

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İŞKENCE SUÇU
(5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 94 VE
95. MADDELERİ)

Hazırlayan: Abdulhalim YILMAZ

Öğrenci No: 2501990244

Danışman: Doç. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU

İstanbul 2007

ÖZ

Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. Ve 95. Maddeleri)

Abdulhalim YILMAZ

Maddi ve manevi mahiyette ağır acı ve ıstırap anlamına gelen işkence, tarih boyunca ve günümüze kadar bir sorgulama ve cezalandırma yöntemi olarak sıkça kullanılmıştır. İşkenceyi meşru gören hiçbir kanun yoktur. Savaş ve olağanüstü durumlar da dahil olmak üzere hangi sebeple olursa olsun, işkence istisnasız olarak yasaktır. Türk hukuku bakımından işkence Anayasal olarak yasaklanmış ve Türk Ceza Kanunu'nu kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Türk ceza hukuku açısından 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu (ETCK) 243. maddesi ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK) 94 ve 95. maddeleri İşkence suçunu düzenlemektedir. Her iki kanunda yer alan suç tipleri birbirinden önemli farklılıklar göstermektedir. YTCK'da işkence suçunun tanımı yapılmış ve suçun faili, mağduru, tipikliği bakımından önemli değişiklikler ve yenilikler yapılmıştır. Bu çalışmada, önce kavram olarak işkence irdelenmiş, bir insan hakları sorunu olarak ve uluslar arası boyutuyla değerlendirilmiştir. Ardından tarihsel gelişimi, Türk hukuk tarihindeki yeri ve nihayet YTCK m.94'te tanımlanan suç tüm unsurlarıyla ele alınmıştır. Çalışmada, Yargıtay içtihatları, Uluslar arası Sözleşmeler ve yargı organlarının (özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi) kararlarından faydalanılmıştır. 5237 sayılı TCK'da düzenlenen işkence suçu, genel olarak, 765 sayılı kanundaki düzenlemeye göre, daha çağdaş ve ileri bir düzenleme olup uluslararası sözleşmelere de uygun düşmektedir.

Anahtar kelimeler: İşkence, Kötü Muamele, Onur kırıcı, Aşağılama, İnsan Hakları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu.

ABSTRACT

Subject: Torture Crime in Turkish Criminal Law (Article 94-95 of Turkish Penal Code-Law No:5237)

Torture is punished in scope of Turkish Criminal Code as a crime type that exists in national codes, international treaties and decisions of judicial organs. In Turkish Criminal Law, article 243 of Turkish Criminal Code numbered 765 that entered into force in 1.3.1926 and article 94 and 95 of Turkish Criminal Code numbered 5237 that entered into force as per of 1 June 2005 regulate torture crime. There are significant differences between crime types defined in the two codes. New criminal code makes definition of torture crime and brings about important differences in terms of offender, victim and typology (legality component) of the crime. Formulation of torture crime in new criminal code is more modern and progressive than former criminal code and it is also compatible with international treaties. In this work, firstly torture has been explicated as concept and has been assessed as a matter of human rights taking into consideration its international character. After, its historical development, its position in history of Turk law and all components defined in article 94 of New criminal code has been discussed. In this work, Supreme Court of Appeals caselaws, international treaties and decisions of judicial organs has been also used.

Keywords: Torture, Ill treatment, Corporal, Mental or Degrading Punishment, Human Rights, Turkish Penal Code (Law no: 5237), Turkish Penal Code (Former-Law no:765)

ÖNSÖZ

Günlük hayatta sıkça duyduğumuz işkence, Türk Ceza Hukukunda suç olarak düzenlenmiştir. Anayasa kimseye eziyet ve işkence yapılamayacağını belirtmiş, bu doğrultuda Türk Ceza Kanunu'nun da işkence suçu düzenlenmiştir.

Yürürlükten kalkan, fakat fail lehine hükümler barındırdığı için hala uygulama imkanı bulabilen 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu (ETCK) 243. maddesi ve 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK) 94 ve 95. maddelerinde düzenlenen işkence suç tiplerini birlikte ele alma ihtiyacı vardır. Yakın bir tarihte yürürlüğe giren YTCK'da işkence suçu ile ilgili bilimsel eserlerin sınırlı olmasının yanında, konuyla ilgili Yargıtay içtihatları henüz temin edilememiştir.

İşkence suçu tipinde YTCK ve ETCK arasında büyük farklılıklar vardır. Bu düzenlemeler arasındaki benzerlik ve farklılıklar ile Türkiye'nin taraf olduğu konuyla ilgili uluslararası sözleşmeler ve uluslararası yargı mekanizmalarının verdiği kararlar ışığında değerlendirmesi ihtiyacı vardır.

İÇİNDEKİLER

AÇIKLAMA.....	ii
ÖZ.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE KAVRAMI, BİR İNSAN HAKLARI SORUNU OLARAK İŞKENCE VE ULUSLARARASI BOYUTU

I – İŞKENCENİN TANIMI, KANUNLARIMIZDA İŞKENCE SUÇUNUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ VE İŞKENCENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İŞKENCE SUÇU.....	3
A – İşkencenin Tanımı.....	3
B – Kanunlarımızda İşkence Suçunun Düzenleniş Şekli.....	8
C – İşkencenin Hukuki Niteliği.....	11
D – İşkence Suçu.....	14
II – BİR İNSAN HAKLARI SORUNU OLARAK İŞKENCE.....	18
A - Genel Olarak.....	18
B – İşkence Yasağı.....	19
III – İŞKENCE SUÇUNUN ULUSLARARASI BOYUTU.....	21
A – Genel olarak.....	21
B - Uluslararası Sözleşmelerin Türk İç Hukukundaki Yeri.....	22
C – Uluslararası Sözleşmelerde VeYargı Mekanizmalarında İşkence Kavramı .	27

İKİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE OLGUSUNUN TARİHİ GELİŞİMİ – TÜRK HUKUK TARİHİNDE İŞKENCE, CEZA KANUNU TASARILARINDA İŞKENCE SUÇU

I - İŞKENCE OLGUSUNUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	31
A - Genel Olarak.....	31
B – İlkel Toplumlarda.....	31
C – Batı Hukuk Tarihinde.....	32
1- Eski Yunan ve Roma’da.....	32
2- Ortaçağ Avrupa Hukukunda.....	34
3 – Müşterek Ceza Hukuku Döneminde.....	38
4 – Aydınlanma Döneminde.....	39
5 - İşkencenin Yasaklanma Süreci.....	40
II – TÜRK HUKUK TARİHİNDE İŞKENCE.....	41
A – İslamiyet’in Kabulünden Önce.....	41
B – İslamiyet’in Kabulünden Sonra.....	42
1 – İslam Hukukunda.....	42
2 – Osmanlı Döneminde.....	46
a - Genel Olarak.....	46
b - Sened-i İttifak.....	47
c - Tanzimat Fermanı.....	48

d – Islahat Fermanı	49
e – Meşrutiyet Dönemi	49
C – Cumhuriyet Döneminde	50
1 - Genel Olarak.....	50
2 - 1924 Anayasası.....	51
3 - 1961 Anayasası.....	51
4 - 1982 Anayasası.....	51
III – CEZA KANUNU	52
A - Genel Olarak.....	52
B – 765 Sayılı TCK’da 1999 Yılında Yapılan Değişiklik.....	55
C - TCK Tasarılarında İşkence Suçu	56
1 – 1958 Tasarısı.....	56
2 – 1987 TCK Ön Tasarısı.....	57
3 – 1989 TCK Ön Tasarısı.....	57
4 - 1997 Ön Tasarısı.....	58
5 - TCK 2000 Tasarısı	63

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞKENCE SUÇU

I –GENEL OLARAK	66
II - İŞKENCE SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI	70
A – Genel Olarak	70
B – Kasten Yaralama Suçu (YTCK m. 86)	70
C - Eziyet Suçu (YTCK m.96).....	71
D - Kötü Muamele Suçu (YTCK m.232)	74
E - Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması (YTCK m.256).....	75
F - Görevi Kötüye Kullanma (m.257)	76
III - KORUNAN HUKUKİ YARAR	77
A - Genel Olarak.....	77
B – Kişi Dokunulmazlığı	79
C – İnsan Onuru	79
D – İrade Özgürlüğü	80
E - Adil Yargılanma Hakkı.....	81
F – Kamu İdaresine Olan Güvenilirlik	83
IV – FAİL VE MAĞDUR	84
A – Fail	84
B – Mağdur	90
V - SUÇUN YAPISAL UNSURLARI	94
A – Genel Olarak	94
B – Tipe Uygun Eylem	94
1 – Genel Olarak	94
2 – Fiilin İnsan Onuruyla Bağdaşmaması.....	99
3 – Fiilin Bedensel Ve Ruhsal Yönden Acı Çekmesine Neden Olması	101
4 - Algılama Ve İrade Yeteneğini Etkileme	103
5 - Aşağılanmaya Yol Açacak Davranışları Gerçekleştirme	104
C – Kusurluluk.....	105

D – Hukuka Aykırılık	108
1 – Genel Olarak	108
2 - Kanun Hükümünü Yerine Getirme (TCK m.24/1).....	109
3 - Yetkili Mercinin Emrini Yerine Getirme (TCK m.24/2)	111
4 – Zorunluluk Hali (TCK m.25/2).....	112
5 – Mağdurun Rızası (TCK m.26/2).....	114
VI - İŞKENCE SUÇUNUN ÖZEL OLUŞUM BİÇİMLERİ	117
A - Suça Teşebbüs	117
B – İştirak.....	120
C – İçtima.....	123
1 – Görünüşte İçtima.....	124
2 – Bileşik Suç	125
3 - Fikri İçtima	125
4 - Zincirleme Suç.....	126
VII - SUÇA TESİR EDEN SEBEPLER.....	128
A – Genel Olarak	128
B – Mağdurun Özelliğine Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Haller .	129
C – Fiilin İşleniş Şekli Bakımından Cezanın Artırılmasını Gerektiren.....	130
D – Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller	130
VIII - İŞKENCE SUÇUNUN KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM.....	135
A - Kovuşturma Usulü	135
B – Yaptırım	140
SONUÇ	141
KAYNAKÇA.....	145

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
a.e.	: Aynı eser / yer
ACK	: Askeri Ceza Kanunu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜEHF	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CCB	: Constitutio Criminalis Bambergensis
CCC	: Constitutio Criminalis Carolina
CD	: Ceza Dairesi (Yargıtay)
CGTİHK:	5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHF:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
DMK	: 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas No
Ed.	: Editör
ETCK	: (765 sayılı) Eski Türk Ceza Kanunu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İHY	: İnsan Hakları Yıllığı
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar no
KÜHF	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
m.	: Madde
PVSK	: 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SÜHFD:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
t.y.	: Basım tarihi yok
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TİHV	: Türkiye İnsan Hakları Vakfı
TODAİE:	Türkiye ve Ortadođu Amme İdaresi Enstitüsü
vs.	: ve saire
Yay.	: Yayımlı
Y.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK	: (5237 sayılı) Yeni Türk Ceza Kanunu
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
v.d.	: ve diğerleri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

İşkence, dünyada ve ülkemizde sıkça işittiğimiz, insan onurunu ve kişiliğini aşağılayan, ağır bedensel ve ruhsal acılara sebebiyet veren muameleleri ifade etmektedir. Genel bir kavram olarak acı ve ıstırap veren fiilleri içermektedir.

Hukuki bir kavram olarak işkence ise, üzerinde uzlaşmış bir tanım olmamakla birlikte, kamu görevlileri tarafından kasıtlı olarak işlenebilen, kişiye insan onuruyla bağdaşmayan fiziksel veya ruhsal acı verilmesidir. Özellikle ceza yargılaması açısından da sanığın iradesini etkilemek bakımından ceza yargılamasında özel bir önem arz eden ve yasak bir sorgu yöntemi olan işkence, ulusal kanunlarda ve uluslararası sözleşme metinlerinde ve yargı kararlarında insan haklarını ihlal eden ağır bir suç olarak nitelendirilmektedir. Anayasa ve kanunlarda işkence yasaklanmasına rağmen sıkça gündeme gelebilmektedir.

Ülkemizde 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK) yürürlükten kalkmış ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (YTCK) yürürlüğe girmiştir. Her iki kanunda yer alan işkence suç tipi birbirinden çok farklıdır. Değişikliği yakın bir tarihte olması ve sanık lehine olan kanunun uygulanması temel bir ceza prensibi olduğundan her iki kanun açısından konuyu incelemeye ve karşılaştırmaya ihtiyaç vardır.

YTCK'da işkence kavramı başka bazı suçlar içinde de (insanlığa karşı suçlar gibi) kullanılmıştır. Eylem bakımından aynı olan fakat fail yönünden farklılık gösteren eziyet suçu da işkence suçuyla yakından ilgilidir.

İşkence suçunu hem YTCK açısından hem de ETCK açısından inceleyen bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümünde genel olarak işkence kavramı, hukuki niteliği, insan hakları ile ilişkisi ve işkencenin uluslararası boyutu açısından incelenmiştir.

İkinci Bölümde dünya genelinde işkence suçunun genel tarihi gelişimi, Türk Hukuk Tarihinde İşkence suçu, Türk Ceza hukukunda işkence suçunun tarihsel gelişimi ve Ceza Kanunları ve Tasarılarında işkence suçu ele alınmıştır.

Çalışmanın son bölümünde ise 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94 ve 95. maddelerde yer alan işkence suçunun benzer suçlardan farkı, korunan hukuki

yararlar, suçun fail ve mağduru, yapısal unsurları, suçun özel oluşum biçimleri, suça tesir eden sebepler üzerinde durulmuş, ayrıca suçun kovuşturma usulü ve yaptırım da ele alınmıştır. Çalışmada Yargıtay kararları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarından yararlanılmıştır. YTCK'nın yeni bir kanun olması ve nispeten az sayıda eser olması ve ETCK'nın da yakın bir tarihte yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle her iki kanun birlikte ele alınmış ve iki kanuna ilişkin eserlerden faydalanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE KAVRAMI, BİR İNSAN HAKLARI SORUNU OLARAK İŞKENCE VE ULUSLARARASI BOYUTU

I – İŞKENCENİN TANIMI, KANUNLARIMIZDA İŞKENCE SUÇUNUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ VE İŞKENCENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İŞKENCE SUÇU

A – İşkencenin Tanımı

İşkence kavramı genel olarak aşırı eziyet etme¹, maddi ve manevi mahiyette eza verici hareket², şiddetli eziyet,³ zulüm, herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı (cismen eza) verici harekette bulunmak,⁴ bir kimseye çeşitli yöntemlerle uygulanan bedensel eziyet veya çektirilen ruhsal acı⁵ gibi anlamlara sahiptir. Farsça kökenli işkence (şikenc, şikence)⁶ bir kimseye bir şeyi söyletme ya da yaptırma amacıyla maddi ya da psikolojik yöntemlerle acı çektirerek uygulanan baskı ya da eziyettir⁷. Genel anlamdaki bu tür tanımlamaların ortak noktası herhangi bir sebeple, maddi ve/veya manevi kuvvetli acı ve ıstırap vermektir.⁸

İşkenceyi bir suç olarak düzenleyen ve yasaklayan ulusal ve uluslararası metinlerde ortak bir tanım yoktur. Bu nedenle işkence kavramının içeriği, daha çok yargı kararlarıyla somutlaştırılmaya çalışılmaktadır.⁹

¹ ÖZCAN, Hüseyin. **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 6. Bası, Seçkin Yay. Ankara 1985 s.388

² GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Sevinç Matbaası, C.III, Ankara 1970 s.264

³ DOĞAN, D. Mehmet, **Büyük Türkçe Sözlük**, Pınar Yayınları, 19. baskı, 2005 İstanbul s.646

⁴ **Meydan Larousse**, Büyük Lugat ve Ansiklopedi, C.10 Sabah Gazetesi Armağanı (t.y.) YILMAZ, Prof. Dr. Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı, Yetkin Yay. Ankara 1996 s.413

⁵ BAĞDATLI, Selahattin. **Hukuk Sözlüğü**, Derin Yayınları, İstanbul 2002 s.341

⁶ ŞÜKÜN, Ziya. **Farsça - Türkçe Lugat**, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1984 s.1318

⁷ **Ana Britannica Ansiklopedisi**, C.12, İstanbul 1988 s.117

⁸ İNAL, Nihat. **Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2003 s.457

⁹ GEMALMAZ, Prof. Dr. Mehmet Semih. “*İşkence Karşısında Ulusal Yargı Açmazı*” **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Ankara, Mayıs 1988, C.XII, S:95 s.8

Doğal olarak yasaklanan bir hareketin (veya hareketlerin) net bir şekilde tanımlanmış olması konuya ilişkin standartların ortaya konmasını kolaylaştıracaktır. Aynı şekilde işkence kavramının tanımlarının yapılmasıyla, standartlar belirginleşecek ve bununla bağlantılı olarak suçu / yasağı düzenleyen ulusal düzenlemeler ve uluslararası insan hakları hukuku standartlarına ve bunların pratikte somutlaşmış kapsamına geçiş mümkün olabilecektir.¹⁰

İşkence kavramını tanımlamak, hangi hareketlerin işkence sayılıp sayılmayacağını belirlemek, fiilin uygulayıcısı, mağduru, yöntemi, derecesi, yaygınlığı ve amaçlarının çeşitliliği bakımından oldukça zordur. Çünkü yapılacak her bir tanım denemesinin, bu öğelerden birinin içeriğini eksiltme tehlikesi her zaman mevcuttur.¹¹

İşkencenin tanımlanmasında diğer bir sorun da hangi hareketlerin işkence sayılması gerektiği konusunda değişik kültürler üzerinde yükselen hukuk sistemleri arasındaki farklı yaklaşımlardır. Çünkü kültürel farklılıklar, bir çok davranışta olduğu gibi, işkence kavramının da farklı değerlendirilmesine neden olabilmektedir.¹² Bunun sonucu olarak dünyanın bir yerinde açıkça işkence olarak görülen bir fiil, başka bir kültürde doğal bir davranış olarak karşılanabilmektedir.¹³ Her ne kadar işkence fiili acı ve eziyet veren, zalimce, insan onuruna aykırı bir davranış olması nedeniyle genel geçer bir yasak olarak nitelendirilebilirse de insan hakları standartlarının devamlı gelişme göstermesi ve belli bir tanımın ortaya çıkmaya başlaması ile birlikte bu farklılıklar ortaya çıkmıştır. Örneğin İslam Hukukunun kısmen yürürlükte olduğu ülkelerde ceza yargılaması sonucunda hüküm olarak kırbaçlama cezası verilebilmektedir. Ya da bir kültürde acı veya eziyet sayılabilecek davranış -sünnet gibi- bir başka kültürde doğal hayatın parçası ve

¹⁰ GEMALMAZ, Mehmet Semih. “*Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı*”, **İnsan Hakları Yılı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C.14 Yıl:1992 Ankara s.92

¹¹ BALKIZ, Neval Oğan. “Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Yarattığı sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi – Öneriler-”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2001-4 s.101; SCOTT, George Ryley. **İşkencenin Tarihi**, Dost Yay. Ankara 2001 s. 17

¹² ÜZÜLMEZ, İlhan. **Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK’nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi)** Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2001 s.10 (“ÜZÜLMEZ, İşkence Cürmü”)

¹³ ÜZÜLMEZ, İlhan. “**Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**”, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 s.10 (“ÜZÜLMEZ, TCK’da İşkence Suçu”)

olağan kabul edilebilmektedir.¹⁴ Kuzey Amerika yerlilerinde, “kabul törenleri” veya “dayanıklılık deneyleri”nde uygulanan acı ve dehşet verici uygulamalar için de aynı durum geçerlidir.¹⁵

Sadece işkenceyi değil, genel olarak İnsan hakları kavramını ele aldığımızda, her ne kadar evrensel bir nitelik taşıyorsa da, hakların ortaya çıkmasında ve somutlaşmasında kültürel görecelik (rölativizm) inkar edilemez bir gerçekliktir.¹⁶ Bundan hareketle, bir çok ülkede bedensel ceza açıkça yasaklandığı halde, BM İşkenceye Karşı Sözleşme’de bedensel ceza, bir başka ifadeyle “yasal müeyyide”den¹⁷ doğan acı ve ıstırapın Sözleşme’nin 1. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde ifade edildiği gibi işkence olarak nitelendirilmemesi doktrinde eleştirilere neden olmuştur.¹⁸

BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 1. maddesinde tanımlandığı şekilde, işkence şeklindeki bir ceza, *kanun ile düzenlenmiş olsa dahi*, insan onuruna aykırı olduğundan kabul edilemez. Kanunda belirtilmiş olan ceza türü, ağır acı ve ıstırap vermesi durumunda, (acının fiziki veya ruhsal olduğuna bakılmaksızın) işkence kapsamında değerlendirilecektir.¹⁹

¹⁴ “... Gerçi, sünnetin çocuğa ya da ergene yapılışın işkence olarak nitelenmesi güçtür, fakat Avustralya, Polinezya, Borneo ve diğer yerliler tarafından yaygın olarak uygulanan biçimde acı çekme süresi, başka bir sözcükle tanımlanamayacak kadar uzatılır. ... Avustralyalı zencilerin mika operasyonu, erkek cinsel organını yarmaktan ibarettir, penis başından testislere kadar idrar yolunu yarıp açarlar. Operasyon ergenliğe geçişte yapılır ve anestetik kullanılmaz. ... Çoğu ırkta kızlara da uygulanan sünnet zalimce ve barbarcadır.” (SCOTT, s. 54)

¹⁵ Bkz. SCOTT, s. 56-57

¹⁶ DONNELLY, Jack. **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev: Mustafa Erdoğan – Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995 s.119-132

¹⁷ 10 Ağustos 1988 tarih ve 1895 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Sözleşme’nin resmî çevirisinde 1. maddenin 1. fıkrası 2. bentte “yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez” şeklinde çevrilmiştir. Resmî Türkçe çeviride yer alan “yasal müeyyide” ifadesinin kullanılması doktrinde eleştirilmiştir. Orijinal metindeki ifadenin (Lawful sanctions) Türkçe’ye “hukuka uygun yaptırım” şeklinde çevrilmesi gerektiği iddia edilmektedir. Bkz. GEMALMAZ Mehmet Semih, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, Kavram Yay. İstanbul 1993 s.311 – Aynı yönde, AKILLIOĞLU, Tekin. “İşkencenin, İnsanlıkdışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, c.10-11, 1988-1989 s.46-47 ; DOĞRU ise Sözleşme’nin çevirisinde “kanuni yaptırım” ifadesini kullanmıştır. Bkz. DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, s.119; Resmî çeviri hakkındaki eleştiriler için bkz. ÖZGEN Eralp, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. 1988, S.2 s. 214 dipnot:16;

¹⁸ Bkz. GEMALMAZ Mehmet Semih, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, Kavram Yay. İstanbul 1993 s.310-312;

¹⁹ İÇEL, Prof. Dr. Kayıhan- SOKULLU-AKINCI, Prof.Dr. Füsün - ÖZGENÇ, Dr. İzzet – SÖZÜER, Dr. Adem – MAHMUTOĞLU, Dr. Fatih Selami – ÜNVER, Dr. Yener, **İçel Yaptırım Teorisi**, 3. Kitap, Beta Yay. İstanbul 2000 s.20

Buna benzer bir diğer sorun da bizzat İnsan Hakları kavramının kendisinden, daha doğru bir ifadeyle insan haklarının dinamik özelliğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır. İnsan Hakları kavramı bütün kavramlarda olduğu gibi olay ve olgulardaki anlayışla değişim ve evrime uğramakta ve bu süreç halen devam etmektedir.²⁰ Diğer yandan hangi hareketlerin işkence sayılıp sayılmayacağı hem ulusal hem de uluslararası yargı kararlarında zaman içinde değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin, AİHM uygulamasında “beş teknik”²¹ olarak isimlendirilen fiilleri Komisyon “işkence” olarak nitelendirdiği halde, daha sonra Divan “İnsanlık dışı Muamele” olarak nitelendirmiştir.²²

Türk Anayasa Mahkemesi (AYM), tutuklu sanığın gerektiğinde demire (prangaya) vurulmasını öngören Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 116. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün Anayasa'nın İşkence ve eziyetin yasak olduğunu düzenleyen 14. maddesine aykırı bulunduğu ve demire vurmanın işkence ve eziyet niteliğinde olduğu gerekçesiyle ilgili madde hükmünü iptal etmiştir.²³ Buna karşılık Askeri Ceza Kanunu'ndaki (ACK) üç haftaya kadar katıksız hapis (sadece su ve yeteri kadar ekmek) verilmesinin insan onuruna aykırı olmadığını ve dolayısıyla işkence veya eziyet sayılmayacağına karar vermiştir.²⁴ Konu ile ilgili üç kararda, Askeri Ceza Kanunu'ndaki “katıksız hapis cezası”nın insan onuruna, yani Anayasa'daki “insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz” ilkesine aykırı olmadığı sonucuna oyçokluğuyla varılmıştır.

