarısından itibaren şehirlerde itham sisteminin yerini tahkik sistemi almıştır.⁴⁵ Burada da ikrar en önemli delil sayılmış ve ikrarın sağlanması için işkenceye başvurulmuştur.

Görülmektedir ki, Ortaçağ Avrupa Hukukunda, işkence uygulamasının temelinde bir olayın sabit sayılabilmesi için yalnızca emarelerle ispat etmenin mümkün olmadığı, bunun ikrar ile tamamlanması gerektiği inancı bulunmaktadır. Suçludan koparılabilecek ikrar delillerin kraliçesi sayılmış ve mahkumiyet için yeterli görülmüştür. İkrara götüreceği her yol ise meşru sayılmış ve işkence kurumsallaşmıştır.⁴⁶

1.2.2.3. Müşterek Hukukta İşkence

XII. yüzyılda Roma hukuku yeniden incelenmeye başlanmıştır. Roma hukuku eserlerini açıklayan hukukçular “Glassatorlar” (M.S. 1100-1250) ve onları izleyenler de “Postglassatorlar” (M.S. 1250-1450) olarak anılmışlardır. Postglassatorlar Roma hukukunun yeniden yürürlüğe girmesi için çalışmalarda bulunmuşlar ve bu yolla Avrupa’ya yayılmasında rol oynamışlardır. Avrupa’da Roma hukukunun alınmasına “resepsiyon” adı verilir.⁴⁷

Roma ve yaşayan Avrupa hukukunun bir karışımından oluşan “müşterek hukuk”, daha sonraları kanunlaştırılmaya başlanmıştır. Bu kanunlaştırma

⁴³ SOYASLAN, D., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 67.

⁴⁴ SOYASLAN, D., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 67.

⁴⁵ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 28.

⁴⁶ DÖNMEZER, S., ERMAN, S. (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: I, Onikinci Bası, no: 75, İstanbul.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 28.

⁴⁷ DEMİRBAŞ, T. (2002), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, s. 70, Ankara.

çalışmalarına verilecek örnekler 1507 tarihli “Constitutio Criminalis Bambergensis” ve 1532 tarihli “Constitutio Criminalis Carolina”dır.⁴⁸

XVI. yüzyılda ortaya çıkan bu ceza ve ceza usul kanunlarında işkenceye yer verilerek, Constitutio Criminalis Bambergensis’te şüphelilere işkence yapılabileceği, Constitutio Criminalis Carolina’da ise mahkumiyet kararının verilebilmesi için ikrarın veya kuvvetli suç şüphesinin varlığına ek olarak iki tanığın gözlemine dayanan ifadelerin varlığı veya failin suçu işlediğinin tek güvenilir tanıkla ispatı aranmıştır. Ancak ifadelerine başvurulacak tanıkların bazı olaylarda bulunamaması ve ikrarın en güvenilir ve tek delil olması, sanığın ikrarını yargılamada kaçınılmaz kılmış ve bu yüzden sanık işkence marifetiyle ikrara zorlanmıştır. İkrarın geçerliliği ise tekrarına bağlanmıştır.⁴⁹

XIII. yüzyılın sonlarına yaklaşırken hukuki işkence İtalya’da güçlü bir biçimde yaygınlaşırken, giderek diğer ülkelere de yayılmıştır. XVII. yüzyıla gelindiğinde işkenceyi ceza sürecinin zorunlu bir parçası olarak görmeyen Avrupa devleti kalmamıştır. Almanya, İspanya ve Fransa’da hukuki işkence olağan ceza sisteminin ayrılmaz bir parçası olmuştur.⁵⁰

Fransa’da XIII. yüzyıldan itibaren 1453, 1498, 1539 ve 1670 tarihli kraliyet kararnameleri Ordanance’ları ile de tahkik sistemi kabul edilmiş, özellikle XIV. Louis zamanında ilan edilen 1670 tarihli Büyük Emirname ile işkence yasal bir tahkik vasıtası olmuştur. Bu emirname ile hazırlık işkencesi ve ön işkence olmak üzere iki çeşit işkence öngörülmüştür.⁵¹ Hazırlık işkencesi işlenen fiilin ölüm cezasını gerektirmesi, suçun işlendiğinin kesin bir şekilde belirlenmiş olması ve sanık aleyhinde önemli delillerin bulunması halinde hazırlık soruşturması

⁴⁸ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 70.

⁴⁹ ARTUK, M. E., “İşkence”, s. 2.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 29

⁵⁰ SCOTT G. R., *İşkencenin Tarihi*, s. 79.

⁵¹ SOYASLAN, D., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 67.; ARTUK, M. E. (1990), “*Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı*”, *Argumentum*, Sayı: 2, Eylül 1990, s. 2.; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 46.

sırasında uygulanırken, ön işkence ise idam hükmünden sonra ve bu cezanın infazından önce mahkumun suç ortaklarını ele vermesi için uygulanmıştır.⁵² Yine 1670 tarihli Emirname ile ceza yargılamasında gizlilik esası getirilmiştir. Buna göre, sanığa hakkındaki suçlamalar kesinlikle bildirilmeyecek ve sanığın sorgusundan önce bir müşavir veya müdafî bulunmayacaktır.⁵³ Ceza yargılamasında getirilen bu sorgu yöntemi ile sanığın savunma yapması engellenmiş olmakla birlikte sanığı mahkum etmek kolaylaşmış ve adaletten uzak bir sistem yerleşmiştir.

1.2.2.4. Aydınlanma Döneminde İşkence

Aydınlanma çağı olarak adlandırılan tarihsel dönem, Aydınlanma Felsefesinin XVIII. yüzyılda doğup benimsenmeye başladığı dönemdir. Batı toplumunda XVII. ve XVIII. yüzyıllarda gelişen ve akılcı düşünceyi eski, geleneksel, değişmez kabul edilen varsayımlardan, önyargılardan ve ideolojilerden özgürleştirmeyi ve yeni bilgiye yönelik kabulü geliştirmeyi amaçlayan düşünsel gelişimi kapsayan dönemi tanımlar.⁵⁴

Din ya da tanrı merkezli toplumsal yapının ve düzenlemelerin yerini bu süreçte akıl merkezli toplumsal düzenlemeler arayışı almıştır. Geniş ve genel anlamıyla aydınlanma, ortaçağda hüküm süren dünya görüşüne karşı yeni ve özgürlükçü bir dünya görüşünün ortaya çıkması ve temellendirilmesi olarak belirtilir.

XVIII. yüzyılın sonlarına doğru başlayan felsefi hareketler, bir çok alanda olduğu gibi ceza hukuku alanında da önemli değişikliklere neden olmuştur. Grotius, Montesquieu, J.J. Rousseau, Bentham ve Beccaria yayınladıkları

⁵² ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 30.

⁵³ SEVİĞ, V. R. (1961), “Engizisyon Mahkeme Usulü”, AÜHFD, C.: XVIII, 1961 / 1 – 4, s. 4.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 30.

⁵⁴ <http://tr.wikipedia.org> (aydınlanma çağı)

kitaplarda eski devrin ceza uygulamasını şiddetle eleştirmişlerdir.⁵⁵ İşkenceyle mücadele de aydınlanma çağı düşünürlerinin karşı çıkmasıyla başlamış ve doğal hukukun zaferiyle sonuçlanmıştır.⁵⁶ Ayrıca ek olarak Montaigne, La Bruyere, Voltaire, Cizvit Papazı Friedrich von Spee, Christian Thomasius gibi yazarlar da işkenceye karşı çıkmışlardır. İşkencenin yanlış olduğunu vurgulayan bu yazarlara göre, işkence mutlak gerçeği ortaya çıkarmayacağı gibi, insanoğluna acımasızca zarar vermek ahlaken de kabul edilemez.⁵⁷

Montaigne, Denemeler’inde “Acı masuma da yalan söyler. Bundan ötürü yargıcın masum olarak öldürmemek için işkence ettiği insanı hem masum, hem de işkence görmüş olarak öldürttüğü olur. Binlerce insan işlemedikleri suçları yüklenip başlarını vermişlerdir.”; “İşkence çok tehlikeli bir buluştur; doğruluktan çok sabır denemesi olabilir. Acıya katlanabilen gerçeği gizler. Ama bir de katlanamayan vardır. Çünkü neden acı, yaşanan şeyi daha çok söylettirecek, olmayan şeyi beni söylemeye zorlamayacak olsun?” ve “Onca acılardan kaçmak için insan neler yapmaz, neler söylemez ki?” diyerek işkenceye tepkisini dile getirmiştir.⁵⁸

“Vücut yapısı zayıf bir masumu mahvetmek ve kuvvetli bir suçluyu kurtarmak için bulunmuş şaşkırtıcı ve güvenilir bir buluş” olarak işkenceyi tanımlayan, bir diğer aydınlanma çağı yazarı ise La Bruyere’dir.⁵⁹

Montesquieu ise, İngilizler’in işkenceyi reddettiğini, bunun İngiltere için hiçbir zarar doğurmadığını ve bundan yola çıkarak işkencenin zorunlu olmadığına dikkat çekerek, iki şahit beyanının varlığını bütün cinayetlerde cezanın verilmesi

⁵⁵ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 71.

⁵⁶ TRIFFTERER, O., “*Das Folterverbot im nationalen und internationalen Recht – Anspruch und Wirklichkeit*”, s. 125.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 31

⁵⁷ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 47

⁵⁸ MONTAIGNE, *Denemeler.*; çeviren EYÜPOĞLU, S. (1997), 29. Baskı, s. 114, İstanbul.

⁵⁹ SEVİÇ, V. R., “*Engizisyon Mahkeme Usulü*”, s. 8.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 32

için yeterli gören sistemin adaleti tam olarak sağlayamayacağı düşüncesindedir. Ancak canilere yapılacak olan işkenceyi bu söylediklerinin dışında tutmuştur.⁶⁰

XVIII. yüzyılın önemli yazarlarından biri de Beccaria' dır. 1764'te yayımladığı ve ceza yasalarının ilkeler sözlüğü olarak görülen⁶¹ “Suçlar ve Cezalar Hakkında” adlı eserinde, işkenceyi zorbalık olarak nitelendirmiştir.⁶² Beccaria'ya göre; “Suç ya gerçektir, işlenmiştir, ya da gerçek değildir, işlenmemiştir. Eğer gerçekse suçluya yasaların öngördüğü cezadan başka bir ceza verilemez. Bu durumda suçlunun itirafı yararsızdır, dolayısıyla yapılan işkenceler de yararsızdırlar.” ve işkence bir zorbalıktır.⁶³

Aydınlanma dönemi düşünürlerinin ortak yanı işkenceye fonksiyonel ve insancıl açıdan karşı çıkmalarıdır. Fonksiyonel olarak karşı çıkılmasının nedeni, işkencenin maddi gerçeği ortaya çıkarmaya elverişli bir araç olmamasıdır. Çünkü işkence, gerçek olmayan ikrarlara ve ifadelere neden olabilmektedir. İnsancıl açıdan ise karşı çıkılmasının nedeni, insanı aşağılaması, insanın en temel haklarını ihlal etmesidir.⁶⁴ Bu düşünce akımından etkilenen ilk ülke 1734 yılında İsveç olmuş ve işkenceyi kaldırmıştır. 1791 tarihli Fransız Anayasasının 9. maddesinde yer verilen ve çıkış noktası 1789 “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi” olan masumiyet karinesi de işkenceye karşı çıkmaktadır.⁶⁵

XIX. yüzyıla kadar sanığın sorgusunda bir soruşturma yöntemi olan ve suçlu bulunan sanığı cezalandırma biçimi olan işkencenin zamanla bu uygulaması

⁶⁰ SEVİĞ, V. R., “Engizisyon Mahkeme Usulü”, s. 32.

⁶¹ BECCARIA, C., *Suçlar ve Cezalar Hakkında*; çeviren SELÇUK, S. (2004), İmge Kitabevi, s. 11.

⁶² BECCARIA, C., *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, s. 65.

⁶³ BECCARIA, C., *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, s. 86.

⁶⁴ HOLZHAUER, H. (1976), “Reschtsgeschichte der Folter”, in: Folter, Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung, Baden – Baden 1976; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 34.

⁶⁵ Her insan, suçlu olduğu açıklanmaya kadar suçsuz sayılacağından sanığın tutuklanmasının zorunlu olduğu halde emniyete alınması için gerekli olmayan şiddet kesinlikle yasaklanmalıdır.

son bulmuş ve XIX. yüzyıl ile birlikte, ilk kez 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu ile suç olarak tanımlanmıştır.⁶⁶ Ardından bu akım Avrupa'ya da yayılmış ve işkence tamamen yasaklanmıştır. Bu süreç aynı zamanda tahkik sisteminin yerini itham sistemine bıraktığı süreçtir.

1.2.2.5. İşkence Yasağının Uluslararası Boyut Kazanması

Aydınlanma dönemi ile birlikte Avrupa'da temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir toplum bilinci uyanmıştır. İşkence, kölelik yasağı ve bedensel cezaya çarptırılmama gibi bazı hak ve özgürlükler çeşitli uluslararası düzenlemelerle güvence altına alınmış, yazılı ve ulusalüstü bir yapıya bürünmüştür.

İşkence yasağının uluslararası boyutta anlam kazanması, ilk kez 1899 ve 1907 tarihli Hague Barış Konferansları'nda olmuştur. Hague (Lahey) Barış Konferanslarında, savaş suçlularına insanca muamele edilmesine ilişkin bir takım düzenlemelere gidilmiştir. Ancak XX. yüzyılın ilk yarısında, Avrupa'da nasyonal sosyalistlerin ve faşistlerin iktidara gelmesiyle işkence yeniden güncel konuma gelmiştir.⁶⁷

İkinci Dünya Savaşı'nda yaşananlar ve savaşın olumsuz etkileri ile savaş tutsaklarıyla ilgili düzenleme yapılması ihtiyacı Cenevre Kızılhaç Sözleşmeleri'ne yansımıştır. 1949 tarihli "Cenevre Savaş Tutsaklarına Yapılacak Muamele Hakkındaki Sözleşme"de, tutsakların hakları garanti altına alınmıştır.⁶⁸

Doğrudan işkenceyi düzenlememekle birlikte, sözleşmede yapılan soykırım tanımlaması ile işkenceyi suç olarak kabul edip yasaklayan bir diğer düzenleme de, 9 Aralık 1948 tarih ve 260 A (III) sayılı BM Genel Kurul kararı ile

⁶⁶ DEMİRBAŞ, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 15.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 36.

⁶⁷ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 37.

⁶⁸ NUHOĞLU, A., "İşkence Yasağı ve İşkence Suçu", s. 542 – 543.; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 48.

geçerlik kazanan “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme”dir. Bu sözleşmeye göre toplu halde işlenen işkence ve kötü muamele soykırım suçunu oluşturmaktadır.⁶⁹

Güvence altına aldığı hak ve özgürlükler açısından son derece önemli bir kaynak olan 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi başta olmak üzere, Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan ve imza edilen işkenceye ilişkin düzenlemeler de şunlardır; 1954 tarihli “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi”, 1965 tarihli “İrksal Ayrımcılığın Her Biçiminin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”, 1973 tarihli “Ayrımcılık Suçunun Bastırılması ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”, 1975 tarihli “Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muameleye veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirge”, 1984 tarihli “İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi” ve 1987 tarihli “İşkenceye Karşı Avrupa Sözleşmesi”dir.⁷⁰

1.2.3. Türk Hukukunda İşkence

1.2.3.1. İslamiyetin Kabulünden Önceki Dönem

İslamiyet’in kabulünden önceki dönemde ve İslamiyet’in kabulünden sonraki dönemde Türk devletlerinde ve Osmanlı’da işkencenin hukuki olarak bulunmadığı söylenebilir.⁷¹ İslamiyet’in kabulünden önceki dönemde işkenceye ilişkin bilgileri Çin kaynaklarından ve Kanunname’den edinebiliriz. Buna göre, suç işleyenleri cezalandırmak devletin görevidir. Ayrıca, bu dönemde varlığını

⁶⁹ CLERGARIE, J. L., “*La Notion de Crime Contre L’Humanite*”, *Revue de Droit Public*; çeviren GEMALMAZ, E., s. 1251 – 1262.

⁷⁰ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 37 – 38.

⁷¹ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, no: 185.

sürdüren Türk devletlerinde, işkence sanığa suçunu söyletmek amacıyla sorgu yöntemi olarak kullanılmamaktadır.⁷²

1.2.3.2. İslam Hukukunda

İnsanın hem maddi hem de manevi hayatı bakımından söz konusu olan kişi hürriyeti ve dokunulmazlığının ihlalini oluşturan işkence, İslam hukukunda hangi nedenle olursa olsun yasaklanmıştır.⁷³ Bu doğrultuda, İslamiyet’i kabul etmiş olan tüm Türk devletlerinde, Avrupa’nın aksine hukuki olarak işkencenin bulunmadığını söylemek mümkündür.⁷⁴

İslam hukukunda yargılama sözlü ve aleni yapılmaktadır, ispat ise davacıya düşmektedir. Davalının ise, kendisine isnad olunan suça karşı kullanacağı delil yemindir. Suçun itirafında ise, sanığı itirafa ve ifade vermeye zorlamak yasaktır. İtirafın kabul edilebilmesi için özgür irade ile yapılmış olması şarttır. Bu yasak yalnızca sanığın itirafında değil ayrıca tanık beyanlarında tanıklar açısından da geçerlidir. İslam hukukunda şüpheden sanık yararlanır ilkesi geçerli olmuştur.⁷⁵

Osmanlı Devleti’ne geldiğinde, diğer Müslüman Türk devletleri gibi İslam hukukunun getirdiği temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelere ve sınırlamalara uyulmaya çalışılmıştır. Bu nedenle Osmanlı hukukunda da işkence uygulama alanı bulmamıştır.⁷⁶

Osmanlı İmparatorluğu’nda şer’i hukukun yanında padişahın iradesinden kaynaklanan başka bir hukuk düzeni daha gelişmiştir. Örfeye dayanan bu sistem,

⁷² ARSAL, S. M. (1947), *Türk Tarihi ve Hukuk I*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 206 – 207., İstanbul; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 38.

⁷³ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 39.

⁷⁴ DEMİRBAŞ, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 17.

⁷⁵ DEMİRBAŞ, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 17.

⁷⁶ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 44.

hükümdarın sırf kendi iradesine dayanarak şeriatın şümülüne girmeyen sahalarda kanun koyma yetkisine dayanmaktadır. Örfi hukuk olarak adlandırılan bu hukuk, örf-ü adet hukuku olmayıp, padişahlar tarafından konulan bir “mevzu hukuk”tur.⁷⁷ Padişahlar tarafından konulan bu yasalar kanunname olarak adlandırılmaktadır. Kanunnamelerde de İslam hukukunun esaslarına bağlı kalınmış ve hırsızlık suçu dışında suçluların yargılanmasında işkence hukukileşmemiştir.⁷⁸ Hırsızlık suçunda işkence yasağına istisnalar konulmuş ve hırsızlık yapmakla suçlanan kişilerin suçlarını itiraf ettirmek için işkence yapılabileceği savunulmuştur.

3 Kasım 1839 tarihinde Gülhane Parkı’nda okunan bildiriyle, Osmanlı tarihinde Tanzimat dönemi başlamıştır. Tanzimat dönemi ile birlikte Osmanlı vatandaşları ve bu topraklarda bulunanların haklarını garanti altına almak için bir takım kanunlar çıkarılmıştır. Bunlardan ilki 3 Mayıs 1840’ta yürürlüğe giren 1256 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’dur. 13 fasılda 41 madde ve son sözden oluşan bu kanunda yargı kararıyla kesinleşmedikçe kimsenin sürgün edilemeyeceği belirtilmiştir. Yine, 1851 tarihli Kanunu Cedit’te kamu görevlilerinin kişilere karşı kötü muamele etmeleri suç olarak düzenlenerek cezaya bağlanmıştır. Yasal dayanağı olmayan ve mahkeme kararına dayanmayan hapis uygulaması ile işkencenin yasak olduğunu söyleyerek aksine davranışın ceza gerektireceğinin belirtildiği 1875 tarihli Adalet Fermanı’nda da işkence yasaklanmıştır.⁷⁹

Osmanlı anayasal gelişmesinin Tanzimat Fermanı’ndan sonra bir diğer aşamasını oluşturan 1856 tarihli Islahat Fermanı’nda ise, tutukluluk ve hükümlülük şartlarının iyileştirilmesi, bedensel ceza, işkence, eziyet ve benzeri uygulamalara son verilmesi ve buna aykırı davranan memurlara ve bunlara emri veren amirlere ceza verilmesi öngörülmüştür.⁸⁰ 1856 tarihli Kanun-i Cezanın 3.

⁷⁷ DEMİRBAŞ, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 89.

⁷⁸ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 45.

⁷⁹ AKILLIOĞLU, T., “İşkence’nin İnsanlıkdışı ve Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, *İnsan Hakları Yıllığı* C. 10 – 11, 1988 – 1989, s. 20.

faslının 1. maddesinde belirlenen yaptırım ve ayrıca 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 103. maddesinde yaptırma bağlanan sanıklara suçunu söylemek için işkence yapılmasının suç olarak düzenlenmesi Islahat Fermanı'ndaki bu düzenlemeye teminat oluşturmuştur.

“Hürriyet-i şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.” ve 26. maddesinde “işkence ve sair her nevi eziyet kat'iyyen ve külliyen memnudur.” diyen Türk tarihinin ilk anayasası olan 1876 tarihli Kanuni Esasi ile işkence yasağı anayasal güvence kazanmıştır. Buna göre, kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü tecavüz yasaklanmış, kimsenin kanunda belirtilmeyen bir neden ve bahaneden dolayı cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. İşkence ve eziyet niteliğinde benzeri her türlü kötü muamelenin yasak olduğu ise 26. maddede belirtilmiştir.

1.2.3.3. Türk Hukukunda İşkence Suçunun Tarihi Gelişimi

Cumhuriyetin ilanından sonra kabul edilen ilk anayasa olma özelliğini taşıyan 1924 tarihli Anayasanın 73. maddesinde işkence yasağı düzenlenmiş ve “işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur.” denilmiştir. 1924 Anayasası işkencenin yasak olduğunu belirtirken, anayasa ile güvence altına alınan bu yasağın yaptırımını 1926 tarihli 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinde belirtilmiştir.

Bir diğer anayasamız olan 1961 Anayasasında, 14. maddede “Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.” denilerek, işkence yasağı düzenlemesine gidilmiştir.

1982 Anayasasında ise, 17. maddenin üçüncü fıkrası işkence yasağına ayrılmıştır. “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyeti ile

⁸⁰ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 49.

bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” denilmiş; işkence sadece ceza olarak değil, aynı zamanda muamele ve davranış olarak da yasaklanıp kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca, 1982 Anayasasının 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı da belirtildiğinden, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne zarar veren işkencenin olağanüstü dönemlerde yasak olduğu da kabul edilmiştir.⁸¹

Ceza Kanunlarımız açısından işkence suçunun düzenleniş şekline ve geçirdiği değişikliklere bakacak olursak; 1926 tarihli 765 Sayılı mülga TCK'nin İkinci Kitabının “Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler” başlığını taşıyan Üçüncü Babının Altıncı Faslında, 243. maddede yer alan işkence suçu, kanunda ilk düzenlenişine göre, “Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri, maznun bulunan kimselere cürümlerini söyletmek için işkence ederse beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mahkum olur.

Bunu, maiyet memurları, mafevkinde bulunan amirlerinin emir ve teşvikiyle yapmış olsa dahi cezadan kurtulamaz.

Amirler cürümde fer'an zimethal sayılır.

İşkence olunan kimse, bundan müessiren ölürse, fail 452. madde ile cezalandırılır. Ve eğer bir uzvun kat'ı veya amelden sukutunu veya diğer daimi bir maluliyet veya mayubiyeti mucip olursa, 456. madde mucibince cezalandırılır.” şeklindedir. Maddenin bu şekli 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 103. maddesi ve 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 208. ve 209. maddelerinden alınmıştır. Ancak 765 Sayılı mülga TCK'nin 243. maddesi 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu kaynak olarak seçilmiş olsa da kaynak kanundan bazı farklılıklara sahiptir. Bunlardan bir tanesi, kaynak kanun ilgili maddelerde eziyet ve işkenceden bahsederken mülga TCK yalnızca işkence

⁸¹ NUHOĞLU, A., “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s. 548.

suçunu düzenleyerek, eziyete yer vermemiştir. Bir diğer farklılık ise, kanunun 2. ve 3. fıkralarında karşımıza çıkmaktadır. İkinci fıkrada, kaynak kanundakinin aksine, amirin emir ve teşvikiyle işkence suçunu işleyen maiyet memurlarının, bu emir ve teşviki ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacakları belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada ise, emri veren ve teşvikte bulunan amirler suçun fer'i faili sayılmıştır. Burada kaynak kanundan farklı olan nokta, kaynak kanunda amirin emri ve teşvikiyle işkence suçunu işleyen memurun cezadan kurtulabileceği ve emri veren ve teşvikte bulunan failer suçun fer'i faili sayılarak, amirin emri ve teşvikiyle işkence suçunu işleyen astın, kaynak kanunun aksine cezadan kurtulmasına veya cezasında indirim yapılmasına olanak olmadığıdır.⁸²

Mülga 765 Sayılı TCK'nin 243. maddesi bir takım değişikliklere uğramıştır. Bunlardan ilki İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesine uygun olarak, 05.01.1961 tarihli 235 Sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre geçirmiş olduğu değişikliktir. Bu değişiklik madde metninde bulunmayan “zalimane”, “gayriinsani” ve “haysiyet kırıcı” kavramlarının işkence kavramının yanına eklenmesini sağlamıştır. Bu eklemenin nedeni, mevcut düzenlemenin bu tür fiilleri etkili bir şekilde önleyememiş olmasıdır.⁸³ Bu değişikliğe ek olarak, 2. ve 3. fıkralardaki, fiilin amirin emri üzerine gerçekleştirilmesinin emri yerine getiren bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceği ve emri veren amirin de fer'i fail sayılacağı ibarelerinin madde metninden çıkarılmış olması bir diğer değişikliktir. 4. fıkrada meydana gelen değişiklikte ise, sanığa suçunu söyletmek için yapılan kötü muamele sonucu ölüm meydana gelmişse 452. maddeye ve yaralama meydana gelmişse 456. maddeye göre verilecek cezanın üçte birden yarıya kadar artırılacağı öngörülmüştür.⁸⁴

⁸² ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 56.

⁸³ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 57.

⁸⁴ ARTUK, M. E., “İşkence”, s. 3.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 57.

Maddede 4449 Sayılı Yasa ile de bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu yasa ile yapılan değişikliklerden ilki 243. maddenin birinci fıkrasına ilişkindir. 243. maddenin birinci fıkrası değişiklikten sonra; “Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.” şeklini almıştır.

4449 Sayılı Yasa ile madde metninde meydana gelen değişiklikleri şu şekilde özetlemek mümkündür. Öncelikle suçun failini gösteren “mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurları” ibarelerinin yerine “memur veya diğer kamu görevlileri” ibareleri kullanılmıştır. Bunun yanı sıra suçun mağduru olabilecek kesim, şüpheli, mağdur, şahsi davacı, davaya katılan, tanık, şikayet ve ihbar hakkı sahibiyle birlikte, bunun dışında herhangi bir sebeple işkence ve kötü muameleye maruz kalanlar olarak genişletilmiş, sayılanlar da mağdur kategorisine alınmıştır. Ayrıca, bu kanunla suçun maddi unsurunda herhangi bir değişiklik öngörülmezken, suçun manevi unsuru saik bakımından genişletilmiştir. Buna göre, işkencenin “cürümleri söyletmek ..., ... olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet ve ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle ...”, “... veya diğer herhangi bir sebeple yapılabileceği” öngörülmüştür. Suçun yaptırımında da değişiklik getiren bu kanuna göre, cezanın üst sınırı beş yıldan sekiz yıla çıkarılmış, müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası aynen korunmakla birlikte, madde metninde lafzi olarak bu şekilde değil, “sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet” şeklinde yer almıştır.⁸⁵

⁸⁵ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 57.

765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinin geçirdiği son değişiklik ise 02.01.2003 tarihinde meydana gelmiştir. 4778 Sayılı Kanun'un birinci maddesine göre; 243. ve 245. maddelerde yazılı suçlardan dolayı verilen cezaların para cezasına veya tedbire çevrilemeyeceği ve ayrıca ertelenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun değiştirilmesine yönelik yapılan çalışmalar dahilinde 1987, 1989, 1997, 2000, 2003 Tasarılarında da işkence suçuna ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 04.11.2004 tarihli ve 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır ve yerine 26.09.2004 tarihli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda işkence suçu 94. madde ve eziyet suçu 95. maddede düzenlenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence ve eziyet suçu ayrıntılı olarak anlatılacağından, işkencenin tarihçesi başlığı altında anlatacaklarımızı burada noktalıyoruz.

1.3. Uluslararası Belgelerde İşkencenin Yeri ve Tanımı

1.3.1. Genel Olarak

İnsan hakları, insanların ayırım gözetilmeksizin, insanlık onurunun gereği sahip oldukları hakların bütününe kapsamaktadır; yani insanın hangi şartlar altında olursa olsun, sırf insan oluşu nedeniyle kazandığı değeri tanımak ve saymak demektir.⁸⁶ İnsanın en temel hakkı olan yaşama hakkı ile maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, ulusüstü insan hakları hukukunun koruması kapsamına giren kişi dokunulmazlığının bir bölümünü oluşturmaktadır. Kişinin

⁸⁶ DEMİRBAŞ, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 18 – 19.

yaşama hakkı ve maddi ve manevi bütünlüğünün korunmasının ihlalini ise, işkence ve benzeri kötü muameleler doğurmaktadır.

Dünya üzerinde yer alan ülkelerin tamamına yakını ulusal mevzuatlarında, temel hak ve özgürlükleri ve bu temel hak ve özgürlükler kapsamı dahilinde de işkence yasağını düzenlemişlerdir. Ancak işkence yasağı ulusal mevzuatlarda düzenlenmesine rağmen, bu düzenlemelerin işkence ve kötü muameleyi engellemede yeterli olamaması sorun teşkil etmiştir. Bu nedenle, uluslararası insan hakları hukukuyla işkence ve ona benzer bir takım ihlallerin önlenmesi amaçlanmıştır. İnsan hakları hukuku, bu konuda getirdiği normlar ve kararlarla üretilen standartlarla, devletlere yapmaları gereken düzenlemelerin içeriği, biçimi ve yönü konusunda yol göstermekte, diğer yandan da, mağdurlara somut hukuksal güvenceler sunmaktadır. Bu güvenceler, işkence ve kötü muamele eylemi gerçekleşmemişse bunun önlenmesi, doğmasına olanak tanınmaması türünden önleyici karakterde olabildiği gibi; gerçekleşiyorsa bunun daha fazla sürmemesi; gerçekleşmişse, hukukun olanakları içerisinde mağdura bir an önce hukuki ve tıbbi yardım elinin uzatılarak zararın giderilmeye, en azından hafifletilmeye çalışılması biçiminde belirlemektedir.⁸⁷ Böylece işkence yasağının emredici nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı haline geldiği kabul edilmektedir. Hiçbir egemen devlet bu emredici nitelikteki uluslararası hukuk kuralının aksine bir düzenleme getiremeyecektir ve bu yasakla çatışan herhangi bir antlaşma hükmü batıl olacaktır. Ayrıca emredici niteliğinden dolayı işkence yasağı, bu konuda hiçbir antlaşmaya taraf olmayan devleti de emredici nitelikteki kuralların bir örf ve adet kuralı haline gelmesi sebebiyle bağlayacaktır. İşkence yasağı konusunda açık bir antlaşma hükmü bulunmuyor olsa bile, devletlerarası ilişkilerde bu yasak bir teamül kural halini alacak ve uygulama alanı bulacaktır.⁸⁸

İşkence, eziyet, aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı Türkiye’de ulusal mevzuatta düzenleme alanı bulmuştur. Bununla birlikte, Türkiye’nin imzasının

⁸⁷ **GEMALMAZ, M. S.** (2002), *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 1. Basım, İstanbul Barosu Yayınları, s. 156, İstanbul.

⁸⁸ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 60 – 61.

bulunduğu işkence, eziyet, aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan uluslararası sözleşmeler, Anayasanın 90. maddesinde usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmak şartıyla kanun hükmünde sayılmış ve anayasaya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca yine 90. madde kapsamında usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla işkence ve eziyet yasağı kapsamında Türkiye'nin imzasının bulunduğu aşağıda belirtilecek olan uluslararası sözleşmelerin herhangi bir uyuşmazlık durumunda Türk yargı makamları tarafından uygulanması zorunlu olacaktır.

1.3.2. İşkence ve Benzeri Kötü Muamelelerin Önlenmesine Yönelik Olup Evrensel Nitelik Taşıyan Belgeler

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, insan hakları sorununun çözülmesi devletlere bırakılmamış ve konunun çözümü evrensel nitelik kazanmıştır. Özellikle Birleşmiş Milletler'in kuruluşu sonrası, Birleşmiş Milletler aracılığı ile ortaya çıkan 1948 tarihli "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi", 1965 tarihli "İrsal Ayrımcılığın Her Biçiminin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme", 1973 tarihli "Ayrımcılık Suçunun Bastırılması ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme", 1975 tarihli "Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muameleye veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirge", 1984 tarihli "İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve bunların dışında 1949 tarihli "Cenevre Kızılhaç Sözleşmeleri" ile konu uluslararası belgelerde düzenlenmiş ve düzenlemelerin bağlayıcılığını sağlamak amacıyla denetim mekanizmaları oluşturulmuştur.⁸⁹

⁸⁹ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 37 – 38.

1.3.2.1. 1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, insan hakları hukuku bakımından temel kaynaklardan biri sayılmaktadır. Bildirimin işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 5. maddesi, “Hiç kimse işkence ya da zalimce, insanlıkdışı ya da onur kırıcı davranışa ya da cezaya maruz bırakılamaz.” demektedir.⁹⁰

Doktrinde, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin, bir sözleşme değil de bir bildiri olması sebebiyle bağlayıcı olup olmadığına ilişkin bir takım tartışmalar ortaya çıkmıştır. Kaboğlu, Bildirge'nin bütün devletler için hukuken bağlayıcı bir uluslararası gelenek yasası haline geldiğini belirtirken; Gemalmaz, Bildirge'nin hukuksal, siyasal ve moral ağırlık ve bağlayıcılığının özellikle insan hakları hukukunun bütüncüllüğü ile uluslararası insan hakları bildirgesi içerisindeki öge konumu bağlamında belirginleştiğini belirtmiş ve bildirgenin hukuksal bağlayıcılığının bulunduğu altını çizmiştir. Aksi görüşte olan, Gölcüklü ve Gözübüyük, Bildiri'nin uluslararası anlamda bir sözleşme olmadığı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na kabul edilen bir öneri, insan hakları alanında ulaşılmaması gereken amacı gösteren bir ideali yansıttığını, ancak devletleri hukuksal olarak hiçbir yükümlülük altına sokmadığını ifade etmişlerdir. Önok ise, Bildiri'nin uluslararası hukuk bakımından bir sözleşme niteliği taşımadığını, bu sebeple katılımcı devletler bakımından tek başına hukuken bağlayıcı olmadığını, hükümlerinin yol gösterici nitelikte olmasına rağmen bildirinin siyasi ve ahlaki öneminin çok büyük olduğunu, insan hakları alanında yeni bir çığır açarak bir dönüm noktası teşkil eden temel bir insan hakları kaynağı oluşturduğunu belirtmiştir.⁹¹

⁹⁰ **GEMALMAZ, M. S.** (2002), *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, 1. Basım, İstanbul Barosu Yayınları, s. 4, İstanbul.