²⁰ KABOĞLU, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku**, 3. Baskı, Afa Yay. İstanbul 1993 s.271-272; DONNELLY, s.36-37

²¹ “Derin Sorgulama Yöntemi” olarak da isimlendirilen “beş teknik” kavramı içinde yer alan hareketler şunlardır: Sanığın dikey şekilde duvara dayalı olarak uzun süre ayakta tutulması, sorgulama dışındaki süre zarfında kafasına koyu renk bir torba geçirilmesi, uyutmama, yiyecek ve içeceğin azaltılması, gürültüye maruz bırakma. Bkz. KARATAŞ, Hüseyin. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Sorgusu ve İşkence Yasağı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000 s.189, dipnot 727; Ayrıca “beş teknik” uygulamasını insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele sayan AİHM İrlanda - Birleşik Krallık davası için bkz. DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999 s.11-13, Kararın tam metni için DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Avrupa İçtihatları**, Beta Yay. İstanbul 1997 s.75-140

²² KARATAŞ, s.189

²³ AYM'nin 15.6.1967 Tarih ve 1966 E. – 1967 K. Sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-65.htm> (17.9.2006)

²⁴ AYM'nin 27.12.1965 tarih ve 1963/57 E – 1965/65 K.; aynı tarihli 1965/41 E – 1965/66 K.; ve 28.6.1966 Tarihli 1963/132 E – 1966/29 K. Nolu kararları için Bkz: http://www.anayasa.gov.tr/general/karar_bilgibank.asp (17.9.2006)

Kanunları somut olaya uygulamakla görevli olan yerel ve yüksek mahkemelerin işkence kavramı ile ilgili içtihatları da tanımlama açısından önemlidir. Örneğin, Yargıtay bir kararında işkenceyi “*Bir kimseye cürmünü söyletmek için onun cismine yönelik maddi ve manevi nitelikte eza verici hareket*” şeklinde tanımlamıştır²⁵.

Dünya Tabipler Birliği’nin yayınladığı “Tokyo Bildirgesi”nde, “*işkence, kendi başlarına ya da herhangi bir otoritenin emri ile hareket eden bir ya da birden çok kişinin, bir diğer kişiyi bilgi vermeye, bir itirafta bulunmaya ya da diğer herhangi bir nedenle zorlamak için kasıtlı, sistematik ya da nedensiz olarak gerçekleştirdiği fiziksel ya da mental acı*”²⁶ şeklinde ifade edilmiştir.

Uluslararası insan hakları belgelerinde de işkencenin tanımı yapılmıştır. BM “*İşkenceye Karşı Bildiri*”de²⁷ işkence, “*bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden ya da üçüncü kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak; ya da o kişiyi ya da başka kişileri korkutmak için bir kamu görevlisi tarafından bizzat yahut teşvikiyle suretiyle yapılan ve gerek fiziksel gerekse manevi ağır acı ve ızdırap veren herhangi bir eylem*” olarak tanımlanmıştır.²⁸

10 Aralık 1984 tarihli *Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*’de (Kısaca “BM İşkenceye Karşı Sözleşme” olarak anılacak) yer alan işkence tanımı ise, yapılan en kapsamlı ve ayrıntılı tanımdır. Sözleşmenin 1. maddesinin 1. fıkrası işkenceyi şöyle tanımlamaktadır: “*Bu Sözleşmenin amacı bakımından, “işkence” terimi, bir kimseye kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak, veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla*

²⁵ Y.C.G.K. 4.4.1983 64/156 Sayılı Kararı; aktaran MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu**, C.2, Adil Yay. Ankara 1996 s.1835

²⁶ GÜLTAŞ, Veysel. **İnsan Hakları Odağında İşkence**, Bilge Yayınevi, Ankara 2005 s.54-55

²⁷ Bildirinin tam adı “*Tüm Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı Ya da Aşağılayıcı Muamele Ya da Cezaya Maruz Bırakılmasına Karşı Korunması Bildirisi*”dir. BM Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1975 tarih ve 3452 (XXX) sayılı karar ile kabul edilmiştir. Bkz: GEMALMAZ Mehmet Semih, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 2002 s.28-30

²⁸ GEMALMAZ, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.28

*veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir*²⁹.

İşkence kavramı ile ilgili olarak uluslararası hukuk mekanizmalarının tanımlamaları, özellikle insan hakları hukuku açısından önem arz etmektedir.³⁰ İnsan Hakları Avrupa Komisyonu işkence kavramını Yunanistan davasında şöyle tanımlamıştır: “İşkence kelimesi genellikle, bilgi almak veya ceza vermek amacıyla yapılan ağır gayri insani muameleyi ifade etmek üzere kullanılır, bilinçli olarak bedensel veya ruhsal şiddetli acı vermek ve ilgili durumda hukuka uygun olmamak koşullarını içeren bir kavramdır”.³¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında BM İşkenceye Karşı Sözleşme’deki tanımı göz önünde tutmaktadır. Bu çerçevede işkence; (1) Fiziksel veya ruhsal ağır acı ve ıstırap veren bir fiil olmalı (maddi unsur), (2) bu fiil kasten işlenmeli (manevi unsur) ve (3) fiili işleyen resmi sıfatla hareket eden bir kişi ya da bunun bilgisi veya onayı dahilinde üçüncü kişiler tarafından (fail) işlenmiş olmalıdır.³²

B – Kanunlarımızda İşkence Suçunun Düzenleniş Şekli

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun (YTCK) ikinci kısmını oluşturan “Kişilere Karşı Suçlar”ın Üçüncü Bölümü “İşkence ve Eziyet” suçlarını düzenlemiştir (m.94-96). YTCK m.94 ve devamında düzenlenen maddeler Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan kişi dokunulmazlığı ile işkence ve eziyet yasağının yaptırımıdır. YTCK ile işkence suçunda bir çok yenilik getirilmiş, bu kapsamda işkencenin tanımı yapılmış, kapsamı genişletilmiştir.

²⁹ DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, 1. Bası, Beta Y. İstanbul 1998 s.119

³⁰ İşkence yasağının uluslararası insan hakları hukuku açısından normatif çerçevesi açısından bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yay. Ankara 2006 s.21 vd.

³¹ NUHOĞLU, Ayşe. “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, . Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, Yayın No:8 İstanbul 1999 s. 534

³² DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yay. İstanbul 1998 s.18

Her ne kadar 1 Haziran 2005 tarihi itibari ile 765 Sayılı eski Türk Ceza Kanunu (ETCK) yürürlükten kaldırılmış olsa da, bir çok konuda failin lehine olan hususlar içerdiğinden ve yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlara uygulanacağından çalışmamızda, ETCK'ya da yer vereceğiz.

YTCK'nın 94. maddesine göre “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları(n)*” gerçekleşmesi halinde işkence suçu gerçekleşmiş olur. Bunun yanında YTCK'da düzenlenen yeni suçlardan olan “İnsanlığa Karşı Suçlar”ı düzenleyen 77. maddede bazı fiillerin, “*siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi*” halinde suçun gerçekleşeceğini belirtmiş, (c) fıkrasında işkencenin de bu fiillerden olduğu belirtilmiştir.

ETCK 243. maddesinde işkence suçu yer almıştı; buna göre “*Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunması engellemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya herhangi bir sebeple işkence*” etmek suçtur. ETCK madde 450/3'te adam öldürme fiilinin “*Canavarca bir his zevki ile veya işkence ve tazip ile ika*” edilmesi hali düzenlenmişti. Buradaki işkence, adam öldürme fiilinin icrası sırasında maktul üzerinde ölüm neticesini meydana getirme açısından zorunluluk olmadığı halde, maktule acı ve ızdırap vermek amacıyla yapılan vahşiyane hareketler anlamına gelmektedir³³.

Askeri Ceza Kanunu (ACK) m. 127/3'te de “*Yaralıyı soymak kastıyla işkence eden*” kişilerin işlediği cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu madde savaş halinde yaralıların mallarına tecavüz edenleri ve hırsızlık amacıyla işkence yapmayı cezalandırmaktadır.³⁴

ETCK m. 450/3 ile ACK m. 127/3'te, bu suçların işlenmesi sırasında zorunlu olmadığı halde, acı ve ızdırap verme niteliğindeki hareketler işkence olarak kabul

³³ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.7; EREM, Faruk. TCK Şerhi, C.3. Seçkin Yayınları Ankara 1993 s.2004

³⁴ ÇELEN, Orhan. **Askeri Ceza Kanunu - En son içtihatlı, notlu, açıklamalı, ek ve örnekli**. Ankara 2001 s.521-522

edilmiş ve suçun cezasının ağırlaştırma nedeni olarak düzenlenmiştir.³⁵ ETCK m. 243'te ise şüphelilerden itiraf almak, ifadelerini belli bir yönde verdirmek ve benzeri herhangi bir sebeple yapılan işkence suçu özel olarak düzenlenmiştir. YTCK m. 94-95'te işkence suçuna daha kapsamlı düzenleme getirilmiş, dar ve teknik anlamından vazgeçilerek işkence suçu geniş anlamda kullanılmıştır. Yeni kanuna göre failin kamu görevlisi olması yeterli olup, hangi amaçla ve kime karşı bu fiili işlediğinin bir önemi yoktur.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK), 3842 sayılı yasa ile 18.11.1992 yılında yapılan değişiklikle "*Yasak sorgu yöntemleri*" başlıklı 135/a maddesine göre "*İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz. ... Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.*" İfadeleri eklenmiştir. Bu değişiklik ile ceza yargılamasında işkencenin bir sorgu yöntemi olarak kullanılması açıkça yasaklanmış, işkence ve benzeri iradeyi bozan müdahaleler sonucu elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.³⁶

CMUK'u ilga eden 4.12.2004 tarihli 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 148. maddesi de işkenceyi yasak sorgu yöntemleri başlığı altında ele almıştır. Buna göre (m.148-1) "*şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.*" Ayrıca, CMK m. 100/3' e göre işkence suçu tutuklama nedenleri arasında sayılmıştır.

5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 46. maddesine göre çocuk hükümlüler ile ilgili olarak "*görevlilere, diğer çocuklara işkence yapmak veya yaptırmak*" disiplin cezası ile yaptırıma bağlanmıştır.

³⁵ ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.8

³⁶ Bkz. DOĞAN, Y. Hakkı. *Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma*, Kazancı Yay. İstanbul 1994 s.91-94

C – İşkencenin Hukuki Niteliği

Hukuki bir kavram olarak işkence, kamu görevlileri tarafından, insan onuruna aykırı bir biçimde, genellikle bir yargılama faaliyeti çerçevesinde suç isnat edilen kişinin (şüpheli veya sanığın) itiraf etmesini sağlamak ve iradesini etkilemek amacıyla yapılan maddi ve manevi baskıları, ağır bedensel, ruhsal veya zihinsel acı veya ızdırap veren hareketleri ifade eder.³⁷

İşkence ve benzeri suçların tanımı ve niteliğini belirlemede karşılaşılan sorunlara rağmen, genel olarak, işkencenin herhangi bir biçimde özgürlüğü devlet tarafından kısıtlananlara (gözaltına alma, tutuklama gibi) uygulandığı görüşü hakimdir. Tarihi ve siyasi anlamı içinde değerlendirildiği zaman işkence, devlet otoritesini kullananlar tarafından korkutmak, yıldırım, itiraf almak veya cezalandırmak gibi amaçlarla kullanılmıştır.³⁸ Bu fiiller, bireyin beden bütünlüğünü, biyolojik, toplumsal ve kamusal özgürlüklerini çığnemektedir. Kısacası işkence ile kastedilen şey, genellikle bir kişinin, devlet görevlilerinin elinde bulunduğu sırada, bu görevliler tarafından belirli bir amaçla ve bilinçli bir şekilde bu kişi üzerinde uygulanan acı ve ıstırap doğuran hareketlerdir.³⁹

Yukarıdaki anlatımları göz önüne aldığımızda işkence suçunda genel olarak üç temel özellik göze çarpmaktadır:

- 1- Fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap vermek;
- 2- Kamu görevlilerinin rızası veya muvafakatiyle yapılmak;
- 3- Bilgi almak, cezalandırmak ya da korkutmak gibi spesifik bir amaçla yapılmak.⁴⁰

Bu amaç, işkence gören kişiden veya üçüncü kişiden bilgi alma, ifadesini baskı altında tutma, onu cezalandırma gibi bir hususu içermelidir.⁴¹

Bu üç unsura göre işkence kavramına, kişinin fizik olarak resmi kişilerin eli altında bulunduğu, bu kişilere bizzat veya bir başkası vasıtasıyla şiddetli bir şekilde

³⁷ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü** s.5

³⁸ ÇOR, Yaşar. “**Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence**”, Yüksek Lisans Tezi. Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Akademisi, 2005 s.13

³⁹ ÜZÜLMEZ, İlhan. “**Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**”, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 s.5 (“ÜZÜLMEZ, **TCK’da İşkence Suçu**”)

⁴⁰ GIFFARD, Camille. **İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı**, Çev: Orhan Kemal Cengiz, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Egetan Basım Yay. 1. Bası, İzmir, 2001 s.45

⁴¹ NUHOĞLU, s.530

acı ve ıstırap verme suretiyle uyguladığı bütün hakimiyet ilişkileri dahil edilmiştir. Söz konusu acı ve ıstırap, devlet gücünü elinde bulunduranların hakimiyetlerini arttırmaları amacıyla uygulanmaktadır.⁴²

İşkence fiillerinin çoğu ortak olarak aşağıdaki unsurları içerir:

1-İşkencede, kuvvetli acı, ıstırap, kötü davranış veya insan onuruna aykırı bedensel (fiziksel) veya ruhsal (manevi) bir baskı söz konusudur. Bilim ve teknolojideki gelişmelerden yararlanılarak, kişi üzerinde belirgin bir acı doğurmayan, fakat kişinin bedensel veya ruhsal bütünlüğüne tecavüz niteliğinde olan, onun özgür iradesini etkileyen, insan onuruna aykırı kontrol teknikleri göz önüne alındığında, “acı verme”de mutlak bir ölçü aramak yerine insan onurunun dokunulmazlığı ve korunması üzerinde temellendirmek gerekecektir.⁴³

2-İşkenceye maruz kalan kişi, devlet koruması altında, belirli amaçla ve bilinçli bir şekilde, ağır bedensel veya ruhsal acı, ıstırap ve insan onuruna yakışmayan bir uygulamaya tabi tutulmaktadır. Burada, kişinin özgür iradesini etkilemek veya ortadan kaldırmak amacıyla bedensel veya ruhsal dayanma gücü ve direnci ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle kişi devletin elinde bulunduğu sırada çaresizlik ve imkansızlık içerisinde olup, iradesine yönelik etkilerin ve haklarının çiğnenmesinin önüne geçememektedir. İşkence fiilinde, kişinin onuru çiğnenmekte, kişinin özgüveni ortadan kaldırılmakta ve egemen güç/otorite karşısında boyun eğerek teslim olması sağlanmaktadır.⁴⁴

3-İşkence gören kişi devamlı veya geçici olarak bir üçüncü kişinin himayesi altındadır. Bu üçüncü kişi bir devlet organı veya devletin izni ile kuvvet kullanmaya yetkili bir organdır. Bu nedenle işkence suçunun faili resmi sıfatla hareket eden bir kişi veya bu kişinin teşvik veya tahrikiyle hareket edendir.⁴⁵ İşkence suçu failinin bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir kimse olması işkencenin önemli ayırt edici vasıflarındandır. Bu suçtaki fail-mağdur ilişkisi özünde birey-devlet ilişkisi olarak kavranmıştır.⁴⁶ İşkence ile ilgili raporlarda ortak nokta, işkencenin

⁴² NUHOĞLU, s.530

⁴³ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami. “İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998 s.156; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü** s.11

⁴⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.11; NUHOĞLU, s.529

⁴⁵ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü** s.11; NUHOĞLU, s.529

⁴⁶ GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.310

mağdura tutuklulukta veya devletin elinde bulunduğu sırada kamu organlarının izni veya göz yummasıyla gerçekleştirdiğidir.⁴⁷ Dolayısıyla kamu görevlisi olmayan şahısların yaptığı işkence fiili, genellikle işkence suçu kapsamına girmemektedir. Ancak, işkence suçu ile ilgili tanımlarda kamu görevlisinin fiili doğrudan uygulama şartı aranmadığı için bir kamu görevlisinin teşvik, tahrik, onay, muvafakati, rızası veya aracılığıyla işlenmesi halinde suçun oluşacağı genel olarak kabul edilmektedir.⁴⁸

Genel olarak, işkencenin bilinçli ve kasıtlı yapılması, failin kendi iradesini dikte ettirerek, bilgi almak veya cezalandırmak veya korkutmak ya da ayrımcılığa dayalı veya benzeri bir saikle gerçekleşmesi gerekir. YTCK’da bu saike de gerek yoktur. ETCK’da ise daha dar bir çerçeve içerisinde değerlendirilerek, kişinin iradesinin aksi yönde etkilenmesi, mağdur, şahsi davacı, müdahil veya tanığın şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek veya cezalandırmak veya benzer bir sebeple yapılması saik aranmıştır.⁴⁹ İşkence suçunun önemi, sadistçe yapılan bir eylem olmasından değil, daha çok sanığa suçunu itiraf amacıyla yapıldığından, işkence ile bir bakıma vücudun kendi kendisine ihaneti sağlanmaya çalışılmaktadır.⁵⁰ Sonuçta acı insanı konuşturur. Ama bu, acının konuşturduğu kişinin mutlak gerçeği söylediği anlamına gelmez. Acı nedeniyle insan doğru veya yalan failin istediği şekilde konuşacaktır.⁵¹

Bir kişinin suçlu olup olmadığı henüz tam olarak belli olmamışken, henüz sadece şüpheli olan kişiye işkence yapılması, daha başta o kişinin suçlu olduğunu kabul etmek ve cezalandırmak anlamına gelir. Bu durum hukukun genel bir ilkesi olan masumiyet karinesinin⁵² açıkça ihlali anlamına gelir.⁵³

⁴⁷ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü** s.11-12 dipnot:40; İnsan hakları kuruluşlarının işkence ile ilgili raporlamaları için bkz. www.ihd.org.tr, www.tihv.org.tr, www.mazlumder.org, www.amnesty.org.tr .

⁴⁸ BM İşkenceye Karşı Bildiri’nin ve Sözleşme’nin 1. Maddeleri için bkz. DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, Beta Yay. İstanbul 1998 s.119; Sivil kişilerce yapılan işkence eylemlerinin işkence suçu kapsamına alınmaması eleştirilmiştir. Bilindiği gibi dünyanın bir çok yerinde yaygın olan çocuklara karşı şiddet uygulanması, hizmetçilere ve çalışanlara kötü muamele, kadınların dövülmesi ve sadistçe eylemlerin işkence suçu kapsamına girmemesi zaaf olarak değerlendirilmiştir. Bkz. GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.310

⁴⁹ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü** s.12

⁵⁰ ERTUĞRUL, Metin. *İşkence ve Ötesi, Özgürlüğün Bedeli*, **Yargıtay Dergisi**, Ekim – 1975, sayı 4 s. 123

⁵¹ EREM Faruk, “İşkence” **TBB Dergisi**. 1988, S.2 s.198

⁵² TC (1982) Anayasası madde:38/4

⁵³ DÖNMEZER, Sulhi. “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998 s.67-74

D – İşkence Suçu

İşkence suçu tanımlarına baktığımızda, sadece suçunu itiraf ettirmek amacıyla yapılan dar tanımlamadan, herkesin herhangi bir amaçla bu suçu işleyebileceğini öngören tanımlara kadar farklı tanımlar yapıldığı görülmektedir. Örneğin, en dar tanımıyla işkence suçu, ifade alma ve sorgu yapmaya yetkili memurların sanığa suçunu itiraf ettirmek, ifadesindeki çelişkileri düzeltmek, suç delillerini ya da ortaklarını ele geçirmek gibi amaçlarla şüpheli ya da sanığa bedensel veya ruhsal zarar vermeleri, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yapmalarıdır⁵⁴. 1999 yılında 4449 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önceki ETCK m. 243'te tanımlanan “*cürmünü itiraf ettirmek amacıyla*” sanığa işkence yapmak dar anlamda işkence suçunu oluşturur. Bu tanıma göre işkence suçu ancak ceza yargılaması sırasında işlenebilir ve mağduru da sadece sanık olabilir.

İşkence suçu teknik / hukuki olarak ele alındığında, genel bir kavram olan işkence kavramından daha dar yorumlanabilmektedir. Bu daraltmanın işkence suçunun adliye ve adaletle ilişkili olmasından kaynaklanmakta olduğu ifade edilmektedir.⁵⁵ Bu anlamıyla işkence, kişilere karşı adli amaçlar dışında yapılan kötü muamele ile cezanın infazının hükümlüde yarattığı acı ve ızdıraptan ayrılmaktadır. Adli amaçlar dışında yapılan işkenceye ACK'nın 127. maddesi (yaralıyı soymak kastıyla işkence yapmak) ve ETCK'nın 450/3 maddesi (işkence ve tazip ile adam öldürmek) örnek olarak verilebilir.

Nitekim önceki kanuni düzenlemeye uygun olarak Yargıtay 1981 tarihli bir kararında ETCK m. 243'ü yorumlarken işkence suçunun iki ögesi olduğunu belirtmiştir. Bu karara göre; “*TCK'nun 243. maddesinde yazılı suçun oluşması için zorunlu öğeler ise şunlardır:*

1-Hakkında ceza kovuşturmasına girişilmiş suçlu bir sanık bulunacaktır.

⁵⁴ DEMİRBAŞ, Timur. “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, **Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan**, TBB Yay. Ankara 1999 s.207; DEMİRBAŞ Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yay. Ankara 1992 s.5-6

⁵⁵ ÜZÜLMEZ, **İşkence** s.15

2-Bu sanığa mahkeme başkanı veya üyelerinden veya hükümet memurlarından biri sanığa suçunu söyletmek için ona işkence veya onur kırıcı eylemler yapacaktır.”⁵⁶

Yargıtay nispeten yakın tarihli bir kararında da -değişiklikten kısa bir süre önce- ETCK m. 243'te öngörülen “...Suçun oluşması için;

a- Suç failinin yetkili memur olması,

b- Mağdurun, "sanık durumunda bulunan" kimse olması,

c- Sanığın; mağdura suçunu söyletmek "saiki" ile hareket etmesi,

d- Sanığın işkence etmesi yahut zalimane veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamelelerde bulunması gerekir. Memur olmayan veya memur olsa bile yetkili bulunmayan bir kimsenin sanık durumunda sayılmayan bir kimseye karşı veya suçunu söyletme özel kastı olmaksızın fena muamelelerde bulunması halinde bu maddedeki suç oluşmayacaktır.⁵⁷ şeklinde karar vermiştir.

ETCK'da 1999 yılındaki değişiklikten önce, sanık dışındaki kimselerin doğrudan ceza yargılaması ile ilgili olsa dahi, maruz kaldıkları işkence ve benzeri muameleler, memurların kötü muamele etmesini yasaklayan ve daha hafif cezayı öngören ETCK m. 245 kapsamında değerlendirilmekteydi. Hatta uygulamada, kabul edilemeyecek derecede daraltma örneklerine de rastlanmıştır. Yargıtay 1970 tarihli bir kararında “1 - Kanununun 243. maddesinin uygulanabilmesi için sanık olan bir kimseye cürmünü söyletmek için işkence ve kötü muamele yapılması lazımdır. 2- Memurun sanığa cürmünü değil de cürmün delilini söyletmek için kötü muamele yapması halinde TCK'nun 245. maddesi uygulanır.”⁵⁸ ifadesini kullanmıştır. Bu karar doktrinde eleştirilmiştir.⁵⁹ Yargıtay daha sonraki kararlarında bu içtihadından dönmüştür.

Geniş anlamda işkence suçu kavramı ise, ceza yargılamasının yanında ayrıca idari ve disiplin soruşturma ve yargılamaları ile sanık dışında ayrıca tanık, bilirkişi, müdafî gibi kişileri de mağdur olarak ele alması bakımından farklıdır. ETCK 243.

⁵⁶ Y. 8. CD. 19.6.1981, 2821/4069. YKD.1981, S.9, s.1218; Aktaran DEMİRBAŞ Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.7

⁵⁷ YCGK E. 1999/8-109, K. 1999/164 15.06.1999.

⁵⁸ Y. 1. CD. 15/9/1970 – 3576/2486 sayılı kararı.

⁵⁹ DEMİRBAŞ, “cürmünü söyletmek” ifadesinin “suç delillerini ve “şeriklerini” söyletmek şeklinde anlamak gerekir. Bkz. DEMİRBAŞ, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.8 dipnot:3

maddesinde 1999 yılında 4449 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle geniş anlamda işkence suçu kavramı mevzuatımıza girmiştir. 26.08.1999 tarihinde yapılan bu değişikliğe göre; “*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 cezası verilir.*” (ETCK’nın 4449 sayılı kanun ile değişik 243/1 maddesi)

YTCK 94 ve 95. maddelerde ise daha geniş bir yorumu benimsemiş, işkencenin tanımı verilerek, failin “kamu görevlisi” olmasını yeterli bulunmuş, fiilin işlenmesi için herhangi bir saik aranmamıştır. YTCK m.94’e göre işkence suçu, kamu görevlisi sıfatına sahip biri tarafından “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları(n) gerçekleştirilmesidir.*”

Böylece Ceza Kanunumuzda işkence suçu, dar ve spesifik çerçeveden çıkılarak adli amaçlar dışında yapılan işkenceyi de kapsamına almıştır. YTCK m. 94’e göre işkence sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Fiilin belirli bir saikle gerçekleşmesi şart olmayıp, herhangi bir amaçla bu suçun işlenmesi mümkündür.

İşkence suçunun en geniş yorumu ise, geleneksel (teknik anlamdaki) işkence tanımını aşmaktadır. Bu tanıma göre işkence fiilini işleyenler sadece kamu görevlileri, kamu gücünü kullananlar veya kamu görevlisi olarak hareket edenler değil, herkes olabilmektedir.⁶⁰ Nitekim, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan esinlenilerek hazırlanan 2001 ve 2003 TCK Tasarılarında işkence suçu, özgü suç olmaktan çıkarılarak genel bir suç olarak, herkesin, herkese karşı, her koşulda işleyebildiği bir suç tipi olarak düzenlenmek istenmiştir.⁶¹

⁶⁰ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami. “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, **Türk Ceza Kanunu Reformu II** - TBB Makaleler, Görüşler, Raporlar (İçinde). 2004 s.372

⁶¹ ÖNOK, R. Murat. **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay. Ankara 2006 s.281

İşkence suçu, işkence yapmak fiilinin yanında, zalimane, gayrı insanı ve onur kırıcı muameleyi de kapsamına almakta⁶² ve “işkence ve benzeri kötü muameleler” olarak adlandırılmaktadır. Kanun koyucu, YTCK’da bu kavramlara birebir yer verilmemiş, fakat yapılan tanım ile bu hususları kapsayacak şekilde ele alınmıştır. YTCK m. 94’te yer alan “İnsan onuruyla bağdaşmayan”, “bedensel ve ruhsal yönden acı çekme”, “aşağılanma” gibi ifadeler yukarıda sayılan işkence ile birlikte kullanılan kavramları da içerir biçimde düzenlenmiştir.

ETCK belli bir amaca ulaşmaya elverişli ve irade özgürlüğünü engelleyici olduklarından zalimane, gayrı insanı veya onur kırıcı muameleleri işkencenin benzerleri olarak işkence suçu kapsamında değerlendirmiş ve cezalandırmıştır. Birbirine yakın ve girift olan bu kavramların işkence suçu/yasağı kavramı içinde ele alınması doğaldır. İşkence ve benzeri kötü muameleler arasında sadece bir yoğunluk ve derece farkının olduğu kabul edilmelidir. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, bir kararında her işkence fiilinin aynı zamanda zalimane, insanlık dışı ve haysiyet kırıcı muameleyi oluşturduğunu, fakat her zalimane, insanlık dışı ve onur kırıcı muamelenin işkence olmayabileceğini belirtmiştir.⁶³ İşkence kavramı, işkence fiili ile birlikte zalimane, onur kırıcı ve insanlık dışı muameleleri içeren üst bir kavram konumundadır.⁶⁴ YTCK’da alt veya üst bir kavram olduğuna bakılmaksızın bu tür muamelelerin hepsinin işkence olarak değerlendirileceği açıktır.

Sonuç olarak YTCK m.94 ve BM İşkenceye Karşı Sözleşmenin m.1’deki tanımları da göz önüne alarak şöyle bir tanım yapmak mümkündür: İşkence, kamu görevlisi olan bir kişinin veya kamu görevlisinin doğrudan veya dolaylı yardımıyla, kasıtlı olarak gerçekleştirilen, kişinin iradesinin yönlendirilmesi, cezalandırılması veya başka bir amaçla yapılan, insan onuruyla bağdaşmayan, algılama veya irade yeteneğini etkileyen, bedensel veya ruhsal yönden acı ve ıstırap çekmesine, aşağılanmasına yol açan maddi ve manevi mahiyette eza verici davranışlardır.

⁶² ÜZÜLMEZ **İşkence** s.17

⁶³ Yunanistan’a karşı Danimarka, İsveç, Norveç ve Hollanda başvurusu 5.11.1969 tarihli İnsan Hakları Avrupa Komisyonu kararı.

⁶⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence** s.17

II – BİR İNSAN HAKLARI SORUNU OLARAK İŞKENCE

A - Genel Olarak

İnsan hakları, dil, din, ırk, cins vs. farkı gözetilmeksizin⁶⁵ insanlık ailesinin her üyesine tam bir eşitlikle tanınmış, insan onuruna bağlı olan, bireylerin sırf insan olmakla (doğuştan) sahip oldukları, haklardır.⁶⁶ İnsan hakları, insanın kendi insanlığından vazgeçilemeyeceği için vazgeçilmez; ülkeden ülkeye ve zaman içinde değişmesi nedeniyle dinamik; zaman ve mekan unsurlarıyla bağlı olmadığından evrenselidir.⁶⁷ İnsan hakları, kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu haklar olduğundan, evrensel olarak, bütün insanlar bu haklara sahiptirler. İnsan hakları en üstün ahlaki haklar olmaları nedeniyle diğer ahlaki, hukuki ve siyasi taleplerden önce gelirler. Bu özelliği ile insan haklarının ‘ahlaki evrenselliği’ de ön plana çıkar. Ayrıca, çağdaş dünyada, bütün devletlerin, (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi başta olmak üzere) uluslararası insan hakları normlarını kabul ettiklerini ve buna bağlı olduklarını ilan etmeleri de insan haklarının bir diğer evrensel boyutudur.⁶⁸

20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren insan hakları ve özgürlüklerinin belirlenmesi ve korunmasına ilişkin uluslararası çalışmalar, hem hukuk hem de sosyo-politik açıdan en önemli olayların başında gelmektedir.⁶⁹ Yaşanan iki dünya savaşının insanlığa getirdiği ağır acı ve utanç, savaş sonrası kurulan BM’nin kurucu antlaşmasında insan hakları ve temel özgürlüklere saygının özel olarak vurgulanmasına yol açmış, 1948 yılında BM Genel Kurulunda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile somut ve evrensel bir adım atılmıştır. Bu aşamadan sonra gerçekleşen çalışmalar ve imzalanan uluslararası sözleşmelerde, insan hakları

⁶⁵ “...insan hakları, ayırım gözetilmeksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu insanlığa karşı işlenen bir insanlık suçudur.” (YCGK 15.10.2002, 8-191/362 sayılı kararı için bkz. YKD, C.29, Şubat 2003 s.265 vd.)

⁶⁶ ENSAROĞLU, Yılmaz. **İnsan Hakları – Tamamlanmamış Bir Değer**, Şehir Yayınları, İstanbul 2001 s.18 ; REİSOĞLU, Safa. **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yay. İstanbul 2001 s.1

⁶⁷ KARATAŞ, Hüseyin. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Sorgusu ve İşkence Yasağı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000 s.3

⁶⁸ İnsan haklarında evrensellik tartışmaları için Bkz. DONNELLY, s.11; ANAR, Erol. **İnsan Hakları**, Özgür Üniversite Kitaplığı, Ankara 1996 s.58; GALTUNG, Johan. **İnsan Hakları – Bir Başka Açıdan**. Metis Yayınları, İstanbul 1999 s.7

⁶⁹ AKILLIOĞLU, Tekin. “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 1992 s.52; ÇEÇEN, Anıl. **İnsan Hakları**, 3. Basım, Gündoğan Yay. İstanbul 2000 s.19 vd.

hem somut ve ayrıntılı bir içeriğe, hem de giderek artan ölçüde ulusal ve uluslararası güvencelere kavuşmuştur⁷⁰. Bu uluslararası belgelerde, yaşama hakkı, işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı davranış veya ceza uygulamasından korunma, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, düşünceyi ifade özgürlüğü, gösteri, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, ayrımcılığa maruz kalmama hakkı, eğitim hakkı, serbest seçim hakkı gibi haklar, önemle vurgulanan haklardır.

B – İşkence Yasağı

İşkencenin, devletin uyguladığı baskının “en iğrenç ve sarsıcı” olanlarından biri; kölelikte olduğu gibi insanın kişilik ve onurunun özüne doğrudan ve maksatlı bir saldırı olduğu ifade edilmektedir.⁷¹

İnsan Hakları ile ilgili uluslararası Sözleşmelerde korunan hakların başında İşkence yasağı gelmektedir. İşkencenin ağır bir insan hakları ihlali olmasına rağmen, yaygın olarak kullanılması, genel insan hakları sözleşmeleri yanında, sırf işkenceyi önlemek amaçlı sözleşmeler kabul edilmesine yol açmış ve sözleşmelerin kabul edilmesiyle yetinilmeyip bu sözleşmelerin etkin olarak uygulanabilmesi için mekanizmalar da öngörülmüştür.

Türkiye’de ve Dünya’da ‘insan hakları sorunları’ deyince ilk akla gelenlerden birisinin işkence olması bir tesadüf değildir.⁷² Genel olarak, haklar açısından göreceli olarak bir sınırlandırmaya gidilmesi mümkündür. Fakat bu sınırlama hakkın özüne dokunamaz ve uluslararası yükümlülüklerle aykırı olamaz. İşkenceyi meşru gören bir hukuk düzeni veya kanun yeryüzünde yoktur ve uluslararası hukuk (uluslararası insan hakları belgeleri), hiçbir olağanüstü şart veya mazeret kabul etmeksizin

⁷⁰ MATHIEU, Jean – Luc. **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, İletişim Yay. İstanbul 1994 s.78

⁷¹ IŞIK, Canan. “**Uluslar arası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996 s.5

⁷² Türkiye’de işkence sorunu için bkz. **Türkiye’de İşkence (Hukuki Bir Yaklaşım)**, New York Barosu Uluslararası İnsan Hakları Komitesi, Belge Yay. 1991, İstanbul (Bütün kitap); GEMALMAZ, Mehmet Semih. “İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesinin Açıkladığı Türkiye Raporu (15 Aralık 1992) ve Çıkarılması Gereken Dersler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1993/1, Yıl:50 s. 89-112; Lawyers Committee For Human Rights, **Reformun Önündeki Engeller – Türkiye’de İstisnai Mahkemeler, Polisin Dokunulmazlığı ve İnsan Hakları Savunucularına Yönelik Baskılar**, Çev: Şen Süer, Belge Yay. İstanbul 1999; BAŞLANGIÇ, Celal. “İşkenceci Cenneti”, **Radikal Gazetesi**, 1 Mart 2000 s.9

“istisnasız ve koşulsuz” - mutlak- olarak işkenceyi yasaklamıştır.⁷³ Bu belgelerin hemen hepsinde, korunması önem atfedilen insan haklarının, olağanüstü durumlarda (savaş, sıkıyönetim gibi “ulusun varlığını tehlikeye düşüren” bütün hallerde) sınırlandırılabilmesi ama bunun yanında, bazı hakların da sınırlandırılmayacağı, “özüne dokunulamayacağı” genel kabul görmüştür. Bunların başında gelen “işkence yasağı”, savaş durumu da dahil olmak üzere hiçbir şekilde hukuka uygun olarak görülmemiş, yasak olduğu kesin bir biçimde vurgulanmıştır.⁷⁴

Buna karşın, işkence ve benzeri kötü muamelelerin, bütün dünyada yaygın olarak uygulandığı bilinen bir gerçektir. Ulusal ve uluslararası insan hakları kuruluşlarının raporları bu iddiayı destekleyecek binlerce örnekle doludur. Örneğin, Uluslararası Af Örgütü’nün 2000 yılındaki raporuna göre 150’den fazla ülkede işkence ile ilgili şikayetler vardır. Bunların 70’inde işkence sistematik ve yaygın olarak uygulanmaktadır. 80’den fazla ülkede işkence sonucu ölüm olayları meydana gelmiştir.⁷⁵ Ayrıca, 11 Eylül sonrası güvenliğin ön plana çıkması ve insan hakları düşüncesinin erozyona uğraması sonucu,⁷⁶ -hakkındaki tartışmaların sıkça kamuoyuna yansıdığı- Amerika Birleşik Devletleri’nin uluslararası operasyonlarla yakaladığı terör zanlılarını tuttuğu Guantanamo körfezinde, tutukluların ağır insan hakları ihlallerine maruz bırakılması, bu kişilerin “düşman savaşçı” (enemy combat) ilan edilerek hiçbir ulusal ve uluslararası hukuk kuralından faydalandırılmaması ilginç bir örnektir.⁷⁷ İşkencenin, hem ulusal kanunlarda hem de uluslararası hukukta

⁷³ İşkence yasağı olağanüstü dönemlerde bile askıya alınması mümkün olmayan “sert haklar” dandır. Bkz. KORKUSUZ, M. Refik. **Uluslar arası Belgelerde ve Türk Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul 1998 s.67; ERDAL, Meryem. **İşkencenin Cezasızlığı Sorunu – Soruşturma ve Dava Örnekleriyle**, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara 2006 s.9; DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yay. İstanbul 1998 s.2; ÇOR, Yaşar. “**Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence**”, Yüksek Lisans Tezi. Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Akademisi, 2005 s.16

⁷⁴ Bir çok ulusal veya uluslar arası belgede bu istisnasızlık açıkça belirtilmiştir. Örneğin AİHS md.15; Cenevre Sözleşmeleri ortak madde:3; TC AY’sı md. 15 gibi. Bkz. YILMAZ, Halim. “İşkenceyle Mücadelede Sorunlar ve Çözüm Yolları”, http://www.hukukcular.org.tr/haber_detay.php?haber_id=113 (15.10.2006) ; BOUCHET – SAULNIER Françoise. **İnsancıl Hukuk Sözlüğü**, Çev: Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları,1. Baskı, İstanbul 2002 s.177

⁷⁵ Amnesty International, “Take A Step To Stamp Out Torture”, <http://web.amnesty.org/library/index/engACT400132000> (12.10.2006)

⁷⁶ ARSLAN, Zühtü. “Güvenlik ve İnsan Hakları Arasındaki Kırılgan Denge”, Güvenlik Sektöründe Demokratik Açılımlar: Türkiye ve Avrupa Güvenlik Sektörü Yönetişimi –Uluslar arası Konferans, www.tesev.org.tr/etkinlik/conf_3feb_zarlan.doc - (16.9.2006)

⁷⁷ Bkz: ROSE, David. **Guantanamo – Amerika’nın İnsan Haklarına Karşı Savaşı**, Çev: Şule Gülmen, 1001 Kitap Yayınları, İstanbul 2005

kesin ve ısrarlı bir dille yasaklanmasına karşın, uygulamayla arasındaki bu paradoks, kişileri işkence ve kötü muameleden korumak için, devletlerin etkin önlemler almadığını veya alınan önlemlerin etkin bir şekilde uygulamaya konulmadığının işaretidir.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerine göre devletler, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleleri önlemek için gerekli tüm idari ve hukuksal önlemleri almakla yükümlüdürler.⁷⁸ BM İşkenceye Karşı Sözleşmede, evrensel yetki kavramını benimsemiştir. Buna göre işkence fiilini işleyenler, vatandaşlıkları ne olursa olsun, suç nerede işlenmiş olursa olsun, ülkeler bu suç nedeniyle failleri yargılayabilirler.

İnsancıl hukuk hükümleri de işkencenin ağır bir ihlal olduğunu, savaş sırasında işlenen işkencenin bir savaş suçu sayılacağını açık bir biçimde belirtmektedir. 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi işkenceyi her zaman ve her koşulda yasaklamıştır.⁷⁹ 1949'daki Dört Cenevre Sözleşmesine ek olarak 1977'de düzenlenen iki ek protokol, bu eylemlerin fiziksel olması yanında, zihinsel de olabileceğini belirterek işkence yasağını daha da kuvvetlendirmiştir.⁸⁰ Bu hükümler iç silahlı çatışmalar için de geçerlidir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kabul eden 1998 yılında Roma Statüsü'nde de fiziksel ve zihinsel işkenceyi insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının tanımı içerisinde ele almıştır.⁸¹

III – İŞKENCE SUÇUNUN ULUSLARARASI BOYUTU

A – Genel olarak

Aydınlanma Dönemi ve ardından yaşanan Fransız ve Amerikan devrimlerinin şekillendirdiği anayasalar ile işkence ve bedensel ceza yasağı, kölelik kurumunun kaldırılması gibi temel hak ve özgürlüklerde büyük adımlar atılmıştır. 1899 - 1907 Hauge (La Haye) konferansları ile İşkence yasağı uluslararası boyut kazanmaya başlamıştır.⁸²

⁷⁸ BOUCHET – SAULNIER Françoise. **İnsancıl Hukuk Sözlüğü**, Çev: Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2002 s.177

⁷⁹ TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur. **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta Yay. İstanbul 2006 s.49-50

⁸⁰ BOUCHET – SAULNIER, s.177-178

⁸¹ BOUCHET – SAULNIER, s.293 'Savaş suçu – insanlığa karşı suç' maddesi.

⁸² ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.38; GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.159-160

20. Yüzyılda özellikle 1930-1945 yılları arasında, Nazi (Nasyonel Sosyalist) ve Faşist iktidarlar döneminde yasal olarak suç olmasına ve cezalandırılmasına rağmen muhalefete ve Yahudilere karşı işkence ve benzeri eylemler yoğun olarak yaşanmıştır. Bu dönemde özellikle Yahudi toplama kamplarında ve savaş esirlerine karşı planlı, sistematik, yoğun bir şekilde işkence uygulanmıştır. Nazi Almanyası'nda Hitler'in emriyle Gestapo'nun (Nazi istihbarat teşkilatı) bulunduğu her şehirde bir "işkence merkezi" kurulmuştur. Hitler'in komutanlarından Himmler'in emirnamesi ile "sabotajcılara, tedhişçilere, mukavemetçilere, paraşütle indirilen ajanlara, anti-sosyal unsurlara, Rus ve Polonyalı serserilere işkence uygulanabilir. İşkence duruma göre şunları kapsar: Gıdayı (ekmek ve suyu) azaltma, sert yatak, ışısız hücre, uyutmamak, yorucu bedeni hareketler, kırbaçlama..." şeklinde işkence olağan bir uygulama haline getirilmiştir.⁸³

2. Dünya Savaşı'ndan sonra, savaşın insanlığa getirdiği acılar ve yıkıntılar üzerine Birleşmiş Milletler örgütü kurulmuş ve 1948 yılında "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" ilan edilmiştir. Ardından hem BM bünyesinde hem de bölgesel çapta (Amerikan, Afrika gibi) temel hak ve özgürlüklerle ilgili çok sayıda sözleşme ve bildirge hazırlanmış ve yürürlüğe konmuştur.

B - Uluslararası Sözleşmelerin Türk İç Hukukundaki Yeri

Türkiye Cumhuriyeti, insan hakları ile ilgili evrensel (Birleşmiş Milletler) ve bölgesel (Avrupa Konseyi) Sözleşmelere taraf olmuştur. Uluslararası sözleşmelerin usulüne göre onaylanıp yürürlüğe girebilmesi "Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır." (AY m.90/1).

Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 Anayasası'nın 90. maddesi son fıkrasına göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

Uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yeri, yürürlükteki bir kanunla çatışması durumunda nasıl bir yol izleneceği veya iç hukukta bir düzenleme bulunmadığı takdirde iç hukukta doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı konusunda

⁸³ EREM Faruk, "İşkence", **TBB Dergisi**. 1988, S.2 s.197

tartışmalar mevcuttur. Kesin olan şudur ki, uluslararası sözleşmelerin / antlaşmaların soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamamaktadır. Bu kuralın devletin uluslararası alanda sorumlu duruma düşmemesi; devletin, devletler üstü nitelik taşıyan uluslararası kuruluşlara girmesi halinde Anayasa'nın bazı hükümleriyle çelişmesine meydan vermemek gibi düşüncelerden kaynaklandığı belirtilmektedir.⁸⁴

Uluslararası sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülememesi nedeniyle sözleşmelerin Anayasa ve kanunlar karşısındaki yeri konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, antlaşmanın kendisinin yargı organları tarafından denetlenmesi imkanı yoksa da onay kararnamelerine karşı Danıştay'a, uygun bulma kanununa karşı da Anayasa Mahkemesine başvurmak mümkündür.⁸⁵ Bunu engelleyici bir Anayasa maddesi de yoktur. Anayasa Mahkemesi, bir uluslararası antlaşmanın uygun bulma kanununa⁸⁶ karşı açılan iptal davası için 27 Şubat 1997 tarihli kararında uygun bulma kanunlarının anayasal yargı denetimine tabi olduklarını kabul etmiştir.⁸⁷

Diğer bir görüşe göre Anayasa, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul etmemiştir ve bu nedenle antlaşmaların Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecek fakat antlaşmanın iç hukuktaki etkilerini, çıkarılacak bir kanunla kaldırmak mümkün olabilecektir.⁸⁸ Antlaşmaları kanunla eşdeğer gören, antlaşma ile kanunun çatışması halinde uygulanacak olanın “sonraki kanun - önceki kanun” veya “özel kanun - genel kanun” ilkelerine göre belirlenmesi gerektiği savunulmuştur. Doktrinde fazla benimsenmeyen bu görüşün kabul edilmesinin devletin uluslararası alanda yükümlülüklerine, ahde vefa ve iyiniyet ilkelerine aykırı düşeceği açıktır.⁸⁹

⁸⁴ SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık. **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C.II Seçkin Yay. Ankara 1999 s.2495 (“SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, **TCK Yorumu**”)

⁸⁵ ÇAKIR, Mustafa. “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukunda Uygulanması ve Yargısal Denetimi”, **Prof.Dr. Vecdi Aral'a Armağan**, KÜHF Yay. Kocaeli 2001 özellikle s. 90-95; Metin KIRATLI ve Mümtaz SOYSAL'ın görüşü, aktaran SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, **TCK Yorumu**, C.II s.2496

⁸⁶ Soz konusu uygun bulma kanunu “*İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*”dur.