⁹¹ **KAPANİ, M.** (1996), *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 3. Basım, Bilgi Yayınevi, s. 25, İstanbul, vd.; nakleden **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 64.

Kanaatimizce, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, BM Genel Kurulu tarafından ortaya çıkarılan sözleşmeler ve BM tarafından ortaya çıkarılmamış ancak aynı konuları ele almış olan diğer sözleşmelerin kapsamının belirlenmesi açısından kaynak olarak alınmıştır. İnsan hakları hukuku kurallarının ve kapsamının belirlenmesinde örf ve adet kuralı halini alarak bir takım ulusal anayasalar ve mevzuatlarda da ölçü olarak ele alınmıştır. Dolayısıyla, bahsi geçen Bildiri'nin sadece siyasi ve ahlaki bağlayıcılığı olduğuna inanmamakta, evrensel bir belge olan bu bildirin hukuksal bağlayıcılığının olduğuna da inanmaktayız.⁹²

1.3.2.2. 1949 Tarihli Cenevre Kızılhaç Sözleşmeleri

İşkence yasağına ilişkin hükümler içeren bir diğer evrensel nitelikte sözleşme ise, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Kızılhaç Sözleşmeleri'dir. Bu kapsamda yapılan dört sözleşme ve sözleşmeye ilişkin ek protokoller, sivil halkla ilgili olarak özellikle kişinin canına ve kendisine yönelik şiddeti ve haysiyet kırıcı davranışları yasaklamıştır.⁹³ 1949 tarihli Cenevre Kızılhaç Sözleşmelerine, Türkiye 1953'te çıkarılan bir kanunla 10 Ağustos 1954'te dahil olmuştur.

1.3.2.3. BM Genel Kurulu Tarafından Kabul Edilip Irksal Ayrımcılığa Karşı Düzenlenen 1965 ve 1973 Tarihli Sözleşmeler

BM Genel Kurulu tarafından, 21 Aralık 1965 tarihinde kabul edilen, "İrksal Ayrımcılığın Her Biçiminin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme", ele aldığı haklar arasında, kişi güvenliği hakkı ile kişilerin, hükümet görevlileri ya da herhangi birey grup veya kurum tarafından maruz bırakılacağı

⁹² Aynı yönde **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 31.

⁹³ **ATAÖV, T.** (1993), "Genel Olarak Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları", *Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları*, 3. Kitap, s. 21, İstanbul.; nakleden **YAVUZ, M.** (2007), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Ceza Hukukunda İşkence Yasağı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, s. 19, Ankara.

şiddet ya da bedene zarar verme tasarruflarına karşı, devlet tarafından koruma getirilmesi hükmüne yer vermiştir.⁹⁴

Yine BM Genel Kurulu tarafından 30 Kasım 1973'te kabul edilen "Ayrımcılık Suçunun Bastırılması ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme", ayrımcılık suçunu, belli bir ırka mensup kişilerin, bir başka ırka mensup kişileri tahakküm altına almak ve onları sistematik biçimde baskı altında tutarak yaptıkları insanlıkdışı tasarruflar şeklinde tanımlamıştır.

1.3.2.4. 1966 Tarihli Uluslararası Siyasal ve Medeni Haklar Sözleşmesi

Evrensel düzeyde geçerliliğe sahip olan bir diğer sözleşme, BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilip, 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren "Uluslararası Siyasal ve Medeni Haklar Sözleşmesi"dir. Bahsi geçen sözleşmenin yedinci maddesinde; "Hiç kimseye işkence ya da zalimane, insanlıkdışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz." denmektedir. Ayrıca hiç kimsenin rızası bulunmaksızın tıbbi ya da bilimsel deneye tabi tutulamayacağı da hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin dördüncü maddesinde olağanüstü dönemlerde dahi maddedeki yükümlülüklerin azaltılmayacağını altı çizilmiştir. Sözleşmenin onuncu maddesinde ise, özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese insani biçimde ve insan olmak niteliğinden kaynaklanan kişi onuruna saygı gösterilerek muamele yapılacağı hükme bağlanmıştır.⁹⁵

Uluslararası Siyasal ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nde düzenlenen hak ve özgürlüklere taraf devletler tarafından saygılı davranılıp davranılmadığını denetlemek için "İnsan Hakları Komitesi" oluşturularak bir denetim sistemi

⁹⁴ **BROWNLIE, I.** (1992), *Basic Documents on Human Rights*, s. 165, Oxford.; nakleden **GEMALMAZ, M. S.**, *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 163.

⁹⁵ **GEMALMAZ, M. S.**, *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 171.

getirilmiştir. Ayrıca sözleşmeye ek olarak 23 Mart 1976 yürürlük tarihli protokole göre, işkence yasağı bakımından da bir denetim mekanizması getirilmiştir. Buna göre, sözleşmede belirtilen haklarından birinin ihlal edildiği iddiasında bulunan ve iç hukuk yollarını tüketen bireyler, taraf devletlere karşı şikayet yoluyla İnsan Hakları Komitesi'ne başvurabileceklerdir. Ancak bireysel başvuru yolunun söz konusu olabilmesi için, hakkında başvuru yapılacak taraf devletin protokolü onaylamış ve komitenin bireysel başvuru alma ve kabul etme yetkisini kabul etmiş olması gerekmektedir. Türkiye ise, bahsi geçen protokolü 03.02.2004 tarihinde imzalamıştır; ancak protokol henüz onaylanmadığı için bireysel şikayet yolunun Türkiye'ye karşı ileri sürülmesi şimdilik mümkün gözükmemektedir.⁹⁶

1.3.2.5. 1975 Tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muameleye veya Cezaya Tabi Tutulan Kimselerin Korunmaları Hakkında Sözleşme

BM Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1975 tarihinde kabul edilen “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Tabi Tutulan Kimselerin Korunmaları Hakkında Bildiri”nin etkinleştirilmesi amacıyla 10 Aralık 1984'te imzalanan sözleşmedir. Türkiye bahsi geçen sözleşmeyi 21 Nisan 1988'de 3441 Sayılı Kanun ile onaylamıştır.⁹⁷

Sözleşme ile işkencenin tanımı yapılmış; ayrıca sözleşmeye taraf devletlerin kendi egemenlik alanları içinde işkenceyi önlemesi, durdurması, işkenceyi kendi yasalarında suç olarak düzenlemesi, işkence üzerine yapılan iddiaları soruşturması ve bu soruşturma sonucunda sanık olarak belirlenenleri adalet önüne çıkarmaları güvence altına alınmıştır. Tüm bunların yanında işkence sanıklarının yargılama sırasında adil yargılanma hakkından faydalanmalarını sağlamak, işkence ile elde edilen kanıtların dava ve benzeri dosyalardan

⁹⁶ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 67.

⁹⁷ www.insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr

çıkartılmasını sağlamak ve işkence mağdurlarına tazminat ödemek de devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır.

Bildirinin birinci maddesine göre işkence; “Bir kimseye kendisinden ya da üçüncü bir kimseden bilgi almak veya itiraf sağlamak, işlediği veya işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden ötürü onu cezalandırmak, kendisine veya başka kimselere gözdağı vermek amacıyla resmi görevli tarafından veya onun kışkırtmasıyla üçüncü kişi tarafından bilerek maddi veya manevi ağır ceza verme ve eziyette bulunma eylemi” olarak tanımlanmıştır. Sözleşmenin birinci maddesinde bu tanımlama yapılmış olmakla birlikte, işkence düzeyine varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ve ceza kavramları sözleşmede tanımlanmamıştır. Ancak bu gibi eylemlerin önlenmesi de bahsi geçen sözleşmenin on altıncı maddesinde sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülüğü olarak belirlenmiştir. Gerekli ağırlık düzeyine ulaşmamış olan ya da belirli saiklerle gerçekleştirilmemiş olan fiiller, birinci maddedeki işkence yasağı kapsamında değil, on altıncı madde kapsamında değerlendirilecektir.⁹⁸

Sözleşmenin ikinci maddesinin ikinci fıkrası ise, işkence yasağının olağan dönemlerde olduğu gibi olağanüstü dönemlerde de devam edeceğini, bu yasağın her koşulda ve rejimde, salt dokunulmaz alanı oluşturacağı belirtilmiştir.⁹⁹

Sözleşmenin üçüncü maddesine göre, kişinin işkenceye tabi tutulması tehlikesinin bulunduğu ülkeye iadesi yasaklanmıştır.

Yine bahsi geçen sözleşmenin on beşinci maddesine göre ise, sözleşmeye taraf devletler işkence altında alınmış olan ifadeleri, işkence yapmakla suçlanan kişi aleyhine delil olarak kullanılması hali dışında, yargılamada delil olarak

⁹⁸ **EVANS, D. M.** (2002), *Getting to Grips With Torture*, International and Comparative, Law Quarterly, Vol. 51, April 2002, s. 375.; nakleden **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 72.

⁹⁹ **GEMALMAZ, M. S.**, *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 313.

kullanılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Bu doğrultuda işkence altında alınan ifadeler sözleşmeye göre hükümsüz sayılmaktadır.

Sözleşme, taraf devletlerin sözleşme ile yükümlendikleri yükümlülükleri yerine getirmelerinin denetimini, sözleşmenin ihlal edildiği iddiasında bulunan bireylerin şikayetlerinin kabul edilmesi ve incelenmesini ve ayrıca işkenceye karşı re'sen soruşturma yaparak sözleşmenin geçerliliğini sağlayan İşkenceye Karşı Komite'yi yetkili kılmıştır. Komite yargısal benzeri bir organ olarak nitelendirilmektedir; ancak bu niteliğinin yanında hukuken bağlayıcı bir tespitle bulunma yetkisinin olmadığı da belirtilmiştir. Sözleşmeye taraf devletler ve bireylerin bahsi geçen Komiteye başvuru yapma hakları bulunmaktadır. Devletlerin Komiteye başvuru hakkı, taraf devletlerin kendilerine karşı bu tür şikayetleri inceleme yetkisini tanımalarına bağlı kılınmıştır. Türkiye, hem devletler hem de bireyler tarafından yapılan şikayetlerin komite tarafından incelenmesi yetkisini kabul etmiştir. Bireysel başvuru hakkı ise, yetkinin bildirim yoluyla ilgili devlet tarafından kabul edilmesine, iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasına, sorunun diğer uluslararası bir organ önünde görüşülmüyor olmasına bağlıdır.¹⁰⁰ Komitenin re'sen harekete geçmesi ise, sözleşmeye taraf devletlerden birinde sistemli olarak işkence yapıldığı yönünde güvenilir nitelikte bilgiler alındığında söz konusu olacaktır. Komitenin re'sen harekete geçtiği durumlarda ihlal iddiası değerlendirilirken daha önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartının varlığı da gerekmeyecektir. Bu gibi durumlarda Komite, ilgili devleti görüş bildirmeye çağırabilecek, durumun haklı kıldığı hallerde gizli soruşturma yapabilecek ve bir rapor sunması için Komite bir üyesini görevlendirebilecektir. Ancak, Komitenin bunları yapabilmesi, sözleşmeye taraf devletlerin sözleşme ile belirlenen Komitenin bu yetkisine çekince koymamalarına bağlıdır.¹⁰¹

¹⁰⁰ **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 40.; **ÖNOK, M.**, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, s. 77 – 80.

¹⁰¹ **ÖNOK, M.**, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, s. 79.; **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 40.

Ayrıca, bu sözleşmenin otuzuncu maddesinin ilk fıkrasına göre sözleşmeye taraf iki ya da daha çok devlet, sözleşmenin yorumlanması veya uygulanmasında anlaşmazlığa düşerlerse, bu devletlerden her biri anlaşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na götürebileceklerdir. Ancak Uluslararası Adalet Divanı'nın bu anlaşmazlığı çözümlenebilmesi, sözleşmenin imzalanması ve onaylanması sırasında anlaşmazlığa taraf devletlerin bahsi geçen maddeye çekince koymamalarına bağlıdır. Türkiye sözleşmeyi onaylarken, sözleşme hükmüne çekince koyarak, Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kabul etmemiştir.¹⁰²

BM bu sözleşmeye ek olarak 18 Aralık 2002 tarihli Seçimlik Protokolü kabul etmiştir. Söz konusu ek protokol, işkencenin önlenmesi ve tutukluların durumu konusunda hem uluslararası organlarca hem de bağımsız ulusal organlarca ziyaret yoluyla yerlerinde tutukluların denetlenmesini sağlamaktadır. Türkiye, Ek Protokolü 14 Eylül 2005 tarihinde imzalamış, ancak hala taraf olmamıştır. Sözleşmeye Ek Seçimlik Protokol ile uluslararası faaliyet gösteren İşkenceyi Önleme Alt Komitesi kurulması ve ulusal düzeyde de bağımsız ulusal önleme mekanizmaları kurulması öngörülmektedir.¹⁰³

1.3.3. İşkence ve Benzeri Kötü Muamelelerin Önlenmesine Yönelik Olup Bölgesel Nitelik Taşıyan Belgeler

1.3.3.1. 1987 Tarihli İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi

Türkiye'nin imzasının bulunduğu, "İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi", Avrupa Konseyi tarafından 26 Kasım 1987'de imzaya ve onaya açılmıştır. Türkiye ise, bu sözleşmeyi 25 Şubat 1988'de onaylamıştır.¹⁰⁴

¹⁰² 10.08.1988 tarih, 19895 sayılı Resmi Gazete

¹⁰³ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 84 – 85.

Sözleşmenin başlangıç kısmında yer alan “...hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin, işkence ve gayriinsani ya da küçültücü ceza veya muamelelere karşı korunmalarının ziyaretlere dayanan önleyici nitelikte, adli olmayan yollarla kuvvetlendirileceğine kani olarak...” ifadesi dolayısıyla yalnız işkence, gayriinsani ya da küçültücü ceza veya muamele yasaklanmamış ayrıca bu tür eylemlere karşı bir de denetim mekanizması oluşturulmuştur. Sözleşmeye göre bu denetimi yerine getirme görevi Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi tarafından yerine getirilecektir. Komite bu denetimi yerine getirirken, sözleşmeye taraf devletlerde araştırma, inceleme yaparak özellikle özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin cezalarını çektikleri ya da tutuldukları kurumları ziyaret edecek, buralarda yapılan muamelelerin denetimini yapacaktır. Komite, bu denetimi gerçekleştirirken ziyaret programı düzenleyecek, ziyareti gerçekleştirecek ve ziyaret sırasında tespit ettiği bulguları rapor haline getirecektir. Komite tüm bunları yaparken re’sen hareket edebileceği gibi, devletlerin ya da bireylerin başvurusu ile de harekete geçebilecektir.¹⁰⁵

Bahsi geçen sözleşmenin ikinci maddesine göre, taraf devletler sözleşmeye uygun olarak, kendi egemenlik alanı içinde bulunan ve kişilerin bir kamu makamı tarafından özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları yerlerin ziyaretine izin vereceklerdir. Komite bunları yaparken ilgili ülkenin yetkili makamları ile işbirliği yapacaktır. Taraf devletler, komitenin görevini yerine getirebilmesi için, komite üyelerinin ülkeye girmelerine ve ülke sınırları dahilinde rahat hareket etmelerine izin verecek, inceleme yapılacak yerler hakkında gerekli tüm bilgileri komiteye bildirecek, ayrıca bu yerlerde tutulan ve konuyla ilgili bilgisi olduğuna inanılan kişilerin komite ile rahatça görüşmesini sağlamakla mükellef olacaklardır. Dolayısıyla Komite üyelerinin görevlerini rahatça ve tarafsızca yerine getirebilmeleri için bir takım ayrıcalıklar sağlanmıştır.¹⁰⁶

¹⁰⁴ YAVUZ, M., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Ceza Hukukunda İşkence Yasağı*, s. 24.

¹⁰⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 88.

¹⁰⁶ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 90.

Taraf devletler komitenin çalışmaları için bir takım yükümlülüklerle sahipken, komite de işbirliği ilkesi gereği ziyarette bulunacağı ilgili devleti ziyaret etmeden önce bildirimde bulunmalı, bu bildirim ile ziyaret arasında ilgili devletin gerekli idari hazırlıkları yapabilmesi için makul bir süre geçmesine izin vermelidir. Ancak, komite bu makul süre içerisinde ilgili devlet tarafından yapılması muhtemel ihlallerin örtbas edilmesini önleyecek ölçüde bilgi akışını sağlamayı öngörmelidir.¹⁰⁷

Komite yaptığı incelemeler sonrası elde ettiği bulguları raporlaştırarak ilgili devlete, ayrıca komitenin kendi faaliyetleri hakkında hazırladığı yıllık raporları da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunmaktadır. Hazırlanan yıllık raporun bir nüshası da Konsey Danışma Meclisi'ne gönderilir. Komite bu raporları hazırlarken ve ilgili devlete bildirirken gizlilik ilkesini öngörür. Komite toplantıları kamuoyuna kapalı olduğu gibi raporlar da gizlidir. Burada amaç devlete yaptırım uygulamaktan çok, ihlal sonrası hakları ihlal edilen kişilerin korunmasıdır. Ancak bu gizliliğin de istisnaları vardır. Bunlardan birincisi ilgili devletin raporun açıklanmasına izin vermesi ve bir diğeri ise, komitenin raporu doğrultusunda gerekli iyileştirmeleri yapmayıp işbirliğini reddeden devletlerin ifşa edilerek kamuoyuna duyurulmasıdır.¹⁰⁸

Daha önce açıklamalarda bulunduğumuz BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nden farklı olarak bu sözleşmede taraf devletlere sözleşmeye ilişkin herhangi bir çekince koyma hakkı tanınmamıştır. Bu da sözleşme ve komitenin ihlallerin önlenmesinde etkin rol oynadığının göstergesidir.

1.3.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Türkiye ile birlikte, 2005 yılı itibariyle kırk beş devletin de imzasının bulunduğu işkence, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezanın

¹⁰⁷ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 93.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, s. 44.

¹⁰⁸ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 91.

yasaklandığı bölgesel sözleşmelerden en önemlisi “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”dir. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bu sözleşme 4 Kasım 1950’de Türkiye’nin de aralarında bulunduğu on beş Avrupa devleti tarafından Roma’da imzalanmış ve 3 Mayıs 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

AİHS, birinci maddesi uyarınca AİHS’e taraf olan devletler, kendi yetki alanları içerisinde bulunan herkese, AİHS’te tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlamak zorundadırlar. Sözleşme tarafından kişilere tanınan hak ve özgürlüklerden biri de “İşkence Yasağı” başlıklı üçüncü maddede öngörülen yasaklamalardır. Bu maddeye göre, hiç kimse işkence ya da insanlıkdışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulamayacaktır. Ayrıca, yine sözleşmenin on beşinci maddesine göre belirtilen hakların kullanımı savaş ve benzeri durumlarda dahi askıya alınmayacaktır. Bu yasağa hiçbir istisna getirilemeyeceği kuralı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da uluslararası kamu düzeninin emredici hukuk kuralı olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁹

AİHS’in üçüncü maddesine göre, işkence, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamelenin nitelikli ve daha ağır şeklini oluşturmaktadır. İnsanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele ise belirli bir durumda haksız olarak kasten daha ağır fiziki ve psikolojik acıya yol açan fiillerdir. Komisyon tarafından yapılan tanımlamaya göre, asgari ağırlık düzeyine ulaşan ancak işkence olarak nitelendirmek için gerekli unsurlardan en az birine sahip olmayan belirli bir saikin varlığının aranmadığı gibi ıstıraba yol açma kıstasının da gerekli olmadığı fiiller aşağılayıcı muamele olarak nitelendirileceklerdir. İnsanlık dışı muamele, işkence kadar özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği acıya neden olmamakla birlikte fiziksel yaralanmaya ve yoğun fiziksel veya ruhsal acıya sebep olacaktır.¹¹⁰ İşkence için varlığı aranan kastın bulunması insanlıkdışı muamelenin varlığında aranmayacaktır. Böyle bir kast olmasa dahi eylem insanlıkdışı muamele olarak

¹⁰⁹ DOĞRU, O., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 2.

¹¹⁰ DOĞRU, O., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 21 – 22.

nitelendirilebilecektir. İnsanlıkdışı ve aşağılayıcı ceza ise, ceza vermeye yetkili olanlar tarafından verilmiş olup makul bir cezanın içereceği acı ve aşağılanmışlık duygusundan daha ağır olan cezadır.¹¹¹

AIHS, sözleşmeye taraf devletlere bir takım yükümlülükler yüklemiştir. Bunlardan ilki sözleşmeye taraf devletler hiç kimseyi işkenceye, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muameleye yahut cezaya tabi tutamayacaktır. Bu devletin negatif yükümlülüğü olmakla birlikte, devlet burada bütün kamu görevlilerinin sorumluluğunu taşımaktadır. Devlet bireylerin sözleşmenin üçüncü maddesinde yasaklanan eylemlerin mağduru olmasını önlemek için önlemler almakla yükümlüdür. Bu da devletin pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Son olarak da devlet işkenceyi, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muameleyi yahut cezayı etkili biçimde soruşturmak ve kovuşturmakla yükümlüdür. Bu da devletin usul yükümlülüğüdür.¹¹² Devlet elinde olan imkanlar çerçevesinde, ihlallerin gerçekleşmemesi için bütün önlemleri almak zorundadır. Bunun sonucunda tüm çabalara rağmen olumsuz sonuç alınmış olursa, devlet ihlalin önüne geçemeyecek olursa, ya da etkin soruşturma yapılmasına rağmen sorumlular tespit edilememiş olursa, devleti sorumlu tutmak mümkün olamayabilecektir.¹¹³

AIHS'in üçüncü maddesi ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğü garanti altına alınmak istenmiştir. Kişinin yaşam hakkı başta olmak üzere fiziksel bütünlüğü ve insan onuru güvence altına alınmaktadır. Dolayısıyla mağdurun ihlalde rızası bulunsa dahi, kişi üzerinde tam tasarruf yetkisinin bulunmadığı bu haklardan vazgeçemeyeceği için, madde ihlal edilmiş olacaktır. Kişinin yargısal başvuru hakkından feragat edemeyeceği düşünüldüğünde, kişi ihlal öncesinde rıza göstermiş olsa dahi bu rızadan vazgeçerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne

¹¹¹ DOĞRU, O., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 86.

¹¹² ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 164.

¹¹³ GÖLCÜKLÜ, F. (1997), *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı*, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, s. 44 – 45, İzmir.; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 167.

ihlal dolayısıyla başvuruda bulunabilecektir.¹¹⁴ Ancak AİHM'e götürülebilecek bir başvurunun varlığından söz edilebilmesi için, üçüncü maddenin koruduğu hakka eylem ya da ihmal suretiyle yapılan muamelenin yahut verilen cezanın asgari ağırlık düzeyine ulaşmış olması gerekmektedir. İşkence, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza kavramlarının her üçü için de asgari ağırlık düzeyi aranacaktır. Bu düzeyin belirlenmesinde, muamele veya cezanın niteliği, kapsamı, süresi, uygulanma şekli ve yöntemi, muamelenin veya cezanın fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu vb. haller rol oynayacaktır. Yine, sözleşmenin üçüncü maddesince yasaklanan ihlallere maruz kalma riskinin gerçek ve yakın olması halinde de madde hükmü ihlal edilmiş sayılacaktır.¹¹⁵

Bir ceza ve muamelenin aşağılayıcı olup olmadığı tespit edilirken, yani üçüncü madde anlamında herhangi bir ihlal teşkil edip etmediği tespit edilirken söz konusu ceza veya muamelenin amacının kişiyi aşağılayıp küçük düşürmek olup olmadığına ve mağdurun kişiliğinin olumsuz etkilenip etkilenmediğine bakılacaktır. Özellikle mağdurda bu sonucu doğurmak için yapılmış olmasa bile sonucun varlığı halinde üçüncü maddenin ihlali ihtimali doğmuş olacaktır.¹¹⁶

AİHS'in bahsi geçen maddesine göre, aşağılama veya küçümsemenin belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve yasal olan cezada mevcut olandan başka bir düzeyde olması gerektiği vurgulanmıştır. Yargı kararı sonucu verilen cezaların kişiyi aşağıladığı gerekçesiyle üçüncü maddeyi ihlal ettiği söylenemeyecektir. Ancak yasal cezaların infazı sırasında sanığın cezasının infazı gerçekleşirken bir takım ihlallerin meydana gelmesi söz konusu olabilecektir. Bu da her somut olayda değişeceğinden olayın özelliğine göre ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği AİHM tarafından takdir edilecektir. Ancak kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik bütün cezalar insanlıkdışı ve aşağılayıcıdır. Ayrıca kişinin kamu makamları elinde

¹¹⁴ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 163.; nakleden **BAKIM, S.**, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, s. 49.

¹¹⁵ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 175.

¹¹⁶ **DOĞRU, O.**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 86.

bir nesneye dönüşmesine neden olan cezalar da kişi onuru ve bütünlüğü ile bağdaşmayan üçüncü maddenin ihlaline sebep olan cezalardır.¹¹⁷

AİHM'e göre sözleşmenin üçüncü maddesine aykırı olan cezalar kişiye uygulanamayacaktır. Bu maddeye aykırı olan cezalar caydırıcılık etkisi yüksek olsa ve aleni olmayan ortamda uygulanmış olsa bile sözleşmeye aykırılık devam edecektir. Bu tür cezalar kişiyi başkalarının gözü önünde küçük düşürüp aşağılanmasına neden olmamış olsa bile, maddenin ihlali açısından kişinin kendi nazarında küçük düşmesi ve aşağılanması yeterli olacaktır.¹¹⁸

Sözleşmenin ihlali iddialarını incelemekle yetkili kurum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Şikayet konusu olaylar hakkında taraflar arasında anlaşmazlık ortaya çıkarsa ve bu olayda ihlalin varlığı başvuru tarafından savunulabilir bir ihlal ise, AİHM bahsi geçen sözleşmenin otuz sekizinci maddesi uyarınca bu anlaşmazlık hakkında soruşturma yürütebilecektir. Soruşturma esnasında ise, sözleşmeye taraf devletler soruşturma kapsamında yapılacak olan incelemeler için gerekli kolaylığı sağlamakla yükümlüdürler. Soruşturma esnasında bu devletler makul bir açıklamaları olmaksızın gerekli kolaylığı mahkemeye sunmazsa, hem otuz sekizinci maddenin ihlali söz konusu olacak, ayrıca soruşturma hakkında başvuruçunun iddialarının doğru olduğuna dair yani devletin ihlal yaptığı doğrultusunda kararın da çıkmasına sebep olacaktır.¹¹⁹ Ancak AİHM'e bireysel başvurunun yapılması için, öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olması ve iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren altı ay içerisinde mahkemeye başvurunun yapılmış olması gerekmektedir. Tabii ki taraf devletin başvuruçunun başvurusu sonrası olayla ilgili olarak soruşturma işlemlerini yerine getirmemesi ve bunun sonucu mahkeme önünde başvuruçunun tarafından iç hukuk

¹¹⁷ DOĞRU, O., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 21.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, s. 58.

¹¹⁸ DOĞRU, O., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 130.

¹¹⁹ DOĞRU, O., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 7.

yollarının tüketilmediğine dair itirazda bulunması AİHM tarafından dikkate alınmayacaktır.

Mahkeme huzurunda idari pratik haline dönüşen bazı davranışlarda mevcuttur. İdari pratikten kasıt, işkence ve benzeri kötü muamelelerin sıklıkla rastlanan, yaygın bir uygulama halini alması ve işkencenin ve kötü muamelenin yasa dışı olmasına rağmen sorumlu üst konumdakilerin bu tür uygulamaları hoşgörü ile karşılamaları, eylemleri yapanları cezalandırmamaları, eylemlerin tekrarının önlenmesi için herhangi bir girişimde bulunmamaları, ihlal iddialarının araştırılmaması, adil yargılanmanın gerçekleşmediği diğer bir deyişle resmi müsamahanın söz konusu olduğu durumlardır.¹²⁰ Böyle bir durumun varlığı halinde, iç hukuk yollarının tüketilmesi etkisiz ve gereksiz olacağından, sözleşmenin yirmi altıncı maddesine göre iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı başvuru bakımından aranmayacaktır. AİHM'in, Türkiye'de iç başvuru yollarının hukuken işlemez olduğuna karar verdiği birçok kararı mevcuttur. AİHM Türkiye'nin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, Türkiye'nin yapmış olduğu iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını dikkate almayarak, asli yargı görevini üstlenerek 3. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.¹²¹

Mahkeme iddiaların kanıtlanmasında “makul şüphe” kriterine dayanmaktadır. Devletler kendi denetimi altında olan ve devlet tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin hayatını ve sağlığını korumakla yükümlüdürler. Gözaltına alındığı sırada sağlığı iyi durumda olan bir kişinin salıverildiğinde veya tutuklandığında yaralanmış olduğu tespit edilirse, bu

¹²⁰ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 181.

¹²¹ CENTEL, N., ZAFER, H. (2006), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, s. 10, İstanbul.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, s. 61.; 24 Nisan 1998 tarihli Selçuk ve Asker – Türkiye kararında, başvuranların başından geçenler dikkate alındığında ulusal yargı mercilerine başvurmanın yararsız olduğunun anlaşılabilir olduğu, 9 Haziran 1998 tarihli Tekin – Türkiye kararında sadece teoride değil uygulamada da etkin iç hukuk yollarının tüketilebileceğini, olayda ise iç hukuk yollarının etkin olmadığı ve sonuç alınmaz olduğuna işaret edilmiştir. 11. 04. 2000 tarihli Veznedaroğlu – Türkiye kararı, 20 Haziran 2000 tarihli Salman – Türkiye kararı, 28 Kasım 1997 tarihli Mentş – Türkiye kararı, 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy – Türkiye kararı, 25 Eylül 1997 tarihli Aydın – Türkiye kararında da Mahkeme Türk makamlarının üzerine düşen görevi yapmadığını belirtmiştir.

yaraların nasıl meydana geldiğini aklın kabul edebileceği uygun bir şekilde ilgili devlet açıklamalıdır.¹²² Devletin sorumluluğu yalnızca kendi eylemlerinden dolayı değil ayrıca, devlet adına hareket etmiyor olsa bile özel kişilerin gerçekleştirdiği ya da devlete ait olmayan kurumlar tarafından gerçekleştirilen ihlaller olduğunda devletin bunu bilmesinin gerekmesi durumunda da söz konusu olacaktır. Bu durum, sözleşmeye taraf devletlerin işkence, insanlıkdışı aşağılayıcı muamele ya da cezanın önüne geçilebilmesi için alması gereken önlemlerin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

AİHM tarafından iddialar değerlendirilirken, tarafların mahkemeye sunduğu deliller ve mahkeme tarafından re'sen elde edilen deliller göz önünde bulundurulur. Mahkeme önünde iddiaları kanıtlama yükümlülüğü taraflara düşeceğinden, başvuru ile taraf devletin delillere ulaşma imkanı kıyaslandığında sadece taraf devletin ulaşacağı, başvurucağın ise ulaşmasının mümkün olmayacağı deliller açısından ispat yükü tek başına başvurucağına yüklenemeyecektir.¹²³

1.3.3.3. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

Sayılan sözleşmeler dışında bölgesel olup da Türkiye'nin imzasının bulunmadığı sözleşmeler arasında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi yer almaktadır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan Devletleri Örgütü tarafından biçimlendirilmiş, 22 Kasım 1969'da imzaya açılmış ve Amerikan Devletleri Örgütü üyeleri tarafından 18 Temmuz 1978'de imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeye bölgesel niteliği kazandıran özellik, sadece Amerikan Devletleri Örgütü üyelerinin imzasına açık olmasıdır.

¹²² **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 180 – 181.; **DOĞRU, O.**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 8 – 16.; **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 63.

¹²³ **DOĞRU, O.**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, s. 7.; **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 180.; **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 62.

Bahsi geçen sözleşmenin 5. maddesi, işkence ve kötü muamele yasağını düzenlemektedir. 5. maddeye göre, “Hiç kimse işkence ya da zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı ceza ya da muameleye maruz bırakılamaz. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkesin, insan varlığına yerleşik onuruna saygı gösterilerek muamele görme hakkı vardır.” Ayrıca sözleşmenin 4. maddesinde yaşam hakkı ve 7. maddesinde de kişi güvenliği hakkı düzenlenmiştir.¹²⁴

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuş ve bu organlar eliyle sözleşmenin güvencesi oluşturulmaya çalışılmıştır.

1.3.3.4. Afrika Şartı

Bölgesel olarak imzaya açılan sözleşmelerden en yenisi ve bizim de değineceğimiz son sözleşme ise, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır. Afrika Şartı, Afrika Birliği Örgütü tarafından şekillendirilerek 21 Haziran 1980 tarihinde imzaya açılmış ve 21 Ekim 1986'da yürürlüğe girmiştir.

Afrika şartı kendisinden önce imzalanan sözleşmeler ışığında hazırlanmış ve bu sözleşmelerdeki eksikliklerin giderildiği geliştirici işleve sahip bir sözleşmedir. Sözleşmenin 4. maddesi kişi dokunulmazlığını düzenlerken, 5. maddesi kişinin her biçimi ile istismarı ve aşağılanmasını, kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı ceza ve muamele yasağını düzenlemektedir. 6. maddede ise kişi güvenliği hükme bağlanmıştır.¹²⁵

Afrika Şartı, diğer sözleşmelerde görüldüğü gibi komisyon ve mahkeme gibi organlara sahip değildir.¹²⁶

¹²⁴ **GEMALMAZ, M. S.** (1990), *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi*, 1. Basım, Amaç Yayıncılık, İstanbul.; nakleden **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 36.

¹²⁵ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 148.; **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 37.

¹²⁶ www.insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE SUÇU

2.1. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu

2.1.1. Korunan Hukuki Yarar

2.1.1.1. Genel Olarak

Ceza kanunlarında işkence suçunun cezalandırılmasında üç sistem kabul edilmektedir. Bu sistemlerden ilki, işkence suçunu devlet idaresi aleyhine işlenmiş bir suç olarak gören sistemdir. Bu sisteme göre, suçun kamusal niteliği ağır bastığından işkence suçu kamu idaresi aleyhine işlenmiş bir suç olarak değerlendirilir. Kamu idaresini temsil eden görevli, görevini kötüye kullanarak veya yetki sınırını aşarak bir kişinin haklarına zarar verip kamu idaresinin işleyişine karşı duyulan güvenin azalmasına sebep olmaktadır. Kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışı ile kamu görevinin yerine getirilmesinde, disiplinsiz davranışlar ortaya çıktığından işkence suçu bu sistemde devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında yer almıştır.¹²⁷

¹²⁷ **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.** (1992), *Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, TCK 202 – 281)*, İstanbul.; nakleden **BAKIM, S.**, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, s. 83.

İşkence suçunun kanunlarda düzenleniş şekline göre kabul edilen ikinci sistem ise, işkenceyi adliye aleyhine işlenmiş bir suç olarak görür. Çağdaş demokratik devletlerde adli faaliyetlerin amacı, kişi hak ve özgürlüklerini korumak, hukuk devleti ilkesinin işlerliğini sağlamaktır.¹²⁸ Buna göre, her türden uygulamanın yasal düzenlemeye uygunluğunun sağlanması adliyenin görevidir. Bunun aksini oluşturacak, adliye aleyhine gerçekleştirilen eylemler adli fonksiyonun etkinliğini zayıflatacak veya ortadan kaldıracaktır. İşkencenin cezalandırılması, adli uygulamaların yasal düzenlemelere uygunluğunu, ayrıca adli uygulamaların tarafsız, süratli, isabetli ve adalete uygun gerçekleştirilmesini sağlayacaktır.¹²⁹

Üçüncü sistem ise, işkenceyi şahıslara karşı işlenmiş bir suç olarak kabul etmektedir.

Türk Hukuku'nda işkence suçu 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz. Kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." denilerek yasaklanmıştır. İşkence suçunun yaptırımı ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde belirlenmiştir. Hukukumuzda bu maddenin kanundaki sistematik yeri kişilere karşı işlenen suçlarda düzenlenmiş ve kişilere ait değerler öncelikli korunan hukuki yarar olarak belirlenmiştir. Ancak işkence suçunun oluşabilmesi açısından suçun failinin kamu görevlisi olması zorunluluğu da ilgili maddede düzenlenerek, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine ilişkin menfaatler koruma altına alınmıştır.

765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu işkence suçunu devlet idaresi aleyhine suçlar arasında düzenlerken, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişilere karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu da göstermektedir ki, korunan

¹²⁸ **WAGNER, H.** (1975), *Amstverbrechen*, Berlin.; nakleden **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 68.

¹²⁹ **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.** (2000), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, s. 622, Ankara.; nakleden **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 68.

hukuki yarar bakımından mülga TCK kamusal değerlerin korunmasına üstünlük tanırken, 5237 Sayılı TCK’de korunan asıl hukuki yarar kişi dokunulmazlığıdır.¹³⁰

Ayrıca 1982 Anayasası’nın 38. maddesinin 5. fıkrasında koruma altına alınan sanığın susma hakkını ve Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına göre iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkını, eylemleriyle ihlal eden soruşturma ve kovuşturma makamları, ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılmasının önüne geçmiş olacaktır. Bu doğrultuda, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 147. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde düzenlenen, ifade verenin kendisine yüklenen suç ile ilgili olarak açıklamada bulunmamasının kanuni hak olarak düzenlenmesi ve 148. maddede şüphelinin ve sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma veya bazı araçlar kullanma gibi ruhsal veya bedensel müdahaleler yapılamayacağı, kanunda yasaklanan bu usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsalar da delil olarak değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.¹³¹ Bu da göstermektedir ki, işkence suçunun düzenlenmesinde korunan hukuki yarar yalnızca kişi dokunulmazlığı, insan onuru, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi olmamakta, bunlara ek olarak adil yargılanma hakkı, irade özgürlüğü ve susma hakkı da korunan hukuki yarar kapsamında değerlendirilmektedir. İşkence suçunda korunan hukuki yarar birden fazla olmakla karma bir nitelik göstermektedir.¹³²

2.1.1.2. Kişinin Vücut Bütünlüğü

Yaşama hakkı, işkenceye, insani olmayan veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı, kölelik ve hizmetkarlık yasağı ve ceza yasalarının geçmişe yürümezliği ilkesi hukuk sistemleri ve uluslararası sözleşmelerle dokunulması

¹³⁰ **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 151.; nakleden **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 349.

¹³¹ **ARTUK, M. E.**, “İşkence Suçu (TCK m. 94, 95)”, s. 18 – 19.

¹³² **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 65.

yasaklanmış, güvence altına alınmış ilkeler olarak sayılmıştır. Dokunulması yasaklanan bu dört ilke, kişinin fizik ve ruhsal bütünlük ve özgürlüğüne ilişkin bireysel haklardan olmakla birlikte, herkese, her yerde ve her türlü ortam ve koşulda tanınmıştır.¹³³

Anayasanın 17. maddesi ile kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrası, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut dokunulmazlığına müdahalede bulunulamayacağına işaret etmekte, üçüncü fıkrası ise işkence yasağını düzenlemektedir. İşkence suçunun ortaya çıkmasına neden olan eylemler kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ağır saldırılar şeklinde kendini gösterdiğinden, işkence kişi hakları kapsamında değerlendirilen kişinin dokunulmazlığı, bedensel tamlık, maddi ve manevi varlığa sahip olmak haklarını ihlal eden bir fiil olarak görülmüştür.¹³⁴

İşkence suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği yer itibariyle de, koruma altına öncelikli olarak kişinin vücut birliği ve dokunulmazlığını almıştır. 5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinde düzenleniş şekliyle işkence, bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle olacaktır. Bu düzenlemeye göre, işkenceye maruz kalan mağdurun öncelikle vücut bütünlüğü etki altında kalacak ve ihlal edilecektir. Kişinin vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen etki yalnızca kişinin fiziki varlığı ile yetinmeyip, ayrıca manevi varlığını da yani akıl ve ruh sağlığını da etkilemek suretiyle gerçekleşebilecektir. Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik acı verici hareketler, kişinin karar verme yeteneğinin azalmasına neden olmakla birlikte, yaşama hakkını, irade özgürlüğünü ve maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığını ihlal edecektir.¹³⁵

¹³³ **KABOĞLU, İ. Ö.** (2002), *Özgürlükler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Kasım 2002, s. 270.

¹³⁴ **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 66.

İşkence yasağı ile gerçekleştirilmek istenen, hangi koşulda olursa olsun kişinin temel haklarından olan kişi bütünlüğünün, vücut bütünlüğünün tanınması ve korunması düşüncesidir.¹³⁶

2.1.1.3. İnsan Onuru

Anayasanın başlangıç kısmında “onurlu bir yaşam sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hakkı” denilmiş ve Anayasanın 13. maddesinde ise, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilerek, insan onurunun Türk anayasal sisteminde de öncelikli bir değere sahip olduğu kabul edilmiştir.¹³⁷

Türk Ceza Kanunu’nun 94. maddesinde, kişilerin insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına, yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi halinde işkence suçunun oluşacağı hükme bağlanarak, işkence suçunun varlığına vücut verecek seçimlik hareketlerin insan onuruyla bağdaşmayan bir nitelik taşıması gerektiği belirtilmiştir.¹³⁸

Bu düzenlemeler kapsamında gördüğümüz insan onuru, Anayasa Mahkemesi tarafından tanımlanmıştır. Bu tanıma göre insan onuru; “... insanın ne durumda ve hangi koşullar altında olursa olsun salt insan olmasının kazandırdığı

¹³⁵ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 67.

¹³⁶ GEMALMAZ, M. S. (1992), “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, İHY, TODAİE, C.: 14.; nakleden ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 67.

¹³⁷ ERDEM, M. R. (2001), *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 240, Ankara.; ÖZBEK, V. Ö. (2005), *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gereççeli – İçtihatlı)*, Cilt 1, 2. Baskı, s. 65, Ankara 2005.; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 351.

¹³⁸ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 350.

değerin tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce ve davranış ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkartmaktadır.” şeklindedir.¹³⁹

2.1.1.4. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılama kavramı yerine “doğru ve güvenli yargılama”, hakkaniyete uygun yargılama”, “dürüst yargılama” ve İngilizce kullanımına paralel olarak “doğru yargılama” deyimleri de kullanılmaktadır.

Adil yargılama kavramı, birden fazla ve çeşitli unsuru içinde taşıyan bir bütündür. Bu kavram hukukun üstünlüğü ilkesinin doğal bir uzantısı olarak yargılama tekeline sahip olan devletin, bu faaliyetinde uyması gereken tüm kural ve unsurları içermektedir. Bu bağlamda, demokratik bir toplum düzeninin “olmazsa olmaz” (sine qua non) unsurlarından biridir.¹⁴⁰

Adil yargılanma hakkı kapsam itibarıyla en geniş olan ve kapsamında birçok hak ve ilkeyi barındıran bir haklar bütünüdür. Bu hak, medeni nitelikteki yargılamalarda da söz konusu olan bir kavram olmasına rağmen, uygulamada çoğunlukla ceza yargılamasında gündeme gelmektedir. Toplum düzenini sağlamak için, her suçun işlenmesinden sonra failleri yargılama görev ve yetkisiyle donatılmış olan devlet, bu yetkiyi kullanırken salt toplumsal çıkarları koruma saikiyle, fail olduğundan kuşku duyduğu bireye keyfi uygulamalarda bulunamayacaktır.¹⁴¹ Bu da yargılamanın ilgili usul kurallarına, yürürlükte olan yazılı hukuk kurallarına, hukukun genel ilkelerine, yargılama ile ilgili insanlığın

¹³⁹ Any. Mhk. E. 1963/132, K. 1966/29, K. T. 28.06.1966, AMKD, S. 4, s. 187.; nakleden **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 351.

¹⁴⁰ **AŞÇIOĞLU, Ç.**, “Yargıda Temel Sorun: Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı”, *Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı*, S. 22, s. 926.

¹⁴¹ **REID, K.** (1998), *A Practitioner’s Guide to The European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, s. 53, London.

ortak değeri haline gelmiş değerlere uygun olarak başlatılmış, yurütulmüş ve sonuçlandırılmış olması ile gerçekleşecektir.¹⁴²

Anayasanın 36. maddesinin 1. fıkrasına göre herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. CMK'nin 148. maddesinde şüphelinin ve sanığın beyanının zgr iradesine dayanmasını engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel ve ruhsal muameleler yasaklanmıştır. Yine aynı maddenin 3. fıkrasına göre, bu müdahalelerle alınan ifadelerin rıza ile verilmiş olmaları söz konusu olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme göstermektedir ki, adil yargılanma hakkının kişilere tanınmasında işkence ve benzeri kötü muamelelerin ifade ve sorguda gerçekleştirilmesinin önüne geçilmiş ve bu davranışlar yaptırma bağlanarak kişilere güvence sağlanmıştır. Ayrıca usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz ve i hukukumuzun parçası haline gelen AİHS'in 6. maddesinde de adil yargılanma hakkı düzenlenmiş ve adil yargılanma hakkı kapsamında şüpheli ya da sanığa soruşturma ve kovuşturma aşamasında tanınan haklara teminat oluşturulmuştur.

Adil yargılanma hakkı sadece ifade alınırken ve sorgu yapılırken değil yargılamada kişinin sulanmasından başlayıp infaza kadar olan süreçte şüpheli ya da sanığa tanınan bir haktır. Bu hak sanığın kendisine tanınan susma, kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanmama, müdafiden faydalanma, işkence ve kötü muamelelere uğramama, tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde aleni olarak yargılanma, isnad edilen suç hakkında bilgilendirilme haklarının sağlanmasında da tanınmalıdır.¹⁴³

¹⁴² **ALACAKAPTAN, U.** (1999), "1929'dan Bugüne Ceza Muhakemesi Yasası – Güncel Sorunlar", in: CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karşısında 70. Yildnmnde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, s. 17, İstanbul.; nakleden **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 69.

¹⁴³ **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 69.

2.1.1.5. İrade Özgürlüğü ve Susma Hakkı

Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrasında, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkından bahsedilmektedir. Kişinin manevi varlığı ise özgür karar verebilme ve verdiği bu karara göre hareket edebilmesi özgürlüğünü içermektedir. Kişi bu şekilde toplumda düşünen bir varlık olarak aktif rol oynayacaktır.¹⁴⁴ İşkence suçu kişinin bu serbest iradesine karşı bir tehdit oluşturmaktadır. İşkence ile kişinin soruşturmada ifadesi alınırken karşı koyma gücü kırılarak iradesi dışında beyan elde edilmektedir.

Anayasanın 38. maddesi ile sanığın kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamayacağı belirtilerek, şüpheliye ayrıca susma hakkı tanınmıştır. Susma hakkına Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147. maddesinin (e) bendinde de yer verilmiştir. Ceza davalarında, hakkaniyete uygun yargılamanın bir koşulu olarak kimse, kendi mahkumiyetine yardımcı olmaya, kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamayacaktır. Kişinin kendi kendini suçlayıcı bir duruma düşmemesi susma hakkının gereğidir. Bu hak kişiye aleyhine olan ifadeyi ve aleyhine olan belgeleri vermeme hakkını kapsar. Şüphelinin ya da sanığın susma hakkını kullanırken kendisine yöneltilen sorulara cevap vermemesi, soruşturma ve kovuşturma esnasında kişinin ifade özgürlüğüne sahip olduğunu gösterir. Buna ek olarak ulusal mahkemeler kural olarak sanığa tanınmış bir hak olan susma hakkı kullanıldığında, bu hakkın kullanılmasını sanığın aleyhine yorumlayamayacaklardır. İşkence yasağı ile sanığın susma hakkı güvence altına alındığından sanığın ifade özgürlüğü de korunmuş olacaktır.

2.1.1.6. Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişi

TCK'nin 94. maddesi "Bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi..." diyerek işkence suçunda failin kamu görevlisi olacağını belirtmiştir.

¹⁴⁴ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 71.

Suçun faili kamu görevlisi olduğuna göre, fail bu eylemleri ancak kamusal faaliyetleri yerine getirirken gerçekleştirebilecektir. Kamusal faaliyet esnasında kamu görevlisinin işkence niteliğinde kötü muamelelerde bulunması ise, kamusal faaliyetin kötü yürütülmesinin yanı sıra vatandaşların da devlete duydukları güvenin zedelenmesi sonucunu doğuracaktır. İşkence suçunun madde metninde yaptırımının belirlenmesi ile birlikte kamu faaliyetlerinin yürütülmesinde disiplinin sağlanması ve vatandaşlar tarafından idareye duyulan güvenin korunması amaçlanmıştır.¹⁴⁵

Görülmektedir ki, devlet, birleştirici hükmeden kurum ve hükümet olmaktan başka toplumsal güvenliği ve düzeni garanti altına almak, toplumun korunmasını, mutluluğunu ve gelişmesini sağlamak için zorunlu olan varlıkları ve hizmetleri bahşetmeye yönelik somut ve olumlu bir faaliyet gerçekleştirdiğinde kamu idaresi olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁶ Devletin yanı sıra diğer kamu tüzel kişileri de devlet idaresi altında toplanmıştır. O halde, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi bakımından bu işleyişi sağlamakla mükellef olanlar, devlet ve her türlü kamu tüzel kişileri ve ayrıca fonksiyon olarak da yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarıdır.¹⁴⁷

Kamu görevlisinin gerçekleştireceği kötü muameleler yalnızca kamu idaresinin güvenilirliğini ve işleyişini zedelemeyecek, ayrıca kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğü, dokunulmazlığı, adil yargılanma hakkı ve buna bağlı olarak da şüpheli ve sanık haklarının ihlali sonucunu doğuracaktır.

¹⁴⁵ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 357.

¹⁴⁶ **TOROSLU, N.** (1970), *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Sevinç Matbaası, s. 363, Ankara.

¹⁴⁷ **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA A. C.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 293.; nakleden **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 73.

765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu işkence suçunu devlet idaresi aleyhine suçlar arasında düzenlerken, korunan hukuki yarar bakımından kamusal değerlerin korunmasına üstünlük tanımıştır.¹⁴⁸

2.1.2. Suçun Faili ve Mağduru

2.1.2.1. Fail

Fail, suç teşkil eden hareketi yapan, yani fiili işleyen kimsedir.¹⁴⁹ 5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinin 1. birinci fıkrasında, işkence suçunda fail olabilecekler kamu görevlileri olarak belirlenmiştir. Buna göre, TCK madde 6'ya göre, kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılacağından işkence suçunun faili bu kimseler olacaktır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 Sayılı mülga TCK'nin 243. maddesinde yer alan ve işkence suçunun faili olarak belirlenen “memurlar veya diğer kamu görevlileri” ibaresinde değişikliğe gidilmiş, memur kavramını da içine alan “kamu görevlisi” kavramına yer verilmiştir. Memur bir kamu görevlisi çeşidi olmakla birlikte her kamu görevlisi memur olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak her memur bir kamu görevlisi olmakla birlikte kamu görevlisi memurdan daha geniş bir kavramdır. TCK'nin 6. maddesinin gerekçesine göre; kişinin yerine getirdiği faaliyetin kamusal faaliyet olması, kişinin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi için yeterli olacaktır. Bir faaliyetin kamusal faaliyet olması için ise, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararla, bu hizmetin kamu adına yürütülmesi gerekecektir. Ayrıca; madde gerekçesine göre, kamu görevlilerinin maaş, ücret ve sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır.

¹⁴⁸ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 349.

¹⁴⁹ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, no: 1168.

Mülga 765 Sayılı TCK ve halen yürürlükte olan 5237 Sayılı TCK'de madde metinlerinde yer alan memur ve kamu görevlisi ibareleri anlam olarak idare hukukundaki memur kavramına göre daha geniş ele alınan kavramlardır. İdare hukukunda bir kimsenin kamu görevlisi olarak nitelendirilebilmesi için, bu kimsenin bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hukuku bağıyla istihdam edilmesi, yani bu kimsenin bir kadroya bağlılığının bulunması gerekmektedir. 5237 Sayılı TCK'de ise getirilen kamu görevlisi kavramı ile kamusal faaliyete katılan kişinin devlete herhangi bir organik bağ ile bağlı olması gerekmeyecektir. Ayrıca 765 Sayılı mülga TCK'deki memur kavramı yerine memuru da içerisinde barındıran kamu görevlisi kavramının madde metninde yer almasıyla 765 Sayılı mülga TCK zamanında kamu hizmeti gördüğü için memur sayılmayan birçok görevli kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldığı için 5237 Sayılı Kanunla getirilen kamu görevlisi kapsamında değerlendirilecektir.¹⁵⁰

TCK'nin 6. maddesi kapsamında belirtilen kamu görevlisinin bir kadroya bağlı olması gerekmediği gibi, bu kişinin süreli veya geçici olarak da kamusal faaliyetin yürütülmesine katılabileceği madde gerekçesinde belirtilmiş ve madde gerekçesinde belirtilen bu durum ile kamu görevlisine yüklenmek istenen kavramın çeliştiğine dair fikirler ortaya atılmıştır.¹⁵¹ Kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için, kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılması TCK md. 6'da yeterli görüldüğünden idare hukuku çerçevesinde kamuya yönelik ve kamuya yararlı her hizmet sağlayan kişinin kamu görevlisi sayılacağı öne sürülmüştür.¹⁵² Bu doğrultuda taksici, belediye otobüsü şoförü, özel hastanedeki hemşire, özel Kur'an kursundaki hoca, imam, belediye işçisi, cezaevi aşçısı, iskelelerdeki gazete bayileri ileri sürülen fikirlere göre kamu görevlisi sayılabilecektir. Ancak, kamu hizmeti, kamuya yönelik ve kamuya yararlı olmakla birlikte kural olarak kamu kuruluşlarınca ya da onların yakın denetiminde

¹⁵⁰ **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 494.

¹⁵¹ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 368 – 370., **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.** (2006), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 600 – 601, Ankara.; nakleden **BAKIM, S.**, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 96.

¹⁵² **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 371.

bireylerin yararına sunulan hizmetlerdir. Bu da göstermektedir ki bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamuya yararlı olması tek başına yeterli olmayacaktır. Kamu hizmetinin niteliğini belirlemede önemli olan siyasal iradenin bu faaliyeti hangi kapsamda değerlendirdiğidir.¹⁵³

Madde gerekçesinde ayrıca, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu özel hukuk kişilerinin kamu görevlisi sayılmayacağı belirtilmiştir. Kamuya yararlı iş görenleri kapsam dışında bırakmayı amaçlar gibi görünen¹⁵⁴ gerekçenin bu bölümü, 5237 sayılı TCK'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yapılan kamu görevlisi tanımıyla çelişmektedir.

765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, işkence suçu ancak tahkike yetkili memurlar tarafından işlenebilmekte olup, özel memur suçları arasında değerlendirilmekteydi. Ancak 5237 Sayılı TCK ile her kamu görevlisi işkence suçunun faili olabileceğinden işkence suçu artık genel memur suçu olarak nitelendirilebilecektir.¹⁵⁵

5237 Sayılı TCK'nin işkence suçunu düzenleyen 94. maddesinin madde gerekçesine göre, işkence suçu kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması sonucu işlenebilmektedir. Dolayısıyla, işkence teşkil eden fiiller ancak kamu görevlileri tarafından görevle bağlantılı olarak, görevin ifası sırasında işlenmelidir. Yani, kamu görevlisi görevi dolayısıyla elinde bulundurduğu bir takım hakları kötüye kullanarak işkence suçunun faili olacaktır. Memurun yerine getirdiği vazife ile memuru işkence yapmaya iten saik arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁵⁶ Eğer bu nedensellik bağı kurulamıyorsa burada işkence

¹⁵³ GİRİTLİ, İ., BİLGİN, P., AKGÜNER, T. (2001), *İdare Hukuku*, s. 779 – 780, İstanbul.

¹⁵⁴ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 689.

¹⁵⁵ BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 97.

¹⁵⁶ ÜZÜLMEZ, İ. (2005), “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl 2, Sayı 5, s. 232, Nisan.

suçunun varlığından değil, eziyet suçunun varlığından bahsedilebilecektir. Yalnızca kamu görevlisi sıfatının varlığı, tek başına işkence suçunun varlığı sonucunu doğurmayacaktır.¹⁵⁷

Failinin kamu görevlisi olması dolayısıyla işkence suçu özgü suç olarak değerlendirilmektedir. Özgü suçlar ancak belirli bir sıfat ya da nitelikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebilen suçlardır. Madde metninde sayılan sıfat ya da niteliklere sahip olmayanların fiilleri işkence suçu sayılmayacak eziyet suçu kapsamında değerlendirilecektir. Bu tür suçlarda herkes fail olamayacağından, fail olabilmek için bir sıfat ya da niteliğin olması, suçun bir unsurunu veya ön şartını oluşturmaktadır. Failde olması gereken bu sıfat veya nitelik, cinsiyet gibi doğal nitelikler ya da failin kamu görevlisi veya vatandaş olması gibi hukuki nitelikler olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵⁸ İşkence suçunda da fail kamu görevlisi olacağından işkence suçu da özgü suç olarak nitelendirilecektir.¹⁵⁹ Kişinin özgü suçun faili olabilmesi için kendisinde bulundurması gereken sıfat ya da nitelik, suça iştirakte sorumluluk statülerinin belirlenmesinde büyük bir önem taşımaktadır. Bir suçun özgü suç niteliği taşıması durumunda ancak özel faillik niteliği taşıması gereken kişi fail olabilirken, özgü suçların işlenmesine iştirak edenler, azmettiren ve yardım eden olarak sorumlu tutulur.¹⁶⁰ Ancak işkence suçunu düzenleyen 94. madde bunun istisnasını oluşturmaktadır. İşkence suçunun işlenmesine iştirak edenler de kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. Bununla işkence suçunun önüne geçilmesi açısından kamu görevlisi sıfatı olmayan ancak bu suçun işlenişine yardım eden özel kişilerin, sadece kamu görevlisi sıfatına sahip olmamaları nedeniyle işkence suçunun cezası ile değil, daha az cezayı öngören eziyet suçu ile cezalandırılmalarının önüne geçilmek istenmiştir.

¹⁵⁷ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 150.

¹⁵⁸ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, no: 1169.

¹⁵⁹ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA A. C. (2006), *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, s. 113, Ankara.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 92.

¹⁶⁰ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA A. C. (2006), *5237 Sayılı Yeni TCK'ye Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, s. 453 – 454, Ankara.; nakleden BAKIM Sevi, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 93

2.1.2.2. Mağdur

Her suçun ilk ve zorunlu mağduru devlettir.¹⁶¹ Fakat devlet dışında başka kişiler de hak veya yararları zarara uğrattılır veya bu hak veya yararlar tehlikeye maruz bırakılırsa mağdur olacaktır. Mağdur kavramından, belirli bir suçtan dolayı zarara uğrattılan veya tehlikeye maruz bırakılan hak veya yarar sahibi kişi anlaşılmaktadır.¹⁶²

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun işkenceyi düzenleyen 94. maddesi "Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına..." diyerek işkence suçunun mağdurunun herhangi bir kimse olabileceğini düzenlemiştir. Ancak kanun bu kimseler arasından çocukları, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişileri, gebe kadınları, avukatları ve diğer kamu görevlilerinin mağdur olma durumunu diğer mağdurlardan ayrı tutmuştur. Bu kimselere karşı gerçekleştirilen işkence suçunun yaptırımını diğer mağdurlara karşı gerçekleştirilen işkence suçunun yaptırımından hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi bakımından fazladır.

5237 Sayılı TCK'nin işkence suçunu düzenleyen 94. maddesinin madde gerekçesine göre, kamu görevlisi kamu görevinin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullandığı surette işkence suçu ortaya çıkmış olacaktır. Bu da göstermektedir ki işkence suçunda mağdur, kamu görevinin gereği olan ancak kamu görevlisi tarafından kötüye kullanılan nüfuz karşısında muhatap olan gerçek kişidir.

5237 Sayılı Yasa, mülga TCK gibi işkence suçunun mağdurunu sınırlamamıştır. 765 Sayılı mülga TCK'de işkence suçunu düzenleyen 243. maddede 1999 yılında yapılan değişikliğe kadar suçun mağduru sadece sanık

¹⁶¹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 462.

¹⁶² DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, no: 1172.

olabilirken, 1999’da yapılan değişlikle sanığa ek olarak, şahsi davacı, müdahil, tanık da işkence suçunun mağdurları arasına dahil edilmiştir.¹⁶³

2.1.3. Suçun Unsurları

2.1.3.1. Genel Olarak

Biçimsel bakımdan hukuk düzeni tarafından yasaklanan, belirli bir yaptırıma veya emniyet tedbirine bağlanan beşeri davranışlara suç adı verilmektedir.¹⁶⁴ Bu beşeri davranışların suç olarak kabul edilmesi için bir takım şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartlara da suçun unsurları denmektedir.¹⁶⁵ Bu unsurlar arasında tüm suçlar yönünden ortak olan ve bulunmadıkları zaman suçun gerçekleşmesine engel olan genel unsurlar¹⁶⁶ ve ceza kanunlarının özel kısımlarında yer alan suçları birbirinden ayırmaya yarayan suçun özel unsurları yer almaktadır.¹⁶⁷

Kabul edilen geleneksel teoriye göre, “Suç, kusurlu irade ile işlenen fiildir.”; bu teoriye göre suçun maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) olmak üzere iki kurucu unsuru bulunmaktadır. Bunun dışında bir diğer görüş, suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç ana unsuru olduğunu kabul ederken¹⁶⁸, biz suçun dört unsurunun olduğunu kabul ederek işkence suçunun unsurlarını kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsurları çerçevesinde incelemeye tabi tutacağız.

¹⁶³ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA A. C. (2006), *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 116.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 100.

¹⁶⁴ İÇEL, K., SOKULLU–AKINCI, F., ÖZGENÇ, İ., SÖZÜER, A. MAHMUTOĞLU, F. S., ÜNVER, Y. (2000), *İçel Suç Teorisi*, Yeniden Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, s. 82, İstanbul.

¹⁶⁵ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 177.

¹⁶⁶ Suçun kurucu unsurları olarak da adlandırılmaktadır.

¹⁶⁷ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 177.

¹⁶⁸ CENTEL, N. (2002), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, s. 163, İstanbul.; DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 178.; İÇEL, K., SOKULLU–AKINCI, F., ÖZGENÇ, İ., SÖZÜER, A. MAHMUTOĞLU, F. S., ÜNVER, Y., *İçel Suç Teorisi*, s. 7.; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 380.

2.1.3.2. Suçun Kanuni Unsuru

Suçun kanuni unsuru, 5237 Sayılı TCK'nin 2. maddesinde, "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz." şeklinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, gerçekleştirilen bir fiilin kanundaki tanıma uygun olması anlamına gelmektedir.

Eylemin tipikliği olarak da anlaşılan kanuni unsurun meydana gelebilmesi için, işlenen fiilin ceza hukukunda kaynak niteliğini taşıyan bir kanunda eylemin gerçekleşmesinden önce tanımlanmış olması ve bu fiilin kanunda yapılan tanıma uygun olması gerekmektedir.¹⁶⁹ Bu doğrultuda 5237 Sayılı TCK'de 94. maddede düzenlenen işkence suçunda kanuni unsur, yani eylemin tipikliği, eylemi işleyen kimsenin bir kamu görevlisi olması ve davranışı görevi sebebiyle işlemesi, bu davranışın insan onuruna aykırı olması ve davranışın mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açması koşuluyla gerçekleşmiş olacaktır.¹⁷⁰

765 Sayılı mülga TCK'de işkence suçunun varlığından bahsedebilmek için ise eylemin tipikliği, işkence ve benzeri kötü muameleleri işleyen failin tahkikatla yetkili bir memur olması, bu fiilleri bir kimseye suçunu söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek veya şikayet ve ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi saikleriyle, kasten işlemesi suretiyle gerçekleşmiş olmaktadır.

2.1.3.3. Suçun Maddi Unsuru

Ceza hukuku anlamında bir suçtan bahsedebilmek için öncelikle bir fiilin bulunması gerekmektedir. Bir kişinin düşünceleri dış dünyada herhangi bir sonuç

¹⁶⁹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 187.

¹⁷⁰ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 382.

doğurmadan bu kişinin suç işlemiş olması nedeniyle cezalandırılması olanaksızdır. Cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için dış dünyada sonuç yaratan bir fiilin olması gerekir. Suçun maddi unsuru olan fiil ise, bünyesinde hareket, netice ve bu hareket ile netice arasında nedensellik bağının varlığından oluşan bir bütündür. Hareket dış dünyada iradenin açığa vurulmasını ifade eden her türlü davranış anlamına gelirken netice bu hareketin dış alemde neden olduğu her türlü değişiklik ve nedensellik bağı ise, hareket ile netice arasında bulunması gereken bağlantı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷¹

5237 Sayılı TCK'nin işkence suçunu düzenleyen 94. maddesinde işkence suçunun maddi unsuru, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde metninde sayılan bu hareketlerden herhangi birinin kişi tarafından yerine getirilmesi ile suç işlenmiş sayılacaktır. Görüldüğü gibi işkence suçu seçimlik hareketli suçlardandır. 765 Sayılı mülga TCK'de de işkence suçu maddi unsur bakımından, işkence etmek, zalimane ve gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerde bulunmak olan hareketlerin varlığına bağlanarak seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir.¹⁷² Seçimlik hareketli suçlarda, suçun gerçekleşebilmesi için birden fazla olarak öngörülen hareketlerden birinin gerçekleşmesi suçun varlığına sebep olacaktır. Madde metninde sayılan bu hareketlerin tümünün birden yapılması da tek suçun varlığına vücut verecektir.

Hem 765 Sayılı TCK hem de 5237 Sayılı TCK'de sayılan işkence suçunun varlığı sonucunu doğuracak olan seçimlik hareketler, mağdurun fiziki bütünlüğüne karşı gerçekleştirileceği gibi, mağdurda stres, derin üzüntü ve korku yaratarak manevi bütünlüğüne karşı da gerçekleştirilebilecektir.¹⁷³ Bunun yanı sıra, hareketlerin işkence boyutuna ulaşabilmesi için asgari bir ağırlık düzeyinde

¹⁷¹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 188.

¹⁷² BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 104.

¹⁷³ DEMİRBAŞ, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 37.

olması gerekecektir. Mağdur üzerinde etki doğuracak olan hareketlerin asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerekliliği TCK madde 94'te yer almamış, fakat bu gerekliliğe bahsi geçen maddenin gerekçesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesi, AIHS'in 3. maddesi ve 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde ve 16. maddesinde yer verilmiştir.¹⁷⁴ Bu ağırlık düzeyi belirlenirken, sadece mağdurda doğurduğu etki ve mağdurun dayanıklılığına bakılmamalı bu hareketin nesnel yapısına bakarak işkence suçunun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilmelidir. Uluslararası sözleşmelerde belirtilen davranışların asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerekliliği nedeniyle, bir davranışın kanunda gösterilen maddi ve manevi unsurları görünüşte bünyesinde barındırması yeterli olmayacaktır. Görünüşte tipik bu davranışların işkence suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir ağırlıkta olma ölçütünü de taşıması gerekecektir.¹⁷⁵

Ceza Kanunumuzda işkence ve benzeri kötü muamelelerin tanımı verilmediği için hangi hareketlerin işkence ve hangilerinin işkence benzeri kötü muamele olduğunu hakim, her somut olayda fiilin yapıldığı ana göre ve nesnel niteliğini de dikkate alarak sonuca varmalıdır.¹⁷⁶ Hakim bu sonuca ulaşırken muamelenin süresi, muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun yaşı, sağlık durumu gibi mağdurun kişisel durumuna, şiddet içeren muamele veya cezanın niteliğine, kapsamına, uygulanma şekli ve yöntemi gibi davaya ilişkin tüm koşulları göz önünde bulunduracaktır. Bir davranışın işkence olarak değerlendirilebilmesi için bu davranışın asgari ağırlık derecesine ulaşması gerekecektir. Burada hakimin değerlendirmesi gereken durum kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen hareketlerin işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli tür ve ağırlıkta olup olmadığıdır. Aksi düşünülürse, hafif düzeyde kalan önemsiz muamelelerin de işkence suçuna vücut vermesi

¹⁷⁴ **BAKIM, S.**, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 121.

¹⁷⁵ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 402.