⁸⁷ ÇAKIR, s. 90-91

⁸⁸ PAZARCI, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri I**. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 1994 s.32; SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU. **TCK Yorumu**, C.II s.2496

⁸⁹ SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU. **TCK Yorumu**, C.II s.2495-2496; PAZARCI, s.166-167

Yürürlükte olan bir sözleşmeye uyulmaması hali ne gibi sonuçlar doğurabilir? Veya devleti sözleşmeyi uygulamak için zor kullanılabilir mi? Şüphesiz böyle bir durumda ilk tepki sözleşmeyi uygulamayan devletin uluslararası toplumdan dışlanması ihtimali olacaktır. Müdahale yasağı klasik bir kural olmakla birlikte, insan haklarının iç hukuk sorunu olmaktan çıkmasıyla, insani amaçlarla uluslararası toplumun (örneğin BM'nin) müdahalesi haklı görülebilmektedir.

Doktrinde hakim olan görüşe göre, Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan ifade antlaşmaların kanunla eşdeğer olduğu anlamına gelmemektedir. Amaç, *“milletlerarası antlaşmaya dayanarak bir uyuşmazlığı çözme durumunda mahkemeleri kuşkudan kurtarmaktır.”*⁹⁰ Maddenin ifade ettiği anlam çerçevesinde, kanun ve antlaşma arasında bir çatışma olduğunda uygulanması gereken norm kanun değil, uluslararası antlaşmadır. Kanun ile milletlerarası antlaşma arasında bir çatışma çıktığında, mahkeme antlaşma hükümlerine göre karar vermelidir. Bu nedenle Türk hukukunda milletlerarası andlaşmalar kanunlarla eş düzeyde değil, kanunlardan üstün bir konumdadırlar.⁹¹ Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁹² Milletlerarası antlaşmaların doğası / üstünlüğü bunu gerektirmektedir. Örneğin, ETCK'nın işkenceyi suç sayan 243. maddesi, usulüne göre onaylanıp yürürlüğe girmiş BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesine göre dar kapsamlı tutulmuşsa, Sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile ETCK'nın 243. maddesi zımnen tadil olmuş olacaktır.⁹³ Bir başka örnek ise AİHS'yi onaylayan devletler, iç hukuk düzenlerinde sözleşmeye aykırı kurallar koymama ve yürürlükteki kuralları da sözleşmeyle uyumlu kılma yükümlülüğü taşımasıdır. AİHS ile Anayasa arasında bir çatışma

⁹⁰ TEZİÇ, Erdoğan. **Anayasa Hukuku** - Genel Esaslar, 2. Bası, Beta Yay. İstanbul 1991 s.8

⁹¹ İÇEL, Kayıhan – DONAY, Süheyl. **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.207; TEZİÇ, s.8-9; DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s. 23; ÖZGEN Eralp, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, **TBB Dergisi**. 1988, S.2 s.215; DOĞAN, İzzettin. “İnsan Haklarının Uluslararası Himayesi”, **Hıfzı Timur'un Anısına Armağan**, İstanbul 1979 s. 282

⁹² “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.03.1996 gün ve 2/33 sayılı kararında 2. görüş benimsenerek, usulüne göre yürürlüğe konmuş sözleşmelerin yasa niteliği kazandığı ve doğrudan uygulanması gerektiği kabul edilmiştir” YCGK 24.05.2005 2005/7-24 E. - 2005/56 K. <http://www.yalovabarosu.org.tr/yk/ykgoster.asp?ykid=%7BED603B4E-7289-43B1-AC13-D1080DF65F27%7D> (12.11.2006)

⁹³ ÖZGEN Eralp, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, s.215; 1997 TCK Ön Tasarısı, işkence suçunu düzenleyen 139. maddenin gerekçesinde BM Sözleşmesinin 1 .maddesinde yapılan tanımın uygulanmasının zorunlu olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **TÜRK CEZA KANUNU ÖN TASARISI (1997)**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri:3 Ankara 1997 s.62

olduğunda uluslararası hukukun üstünlüğü gereği Anayasa'nın sözleşmeye uygun yorumlanması gerekir.⁹⁴

Uluslararası antlaşmaların içerdiği konularla ilgili olarak iç hukukta bir düzenleme olmaması halinde ise uluslararası antlaşma kuralları “doğrudan uygulanırlık” niteliğine sahiptirler.⁹⁵ Bu durumda antlaşma usulüne göre yürürlüğe girmesinden itibaren iç hukukun bir parçası haline gelecek, hem boşluk hem de çatışma halinde diğer kanunlar gibi uygulanacaktır.⁹⁶

Ayrıca insan hakları konusundaki sözleşmeler için Anayasa'da özel bir kurallar düzeni kurulduğu belirtilmektedir. Anayasa'nın 2. maddesine göre “*Türkiye Cumhuriyeti, ... insan haklarına saygılı, ... bir hukuk devletidir.*” Bu maddeye göre insan haklarına aykırı kanunların aynı zamanda anayasaya aykırı sayılması gerekecektir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 5. maddesine göre “*Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, ... sınırlayan ... engelleri kaldırmaya, ... çalışmaktır.*” Maddedeki insan hakları kavramıyla ilgili sözleşmelerden doğrudan belirtilmemiş olmakla birlikte, bu ifadeyi en azından Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleriyle birlikte değerlendirmek gerekir. Sonuçta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi veya İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi ‘evrensel’ nitelikli hukuk kuralları içeren belgeler Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleri açısından ele alındığında kanunların önüne geçecek, sözleşme ile Türk Kanunu çatıştığında sözleşme öncelikle uygulanacaktır.⁹⁷

7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı yasa ile “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda*

⁹⁴ TEZİÇ, s.9

⁹⁵ “... usulüne göre yürürlüğe konmuş sözleşmelerin yasa niteliği kazandığı ve doğrudan uygulanması gerektiği...” YCGK 24.05.2005 2005/7-24 E. - 2005/56 K. <http://www.yalovabarosu.org.tr/yk/ykgoster.asp?ykid=%7BED603B4E-7289-43B1-AC13-D1080DF65F27%7D> (12.11.2006)

⁹⁶ ÖZGEN Eralp, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, s.215; BİLGE, A. Suat. “İnsan Hakları ve Türkiye”, **Ankara Barosu Dergisi**, Mart 1989 Yıl:46 Sayı:2 s.312-315; SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU. **TCK Yorumu**, C.II s.2498

⁹⁷ BİLGE, A. Suat. “İnsan Hakları ve Türkiye”, s.312-313 ; AKILLIOĞLU, Tekin. “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 1992 s.52

milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesi eklenmiş ama uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri tartışmalarını sona erdirmemiştir.⁹⁸

Anayasa'nın 90. maddesine ilave edilen yeni cümle sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeleri kapsamaktadır. Öte yandan, anılan sözleşmeler yönünden de, sadece yasa ile çelişki halinde sözleşme hükmüne öncelik tanınacağı görüşü getirilmiş olup, Anayasa ile çelişmesi halinde ne şekilde hareket edileceği hala tartışmalıdır. Elbette uluslararası sözleşme hükmünün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Ancak, Anayasa'ya uygun olup, sözleşmeye aykırı olan bir işlem hakkında neye göre hüküm kurulacağı belirsizdir. Bu sebeple son değişiklik, hukuk fakültelerinde ilk derslerde anlatılan normlar hiyerarşisini değiştirmiştir. Adeta yasa ile Anayasa arasına yeni bir norm türü yerleşmiştir. Yine de, yeni norm, yasa uygulayıcılara, yasalardan kaynaklanan bazı hukuksuzlukları, Anayasa Yargısı yoluna gitmeye gerek kalmadan doğrudan uluslararası sözleşme hükümlerine atıf yaparak çözüme kolaylığı getirmiştir. Mevcut sisteme göre, yasa uluslararası sözleşmeye aykırı ise doğrudan, sözleşme hükümlerine göre uyuşmazlık çözülebilecektir.⁹⁹

Uygulamada uluslararası sözleşmeler, Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında kanunların Anayasa'ya uygunluk denetiminde 'aydınlatıcı' ve 'destek' ölçü norm olarak kullanılmıştır.¹⁰⁰ Danıştay 1970 yılındaki bir kararında Türk hukuk sisteminde antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu görüşünü savunmuştur.¹⁰¹ Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında uluslararası sözleşmelere atıf yaptığı görülmektedir. Konumuzla ilgisi olması bakımından, kamuoyunda “Manisa Davası” olarak bilinen çok sayıda gence işkence yapan polis memuru sanıklar hakkındaki yargılama aşamasında Yargıtay 8. Ceza Dairesi, kabul edilen 'evrensel boyuttaki İnsan Hakları ile ilgili Uluslararası Sözleşmelerin' iç hukukun bir parçası olduğunu ve Anayasa m.90/son gereğince kanun hükmünde olduğunu, İnsan Hakları Evrensel Beyanname, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İşkencenin Önlenmesi Avrupa

⁹⁸ ERMUMCU, Osman. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri” <http://www.adalet.org/ybekran.php?idno=4422&id=5944&icerik=makale> (12.11.2006)

⁹⁹ a.e.

¹⁰⁰ AYM'nin karar örnekleri için bkz. TEZİÇ, s.8 dipnot:3; Ayrıca Bkz. BATUM, Süheyl. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, Doçentlik Tezi, İstanbul 1990 s.54

¹⁰¹ Danıştay 12. Daire, E.1968/1117, K. 1970/1310 sayılı kararı. Bkz. PAZARCI, s.32

Sözleşmesi ve İşkencenin Önlenmesi Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve İşkencenin Önlenmesi Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesindeki işkence tanıma atıf yapmıştır.¹⁰² Aynı dava ile ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu da karar gerekçesinde belirtilen dört uluslararası sözleşmenin yanında ayrıca -o tarihte- 'Türkiye'nin henüz katılmadığı Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7. maddesinde de benzer hükmün yer aldığını vurgulamıştır.¹⁰³

C – Uluslararası Sözleşmelerde Ve Yargı Mekanizmalarında İşkence Kavramı

'İnsan hakları' 20. yüzyılda olduğu gibi 21. yüzyılda da en önemli sorunlardan birisidir. İnsan hakları artık bir öğreti (doktrin) haline gelmiştir ve sürekli yeni boyutlar kazanmaktadır. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları kavramı hızlı

¹⁰² "...İnsan Hakları Evrensel beyannamesinin 5. maddesindeki öğeler "işkence-torture", "zalimane-cruel", "gayri insani-inhurmain", "haysiyet kırıcı-actes-outrageants" deyimleriyle TCK.nun 243 maddesine aynen aktarılmıştır. Ülkemiz, evrensel boyuttaki İnsan Hakları ile ilgili Uluslararası Sözleşmeleri benimsemiş ve İç Hukukumuzun bir parçası olarak yasalaştırmıştır. Anayasamızın 90/son madde ve fıkrasına göre usulünce yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Sözleşmeler Kanun hükmündedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki hak ve hürriyetlerin başında, yaşama, işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı ceza ve muamelelere karşı korunma hakkı belirlenmiş, 3. maddesi ile yasaklama getirilmiş, Avrupa Konseyi bünyesinde 1987 yılında imzalanan "İşkencenin Ve İnsanlık Dışı Veya Küçültücü Ceza Ve Muamelelerin Önlenmesi" sözleşmesinin dibacesinde TCK.nun 243. maddesinde yazılı tanımlamalara aynen yer verilmiştir. Bu sözleşme sadece kural belirlemekle kalmamış (CPT) İşkencenin Önlenmesi Komitesi komisyonu kurarak taraf ülkeleride uygulamayı fiilen denetime almıştır. Bu komisyon üye ülkelerin, cezaevlerinde ve emniyet birimlerinde inceleme yaparak kamusal açıklama (Public statement) ile kınama yetkisini haizdir. Yine Türkiye'nin taraf olduğu "İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Ve Cezalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesinde (İşkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa bu şahsın veya..... üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fil sebebiyle cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya uygulanan fiziki veya manevi, ağır acı veya ızdırap veren bir fil anlamına gelir), tanımına yer verilmiştir..." (Y. 8. CD E. 1998/10667 K. 1998/12819 T. 12.10.1999)

¹⁰³ "...İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında 6366 sayılı Yasayla onaylanan İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca "Hiç kimse işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz." 7217 sayılı Yasa ile onaylanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 5. maddesi ile de, "hiç kimsenin işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muameleye tabi tutulamayacağı" kabul edilmiştir. Türkiye'nin henüz katılmadığı Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7. maddesinde de benzer hüküm yer almaktadır. 3441 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunun 16.6.1988 gün 88/13023 sayılı kararı ile onaylanan "İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı Ya Da Küçültücü Muamele Ya Da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde ve 3411 sayılı Yasayla onaylanması uygun bulunup 26.2.1988 gün ve 88/12649 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile ona tavan "İşkencenin ve İnsanlık Dışı Ya Da Onur Kırıcı Ceza Ya Da Davranışın Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesinde" işkence yasaklanmış ve işkencenin önlenmesi için alınacak önlemler hükme bağlanmıştır..." (YCGK E. 1999/8-109 K. 1999/164 T. 15.06.1999)

gelişmeler göstermiş ve uluslararası boyutlara / niteliklere sahip olmuştur. Önce evrensel nitelikte BM'nin kurulması, daha sonra bölgesel nitelikte Avrupa Konseyi, Amerikan Devletler Örgütü, Afrika Birliği gibi birliklerin kurulması ile insan hakları konusunda evrensel ve bölgesel çok sayıda sözleşme hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Bunların bir kısmında sözleşmenin kabulü ile yetinilmemiş sözleşmelerin uygulanmasını sağlamak için komite, komisyon veya mahkeme gibi kurumlar da kurulmuştur.

İşkence ve benzeri kötü muameleler, genel insan hakları belgelerinde ele alındığı gibi, sırf işkence ve benzeri kötü muamelelerin önlenmesi amacına özgülenmiş belgeler de vardır. Bu belgeler uluslararası nitelikte olup ya evrensel (BM) veya bölgesel nitelikteki organlar tarafından hazırlanmış ve yürürlüğe konmuştur. Bu belgelerin çoğunda işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı veya onur kırıcı terimleri, (BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi dışında) tanımlanmamıştır.

BM İşkenceye Karşı Sözleşme'deki tanıma göre işkencenin öğelerini sıralayarak şöyle bir tanım yapmak mümkündür: Bir kişiye karşı, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bunun kışkırtması yada onayı ile, çeşitli amaçlarla, kasıtlı olarak, fiziksel veya ruhsal düzeyde etkili, ağır acı ya da ızdırap veren bir eylem işkencedir. Burada sözü edilen çeşitli amaçlar şunlar olabilir: Doğrudan mağdurdan veya üçüncü bir şahıstan bilgi ya da itiraf elde etmek veya bir suç işledikleri kuşkusuna dayanarak cezalandırmak veya korkutmak ya da itaate zorlamak.

Sözleşmeye göre işkence olarak sayılan eylemler ayrımcılığın herhangi bir türü nedeniyle de yapılabilir. Ve nihayet *'hukuka uygun yaptırımların sadece uygulanmasından doğan, bu yaptırımların kendisinde var olan veyahut arzi biçimde oluşan acı ve ızdırap'* işkence tanımındaki acı ve ızdıraba girmediği ifade edilmiştir.¹⁰⁴

Uluslararası belgelerde yasaklanan işkence ve benzeri kötü muameleler şu şekilde kategorize edilebilir: İşkence, Zalimane Muamele ve Ceza, insanlık dışı Muamele ve Ceza, Aşağılayıcı Muamele ve Ceza, Onur Kırıcı Muamele ve Ceza. Bu

¹⁰⁴ Bkz. BM İşkenceye karşı Sözleşme m.1; DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, s.119; GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.307-308;

dokuz kategori yasak arasında nitelik farklılıkları bulunsa da, yasak olma bakımından birbirlerinden farkı yoktur, birisinin daha az yasak veya daha çok yasak olması söz konusu olmaz. Hepsi aynı yasak rejimine tabi tutulmuştur.¹⁰⁵

Uluslararası belgeler doğaları gereği devletlere belli yükümlülükler getirirler. İşkence ile ilgili belgelerin hemen hepsinde taraf devletler, uluslararası işbirliği yükümlülüğü altına girmişlerdir. Taraf devletler, işkence suçlarına ilişkin ceza kovuşturmalarında, delillerin toplanması dahil her konuda işbirliği yapmakla yükümlüdürler.¹⁰⁶

Bunun yanında kendi iç hukuklarında / yargısal yetki alanlarında işkencenin önlenmesi için yasal, yönetsel, yargısal, eğitsel vs. her türlü başkaca önlemleri almak yükümlülüğü altındadırlar.¹⁰⁷ Buna uygun olarak işkence fiili, teşebbüs veya katılma da dahil olmak üzere taraf devletlerin ulusal ceza hukuklarında suç olarak düzenlenmeli ve ağırlığına uygun bir yaptırım uygulanmalıdır (BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi m.2, 4, 6, 7, 10-14; BM İşkenceye Karşı Bildiri m. 3-9).¹⁰⁸

Uluslararası belgeler, işkence konusunda uluslararası hukuk açısından da bazı yükümlülükler öngörmektedir. Buna göre bir kimsenin işkence görmesi olasılığının bulunduğu bir ülkeye geri gönderilmesi ya da sınırdışı edilmesi yasaklanmıştır.¹⁰⁹ İşkence sanığı hangi ülkede bulunuyorsa, o ülkenin yetkili birimleri işkence suçu sanığını gözaltına almakla yükümlüdürler.¹¹⁰

Devletin işkence ve benzeri kötü muameleleri yapmama ve önleme yükümlülüğü, her koşulda, her durum, olay ve zaman bakımından geçerli olup işkence yasağı istisnasız olarak yürürlüktedir.¹¹¹ Yani olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali gibi durumlarda bile işkence yasağı mutlak olarak

¹⁰⁵ TÜRKYILMAZ, s.19; GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.313

¹⁰⁶ BM İşkenceye Karşı Sözleşme m.9. Ayrıca AIHM bir çok kararında bu yükümlülüğü özellikle belirtmiştir. Bkz. DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yay. İstanbul 1998 s.2

¹⁰⁷ GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.315

¹⁰⁸ DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, s.117-123

¹⁰⁹ BM İşkenceye Karşı Sözleşmesi m.3; ÜNAL, Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu**, TBMM Basımevi, Ankara 1995 s.113 vd.

¹¹⁰ BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi m.6

¹¹¹ AKILLIOĞLU, “İşkencenin, İnsanlıkdışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, s.42-43; GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.180, 314

uygulanır.¹¹² Bu tür olağandışı durumlar işkencenin uygulanmasına asla olanak vermez. Hiçbir istisnai koşul işkenceyi haklı kılamaz. İşkence yasağı, olağan ya da olağanüstü her koşulda ve her rejimde, her zaman ve herkes için geçerlidir.¹¹³

“Kanun adamları amirin emrini, savaş veya savaş tehdidini, ulusal güvenliğe yönelen bir tehdidi, iç siyasi istikrarsızlığı veya başka bir olağanüstü durumu, işkenceyi veya başka bir zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezayı haklı göstermek için ileri süremez.”¹¹⁴

Nitekim BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi (m. 2/2), Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (m. 6), AİHS (m. 15), BM Kanun Adamları İçin Talimatname (m.5), BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m.4/2), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 27/2) gibi bir çok belgede işkence yasağının mutlak olduğu vurgulanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 Anayasası da (m. 15/2) aynı yöndedir.

Son olarak, işkence altında alınan ifadelerin geçersiz sayılacağı kuralı, hem doğrudan mağduru korumak hem de dolaylı olarak işkencenin önlenmesi ve işkence filinin gayrimeşru / yasadışı sayılması bakımından önemlidir. Taraf devletler, işkence fiili neticesinde alınan ifadeleri o kişi aleyhinde delil olarak kullanmamak yükümlülüğü altındadırlar (İşkenceye Karşı Sözleşme m. 15; İşkenceye Karşı Bildiri m. 12) İşkence ve benzeri kötü muameleler vasıtası ile alınan ifadelerin hukuk bakımından geçersizliği mutlaktır. Yani işkence altında alınan ifade başka bir delille desteklense, giderek kanıtlanırsa bile bu destekleme veya kanıtlama hukuki bakımdan hükümsüzdür. Zira hukuka aykırı biçimde elde edilen ifadeler, özü bakımından sakat olup, yok hükmündedir. Bu sonuç İnsan Hakları Hukukunun evrensel bir normudur.¹¹⁵

¹¹² REİSOĞLU, Safa. **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yay. İstanbul 2001 s.44; YOKUŞ, Sevtap. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi**, Beta Yay. İstanbul 1996 s. 31

¹¹³ AİHM işkence yasağının mutlak olduğu vurgulamaktadır (İrlanda / Birleşik Krallık Kararı), bkz: YOKUŞ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, s.64; GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.313-314; TÜRKYILMAZ, s.19

¹¹⁴ BM Kanun Adamları İçin Talimatname'nin 5. maddesi. Bkz. DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, s.142-143

¹¹⁵ GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.316-317

İKİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE OLGUSUNUN TARİHİ GELİŞİMİ – TÜRK HUKUK TARİHİNDE İŞKENCE, CEZA KANUNU TASARILARINDA İŞKENCE SUÇU

I - İŞKENCE OLGUSUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

A - Genel Olarak

İnsanoğlunun topluluk oluşturduktan sonra devlet tipi bir yapılanma içerisine girdiği günden bu yana işkence hep var olagelmıştır.¹ İşkencenin tarihi gelişiminde işkencenin iki amaçla; hem sorgulama aracı olarak hem de bir cezalandırma aracı kullanıldığı görülmektedir. Özellikle otoriter ve totaliter rejimlere sahip devletlerde kişileri yıldırma, gözdağı vermek, muhalefeti bastırma vb. çeşitli amaçlarla işkence uygulanmıştır.²

İşkence suçunun tarihi gelişiminde, işkence uygulamalarının tarihi seyri, yasaklanması ve en sonunda suç haline getirilerek cezalandırılması şeklinde özetlenebilecek tarihini ele alacağız.