¹⁷⁶ **GEMALMAZ, M. S.**, *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 312.

sonucu ortaya çıkacaktır ki, bu da işkence suçunun tarihsel ve karşılaştırmalı hukuktaki tanımı ile ruhuna¹⁷⁷ aykırı bir durumun ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

Doktrinde işkence suçunda göz önünde bulundurulması gereken noktanın kişi onuru ile bütünlüğü olduğunu, işkencenin kabul edilmezliğinin başlıca sebebinin mağdurun iradesinin kırılması olduğunu savunan görüşe¹⁷⁸ karşı çıkmakta, ister mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine, ister algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, isterse aşağılanmasına yol açan bir davranış söz konusu olsun, bunun işkence suçu olarak değerlendirilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiği görüşünü savunmaktayız.¹⁷⁹ Burada etkili olan fail tarafından gerçekleştirilen hareketin nesnel yapısıdır. Belirli bir ağırlık seviyesine ulaşmış, ancak mağdurun dayanıklılığı sebebiyle mağdur üzerinde ağır bir neticeye yol açmayan, iz bırakmayan eylemlerde bulunulması da işkence suçunun varlığı sonucunu doğuracaktır.¹⁸⁰

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinin gerekçesinde¹⁸¹ bir fiilin işkence suçuna vücut verebilmesi için, bu fiil veya fiillerin sistematik bir biçimde ve belirli bir süreçte işlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak madde metninde yer alan "...insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları..." ibaresi ile sistematik olmayan ve belirli bir aralıkla

¹⁷⁷ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 405.

¹⁷⁸ **GEMALMAZ, M. S.**, *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 308.; **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 112.

¹⁷⁹ Aynı yönde **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 410 – 411.

¹⁸⁰ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 233 – 234.

¹⁸¹ "...bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır."

yapılmayan, süreklilik arz etmeyen hareketlerinde işkence suçunun varlığına vücut vereceğinin kabul edildiği kanısındayız.

Kanaatimizce bir davranış sistemleştirilmemiş, düzenli hale getirilmemiş olsa bile, kamu kudretini kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlisinin, kişiler üzerinde kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmasına yol açan herhangi bir davranış işkence suçunun varlığı için yeterli olacaktır. Bir kimsenin vücudunun herhangi bir bölgesinde sigara söndürülmesi, sistematik şekilde olmamak koşuluyla mağdura cinsel tacizde bulunulması tek bir davranış sonucu gerçekleşmelerine karşın işkence kapsamında değerlendirilmelidir.

Bunların yanı sıra işkence suçu hem icrai hem de ihmali davranışlarla işlenebilen bir suçtur. 5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinin 5. fıkrasına göre işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde verilecek cezada indirim yapılmayacağı hükme bağlanmış, bu suçun ihmali davranışla gerçekleştirilebileceğinin altı çizilmekle kalmamış, ayrıca bu fıkra ile işkence suçunun diğer vücut dokunulmazlığına karşı suçlardan farklı olarak ihmali bir davranışla işlenmesi halinde cezasında indirim yapılmayacağı da böylelikle düzenlenmiştir.

TCK'nin 94. maddesinin gerekçesine göre, "işkence suçu, çoğu zaman amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zimni muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapılmasını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalelerde bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışlarla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır. Maddenin gerekçesine göre amirin işkence suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğü yerine getirebilmesine imkan olması gerekmektedir. Örneğin, amirin izinde olması veya görevi başında olmasına imkan vermeyecek herhangi

bir diğ er nedenden dolayı, alt kademedeki memurun işkence yaptığını bilmesine veya bunu ö ngö rmesine imkan yoksa, amirin bu davranış larından dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkün olamayacaktır.¹⁸² Amirin ihmali davranış la işkenceden sorumlu olabilmesi için görevi baş ında olması, alt kademedeki memurlar tarafından işkence yapıldığını bilmesi ve ö ngö rmesi, yani ihmali davranış ı kasten yerine getirmesi gerekmektedir. İ hmali davranış ın kasten yerine getirilmesi söz konusu olmasa dahi amirin kusurunun en azından olası kast düzeyinde olması gerekmektedir.¹⁸³

5237 Sayılı TCK'nin 279. maddesine göre, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisinin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla öğrendikleri suçları yetkili makama bildirme yükümlülüğü 94. madde gerekçesinde yalnızca amirlere yüklenmiş bir yükümlülük gibi gözükse de 279. madde göstermektedir ki her kamu görevlisi bu yükümlülüğe sahiptir.¹⁸⁴

Türk hukuk sisteminde hem 765 Sayılı mülga TCK hem de 5237 Sayılı TCK döneminde işkence teşkil eden hareketler bir kimseye maddi ve manevi yönden ağır şekilde acı ya da eza veren hareketler olarak tanımlanmıştır. İşkence suçu bedene doğrudan fiziki müdahale yapılarak ortaya çıkacağı gibi, bedene fiziki bir müdahale olmaksızın akıl ve ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyecek bir takım davranış lar sonucu da ortaya çıkabilecektir. Kişinin sadece kendisine değil yakınlarına karşı yapılan davranış larla da kişinin manevi varlığı etkilenebilecektir. Bu durumlarda da işkencenin varlığı söz konusu olacaktır.¹⁸⁵

¹⁸² **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 153.

¹⁸³ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 384.

¹⁸⁴ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 385.

¹⁸⁵ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 386.

Yargıtay tarafından işkence olarak yorumlanan hareketlere; el ayak parmaklarıyla tenasül organlarına cereyan vermek, dövmek, sövmek suretiyle işkenceye sabaha kadar devam etmek, ayakları demire dayalı havada, başları yerde, elleri arkada olacak şekilde durdurmak, yere düşeni döverek başına tekme atmak, hayaları kıvırmak, penisinden tutup sağa sola çekiştirmek, su havuzuna başını sokup havasız bırakmak, içine çok miktarda tuz konulan sulu bir bulamacı, coplamak ve dövmek suretiyle direnmeyi kırıp kusturuncaya kadar zorla yedirmek, bir kaptan diğerine su boşaltarak su arzusunu kamçılılamak, saçlarından tutup duvara vurmaya suretiyle etkili eylemde bulunmak, ayaklarına copla vurmaya, falakaya yatırmak, vücuduna önce sıcak çay daha sonra da sıcak su dökmek, elbiselerinden tamamen tecrit ettikten sonra üzerlerine soğuk su dökerek copla dövmek, makatlarına cop sokmaya yeltenmek ve vücutlarının göbek nahiyesi de dahil olmak üzere sigara ateşiyle yakarak dağlamak, cürmünü söyletmek maksadıyla mağduru yere yıkarak değneklerle bayıltıncaya kadar dövmek, kollarından ağaca asmaya suretiyle işkence yapmak, gözlerini bağlayıp, biri sert diğeri yumuşak iki cisimle dövmek, tazyikli su sıkmak, anüse cop sokmak, suçunu söyletmek amacıyla copla vurmaya suretiyle etkili eylemde bulunmak, suçunu söyletmek için giysilerini soyarak, yere yatırıp vücuduna buz sürmek, havasız bırakmak maksadıyla başına naylon torba geçirmek, darp ettikten sonra sakalını ve bıyığını kestirmek, suçlarını söyletmek amacıyla çırılçıplak soyup elektrik verip haya sıkmak ve dayak atmak, koltuk altlarına kaynamış yumurta koymak ve bastırmaya suretiyle darp etmek, göz altına alınan mağdurlara bilgi ve itiraf elde etmek için gözlerini bağlayıp yüksek sesle müzik dinletmek, ıslak battaniyeye sardıktan sonra elektrik akımı vermek, erkeklerin hayalarını sıkmak, kızlara cinsel tacizde bulunmak, göğüslerini elleyip sıkmak, zıplattırarak, ayakta tutmak ve duvara yaslamak suretiyle beden gücünün dayanamayacağı hareketleri yaptırmak, diğerlerine yapılan işkenceyi seyrettirmek, su ve yiyecek vermemek, uyumalarını engellemek, hakaret ve tehdit etmek gibi fiiller örnek olarak verilebilir.¹⁸⁶

¹⁸⁶ YCGK, 04.04.1983, E. 1983/8-64 K. 1983/156; Yarg. 8. CD., 20.02.1986, 6399/1151; Yarg. 8. CD., 09.04.1991, 3005/4058; YCGK, 22.03.1976, 100/133; YCGK, 19.01.1949, E. 1/144 – 3, K. 2; Yarg. 8. CD., 17.06.1986, 3320/3733; Yarg. 8. CD., 23.06.1999, 8660/10478; Yarg. 8. CD., 07.05.2004, 2003/3738, 2004/4358; Yarg. 8. CD., 23.03.2004, 2003/672, 2004/2557; Yarg. 8. CD., 02.10.2002, 6686/8949; Yarg. 8. CD., 31.01.2001, 25909/3067; Yarg. 8.

Ayrıca Yargıtay'ın 04.04.1983 tarihli kararında yaptığı tanıma göre; işkence bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri, zalimane muameleleri, mağdura yapılan maddi veya manevi ıstırap verici her türlü muameleleri, gayriinsani muameleleri, insanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici fiilleri, haysiyet kırıcı hareketleri, bir kimsenin namus şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde fiilleri ifade ettiği; ancak kötü muamelelerin neler olduğu kanun tarafından sayılmadığı için bunların takdirinin hakime bırakıldığı kararda belirtilmiştir.¹⁸⁷

İşkence suçunun maddi unsurunun içeriğine değinecek olursak, şu şekilde alt başlıklara ayırabiliriz:

2.1.3.3.1. İnsan Onuruyla Bağdaşmama

İnsan onuru, bir kimsenin kendine karşı duyduğu saygıyı, özsaygıyı, izzetinefsi, haysiyeti ve başkalarının gösterdiği saygıdan kaynaklanan doyum, şerefi ve gururu ifade etmektedir.¹⁸⁸ Özgürlük ve kişiler arası eşitlik kavramı ancak bu onura saygı ile oluşur. Bunun nedeni, insan onurunun özgürlüğün temeli ve eşitliğin ölçütü olmasından kaynaklanmasıdır. Hak ve özgürlüklerin temeli, mutlak eşitlik ilkesinden beslenen bir kavram olan insan onurudur.¹⁸⁹ Hak ve özgürlüklerin temeli olan insan onuru bireye, devlet ve toplumun diğer bireyleri tarafından saygı duyulması gereken dokunulmaz bir alan sağlar.¹⁹⁰ İnsan onurunun sahip olduğu bu dokunulmazlık, insanın bir obje olarak görülmesinin önüne geçerek, kişinin kendi kaderini kendisinin tayin edebilmesini ve hür

CD17.12.1997, 1588/17840; YCGK, 15.06.1999, E. 1999/8-109, K. 1999/164; nakleden **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 109 – 110.

¹⁸⁷ YCGK, 04.04.1983, E. 1983/8-64, K. 1983/156; nakleden **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 110.

¹⁸⁸ Büyük Larousse (1986), C. 17, s. 8852, İstanbul.; Meydan Larousse (1986), C. 9, s. 556, İstanbul.; nakleden **ÜZÜLMEZ, İ.**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 120.

¹⁸⁹ **KABOĞLU, İ. Ö.**, Özgürlükler Hukuku, s. 25.

¹⁹⁰ **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A. YENİDÜNYA, A. C.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler (7. Bası), s. 109.

iradesine göre hareket edebilmesini sağlar. İnsan hakları tarafından güvence altına alınan bu dokunulmazlık, bireye ve onuruna hukuk aracılığı ile koruma sağlanmasına neden olmuştur.

Türk hukuk sisteminde insan onurunun korunması 1982 Anayasası'nın 17. ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddeleri ile sağlanmıştır. Ancak insan onuru kavramının geniş bir alana sahip olması ve kişi göreceliği karşısında anlaşılmasının ve çerçevesinin çizilmesinin zor olması nedeniyle, ona karşı ihlallerin önüne geçebilmek için, birçok suçta korunması gereken hukuki değer olarak kabul edilmiş ve pek çok suç tipi de bu korumayı sağlamaya yönelik olarak ceza kanunlarında yer almıştır.¹⁹¹

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesi; "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..." diyerek madde metninde yer alan, bedensel veya ruhsal yönden acı çektirmek, algılama ya da irade yeteneğini etkilemek ve aşağılamak davranışlarının her birinin insan onuru ile bağdaşmayan bir nitelik taşıması gereğini vurgulamıştır. Bu da göstermektedir ki, TCK'nin 94. maddesi kapsamında işkence olarak değerlendirilecek her davranış, insan onurunun dokunulmazlığının ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Ancak insan onuruyla bağdaşmayan her davranış işkence olarak değerlendirilmeyeceği gibi, burada öncelikle davranışın objektif yapısına bakılacak; ancak asgari ağırlık düzeyine ulaşan davranışlar işkence olarak nitelendirilecektir. Madde kapsamında değerlendirilen ve asgari ağırlık düzeyine ulaşan bütün davranışların insan onuruyla bağdaşmadığı göz önüne alındığında, aslında "insan onuruyla bağdaşmama" kıstasının işkence suçunun maddi unsurunu tek başına ortaya koyabileceği düşünülemeyecektir.¹⁹²

¹⁹¹ ÜNVER, Y. (2003), *Ceza Hukukuyla Korunması Gereken Hukuksal Değer*, Ankara.; nakleden YAVUZ, M., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Ceza Hukukunda İşkence Yasağı*, s. 134.

¹⁹² ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 391.

2.1.3.3.2. Bedensel veya Ruhsal Yönden Acı Çektirme

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinde kanun koyucu "bedensel veya ruhsal yönden acı çekme" ibaresi kullanarak, bedensel yönden acı veren hareketler ile kişinin maneviyatına tesir eden bir takım hareketlerin işkence kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Zaten bedensel ve ruhsal acı verme yüzyıllardır uygulanan işkencenin en karakteristik özelliği ve sonucudur. Burada acı verici hareketlerin mağdurun vücudu üzerinde mutlaka fiziki iz bırakmasına gerek olmayıp, bu hareketlerin bedensel veya ruhsal yönden acı veren, vücut dokunulmazlığı ve kişinin manevi bütünlüğünün ihlalini oluşturan hareketler olması yeterli olacaktır.¹⁹³ Ancak işkencenin doğası gereği bu hareketlerin asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini burada bir kez daha belirtmek isteriz. Asgari ağırlık düzeyi belirlenirken mağdurun subjektif duyarlılığı değil, objektif bir gözlemcinin hareketin niteliğini değerlendirmesi esas alınmalıdır.¹⁹⁴ Bu da işkence suçunda mağdurun bedensel yönden acı çekmesine yol açmak ile yaralama suçundaki vücuda acı vermek arasındaki farkı oluşturmaktadır. İşkence suçunda davranışın yaralama suçundan farklı olarak nesnel olarak acı meydana gelmesine yol açabilecek nitelikte olması yeterli olurken, yaralama suçunda acının varlığı şarttır.¹⁹⁵ İşkence suçunda mağdurun dayanıklılığı ya da algılama yeteneğini etkileyecek herhangi bir tesir altında işkenceyle karşı karşıya kalması ve içinde bulunduğu durumun farkına varamaması ve bu yüzden acı hissetmemesi durumunda dahi işkence suçunun varlığından bahsedilecektir.¹⁹⁶ Ayrıca mağdur üzerinde bedensel acının sağlanması için mağdurun vücudu ile doğrudan temas kurulması şartı aranmamakla birlikte, mağdurun bulunduğu ortamda çevrenin dar, kirlili, sıcak vb. bir takım özellikleriyle de bedensel acının yaşatılması işkence kapsamında değerlendirilmesine sebep olacaktır.¹⁹⁷

¹⁹³ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A. YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası), s. 110.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 115.

¹⁹⁴ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 392.

¹⁹⁵ EREM, F., TOROSLU, N. (1999), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara.; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 392.

¹⁹⁶ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 392.

Mağdur üzerinde korku yaratarak veya mağduru tehdit ederek, bedensel yönden acı yaratacak hareketin bizzat mağdur tarafından kendine yaptırılması da mümkün olacaktır. Bu tarz bir etki mağdur üzerinde bedensel acı yaratacağı gibi, mağdurda uyandırdığı korku ile zihinsel bir takım etkiler de bırakacaktır.¹⁹⁸

Mağdur üzerinde bırakılan ruhsal acıda ise, ızdırap veren hareketler ile mağdur üzerinde baskı oluşturulması ve mağdurun ruhi ve akli dirençlerinin kırılması amaçlanmaktadır. Burada bedensel acı çekmede olduğu gibi, davranışın işkence olarak değerlendirilebilmesi için nesnel olarak ruhsal acıya yol açabilecek nitelikte olması yeterli görülecektir. Kişinin manevi bütünlüğünde zarar doğmuş olmasını gerekmeyecektir. Aksi halde, algılama yeteneği sürekli olarak bulunmayan mağdurların, akıl sağlıklarının etkilenmesi söz konusu olamayacağından ve bu kimselere karşı yapılacak olan küçük düşürücü, ruhsal acı verici davranışların akıl zayıflığında daha fazla tahribata yol açması mümkün olamayacağından, bunların ruhsal yönden acı çekerek suçun mağduru olmalarının önüne geçilmiş olacaktır.¹⁹⁹

2.1.3.3.3. Algılama veya İrade Yeteneğini Etkileme

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinin birinci fıkrasında, “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...” denilerek algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi işkence suçunun maddi unsurları arasında yerini almıştır. Kişinin algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi, kişinin özgürce düşünme ve iradesine göre hareket etme imkanının etkilenmesi anlamına gelmektedir. İnsan olmanın gereklerini yerine getirebilen normal kişi, etrafında olup bitenleri anlama, değerlendirme ve yorumlayıp bir yargıya varabilme ve bunun yanı sıra her özgür

¹⁹⁷ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 392.

¹⁹⁸ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 392.

¹⁹⁹ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 393.

insan gibi bir şeyi yapıp yapmama konusunda karar verebilme yetisine sahiptir. 94. madde ile yasak getirilen durumlar, kişinin sahip olduğu bu yetiler üzerinde kamu görevlisinin olumsuz etkisinin görüldüğü durumlardır.

Mağdurun algılama yeteneğinin etkilenmesi psikolojik, sinirsel yapısında ortaya çıkan olumsuz değişiklikler ile dış dünyadaki verileri doğru olarak anlayabilme kabiliyetini kaybetmesidir. Mağdur bu etki nedeniyle iyi ile kötü, doğru ile yanlış arasındaki farkı ayırt edemeyecek, hareketlerinin toplum nazarında etki ve öneminin ne olduğunu kavrayamayacak duruma gelecektir.²⁰⁰ Çevresinde meydana gelen olayları doğru değerlendirme yetisi ve normal bir insan gibi davranabilme yeteneği tahribata uğramış olacaktır.²⁰¹

İrade yeteneğinin etkilenmesinde ise, mağdurun düşünme ve düşüncelerine göre hareket edebilme imkanının kısıtlanması vardır. Özgür kişi ne şekilde davranacağını kendisi seçen, iradesi doğrultusunda hareket edebilen kişidir.²⁰²

Aslında algılama ve irade yeteneği failin davranışı nedeniyle cezalandırılabilmesi için suçun işlendiği anda failde bulunması gereken kusur yeteneğinin iki unsurunu oluşturmaktadır. Ancak, burada işkence suçunun mağduru açısından düşünüldüğünde insan olmanın ayırt edici özelliği olarak karşımıza çıkmakta ve kişinin manevi bütünlüğü kapsamında değerlendirilerek, bunun ihlaline neden olan kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen davranışlar TCK madde 94 tarafından yasaklanmaktadır.²⁰³

²⁰⁰ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 150.

²⁰¹ ÖZGENÇ, İ., ŞAHİN, C. (2001), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Ankara.; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 395.

²⁰² ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 395.

²⁰³ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 396.

2.1.3.3.4. Kişinin Aşağılanmasına Yol Açacak Davranışlar

Mağdurun aşağılanması kapsamında uygulanacak olan davranışlar mağdurun onurunu kıran, itibarını zedeleyen, mağdurun kendisini değersiz hissetmesine neden olan, psikolojik ve fiziksel dirençlerini kıran, mağdurda korku, acı ve aşağılanma hisleri uyandıran davranışlardır. Sayılan davranışlar AİHS'in 3. ve BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinin 16. maddesinde "aşağılayıcı" olarak kabul edilmiştir. AİHM içtihatlarına göre, aşağılayıcı muamele, kişinin kendisinin veya başkalarının gözünde ciddi biçimde küçük düşürülmesi suretiyle iradesinin ve vicdanının tersi yönde davranmaya zorlanmasıdır.²⁰⁴ Kişinin utanmasına neden olan, kişiyi rezil eden, korku acizlik ve değersizlik duygusu uyandıran fiziksel ve moral direncini kıran hareketlere maruz kalması da aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilecektir.²⁰⁵

765 Sayılı mülga TCK'nin 243. maddesinde yer alan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.06.1999 tarihli 1999/8-109 esas ve 1999/164 karar numaralı kararında tanımını verdiği haysiyet kırıcı hareketlerden ise, bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde olan, kişi üzerinde manevi eziyet doğuracak fiiller anlaşılmaktadır. 5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinin, 765 Sayılı mülga TCK'nin 243. maddesinden bir farkı da 94. maddede haysiyet kırıcı hareket tabirinin yer almamış olmasıdır. Ancak 94. maddede yer alan "aşağılanmasına yol açacak davranışlar" tabiri, AİHM içtihatlarında yapılan aşağılayıcı muamele tanımı ve Yargıtay tarafından yapılan haysiyet kırıcı muamele tanımları göz önünde bulundurulduğunda paralellik göstermektedir. Bu nedenle Yargıtay tarafından yapılan tanımın bugün 94. maddede yer alan aşağılayıcı muamele adı altında da geçerli olduğunu savunan görüşe bizde

²⁰⁴ **NAL, S.** (2001), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlıkdışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza", Aysel ÇELİK'e Armağan, İstanbul.; nakleden **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s.120.

²⁰⁵ **ÇAVUŞOĞLU, N.** (1994), "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları Özel Dizi No. 1, Ankara.; nakleden **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 120.

katılmaktayız.²⁰⁶

Bahsi geçen tanımlardan AİHM içtihatlarında yer aldığı şekliyle kişinin utanmasına neden olan, kişiyi rezil eden, korku acizlik ve değersizlik duygusu uyandıran bu tür muamelelerin mutlaka kişinin dışında bir başkasının nazarında rezil olması sonucunu doğurması gerekmektedir. Mağdurun kendi nazarında rezil olduğunu hissetmesi muamelenin aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmesinde yeterli olacaktır. Ancak mağdurun kendisini aşağılanmış hissetmesi ve bu doğrultuda kamu görevlisinin davranışlarının değerlendirilmesinde dikkat çekilmesi gereken husus, mağdurun duygularının somutlaştırılması olmamalı, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen hareketlerin nesnel olarak mağdur açısından bir aşağılanma durumu yaratıp yaratmadığına bakılması olmalıdır.²⁰⁷

İnsanı amaç olmaktan çıkarıp, onu bir araç, obje haline getiren ve insan olmasından kaynaklanan haklarını elinden alan, onu yok sayan davranışlar aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilmektedir.²⁰⁸

2.1.3.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Toplum açısından zararlı veya tehlikeli olan davranışları yasaklayan, devlet tarafından konulan ve yaptırımı olan, cezai nitelikteki hükümlere ceza normu adı verilmektedir. Ülkede yaşayan herkese yönelik emirler bütünü olan ceza normlarıyla topluma zararlı veya tehlikeli bir takım davranışlar yasaklanırken, bu normlardan bazılarıyla da bunların emredici niteliklerinden faydalanarak toplumu oluşturan bireylerin davranışları düzenlenmektedir. Devlet bu normları koyarken bireylerin davranışlarını değerlendirir ve bunlardan devletin amaçlarına aykırı olanları yasaklar. Bu yasaklanan davranışlar aynı zamanda

²⁰⁶ Aynı yönde ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 398.

²⁰⁷ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 398.

²⁰⁸ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 398.

antisosyal davranışlar olarak kabul görür.²⁰⁹ Bu doğrultuda ceza normları bireylerin sadece dış dünyada sonuç doğuran davranışları ile ilgilenmektedir. Hukuk düzeni, failin dışsal davranışı ile ihlal edilmesi muhtemel menfaatleri korurken, ceza hukuku bu davranışları müeyyidelendirici bir görev üstlenmiştir.²¹⁰ Görülmektedir ki bireylerin menfaatlerini ihlal eden bu davranışlar hukuk kuralları ile çatışma gösterirler ve hukukun yarattığı uyumu bozarlar.²¹¹ Hukuk düzenine karşı gerçekleşen bu çatışma hukuka aykırılık olarak adlandırılmaktadır.²¹²

Bir davranışın hukuka aykırı kabul edilebilmesi için bu davranışa tüm hukuk düzeninde izin verilmemesi gerekmektedir. Davranışın ceza hukuku kurallarıyla çatışma halinde olması hukuka aykırılık için yeterli değildir. Hukuk düzeni içinde yer alan bir başka kural bu davranışı meşru sayıyorsa o fiil hukuk düzenince yasaklanmamış, suç oluşmamış sayılır.²¹³ Kanun koyucu, sosyal hayat ilişkilerinin karmaşıklığı ve çeşitli menfaatlerin birbiriyle kesişmesi gibi nedenlerle yasaklanmış bir takım davranışları bazen meşru kılabilmektedir. Kanun koyucunun bu siyaseti ile bireyin suç olma niteliğindeki davranışı ceza normunda yer alan bütün unsurları taşımasına rağmen herhangi bir müeyyideye bağlanmaz. Bu durumda bireyin davranışı açısından bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı kabul edilir. İşte ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin veren, fiilin hukuka aykırı niteliğini ortadan kaldıran, failin cezalandırılmasını engelleyen bu sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denmektedir.²¹⁴

²⁰⁹ **TOROSLU, N.** (2006), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, s. 31 – 32, Kasım.

²¹⁰ **MARINUCCI, G.** (1971), *Il Reato Come Azione*, Critica Di Un Dogma, Milano.; nakleden **KATOĞLU, T.** (2003), *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınları, s. 128, Ankara.

²¹¹ **KATOĞLU, T.**, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s.129.

²¹² **TOROSLU, N.**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s, 99.

²¹³ **CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö.** (2006), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, s. 294, İstanbul.

²¹⁴ **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA A. C.**, *5237 Sayılı Yeni TCK'ye Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, s. 479.

5237 Sayılı TCK'nin işkence suçunu düzenleyen 94. ve 95. maddelerinde hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, hukuka uygunluk sebepleri "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında bahsi geçen kanunun 24. maddesinde "Kanunun Hükmü ve Amirin Emri", 25. maddesinde "Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali" ve 26. maddesinde "Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası" olarak düzenlenmiştir.

1984 tarihli BM Sözleşmesi'nin 2. maddesi ve AİHS'in 3. maddesinin sınırlanamayacağını öngören AİHS'in 15. maddesine göre savaş veya milletin varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığı halinde dahi işkence yasağının sınırlanamayacaktır. İşkence yasağını düzenleyen Anayasamızın 17. maddesinde de işkence yasağının hiçbir istisnasına yer verilmemiştir. Bu da göstermektedir ki işkence suçu bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin varlığından bahsedilmesi söz konusu olmayacaktır.²¹⁵

Her insan için dokunulmaz ve mutlak bir hak olan işkence yasağı, devletin içinde bulunduğu ya da ihlale yol açan özel koşullar ne olursa olsun, terör veya organize suçlulukla mücadele ya da mağdurun kışkırtıcı davranışları gibi nedenlerle dahi olsa hiçbir istisnayı barındırmayan mutlak bir haktır ve herhangi bir nedenle bu hakkın ihlali haklı gösterilemeyecektir.²¹⁶

İşkence suçunu hukuka uygunluk nedenleri bakımından ayrı ayrı inceleyecek olursak:

2.1.3.4.1. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

5237 Sayılı TCK'nin 24. maddesinin birinci fıkrasında "Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez." denilerek kanunun hükmünü yerine getiren kişinin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Madde metnindeki

²¹⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 446 – 447.

²¹⁶ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 447.

kanun deyimini geniş olarak ele almak ve burada anlatılmak istenen kanunu hukuk kuralı olarak anlamak, sadece ceza hukuku kurallarıyla sınırlandırmamak, diğer hukuk dallarındaki kuralları da bu kapsama dahil etmek yerinde olacaktır.²¹⁷ Kanun herkese veya belirli durumlarda bulunanlara, kanunda öngörülen şekilde davranma yetki ya da yükümlülüğü verebilecektir.

İşkence suçu açısından düşünüldüğünde, Anayasamızın 17. maddesine göre kimseye hiçbir surette işkence yapılamayacaktır. Burada yer alan hiçbir surette deyiminden, maddeye aykırı olarak herhangi bir kanun hükmünün konulamayacağı, işkence niteliğindeki davranışa hiçbir kanun hükmü ile izin verilemeyeceği açık olarak anlaşıldığı gibi, işkence bakımından da hiçbir hukuka uygunluk sebebinin düşünülmemesi ortadadır. Ayrıca, 1987 tarihli BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. maddesi, "Hiçbir istisnai durum, ne savaş hali ne de savaş tehdidi, iç siyasi karışıklık veya herhangi bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez. Bir üst görevlinin ya da yetkili merciin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez." diyerek işkence yasağının mutlak olduğunu hiçbir surette hukuk düzeninde bunun hilafına hüküm konulamayacağını öngörmüştür.

5237 Sayılı TCK'de işkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olmaktadır. Kamu görevlileri açısından da işkence suçunda herhangi bir saik sınırlamasına gidilmemiş ve suçun gerçekleşmesi açısından genel kastın varlığı yeterli görülmüştür. Bu doğrultuda kamu görevlisi kanun tarafından kendisine yüklenen görevi ifa ederken işkence yasağına aykırı bir takım ihlallerde bulunabilecektir. Bu ihlaller daha çok kamu görevlisinin zor kullanma yetkisini kullanması esnasında karşımıza çıkacaktır. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 13. maddesinin 3. fıkrasına göre hakkında hakim tarafından yakalama kararı verilen kişinin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi açısından polis, her türlü tedbiri alabilecektir. Ancak alınan tedbirler kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde alınmalıdır. Ayrıca bahsi geçen kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasına göre polis, görevini yaparken direnişle karşılaşacak

²¹⁷ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 249.

olursa, bu direnişini kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyeti ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde silah da kullanabilecektir. Görüldüğü gibi polisin zor kullanma yetkisinin bir sınırı bulunmaktadır. Bu sınır kişi sağlığıdır. Polis zor kullanma yetkisi dahilinde artan nispette yeterli miktarda güç kullanabilecektir. Bunun aksine zor kullanma yetkisinin aşılması 5237 Sayılı TCK'nin 256. maddesine göre suç sayılacağı gibi işkence suçunu düzenleyen 94. maddedeki şartların varlığı halinde işkence suçunun varlığına da vücut verecektir. Orantılılık ilkesi gereğince, zor kullanmadaki ölçü, amacı gerçekleştirmeye yetecek en alt seviyede olmalıdır.²¹⁸ Bunların dışında 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuz adli kolluk görevlilerine ifade alma ve sorguda, şüphelinin ifadesi alınırken veya sanığın sorgusu yapılırken bu kişilerin özgür iradelerini engelleyici hareketlerden kaçınmalarını öngörmüştür. Bu görevi ifayla görevli kamu görevlileri özgür iradeyi engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahalelerden kaçınmak zorundadırlar. Kanunlarla kendilerine verilmiş ifade ve sorgu usulü dışında yetkilerinin dışına çıkmaları yasaklanmıştır. Görüldüğü gibi Türk Hukuk Sisteminde işkence niteliğinde bir davranışın haklı olduğunu gösteren hiçbir düzenleme olmadığı gibi, işkencenin önlenmesi açısından şüpheli ve sanık hakları kanunlarımızda ayrıntılı olarak düzenleme alanı bulmuş ve bu hakların ihlalinin hiçbir istisna içermediği vurgulanmıştır.

2.1.3.4.2. Amirin Emri

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunumuzun 24. maddesinin 2. fıkrası, “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.” diyerek yetkili olan bir merci tarafından verilen emri yerine getirenin hukuka uygunluk sebebinden yararlanacağını ve bu emri yerine getirenin ceza almayacağını düzenlemiştir.

²¹⁸ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 450.

Emrin ifasının hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için bir emrin varlığı ve bu emrin bağlayıcı olması gerekmektedir. Emrin bağlayıcılığından, bu emrin meşru olması, kanunun aradığı şekil ve muhteva şartlarını taşıması anlaşılmaktadır.²¹⁹ Kanunun aradığı şartlardan ilki emrin yetkili bir merci tarafından verilmesidir. Yetkili merci tarafından verilmeyen emir, meşru bir emir olmayacak ve bu emri yerine getiren görevini yaptığını iddia edemeyeceğinden, hukuka uygunluk sebebinin varlığından da bahsedilemeyecektir. Emri yerine getiren emri veren merciin emri vermeye yetkili olup olmadığını araştırmakla mükelleftir.²²⁰

Emri veren merciin yetkili olması emrin hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesinde tek başına yeterli olmayacak, ayrıca bu emri yerine getirenin görevi dolayısıyla emri yerine getirmekte mecburiyeti bulunacaktır. Dolayısıyla emri alan kişinin aldığı emrin kendi görev ve yetkisi dahilinde olup olmamasını araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır.²²¹

Bu şartların dışında emrin meşru sayılabilmesi için bir şart da emrin şekli olarak meşru olmasıdır. Kanunen verilmesi belirli bir şekle bağlanan emir, o şekle uygun olarak verilmemişse, emri yerine getirmekle mükellef olan o emri yerine getirmeyi reddetmelidir. Emrin kanunda belirtilen şekil şartlarına uyulmadan verilmiş olması halinde emrin meşruluğundan bahsedilemeyecektir.²²²

TCK'nin 24. maddenin 3. fıkrası ise, konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğini, böyle bir emrin yerine getirilmesi durumunda emri veren ile birlikte emri yerine getirenin de sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. 1982 Anayasası'nın 137. maddesinin 2. fıkrası da konusu suç teşkil eden emri düzenlemektedir. Kanunsuz emir başlığını taşıyan bu maddeye göre;

²¹⁹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 251.

²²⁰ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 252.

²²¹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 252.

²²² DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 252.

konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilmeyecektir. Bu emri yerine getiren ise, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Konusu suç teşkil eden emir diğer şartları taşısa dahi hukuka uygunluk sebebi olarak emri yerine getirenin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak, aksine emri yerine getirenin o suç için kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılmasına neden olacaktır.

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesi gereği işkence suç olarak kabul edilmiş ve Anayasamızın 17. maddesiyle anayasal güvence altına alınmıştır. İşkence hiçbir istisnaya yer vermeyecek şekilde yasaklanmıştır. Amirin emrini hukuka uygunluk sebebi olarak düzenleyen TCK'nin 25. maddesinin 3. fıkrasına göre konusu suç teşkil eden emirlerin, yerine getirilmesi emri yerine getirenin de fail olarak sorumlu tutulacağını belirtmektedir. İşkencenin suç olarak kabul edilmiş olmasından yola çıkarak, işkence yapılmasını içeren bir emir yerine getirildiğinde emri yerine getiren ve emri veren, fail olarak sorumlu olacak ve TCK madde 94'teki yaptırıma tabi tutulacaktır.

1987 tarihli BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 3. fıkrasında ise "Bir üst görevlinin ya da yetkili merciin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez." denilerek amir emrini yerine getirmenin hukuka uygunluk sebebi olmayacağı uluslararası güvence kazanmıştır.

2.1.3.4.3. Meşru Savunma

5237 Sayılı TCK'nin 25. maddesinin birinci fıkrası meşru savunmayı, kişinin gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakkına yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlediği fiil olarak tanımlamıştır.

Bir fiilin meşru savunma olarak kabul edilebilmesi için, kişiye karşı yapılan saldırının haksız olması, yapılan saldırının kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olması gerekmektedir. 765 Sayılı mülga TCK'den

farklı olarak 5237 Sayılı TCK, meşru savunmanın her türlü hakka yönelik haksız saldırıya karşı gerçekleştirilebileceğini öngörmüştür. 765 Sayılı mülga TCK'de meşru müdafaa ancak kişinin nefis ve ırzına yönelik saldırılarda kabul edilmekte, buna karşılık mala karşı yapılan haksız saldırılar meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmemektedir.

Bunların dışında meşru müdafaa'nın varlığı savunmada zorunluluk bulunmasına ve savunmanın saldırı ile orantılı olmasına bağlıdır. İşkence bakımından düşünüldüğünde savunma durumunda olan kişinin, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olan haksız saldırıyı defetmek için işkence ile cevap vermesi hem haksız saldırıda bulunanın başka türlü durdurulamayacağı fikrine aykırı olmakta, hem de haksız saldırı ile savunma arasında bulunması gereken orantılılık ilkesine aykırı durum teşkil etmektedir. Bu nedenlerle meşru savunmanın oluşması için bulunması zorunlu olan şartların işkence açısından gerçekleşmesinin olanağı bulunmamaktadır.²²³

2.1.3.4.4. Zorunluluk Hali

5237 Sayılı TCK'nin 25. maddesinin 2. fıkrasına göre, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğuyla ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyecektir.

Zorunluluk halinde ortaya çıkan durum ile meşru savunmada ortaya çıkan durum benzerlik göstermesine rağmen birbirinden hukuki olarak ayrılmaktadır. Zorunluluk halinde haksız saldırıda bulunana karşı bir savunma değil, tehlikeye neden olmayan masum bir üçüncü şahsın menfaatine zarar verilmektedir. Ayrıca 5237 Sayılı TCK meşru savunmada olduğu gibi zorunluluk hali bakımından da 765 Sayılı mülga TCK'den ayrılmış ve sadece hayata veya vücut bütünlüğüne

²²³ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 454 – 455.

yahut diğerk kişisel varlıklara yönelik tehlike değıil, malvarlığı haklarına yönelik bir tehlikenin varlığı durumunda da zorunluluk halinin gerçekleşeceğini öngörmüştür. Ayrıca zorunluluk halinin varlığı için kişinin tehlikeye bilerek neden olmamış olması ve tehlikeden üçüncü kişinin menfaatine zarar vermeden kurtulma şansının bulunmaması gerekmektedir.²²⁴

İşkence suçu bakımından, AİHS'in 3. maddesi, 23.03.1976'da yürürlüğe giren Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 2. fıkrası ve 7. maddesinde kendisine yer bulan işkence, zalimane, insanlıkdışı ya da küçük düşürücü muamele ya da ceza yasağını bu yasaklara olağanüstü hallerde getirilecek istisnalar bakımından da getirmiştir. Ancak son dönemlerde uluslararası terörün Batılı devletleri ve ABD'yi hedef alması ile birlikte, başkalarının yaşamının ağır ve muhakkak tehlike altında olması ve geriye başka çözüm yolunun kalmamış olması durumunda işkencenin zorunluluk hali kapsamında ve hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş de ortaya çıkmıştır. Bu görüşü savunanlara göre, 1987 tarihli BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. maddesi, savaş hali, savaş tehdidi, iç siyasi istikrarsızlık veya herhangi bir olağanüstü halde istisnai durum barındırmadan işkencenin haklı kılınamayacağı, ancak bunun sadece sözleşmenin 1. maddesi bakımından geçerli olduğu, sözleşmenin 16. maddesinde belirtilen kötü muameleleri kapsamadığı, bunlar açısından istisna yasağı getirilmediği düşünülmektedir. Bu görüş, işkence düzeyine varmayan kötü muamelelerin zorunluluk hali bakımından uygulanabileceğini savunmaktadır.²²⁵

İşkence ve diğerk zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezanın, insan onurunun korunması anlamında zorunluluk hali kapsamında değerlendirilerek müeyyide dışı bırakılması kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca zorunluluk halinin varlığından bahsedilebilmesi için tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında oran bulunmak zorundadır. İşkence yasağı ile insan

²²⁴ **TOROSLU, N.**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 153.

²²⁵ **BAKIM, S.**, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 161 – 162.

onuru korunduğu için ve bu hakkın mutlak olarak korunması uluslararası belgelerde düzenlendiği için, işkence suçu ve işkence derecesine varmamış olsa bile diğer kötü muameleler hiçbir istisnai durum ile hukuka uygun ya da cezasızlık sebebi olarak kabul edilemeyecektir.

2.1.3.4.5. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

5237 Sayılı TCK'nin 26. maddesinin 1. fıkrasında, hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasında ise, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkıyla ilgili olarak, açıkladığı rızası çerçevesinde kişinin bu hakkına yönelik fiillerden dolayı kimseye ceza verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Hakkın kullanılması, 765 Sayılı mülga TCK'de yer almamasına rağmen, 5237 Sayılı TCK'de bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, bir kimseye belirli bir yetki tanıyan hukuk düzeninin yetki tanıdığı kişinin menfaatinin, bunun karşısında yer alan kişilerin menfaatinden daha üstün olduğunun kabulüdür. Bu nedenlerle hukuk düzeninin verdiği bir yetki sonucu gerçekleştirilen davranış antisosyal bir davranış olarak nitelendirilemeyecektir. Burada hukuk düzeninden anlaşılması gereken sadece hukuk normları değil, bunun yanında mahkeme kararı, idari tasarruflar, özel hukuku ilgilendiren işlemler veya bir mesleğin icrasıdır. Sayılan işlemlerle kişiye tanınan hakkın kullanılmasının cezalandırılmaması için, hukuk düzeninin sadece hak tanımış olmakla kalması yetmeyecek, suç teşkil eden davranışlarla bu hakkın kullanılmasına izin vermiş olması da gerekecektir.²²⁶

Mağdurun rızası bakımından, madde metninde de belirtildiği gibi kişinin üzerinde mutlak tasarruf yetkisinin bulunmadığı haklar bakımından rızanın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir. İşkence ve benzeri kötü muameleler kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne karşı yapılan davranışlardır. Bu tür davranışlar kişinin vücut ve ruhsal bütünlüğüne, kişi

²²⁶ TOROSLU, N., *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 159 – 160.

haysiyetine tecavüz olacağından ve kişinin bunlar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmayacağından gösterilen rıza hukuka aykırı bir irade açıklaması olmuş olacaktır.

Medeni Kanunumuz 23. maddesi ile, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini, bu özgürlükleri hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını hükme bağlamıştır. İşkence ve benzeri kötü muamelelere gösterilen rızalar kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesi anlamına geldiğinden, bu rıza hukuka aykırı olacaktır. Görüldüğü gibi hukuk düzenimiz kişi özgürlüklerini sadece üçüncü kişilerin tecavüzlerine karşı korumamış, ayrıca bireyin bu özgürlükleri sınırlandırdığı ya da ortadan kaldırdığı kendi davranışlarına karşı da korumuştur.²²⁷

Burada ilgilinin rıza göstermesi ile hakkına yönelik yapılan davranışların cezalandırılmaması, devletin bir ceza tehdidi ile müdahalesini haklı gösteren sosyal bir zararın ortaya çıkmamış olmasıdır. Hak sahibinin feragati o kişi açısından özel zararın yokluğunu ve de kamusal zararın yokluğunu göstermektedir. Ancak bu feragat devletin bir zararının olduğu durumlarda düşünülemez. Gösterilen rıza, toplum yönünden ortaya çıkacak yararı bertaraf edemez ve davranışın antisosyal niteliğini bozamaz.²²⁸ İşkence suçu ancak kamu görevlisi tarafından gerçekleştirileceğinden, ihlale uğrayan hukuki yarar kamu idaresinin güvenilirliği ve düzenli işleyişi olacaktır. Kamu idaresinin korunması nedeniyle işkence ve benzeri kötü muameleye gösterilen rıza hukuka aykırı olacaktır.

2.1.3.5. Manevi Unsur (Kusurluluk)

Bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için, yalnızca kanuni tanıma uygun, hukuka aykırı olması failin cezalandırılması için yeterli olmayacaktır. Ayrıca

²²⁷ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 466.

²²⁸ TOROSLU, N., *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 161.

failin suç teşkil edecek olan davranışı kusurlu bir şekilde gerçekleştirmesi gerekecektir. Failin sübjektif durumuyla ilgili olan bu duruma kusurluluk veya manevi unsur adı verilmektedir.²²⁹

Failin kusurluluğundan söz edebilmek için failin kusurlu davranmaya ehil olması gerekmektedir. Kusurlu hareket etmeye ehil olmayan kişi kusur yeteneğine sahip olmayacağından bu kişinin kusurluluğundan söz edilemeyecektir. Kusur yeteneği, fiilin kişiye yüklenebilmesi için bu fiili gerçekleştiren kişide bulunması gereken özelliklerin tümüne verilen addır. Kişinin kusur yeteneğine sahip olması için yaptığı hareketin veya ihmalinin anlamını kavrayabilmesi ve bu bilinçle hareket etmesi veya etmemesi gerekir.²³⁰ Failde bulunması gereken kusur iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Bunlar kast ve taksirdir.

Taksir, 5237 Sayılı TCK'nin 22. maddesinin 2. fıkrasında, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeden gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. İşkence suçu açısından ise, 765 Sayılı mülga TCK'nin 243. maddesinde işkence suçunun taksirle işlenemeyeceğini belirtilmiştir. 5237 Sayılı TCK açısından değerlendirecek olursak işkence suçunun varlığı için kamu görevlisi, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan, kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açan davranışları gerçekleştirmek zorundadır. İşkencenin niteliği ve tarihsel süreçteki yeri düşünüldüğünde, failin sayılan davranışları gerçekleştirirken sonucunu öngörmemiş olmasını düşünmek mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, taksirle işlenen bir fiil ancak kanunda belirtildiği hallerde cezalandırılabilir. Halbuki, işkence açısından belirtilen fiillerin taksirli hali kanunda belirtilmemiştir.

Kast ise, 5237 Sayılı TCK'nin 21. maddesinin 1. fıkrasında suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmış,

²²⁹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 287.

²³⁰ TOROSLU, N., *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 176.; DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 288.

ayrıca suçların oluşması açısından kasten işlenmesinin asıl taksirle işlenmesinin ise istisnai olduğu belirtilmiştir. Kanunda belirtilen suça ilişkin maddi unsurun bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesinde genel kast vardır. Bazı hallerde ise kanun, suçun oluşabilmesini, suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilen durumları failin belirli bir saikle hareket etmesine bağlamıştır. Böyle bir durumun varlığında özel kast söz konusu olmaktadır.²³¹ Bu durumda suçun oluşabilmesi için genel kasta ek olarak özel kastın varlığı aranmaktadır.²³²

765 Sayılı mülga TCK, işkence suçunun oluşabilmesi için genel kasta ek olarak özel kastın varlığını aramıştır. Suçun manevi unsurunun oluşabilmesi için kanunda; bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, müdafinin ve tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek yahut şikayet ya da ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi sebepler saik olarak sayılmıştır.

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesine göre ise, suçun oluşabilmesi genel kastın varlığına bağlıdır. Failin hareketlerinin işkence suçunu oluşturması için bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan, kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açan davranışları gerçekleştirilmesi, bu davranışları gerçekleştirirken sayılan sonuçları bilmesi ve istemesi yeterli görülmüştür.²³³ Kamu görevlisi tarafından maddi unsurun herhangi bir saikle gerçekleştirilmesi işkence suçunun oluşumu açısından yeterli görülmektedir.

TCK'nin 21. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanan bir diğer kast türü ise olası kasttır. Bahsi geçen maddedeki tanıma göre, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi durumunda olası kast ortaya çıkmaktadır. Olası kastın varlığı durumunda failin

²³¹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 322

²³² CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 394.

²³³ BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 166.

cezası indirilerek hükmolunur. Kasten işlenebileceğini belirttiğimiz işkence suçunun olası kast ile işlenmesi de mümkündür. Burada fail mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesi ya da algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi ya da aşağılanması sonucunun ortaya çıkabileceğini öngörmesine rağmen suç teşkil eden davranışı sergilemektedir. İşkence suçunda olası kastın varlığı durumunda failin alacağı ceza üçte birden yarısına kadar indirilerek takdir olunacaktır.²³⁴

Doktrinde işkence suçunun genel görev suçu sayılması ve suçun oluşabilmesi açısından özel kast gerektirmemesi, suçun içeriğini boşalttığı gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriyi yapanlara göre, işkence suçu ile kasten yaralama suçunun ayırt edilmesinde bir takım problemlerle karşılaşılacağı, suçun maddi ve manevi unsurları bakımından ayırım yapmanın zorlaştığı düşünülmektedir.²³⁵ 5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinde işkence suçu için özel kast öngörülmeden genel kastın varlığının yeterli görülmesi kanaatimizce işkence ile etkin mücadelenin sağlanması açısından, devlet idaresinin güvenilirliği ve düzenli işleyişini sağlamaya yöneliktir. Failin herhangi bir saikle suç niteliğindeki davranışları gerçekleştirmesi işkence suçu sayılabilecek suçların kapsamını genişletmektedir. Ancak her ne kadar işkence ile etkin mücadele amacıyla madde metninde genel kastın varlığı yeterli görülse de, ceza hukuku çerçevesinde bir hareketin teknik anlamda işkence olarak nitelendirilmesi için, failin davranışlarının bir amaca yönelik olması gerekmektedir.²³⁶ İşkencenin tarihsel gelişiminde kullanılma şekline bakıldığında, bir insanın bir başka insan üzerinde belirli bir amaca ulaşmak için ağır acı ve ıstırap veren hareketleri uygulaması şeklindedir. Bu da göstermektedir ki işkence bir amaca hizmet etmektedir. Muhtemel amacın sınırlarının çizilmemesi, işkence suçunun kapsamını genişletip, yaralama, eziyet ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçları ile ayırt edilmesini zorlaştıracaktır. İşkence suçu açısından

²³⁴ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 470.

²³⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 470.

²³⁶ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 470.

özel kastın aranmayıp, genel kastın bulunmasının yeterli olduğuna ilişkin düzenleme kanaatimizce yerinde olmamıştır.

2.1.4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

2.1.4.1. Teşebbüs

Bir davranışın suç olarak kabul edilebilmesi için suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, suç tipinde belirtilen sonucun gerçekleşmesi gerekir. Fail icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen elinde olmayan sebeplerden dolayı sonuç gerçekleşmiyorsa kanunda tanımlanan suç kısmen gerçekleşmiş olacaktır. Buna da teşebbüs adı verilir.²³⁷ Burada fail sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, kamu düzenini ve toplumsal barışı bozmuştur. Bu nedenle yarım kalan icra hareketleri nedeniyle cezalandırılacaktır.²³⁸

Teşebbüsün varlığı için failin bir suç işleme kararı alması ve bu kararın gerçekleştirilmesine yönelik dış dünyada icrai hareketlere başlaması ve elinde olmayan nedenlerle sonucun gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Fail burada davranışlarının ne tür sonuç doğuracağını bilmekte ve bu sonucun gerçekleşmesini de istemektedir; ancak elinde olmayan sebeplerle sonuç gerçekleşmemektedir. Bu da göstermektedir ki teşebbüs ancak bir suçun işlenmesinin kastedilmesi durumunda vardır. Yani taksirli suçlar için teşebbüsün varlığından bahsedilemez.

Teşebbüs 5237 Sayılı TCK'nin 35. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayacak olursa teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır. Yine 35. maddenin 2. fıkrasında ise,

²³⁷ **TOROSLU, N.**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 249 – 250.

²³⁸ **DEMİRBAŞ, T.**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 379.

teşebbüs durumunda faile tamamlanmış suçun cezasına oranla daha az ceza verileceği hükme bağlanmıştır.

5237 Sayılı TCK'nin 35. maddesi ile birlikte, 765 Sayılı TCK'nin 61. ve 62. maddelerinde tanımını bulan eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır. 765 Sayılı TCK'ye göre, sonucun gerçekleşmesine mani olan engel, icra hareketlerinin bitmesini engellemişse, eksik teşebbüs; icra hareketleri bittikten sonra neticenin gerçekleşmesinin önüne geçmişse tam teşebbüs durumu bulunmaktadır.²³⁹ 5237 Sayılı TCK'nin teşebbüsü düzenleyen 35. maddesinin gerekçesinde, 765 Sayılı TCK döneminde adil ve eşit bir cezalandırma sağlanamadığı, bu nedenle 35. madde ile teşebbüs derecesinde kalan suçun yaptırımı belirlenirken meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığının dikkate alınacağı belirtilmiştir.²⁴⁰

Teşebbüs derecesinde kalan suçlarda kanunda belirtilen asıl netice gerçekleşmemektedir. 765 Sayılı TCK'nin 243. maddesi açısından değerlendirecek olursak, madde metninde sayılan failin bir kimseye suçunu ikrar ettirmesi, mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya bir tanığın olayları bildirmesinin engellenmesi, şikayet ve ihbarda bulunmasının önlenmesi veya şikayet ve ihbarda bulunduğu ya da tanıklık ettiği için veya diğer herhangi bir sebeple işkence edilmesi veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurulmasıyla birlikte işkence suçunun icra hareketleri tamamlanmaktaydı. Ancak 765 Sayılı TCK açısından görülmektedir ki, madde metninde sayılan davranışların gerçekleşmemiş olması işkence suçunun varlığı sonucunun da doğmamış olmasına sebep olacaktır. Burada işkence suçunun gerçekleşmesi için hareket ile netice arasında belirli bir zaman aralığı yoktur. Doktrinde “neticesi harekete bitişik suç” olarak tanımlanan bu tür suçlarda,

²³⁹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 391.

²⁴⁰ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA A. C., *5237 Sayılı Yeni TCK'ye Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, s. 742.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 169.

hareket yapılır yapılmaz neticenin gerçekleştiği kabul edilmektedir.²⁴¹ Neticesi harekete bitişik suçlarda hareket yapılır yapılmaz netice gerçekleştiği için, icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin önüne geçmek mümkün olmadığından bu tür suçlarda tam teşebbüsün varlığından bahsedilemeyecektir.²⁴² Ancak icra hareketlerinin belirli bir zaman devam ettiği durumlarda, bu hareketlerin bitmesi engellenebileceğinden eksik teşebbüsün varlığından bahsedilebilmekteydi.

5237 Sayılı TCK açısından ise, 94. maddede belirtilen insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çektirecek, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar işkence suçu açısından seçimlik icra hareketleridir. Burada insan onuruyla bağdaşmayan ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak hareketlerin neler oldukları belirlenirken, mağdurun duyduğu maddi ve manevi acının derecesine bakılmayacaktır. Mağdura karşı gerçekleştirilen davranışların nesnel bakış açısıyla nitelikleri itibariyle, maddi ya da manevi acı doğurması, algılama veya irade yeteneğini etkilemesi ve mağdurun aşağılanmasına yol açması muhtemel hareketler olması işkence suçunun gerçekleşebilmesi için yeterli olacaktır. Burada önemli olan hareketlerin ne olduğu değil bu hareketler sonrasında mağdurda maddi ve manevi acının doğmasının muhtemel olmasıdır. İşkencenin yapılış amacının gerçekleşmesine gerek yoktur. Bu hareketlerde teşebbüsün varlığına imkan veren hareketler olabilecektir. Dolayısıyla icra hareketlerine başlanmasına rağmen failin elinde olmayan sebeplerden dolayı icra hareketleri tamamlanamamışsa suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Bu da göstermektedir ki 5237 Sayılı TCK, teşebbüsü düzenleyen 35. maddenin işkence suçu açısından uygulanmasına olanak tanımıştır.²⁴³ Ancak 5237 Sayılı TCK kapsamında hakaret etmek ve tehdit etmek suretiyle gerçekleştirilen, kişinin

²⁴¹ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 208.

²⁴² DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, no: 587.

²⁴³ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 476.

manevi bütünlüğüne zarar veren hareketlerde suç hareket ile tamamlanacağından teşebbüs hükmünün uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.²⁴⁴

5237 Sayılı TCK'nin 36. maddesine göre, icra hareketlerine başlayan fail, icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Fakat burada failin, gönüllü vazgeçmenin olduğu ana kadar icra ettiği hareketler başka bir suçun varlığına sebep oluyorsa, fail var olan suçun müeyyidesi ile cezalandırılacaktır. Örneğin, failin gönüllü vazgeçmenin olduğu ana kadar gerçekleştirdiği hareketler işkence suçunun diğer seçimlik hareketlerine uymayan veya asgari ağırlık seviyesine ulaşmamış olan, mağdurun vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan hareketler ise, yaralama suçunun varlığından bahsedilecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, gönüllü vazgeçmenin olduğu ana kadar icra edilen hareketlerin, işkencenin maddi unsurunu oluşturan diğer seçimlik hareketlerden birine uyması durumunda tamam olan suçun da işkence suçu olacaktır. Bedensel veya ruhsal yönden acı vermeye yönelik hareketlerden gönüllü olarak vazgeçen fail, vazgeçmenin olduğu ana kadar mağdura karşı gerçekleştirdiği davranışlar mağdurun aşağılanmasına yol açabilecek nitelikteyse, burada da işkence suçunun seçimlik hareketlerinden biri gerçekleşmiş olacağından tamam olan kısım da işkence suçunu oluşturacaktır.²⁴⁵

2.1.4.2. İştirak

Bir kişi tarafından gerçekleştirilebilecek olan bir suç birden çok kişinin yaptığı işbirliği sonucu gerçekleştirilirse suça iştiraktan bahsedilir. İşkence suçu tek fail tarafından işlenebileceği gibi, birden çok kişinin iştiraki ya da katkısı ile de işlenebilecektir.²⁴⁶

²⁴⁴ DEMİRBAŞ, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 44.

²⁴⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 479.

²⁴⁶ ÜZÜLMEZ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*, s. 240.

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesine göre işkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olmaktadır. Kanunda yer alan bu düzenlemeye göre işkence suçu özgü suçtur. Özgü suçlar, failinin kanunda belirtilmiş olan belirli sıfat veya niteliklere sahip olduğu suçlardır.²⁴⁷ Özgü suçlarda faillik, cinsiyet gibi doğal niteliklere dayanabileceği gibi, vatandaşlık ya da kamu görevlisi olmak gibi hukuki niteliklere de dayanabilecektir.²⁴⁸ Görüldüğü gibi, işkence suçunda kanundaki düzenlemeye bakıldığında failin kamu görevlisi olması koşulu aranmıştır. TCK'nin 40. maddesinin 2. fıkrasına göre, özgü suçlarda fail olunabilmesi ancak özel faillik niteliğinin taşınması ile mümkün olacaktır.

765 Sayılı mülga TCK ise, işkence suçunun düzenlendiği 243. maddesinde, suçun ancak kovuşturmaya yetkili memurlar tarafından işlenebileceğini belirtmiştir. Buna bağlı olarak, fail olabilmek için kişinin sadece memur olması yetmemekte, bu sığata ek olarak kovuşturma yetkisinin de olması gerekmektedir. 765 Sayılı mülga TCK döneminde işkence suçuna iştirak eden sivil kişiler ve memurluk sıfatına sahip olmakla birlikte kovuşturmaya yetkisi olmayanların sorumlulukları, işkence suçunda birlikte hareket ettikleri kişinin veya kişilerin memurluk sıfatını bilip bilmemeleri durumuna göre ayrılmaktaydı. İşkence suçunda fail olabilmek için varlığı gereken nitelikleri taşımayan iştirak eden, memurun bu sıfatını biliyorsa, mahsus suçun fiili irtikap edeni olamaz ise de suça katkısına göre doğrudan doğruya beraber işleyen, asli manevi şeriki veya maddi, manevi fer'i şeriki olabilmekteydi. Ancak iştirak eden bu sıfatı bilmiyor ise, sadece işlenmesini istediği suçtan sorumlu olacaktır.²⁴⁹

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinin 4. fıkrası işkence suçunun işlenişine iştirak edenlerin, kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını belirtmektedir. Dolayısıyla işkence suçunda iştirak edenler, özgü suç niteliğine sahip olan bu suçta fail olabilmek niteliğini taşıyanlarla aynı sorumluluğa sahip olacaktır.

²⁴⁷ **TOROSLU, N.**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 91.

²⁴⁸ **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, no: 1169.; nakleden **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 360.

²⁴⁹ **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*, s. 172.

TCK'nin 40. maddesinin 2. fıkrasına göre, özgü suçların işlenişine iştirak eden diğer sivil kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak işkence suçunda suça yardım eden sıfatıyla iştirak edenler, TCK'nin 94. maddesinin 4. fıkrasına göre kamu görevlisi gibi cezalandırılacağından, kanunda yardım edenler açısından öngörülen indirimli ceza işkence suçu açısından geçerli olmayacaktır. TCK md. 94/4 bu yönüyle, TCK md. 40/2'nin istisnasını oluşturmaktadır.²⁵⁰ Ancak suça iştirak eden kamu görevlisi dışında diğer kişilerin TCK md. 94/4 kapsamında kamu görevlisi gibi sorumlu tutulabilmeleri için, iştirak edenlerin failin kamu görevlisi olduğunu bilmeleri gerekmektedir.²⁵¹

Kamu görevlilerinin işkence suçuna iştiraklerinde ise, iştirak kurumuna ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Çünkü burada iştirak eden kamu görevlisi özgü suç olan işkence suçunda failin taşıması gereken niteliklere sahiptir ve müşterek fail olabilecektir.

Kamu görevlisinin işkence suçunu amirinden aldığı emir doğrultusunda gerçekleştirilmesi açısından, ortada konusu suç teşkil eden bir emir vardır ve konusu suç teşkil eden emir yerine getirilemeyeceğinden, emri yerine getiren kamu görevlisi fail, emri veren amir ise azmettiren sıfatıyla cezalandırılacaktır.²⁵²

2.1.4.3. İçtima

Ceza kanunlarında yer alan her suçta, yapılan suç tanımı doğrultusunda korunmak istenen bir hukuki yarar vardır. Tanımlanan her suçla ilgili hukuki yararın korunması amaçlanmaktadır. Bunların ihlali ise, bazı hallerde tek eylemle birden fazla hukuki yararın ihlal edilmesi ya da bazı durumlarda farklı eylemlerle aynı hukuki yararın ihlal edilmesiyle olur. TCK'de bu gibi durumların varlığı

²⁵⁰ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 245.; nakleden BAKIM, S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 174.

²⁵¹ ÖNOK, M., Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, s. 482.

²⁵² ARTUK, M. E., "İşkence Suçu (TCK md. 94, 95)", s. 33.

açısından bir takım özel düzenlemeler getirilmiştir. Böyle durumların varlığında suçların içtimandan yani toplanmasından bahsedilir.

Bu düzenlemelerden ilki 5237 Sayılı TCK'nin 42. maddesinde düzenleme alanı bulan bileşik suçtur. Bu düzenlemeye göre, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç adı verilmektedir. Bu tür suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı 42. maddenin devamında belirtilmiştir.

İşkence suçu açısından bileşik suça örnek olarak; işkence suçunun nitelikli halleri kapsamında TCK md. 94/3'te fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi gösterilebilir. Burada fail cinsel taciz suçundan sorumlu olmayacak, işkence suçu kapsamında cezalandırılacaktır.²⁵³ Ancak suçun işlenmesi, TCK md. 105'te düzenlenen cinsel taciz düzeyini aşarak, cinsel saldırı ya da çocukların cinsel istismarı suretiyle gerçekleşirse, fail sadece işkence suçundan dolayı sorumlu tutulmayacak, buna ek olarak 5237 Sayılı TCK'nin 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ya da 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçundan da sorumlu tutulacak, gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.²⁵⁴

İşkence suçunda, bileşik suçun söz konusu olduğu bir durum da işkence sonucunda ölümün meydana gelmiş olmasıdır. 95. maddenin 4. fıkrasında ölümün meydana gelmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak burada ölüm işkence suçunun nitelikli halini teşkil ettiği için bileşik suç söz konusu olmaktadır.²⁵⁵ Mağdur, işkence sonucu değil de fail tarafından işkence dışı bir saikle öldürülürse artık burada ölüm işkencenin nitelikli halini oluşturmayacaktır. Kamu görevlisi, mağduru işkence suçunu gizlemek, suçun delillerini ortadan kaldırmak veya

²⁵³ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 120.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 176.

²⁵⁴ ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 174.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 486.

²⁵⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 486.

mağdurun ihbarda bulunmasını önlemek suretiyle yakalanmamak amacıyla öldürürse bileşik suçun varlığından bahsedilmeyecek, fail hem 94. maddeden hem de kasten öldürmenin nitelikli hali olan 82. maddenin 1 / (h) bendinden sorumlu tutulacaktır.²⁵⁶ Bu durum 765 Sayılı TCK'ye göre de aynı değerlendirilmekteydi. İşkence sonucu ölümün meydana gelmiş olması ve ağırlaşmış müessir fiilin varlığı durumu, 765 Sayılı TCK'de de suçun nitelikli hali olarak değerlendirilip, bu durumda bileşik suç söz konusu olmaktadır.²⁵⁷

Suçların içtimasında bir diğer durum zincirleme suçun varlığı halinde ortaya çıkacaktır. Zincirleme suç bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda veya aynı suçun birden fazla kişiye tek bir fiille işlenmesi durumunda söz konusu olmaktadır. 5237 Sayılı TCK'nin 43. maddesinin 3. fıkrasında işkence suçunun varlığı durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Burada cezalar gerçek içtima hükümlerine göre belirlenecektir.²⁵⁸

Suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda, aynı suçu işleme kararı ile art arda yapılması durumunda, tek hareket olacak ve tek işkence suçunun varlığından bahsedilecektir. Ancak hareketlerin arasına giren zaman dilimi dahilinde işkence yapılmasına ilişkin yeni bir suç işleme kararı ortaya çıkmışsa ve başlı başına işkence suçuna sebebiyet verecek davranışlar sergilenmişse, burada ihlalin tekliğinden bahsetmek mümkün olmayacak ve bir işkence suçu daha ortaya çıkmış olacaktır. İşkence suçu kapsamında yapılan her hareket birbirinin parçası olma özelliği gösteriyorsa, hukuken tek hareketin varlığından bahsedilecektir. Tek hareket olduğu için de burada suç tek olacaktır. Aynı suçu işleme kararıyla, mağdura karşı bedensel veya ruhsal yönden acı çektirilmesi, algılama veya irade

²⁵⁶ ÜZÜLMEZ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*, s. 241.

²⁵⁷ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 542.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 176.

²⁵⁸ ÜZÜLMEZ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*, s. 242.

yeteneğinin etkilenmesi, aşağılanmasına yol açılması art arda uygulanmış olsa bile seçimlik hareketler tek olduğundan ortada tek bir suç olacaktır.²⁵⁹

İşkence suçunun mağduru birden fazla olur ise, burada zincirleme suç hükümleri TCK md. 43/3 uyarınca yine uygulanamayacak ve mağdur sayısı kadar işkence suçunun varlığından bahsedilecektir. Her bir suç için belirlenen ceza toplanarak infaz ettirilecektir. 765 Sayılı mülga TCK döneminde ise, birden fazla mağdurun bulunması durumunda ancak suç işleme kararında birlik bulunması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanmakta, bunun dışındaki hallerde ise mağdur sayısınca suç işlenmiş kabul edilmekteydi.²⁶⁰

Suçların içtimanda son durum ise, fikri içtiman uygulandığı durumlardır. 5237 Sayılı TCK'nin 44. maddesine göre, işlediği tek fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebep olan kişi, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç kapsamında cezalandırılacaktır. İşkence suçunda, suç kapsamında değerlendirilen fiiller aynı zamanda, 5237 Sayılı TCK'nin 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama, 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz, 106. maddesinde düzenlenen tehdit, 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçları gibi bir takım maddelerde belirtilen suç tiplerine uygun davranışlarla gerçekleştirilebilir. Burada fail fikri içtima hükümlerine göre, daha fazla cezayı gerektiren işkence suçundan sorumlu tutulacaktır.²⁶¹

²⁵⁹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 243.

²⁶⁰ ÜZÜLMEZ, İ., Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 176.

²⁶¹ ÜZÜLMEZ, İ., Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 241.; ÖNOK, M., Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, s. 490.

2.1.5. Suçun Nitelikli Halleri

2.1.5.1. 5237 Sayılı TCK'nin 94. Maddesinin 2. Fıkrasında Düzenlenen Ağırlaştırıcı Sebeplerin Varlığı

2.1.5.1.1. Genel Olarak

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinin 2. ve 3. bentlerinde işkence suçunun ağırlaştırıcı sebepleri sayılmıştır. Maddenin 2. bendinde suçun, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe kadına ya da avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla gerçekleştirilmesi durumunda cezasının alt sınırının sekiz yıldan az olamayacağı, üst sınırının ise on beş yıl olduğu düzenlenmiştir.

94. maddenin 3. fıkrasında ise, işkence suçuna sebebiyet verecek fiillerin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleştirilmesi ağırlaştırıcı neden olarak belirlenmiştir. Suç, cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşirse, burada da ceza sekiz yıl ile on beş yıl arasında hükmolunacaktır.

2.1.5.1.2. Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye ya da Gebe Kadına Karşı İşlenmesi (TCK Md. 94/2-a)

5237 Sayılı TCK'nin 6. maddesi tanımlar başlığı altında çocuk tanımını yapmıştır. 6. maddenin 1. fıkrasının (b) bendine göre; çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişidir.

Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olmaktan anlaşılması gereken ise, bu kişilerin kendilerine karşı gerçekleştirilen fiillere fiziki veya mental olarak karşı koyma, kendilerini savunma yeterliliğine sahip olmamalarıdır. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, yaşlılık, sakatlık, uyku hali, bilinçsizlik, narkoz, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma gibi

durumlardır.²⁶² Mağdur kendisini savunamayacak duruma kendi iradesi ile gelmiş olsa bile mağdura karşı gerçekleştirilecek olan işkence niteliğindeki davranışlar suçun nitelikli halini oluşturacaktır.²⁶³ Mağdurun kendi iradesiyle uyuşturucu madde alması, alkol etkisinde olması işkencenin nitelikli işkence kapsamına girmesine neden olacaktır. Ancak kanaatimizce, mağdurun kendi iradesi ile beden veya ruh bakımından kendisini savunmayacak duruma sokmasında failin nitelikli işkenceden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun bu durumunun en azından anlaşılır olması gerekmektedir. 5237 Sayılı TCK'nin hatayı düzenleyen 30. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanacaktır. İşkence suçunun failinin, mağdurun bu durumunu anlamaması veya en azından makul bir dikkat göstermesine rağmen anlayacak durumda olmaması, failin nitelikli işkenceden sorumlu tutulmasını gerektirmeyecektir.