B – İlkel Topumlarda

Mezopotamya bölgesindeki devletlere ait yazılı metinlerde işkencenin uygulandığı, işkencenin tanrıların istediği bir cezalandırma metodu olduğu anlayışının varolduğu söylenmektedir.³ Hammurabi Kanunları'nda kölelere karşı kötü muamelenin yasaklanmış⁴ olmasına rağmen, bu kanunlarda işkencenin özellikle bir cezalandırma yöntemi olarak kullanıldığı, ateşe veya suya atma, diş sökme,

¹ TÜRKİYILMAZ, Halil İbrahim. “İşkence ve Adli Tıpta Tesbit Sorunu”, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İÜ Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 1998 s.6; YILMAZ, Halim. “İşkencenin Tesbiti Sorunu ve İstanbul Protokolü”, **Toplum ve Hukuk**, Yıl:2 S.6 Bahar 2003 s.57 vd.; FİNCANCI, Şebnem Korur. “İstanbul Protokolü”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı – Sempozyum**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004 s.160 vd.

² **Ana Britannica**, C.12 Ana Yayıncılık ve Sanat Ürünleri Pazarlama A.Ş. İstanbul 1988 s.117

³ TÜRKİYILMAZ, s.6

⁴ NUHOĞLU, s.538

kemik kırma, kör etme, dil kesme, kadınların memelerini kesme, bilek kesme, kamçılama, kulak kesme gibi cezalar verildiği görülmektedir.⁵

Aynı dönemde Atina'da ise, insan olarak kabul edilmeyen köleler, tanık olarak alınan ifadeleri işkence yapılmaksızın alınmışsa güvenilir bulunmamıştır.⁶ Yine aynı dönemde Çin, Japonya ve Mısır'da işkenceye rastlanmıştır.⁷ Cermenler ve İsraililerde, kan davası işkencenin yerini tuttuğundan işkenceye ihtiyaç görülmemiştir⁸. Eski Hint'te işkence edilerek öldürülme, kazığa vurulma, dudak veya dil kesme, yakılma, boğaza kızgın demir sokma farklı işkence türleri uygulandığı anlatılmaktadır.⁹ Hititlerde soruşturma ve yargılamada yargıçların adil karar verme konusunda verilen özel önem verilmesi nedeniyle işkence yapıldığına ilişkin bilgi bulunmamaktadır.¹⁰

Orta Amerika medeniyetlerinde işkence ve benzeri uygulamalara sıklıkla rastlandığı belirtilmektedir. Aztekler'de esirlere uygulanan muamelenin korkunçluğu¹¹ nedeniyle savaş sonucu esir düşenler genellikle canlarına kıyarlardı. Aynı şekilde Kuzey Amerika ve Amazon Kızılderililerinde de işkence uygulamaları söz konusu olmuştur.¹²

C – Batı Hukuk Tarihinde

1- Eski Yunan ve Roma'da

Erken dönem Yunan ve Roma toplumlarında esirlere itaat etmeleri için ağır işkenceler uygulanmıştır.¹³ Eski Yunan ve Roma'da kölelere hukuki kişilik

⁵ TOSUN Mebrure – YALVAÇ Kadriye. Sümer, Babil, **Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı**, 2. Bası, Türk Tarih Kurumu Yay. Ankara 1989 özellikle s.187-259 arası

⁶ AKTI Haluk, **Yasak Sorgu Yöntemleri ve Hukuk Açısından Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994 s.23

⁷ BAŞER, Mert – YENİDÜNYA, Caner. “Türk Ceza ve Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu: “İşkence Ve Kötü Muamele Yapmak Suçu”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 61, Ekim 1996 s.29 vd.

⁸ NUHOĞLU, s.539

⁹ BAŞER – YENİDÜNYA, s.29

¹⁰ BAŞER – YENİDÜNYA, s.30

¹¹ “*Esir kurban taşına uzunlamasına yatırılır, bacakları ve kolları rahiplerce sımşıkı tutulurdu. Cellat, keskin uçlu bir aletle kurbanın göğsünü yarar, elini açtığı yaraya sokup sıcak ve çarpan yüreği koparıp çıkarırdı. Bazen yürek çıkarılmadan önce kollar ve bacaklar sistemli bir şekilde kesilirdi.*” SCOTT, s. 53

¹² SCOTT, s. 56-61

¹³ TÜRKYILMAZ, s.7

tanınmamıştır. Bu nedenle kölelerin hukuki bir anlaşmazlığın tarafı olamayacakları kabul edilmiş, köle sahibinin malı olarak görülmüş kölelere işkence yapılması doğal kabul edilmiştir. Kölelere hukuken kişilik tanınmamasının bir sonucu da, köleye yapılan saldırıların sahibine yapılmış olarak kabul edilmesi ve kölenin hareketlerinden dolayı da sahibinin sorumlu tutulmasıdır. Köleler alacaklı, borçlu, malik, davalı veya davacı gibi sıfatlara sahip olamazlardı¹⁴.

Hem Roma hem de Antik Yunan'da insan onuruna aykırı düştüğünden herkese işkence yapılamıyordu. Başlangıçta, insan sayılmadığı için kölelere ve yabancılar ile yurttaşlık haklarına sahip olmayan kimselere işkence uygulanıyordu.¹⁵ Yunanistan'da, tanıklık yapmak veya itiraf ettirmek amacıyla işkence yapılması sadece kölelerle sınırlı iken, cezalandırma yöntemi olarak bütün sınıflara karşı uygulanabiliyordu.¹⁶ Daha sonraları ihanet ile suçlanan özgür erkeklere de işkence uygulanmıştır.¹⁷ Hatta, Yunan Kralı Nearkhos'un (Diomedon), kendisine karşı ayaklanan Zennon'a suç ortaklarını itiraf etmesi için bizzat kendisi işkence uyguladığı anlatılmaktadır.¹⁸

Bir yargılama esnasında köleler sadece tanık rolünü alabilmekteydiler. Kölelerin tanık olarak bu ifadelerinin geçerli olması için işkence ile bu ifadenin güçlendirilmiş olması gerekirdi. Köleler için tanıklığın yapılması ve teyid edilmesinde de işkence uygulanırdı.¹⁹ Antik Yunan kaynaklarında, işkence sanığın ikrarını elde etmeye yöneldiği oranda bir delil aracı sayılmaktadır, ve bunun adaletin gerçekleşmesi için zorunlu bir kurum olduğu anlayışı hakimdir.²⁰

İşkence sırasında kölenin zarar görmesi halinde ise davanın karşı tarafının bu zararı ödeyeceği kabul edilmekteydi. Sadece tanıklığının onayı olarak kölelere işkence yapılmasını kabul eden Klasik Roma Hukuku, hür kişilere işkencenin yapılmasını ise yasaklamıştı. Hür kişiler için ancak krala (devlete) karşı işlenen bir suç söz konusu olduğu zaman işkence yapılması kabul edilmişti. Daha sonraki

¹⁴ ERDOĞMUŞ, Belgin. **Roma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992 s.109

¹⁵ **Ana Britannica**, C.12 s.117; **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C.6, 10 Gelişim Yay. İstanbul 1986 s.5937; TÜRKYILMAZ, s.7; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.23; BAŞER – YENİDÜNYA, s.31

¹⁶ SCOTT, s. 62

¹⁷ LALLI'den aktaran TÜRKYILMAZ, s.7

¹⁸ SELÇUK, Sami. **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, 2. Baskı, Ankara 1999 s.14

¹⁹ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.23; DEMİRBAŞ, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.9

²⁰ SABATİNİ'den aktaran ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.23

zamanlarda bu uygulamalar hukuka uygunluğunu kaybetmiş, ancak işkence metodlarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurmamıştır.²¹

Romalılar işkence için kullandıkları araçlara “tormenta”, savurup uzağa atmaya yarayan araçlara da “tormentum” adını vermişlerdi. Çünkü, Romalılara göre işkence, gerçekleri çıkarıp ortaya atmaya yarardı. “Azıcık işkence de olmadan muhakeme yapılamaz” diyen Romalı Hukukçu Paulus’un bu sözü Roma’daki işkence uygulaması hakkında ipuçları vermektedir.²² Yine de bu dönemde Çiçero ve Seneca gibi “suçsuz bir adamı bile yalan söylemeye zorladığı” gerekçesiyle işkenceye karşı çıkanlar olmuştur.²³ Keza Romalı hukukçu Ulpianus da işkenceyi, “gerçeği değiştiren tehlikeli ve sakat bir şey” olarak değerlendirmiştir.²⁴

Roma imparatorluk döneminde, Tiberius’tan itibaren olağanüstü muhakeme usulünün kabulü ile işkence hür olan, ancak aşağı tabakaya (humiliores) mensup kişilere de uygulanmaya başlamıştır.²⁵ İmparator Marcus ve Verus döneminde (M.S.161-169), hür kişiler statülerine göre, yüksek ve alçak şeklinde ikiye ayrılmış, ilk grup işkenceden muaf tutulmuş, diğerleri ise kölelere yakın kabul edilmişlerdir. İşkenceye tabi tutulmama bakımından ayrıcalık tanınan yüksek sınıf içerisinde aristokratlar, şövalyeler, çalışan ve emekli olmuş askerler ile onların çocukları girmektedir. Bununla birlikte, devlete karşı işlenen suçlar ile büyücülük ve kalpazanlık suçlarında, statü farkı gözetilmeksizin bütün sanıklar işkenceye tabi tutuluyorlardı. Romalılardan etkilenen Cermenler de işkence uygulamasını köleler ve hürler bakımından ayırmıştı.²⁶

2- Ortaçağ Avrupa Hukukunda

Ortaçağda yaygınlaşan Hıristiyanlık’ta, insanların Tanrı karşısında eşit olduğu kabul edilmiş, insana saygı ön plana çıkmıştır. Kilise başlangıçta işkenceyi kabul etmemiş, hatta Papalar işkenceyi açıkça lanetlemişlerdi. Örneğin, 866 yılında Papa I. Nicolaus Bulgar Kralına hitaben: “İşkence gören kişi buna direnecek gücü

²¹ NUHOĞLU, s.539

²² DEMİRBAŞ, *İşkence Suçu*, s.10 dipnot:9

²³ ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.32 dipnot:168

²⁴ ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.35

²⁵ KARATAŞ, s.163; ARTUK, M. Emin, Ceza “Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yapıtırımı”, *Argumentum*, Eylül 1990, S.2 s.1 (“ARTUK, *Soruşturmacının*”)

²⁶ DEMİRBAŞ, *İşkence Suçu*, s.10

bulamayıp da suçlu olmadığı halde suçu yüklenirse, onu yalancı itiraflara zorlayandan başka kim günaha girer” diyerek dini açıdan işkenceyi uygun görmediğini belirtmiştir.²⁷ 1215 yılında da Papa III. Innozenz, işkenceye karşı olduğunu beyan etmişti.²⁸

Fakat, özellikle 1215 yılından sonra kilisenin gelişmesinde önemli rol oynadığı Engizisyon (Inquisition) usulü²⁹ hakim olmaya başlamıştır. Başlangıçta kural olarak işkence uygulanmazken öncelikle dine aykırı inançlara ilişkin davalarda işkenceye başvurulmaya başlamıştır. 1215 yılında 4. Lateran Konsili'nin (Ruhaniler Meclisi) işkenceyi gerçeğin ortaya çıkarılmasında en güçlü ispat aracı³⁰ olarak kabul ederek uygulamayı tasdik etmesi ile engizisyon sistemi ortaya çıkmıştır.³¹ Papalık zaten 12.yüzyıldan itibaren dini kurallardan sapmaları ve itaatsizlikleri şeytan eseri olarak görmeye başlamış ve bu kişileri öldürme yoluna gitmiştir.³² Bunun sonucunda, Papa IV. Innocentius da 1252 yılında çıkardığı “Ad Extirpanda” isimli bir kararname ile itirafa zorlamak için yapılacak işkence uygulamasının hukuka uygun olduğunu ve dolayısıyla işkencenin serbest olduğunu açıkça ilan etmişti.³³ Kararname ile, Roma Hukukundaki olağanüstü yargılama sisteminin dini mahkemeler tarafından uygulanmasına başlanmış ve işkence engizisyon mahkemelerinin uygulama alanına girmiştir.³⁴ Bu kararnameye göre, eğer sanık kendi isteğiyle suçunu itiraf etmek istemezse, Engizisyon Mahkemesi'nin³⁵ bedeni acılar vasıtasıyla onu itirafa zorlamak için, bazı işkence aletlerini tatbik edebileceği öngörülmüştür. 13.yüzyıldan sonra ise yeni işkence yöntemleri geliştirilmeye başlanmış ve 1450-1529 yılları arasında yaşamış olan Bolonyalı Ippolito Marsili,

²⁷ **Büyük Larousse**, s.5937; Bir başka eserde “*Suçlu olmadığı halde işkence edilen kişi işkenceye dayanmadığı için suçlu olduğunu kabul ederse , bu kişiye adalet dışı davranan veya onu yalan itiraflara zorlayanın günahı ne olacak?*” şeklinde ifade edilmiştir. **Meydan Larousse**, C.10 Sabah Gazetesi Armağanı (t.y.) s.155

²⁸ **Büyük Larousse**, s.5937

²⁹ SCOTT, s.81 vd.; BAŞER – YENİDÜNYA, s.32

³⁰ Engizisyonun doğuşu ve gelişimi hakkında bkz.SCOTT, s. 81-102

³¹ ARTUK, **Soruşturmacının** s.1; NUHOĞLU, s.540; AKTI, s.24

³² **Büyük Larousse**, s.5937

³³ SCOTT, s. 83

³⁴ ARTUK, **Soruşturmacının** s.1; İşkence uygulamaları Engizisyon sisteminde kurumsallaşmıştır. “İpe çekme veya makara işkencesi, işkence tezgahı, ağaç at işkencesi, su işkencesi, taşlayarak öldürme, çizme işkencesi, işkence çarkı” gibi işkence yöntemleri Engizisyon tarafından sorgulamak veya cezalandırmak amacıyla kullanılmıştır. SCOTT, age, s. 181 vd.

³⁵ SCOTT, s. 83, 87

“*uyanık tutma*” usulünü keşfetmiş ve bunu “*vücuda zarar vermeyen bir işkence*” olarak belirtmişti.³⁶

Engizisyon mahkemelerinde sanığın sorgulanmasında, tutuklular sorguya alınmadan önce aylarca zindanlarda tutulur, böylece sanığın direnme gücünün kırılması planlanırdı. Mahkeme önüne çıkarıldığında kendisinden söylemesi istenilen şeyleri kabul etmesi sorgulamanın başlangıcı, reddetmesi ise zindana geri gönderilmesi ve büyük bir ihtimalle bazı cezalara çarptırılması anlamına gelirdi. Sanıktan “Kutsal Örgüt”e suçunu itiraf etmesi istenir, ve engizisyoncuların elinde kanıtlar olduğu, onun aleyhine tanıklık etmeye hazır tanıklar olduğuna inandırılırdı. Tutuklunun, ne kanıtların niteliğini ne de tanıkların kimliğini öğrenmesine izin verilmediği gibi, sanık direnir veya suçunu inkar etmeye devam ederse daha şiddetli yollara başvurulurdu.³⁷

Bu dönemde işkence, ispat aracı sağlama yöntemi olarak kullanılarak, kanunlarda yer almış,³⁸ işkencenin yapılacağı özel odalar ihdas edilerek burada işkence yapılırken belirli bir ritüel takip edilmiştir.³⁹

Kilise Hukuku’nda olağanüstü yargılama usulü olarak bilinen tahkik sistemi geçerli olmuştur. Tahkik sistemi, özellikle eski devirlerde kişilere hiçbir hak tanımayan, krallar ve otoriter rejimler tarafından benimsenmiş ve Ortaçağ Avrupası’nda ceza yargılamasına damgasını vurmuştur. Tahkik sistemine göre ikrar en üstün delil, hatta delillerin “kraliçesi”dir. İkrarı elde etmek için sanık üzerinde her türlü baskı ve işkence meşrudur.⁴⁰ Tahkik sisteminde kovuşturmayı doğrudan doğruya hakim harekete geçirir. Bunun yanı sıra hakime gerekli araştırmayı yapma yetkisi de verilmiştir. Bu nedenle “her hakim savcıdır” denilmiştir. Mahkumiyet ve beraat kararlarında hakimin vicdani kanaati yer almayıp kanuni delil usulü geçerlidir. Sanık ile onu itham eden hakim arasında eşitlik olmadığı gibi yargılama gizli ve çelişmesizdir. Hakime sanığın ikrarını elde etmek için işkence dahil her türlü yola başvurma imkanı verilmiştir.⁴¹

³⁶ NUHOĞLU, s.540 - DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.11

³⁷ SCOTT, s. 83

³⁸ SCOTT, s. 83-87

³⁹ NUHOĞLU, s.540; SCOTT, s. 83-91

⁴⁰ ARTUK, **Soruşturmacının** s.1

⁴¹ Tahkik Sistemi için Bkz. ARTUK, **Soruşturmacının** s.1 ve 4-5 dipnot:1

İşkence, Engizisyon muhakemesinin başlamasından itibaren, yaklaşık 600 yıl boyunca Avrupa ceza adaletini şekillendirerek hukuken kabul edilen bir uygulama olmuştur.

Tüm Avrupa’da işkence olağan bir hukuki uygulama olarak kabul edilirken, İngiltere’de 1215 yılında Kral’ın yetkilerini sınırlamak, yürürlükteki kanunlara uymasını sağlamak, kişilere bazı haklar tanımak ve bu hakları korumak amacıyla “Magna Carta Libertatum” (Büyük Özgürlük Fermanı) ilan edilmişti.⁴² Bu ferman ile kral hür insanlara bazı haklar bağışlamış,⁴³ kişi özgürlüğünü korumak amacı ile yargı güvencesi öngörülmüş, hakim tarafından verilmiş bir karar olmadıkça kişilerin yakalanamayacaklarını, tutuklanamayacaklarını ve herhangi bir şekilde kötü muameleye maruz bırakılmayacaklarını teminat altına almıştı.⁴⁴ Magna Carta’nın 39. maddesinde “... hiçbir hür kişi ... kötü muameleye maruz bırakılmayaca(ğ)ı...hiçbir hür kişiye zor kullan(ılamayacağ)ı...” belirtilmiştir.⁴⁵

Yine İngiltere’de 1628 yılında “Petition Of Rights” (Haklar Bildirisi/Dilekçesi) ile İngiliz yurttaşı olan hür kişilerin mal ve can güvenliği Kral’ın keyfi eylem ve işlemlerinden korunmuştur.⁴⁶ 1679 yılında ise, Parlamento tarafından Kral’a karşı, kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına alan ve onları keyfi tutuklamalardan koruyan “Habeas Corpus Act” isimli önemli belge kabul ettirilmişti.⁴⁷ Bunu kişisel hak ve özgürlükleri, bedensel bütünlüğü korumak ve insanlık dışı muamelelere son verilmesi amacıyla 1689 yılında ilan edilen ve Parlamento ile Kral arasında bir anlaşma niteliğinde olan “Bill of Rights” izlemişti. İskoçya’da da, 1708 tarihli “Treosan Act” aynı doğrultudadır.⁴⁸ Görüldüğü gibi, bu dönemde tüm Avrupa’da işkence uygulaması normal bir uygulama iken, İngiltere’de kişi dokunulmazlığı ve güvenliğine ilişkin önemli gelişmeler sağlanmıştır.⁴⁹

⁴² KAPANİ, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, 3. bası, AÜHF Yay. Ankara 1970 s.40; AKIN, İlhan F., **Kamu Hukuku**, 6. Bası, Beta Yay.İstanbul 1993 s. 281-82

⁴³ ERDİNÇ, Tahsin. **Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlükleri Alanında Görülen Sapmalar**, Güven Kitabevi, İstanbul 2002 s.86

⁴⁴ AKIN, s. 282

⁴⁵ AKIN, s. 282 (5 nolu dipnot)

⁴⁶ ERDİNÇ, s.87; “Petition Of Rights” metni için bkz: http://www.hakis.org.tr/insan_haklari/magna-carta/ingiliz_haklar.htm (16.11.2006)

⁴⁷ TUNAYA, Tarık Zafer. **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. Bası, İÜ Yay. İstanbul 1980 s.190

⁴⁸ IŞIK, **Uluslararası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu**,s.8

⁴⁹ DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.13

İngiltere’de işkence yasal olarak tanınmamışsa da göreneksel hukuku hiçe sayan kralın otoritesiyle yapılanlar veya kölelere yapılan muamelelerde işkence olağan bir uygulama olarak görülmüştür,⁵⁰ Bunun yöntemi olarak da Kral veya Danışma Meclisinin verdiği basit bir yetki yeterli olmuştur. İşkence tezgahının kullanımına verilen izinler, 1310 yılında yayınlanan ve Templar’lara işkence yapılması yetkisini veren Kraliyet kararı, 1468’de işkence altında alınan bir ifadeyle Londra Belediye Başkanının ihanet suçundan yargılanması ve 1555, 1566, ve 1571’de bazı olaylarda işkence tezgahı kullanımına ilişkin yetki verilmesi olayları bazı örnekler olarak sayılabilir.⁵¹

3 – Müşterek Ceza Hukuku Döneminde

15. Yüzyılda Glossatörler ve Postglossatörlerin Roma Hukuku’nu yeniden ele alarak zamanın adetleri ve diğer hukuk kaynakları ile birlikte yorumlaması ve buna İtalyan Ceza Hukuku’nun da eklenmesiyle oluşturulmuş olan hukukun uygulandığı ve eğitiminin verildiği İtalyan Üniversitelerinde okuyan, Avrupa’nın değişik ülkelerinden gelen öğrencilerin Avrupa’ya yayıldığı dönem müşterek hukuk dönemi olarak adlandırılmaktadır.⁵² Roma ve Avrupa Hukuku’nun bir karışımı olan müşterek hukuk daha sonra kanunlaşmaya başlamıştır. Bunun ilk örneği Almanya’da 1507 tarihli Constitutio Criminalis Bambergensis’tir (CCB). Bu külliyattan yirmi beş yıl sonra Şarlık tarafından 1532’de Constitutio Criminalis Carolina (CCC : Ceza Mahkemesi Nizamnamesi) kabul edilmiştir. CCC’de hem usul, hem de ceza hukuku kuralları birlikte yer almıştır⁵³ ve bu kanun işkenceyi yasal bir çerçeveye oturtmuştur. Hatta CCB’ nin 23 ve 29. maddeleri şüphelilere işkence yapılacağını öngörmüştür.⁵⁴ Tahkik sistemini öngören CCC’de mahkumiyet kararı için iki tanığın ifadesi veya ikrar yeterli görülmüştür. Tanıksız olan olaylarda tek ispat yolunun ikrar olduğu kabul edilmiş böylece maddi gerçeğe ulaşmak için sanıktan işkence yoluyla bilgi edinmeye, ikrarın sağlanmasına çalışılırdı. CCC’de ilk defa, resmi makamların serbestçe uyguladığı işkence sınırlandırılarak, işkencenin uygulanabilmesi için ihbar

⁵⁰ SCOTT, s. 102

⁵¹ SCOTT, s. 103-105

⁵² İÇEL, Kayıhan – DONAY, Süheyl. **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, Genel Kısım 1, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü** s.29

⁵³ ÖNDER, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Beta Yay. İstanbul 1991 s.58

⁵⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.29

veya basit şüphe yeterli görülmemiş, ağır şüphe halinin olması şartı getirilmiştir. İşkence uygulamasında hangi araçların kullanılacağı ve ne sıklıkta işkence yapılarak sanığın ifadesinin alınacağı ise hakimin takdirine bırakılmıştır.⁵⁵

Avusturya'da 1768 tarihli Constitutie Criminalis Theresiana ile işkencenin nasıl yapılacağına ilişkin kurallar konulmuş, işkence kurallarına aykırı davranış halinde veya haksız ve ölçüsüz işkence halinde hakimin sorumlu olacağı öngörülmüştür.⁵⁶

Fransa'da, 1670 yılında yürürlüğe giren bir emirname ile Engizisyon muhakeme usulü doktrin seviyesine çıkmış ve bu durum bütün Avrupa Hukuku için örnek haline gelmiştir. Buna göre, sanığın aleyhindeki ithamlar asla bildirilmeyecek, sanığın sorgusu ikrarı elde etme amacıyla yapılacak ve sorgudan önce bir müşavir veya müdafî de bulunamayacaktır.⁵⁷ 1670 tarihli "Büyük Emirname" hazırlık işkencesi ve ön işkence olmak üzere iki çeşit işkenceyi öngörmüştür. Buna göre:

1 – Hazırlık İşkencesi (La Question Preparatoire): Hazırlık soruşturması sırasında, sanığa ölüm cezası gerektiren bir fiil isnat edildiğinde, bu suçun işlendiği kesin bir şekilde belirlenmişse uygulanan işkencedir.