Suçun gebe kadına karşı işlenmesi durumunda da TCK'nin 94. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre nitelikli işkence söz konusu olmaktadır. Burada gebe kadına karşı gerçekleştirilen işkence suçunun nitelikli hal sayılmasıyla sadece mağdur olarak kadın değil, mağdur olan kadınla birlikte karnındaki cenin de korunmak istenmiştir.²⁶⁴ Suçun gebe kadına karşı işlenmesi durumunda, işkencenin nitelikli işkence kabul edilebilmesi için, işkence niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesi sırasında mağdur kadının gebe olduğunun en azından anlaşılır olması gerekmektedir. Gebelik, ceninin ana rahmine düşmesi ile doğum arasında geçen süredir. Gebeliğin başlangıç safhalarında gebede çok fazla fiziksel değişiklik olmayacağı için fail, mağdurun gebe olduğunu anlamayabilecektir. Fail mağdurun gebe olduğunu bilmiyorsa ve en azından kadının gebe olduğu

²⁶² ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 504.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 120.; ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 26.

²⁶³ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 504.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 120.

²⁶⁴ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 121.

anlaşılamıyorsa fail burada TCK md. 30/2 gereğince bu hatasından yararlanacaktır. Ayrıca mağdurun gebe olması failin ağırlaştırılmış ceza alması için yeterli olacaktır. Çocuğun ölü ya da sağ doğması suçun nitelikli halini etkilemeyecektir.²⁶⁵

2.1.5.1.3. Suçun Avukata ya da Kamu Görevlisine Karşı Görevi Dolayısıyla İşlenmesi (TCK Md. 94/2-b)

5237 Sayılı TCK'nin 6. maddesi tanımlar başlığı altında kamu görevlisi tanımını, 1. fıkranın (c) bendinde, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak yapmıştır. Avukat ise, aynı maddenin 1. fıkrasının (d) bendine göre, yargı görevi yapanlar kapsamında değerlendirilmiştir. Avukatlar meslekleri gereği kamu hizmeti yürütüp, kamu görevlisi sayılmaktadırlar. Bu da göstermektedir ki 94. maddenin 2. fıkrasının (b) bendinde, suçun nitelikli halinde yer alan avukat kamu hizmeti icra ettiğinden dolayı kamu görevlisi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, bentte avukat veya diğer kamu görevlisi denilerek gereksiz tekrarda bulunulmuştur.

Suçun nitelikli hali açısından, kamu görevlisi veya avukatın görevini yerine getirmesi dolayısıyla işkenceye maruz kalması gereklidir. Bu da göstermektedir ki, kamu görevlisi veya avukat görevlerini yerine getirirken değil de, görevlerini kötüye kullanmaları nedeniyle işkenceye maruz kalırsa burada suçun nitelikli hali söz konusu olmayacaktır.²⁶⁶ Ayrıca, mağdurun üstlendiği kamu görevi sona ermiş olsa bile, bu kamu görevinin gereklerine uygun davranması nedeniyle işkenceye tabi tutulmuş olması suçun nitelikli halinin oluşmasına neden olacaktır.²⁶⁷

²⁶⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 505.; ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 121.

²⁶⁶ EREM, F., TOROSLU, N., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 342.; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 505.

²⁶⁷ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve*

2.1.5.1.4. Fiilin Cinsel Yönden Taciz Şeklinde Gerçekleşmesi (TCK Md. 94/3)

Cinsel taciz suçu, 5237 Sayılı TCK'nin 105. maddesinde düzenlenmiştir. Cinsel taciz, cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış, mağdurunu rahatsız edici nitelikte olan sözlü ya da fiili davranışlardır.²⁶⁸ 105. maddenin madde gerekçesi, cinsel tacizi, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğinde olmayan cinsel davranışlarla gerçekleşen, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağduru rahatsız eden hareketler olarak tanımlamıştır. İşkence suçu tanıma uygun cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşirse suçun nitelikli hali kabul edilecek ve bileşik suç hükümleri uygulanacaktır. Ancak fiil gerekçedeki tanıma uymamakla birlikte cinsel saldırı niteliğinde bir davranış suretiyle gerçekleşirse, gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve iki ayrı suç ve iki ayrı ceza söz konusu olacaktır.²⁶⁹

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan en hafifi olarak değerlendirilen cinsel taciz suçu, işkence suçunun nitelikli hali sayılıp bileşik suç hükümleri uygulandığında adil olmayan sonuçlar doğabilecektir.²⁷⁰ İşkence suçu sözlü cinsel taciz suretiyle gerçekleştirilirse failin sorumlu tutulacağı cezanın alt sınırı on yıl olacaktır; ancak fail işkence niteliğindeki davranışlarıyla mağdurun yaşamını tehlikeye sokarsa TCK md. 95/1 (b) bendi uyarınca, 94. maddede belirtilen cezanın yarı oranında artırılması ile failin alacağı cezanın alt sınırı dört buçuk yıl olarak belirlenecektir. Burada mağdurun yaşamının tehlikeye sokulması sözlü cinsel tacizden daha az ceza almaktadır ki suç ve cezalar arasında orantısızlık meydana gelmektedir.²⁷¹

Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 121.

²⁶⁸ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 506.; ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 121.

²⁶⁹ ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 122.; nakleden BAKIM. S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, 181.

²⁷⁰ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 506.; ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 122.; ÜZÜLMEZ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*, s. 242.

²⁷¹ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 506.

2.1.5.2. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence Suçu

2.1.5.2.1. Genel Olarak

Bir suçun varlığı açısından, kanunda tanımlanan suç için gerekli olan neticeden daha ağır bir netice ortaya çıkabilecektir. Daha ağır veya tehlikeli bir netice gerçekleştiğinde ise, kanunda o suç için belirlenen ceza artırılmıştır.²⁷² 5237 Sayılı TCK'nin 23. maddesine göre, "Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya daha başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekir." denilerek, meydana gelen kastedilenden daha başka ve ağır netice açısından sorumluluğun kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçun varlığından bahsedebilmek için öncelikle temel suçun kasten işlenmesi gerekmektedir. 23. madde "Bir fiilin kastedilenden daha ağır..." diyerek bunu vurgulamak istemiştir. Ayrıca failin ilk hareketi ile kastettiği sonuçtan ağır olan sonuç arasında bir illiyet bağının bulunması da gerekmektedir. Son olarak failin daha ağır sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Yani daha ağır sonuç açısından failin sorumluluğu kusuruna bağlıdır.

765 Sayılı mülga TCK, 5237 Sayılı kanundan farklı olarak ikinci sonucu, kasten hareket etmesini veya taksirli olmasını aramaksızın faile yüklemekteydi. Bu da göstermektedir ki 5237 sayılı TCK'nin 23. maddesi ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta fail açısından objektif sorumluluk hali kaldırılmıştır.²⁷³

5237 Sayılı TCK'de işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri 95. maddede düzenlenmiştir. İşkence sonucu 95. maddede belirtilen ağır sonuçlardan biri ortaya çıkarsa failin cezası artırılabilecektir. Ancak yukarıda

²⁷² TOROSLU, N., *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 209.

²⁷³ TOROSLU, N., *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 209.

belirttiğimiz gibi failin bu sonuçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi için daha ağır sonuç açısından en azından taksirle hareket etmesi, yani kusurunun bulunması gerekmektedir. 765 Sayılı mülga TCK’de ise, 243. maddenin 2. fıkrasında ölümün meydana gelmesi ve mağdurun yaralanması²⁷⁴ ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Ölüm ve yaralamada, failin ağır sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için failin fiili ile meydana gelen ağır sonuç arasında nedensellik bağının bulunması yeterli olurken, 5237 Sayılı kanundaki gibi kusur aranmamış, failin objektif sorumluluğuna gidilmiştir.²⁷⁵

2.1.5.2.2. 5237 Sayılı TCK’nin 95. Maddesinin 1. Fıkrasında Düzenlenen Cezanın Artırılmasını Gerektiren Haller

2.1.5.2.2.1. Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflaması (TCK Md. 95/1-a)

İnsanların vücudunda belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş her bir bölüme organ adı verilmektedir. Bu organlardan görme, işitme, koklama, dokunma ve tatma organlarıyla dış dünyanın uyarılarını algılama yeteneğine ise duyu adı verilmektedir.²⁷⁶

İşkencenin varlığına sebep olan davranışlar sonucu mağdurun duyuları veya organları zarar görmüş olabilir. Bu zarar ile duyu veya organların işlevi zayıflayabilir. Bunların işlevinin zayıflaması, görevini işkenceye maruz kalmadan önceki gibi devam ettirememesi, fonksiyonlarında azalmanın meydana gelmesi veya bu organlar görevini yerine getirirken güçlüklerin ortaya çıkması anlamına gelmektedir. İşkence niteliğindeki davranışların bu nitelikli hal kapsamında

²⁷⁴ 765 Sayılı TCK’nin 243. maddesinin ikinci fıkrasında, “Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde, 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.” düzenlemesine gidilmiştir. 243. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sonucu sebebiyle ağırlaşmış hallerden ilki mağdurun ölmesiyken, sair hal ise 456. maddede düzenlenen mağdurun yaralanmasıdır.

²⁷⁵ **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 182.

²⁷⁶ www.tdk.gov.tr

sayılması için mağdurun duyu veya organlarından birinde sürekli zayıflamanın meydana gelmesi yeterli olacaktır. Bu organ veya duyuların işlevini tamamen yerine getirememesi gerekmez. Ayrıca vücudumuzda çift olarak kulak, göz, el gibi organlardan herhangi birinde meydana gelecek işlev zayıflaması da bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir, Yargıtay vücudumuzda çift olarak bulunan organlardan her birini bağımsız bir organ olarak görmektedir.²⁷⁷ Mağdurun duyu ve organlarında meydana gelen zayıflık sürekli olmalıdır. Tedavi sonrası giderilebilecek nitelikte bir kayıp suçun nitelikli hale gelmesi sonucuna neden olmayacaktır. Ancak bu tedavi sürekli zayıflığa neden olup, işlevi sürekli olarak zayıflayan organ yerine protez organın kullanılmasına sebep olmuşsa, bu durumda da suç neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence kapsamında değerlendirilecektir. Çünkü protezin çıkarılması kaybın yeniden ortaya çıkmasına neden olacaktır.²⁷⁸

Duyu ve organ kaybı işkence niteliğindeki davranışlar sonucu meydana gelmiş olmalıdır. Bunun saptanması ise mağdurun duyu veya organlarında bu davranışlara maruz kalmadan önceki fonksiyonların, işkenceye maruz kalmasından sonraki fonksiyonları ile karşılaştırılması suretiyle olacaktır. Mağdurda işkenceden önce bulunan bir zayıflık, işkenceyi nitelikli hale getirmeyecektir.²⁷⁹

2.1.5.2.2.2. Fiilin Mağdurun Konuşmasında Sürekli Zorluğa Yol Açması (TCK Md. 95/1-b)

Mağdurun konuşmasında sürekli zorluk, açık ve anlaşılır şekilde konuşma ve kendini ifade edebilme yeteneğinin sürekli olarak tahribata uğramış olması anlamına gelmektedir. İşkence niteliğindeki davranışların, bu nitelikli hal

²⁷⁷ Yarg. 4. CD. 02.07.1973, 3364/6380.; **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 155.

²⁷⁸ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 149.

²⁷⁹ **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 155.; **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 149.

kapsamına girmesi için mağdurun konuşma yeteneğini tamamen kaybetmesi gerekmecektir. Bu zarar kekemelik ya da mağdurun ağzındaki çarpıklık şeklinde de ortaya çıkabilecektir.²⁸⁰

Mağdurun duyu ve organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasında belirtmiş olduğumuz gibi, mağdurun konuşmasında sürekli zorluğun meydana gelmesinde de işlevsel bozukluk sürekli olmalıdır. Ayrıca bu bozukluk tespit edilirken yine mağdurun işkence teşkil eden davranışlara maruz kalmadan önceki konuşma yetisi ile işkence niteliğindeki davranışlara maruz kaldıktan sonraki konuşma yetisinin karşılaştırılması ile ortaya çıkan konuşma zorluğu tespit edilir.

2.1.5.2.2.3. Fiilin Mağdurun Yüzünde Sabit İze Neden Olması (TCK Md. 95/1-c)

Alın, burun, gözler, ağız, yanaklar ve çeneden oluşan başın ön kısmı olan yüz, insanın alnından çenesinin ucuna ve kulaklar da dahil olmak üzere iki kulak arasını kapsamaktadır.²⁸¹ Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan tanıma göre²⁸² ise, “Kişiye cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırı, yanlarda kulaklar dahil olmak üzere, kulakların arkasından inen düz çizgilerin her iki klavikula²⁸³ ile kesiştiği noktalar ile altta fossa jugularisten²⁸⁴ başlayıp yanlara doğru klavikularını takip eden çizgiler arasında kalan bölgedir.”

Yüzün doğal görünüşünü etkileyip, sürekli değişikliğe neden olan tüm etkenler sabit izdir. Yine Adli Tıp Kurumu, yüz sınırları içinde oluşan yaranın

²⁸⁰ **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 156.; **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 508.

²⁸¹ **TEZCAN, D.**, **ERDEM, M. R.**, **ÖNOK, M.**, *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 150.; **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 508.; **BAKIM, S.**, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 185.

²⁸² www.adlitipankara.gov.tr

²⁸³ Klavikula, köprücük kemiği anlamına gelmektedir.; www.ttb.org.tr

²⁸⁴ Jugularis, şah damarı anlamına gelmektedir.; (www.itusozluk.com)

iyileştikten sonra bıraktığı iz, gün ışığında veya iyi aydınlatılmış bir ortamda, insanlar arası sözel diyalog mesafesinden ilk bakışta belirgin bir şekilde fark edilebiliyorsa, buna sabit iz demiştir.²⁸⁵ Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan tanıma bakacak olursak bir izin sabit iz olarak nitelendirilmesi için tedavi sürecinin tamamlanmış yani yaranın iyileşmiş olması gerekmektedir. Bunun dışında yara şeklinde ortaya çıkmamakla birlikte insan yüzünün sürekli değişmesine neden olan sürekli göz sulanması, ağız yapısındaki görülebilir bozukluk, bıyığın dökülmesi ve devamlı salya akması gibi durumlar da sabit iz olarak verilebilir. Doktrinde bir görüşe göre²⁸⁶ saçın kalıcı olarak dökülmesi sabit iz olarak tanımlanmıştır. Ancak Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan, doktrinde kabul edilen yüz tanımına göre, yüzün üst sınırı saçlı deri sınırındadır ve bu da göstermektedir ki kişinin saçlarının dökülmesi yüzde meydana gelen bir değişiklik değildir. Bu nedenle işkence dolayısıyla saç dökülmesinin suçun nitelikli hali kapsamında değerlendirilmesine katılmıyoruz. Yine, saklanabilir bir iz olması izin insanlar arası sözel diyalog mesafesinden ilk bakışta belirgin bir şekilde fark edilebilir iz niteliğini kaldırmayacaktır.²⁸⁷

Sabit izden anlaşılması gereken, sürekli, kalıcı olan izdir. Adli Tıp Kurumu'nun yaptığı tanımda belirtmiş olduğu iyileşme sürecinden anlaşılması gereken ise, bir yaranın iyileşmesinde takip edilen ve makul, olağan tedavilerden oluşan süreçtir. Bu nedenden dolayı, izin estetik ameliyatla giderilebilir bir iz olması veya yurt dahilinde çözüm bulunamayıp yurt dışında tedavi gerektirmesi suçun nitelikli halini etkilemeyecektir. Makul ve olağan bir tedavi ile giderilemeyecek izler, sabit olarak nitelendirilip işkence suçunun nitelikli halinin oluşumuna neden olacaktır.²⁸⁸

²⁸⁵ www.adlitipankara.gov.tr

²⁸⁶ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö. (2007), *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt 1, Beta Yayınevi, s. 148, İstanbul.

²⁸⁷ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 150.; CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 148.; nakleden BAKIM, S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 186.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 509.

²⁸⁸ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve

2.1.5.2.2.4. Fiilin Mağdurun Yaşamını Tehlikeye Sokan Bir Duruma Sebep Olması (TCK Md. 95/1-d)

Yaşamı tehlikeye sokan bir durumun varlığı, kişinin yaşamının son bulması yani ölmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek ağır ve yakın bir yaşamsal tehdidin varlığına bağlıdır. Ölüm neticesinin yakın ve yüksek bir ihtimal dahilinde olması gerekir.²⁸⁹

Burada önemli olan, kişi yaşamının tehlikeye sokulmuş olmasıdır. Kişinin yaşamını tehlikeye sokan fiilin niteliğinin bir önemi yoktur. Mağdurun yaşamını tehlikeye sokan davranış kısa süreli, uzun süreli vs. herhangi bir şekilde gerçekleşebilir.

Fiilin mağdurun yaşamını tehlikeye sokması, işkencenin nitelikli halinin gerçekleşmesi için yeterlidir. Tehlikenin gerçekleşmiş olması mağdurun ölmesi anlamına geleceğinden ve mağdurun işkence sonucu ölmesi TCK'nin 95. maddesinin 4. fıkrasında düzenlendiğinden tehlikenin gerçekleşmesi suçun bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi açısından gerekmemektedir.²⁹⁰

2.1.5.2.2.5. Fiilin Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğun Vaktinden Önce Doğmasına Neden Olması (TCK Md. 95/1-e)

95. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde düzenlenen bu nitelikli halin varlığı için, gebe kadının çocuğu vaktinden önce doğurması gerekmektedir. Burada çocuğun doğma vaktinden anlaşılması gereken, her gebe mağdurun sağlık durumu ve gebelik sürecindeki durumuna göre tıp biliminden yararlanılarak tespit edilir.²⁹¹

Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 150.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 509.

²⁸⁹ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 149.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 187.

²⁹⁰ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 157.

Bunun yanı sıra, çocuğun vaktinden önce doğmasından anlaşılması gereken ise, çocuğun sağ ve tam olarak doğmasıdır. Çocuk doğduktan sonra en azından bir süre hayatta kalmalıdır. Eğer çocuk ölü olarak doğmuş olursa md. 95/1 (e) bendi kapsamında değil, md. 95/2 (e) bendi kapsamında değerlendirilecektir. Ancak buna göre, çocuk ölü doğmuş olursa zaten yaşamayan birine karşı adam öldürme suçu işlenemeyeceğinden, mağdura adam öldürme suçu dolayısıyla ceza verilmeyecek, mağdur suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır.²⁹²

Ayrıca, failin suçun bu nitelikli halinden sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun gebeliğinin en azından anlaşılır olması gerekmektedir. Daha önce belirttiğimiz gibi fail mağdurun gebe olduğunu bilmiyorsa ve en azından kadının gebe olduğu anlayamıyorsa, fail burada TCK md. 30/2 gereğince hatasından yararlanacaktır ve temel ceza üzerinden failin sorumluluğu yoluna gidilecektir.

2.1.5.2.3. 5237 Sayılı TCK'nin 95. Maddesinin 2. Fıkrasında Düzenlenen Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Haller

2.1.5.2.3.1. Mağdurun İyileşmesi Olanağı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girmesi (TCK Md. 95/2-a)

Hastalıklar, kişilerin vücut fonksiyonlarının yerine getirilmesinde bozukluğa neden olan, fiziki ya da psikolojik her türlü patolojik durumlardır. Burada belirtilen nitelikli hal kapsamında, mağdurun bu hastalıklardan iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa girmesi gerekmektedir. Hangi hastalığın iyileşeceğine ve hangi hastalığın iyileşmeyeceğine somut verilere göre tıp bilimi karar verecektir.²⁹³ Tıp bilimine göre bu karar verilirken hastalığın kesin olarak

²⁹¹ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 149.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 187.

²⁹² ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 510.

²⁹³ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 151.; SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 157.

iyileşmeyeceğine karar verilmesi gerekmemektedir. Hastalığın o gün için iyileşmeyeceğinin kabul edilmesi, mümkün bulunması nitelikli halin oluşması açısından yeterlidir.²⁹⁴ Yani, o günkü tıp bilimi olanakları içerisinde sürekli olarak kabul edilen bir hastalık, daha sonra tıp biliminde meydana gelen gelişmelerle artık tedavi edilebilir bir nitelik kazanırsa bu işkence suçunun nitelikli halinin varlığını engellemeyecektir. İşkence nedeniyle kişinin fiziki ya da psikolojik yapısının bozulması geçici ise, suçun basit hali, eğer bu bozukluk kalıcı olursa suçun burada belirtilen nitelikli hali söz konusu olacaktır.²⁹⁵

Suçun, nitelikli hali olarak kabul edilen bir diğer durum ise, mağdurun bitkisel hayata girmesidir. 5237 Sayılı TCK, 765 Sayılı mülga TCK'den farklı olarak mağdurun bitkisel hayata girmesini suçun, sonucu nedeniyle ağırlaştırılmış hali olarak kabul etmiştir. Bitkisel hayat kişinin dış dünya ile fiziksel ve nörolojik bağının, iletişiminin kesildiği, ancak solunum fonksiyonunun devam ettiği durumdur.²⁹⁶ Kişinin bilincini yitirmesinden beyin ölümü safhasına kadar geçen süreç olmakla birlikte, kişinin bu safhanın herhangi bir aşamasında iyileşme göstermesi mümkündür.

2.1.5.2.3.2. Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevini Yitirmesi (TCK Md. 95/2-b)

İnsanların vücudunda belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş her bir bölüme organ adı verilmektedir. Bu organlardan görme, işitme,

²⁹⁴ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 151.; CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 150 – 151.; nakleden BAKIM, S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 188.

²⁹⁵ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 151.; nakleden BAKIM, S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 188.

²⁹⁶ BAKIM, S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 188.

koklama, dokunma ve tatma organlarıyla dış dünyanın uyarılarını algılama yeteneğine ise duyu adı verilmektedir.²⁹⁷

Suçun bu nitelikli hali, mağdurun görme, işitme, koklama, dokunma ve tatma duyularından herhangi birini veya birkaçını tamamen yitirmesi durumunda söz konusu olacaktır. Mağdurun organlarından birinin işlevini kaybetmesi, organın vücuttan ayrılması veya vücuttan ayrılmasa bile işlevini hiç ya da ileri derecede yapamaması halidir.²⁹⁸ Failin bu nitelikli halden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, mağdurda meydana gelen duyu veya dokunun işlevini yitirmesi durumunun, failin işkence niteliğindeki davranışları sonucu meydana gelmesi gerekmektedir. Ayrıca, vücudumuzda çift olarak bulunan kulak, göz, el gibi organlardan herhangi birinde meydana gelecek işlev kaybı da bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir, Yargıtay vücudumuzda çift olarak bulunan organlardan her birini bağımsız bir organ olarak görmektedir.²⁹⁹ Bu çift organlardan herhangi birinin işlevini tamamen yitirmesi nitelikli halin oluşması açısından yeterlidir. Ayrıca kaybı durumunda organın vücuttaki görevi başka bir organ tarafından yerine getirilebilen organlar olan dalak, böbrek gibi organlar açısından da failin sorumluluğu nitelikli halin varlığını gerektirmektedir.³⁰⁰ Bunun yanında, burada önemli olan kişinin organlarından birinin maruz kaldığı işkence nedeniyle işlevini yitirmesi olup, daha sonra tıbbi yollarla işlevini yitiren organ yerine yenisinin konulmuş olması da suçun nitelikli halinin varlığını etkilemeyecektir.

²⁹⁷ www.tdk.gov.tr

²⁹⁸ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 152.; **CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö.**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 152 – 153.; nakleden **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 189.

²⁹⁹ Yarg. 4. CD. 02.07.1973, 3364/6380.; **SOYASLAN, D.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 155.

³⁰⁰ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 152 – 153.; **CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö.**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 152.; nakleden **BAKIM, S.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, s. 189.; **SOYASLAN, D.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 155.

Mağdurun işkence niteliğindeki davranışlara maruz kalması nedeniyle duyu veya organlarından birinin işlevinin zayıflaması durumunda fail TCK md. 95/1 (a)'dan dolayı, duyu ya da organlardan herhangi birinin işlevini yitirmesi durumunda ise TCK md. 95/2 (a)'dan dolayı sorumlu tutulacaktır.

2.1.5.2.3.3. Fiilin Mağdurun Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olması (TCK Md. 95/2-c)

Mağdurun konuşma yeteneğinin kaybından anlaşılması gereken mağdurun hiç ses çıkartmamak suretiyle konuşamaması veya ses çıkartmakla birlikte çıkarttığı bu sesleri karşısındakinin anlamasının mümkün olmamasıdır. Burada mağdur başkalarıyla konuşarak iletişim kurabilme yeteneğini tamamen kaybetmektedir. Mağdurun konuşma yeteneğini kaybetmesi daha önce açıklamış olduğumuz suçun bir diğer nitelikli hali olan mağdurun konuşmada sürekli zorluk çekmesinden farklıdır. Mağdur konuşmada sürekli zorluk çekerken başkalarıyla konuşarak iletişim kurmakta ancak iletişim kurarken zorlanmaktadır. Konuşma yeteneğinin kaybında ise, mağdur artık hiç konuşamamakta, bir takım sesler çıkarsa bile bu sesler karşısındaki tarafından anlaşılammaktadır. Mağdur anlaşılır sesler çıkaramamakta, çıkarsa bile bu sesler yardımıyla cümle kuramayıp düşüncelerini aktaramamaktadır. Mağdurun bir cihaz yardımıyla anlaşılır sesler çıkarması ve düşüncelerini karşısındakilere aktarması durumunda ise fail işkencenin temel cezasından sorumlu olmayacak, işkence yine neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence sayılacaktır.³⁰¹

Mağdurun işkence niteliğindeki davranışlar sonucu çocuk yapma yeteneğini kaybetmesi durumu ise, mağdurun tıbbi olarak çocuk yapma yetisini kaybetmesi anlamına gelmektedir. Mağdur işkenceye maruz kaldıktan sonraki yaşamında artık çocuk sahibi olma yetisini kaybetmiş olmalıdır. Kanun koyucu işkence sonrası mağdurun çocuk yapma yetisinin kaybını nitelikli hal sayarak

³⁰¹ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 153 – 154.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 190.; SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 156.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 153.

toplumun yapı taşı olan ailenin korunmasını amaçlamıştır. Öğretide, kadın mağdurun doğal yollardan çocuk yapma yetisini kaybetmesiyle birlikte tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olmasının mümkün olabildiği durumlarda, bu durumun TCK md. 95/2 (c) kapsamında değil de, duyu ve organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ya da yitirilmesi ağırlatıcı nedeninin uygulanması gerektiği görüşünü savunanlar vardır.³⁰² Kanaatimizce, işkence suçunun nitelikli hali olarak kabul edilen çocuk yapma yeteneğinin kaybı, doğal yollardan çocuk yapabilme yeteneğinin kaybedilmesi anlamına gelmektedir. Tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olabilme kişilerin imkanları doğrultusunda uygulayabildikleri bir tedavi yöntemidir. Toplumun çeşitli gelir düzeyine sahip bireyleri açısından bu tedavi yönteminin uygulanabilmesi değişiklikler gösterecektir. Maddi anlamda yeterliliğe sahip mağdur, bu yöntemi uygulayabilirken, maddi anlamda yeterliliğe sahip olmayan mağdur uygulayamayacaktır. Bu da adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Mağdura karşı gerçekleştirilmiş olan işkence niteliğindeki fiiller sonucu failin sorumluluğu, sırf mağdurun tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olma ihtimalinden bahisle TCK md. 95/1 (a) kapsamında temel cezaya daha yakın bir ceza üzerinden değerlendirilebilecek; ancak mağdur ekonomik imkansızlığı nedeniyle yine de çocuk sahibi olamayacaktır. TCK md. 95/2 (c)' de korunmak istenen hukuki yarar sadece mağdurun vücut bütünlüğü değil, ceza kanunlarının tümünde olduğu gibi toplumun güvenliğidir. Toplumun temeli aile olduğu için ailenin korunması da hukuk sisteminin koruması altındadır. Ceza kanununun uygulanmasında kişiler arasında ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz. Belirttiğimiz nedenlerden dolayı tüp bebek yoluyla mağdurun çocuk sahibi olabilmesi nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

Doktrinde, TCK md 95/2 (c)'de düzenlenen bu nitelikli halin uygulanması açısından, failin doğrudan mağdurun çocuk yapma yeteneğini kaybettirmek kastıyla hareket etmemiş olması gerekliliğini savunan bir görüş

³⁰² CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 155.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 190.; aksi yönde ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 512.

mevcuttur. Bu görüşe göre, failin kastı mağdurun çocuk yapma yeteneğinin kaybı olursa, işkence suçuna ek olarak TCK md. 101'de belirtilen kısırlaştırma suçundan da failin sorumluluğu doğacak, fail sadece neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçundan sorumlu tutulmayacaktır.³⁰³

2.1.5.2.3.4. Fiilin Mağdurun Yüzünde Sürekli Değişikliğe Neden Olması (TCK Md. 95/2-d)

Yüzün sürekli değişmesi, insanın alnından çenesinin ucuna ve kulaklar da dahil olmak üzere iki kulak arasını kapsamakta olan yüzde, görünümün değişmesi, denge ve uyumun bozulmasıdır. Mağdurun, onu daha önce tanıyanlar tarafından tanınmasını zorlaştıran dişlerin dökülmesi, yüzün yanması, kulaklarda yırtılma, kopma, burunda meydana gelen değişiklikler gibi durumlarda yüz değişmiş sayılmaktadır.³⁰⁴

Failin bu nitelikli hal bakımından sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun yüzündeki değişiklik sürekli olmak zorundadır. Sürekli değişiklikten anlaşılması gereken, olağan tedavi sürecinin takip edilip yaraların iyileşmesi sonucunda yüzde bir takım değişikliklerin meydana gelmesi ve mağdurun tanınmasının zorlaşmasıdır. Ayrıca, mağdurda meydana gelen bu değişiklik sadece mağdurun yüzünü olumsuz yönde çirkinleştirecek bir değişiklik olmak zorunda değildir. Madde metni sadece yüzde sürekli değişiklik olmasını düzenlemiş olmakla birlikte değişikliğin niteliği belirtilmemiştir.³⁰⁵ Mağdurun yüzünde meydana gelen

³⁰³ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 156.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 191.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 512.

³⁰⁴ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 156.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 191.; SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 157.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 154.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 512.

³⁰⁵ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 156.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 191.

değişiklik estetik ameliyatı ile giderilebilir bir değişiklik ise, fail yine bu nitelikli halden cezalandırılacaktır.³⁰⁶

2.1.5.2.3.5. Fiilin Gebe Kadına Karşı İşlenip de Çocuğun Düşmesine Neden Olması (TCK Md. 95/2-e)

Failin işkencenin bu nitelikli halinden sorumlu tutulabilmesi için, gebe kadının, çocuğunu normal doğum öncesi ölü olarak doğurması gerekmektedir. Ayrıca, failin bu nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi için mağdur kadının gebe olduğunun fail tarafından biliniyor olması ya da mağdurun gebe olduğunun en azından anlaşılır olması gerekmektedir. Ancak kadının gebe olduğunu bilen fail, doğrudan çocuğun düşmesini kastederek, çocuğun düşmesine neden olursa sorumluluğu sadece neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçundan dolayı olmayacaktır. Burada failin sorumluluğu işkencenin temel cezası ve TCK md. 99'da düzenlenen çocuk düşürme cezası üzerinden ayrı ayrı belirlenecek, her iki suçtan da ayrıca cezalandırılacaktır.³⁰⁷

2.1.5.2.4. İşkence Niteliğindeki Fiillerin Vücutta Kemik Kırılmasına Neden Olması (TCK Md. 95/3)

Failin bu nitelikli halden sorumluluğu, vücutta meydana gelen kemik kırılmasının mağdurun hayat fonksiyonlarına etkisiyle belirlenecektir. Bu etkinin belirlenmesinde, mağdurun, yaşamını işkence öncesindeki sağlık durumuyla aynı paralelde sürdürüp sürdüremediği, günlük işlerini yapıp yapamadığı, ne kadar zaman içinde eski yaşamına dönebileceği gibi kıstaslara bakılacaktır.³⁰⁸ Kırılan kemiğin mağdurun hayat fonksiyonlarına etkisi ancak tıp biliminin yardımıyla bulunabilecektir. Kemikte kırık değil de, çatlak oluşacak olursa yine bu nitelikli

³⁰⁶ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 512.

³⁰⁷ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 158.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 154.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 513.

³⁰⁸ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 158.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 513.

hal kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Tıbbi açıdan kemikte meydana gelen çatlama da kırık kapsamında değerlendirilmektedir. Her ne kadar kanun kemik kırılmasını nitelikli hal olarak kabul etmiş olsa da mağdurda meydana gelen tahribatın tıp biliminden yardım almadan belirlenmesi mümkün olmayacaktır. Vücutta bulunan irili ufaklı birçok kemikten her birinin kırılması veya çatlama farklı derecede sonuçlar doğurabilmektedir. İnsanın gündelik hayatına etkisi olmayan bir kemiğin kırılması bu nitelikli hal kapsamına girerken insan ve hayatı için son derece önemli bir kemikteki çatlamanın bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmemesi ceza adaleti açısından olumsuz sonuçlara neden olabilecektir.³⁰⁹

2.1.5.2.5. İşkence Sonucunda Ölümün Meydana Gelmesi (TCK Md. 95/4)

Failin bu nitelikli halden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, doğrudan mağdurun ölümünü hedefleyerek hareket etmemesi gerekmektedir. Fail en azından taksirle ölüme sebep olmuş olmalıdır. Eğer fail mağdurun ölümünü kastederek hareket etmiş olursa, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkencenin varlığından değil, kasten adam öldürmenin varlığından bahsedilecektir.³¹⁰

5237 Sayılı TCK'nin 95. maddesinin 4. fıkrasına göre; işkence sonucunda ölüm meydana gelirse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Kişinin kasten istemediği bir sonuçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması ceza hukuku ilkelerine aykırı görülerek doktrinde eleştirilmiştir. Bizimde katıldığımız bu görüşe göre, fail netice bakımından kasten hareket etmemiş olmasına rağmen bu davranışı dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması kusur ilkesine aykırıdır.³¹¹ 5237 Sayılı TCK'de

³⁰⁹ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 513.

³¹⁰ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 158.

³¹¹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 116.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 514.

düzenleme bu şekilde iken, 765 Sayılı mülga TCK'nin 243. maddesinin 2. fıkrasına göre, failin davranışları ile netice arasında nedensellik bağının varlığı, failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi açısından yeterli görülmüş ve failin kusurunun ağır neticeyi de kapsamaması gerekliliğinin önüne geçilmiştir.³¹²

Bununla birlikte, fail neticenin gerçekleşmesi bakımından ölümü istemekte, bilmekte ve en azından ölüm sonucunun gerçekleşeceğini göze almakta ise, bu durumda nitelikli işkence suçu değil, kasten insan öldürme suçunun nitelikli hali olan, canavarca hisle veya eziyet çektirerek kasten öldürme suçu oluşmuş olacaktır.³¹³

2.1.6. Kovuşturma

765 Sayılı mülga TCK'nin işkence suçunu düzenleyen 243. maddesinde, işkence suçunu işleyebilecekler memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak belirlenmiştir. Bu da işkence suçunun bir memur suçu olduğunu göstermektedir. Memurların suç teşkil eden fiillerinden dolayı soruşturma yapılması izin alınmasına bağlıdır. Ancak 765 Sayılı mülga TCK döneminde yürürlüğe giren ve bugün hala yürürlükte olan, memurlar için soruşturma yapılmasını izne tabi kılan 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde, 02.01.2003 tarihli ve 4778 Sayılı Kanun'un hükümleriyle yapılan değişiklikle, 765 Sayılı TCK'nin 243. ve 245. maddeleri ile, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 154. maddesinin 4. fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda 4483 Sayılı Kanun'un uygulanmayacağından bahisle izin alınması şartı kaldırılmıştır. Bu kanuna göre, işkence niteliğindeki davranışların varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı re'sen soruşturmayı başlatıp yürütecektir. Bugün 5237 Sayılı TCK'nin 94. ve 256. maddeleri açısından da 4483 Sayılı Kanun, 5252 Sayılı Kanun'un 3. maddesinin

³¹² TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 240.

³¹³ ÖNOK, M., Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, s. 514.

birinci fıkrası gereği uygulama dışıdır. 5237 Sayılı TCK açısından da Cumhuriyet savcılarını kamu görevlileri tarafından işkence niteliğinde davranışlar sergilendiğini öğrendiğinde izin almadan soruşturma açabilmektedirler.³¹⁴

İşkence suçunu koruma tedbirleri açısından değerlendirmemiz gerekirse; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tutuklama nedenlerini düzenleyen 100. maddesinin 3. fıkrasına göre, işkence suçu işlendiği gerekçesiyle kamu görevlisi hakkında kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı söz konusu ise tutuklama sebebi var sayılarak tutuklama kararı verilebilecektir. Ancak tutuklama sebeplerinin varlığı halinde uygulanabilecek bir koruma tedbiri olan; fakat üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından söz konusu olan adli kontrol uygulamasına, işkence suçunda suçun temel şeklinin üst sınırının on iki yıl olması sebebiyle karar verilemeyecektir. Bunun yanı sıra, işkence suçu CMK'nin 135. maddesinin 6. fıkrasına göre iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına başvurulabilecek bir suç tipidir.³¹⁵

Suçun kovuşturulması bakımından CMK'nin, CMUK'tan farkı, CMUK'a 30.07.2003 tarihinde 4963 Sayılı Kanunla eklenen Ek 7 no'lu maddenin, 765 Sayılı mülga TCK'nin 243. ve 245. maddelerinde sayılan suçları işleyenler bakımından yapılan soruşturma ve kovuşturmaların acele işlerden sayılması ve öncelikle ve ivedilikle ele alınmasını düzenlemesiydi. Bugün CMK bu maddenin karşılığını oluşturan 252. madde işkence suçu açısından böyle bir uygulama getirmemektedir.³¹⁶

2.1.7. Zamanaşımı

Dava ve ceza zamanaşımı olmak üzere iki tür zamanaşımı öngörülmüştür. 5237 Sayılı TCK'de dava zamanaşımına ilişkin düzenleme 66. maddede yer

³¹⁴ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 518.

³¹⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 520 – 521.

³¹⁶ BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 199.

almaktadır. Buna göre, kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi beş yıl, yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda ise sekiz yıl olarak dava zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde suç için kanunda tanımlanan cezanın yukarı sınırı dikkate alınacaktır ve dava zamanaşımının belirlenmesinde suçun nitelikli hallerinin varlığı da göz önünde bulundurulacaktır. Buna göre, İşkence suçunun basit şeklinin dava zamanaşımı süresi on beş yıl olacaktır. Suçun nitelikli hali olarak düzenlenen suç sonucu ölümün gerçekleşmesi durumunda, dava zamanaşımı otuz yıl olacaktır.

Ceza zamanaşımı ise, 5237 Sayılı TCK'nin 68. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, cezalar, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl, müebbet hapis cezalarında otuz yıl, yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmi dört yıl, beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl, beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Buna göre işkence suçunun cezasının üst sınırının on beş yıl olduğu durumlarda yirmi yıllık ceza zamanaşımı süresi ve suç sonucu ölüm meydana gelmişse kırk yıllık ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

2.1.8. Yaptırım

5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesinin 1. fıkrası suçun basit şeklini düzenlemekle birlikte, üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörmüştür. Aynı maddenin 2. fıkrası, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevleri dolayısıyla işkence niteliğinde davranışlarda bulunulduğunda faile sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmedileceğini öngörmüştür. 94. maddenin son fıkrasında ise, işkence

niteliğindeki fiilin cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi durumunda on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.

TCK'nin 95. maddesi neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunu düzenlemektedir. Bu maddenin birinci fıkrası, fıkroda sayılan ve daha önce açıkladığımız nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda 94. maddede belirtilen cezanın yarı oranında artırılarak hükmolunacağını, ikinci fıkrası ise, ikinci fıkroda belirtilen nitelikli hallerin varlığı durumunda 94. maddede belirtilen cezanın bir kat daha artırılarak uygulanacağını hükme bağlamıştır. 95. maddenin üçüncü fıkrası, işkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olduğunda fail için hükmolunacak cezanın sekiz yıl ile on beş yıl arasında belirleneceğini belirtmiştir. 95. maddenin son fıkrası ise, işkence sonucu ölümün meydana gelmesi durumunu düzenlemiştir ki bu durumda ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır.

5237 Sayılı TCK'ye baktığımızda, işkence suçu ve nitelikli halleri için 765 Sayılı mülga TCK'den daha ağır cezalar içerdiğini görürüz. 765 Sayılı TCK'nin işkence suçunu düzenleyen 243. maddesi suçun basit şekli açısından sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici kamu hizmetinden mahrumiyet cezası öngörmüştür. Ağır hapis cezasının alt sınırının ise, 13. maddede en az bir yıl olacağı hükme bağlanmıştı. Suçun basit şeklinde belirlenen ceza sürekli veya geçici kamu hizmetinden mahrumiyet cezası da öngördüğünden; ayrıca genel hükümler olan ve kamu hizmetinden sürekli ya da geçici mahrumiyeti düzenleyen 31. ve 35. maddelerin failin cezası belirlenirken dikkate alınmasına gerek görülmemektedir. Kamu hizmetinden mahrumiyet durumu 5237 Sayılı TCK açısından düşünüldüğünde, 53. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, kişi işlemiş olduğu suç dolayısıyla mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kamu hizmetine katılamayacaktır. Ayrıca 53. maddenin 3. fıkrasında, kişinin kamu görevini kötüye kullanması suretiyle işlediği suç dolayısıyla hapis cezasına mahkumiyeti durumunda, cezanın infazından sonra işlemeye başlamak üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar kamu hizmetine katılmayla ilgili hak ve yetkileri kullanmasının yasaklanmasına karar verileceği belirtilmiştir. İşkence suçu da kamu görevinin verdiği nüfuzun kötüye

kullanılmasını barındırdığından kamu görevi kötüye kullanılmış olup bu fıkra kapsamında değerlendirilecektir.³¹⁷

765 Sayılı mülga TCK'nin 243. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen işkence sonucu ölümün ya da yaralamanın meydana gelmesi durumunda, bu suçları düzenleyen 452. ve 456. maddede hükmolunan cezalar üçte birden yarıya kadar artırılarak hükmolunacaktı.

765 Sayılı mülga TCK'de düzenlenen bu cezalara ek olarak, 02.01.2003 tarihli ve 4778 Sayılı Kanunla 765 Sayılı TCK'nin 245. maddesine bir fıkra eklenmiş ve bu fıkra ile 243. ve 245. maddede düzenlenen suçlardan dolayı verilen cezaların para cezasına veya tedbirlerden herhangi birine çevrilemeyeceği ve cezaların ertelenemeyeceği hükme bağlanmıştır. 4778 Sayılı bu Kanun, cezanın bireyselleştirilmesi ve faile uydurulması amacını güden, failin kişiliğine bağlı bir kurum olan, hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmesi, para cezası veya diğer bir tedbire çevrilmesi kurumlarını, belirli bir suç tipini esas alarak uygulanma imkanını tüm failer açısından kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.³¹⁸ 4778 Sayılı Kanunla ortaya çıkan ve ceza hukuku açısından isabetli olmayan bu durumu eleştiren görüşe biz de katılmaktayız. Ayrıca 647 Sayılı Ceza İnfaz Kanunu döneminde, bu kanunun 4. maddesine göre, ağır hapis cezaları herhangi bir tedbire çevrilememekteydi. Bununla birlikte, 6. madde nedeniyle ancak bir yıl dahil olmak üzere bir yıla kadar olan hapis cezaları ertelenebilmekteydi. İşkence suçu bir ile sekiz yıla kadar ağır hapis cezası öngördüğünden işkence suçu açısından böyle bir düzenleme getirilmesi ancak cezanın alt sınırı olan bir yıllık cezanın, hürriyeti bağlayıcı ceza olarak belirlendiği durumlarda etki yaratmaktaydı.³¹⁹

³¹⁷ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 502.

³¹⁸ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 495.; DEMİRBAŞ, T., *2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi*, s. 379.

³¹⁹ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 495.

5237 Sayılı Kanun açısından ise, 50. maddede kısa süreli hapis cezalarının çevrilebileceği seçenek yaptırımlar belirtilmiştir. 49. maddenin 2. fıkrasına göre, süresi bir yıl veya daha az süreli hapis cezası kısa süreli hapis cezasıdır. İşkence suçu için belirlenen cezanın alt sınırı ise üç yıldır. Dolayısıyla işkence suçunun cezası kısa süreli olmadığından dolayı seçenek yaptırıma çevrilmesi mümkün olmayacaktır. Hapis cezasının ertelenmesinde ise, TCK'nin 51. maddesine göre, iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilecektir. İşkence suçunda cezanın alt sınırı üç yıl olduğu için işkence suçunun kanunda belirtilen temel cezası ya da nitelikli halleri için öngörülen cezalara hükmedilmesi durumunda bu cezalar ertelenemeyecektir. Ancak TCK'nin ertelemeyi düzenleyen 51. maddesinin birinci fıkrasına göre, erteleme süresinin üst sınırı fiili işlediği sırada henüz 18 yaşını doldurmamış ve 65 yaşını bitirmiş olan kişiler açısından üç yıl olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla fiili işlediği sırada 65 yaşını bitirmiş olan kamu görevlisi işkence suçunun alt sınırından ceza alması durumunda failin bu cezası erteleme imkanı bulacaktır. Bununla birlikte, fail için öngörülen ceza alt sınırdan takdir edilip de çeşitli indirim sebepleriyle cezanın ertelenmesinde cezanın üst sınırı olan iki yıla inecek olursa fail açısından ceza ertelenebilecektir. Bunların dışında işkence suçunun teşebbüs aşamasında kalması, suçun olası kastla işlenmesi durumunda da ceza ertelenebilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA EZİYET SUÇU VE 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE ve EZİYETE BENZEYEN SUÇ TIPLERİ

3.1. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu

Eziyet suçu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabında, "Kişilere Karşı Suçlar"ı düzenleyen ikinci kısımda "İşkence ve Eziyet" başlığı altında 96. maddede düzenlenmiştir. Türk Ceza Hukuku'nda eziyet suçunu düzenleyen 96. madde, Anayasamızın 17. maddesinde yer alan "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." hükmünün bir uzantısıdır. Anayasamızda yasaklanmış olan bir kimseye yapılan eziyet niteliğindeki davranışlar Ceza Kanunumuzda da yasaklanmıştır.

3.1.1. Korunan Hukuki Yarar

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunumuzun eziyet suçunu düzenleyen 96. maddesine göre, bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Görüldüğü gibi Anayasamızda yasaklanmış olan eziyet suç

olarak somutlaştırılmadan Ceza Kanunumuza konmuştur.³²⁰ Her ne kadar kanunda eziyet suçu somutlaştırılmamış ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmemiş olsa da eziyet suçunda korunan hukuki yarar işkence suçunda olduğu gibi insan onuru ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğüdür.³²¹ Zaten 96. maddenin gerekçesi de bir kişiye insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulmasını eziyet olarak tanımlayarak, eziyet suçunda korunan hukuki yararın kişi onuru, kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğü olduğunu belirtmiştir. Ayrıca eziyet suçu kanunda düzenlendiği yer itibariyle kişilere karşı suçlar arasında sayılmış ve işkence suçundan hemen sonra düzenlenmiştir. Bu da göstermektedir ki korunması gereken hukuki yarar kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğü ve bunun dokunulmazlığıdır.

Anayasanın 17. maddesi ile kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığı güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrası, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut dokunulmazlığına müdahalede bulunulamayacağına işaret etmekte ve üçüncü fıkrası ise bir kimseye eziyet etme yasağını düzenlemektedir. Eziyet suçunun ortaya çıkmasına neden olan eylemler kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ağır saldırılar şeklinde kendini gösterdiğinden, eziyet suçu da işkence suçu gibi kişi hakları kapsamında değerlendirilen kişinin dokunulmazlığı, bedensel tamlık, maddi ve manevi varlığa sahip olmak haklarını ihlal eden bir fiildir.³²²

Eziyet suçu ve işkence suçu için korunan hukuki yarar aslında aynı olmakla birlikte aradaki fark eziyet suçunun failinin kamu görevlisi olmaması yani sivil kişi olması sebebiyle, eziyet suçunun kamu idaresinin güvenilirliği ve

³²⁰ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 327.

³²¹ **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 159.; **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 328.

³²² **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 66.

işleyişi, adil yargılanma hakkı ve susma hakkını ihlal eden bir suç vasfı taşımamasıdır.³²³

3.1.2. Suçun Faili ve Mağduru

3.1.2.1. Fail

Fail daha önce belirttiğimiz gibi, kanunda suç olarak belirlenen davranışları sergileyen kimsedir.³²⁴ 5237 Sayılı TCK'nin 96. maddesi “Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi...” diyerek eziyet suçunda failin herhangi bir kimse olabileceğini belirtmiştir. Görüldüğü gibi işkence suçu ve eziyet suçu, suçun faili bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Eziyet suçunda suçun faili herhangi bir kimse olabilirken, işkence suçunda kamu görevlisi suçun faili olabilmektedir. Bu yüzden kamu görevlisi olmayan diğer kişiler tarafından gerçekleştirilen işkence niteliğindeki fiiller eziyet suçu olarak kabul edilecektir.

Doktrinde bir görüşe göre, eziyet suçunun genel bir suç tipi olması nedeniyle, maddede yer alan “kişi” deyimini kapsamına kamu görevlisi-kamu görevlisi olmayan kişi ayrımı yapılmaksızın herkes girmektedir. Dolayısıyla eziyet suçunun kamu görevlisi tarafından da işlenebileceği, her iki suç tipi açısından maddi unsur ve manevi unsurun aynı olduğu düşünüldüğünde kamu görevlisi bakımından, işlenen suçun işkence suçu kapsamında mı yoksa eziyet suçu kapsamında mı değerlendirileceği hususunda karışıklık çıkacağı ileri sürülmüştür.³²⁵ Kanaatimizce, kamu görevlileri bakımından düşünüldüğünde her ne kadar gerçekleştirdikleri davranış eziyet kapsamında değerlendirme olanağına sahip olsa da işkence suçunun düzenlendiği madde kamu görevlileri bakımından

³²³ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 160.

³²⁴ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, no: 1168.

³²⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 336.

özel hüküm içermekte ve uygulanma önceliğine sahip olmaktadır.³²⁶ Dolayısıyla kamu görevlisi olmayanlar tarafından gerçekleştirildiği takdirde eziyet suçu kapsamında değerlendirilen fiiller, kamu görevlisi tarafından görevle bağlantılı olarak, görevin ifası sırasında gerçekleştirildiği takdirde işkence olarak değerlendirilecektir. Bu doğrultuda eziyet suçu için fail, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlileri dışında herkes olabilecektir.

3.1.2.2. Mağdur

Her suçun ilk ve zorunlu mağduru devlettir.³²⁷ Fakat devletle birlikte, hak veya yararları tehlike altında olan ya da zarara uğratılan kişiler de mağdur olacaktır. 5237 Sayılı TCK'nin 96. maddesinde, “Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak...” denilerek, suçun mağdurunun herkes olabileceği belirtilmiş ve herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir.

3.1.3. Suçun Unsurları

3.1.3.1. Genel Olarak

Bir davranışın eziyet suçu olarak değerlendirilebilmesi için bir takım şartların varlığı gereklidir. Suçun unsurları olarak adlandırdığımız bu şartları eziyet suçu için de kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsurları çerçevesinde dört başlık altında inceleyeceğiz.

³²⁶ Aynı yönde **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 336.

³²⁷ **DEMİRBAŞ, T.**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 462.

3.1.3.2. Suçun Kanuni Unsuru

Kanuni unsurun meydana gelebilmesi için, işlenen fiilin ceza hukukunda kaynak niteliğini taşıyan bir kanunda eylemin gerçekleşmesinden önce tanımlanmış olması ve bu fiilin kanunda yapılan tanıma uygun olması gerekmektedir.³²⁸ 765 Sayılı TCK döneminde kanunda yer almayan ve Türk Ceza Hukuku'na 5237 Sayılı kanunla giren eziyet suçu açısından kanuni unsur, yani eylemin tipikliği, eylemi gerçekleştiren kimsenin herhangi biri olabilmesi ve herhangi bir saikle bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışlar gerçekleştirmesi halinde gerçekleşmiş sayılacaktır.

Kanuni unsur 5237 Sayılı TCK'nin 2. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucudur. 2. maddeye göre, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyecek ve güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Ancak eziyet suçu açısından düşünüldüğünde, eziyet niteliğindeki eylemlerin ne olduğu madde metninde tanımlanmamıştır. Madde metninde yer alan bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışların ne olduğu anlaşılammaktadır. Her ne kadar 96. madde gerekçesinde, bir kişiye insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar eziyet olarak gösterilmiş olsa da bir kanun maddesinin gerekçesinin suçta ve ceza da kanunilik ilkesi kapsamında olduğu düşünülemez. Dolayısıyla maddenin düzenleniş şekli itibariyle kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan eleştiriler kanaatimizce yerindedir.³²⁹

3.1.3.3. Suçun Maddi Unsuru

5237 Sayılı TCK'nin eziyet suçunu düzenleyen 96. maddesine baktığımızda bu madde eziyet suçunun maddi unsurunu, bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışların varlığı olarak görürüz. Ancak bir kimsenin

³²⁸ DEMİRBAŞ, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 187.

³²⁹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 247.

eziyet çekmesine yol açacak eylemlerin ne olduğu madde metninde anlaşılır şekilde düzenlenmemiştir.

Eziyet suçunu düzenleyen 96. maddenin gerekçesi ise, “Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir.” şeklindedir.³³⁰ Görüldüğü gibi madde gerekçesine baktığımızda eziyet niteliğinde sayılan davranışlar ile işkence niteliğinde sayılan davranışların, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesi dışında aynı hareketlerden oluştuğunu görürüz. Sayılan bu hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun varlığı açısından yeterli olacaktır.

Ayrıca 96. maddenin gerekçesine göre, eziyet suçunu oluşturacak nitelikteki fiillerin belirli bir sistematik dahilinde, bir süreç takip edilerek süreklilik arz eder şekilde işlenmesi gerektiği belirtilmiştir.³³¹ İşkence suçunu incelerken, işkence suçu açısından sistemleştirilmemiş, düzenli hale getirilmemiş bir davranışın da, kamu kudretini kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiğinde işkence suçunun varlığı için yeterli olacağını belirtmiştik. Ancak eziyet suçu açısından, fiilin sistematik ve belirli bir süreç takip edilerek süreklilik arz eder şekilde işlenmesinin eziyeti, kişilere karşı diğer suçları oluşturan kasten yaralama, cinsel taciz, hakaret ve tehdit gibi suçlardan ayırt edeceği düşüncesindeyiz. Sayılan fiiller bir plan ve sistematik dahilinde tek tek ya da farklı suç tipleri şeklinde, bir süreç takip edilerek süreklilik arz eder şekilde işlenirse eziyet suçu, eğer ani olarak işlenirse fiilin niteliğine göre, ilgili suç tipi oluşacaktır.³³² Bunun yanı sıra, işkence suçu hem icrai hem de ihmali davranışlarla işlenebilen bir suç tipi olarak öngörülmüşken, doktrinde eziyet suçunun ihmali davranışlarla gerçekleştirilmesi olasılığının düzenlenmediği

³³⁰ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 329.

³³¹ YURTCAN, E. (2005), *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 3. Bası, İstanbul Barosu Yayınları, s. 169.

³³² SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 159.; ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 129.; nakleden BAKIM, S., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 76.

belirtilmiştir.³³³ Kanaatimizce; bir hastabakıcının bakmakla yükümlü olduğu, hareket yeteneği olmayan bir hastaya sırf acı çektirmek için ilaçlarını vermemesi ve hastanın fiziksel ve ruhsal yönden acı çekmesine sebep olması örneğinde olduğu gibi, eziyet suçu da ihmali davranışla işlenebilen bir suçtur.

3.1.3.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin veren, fiilin hukuka aykırı niteliğini ortadan kaldıran, failin cezalandırılmasını engelleyen sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denmektedir.³³⁴

5237 Sayılı TCK'nin eziyet suçunu düzenleyen 96. maddesinde hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, hukuka uygunluk sebepleri "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında bahsi geçen kanunun 24. maddesinde "Kanunun Hükümü ve Amirin Emri", 25. maddesinde "Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali" ve 26. maddesinde "Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası" olarak düzenlenmiştir.

İşkence suçunda olduğu gibi, eziyet suçunda da eziyet yasağının istisnası olan hiçbir durum, işkence ve eziyet yasağının düzenlendiği Anayasanın 17. maddesinde yer almamıştır. Bu da göstermektedir ki, eziyet suçu bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin varlığından bahsedilemeyecektir.

Ancak, eziyet suçu kapsamında mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi olarak İspanya'da tartışma konusu olmuştur. İspanya'da reşit olan kimselerin objektif olarak küçük düşürücü nitelik taşıyan, sado-mazoşist davranışlar gibi eylemlerde bulunmalarının suç oluşturmayacağı, burada ilgilinin rızası bulunduğu gibi fiilin toplumsal uygunluğunun söz konusu olduğu sonucuna varılmıştır.

³³³ **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 160.; **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 329.

³³⁴ **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.**, *5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, s. 479.

Burada rıza gösterilmesinde fuhuş, görevin verdiği nüfuzun kötüye kullanılması, iş ilişkisinde astlık-üstlük gibi durumların uygulama alanını oluşturduğu taraflardan birisinin baskın konumda olduğu kişiler arasındaki ilişkilerde rızanın serbest iradenin ürünü olup olmadığına bakılması gerektiği belirtilmiştir.³³⁵ Ancak, Medeni Kanunumuz 23. maddesi ile, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini, bu özgürlükleri hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını hükme bağlamıştır. İşkence, eziyet ve benzeri kötü muamelelere gösterilen rızalar da kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesi anlamına geldiğinden, bu rıza hukuka aykırı olacaktır. Görüldüğü gibi hukuk düzenimiz kişi özgürlüklerini sadece üçüncü kişilerin tecavüzlerine karşı korumamış, ayrıca bireyin bu özgürlükleri sınırlandırdığı ya da ortadan kaldırdığı kendi davranışlarına karşı da korumuştur.³³⁶ Dolayısıyla sado-mazoist ilişkiler hem ahlaka aykırı hem de insan olmanın verdiği onuru zedeleyen davranışlardır. Dolayısıyla hukuk düzenimiz bireyin bu özgürlüklerini sınırlandırdığı ya da ortadan kaldırdığı kendi davranışlarına da izin vermediğinden, kanaatimizce ilgilinin rızası istisnaya yer bırakmayacak şekilde eziyet suçu açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir. AIHM tarafından 19.02.1997 tarihli Laskey, Jaggard, Brown / Birleşik Krallık kararında kararın konusunu oluşturan bu türden davranışlar vahşi oldukları gerekçesiyle cezalandırılabilir bulunmuştur. Ayrıca ilgili karara göre, bu türden davranışların cezalandırılması özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.³³⁷

3.1.3.5. Manevi Unsur (Kusurluluk)

Failin kusurluluğundan söz edebilmek için, failin kusurlu davranmaya ehil olması gerekmektedir. Kusurlu hareket etmeye ehil olmayan kişi kusur yeteneğine sahip olmayacağından bu kişinin kusurluluğundan söz edilemeyecektir. Kusur

³³⁵ ZUNIGA R. L., *El Tipo Penal de Tortura En La Legislacion Espanola*, A La Luz De La Jurisprudencia Nacional e Internacional (www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Zuniga0105.pdf).; nakleden ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 334.

³³⁶ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 466.

³³⁷ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., SANCAKDAR, O. (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, s. 384, Ankara.

yeteneđi, fiilin kiřiye yűkylenebilmesi için bu fiili gerçekleřtiren kiřide bulunması gereken özelliklerin tűműne verilen addır. Kiřinin kusur yeteneđine sahip olması için yaptıđı hareketin veya ihmalinin anlamını kavrayabilmesi ve bu bilinçle hareket etmesi veya etmemesi gerekir.³³⁸ Failde bulunması gereken kusur iki űekilde ortaya çıkmaktadır: Bunlar kast ve taksirdir. Kast, 5237 Sayılı TCK'nin 21. maddesinin 1. fıkrasında suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleřtirilmesi olarak tanımlanırken; taksir ise, 5237 Sayılı TCK'nin 22. maddesinin 2. fıkrasında, dikkat ve  zen yűkűmlűlűđne aykırılık dolayısıyla, bir davranıřın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin  ng rűlmeyerek gerçekleřtirilmesi olarak tanımlanmıřtır.

5237 Sayılı TCK'nin eziyet suçunu dűzenleyen 96. maddesine bakacak olursak eziyet suçunun varlıđı için, failin bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranıřları gerçekleřtirmesi gerekmektedir. Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranıřlar ise, 96. maddenin gerekçesinde belirtildiđi űekliyle, mađdurun insan onuruyla bađdařmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, ařađılanmasına yol açacak davranıřlar űeklinde sayılacaktır.³³⁹ Bir davranıřın eziyet olmasına sebep olacak olan, sayılan davranıřlar gerçekleřtirilirken sonucunun  ng rűlmemiř olmasını dűřnmek műmkűn g zűkmemektedir. Dolayısıyla eziyet suçunun oluřabilmesi kastın varlıđına bađlıdır. Failin eziyet niteliđi tařıyan davranıřları gerçekleřtirirken saikinin öneminin bulanmaması da bu kastın genel kast olacađını göstermektedir.

Eziyet suçunda fail, mağdura insan onuruyla bağdaşmayan ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları öngörmesine rağmen yine de bu davranışları gerçekleştirebilir. Dolayısıyla eziyet suçunda fail kastın bir tűrű olan olası kastla hareket

³³⁸ **TOROSLU, N.**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 176.; **DEMİRBAŐ, T.**, *Ceza Hukuku Genel Hűkűmler*, s. 288.

³³⁹ **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 329.

edebilecektir. Failin olası kastının varlığı durumunda alacağı ceza üçte birden yarısına kadar indirilerek takdir olunacaktır.³⁴⁰

Eziyet suçunda manevi unsur taksir açısından değerlendirilecek olursak, failin sayılan davranışları gerçekleştirirken sonucunu öngörmemiş olmasını düşünmek mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, taksirle işlenen bir fiil ancak kanunda belirtildiği hallerde cezalandırılabilir. Halbuki, işkence suçunda olduğu gibi eziyet suçu açısından da belirtilen fiillerin taksirli hali kanunda belirtilmemiştir.

3.1.4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

3.1.4.1. Teşebbüs

Teşebbüs 5237 Sayılı TCK'nin 35. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayacak olursa teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır. Yine 35. maddenin 2. fıkrasında, teşebbüs durumunda faile tamamlanmış suçun cezasına oranla daha az ceza verileceği hükme bağlanmıştır.

Teşebbüs derecesinde kalan suçlarda kanunda belirtilen asıl netice gerçekleşmemektedir. 5237 Sayılı TCK açısından, 96. maddenin gerekçesinde belirtilen insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak hareketler eziyet suçu açısından icra hareketleri olacaktır. Burada insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmeye, aşağılanmaya sebep olacak davranışlar belirlenirken mağdurun duyduğu maddi ve manevi acının derecesine bakılmayacaktır. Mağdura karşı gerçekleştirilen davranışların nesnel bakış açısıyla, mağdurun onurunu zedelemesi, mağdurda maddi ya da manevi acı doğurması, mağdurun aşağılanmasına yol açacak nitelikte olması eziyet suçunun gerçekleşmesi için

³⁴⁰ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 470.

yeterli olacaktır. Bu hareketler de teşebbüsün varlığına imkan veren hareketler olabilecektir. Kişilere karşı aşırı sıkıntı veren yaralama gibi suçlarda teşebbüs mümkündür. Dolayısıyla icra hareketlerinin yapılmasına başlanmasına rağmen failin elinde olmayan sebeplerden dolayı icra hareketleri tamamlanamamışsa suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Bu da göstermektedir ki 5237 Sayılı TCK, teşebbüsü düzenleyen 35. maddenin eziyet suçu açısından uygulanmasına olanak tanımıştır.³⁴¹ Ancak 5237 Sayılı TCK kapsamında hakaret etmek ve tehdit etmek suretiyle gerçekleştirilen kişinin manevi bütünlüğüne zarar veren hareketlerde suç hareket ile tamamlanacağından teşebbüs hükmünün uygulanmasına olanak yoktur.³⁴² Zaten 96. maddenin gerekçesine baktığımızda eziyet niteliğindeki davranışlar için süreklilik ve sistematiklik koşulu konmuştur. Süreklilik ve sistematiklik arz eden hareketler devam ederken failin elinde olmayan sebeplerden dolayı icra hareketleri yarım kalabilecektir ya da sonuç gerçekleşmeyebilecektir. Bu da göstermektedir ki eziyet suçunun teşebbüs aşamasında kalması mümkündür.

Bununla birlikte, 5237 Sayılı TCK'nin 36. maddesine göre, icra hareketlerine başlayan fail, icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Fakat burada failin, gönüllü vazgeçmenin olduğu ana kadar icra ettiği hareketler başka bir suçun varlığına sebep oluyorsa, fail var olan suçun müeyyidesi ile cezalandırılacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, gönüllü vazgeçmenin olduğu ana kadar icra edilen hareketlerin, eziyet suçunun maddi unsurunu oluşturabilecek nitelikte mağdurun eziyet çekmesine yol açacak başka hareketler şeklinde olması durumunda tamam olan suçun da eziyet suçuna sebebiyet vereceğidir. Gönüllü vazgeçmenin gerçekleştiği ana kadar tamamlanmış hareketler eziyet suçunu

³⁴¹ **SOYASLAN, D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 160.; **ÖNOK, M.**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 476.; **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 130.; nakleden **BAKIM, S.**, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu*, s. 78.

³⁴² **DEMİRBAŞ, T.**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 44.

oluşturmaya elverişli değilse, tamam olan hareketin niteliğine göre tehdit, yaralama, cinsel taciz gibi diğer suçlar oluşabilecektir.³⁴³

3.1.4.2. İştirak

Bir kişi tarafından gerçekleştirilebilecek olan bir suç birden çok kişinin yaptığı işbirliği sonucu, işbirliği yapanlar tarafından gerçekleştirilirse suça iştiraktan bahsedilir. Eziyet suçu tek fail tarafından işlenebileceği gibi, birden çok kişinin iştiraki ya da katkısı ile de işlenebilecektir.³⁴⁴

Eziyet suçunda, failin herhangi nitelik ya da sığata sahip olma zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla eziyet suçunda fail işkence suçundan farklı olarak kamu görevlisi olmak zorunda değildir. Bir özgü suç olan işkence suçunda iştiraktan bahsederken, TCK'nin 40. maddesinin 2. fıkrasına göre, özgü suçların işlenişine iştirak eden ve kanunda belirtilen sıfat veya niteliklere sahip olmayan diğer kişilerin müşterek fail olamayacağını, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacağını belirtmiştik. Ancak eziyet suçunun özgü suç olmaması nedeniyle, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirenlerden her biri fail olarak sorumlu olacaktır. Bunun dışında suçu işlemeye azmettiren, azmettiren olarak; suçun işlenmesine yardım eden kişi ise, yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

3.1.4.3. İçtima

Eziyet suçunun varlığına vücut veren, sürekli ve sistematik olma unsurlarını bünyesinde barındıran hareketler, birbirinden bağımsız ve ayrı cezalandırılabilme olasılığına sahip olabilir. Böyle bir durumun varlığında, ayrı cezaların belirlenmesi, eziyet suçuna nazaran daha ağır yaptırımın ortaya

³⁴³ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 330.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 252.

³⁴⁴ ÜZÜLMEZ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*, s. 240.

çıkmasına da sebep olabilecektir. Aynı cezalandırıldığında eziyet suçuna nazaran daha ağır müeyyideye bağlanacak olan bu hareketler, eziyet suçu kapsamında müeyyideye bağlandığında cezalandırma adaleti açısından adil olmayan sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu durum karşısında ceza adaletinin sağlanabilmesi açısından, eziyet suçunu oluşturacak nitelikte olup, klasik suç tipleri çerçevesinde değerlendirilen sanığın davranışları sonucu haksızlık içeriği karşılanamayacak ağır neticeler ortaya konuyorsa ve insan onuruna saldırı bakımından da sanığın sorumluluğuna gidilmesi gerekiyorsa, eziyet suçu ile failin davranışını karşılayan klasik suç tipi için gerçek içtima kurallarının uygulanmasının ceza adaleti açısından daha doğru olacağı belirtilmiştir.³⁴⁵

Yukarıda verdiğimiz örnek dışında gerçek içtimanın uygulanması gereken bir diğer durum, eziyet suçunun işlenmesinin, TCK md. 105'te düzenlenen cinsel taciz düzeyini aşarak, cinsel saldırı ya da çocukların cinsel istismarı suretiyle gerçekleşmesidir. Burada fail sadece eziyet suçundan dolayı sorumlu tutulmayacak, buna ek olarak 5237 Sayılı TCK'nin 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ya da 103. maddede düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçundan da sorumlu tutulacak, gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.³⁴⁶

3.1.5. Suçun Nitelikli Halleri

3.1.5.1. Genel Olarak

5237 Sayılı TCK'nin eziyet suçunu düzenleyen 96. maddesinde, eziyet suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, eziyet suçu için öngörülen nitelikli haller sadece mağdurun kim olduğuna göre belirlenmiştir.