2 – Ön İşkence (La Question Prealable): İdama mahkum edilen kişi cezanın infazından önce suç ortaklarını itiraf ederek ele vermesi için yapılan işkencedir.⁵⁸

4 – Aydınlanma Döneminde

Avrupa'da dini ve dünyevi iktidarlar (kilise ve devlet) arasındaki mücadele, iktidarı sınırlandırılmayı hedefleyen özgürlükçü düşüncenin hızla gelişmesine ve dolayısıyla Aydınlanma döneminin hızlanmasına sebep olmuştur. Aydınlanma çağı düşünürleri işkenceye karşı çıkmış ve işkence ile mücadele etmişlerdir.

Başta Montaigne olmak üzere, Beccaria (1735-1794), Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778), gibi düşünürler işkencenin yasaklanmasında öncü rol oynamışlardır. Montaigne "Denemeler"inde "*Acı masuma da yalan söyler. ... Binlerce insan işlemedikleri suçları yüklenip başlarını vermişlerdir. Acıya katlanabilen gerçeği gizler. Ama bir de katlanamayan vardır. Çünkü neden acı,*

⁵⁵ NUHOĞLU, s.541; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.30

⁵⁶ NUHOĞLU, s.541

⁵⁷ DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.12

⁵⁸ BECCARÍA, s. 157-162

yaşanan şeyi daha çok söylettirecek, olmayan şeyi söylemeye beni zorlamayacak olsun? ... Onca acılardan kaçmak için insan neler yapmaz, neler söylemez ki?” şeklinde işkencenin yanlışlığını ve acımasızlığını vurgulamıştır.⁵⁹

Beccaria, “Suçlar ve Cezalar” isimli eserinin 12. bölümünü “işkence”ye (Della Tortura) ayırmıştır. Bu eserinde Beccaria, işkencenin acımasızlığını ve ne derece adaletsiz sonuçlar doğuracağını gözler önüne sermiştir. “*İşkence ekseriya zayıf bünyelilerin mahkum olmasına, gürbüz ve mütahammil katillerin masum çıkmasına yarayan meş’um bir vasıttır. ...Bir adamın kendisinin ithamcısı olmasını istemek iddiası korkunç ve pek gülünçtür. Hakikat sanki onun adaleleri ve sınırları arasına gizlenmiş gibi, işkence ile çıkarmağa çabalamak vahşet ve budalalıktır..... Ortada suç ya var, yahut yoktur. Varsa o suça kanunun tespit ettiği ceza verilecektir ki, bu takdirde işkence faydasızdır. Şayet suç yoksa bir masuma eza ve cefa etmek müthiş bir vahşet olmaz mı?”* şeklinde işkenceyi lanetlemiştir.⁶⁰

17. yüzyılda önce Cizvit’ler daha sonra da Protestanlar engizisyonu tanımadıklarını ilan etmişlerdir.⁶¹

5 - İşkencenin Yasaklanma Süreci

1776 yılında Amerika’da yayınlanan “Virgina İnsan Hakları Bildirgesi”nde hiç kimsenin kendi aleyhinde delil gösteremeyeceği,⁶² zalimane ve mutad olmayan ceza verilemeyeceği ve keyfi tutuklamanın kişiye acı veren bir eylem olduğu⁶³ hükme bağlanmıştır. Şüphesiz işkence uygulamalarının başta gelen sebebinin itiraf elde etmek, sanığın kendi aleyhine delil teşkil edecek şekilde ikrarını sağlamak olduğu göz önüne getirildiğinde bu ilkenin önemi anlaşılacaktır.

İşkencenin kaldırılması İsveç’te 1734, Toskana’da ise 1786 yılında olmuştur. Fransa’da 1780 yılında Hazırlık İşkencesi, 1788 yılında ise Ön İşkence Kral’ın fermanlarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. 1740’ta Prusya Kralı, Prusyalılar için geçerli

⁵⁹ MONTAIGNE, **Denemeler**, Çev: Sabahattin Eyüboğlu, Cem Yayınevi, 30. Basım, İstanbul 1999 s.113-114

⁶⁰ BECCARIA, s. 161 vd.

⁶¹ BAŞER – YENİDÜNYA, s.33

⁶² ÖZGEN Eralp, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, s.210

⁶³ GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.158; IŞIK, **Uluslararası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu**, s.8

olmak üzere adam öldürme, krala hakaret ve vatana ihanet suçları dışında işkenceyi kaldırmış, 1754 ve 1756 yıllarında ise işkence tamamen kaldırılmıştır.⁶⁴

1789 Fransız Devrimi'nden sonra 1791 tarihinde ilan edilen "İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi"nin 7. maddesinde 'keyfi gözaltı buyruğu verenlerin' ve 9. maddesinde "*..suçlunun yakalanması için zorunlu olmayan her türlü sert davranış*"ta bulunanların cezalandırılacağı hükmü getirilmiştir.⁶⁵ Bildirge her türlü kötü muamele ve sert davranışı cezalandırmakta ve masumiyet karinesi esasını düzenlemektedir. 1788 yılında "Ön İşkence"nin kaldırılması⁶⁶ doğrultusunda, 1791 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 2. maddesi ile, idam cezalarının hükümlüye hiçbir işkence yapılmadan uygulanacağı belirtilmişti.⁶⁷

Çarlık Rusyası'nda 1801 yılında bedensel acı veren cezalar kanunla açıkça yasaklanmıştır.⁶⁸ Alman İmparatorluğunda, resmi olarak 1776'da; Prusya'da fiilen 1740'ta, resmi olarak ise 1805'te yasaklanmıştır. Polonya ve İsviçre'de 1772'de; Venedik'te 1787'de; Napoli, Belçika ve Papalık Devletinde ise 1789'da işkence kaldırılmıştır.⁶⁹ 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nda işkence ve zorla ifade alma suç olarak düzenlenerek, işkencenin cezalandırması yolu açılmıştır. Avrupa'da 18. yy'a kadar işkence resmen ve kanuni olarak uygulanmış, aydınlanma dönemi ile birlikte özgürlükçü düşüncelerle birlikte kişi devlete karşı hak sahibi bir varlık konumuna gelmiş ve işkence yasaklanmıştır.

II – TÜRK HUKUK TARİHİNDE İŞKENCE

A – İslamiyet'in Kabulünden Önce

İslamiyet'ten önceki Türk topluluklarında geçerli olan ceza hukuku ile ilgili kesin bilgiler içeren kaynaklar bulunmamaktadır. Ancak bu döneme ilişkin olarak "itham sistemi" ilkelerinin uygulandığı yargılamaların aleni olarak yapıldığı

⁶⁴ ARTUK, *Soruşturmacının* s.2

⁶⁵ ÖZGEN Eralp, "İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması", s.210

⁶⁶ Ne trajiktir ki, idam cezası öncesi mahkumun suç ortaklarını ele vermesi için yapılan "ön işkence"nin kaldırılmasından sonra 1789'da Dr. Guillotin'in Fransız Meclisinde "*bir solukta ve acı vermeksizin kafayı uçuracağı*" gerekçesiyle savunduğu giyotin, 1791 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'nu ile yasalaşmış ve belki de milyonlarca insanın giyotinle idamına sebep olmuştur.

⁶⁷ SELÇUK, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, s.192

⁶⁸ IŞIK, *Uluslararası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu*, s.9

⁶⁹ a.e.

sanılmaktadır. Yargılama sona erdikten sonra verilen mahkumiyet kararının hakana arz edildiği, suçlu olduğuna karar verilenlere sopa vurulduğu veya işkence yapıldığı aktarılmaktadır.⁷⁰

B – İslamiyet’in Kabulünden Sonra

Türkler İslamiyet’i kabul ettikten sonra, din ve hukukun iç içe olduğu İslam Hukuku, uzun yüzyıllar boyunca etkin bir şekilde sosyal hayata ve hukuki yapıya damgasını vurmuştur. Özellikle Osmanlı İmparatorluğu’nun diğer Türk devletlerine göre uzun yüzyıllar yaşayan, güçlü bir imparatorluk olması nedeniyle İslam Hukuku’nun siyasi ve sosyal yapıya etkisini incelemek daha kolaydır.

1 – İslam Hukukunda

İslam hukukunda temel hak ve özgürlükler, Batı Toplumlarındaki gibi tarihi bir süreç içinde aşama aşama kazanılmış olmayıp, başlangıçtan beri varolan doğal haklar olarak kabul edilmektedir.⁷¹ “Zira İslam Hukukunun kabul ettiği hak ve hürriyetler, başlangıçtan beri vardır ve insan olmaktan kaynaklanan tabii bir haktır. Ancak bu hak ve hürriyetler, uygulamada iktidarlara göre bazı farklılıklara maruz kalmıştır.”⁷²

Klasik İslam Hukuku (fıkıh) kaynaklarında, Ceza Hukuku “ukubat” olarak adlandırılmakta ve en önemli bölümlerden biri olarak yer almaktadır.⁷³ İşkence, İslam Hukuku’nda kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığı çerçevesi içinde değerlendirilmiş ve hangi nedenle olursa olsun, savaş durumunda bile işkence yapılması yasaklanmıştır.⁷⁴ İslam Hukukuna göre kimseye bedensel veya manevi işkence yapılamaz. İşkence bir insanlık suçudur ve ne çeşit olursa olsun işkence caiz değildir. İnsanlara işkence yapılamayacağı gibi hayvanlara da işkence yapılması

⁷⁰ CİN – AKGÜNDÜZ’den aktaran ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.39

⁷¹ AKGÜNDÜZ, Ahmet. **İslam’da İnsan Hakları Beyannamesi**, 2. Baskı, Timaş Yay. İstanbul 1993 s.6; AKGÜNDÜZ, Ahmet. **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasa’sı**, İstanbul 1989 s.13

⁷² ARMAĞAN, Servet. **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. Ankara 1992 s.75; AKGÜNDÜZ, **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasa’sı**, s.13-14

⁷³ AYDIN, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, Hars Yayıncılık,Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 2005 s.167

⁷⁴ TEMEL, Ali Rıza. **İslamda ve Batıda İnsan Hak ve Hürriyetleri**, Seha Yay. İstanbul 1995 s.115; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.41

yasaklanmıştır.⁷⁵ İslam’da yakma, uzuv keserek ve işkence ederek öldürme, kazıklama, çengelleme, v.s. canavarca cezalara cevaz verilmemiştir.⁷⁶

Kur’an ve hadislerde sıkça kullanılan “zulüm” kavramı konumuz bakımından önemlidir. Zulüm genel bir kavram olarak, haksızlık ve eziyet etme, acımasız olarak kötülük etme, gaddarlık anlamına gelmektedir.⁷⁷ Kur’an-ı Kerim’de “Allah zalimleri (zulmedenleri) sevmez” ve “Mü’min erkeklere ve mü’min kadınlara, yapmadıkları bir şeyden dolayı eziyet edenler, şüphesiz bir iftira ve apaçık bir günah işlemişlerdir.”⁷⁸ gibi ayetlerle insanlar işkenceden men edilmiştir. Ayrıca Kur’an-ı Kerim’de çeşitli ayetlerde Allah’a iman edenlerin uğradıkları zulüm ve eziyetler, maddi ve manevi işkenceler anlatılmıştır.⁷⁹ İslam’ın ilk yıllarında Hazreti Muhammed’e inananlar ağır zulüm ve işkencelere maruz kalmışlardır.⁸⁰

Hazreti Muhammed’in “İnsanlara dünyada haksız yere işkence edenlere Allah da, ahirette ceza verir” dediği ve “işkence, insanı yeryüzünün efendisi olarak yaratan Allah’a karşı bir saygısızlık olduğunu” belirttiği,⁸¹ “Filan şahsı yakaladığınızda öldürün fakat yakmayın. Çünkü ateşle azap etmek ancak ateşin Rabbi olan Allah’a mahsustur”, “Kıyamet günü azabı en ağır olacaklar, dünyada çok azap ve işkence edenlerdir”,⁸² “Haksız yere, Müslüman olmayan tebaadan bir

⁷⁵ TEMEL, s.117; **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C.23 İstanbul 2001 s.429; ÖZALP, Ahmet., ‘İşkence’ maddesi, **İslam Ansiklopedisi**, (www.kuranikerim.com/islam_ansiklopedisi /I2/iskence.htm)

⁷⁶ HATEMİ, Hüseyin. **İslam Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994 s.107

⁷⁷ HANÇERLİOĞLU, Orhan. **İslam İnançları Sözlüğü**, Remzi Kitabevi, 1. Bası, İstanbul 1984 s.754-755

⁷⁸ Şura:40 ve Ahzab:58 **Kur’anı Kerim ve Açıklamalı Meali**, Türkiye Diyanet Vakfı Yay.Ankara 1997

⁷⁹ Örneğin, Ahzab 48, 57-59, Al-i İmran 195, En’am 34, Ankebut 10, Tevbe 61, İbrahim 11-12 gibi. Ayrıca Bkz. AYDIN, Hakkı. **İslam ve Modern Hukukta İşkence**, Beyan Yay, İstanbul 1997 özellikle s.72-76

⁸⁰ SIRMA, İhsan Süreyya. **İslami Tebliğin Mekke Dönemi ve İşkence**, Beyan Yay. İstanbul 1998 özellikle s.74-76; “...Peygamber ve mü’minlerin öldürülmelerine kadar varan bu baskı ve işkenceler, son peygamber Hz. Muhammed’in tebliğinin Mekke döneminde de bütün çirkinliği ile gözler önüne serildi. Sözelimi Habbab b. Eret, Mekkeli müşrikler tarafından, eriyen yağları ateşi söndürünceye kadar kor üzerinde yatırıldı; Bilal-i Habeşî, demir bir zırh içinde kavurucu güneş altında yatırıldı; Ammar b. Yasir’in anne ve babası gözleri önünde öldürüldü. Müşriklerin dayanılmaz baskı ve işkenceleri Müslümanların önce Habeşistan’a, arkasından Medine’ye hicret etmelerine neden oldu. Müslümanlar daha sonraki dönemlerde de çeşitli işkencelere maruz kaldılar. Meselâ, müşrikler savaşlar sırasında müslüman cesedlere bile müsl* denilen organ kesme ve parçalama uygulamalarına başvurdular.” Bkz. ÖZALP, Ahmet., ‘İşkence’ maddesi, **İslam Ansiklopedisi**, (www.kuranikerim.com/islam_ansiklopedisi/I2/iskence.htm)

⁸¹ **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C.23 İstanbul 2001 s.429 “işkence” maddesi ; TEMEL, s.116; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.41

⁸² AYDIN, s.79

zımmiye kim haksız yere işkence ederse, ben onun hasmıyım ve ben kime hasım olursam, ceza günü olan kıyamette onunla hesaplaşırım”⁸³; savaş durumunda iken de askerlerine “Savaşın fakat haksızlık yapmayın, aldatmayın, düşmanın organlarını kesmeyin. Çocukları öldürmeyin”⁸⁴, “Savaşınız fakat ... burun kulak kesmek, göz oymak, yüz dağlamak gibi organ kesmek suretiyle ceza vermeyiniz ve işkence etmeyiniz”⁸⁵ şeklinde emrettiği, İslam’ın azılı düşmanlarından biri esir alındıktan sonra, ona işkence yapılmasını gerektiğini söyleyenlere “Ben ona işkence yapmam. Peygamber bile olsam Allah beni de aynı şekilde cezalandırır” diye söylediği ve bilgi almak amacıyla esirin dövülmesi uygun bulmadığı,⁸⁶ hayvanlara bile işkence yapılmasını önlediği anlatılmaktadır.⁸⁷

Halife Ömer’in de valilerine “Biliniz ki sizi halka tahakküm ve zulmetmek için tayin etmedim. Müslümanlara haklarını verin ve onları döverek küçük düşürmeyin” şeklinde sözler söylediği rivayet edilmektedir.⁸⁸

Fakat uygulamada dört halifeden sonra, İslam devletlerinde bu kurallar çoğu zaman çiğnenmiş, özellikle sultanların keyfi muameleleri neticesi muhaliflere karşı işkence vb muameleler uygulanmıştır. Örneğin, büyük bir İslam bilgini olan Hanefi mezhebinin kurucusu Ebu Hanife, Sultan’a karşı geldiği için zindanda işkence ile öldürülmüştür. İslam Hukukunda işkencenin kesin olarak yasaklanmasına⁸⁹ ve sanık

⁸³ AYDIN, s.79-80

⁸⁴ TEMEL, s.115-116

⁸⁵ AYDIN, s.76-77

⁸⁶ **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, s.430

⁸⁷ ULUDAĞ, Süleyman. **İslam’da Emir ve Yasakların Hikmeti**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 10. Baskı, 2006, s.128

⁸⁸ TEMEL, s.258; ARMAĞAN, Halife Hz. Ömer’in bu sözünü “Müslümanları dövmeyin ki, onların şeref ve haysiyetlerini kırmış olursunuz” şeklinde nakletmektedir. (ARMAĞAN, s.75)

⁸⁹ ARMAĞAN, s.75; AKÇAM Taner, **Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence**, İletişim Yay, 2. Baskı, İstanbul 1995 s.29; “...Müslümanların maruz kaldıkları tüm işkencelere karşın İslâm, işkenceye karşı kesin bir tavır koyarak haram kılmıştır. Çünkü İslâm'a göre insan en şerefli varlıktır (eşref-i mahlukat); en güzel biçimde yaratılmış, izzet ve şeref bağışlanmış, evrendeki her şey kendisine musahhar kılınmıştır. O, yeryüzünde Allah'ın halifesidir. Bu nedenle doğuştan dokunulmaz hak ve özgürlüklere sahiptir. Bunların başında insanlık şerefine yakışır biçimde yaşama hakkı ve buna bağlı diğer haklar gelir. Bu haklar başkaları için haram, başka bir deyişle dokunulmazdır. Hz. Peygamber, ünlü Veda hutbesinde bu haklara değinerek "şu şehrinizde, şu ayınız içinde bu gününüz ne kadar muhterem ve mukaddes ise, mallarınız, namus ve şerefiniz, kanlarınız da öyle haramdır, dokunulmazdır" buyurmuştur. Bu nedenle insanın canına, bedenine, malına, namus ve şerefine yönelik maddi ya da manevi tüm tecavüzler haram kılınmış; bu tür tecavüzlere karşı cezalar öngörülmüştür. İslâm'ın insana tanıdığı bu saygınlık ve dokunulmazlık, yalnız müslümanlarla sınırlı değildir. Müslüman olmayanlar da aynı güvence altındadır. "Gayri müslim vatandaşlara (zimmiler) velev bir kötü söz, namuslarıyla ilgili bir gıybet veya herhangi bir rahatsız edici davranışla olsun tecavüz eden yahut mütecevize yardım eden kimse Allah, Resulu ve İslâm'ın verdiği teminata ihanet

lehine düzenlemelerle dolu olmasına rağmen uygulamalar o kadar saptırılmıştır ki “maalesef ve özellikle ceza hukuku alanında İslam Hukuku’na hiç de hak etmediği kötü bir şöhret kazandı” ifade edilmiştir.⁹⁰

İslam hukukunda yargılama sözlü ve alenidir. Sanık sadece hakim veya onun atayacağı naip tarafından sorgulanabilir. Sanığı itirafa zorlamak, zorla ifadesini almak yasaklanmış olup bu tür ifadelerin geçerliliği bulunmamaktadır⁹¹. İşkence yasağı aynen şahitler için de geçerlidir.