³⁴⁵ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 337.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 249.; ÜZÜLMEZ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*, s. 245.

³⁴⁶ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 486.

3.1.5.2. 5237 Sayılı TCK'nin 96. Maddesinin 2. Fıkrasında Düzenlenen Ağırlaştırıcı Sebeplerin Varlığı

5237 Sayılı TCK'nin 96. maddesinin 2. fıkrasının a bendine göre; eziyet niteliğindeki fiiller çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı yapılacak olursa faile suçun temel şekline nazaran daha fazla ceza verilecektir. Kanun koyucu bu bentte kendisini tam anlamıyla savunma yetisine sahip olmayan mağdurlar için düzenleme getirmiştir.

İşkence suçunun nitelikli hallerinden bahsederken belirttiğimiz gibi, failin suçun gebe kadına karşı gerçekleştirilmesi nitelikli halinden sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun gebeliğinin en azından anlaşılır olması gerekmektedir. Daha önce belirttiğimiz gibi fail mağdurun gebe olduğunu bilmiyorsa ve en azından kadının gebe olduğu anlayamıyorsa, burada TCK md. 30/2 gereğince fail bu hatasından yararlanacaktır ve temel ceza üzerinden failin sorumluluğu yoluna gidilecektir.

Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunması ise, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, yaşlılık, sakatlık, güçsüzlük gibi durumlarda söz konusu olmaktadır.³⁴⁷ Mağdurun uyku hali, narkoz, uyuşturucu madde etkisinde bulunması durumu da bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir.³⁴⁸ İşkence suçunda olduğu gibi, bu durum mağdurun iradesiyle meydana gelmiş olsa bile, eziyet suçu bu nitelikli hal kapsamında gerçekleşmiş sayılacaktır.³⁴⁹ Burada önemli olan mağdurun kendini savunamayacak durumda olmasından failin faydalanmaya kalkışmasıdır. Ancak, failin cezasının bu nitelikli hal kapsamında belirlenmesi için, mağdurun akıl zayıf olduğunu bilmesi ya da en azından anlaması, ayrıca mağdurun uyuşturucu madde

³⁴⁷ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 154.

³⁴⁸ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 120.

³⁴⁹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., *5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 120.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 504.

veya alkolün etkisinde olduğunun dışarıdan bakıldığında anlaşılması gerekmektedir. Fail, suçun nitelikli unsurunun gerçekleşmesinde hataya düşmüş ise bu hatasından yararlanacaktır.

3.1.6. Kovuşturma

Eziyet suçunda soruşturma Cumhuriyet savcılığı tarafından re'sen takip edilecek ve sonucunda Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianamenin Mahkeme tarafından kabulü ile kovuşturma aşaması başlamış olacaktır.

3.1.7. Zamanaşımı

Eziyet suçunun temel şekli için dava zamanaşımı süresi, 5237 Sayılı TCK'nin 66. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre sekiz yıl geçmekle dolmuş sayılacaktır. TCK md. 96/2'de düzenlenen eziyet suçunun nitelikli hallerinde ise, kamu davası on beş yıl geçmekle düşecektir.

Eziyet suçunda ceza zamanaşımı, fail için hükmolunan cezaya göre, 5237 Sayılı TCK'nin ceza zamanaşımını düzenleyen 68. maddesinin 1. fıkrasının (d) ve (e) bendine göre belirlenecek; ceza zamanaşımı süresi beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl olurken, beş yıldan az hapis cezalarında on yıl olacaktır.

3.1.8. Yaptırım

5237 Sayılı TCK'nin eziyet suçunu düzenleyen 96. maddesine göre, fail bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştirirse, yani suçun temel şeklinde fail, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Eziyet suçunun nitelikli halini düzenleyen 96. maddenin 2. fıkrasına göre; fail suçu, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı gerçekleştirirse ve aynı maddenin (b)

bendine göre; üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı gerçekleştirirse üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Eziyet suçunda fail için hükmolunan cezanın ertelenmesi veya hapis cezasına seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi olasılığı işkence suçuna göre daha fazladır. Bunun nedeni işkence suçunun temel şeklinde suçun cezasının alt sınırı üç yıl iken, eziyet suçunda bu sürenin iki yıl olmasıdır. Suçun nitelikli halleri açısından düşünüldüğünde de aynı durum geçerlidir. Eziyet suçunun nitelikli halini oluşturan 96. maddenin 2. fıkrasına göre suçun cezasının alt sınırı üç yıl olmasına rağmen, işkence suçunun nitelikli hallerinde bu süre en az dört buçuk yıl olmaktadır.

3.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyete Benzeyen Suç Tipleri

3.2.1. Kasten Yaralama Suçu

Kasten insan yaralama suçu 5237 Sayılı TCK'nin 86. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'de düzenlendiği yer itibariyle hem işkence suçuna hem de eziyet suçuna benzemektedir. Kasten insan yaralama suçu “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısımda düzenlenmiştir. Ancak işkence ve eziyet ayrı bir bölümde düzenlenirken, kasten yaralama suçu ayrı bir bölüm olan “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiştir.

TCK'nin 86. maddesinin 1. fıkrasına göre, başkasının vücuduna kasten acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişinin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Madde metninden de görüldüğü gibi, kasten yaralama suçunda korunan hukuki değer kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğüdür. Kasten yaralama suçunda korunan bu hukuki değer aynı zamanda işkence ve eziyet suçunda korunan hukuki değerle aynıdır.

Kasten yaralama suçu fail bakımından eziyet suçuyla aynı olmakla birlikte, bu yönden işkence suçundan ayrılmaktadır. İşkence suçunda fail ancak kamu görevlisi olabilirken, eziyet ve kasten yaralama suçunda herkes fail olabilecektir.

İşkence ve eziyet suçunun maddi unsurları düşüldüğünde, bu unsurlardan bedensel yönden acı çektirme, algılama ve irade yeteneğini bozma gibi unsurlar, kasten yaralama suçunun unsurları ile aynıdır. Öyle ki, fail ve maddi unsurlar bakımından aynı olan eziyet suçu ve kasten yaralama suçu, sadece eziyet suçunda eziyet niteliğindeki hareketlerin sürekli ve sistematik olmasıyla birbirinden ayrılmaktadır. Kastem yaralama suçu ile işkence suçu karşılaştırıldığında, 5237 Sayılı Kanunla işkence suçunda genel kastın aranması ve işkence suçunda failin hareketlerinin, kanaatimizce sistematik olmasının gerekmemesi, bir davranışın işkence suçuna mı yoksa yaralama suçuna mı sebep olduğunun tespitini oldukça zorlaştırmıştır.³⁵⁰ İşkence suçu ile kastem yaralama arsındaki fark, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işkence suçunda fail sadece kamu görevlisi olabilirken, kastem yaralama suçunda herkes olabilmektedir. Dolayısıyla bir kamu görevlisinin başkasının vücuduna acı vermesi veya sağlığını ya da algılama yeteneğini bozması yaralama suçunun varlığı sonucunu doğurmaktadır. Eğer bu davranışta bulunan kamu görevlisi, bu davranışı görevin kendisine verdiği nüfuzu kötüye kullanarak ve göreviyle ilgili olarak gerçekleştirmiş ise, artık yaralama suçunun değil işkence suçunun varlığından bahsedilecektir.

3.2.2. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu, 5237 Sayılı TCK'nin "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde 256. maddede düzenlenmiştir. 256. maddeye göre; zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin

³⁵⁰ Aynı yönde ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 346.

gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanırsa kamu görevlisine kasten yaralama suçunun hükümleri uygulanacaktır.

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun faili kamu görevlisi olmak zorundadır. Bu da göstermektedir ki zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu failleri aynı olduğundan işkence suçuyla karıştırılabilecektir. Ancak suçun failleri aynı olmasına rağmen, her kamu görevlisinin mutlaka zor kullanma yetkisine sahip olması gerekmediği için, bu yetkiye sahip olmayan kamu görevlilerinin bu suçu işlemelerine imkan yoktur. Bir kamu görevlisinin bu suçu işleyebilmesi için öncelikle zor kullanma yetkisine sahip olması ve sahip olduğu bu yetkiye ilişkin sınırı aşması gerekecektir. Ancak zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması durumunda, bu yetki aşımının işkence suçuna mı, yoksa zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçuna mı gireceğinin ayırt edilmesi zorlaşacaktır. Ayrıca kamu görevlisinin bu hareketleri kasten yaralama suçunun varlığına da sebep olabilecektir.³⁵¹ Bu doğrultuda kamu görevlisinin hareketlerinin işkence niteliği taşıyıp taşımadığına bakılacaktır. İşkence, kişinin ancak resmi sınıfa haiz memurların elinde bulunduğu sırada ve bu kişiler tarafından kendisine belirli bir amaca yönelik ve bilinçli olarak acı ve ıstırap veren hareketlerin uygulanması sonucu ortaya çıkacaktır. Görüldüğü gibi bir fiilin işkence olarak nitelendirilmesi için bir takım niteliklerin bulunması gerekmektedir.³⁵² İşkencenin söz konusu olması için mağdura kuvvetli fiziki veya ruhsal acı veya ıstırap verilmesi gerekmektedir. Eğer kamu görevlisinin davranışı kuvvetli fiziki veya ruhsal acı veya ıstırap verecek olursa artık burada kamu görevlisinin sorumluluğuna işkence suçundan dolayı gidilecektir, yani önemli olan hareketin ağırlık düzeyidir. Bu ağırlık düzeyi belirlenirken de, sadece mağdurda doğurduğu etki ve mağdurun dayanıklılığına bakılmamalı bu hareketin nesnel yapısına bakarak işkence suçunun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilmelidir.

³⁵¹ ÜZÜLMEZ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*, s. 239 – 240.

³⁵² ÜZÜLMEZ, İ., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 10.

3.2.3. Aynı Konutta Yaşayanların Kötü Muamelesi Suçu

Aynı konutta yaşayanların birbirine kötü muamelesi suçu 5237 Sayılı TCK'de "Topluma Karşı Suçlar"ın düzenlendiği üçüncü kısmın "Aile Düzenine Karşı Suçlar"ın düzenlendiği sekizinci bölümde yer almıştır. Bu suçun düzenlendiği 232. maddeye göre; "Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Aynı konutta yaşayanların birbirine kötü muamelesi suçu ile aynı konutta yaşayanların insan onuru ve özgürlükleri korunmak istenmiş, özellikle ailenin korunumu amaçlanarak aile içi şiddetin önüne geçmek hedeflenmiştir.³⁵³

Suçun faili ve mağduru madde metninde belirtildiği gibi, aynı konutta yaşayan kişilerden biridir. Konut sayılan bir yerde yaşamın birlikte sürdürülmesi ve bu birliktelik açısından birlikte oturma iradesi bulunmalıdır. Dolayısıyla suçun faili veya mağduru olmak için akrabalık ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur.³⁵⁴ Ayrıca, 232. maddenin 1. fıkrasında belirtilen kötü muamele, yaralama teşkil etmeyen ve aynı zamanda terbiye ve disiplin araçlarının kötüye kullanılması biçiminde olmayan, bedene zarar veren, hürriyet ve haysiyeti rencide eden davranışlardır.³⁵⁵ Fail bu davranışlarda bulunurken genel kastla hareket edecektir.³⁵⁶

Bahsi geçen suç failinin kamu görevlisi olma şartı bulunmadığı için aynı konutta yaşayanların kötü muamelesi suçunun eziyet suçundan ayırt edilmesi zorlaşabilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken hareketin sistematik bir biçimde süreklilik arz eder bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda eziyet

³⁵³ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 485.

³⁵⁴ YURTCAN, E., *Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 394.; SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 486.

³⁵⁵ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 202.

³⁵⁶ SOYASLAN, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 487.

suçunun ortaya çıkacağıdır. Aynı evde oturanların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri sistematik nitelikteki kötü muamelelerin varlığı durumunda artık kötü muamele suçunun değil eziyet suçunun varlığından bahsedilecektir.

Aynı konutta yaşayanların birbirine kötü muamelesi suçunun gerçekleşmesi için yaralanma gibi bir sonucun doğması gerekmeyecek yaralama teşkil etmeyen ve aynı zamanda terbiye ve disiplin araçlarının kötüye kullanılması biçiminde olmayan, bedene zarar veren, hürriyet ve haysiyeti rencide eden davranışlarda bulunulması suçun tamamlanması açısından yeterli olacaktır. Eğer failin hareketleri sonucunda basit tıbbi müdahale ile giderilmeyecek yaralama meydana gelmişse kasten yaralama suçunun varlığından bahsedilecektir.³⁵⁷

232. maddenin ikinci fıkrasına göre ise; “İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.”denmiştir.

Burada suçun faili, idaresi altında bulunan kişiye karşı ya da büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek, veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde disiplin yetkisini kötüye kullanacaktır. 232. maddenin gerekçesine göre; 2. fıkrada bahsedilen disiplin yetkisi kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının bozulmasına neden olmayacak veya bir tehlikeye maruz kalmasıyla sonuçlanmayacak derecede kullanılabilir. Gerekçede belirtilen bu sınırın aşılması disiplin yetkisinin kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca maddenin birinci fıkrasında belirtilen, aynı konutta kalan kişilerden birinin diğerine kötü muamelesi failin üzerinde disiplin etme yetkisinin bulunduğu mağduru terbiye etmek amacıyla gerçekleşmişse, yine 232. maddenin ikinci fıkrası uygulanacaktır.³⁵⁸

³⁵⁷ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 343.

³⁵⁸ DÖNMEZER, S. (1998), *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Bası, no. 194, İstanbul.; ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 344.

Failin hareketlerinin 232. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçunun varlığına sebep olması için fail bu hareketleri genel kastla gerçekleştirmelidir. Genel kastla gerçekleştirilen terbiye yetkisinin icrası kapsamındaki bu hareketlerin, mağdura maddi ya da manevi zarar vermesi ya da böyle bir tehlikeyi doğurmasıyla suç tamamlanmış olacaktır.³⁵⁹ Ancak maddi ya da manevi zarar verilmesi amaçlanarak mağdura karşı hareketlerde bulunulmuşsa, fiillerin niteliğine göre yaralama ya da eziyet suçu söz konusu olabilecektir. Fiiller mağdurda basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, kasten yaralama suçu ya da bu fiillerin sistematik ve süreklilik arz eder bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda eziyet suçunun varlığı söz konusu olacaktır. Eğer disiplin yetkisi kamu görevlisinin görevinden doğan bir disiplin yetkisi ise, kamu görevlisinin bu yetkiyi kötüye kullanarak işkence niteliğinde fiiller gerçekleştirmesi durumunda işkence suçuna ilişkin 5237 Sayılı TCK'nin 94. maddesi uygulanacaktır.

³⁵⁹ ÖNOK, M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s. 344.

SONUÇ

Her ne kadar doktrinde farklı işkence tanımlamaları yapılmış olsa da yapılan bu tanımlamaların ortak noktası olarak işkence, kişinin ancak resmi sıfata haiz memurların elinde bulunduğu sırada ve bu kişiler tarafından belirli bir amaca yönelik ve bilinçli olarak acı ve ıstırap veren hareketlerin uygulanmasıdır. Resmi sıfata haiz memurlar işkenceye başvururken ideolojik nedenlerle veya iktidar mücadelesi çerçevesinde muhalefeti sindirmek, korkutmak, cezalandırmak ve hatta yok etmek amacıyla hareket edebilecekleri gibi ceza yargılamasında şüpheli veya sanıktan ikrar almak veya bir ceza infaz yöntemi olarak uygulamak amacını da seçebilmektedirler.

Ceza yargılamasında delil olarak önemli bir yere sahip olan ikrara ulaşmak amacıyla işkence kullanımı aydınlanma dönemine kadar yoğun olarak kullanılmıştır. Sanığın ikrarına ulaşmak için her yol meşru sayılırken, itiraf aracı olarak işkence önemli yer tutmuştur. Aydınlanma dönemi ile birlikte temel hak ve özgürlükler üzerine toplum bilinci uyanmasıyla işkenceye karşı savaş açılmış, Fransız İhtilali'nden sonra işkence yasağı anayasalarda güvence altına alınmıştır.

İşkence yasağının güvencesini, ülkemizde 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası: "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." şeklindedir. Bu maddeye göre, işkencenin bir davranış olarak uygulanması yasaklandığı gibi, kişilere işkence ve eziyet niteliğinde ceza verilemeyeceği de belirtilmiştir.

Anayasamızda düzenlenen işkence ve eziyet yasağına aykırı eylemlerin yaptırımını ise, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’muzda belirlenmiştir. 5237 Sayılı TCK’nin 94. ve 95. maddesi işkence suçunu düzenlerken, 96. maddesinde eziyet suçu düzenlenmiştir.

İç hukukumuzda yer alan düzenlemelerin yanı sıra, ulusüstü insan hakları belgelerinin çoğunda Türkiye’nin imzası bulunmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği ile müzakere sürecinde, Avrupa ile uyumlu hale gelmek açısından imzalanan bu ulusüstü belgeler ile insan hakları konusunda bir takım adımlar atılmakta ve hukuksal eksikliklerimiz giderilmeye çalışılmaktadır. İşkence mağdurlarının iddialarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne götürmesi, birçok davada Türkiye aleyhine karar verilmesi, Türkiye’nin yüklü tazminatlar ödemek zorunda kalması ve bu durumun uluslararası platformda sürekli eleştiri konusu yapılması, konunun Türkiye açısından ne denli önemli olduğunu göstermektedir. AİHM’e bireysel başvuru şartlarından biri başvuru yollarını tüketmiş olmasıdır. Ancak AİHM bu şartı Türkiye açısından aramamaktadır. AİHM’e göre, AİHS’in 3. maddesine aykırı durumun idari pratik şeklinde süreklilik kazanmış olması ve devlet makamlarının buna gösterdikleri tolerans karşısında iç hukuk yollarının tüketilmesinin sonuç almaya yönelik olmaması, gereksiz ve etkisiz olması bu şartı kaldırmaktadır. Türkiye açısından iç hukuk yollarının tüketilmesi etkisiz görülmektedir. Bu da Avrupa nazarında Türkiye’nin işkenceye karşı tutumunu özetleyen bir durumdur.

5237 Sayılı TCK’nin 94. maddesinde işkence suçunun temel şekli ve 95. maddesinde işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. İşkence ile mücadele kapsamında, 5237 Sayılı TCK’nin 94. ve 95. maddeleri ile 765 Sayılı mülga TCK’den farklı olarak, işkence suçunda fail olabilecek kişilerin kapsamı genişletilmiş, suçun manevi unsuru bakımından genel kasta ek olarak özel kastın varlığı aranmayıp genel kastının bulunmasının yeterli olacağı düzenlenmiş, işkence suçunun nitelikli ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri ayrıntılı olarak düzenlenmiş, suçun cezası artırılmıştır. 5237 Sayılı TCK’nin getirdiği bir diğer yenilik ise, 765 Sayılı mülga TCK’de düzenlenmemekle

birlikte, ilk kez 5237 Sayılı TCK'nin 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçudur. Anayasamızda yasaklanan eziyet, suç olarak Ceza Kanunumuza da konmuştur. Bunların yanı sıra, işkenceyi önleme adına önemli bir adım sayılan düzenleme zorunlu müdafilik uygulamasıdır. Böylece adil yargılanma hakkının bir uzantısı olan müdafî yardımından faydalanma hakkı kişilere sağlanmıştır. Soruşturma işlemlerinin başlaması ile birlikte müdafî yardımı alacak olan kişinin, kolluk kuvvetleri denetimi ve gözetimi altındayken işkence niteliğindeki davranışlara maruz kalması zorlaşacaktır.

Ulusal mevzuatımızda yapılan değişiklikler işkence ve eziyetle mücadelede tek başına yeterli olmayacaktır. İmzalanan ulusalüstü belgelerin ve ulusal mevzuatta yapılan düzenlemelerin uygulanmasının etkili biçimde sağlanması, idari ve adli denetimin etkili bir şekilde işleyerek, bu düzenlemelerin güvencesini oluşturması gerekmektedir. Beccaria'ya göre; "Suçları cezalandırmaktansa önceden önlemek daha iyidir. İyi bir yazılı hukukun temel amacı budur. Esasen iyi bir yazılı hukuk demek, yaşamla ilgili bütün iyiliklerin ve kötülüklerin hesabını kitabını yaparak insanları olabildiğince mutluluğun en yüksek düzeyine, mutsuzluğun ise en alt düzeyine göre yönetmek sanatı demektir."³⁶⁰ Bu da kanunların yapılış aşamasında suç tipinin kanuna aktarılmasında ceza hukukunun temel prensiplerine, kanunilik ilkesine, belirlilik kuralına uymakla mümkün olacaktır. Avrupa Birliği'ne Uyum Yasaları çerçevesinde yapılan değişikliklerle insan hakları alanında olumlu birçok yenilik gerçekleşmiştir. Ancak bu yeniliklerin fayda sağlaması sadece düzenleme hareketlerinin yapılmasıyla değil, insan hakları konusunda gerekli eğitimin verilmesi ve gerekli alt yapının sağlanmasıyla ilgilidir.

İşkence suçu, faili kamu görevlisi olan özgü bir suçtur. Dolayısıyla işkence suçunun mağduru daha çok devletin denetimi ve gözetimi altında bulunan kişiler olacaktır. Bu denetim ve gözetim soruşturma aşamasında olabileceği gibi, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı sürecin tümünde, yani kişinin hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasından cezasının bitimine kadar ki süreçte söz

³⁶⁰ BECCARIA, C., *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, s. 201.

konusu olabilecektir. Kişi ve devleti karşı karşıya getiren işkence suçunda mağdurun haklarını tam anlamıyla koruması, soruşturma veya kovuşturma aşamasında haklılığını ortaya çıkaracak, mağduriyetinin ispatında yardımcı olacak delillere ulaşması kolay olmayacaktır. Kişi ile ilişkilerinde üstün olan devlet karşısında birey, delillerin toplanmasında özgürce hareket edemeyebilecektir. Bireyin delillere kolay ulaşamaması ve yeterli delil toplanamaması işkence iddialarına karşı takipsizlik kararı verilmesine neden olacaktır. İşkence iddialarının sonuçsuz kalacağı bir diğer durum ise, işkence suçunu soruşturmaya yetkili olanların işkence iddialarını gerektiği gibi araştırmamalarıdır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu durumu “resmi müsamaha” olarak tanımlamaktadır. Resmi müsamahada, yetkililer işkence iddialarından haberdar edilmelerine rağmen, bu iddiaları araştırmamaktadırlar. Resmi müsamaha sonrası iki ihtimal doğmaktadır. Bunlardan ilki gerekli araştırma yapılmadığından faillerin görevlerine devam etmesi durumudur. Bunun yanı sıra ikinci ihtimal ise, failer hakkında adli veya idari soruşturma açılmış olmasına ve yargılama yapılmış olmasına rağmen bunların cezalandırılmaması sonucu görevlerine dönmeleri ve işkence niteliğindeki fiillerin tekrarına neden olmalarıdır. İşkence iddialarının hukuka uygun değerlendirilmesi, bu konudaki şikayet, ihbar veya raporların dikkatli bir şekilde ve objektif olarak değerlendirilmesiyle mümkün olacaktır. Bu da iyi bir idari ve yargısal denetimle mümkündür.

İşkencenin önlenmesi bakımından kanunlarda yapılan değişiklikler ve idari ve yargısal denetimler önemli bir yer tutmaktadır. Ancak asıl önemli olan insan hakları alanında toplum bilincinin uyanmasıdır. Bireyler haklarını bilmeli ve onlara sahip çıkmalıdır. Bunun yanında devletin gücünü kullanan ve görevleri topluma hizmet etmek olan kamu görevlileri yasaların kendilerine verdiği yetkileri aşmamalı ve kötüye kullanmamalıdır. Yasaların verdiği yetkinin aşılması durumunda yargı sorumlu olanları cezalandırmalı ve mağdurun zararı giderilmelidir.

Devlet insan haklarını tanımak, onları korumak ve bu hakları güvence altına almak zorundadır. Devletlerin demokratik olarak nitelendirilmesi, o devlette

kişilere tanınan insan hak ve hürriyetlerinin kapsamı ve bu hakların kullanılabilirliği ile mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı, demokratik, bir hukuk devletidir; önemli bir insan hakları ihlali ve ağır bir insanlık suçu olan işkence ile mücadelede üzerine düşen görevi yerine getirmelidir. Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde yapılan yasal düzenlemeler ve imzalanan uluslararası sözleşmelerle etkinlik kazandırmaya çalışılan sistem yalnızca düşüncede kalmamalı, amaçlanan hukuki düzen ve uygulama arasında uyum sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- [1] **AKILLIOĞLU, T.** (1988 – 1989), “*İşkencenin İnsanlıkdışı ve Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi*”, İnsan Hakları Yıllığı C.10 – 11, s. 17 – 64.
- [2] **ALACAKAPTAN, U.** (1999), “*1929’dan Bugüne Ceza Muhakemesi Yasası – Güncel Sorunlar*”, in: CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul.
- [3] **ALİEFENDİOĞLU, Y.** (2004), *Devletin Çirkin Yüzü: İşkence*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt 2 (İnsan Hakları).
- [4] Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi (1988), C. 12, Ana Yayıncılık, İstanbul.
- [5] **ARSAL, S. M.** (1947), *Türk Tarihi ve Hukuk I*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 206 – 207.
- [6] **ARTUK, M. E.** (2008), “*İşkence Suçu (TCK M. 94,95)*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, s. 5 – 40, Ağustos.
- [7] **ARTUK, M. E.** (1990), “*Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı*”, Argumentum, Sayı: 2, Eylül.
- [8] **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.** (2000), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara.
- [9] **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.** (2006), *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara.

- [10] **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.** (2006), *5237 Sayılı Yeni TCK'ye Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara.
- [11] **AŞÇIOĞLU, Ç.**, “*Yargıda Temel Sorun: Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı*”, *Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı*, Sayı 22, s. 347 – 357.
- [12] **ATAÖV, T.** (1993), “*Genel Olarak Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları*”, *Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları*, 3. Kitap, s. 9 – 24, İstanbul.
- [13] **BAKIM, S.** (2008), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [14] **BECCARIA, C.** (2004), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çeviren **SELÇUK, S.** (2004), İmge Kitabevi.
- [15] **BEDDARD, R.** (1995), *Human Rights and Europa*, Third Edition, Cambridge University Press.
- [16] **BROWNLIE, I.** (1992), *Basic Documents on Human Rights*, Oxford.
- [17] Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.: 12.
- [18] Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.: 17.
- [19] **CENTEL, N.** (2002), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [20] **CENTEL, N.** (2002), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [21] **CENTEL, N., ZAFER, H.** (2006), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.

- [22] **CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö.** (2006), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi 4. Baskı, İstanbul.
- [23] **CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö.** (2007), *Kişilere Karşı Suçlar*, Beta Yayınevi Cilt I, İstanbul.
- [24] **CLERGERIE, J. L.** (1988), “*La Notion de Crime Contre L’Humanite*”, *Revue de Droit Public* 1251.
- [25] **ÇAVUŞOĞLU, N.** (1994), “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları Özel Dizi No. 1, Ankara.
- [26] **DEMİRBAŞ, T.** (2004), *2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısının işkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt 2 (İnsan Hakları).
- [27] **DEMİRBAŞ, T.** (2002), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [28] **DEMİRBAŞ, T.** (1992), *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, DEÜHF Yayınları, No. 23, Ankara.
- [29] **DEMİRBAŞ, T.** (2008), *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı.
- [30] **DOĞRU, O.** (2006), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- [31] **DÖNER, A.** (2003), *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [32] **DÖNMEZER, S.** (1998), *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayınevi, 15. Bası, İstanbul.
- [33] **DÖNMEZER, S.** (1984), *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.

- [34] **DÖNMEZER, S.** (1984), *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- [35] **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.** (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: I, Beta Yayınevi, On ikinci Bası, İstanbul.
- [36] **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.** (1994), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: II, Beta Yayınevi, Onuncu Bası, İstanbul.
- [37] **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.** (1994), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: III, Beta Yayınevi, On birinci Bası, İstanbul.
- [38] **ERDEM, M. R.** (2001), *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [39] **EREM, F.** (1988), “*İşkence*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 1988, Sayı 2.
- [40] **EREM, F., TOROSLU, N.** (1999), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, Ankara.
- [41] **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.** (1992), *Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar TCK 202 – 281)*, Işık Matbaacılık, İstanbul.
- [42] **EVANS, D. M.** (2002), *Getting to Grips with Torture*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.: 51, April.
- [43] **GEMALMAZ, M. S.** (1997), *Konu Hakkında Genel Değerlendirme, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı*, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir.
- [44] **GEMALMAZ, M. S.** (2002), *Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.

- [45] **GEMALMAZ, M. S.** (2002), *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, İstanbul.
- [46] **GEMALMAZ, M. S.** (1992), “*Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı*”, İHY, TODAİE, C.: 14, s. 65 – 107.
- [47] **GEMALMAZ, M. S.** (2002), *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, İstanbul.
- [48] **GEMALMAZ, M. S.** (1990), *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi*, Amaç Yayıncılık, 1. Basım, İstanbul.
- [49] **GEMALMAZ, M. S.** (1994), *Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul.
- [50] **GIFFARD, C.**; çeviren **CENGİZ, O. K.** (2001), *İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı*, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, İzmir.
- [51] **GİRİTLİ, İ., BİLGİN, P., AKGÜNER, T.** (2001), *İdare Hukuku*, Der Yayınları İstanbul.
- [52] **GÖLCÜKLÜ, A. F.** (1997), *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı*, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir.
- [53] **GÖLCÜKLÜ, A. F., GÖZÜBÜYÜK, A. Ş.** (1998), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- [54] **GÖZÜBÜYÜK, A. Ş.** (2003), *Yönetim Hukuku*, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ekim, Ankara.
- [55] **HOLZHAUER, H.** (1976), “*Reschtsgeschichte der Folter*”, in: *Folter, stellungnahmen, Analysen, Vorschläge Zur Abschaffung*, Baden.

- [56] İÇEL, K., SOKULLU – AKINCI, F., ÖZGENÇ, İ., SÖZÜER, A., MAHMUTOĞLU, F. S., ÜNVER, Y. (2000), *İçel Suç Teorisi*, Yeniden Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- [57] KABOĞLU, İ. Ö. (2002), *Özgürlükler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Kasım.
- [58] KAPANİ, M. (1996), *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, 3. Basım, İstanbul.
- [59] KATOĞLU, T. (2003), *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- [60] KOCA, M. (1998), *Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- [61] KUNTER, N., YENİSEY, F., NUHOĞLU, A. (2006), *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ondördüncü Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul.
- [62] MARUNICCI, G. (1971), *Il Reato Come Azione*, Critica Di Un Dogma, Milano.
- [63] Meydan Larousse (1986), Cilt 9, İstanbul.
- [64] MONTAIGNE, *Denemeler.*; çeviren EYÜPOĞLU, S. (1997), 29. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul.
- [65] NAL, S. (1999 – 2000), “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlıkdışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza*”, Aysel ÇELİKEL’e Armağan, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 19 – 20, Sayı 1 – 2, s. 529 – 554, İstanbul.
- [66] NUHOĞLU, A. (1999), “*İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*”, Prof. Dr. Sahir ERMAN’ a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8, s. 527 – 592, İstanbul.

- [67] **ÖNOK, M.** (2006), *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınları, Birinci Bası, Ankara.
- [68] **ÖZBEK, V. Ö.** (2005), *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gerekeçeli – İçtihatlı)*, TCK İzmir Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [69] **ÖZGENÇ, İ.** (2003), “*İşkence Suçu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı 1-2, Haziran – Aralık 2000, s. 181 - 203, Ankara.
- [70] **ÖZGENÇ, İ., ŞAHİN, C.** (2001), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara.
- [71] **ÖZTÜRK, B., ERDEM, M. R., ÖZBEK, V. Ö.** (2004), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [72] **PAZARCI, H.** (1997), *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- [73] **REID, K.** (1998), *A Practitioner’s Guide to The European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, London.
- [74] **REİSOĞLU, S.** (2001), *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul.
- [75] **SCOTT, G. R.** (2003), *İşkencenin Tarihi*, Dost Kitabevi, 2. Baskı, Ankara.
- [76] **SEVİĞ, V. R.** (1961), “*Engizisyon Mahkeme Usulü*”, AÜHFD, C.: XVIII, 1961 / 1 – 4.
- [77] **SOYASLAN, D.** (2005), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara.
- [78] **SOYASLAN, D.** (2007), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara.

- [79] **ŞAHİN, C.** (1994), *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [80] **TEZCAN, D., ERDEM, M. R.** (2003), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir.
- [81] **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., SANCAKDAR, O.** (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Basımevi, 2. Baskı, Ankara.
- [82] **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.** (2006), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara.
- [83] **TOROSLU, N.** (1970), *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Sevinç Matbaası, Ankara.
- [84] **TOROSLU, N.** (2006), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, Kasım.
- [85] **TOROSLU, N.** (2006), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara.
- [86] **TRIFFTERER, O.** (1974), "Das Folterverbot im Nationalen und Internationalen Recht – Anspruch und Wirklichkeit", in: Folter Stellungnahmen, Anlysen, Vorschläge Zur Abschaffung, Baden.
- [87] Türk Hukuk Lugatı (1944), Maarif Vekilliği, Ankara.
- [88] **UMUR, Z.** (1975), *Roma Hukuku Lugatı*, İstanbul.
- [89] **ÜNVER, Y.** (2003), *Ceza Hukukuyla Korunması Gereken Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [90] **ÜZÜLMEZ, İ.** (2003), *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara.

- [91] **ÜZÜLMEZ, İ.** (2005), “*Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, s. 227 – 247, Nisan.
- [92] **WAGNER, H.** (1975), *Amstverbrechen*, Berlin.
- [93] **YAVUZ, M.** (2007), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Ceza Hukukunda İşkence Yasağı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.
- [94] **YENİSEY, F.** (1993), *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul.
- [95] **YURTCAN, E.** (2005), *Yeni Türk Ceza Kanunu*, İstanbul Barosu Yayınları, 3. Bası, İstanbul.
- [96] **YURTCAN, E.** (2007), *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınevi, 12. Bası, İstanbul.
- [97] **ZUNIGA, R., Laura**, *El Tipo Penal de Tortura En La Lagislacion Espanola, A La Luz De La Jurisprudencia Nacional e Internacional* (www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Zuniga0105.pdf)
- [98] <http://tr.wikipedia.org>
- [99] <http://www.insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>
- [100] <http://www.tdk.gov.tr>
- [101] <http://www.adlitipankara.gov.tr>