İslam Hukukunda kanuni delil sistemi uygulanmakta olup ispat davacıya düşmektedir. İtiraf, itirafı yapanın aleyhine delil olarak kabul edilmektedir. Ancak sanığı itirafa zorlamak yasaktır. Eğer itiraf özgür iradeyle yapılmışsa geçerlidir. İslam Hukuku teorik olarak ceza yargılamasında herhangi bir sistem öngörmemiş olmamakla birlikte farklı zamanlarda ve farklı devletlerde her üç yargılama sistemi de (itham, tahkik ve karma sistem) kullanılmıştır.⁹²

İslam hukukçularının ekseriyeti, baskı ile alınmış itirafların geçersiz olduğunu ve bu itirafa dayanılarak itiraf edenin aleyhinde bir karar verilemeyeceğini belirtmişlerdir. Az bir kısmı ise hırsızlık gibi suçlarla, kötü şöhretle bilinen sanıkları dövmenin siyasi bir mesele olduğunu ve itiraflarının geçerli olabileceğini savunmuşlardır.⁹³

İslam hukukunda işkencenin yasaklanmış olması, sanık lehine düzenlemelerin olması⁹⁴ nedeniyle çağdaşı sistemlerle kıyaslandığında onlardan ayrılmakta ve önemli bir üstünlük kazandırmaktadır.⁹⁵

etmiş, onu zayıf eylemiş olur" (el-Karafi, el-Furuk, III, 11)...” ÖZALP, Ahmet., ‘İşkence’ maddesi, **İslam Ansiklopedisi**, ,(www.kuranikerim.com/islam_ansiklopedisi/I2/iskence.htm)

⁹⁰ HATEMİ, **İslam Hukuku Dersleri**, s.107

⁹¹ AKÇAM, s.28-29

⁹² ALVANI’den aktaran ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.42

⁹³ ALVANI’den aktaran ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.43

⁹⁴ “... İnsanlara inanç ve düşünceleri nedeniyle işkence edilmesine izin vermeyen İslâm, yaptığı hukuki düzenlemeler ve koyduğu kurallarla yargılama sırasında da maddi veya manevî işkenceye maruz kalmalarını önlemiştir. İslâm hukukuna göre, her şeyden önce, suçu ispat edilmeyen kişi masumdur, suçu muamelesine tabi tutulamaz; beraat-i zimmet asıldır. Cezalar şüphe ve zanlara değil, kesin delillere dayanmak zorundadır. şüpheler sanık aleyhinde değil, lehinde kullanılır. Şüphelenildiği için hiç kimse cezalandırılmaz, tam tersine herhangi bir şüphe durumunda cezalar düşürülür. Suçun ispatı, iddia edene düşen bir görevdir. Davalı suçsuzluğunu ispat etmeye zorlanamaz; yalnızca yemin teklif edilebilir. Herhangi bir zorlamanın söz konusu olduğu tüm beyanlar geçersizdir, hukuki anlamda bir delil sayılmaz. Bu nedenle hiç bir kimse, hiçbir şekilde itirafa zorlanamaz.” ÖZALP, Ahmet., ‘İşkence’ maddesi, **İslam Ansiklopedisi**, ,(www.kuranikerim.com/islam_ansiklopedisi/I2/iskence.htm)

2 – Osmanlı Döneminde

a - Genel Olarak

“İslam Hukuku, işkenceyi yasaklamış ve baskı altında alınan ifadeleri geçersiz saymış olmasına rağmen Osmanlı Kanunnameleri, sınırlı da olsa, işkenceye bir soruşturma metodu olarak yer vermişlerdir. Sadece hırsızlık suçlarında, eğer kuvvetli deliller mevcutsa ve sanık suçunu inkar ediyorsa, Padişah emriyle işkence yapılabilmektedir.”⁹⁶ Kadılar, işkence altında alınan ifadeleri geçerli olarak kabul etmemişlerdir. Duruşmanın açık ve tarafları her türlü baskıdan koruyan bir ortam içinde, her iki tarafa (müşteki ve sanığa) eşit söz hakkı tanınması için “sahib-i adl” isimli kişiler mahkemede hazır bulundurulmuştur. “*Dayakla; pranga ile hapisle tehdit üzerine vaki itiraf hakim indinde muteber olmayıp*”, kadı'nın verdiği kararda hiçbir baskı ve hukuk dışı davranış etkili olmaması gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁷ Hırsızlık suçu istisnası haricinde, soruşturmalarda İslam hukuku kurallarına uygun olarak zor kullanmak veya sanığa işkence yapılması yasaklanmıştır.⁹⁸ Bir soruşturma metodu olarak bir istisna dışında işkence yasaklanmış olmasına rağmen, ceza hukuku dışına çıkılarak sınırlı da olsa, bir bölgedeki vergilere ilişkin bir kanunnamede vergisini vermeyen köylüye malını göstermesini sağlamak için işkence yapılmasına izin verilmiştir.⁹⁹

Fatih devri kanunnamelerinde doğrudan işkence yapılmasına ilişkin bir hüküm yoktur. Kanuni devrindeki Kanunnamelerde ise, genç oğlan veya kız kaçırmak ve zorla nikahlamak halinde cinsiyet uzuvlarının kesilmesi; pezevenklik yapanların alınlarından dağlanması vs. gibi cezalar öngörülmüştür. Ayrıca hırsızlık

⁹⁵ AKÇAM, s.29

⁹⁶ AKÇAM, s.31

⁹⁷ ANIL, Yaşar Şahin. **Osmanlı'da Kadılık**, Cep Üniversitesi - İletişim Yayınları, İstanbul 1993 s.53

⁹⁸ 1328 tarihli Kütahya İl Kanunu Madde: 21 “.. *Suçlunun veya suçlananların (zanlıların) cerimesi vilayet kadılığınca veya bağlı yargılama yetkisine sahip mahkemelerce tesbit edilip açıklanmadan ve infazı için yetkililere teslim edilmeden kişilerin alıp götürülmesi, kendilerine işkence yapılması ve cezalandırılmaları Şeriat hükümlerine ve kanunlara göre olamaz, yasaktır ve bir yetki tecavüzü olur....*” Bkz. AKÇAM, s.430

⁹⁹ 1524 tarihli Mısır Kanunnamesi, Madde:20 “...*Bunun olmaması durumunda kişinin kendisine işkence yapılarak sakladığı, göstermediği neyi varsa kendisine söylenmeli ve buradan kalan alınmalıdır...*” Bkz. AKÇAM, s.430-431

suçlarında, İslam hukukuna açıkça aykırı biçimde bir soruşturma metodu olarak işkenceye izin verilmiştir.¹⁰⁰

Kural olarak, kadı kararı olmadan kimsenin tutuklanamayacağı ve evinin aranamayacağı öngörülmüştür.¹⁰¹ Kadının resmi daveti üzerine kişi mahkemeye gelmezse, zorla getirilebileceği ve ceza olarak dayak atılabileceği kabul edilmiştir.¹⁰²

Tanzimat öncesi Osmanlı yargılama sisteminde hırsızlık suçu dışında itiraf sağlamak amacıyla işkence yapılması ve işkencenin bir sorgulama metodu olarak kullanılması yasaktır. Buna karşın uygulamada işkence ve benzeri uygulamaların gerçekleştiği bilinmektedir. Özellikle cezalandırma yöntemi olarak askıya alma, falakaya yatırma, kırbaçlama sıkça kullanılmıştır.¹⁰³ Hatta ayan gibi yerel güçlerin halk üzerindeki baskısının artması nedeni ile sonuçta kamu hizmetlilerinin halka karşı işledikleri suçlar “zulüm suçları” adı altında geniş bir kategori oluşturacak derecede çoğalmıştır.¹⁰⁴ Bu nedenle hazırlanan bir çok kanunname ile halka zulmetmek, keyfi muamelelerde bulunmak yasaklanmıştır.¹⁰⁵

Türk hukuk tarihinde önemli olması nedeniyle Osmanlı Dönemindeki anayasal belgelere aşağıda biraz daha ayrıntılı olarak değineceğiz.

b - Sened-i İttifak

1808 yılında padişahın Anadolu’da otoritesini sağlayabilmek için ayanlarla yaptığı ve iktidar güçleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir sözleşme olan Sened-i İttifak’ın Osmanlı İmparatorluğunda reform niteliğini taşıyan ilk hukuki belge olduğu için özel bir yeri vardır.¹⁰⁶ Belgenin beşinci maddesine göre, “*her kim fukaraya zulüm ve baskı yapar ve şeriatın uygulanmasına karşı çıkarsa onun da*

¹⁰⁰ AKÇAM, s.33

¹⁰¹ 1584 tarihli İç İl Livası Kanunu Madde:50, 1328 tarihli Kütahya İl Kanunu Madde:21 ve 1519 tarihli Karaman Vilayeti Kanunnamesi Madde12-13 için Bkz. AKÇAM, s.430-432

¹⁰² 1328 tarihli Kütahya İl Kanunu Madde:21 “... Eğer suçlular, suçlanan sanıklar suç işlemede devam ediyorlarsa, mahkemede bulunmaları için yapılan çağrılara rağmen gelmiyorlarsa, inat ediyorlarsa bu durumda olayı araştırmaya kadılıktan ayrıca karar almaya gerek görülmeden, bu kişiler kendilerine baskı yapılarak, zor kullanılarak mahkemeye getirilirler, bu yasak değildir. ...” Ayrıca 1519 tarihli Karaman Vilayeti Kanunnamesi Madde:10 Bkz. AKÇAM, s.431

¹⁰³ ÖZGÜREL, Avni. “Osmanlı’da Cezalandırma”, **Radikal Gazetesi**, 15.12.2002 s.9

¹⁰⁴ TANÖR, Bülent. **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Der Yay. İstanbul 1992 s.17

¹⁰⁵ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami. **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, İstanbul 1995 s. 46; Karaman, İç İl, Malatya, Boz Ulus, Niğbolu Mısır Kanunnameleri için Bkz. AKÇAM, s.430-433

¹⁰⁶ SELÇUK, Senedi ittifak’ı “demokratikleşme savaşımının ilk resmi belgesi” olarak niteler. SELÇUK, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, s.333

cezalandırılıp yola getirilmesine el birliği ile çalışılacaktır” denilerek kişi güvenliğinin devletçe korunacağı taahhüt edilmiştir. “Sened”in yedinci maddesinde devlet yöneticilerinin baskı, adaletsizlikler ve vergiler konusunda dikkatli olmaları öngörülmüştür.

Konumuzla yakın ilgisi olması nedeniyle II. Mahmut döneminde 1838 tarihinde “*siyaseten katl*” cezasının kaldırılmış olması önemlidir. Bu dönemde çıkarılan bir ceza kanunu ile kanuna uygun olarak verilecek idam hükümleri dışında, memurlar hakkında ‘*siyaseti örfiyye*’ kaldırılmıştır.¹⁰⁷

c - Tanzimat Fermanı

Osmanlının çöküşünü önlemek , iç ve dış baskıların önüne geçmek ve gayrimüslim vatandaşları korumak amacıyla bir değişim ve yenilenme hareketinin başlangıcı olan ve 1839’da ilan edilen Gülhane Fermanı’ndan sonra yeni kanunlar hazırlanmıştır.

Örneğin ceza hukuku alanında 1840 yılında “Kanun-u Ceza” ve 1851 yılında “Kanun-u Cedid” çıkarılmıştır.¹⁰⁸ Her iki ceza kanununda da, kamu görevlilerinin kişilere karşı kötü muamele etmesi suç olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁹ Yeni kanunlarla kurulan nizamiye mahkemeleri, varolan şer’i mahkemelerle birlikte görevlerini sürdürmüşlerdir.

1839 tarihli “Tanzimat Fermanı”yla (Gülhane Hatt-ı Hümayunu veya Tanzimat-ı Hayriye Fermanı) belirtilen zulüm yasağı¹¹⁰ ile halkın can, mal ve ırz güvenliği güvence altına alındığı belirtilmiştir.¹¹¹

Açıkça ve doğrudan işkence ve benzeri muamelelerin yasaklandığına ilişkin ilk resmi belge 1848 tarihli “Eyalet Meclisleri Talimatnamesi”dir. Talimatname’nin sekizinci bölümünde zanlılara “hiçbir neden ve gerekçeyle işkence ve eziyet yapılamayacağı” kesin olarak belirtilmiş, yöneticilere yönelik olarak da “Hiç

¹⁰⁷ AKÇAM, s.216

¹⁰⁸ ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.49-50; AKÇAM, *Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence*, s.173-175

¹⁰⁹ KARATAŞ, s.166

¹¹⁰ GEMALMAZ, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s.159

¹¹¹ KORKUSUZ, M. Refik. *Uluslar arası Belgelerde ve Türk Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul 1998 s.204

kimseye zulüm edilmeyecek, işkence, eziyet yapılmayacaktır. Yapıldığı anlaşılırsa valiler sorumlu tutulacaktır.”¹¹²denilmiştir.

d – Islahat Fermanı

İşkencenin padişah fermanıyla yasaklanması ilk defa 1856 “Islahat Fermanı”nda yer almıştır. Ferman’da hapisanelerde baskı ve şiddet uygulanamayacağı, işkence, bedensel ceza, eziyet ve benzeri her türlü muamelenin son bulması ve bu uygulamaları yapan memurlara ve amirlere şiddetli ceza verilmesi öngörülmüştür.¹¹³

Bu fermana uygun olarak 1858 (Rumi takvimde 1274) Tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu”nun 103. maddesi zanlılara suçlarını söyletmek için işkence yapılmasını suç olarak düzenlemiştir. Ayrıca bu kanunla kişilerin hükümet memurunun emri olmadan ve kanunların öngördüğü usuller dışında hapsedilmesi, tutuklanması veya rehin alınması yasaklanmıştır.¹¹⁴ 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin 103. maddesi¹¹⁵ 1926 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Türk Ceza Kanunu’nun 243. maddesine kaynaklık yapmıştır.

e – Meşrutiyet Dönemi

Osmanlı’nın ilk anayasası olma niteliğini taşıyan ve “I. Meşrutiyet” döneminin başlangıcı olan “1876 Anayasası”nın (Kanuni Esasi) 26. maddesinde “İşkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur” denilmek suretiyle işkence ve benzeri her çeşit eziyet ve kötü muamelenin açıkça yasaklandığı belirtilmiştir. Ayrıca 10. maddede de kişi özgürlüğünün korunacağı ve kanunsuz ceza olamayacağı vurgulanmıştır. 1876 Anayasası bir ferman görünümünde olmasına

¹¹² AKÇAM, s.177-178

¹¹³ “...hiçbir guna mucazatı cismaniye ve eziyet ve işkenceyle müşabih kaffei muamele dahi kamilen lağv ve iptal kılınması ve bunun hilafına vuku bulacak hareketi şedide men ve zecrolunacağından maada bunun icrasını emreden memurin ile bilfiil icra eyleyen kesanın dahi ceza kanunnamesi iktizasınca tebdil ve tedip olunması...” aktaran: ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.50

¹¹⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.51

¹¹⁵ 1858 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu m. 103: “Mehakim ve meclis erbabından ve sair memurini devletten biri müttehem olarak eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeği hüküm ve icra eder ise muvakkaten kalebentlik ve müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezaları ile mücazat olunur. Ve bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan amirlerinin emri ile yapmış ise bu cezalar emri eden kimse hakkında icra kılınır ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güne zarar ve noksan isabet eyler ise buna cüret eden memur hakkında katil veyahut carih cezası icra edilir.” Bkz. KARATAŞ, s.167

rağmen o dönemde özgürlük anlayışında ve hukuk devleti olma yolunda atılmış önemli bir adımın, ilerlemenin göstergesi sayılmakla birlikte padişaha, ülke güvenliğine aykırı ve tehlikeli gördüğü kişileri polis soruşturması sonunda sürgün etme yetkisi tanımıştır. Anayasa'nın 113. maddesinde polis soruşturması, 9 ile 24. maddeleri arasında kişi özgürlüğü ve güvenliği ile hükümler yer almıştır¹¹⁶. Bu Anayasa, 1878'de padişahın parlamento'yu (Meclis-i Mebusan) feshetmesinden sonra yürürlükten kaldırılmıştır.

1879 tarihli "Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu"nda da kişi özgürlüğü ile ilgili önemli ilkeler yer almıştır. Bu ceza usul kanunu 1808 Fransız Ceza Yargılaması Kanunu'nun çevirisi olup şer'i hükümlere hiç yer vermemiştir. .

Parlamentonun dağıtılmasından 30 yıl sonra iç muhalefetin baskısıyla 1908 yılında "II. Meşrutiyet" ilan edilmiş ve 1876 Anayasası'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. İşkence ile ilgili 26. maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır, sadece 113. maddedeki padişahın sürgüne gönderme yetkisi kaldırılmıştır.

Sened-i İttifak'la başlayan, Tanzimat, Islahat ve iki meşrutiyet dönemiyle devam eden yenilik hareketleri zulüm ve keyfi davranışların yasaklamış ve suç haline getirmiş, bunlar ile kişi özgürlüğü, eşitlik, kanunilik ilkesi gibi konularda önemli adımlar atılmıştır. Ne var ki Tanzimat öncesinde de yasaklanmasına ve sadece hırsızlık suçlarında izin verilmiş olmasına rağmen kanunsuz olarak işkenceye başvurulduğu gibi; Tanzimat dönemiyle birlikte işkencenin Anayasal düzeyde yasaklanmış olmasına rağmen, uygulamada işkence olaylarına sıkça rastlanmıştır.¹¹⁷

C – Cumhuriyet Döneminde

1 - Genel Olarak

Cumhuriyetin ilanından önce Kurtuluş Savaşı döneminde hazırlanıp kabul edilen "1921 Anayasası" (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu) toplam 24 maddeden ibaret olup milli egemenlik, meclisin çalışması, il-ilçe-nahiyelerin yönetimi ile ilgili hususlar düzenlenmiş,¹¹⁸ işkence ve benzeri kişi hak ve özgürlükleri konusunda bir

¹¹⁶ TÜRKYILMAZ, s.25

¹¹⁷ AKÇAM, s.253-254, 284-288

¹¹⁸ BAŞGİL, Ali Fuat. **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1940 s.107

düzenleme yer almamıştır. Sonraki Anayasalar olan 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında işkencenin yasak olduğu açıkça belirtilmiştir.

2 - 1924 Anayasası

Cumhuriyetin ilanından sonra yeni Türkiye Cumhuriyetinin anayasası olarak hazırlanan “1924 Anayasası”nın¹¹⁹ 73. maddesi “işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur” hükmüyle işkence yasağını düzenlemiştir. 1924 Anayasası’nın 68 ile 88. maddeler arası kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili bir çok hüküm yer almıştır. Bu anayasanın ardından yapılan kodifikasyon çalışmalarının bir sonucu olan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan, 1926 yılında kabul edilen 765 sayılı TCK’nin 243. maddesinin ilk hali ve değişiklikleri ile 5237 sayılı TCK’nin 94 ve 95. maddelerini ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alacağımızdan burada değinmeyeceğiz.

3 - 1961 Anayasası

1960 askeri darbesinden sonra hazırlanan “1961 Anayasası” bir ihtilal anayasası olmasına rağmen hak ve özgürlükler rejimi açısından geniş tutulmuş fakat 1970’li yıllarda yapılan değişikliklerle hak ve özgürlüklerde daraltma yoluna gidilmiştir. 1961 Anayasası’nın başlangıç bölümü ile 10 ve 33. maddeleri arasında kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili hükümler yer almıştır. ‘Kişinin Hak ve Ödevleri’ başlığı altında kişi dokunulmazlığını düzenleyen 14. maddenin 2 ve 3. fıkraları “... Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza verilemez.” şeklinde düzenlenmiştir.

4 - 1982 Anayasası

1980 askeri darbesinden sonra 1961 Anayasası kaldırılarak ve yeni bir anayasa hazırlanmış ve yapılan referandum ile “1982 Anayasası” yürürlüğe girmiştir. Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası’nın ikinci bölümü olan “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” alt başlığı altındaki 17. maddenin 3. fıkrasına göre “Kimseye işkence ve

¹¹⁹ 1924 Anayasası hakkında genel değerlendirme için bkz. BAŞGİL, s.113 vd.

eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

Görüldüğü gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin üç anayasasında da işkence kesin bir dille yasaklanmıştır. 1961 ve 1982 anayasalarında önemli bir husus olarak işkence yasağı ile birlikte “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza*” anayasal düzeyde yasaklanmıştır.

III – CEZA KANUNU TASARILARINDA İŞKENCE SUÇU

A - Genel Olarak

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94 ve 95. maddeleri işkence suçunu düzenlemektedir. Bu maddeler, YTCK'nın İkinci Kitap (Özel Hükümler), İkinci Kısım (Kişilere Karşı Suçlar) Üçüncü Bölümde (İşkence ve Eziyet) yer almaktadır. “*İşkence*” başlıklı 94. madde işkenceyi ve nitelikli hallerini, “*Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence*” başlıklı 95. madde önceki maddeyle bağlantılı olarak işkence fiillerinin sebep olduğu sonuca göre cezayı arttıran halleri düzenlemiş, “*Eziyet*” başlıklı 96. madde ise işkenceden farklı ve bağımsız bir suç tipi olarak kanunda yerini almıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (ETCK) 243. maddesi işkenceyi cezalandırmakta ve İkinci Kitap (Cürümler), 3. Bab (Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler), 6. Fasılda (Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Sui Muameleler) yer almaktaydı.

ETCK 243. maddede ön görülen suç, kaynak 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nda (ve 1930 Yeni İtalyan Ceza Kanunu'nda) bulunmamaktadır. Ancak, kaynak kanununun 208¹²⁰ ve 209.¹²¹ maddeleri, failin memur olmasını ve işlendiği sırada görevini suiistimal etmesini, bu sıfatı ayrıca dikkate alan suçlar dışındaki bütün

¹²⁰ 1889 İtalyan Ceza Kanunu 208. Madde: “*Kanuna göre memur sıfatı cürmü teşkil eden unsurlardan veya cürmün şiddetlendirici sebeplerinden sayıldığı yerlerde memurdan bu sıfatın zail olmuş olması veya cürmün vukuu esnasında vazifesini ifa halinde olmaması bu kaidenin tatbikine mani değildir*” Bkz. ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.20 dipnot:82

¹²¹ 1889 İtalyan Ceza Kanunu 209. Madde: “*Bir kimse, bir cürüm işlemek haiz olduğu memuriyete ait kuvvet ve vasıtaları kullandığı takdirde eğer kanun esasen memuriyet sıfatını göz önüne almamış ise işlenen cürüm için tayin olunacak ceza altı da birden üçte bire kadar arttırılır.*” ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.20 dipnot:83

suçlarda genel ağırlatıcı bir sebep saymıştır.¹²² Bu sayede kaynak kanun, kişi haklarını ihlal eden bir suçun işlenmesi durumunda, failin kamu görevlisi olup olmamasını; o fiili suç saymakla korunmak istenen hukuki bir yararada değişiklik yaratmayacağını, yani suç sayılan fiilin yine yaşam, beden tamlığı, hürriyete veya mala karşı işlenmiş bir suç sayılma niteliğini koruyacağını kabul etmiştir. Failin kamu görevlisi olması, görevin kötüye kullanılarak işlenmesi sadece cezanın arttırılmasını gerektiren bir sebep olarak öngörülmüştür.¹²³ Kaynak kanundaki bu iki madde ETCK'nın 3. Bab, 6. Fasil'daki (müşterek hükümler) kamu görevlisi sıfatını ağırlatıcı neden olarak öngören 280 ve 281. maddelerine tekabül etmektedir. ETCK'da işkence cürmü özel olarak düzenlenmemiş olsaydı bile kaynak kanundaki gibi kişinin yaşam, beden tamlığı, özgürlük ve malvarlığına yönelik suçlarda failin kamu görevlisi olmasının ayrıca cezayı ağırlatıcı bir neden sayılacağı kabul gören bir görüştür.¹²⁴

ETCK'nın 243. maddesi, 1858 (Hicri 1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 6. faslında yer alan 103. maddesinden alınmıştır.¹²⁵ Kanunname'nin 103. maddesinde, mahkemeler ve meclisler azalarından ve sair hükümet memurlarından birinin sanıklara cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence edilmesine karar vermeleri veya bizzat bu tür muameleleri yapmalarının cezalandırılacağı öngörülmüştü. Maddenin devamında, maiyet memurlarının, eziyet ve işkenceyi amirlerinin emriyle yapmaları halinde sadece emri verenlerin cezalandırılacağı¹²⁶; işkence sonucu ölüm ya da vücut organlarından biri zarar görmesi halinde, suçu işleyen memur hakkında adam öldürme (katil) veya müessir fiil suçu cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

1858 tarihli bu düzenleme, Cumhuriyet'in kurulmasından sonra 1924 Anayasası'nın işkence yasağını düzenleyen 73. maddesi doğrultusunda, bir takım değişikliklerle 1.3.1926 tarih ve 765 sayılı TCK'nun 243. maddesine alınmıştır.

¹²² ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin. **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1992 ERMAN – ÖZEK, s.232 (“ERMAN – ÖZEK”), ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.131

¹²³ ERMAN – ÖZEK, s.232; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.131

¹²⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.132

¹²⁵ 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 6. faslında yer alan cürümlerden bir kısmı 1810 Fransız Ceza Kanunundan alınmıştır. Bkz. ARTUK, Prof. Dr. Emin – GÖKÇEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Caner. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yay. Ankara 2000 s.515 dipnot:2

¹²⁶ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.132

Fakat ‘kanunname’de “eziyet ve işkence” ibareleri yer alırken yapılan düzenlemede sadece “işkence” kavramı ile yetinilmiştir. Ayrıca, amirin emir ve teşvikinin işkence suçunu işleyen memurların sorumluluğunu kaldırmamış ve emri veren ya da memuru işkenceye teşvik eden amir de sorumlu tutulmuştur.¹²⁷ 765 Sayılı kanunla kabul edilen şekli ile 243. madde şöyle düzenlenmiştir:

“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 emri ve teşvikiyle yapmış olsa dahi cezadan kurtulamaz.

Amirler, cürümde fer’an zimethal sayılır.

İşkence olunan kimse, bundan müteessiren ölürse, fail 452. madde ile cezalandırılır. Ve eğer bir uzvun kat’ı veya amelden sükutunu veya diğer daimi bir maluliyet veya mayubiyeti mucip olursa, 456. madde mucibince cezalandırılır.”¹²⁸

ETCK 243. madde daha sonra 1961¹²⁹ ve 1999’da¹³⁰ olmak üzere iki defa değişikliğe uğramıştır. 1961 yılında yapılan değişiklik ile 1948’de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin işkence yasağını düzenleyen 5. maddesine uygun olarak, işkencenin yanında “zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı” kavramları da madde metnine eklenerek, kapsamı genişletilmiştir.¹³¹ Bunun yanında ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olan 2 ve 3. fıkralar madde metninden çıkarılarak ETCK 49. maddeye atıf yapılmış, ve ETCK m. 64 ile 65. maddeleri yeterli görülmüştür.¹³² 4. fıkrada daha önce 452 ve 456 sadece atıf yapılmışken yeni düzenlemede 452 veya 456’nın uygulanması halinde verilecek cezanın üçte birden

¹²⁷ ARTUK, **Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı**, s.3

¹²⁸ ARTUK, **Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı**, s.2-3

¹²⁹ 05.01.1961 tarih ve 235 sayılı Kanun. 12.01.1961 tarihli RG’de yayınlanmıştır.

¹³⁰ 26.08.1999 tarih ve 4449 sayılı Kanun. 29.08.1999 tarihli RG’de yayınlamıştır.

¹³¹ DEMİRBAŞ, maddenin ilk şeklinde işkenceden söz edilirken, 1961’de değişiklik yapılarak ‘zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı’ ibarelerinin eklenmesini “*maddi unsur hiç gereği yokken genişletilmek istenmiştir*” şeklinde değerlendirmektedir. Bkz. DEMİRBAŞ, Timur. “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, **Av. Dr. Faruk Erem’e Armağan**, TBB Yay. Ankara 1999 s.206 dipnot:2

¹³² “...ayrıca umumi esaslara aykırı olan 2 ve 3. fıkralar çıkarılmıştır. Bu hususta TCK’nun 49. maddesi kafi görülmüştür. (Değişiklik yapan 235 Sayılı Yasa gerekçesi için bkz. GÜLTAŞ, Veysel. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu ve Özel kanunlardaki Ağır Cezalı Suçlar – Açıklamalı, içtihatlı ve ekler**, Ankara 1998 s. 420-421

yarıya kadar arttırılacağı öngörülmüştür. Yapılan düzenlemeye göre 243. madde şu şekli almıştır: “*Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayriinsanı veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile mahkum olur. Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452’nci, sair hallerde 456. maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.*”¹³³

Yeni düzenleme ihtiyacı, değişiklik yapan 235 sayılı kanunun gerekçesinde “... Halen mer’i Anayasa’nın (Madde 73) işkenceyi yasak ettiği malumdur. Buna rağmen ceza kanununun bu çeşit fiilleri müessir bir şekilde önleyemediği bir vakıadır. Bu itibarla, madde hükmünün İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesi hükmünde gösterilen şekilde tanzimi yoluna gidilmiştir.” şeklinde belirtilmiştir.¹³⁴

B – 765 Sayılı TCK’da 1999 Yılında Yapılan Değişiklik

26.08.1999 tarih ve 4449 sayılı Kanun (m.1) ile yapılan değişiklikte 243. maddenin 1.fıkrası değiştirilmiştir. Değişiklik ile 243. maddenin 1. fıkrası şöyle olmuştur:

“*Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsî davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsanı 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.*”

Görüldüğü gibi, değişiklikle “mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümetle memurları” yerine “memur veya diğer kamu görevlileri” ibaresi kullanılmıştır. Suçun cezasının üst sınırı “beş yıla kadar ağır hapis”ten “sekiz yıla kadar ağır hapis”e çıkarılarak cezanın arttırılması yoluna gidilmiş; “müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet” cezası aynen korunmuş, “sürekli veya geçici

¹³³ GÜLTAŞ, s. 419-420; ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.134-135 dipnot:19

¹³⁴ GÜLTAŞ, s. 420

olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet” şeklinde ifade değişikliğine gidilerek günümüz Türkçe’sine uyarlanmıştır.

Suçun mağduruna yönelik, olarak “*cürümlerini söyletmek*”in yanı sıra “...*olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet ve ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle..., veya diğer herhangi bir sebeple...*” bu suçun işlenebileceğinin öngörülmüş olması önemli bir değişikliktir. Tasarının ilk metninde “*diğer herhangi bir sebeple*” ifadesi yer almaktadır. Tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu’nda görüşülmesi sırasında bu ibarenin eklenmesi uygun görülmüş ve Adalet Komisyonunda kabul edildiği şekilde kanunlaşmıştır.¹³⁵

Diğer değişiklik ise, sanık dışında işkence ve benzeri kötü muamelelere maruz kalabilecek olan mağdur, şahsi davacı, davaya katılan (müdahil), tanık, müşteki ve ihbar hakkı sahibi ile bunun dışında herhangi bir sebeple işkence ve benzeri kötü muamelelere uğrayanların bu suçun mağduru olabileceği hükmü getirilmiş, böylece uluslararası düzenlemelere daha uygun bir suç tipi ihdas edilmiştir.¹³⁶

C - TCK Tasarılarında İşkence Suçu

1 – 1958 Tasarısı

1958 tarihli TCK Layihası 243. maddesinde işkence suçu; “*Suçlarını söyletmek için maznunlara işkence yapan memur bir seneden beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten men cezası ile cezalandırılır. - Fiil, kanunun diğer maddelerin göre daha ağır bir cezayı istilzam ediyorsa o maddelerde muayyen cezalar üçte birinden yarısına kadar arttırılarak hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmişti.¹³⁷

¹³⁵ “...Tasarının çerçeve 1 inci maddesiyle değiştirilmesi öngörülen Türk Ceza Kanununun 243 üncü maddesinin birinci fıkrasına yapılan ilave ile fıkra metninde sayılan sebepler arasına “*diğer herhangi bir sebep*” de dahil edilmiştir...” **Adalet Komisyonu Raporu**, (Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu 11.8.1999 Esas No. : 1/441 Karar No: 8 kararı) (www.tbmm.gov.tr)

¹³⁶ NUHOĞLU, s.527

¹³⁷ DEMİRBAŞ, Timur. “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, **Av. Dr. Faruk Erem’e Armağan**, TBB Yay. Ankara 1999 s.206

2 – 1987 TCK Ön Tasarısı

1987 TCK Öntasarısı 2. Kitap 3. Kısım'da “Adliye Aleyhine Suçlar”ın düzenlendiği 7. Bölüm'de “suçu söyletmek için işkence ve kötü muamele” başlığı altında 389. madde; “*Kanunen sorguya çekmek yetkisine sahip bulunan memurlardan birisi, sanık bulunan kimselere suçlarını söyletmek için işkence eder veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir. – Fiil, ölümle sonuçlanırsa fail hakkında sekiz yıldan onaltı yıla kadar hapis cezası hükmolunur. – Suçun işlenmesi ile meydana gelen müessir fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, fail hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Diğer hallerde 108. maddeye göre verilecek ceza üçte biri oranında arttırılarak hükmolunur. – Suçu amirin etkileyecek müdahalesi ile işlediği sabit olan hallerde faile verilecek cezanın yarısı indirilir.*” şeklinde öngörülmüştü.¹³⁸

3 – 1989 TCK Ön Tasarısı

1989 TCK Öntasarısı'nda da aynı şekilde 2. Kitap, 3. Kısım ve aynı başlıkla 430. maddesinde ise; “*Kanunen sorguya çekmek yetkisine sahip bulunan memurlardan birisi, sanık olan kimselere suçlarını söyletmek için işkence eder veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir. - Fiil, ölümle sonuçlanırsa fail hakkında sekiz yıldan onaltı yıla kadar hapis cezası verilir. - Suçun işlenmesi ile meydana gelen etkili eylem daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, fail hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Diğer hallerde 137.maddeye göre verilecek ceza üçte biri oranında arttırılarak hükmolunur. - Suçun, amirin etkileyici müdahalesi ile işlendiği sabit olan hallerde verilecek cezanın üçte biri indirilir.*” şeklindeydi.¹³⁹

İşkence suçu, 1987 ve 1989 TCK öntasarılarında adliye aleyhine suçlar arasında düzenlenmiştir. Bölüm başlığı ise “Suçu Söyletmek İçin İşkence ve Kötü Muamele”dir. Her iki tasarı da birbiriyle örtüşmekte, ancak son fıkradaki “amirin etkileyici müdahalesi”yle suçun işlenmesi halinde yapılacak ceza indirimi 1987

¹³⁸ ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.251

¹³⁹ DEMİRBAŞ, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, s.206

tasarısında yarı iken, 1989 tasarısında indirim oranının üçte bire çekildiği görülmektedir.

1987 ve 1989 tasarılarında, amirin azmettirmesinin (amirin etkileyici müdahalesi) hafifletici sebep olarak ön görülmesi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere,¹⁴⁰ Anayasa'ya¹⁴¹ ve ceza hukukunun genel ilkelerine¹⁴² açıkça aykırıdır.

4 - 1997 Ön Tasarısı

İşkence suçu 1997 Ön Tasarısı'nda ise "Özel Hükümler" başlıklı 2. kitabının "Kişilere Karşı Suçlar"ı düzenleyen 1. kısımda, "işkence" bölüm başlığı ile ikinci bölümde üç ayrı maddede (139,140,141. maddeler¹⁴³) düzenlenmiştir.¹⁴⁴

TCK 1997 Ön Tasarısı'nın "İşkence" başlığını taşıyan 139. maddesi "*Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.*"¹⁴⁵ diyerek

¹⁴⁰ BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, "Madde-2: 1. Sözleşmeye taraf her Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili yasal, yönetsel, yargısal ya da başkaca önlemleri alacaktır.

2. İster bir savaş durumu, ya da bir savaş tehdidi, ister iç siyasal karışıklık, ister bir başka olağanüstü durum söz konusu olsun, hiçbir ayrıkısı durum işkenceyi haklı göstermez. Madde-4/1: Taraf Devletler tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Bunun gibi, işkence yapmaya kalkışan ve işkenceye katılan ya da suç ortaklığı yapan kişinin fiili suç sayılacaktır." (BALCI Muharrem- SÖNMEZ Gülden, **Temel Belgelerde İnsan Hakları**, Danışman Y. İstanbul 2001 s.117)

AİHS, "Madde-15/2: ... üçüncü madde hiç bir surette ihlal edilemez." (BALCI - SÖNMEZ, **Temel Belgelerde İnsan Hakları**, s.265); Ayrıca bkz. "İşkenceye Karşı Bildirge", madde - 7; Tutuklulara Karşı Muamelede Asgari Standartlar, Paragraf 31,32,33; Tutukluluk Haline İlişkin İlkeler Bütünü, ilke - 7 için bkz. **İstanbul Protokolü**, s.6-7

¹⁴¹ Anayasa, (Kanunsuz Emir) "Madde 137/1,2: Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmes ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. - Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz."

¹⁴² ETCK, "Cürüm ve Kabahatte İştirak" Madde 64 ve devamı.

¹⁴³ Madde metinleri ve gerekçeleri için bkz. **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri:3 Ankara 1997 s.62-63, 214-216

¹⁴⁴ TCK 1997 Ön Tasarısında işkence suçu açısından değerlendirmesi için bkz. DEMİRBAŞ, Timur. "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi", **Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan**, TBB Yay. Ankara 1999; DEMİRBAŞ, Timur. "1998 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi", **Yeni Türkiye Dergisi**, Cumhuriyet Özel Sayısı, Yıl:4 Sayı:1998/23-24 s.3947-3955

¹⁴⁵ **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri:3 Ankara 1997 s.62

işkence suçunun basit şeklini düzenlemiş, 140.¹⁴⁶ ve 141.¹⁴⁷ maddeler ise çeşitli hallerdeki “nitelikli işkence” suçu düzenlenmiştir.

1997 Ön Tasarısında ETCK’daki düzenlemeye benzer biçimde “Nitelikli İşkence” başlıklı 140. maddenin B/3 fıkrasında; “Bir tanığa, mağdura, davaya katılan kimseye veya şahsi davacıya karşı, olayları bildirmesini engellemek, şikayette veya ihbarda bulunması önlemek, yahut tanıklıkta veya şikayette veya ihbarda bulunmuş olması sebebiyle” ve 6. fıkrasında: “*Memur veya bir kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle,*” denilerek işkence suçunun bu şekillerde işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörülmüştür.

Bu Ön Tasarı’nın en önemli özelliği işkence suçunu -kim tarafından icra edilirse edilsin- insanın bedensel ve ruhsal bütünlüğüne¹⁴⁸ karşı işlenen bir insanlık

¹⁴⁶ TCK (1997) Ön Tasarısı; (I. Nitelikli İşkence) Madde:140 Yukarıdaki maddede belirtilen suç:

A.1) Onbeş Yaşını doldurmamış bir çocuğa karşı,

2) Yaş, hastalık, malullük, fizik veya ruhi zayıflık veya hamilelik sebebiyle, failin bildiği veya açıkça görülebilen özel bir güçsüzlük veya çaresizlik içinde bulunan kimseye karşı,

3) Mağdurun eşi tarafından,

4) Silah vasıtası veya tehdidi ile,

işlenirse, fail hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

B.1) Usule yahut babalık veya analığa karşı,

2) Failin, niteliğini bildiği veya bu hususun açıkça anlaşılabilirliği memur memur veya kamu hizmetlisine yahut sürekli veya geçici olarak kamu hizmetiyle görevlendirilmiş kişilere veya bir bir avukata karşı görevinin icrasında veya sıfatları kalkmış olsa bile görevleri nedeniyle,

3) Bir tanığa, mağdura, davaya katılan kimseye veya şahsi davacıya karşı, olayları bildirmesini engellemek, şikayette veya ihbarda bulunması önlemek, yahut tanıklıkta veya şikayette veya ihbarda bulunmuş olması sebebiyle,

4) Suçun asli veya fer’i faili sıfatını taşıyan birden çok kimselerce,

5) Taammüden,

6) Memur veya bir kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle,

7) Bir cinsel saldırı ile birlikte,

işlenirse failin cezası beş yıldan on yıla kadar haptir.

C. Suç sebebiyle nesebi sahih veya gayrisahi bir çocuğa veya küçüğe karşı veya usul veya babalık yahut analık sıfatını taşıyanlarca işlendiğinde faili altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Bkz. **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), s.62-63

¹⁴⁷ TCK (1997) Ön Tasarısı; (II. Nitelikli İşkence) Madde 141: Suç, daimi malullüğü veya uzuv kaybını sonucladığında fail hakkında oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. - Suç, mağdurun ölümüne neden olduğunda ceza ağırlaştırılmış müebbet haptir. Bkz. **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), s.63

¹⁴⁸ “Tasarı, yürürlükteki yasalar açısından mevcut boşluğu doldurmak ve yetersizliği gidermek ereği ile işkence eylemlerini herhangi bir kimsenin işleyebileceği bağımsız bir suç haline getirmiş, basit ve nitelikli işkence şekillerini ağır cezalarla karşılamıştır. Böylece şimdiye kadar bazı suçlarda ağırlatıcı bir sebep oluşturan işkence eylemlerinin kendisi suç haline getirilmiş olmaktadır.

Fransız kanunu hakkında Bakanlık genelgesinde ‘Bu hükümlerle, bundan böyle kişinin bütünlüğüne karşı saldırıları nitelendirmek için, sadece mağdurun maruz kaldığı zararın önemi değil ve fakat aynı zamanda, sonuçlarından bağımsız olarak bu saldırıların ağırlığı nazara alınmış olmaktadır. Böylece etkili eylemlere teşebbüsü cezalandırmak hususundaki imkansızlıktan doğan sakıncalar telafi edilmiş

suçu olarak düzenlemiş olmasıdır.¹⁴⁹ Bu konuda geniş ölçüde 1994 yeni Fransız Ceza Kanununun 220-1 ve izleyen maddelerinden esinlenilmiştir.¹⁵⁰

Ön Tasarıda işkencenin tanımı yapılmamıştır. 139. maddenin gerekçesinde, Fransız Ceza Kanunu'nda da işkencenin tanımının yapılmamış olduğu ve içtihatlarla atıf yapıldığı vurgulanmış; Türkiye'nin taraf olduğu BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinde yapılan tanımın iç hukukumuz bakımından uygulanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesinde, mahkeme içtihatlarında işkence tanımlarının yer aldığı ve bunların yeterli görüldüğü belirtilmişse de, atıf yapılan söz konusu Yargıtay kararlarında¹⁵¹ bir tanım değil sadece işkence oluşturan fiillerden örnekler verilmiştir.

Ön Tasarı'nın işkence suçu bakımından en önemli özelliği, işkenceyi özgü (mahsus) bir suç olmaktan çıkararak herkesin işleyebileceği genel bir suç olarak öngörmüş olmasıdır.¹⁵² Bu husus gerekçede, "*Tasarı, yürürlükteki yasalar açısından mevcut boşluğu doldurmak ve yetersizliği gidermek ereği ile işkence eylemlerini herhangi bir kimsenin işleyebileceği bağımsız bir suç haline getirmiş, basit ve nitelikli işkence şekillerini ağır cezalarla karşılamıştır. Böylece şimdiye kadar bazı suçlarda ağırlatıcı bir sebep oluşturan işkence eylemlerinin kendisi suç haline getirilmiş olmaktadır.*" şeklinde vurgulanmıştır.¹⁵³ Yani işkence suçunun faili,

olmaktadır.' Şeklindeki açıklamayla yasal düzenlemedeki önemli boşlukların doldurulduğu vurgulanmıştır." **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), s.214-215

¹⁴⁹ **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), s.215; ÜZÜLMEZ, s. 252; DEMİRBAŞ, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi", s.209

¹⁵⁰ **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), s.215; DEMİRBAŞ, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi", s.209

¹⁵¹ 1997 TCK Ön Tasarısının 139. maddesi gerekçesinde atıf yapılan içtihatlar: YCGK 22.3.1976 – 100/133; Y. 1.CD 6.10.1976 – 3053/3167; YCGK 4.4.1983 – 64/156. Bahsi geçen YCGK 4.4.1983 – 64/156 kararında "...kanuni bir tarife rastlanmamakla birlikte, doktrin ve mahkeme içtihatlarında; a - İşkence : Bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri, b - Zalimane Muameleler : Bundan maksat, mağdura yapılan maddi veya manevi ızdırıp verici her türlü muameleleri, c - İnsani olmayan muameleler : İnsanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici fiilleri, d - Haysiyet kırıcı hareketler : Bir kimsenin namus şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde fiilleri, İfade eylediği bu kötü muamelelerin neler olduğunu kanunun tek tek saymayıp, hakim takdirine bıraktığı belirtilmektedir..." şeklinde tanım yapılmaktadır. Bu tanımlama daha sonra Yargıtayın bir çok kararında kullanılmıştır. (Bkz. YCGK, E. 1983/8-64, K. 1983/156, T. 04.04.1983). Ayrıca benzer tanımlar için bkz. YCGK E. 1987/8-186, K. 1987/423, T. 05.10.1987; YCGK 17.4.1989, 8-87/143 sayılı kararlar (Bkz. GÜLTAŞ, Veysel. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu ve Özel kanunlardaki Ağır Cezalı Suçlar** – Açıklamalı, içtihatlı ve ekler, Ankara 1998 s.425-441)

¹⁵² **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), s.214

¹⁵³ *Fransız kanunu hakkında Bakanlık genelgesinde 'Bu hükümlerle, bundan böyle kişinin bütünlüğüne karşı saldırıları nitelendirmek için, sadece mağdurun maruz kaldığı zararın önemi değil ve fakat aynı zamanda, sonuçlarından bağımsız olarak bu saldırıların ağırlığı nazara alınmış*

mevcut kanuni düzenlemede ve BM Sözleşmesi'nde geçen "memur" veya "kamu görevlisi" ile sınırlı olmayacak, herkes bu suçun faili olabilecektir. Ön tasarı, bu yönüyle işkenceyi, BM Sözleşmesinden de daha geniş bir şekilde düzenlemiş olmaktadır.

1997 TCK Ön Tasarısı bir çok yönüyle eleştirilmiştir. Öncelikle düzenlemenin zayıf yönü, işkence ve müessir fiil suçlarını ayıracak bir ölçünün öngörülmemiş olmasıdır. İşkence suçu, 1997 Ön Tasarısı'ndaki düzenlemeyle genel bir suç haline getirilirken, 'korunan hukuki yarar' müessir fiil ile aynıdır. Yani korunan kişinin 'vücut bütünlüğü'dür. Bu nedenle, tasarıda, işkence suçu ile kasten yaralama (müessir fiil) suçlarını birbirinden ayırt etmek zordur. Her ne kadar, Tasarı gerekçesinde "*Bu suç ile neticesinden müstakil olarak, neticesi ne olursa olsun, şiddet ifade eden hareket cezalandırılmaktadır. Etkili eylemle olan farkı da bu özellik oluşturmaktadır. – Suçun maddi unsuru; bir kimsenin bir başka kimseye maddi veya manevi ağır acı veya ızdırap veren hareketlerde bulunması, manevi unsuru genel kasttir. Fiilin eziyet etme, eza verme bilinç ve isteği ile kasten işlenmesi şarttır.*"¹⁵⁴ denilmekte ise de bu açıklama her iki suçu birbirinden ayırt etmek bakımından yetersizdir. Örneğin, polisin ifade alması sırasında sanığa tokat atması örneğinde olduğu gibi bazı durumlarda işkence ile kasten müessir fiillerini ayırmak zor olabilecektir.¹⁵⁵ Zaten, işkence ve benzeri kötü muameleleri ETCK 243. madde yerine 245. madde çerçevesinde değerlendirme eğiliminde¹⁵⁶ ve kişinin feci şekilde dövülmesi nedeniyle bir haftaya kadar istirahati gerektiren tıbbi rapor alma halinde eylemi işkence olarak görmeyen,¹⁵⁷ uygulamaya baktığımızda böyle bir kanuni düzenleme farklı uygulamalara ve çok tartışmalı kararlara yol açacaktı.

olmaktadır. Böylece etkili eylemlere teşebbüsü cezalandırmak hususundaki imkansızlıktan doğan sakıncalar telafi edilmiş olmaktadır.' Şeklindeki açıklamayla yasal düzenlemedeki önemli boşlukların doldurulduğu vurgulanmıştır." **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), s.215

¹⁵⁴ **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı** (1997), s.215

¹⁵⁵ Bkz. Aynı görüşte, DEMİRBAŞ, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi", s.209; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.253

¹⁵⁶ TANÖR Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, BDS Yay. İstanbul 1994 s.29; GEMALMAZ, Mehmet Semih. "Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı", **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C.14 Yıl:1992 Ankara s. 90; GEMALMAZ, Mehmet Semih. "*İşkence Karşısında Ulusal Yargı Açmazı*" **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Ankara, Mayıs 1988, C.XII, S:95 s.9 ; TİHV Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezleri: **İşkence 2000 Raporu** (www.tihv.org.tr/rapor/iskence2000 /iskence2000ozet.html)

¹⁵⁷ Bkz. YCGK 5.10.1987, 8-186/423 (**YKD** 1988, S.1, s.105)

Kanunlaşması halinde, işkence fiillerinin müessir fiil suçları içinde eritilmesi tehlikesinin söz konusu olması endişelere yol açmıştır.¹⁵⁸

Ön Tasarıda, işkencenin tanımı yapılmamış, gerekçede yerleşik mahkeme içtihatlarına atıf yapılmakla yetinilmiştir. Her ne kadar Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4.4.1983 tarih ve 64/156 sayılı içtihadındaki¹⁵⁹ tanımlama yerleşik ise de işkence ile ilgili yargı kararlarında farklı değerlendirmelerin önüne geçmek için bir tanım yapılmaması eksikliklerdir. Bunun yanında, işkencenin tanımının yapılması hususunun işkence fiillerinin cezalandırılması ve önlenmesi bakımından da önemli olduğu kanaatindeyiz.

1997 Ön Tasarısında önemli görülen bir eksiklik de, hem ETCK'da hem de BM Sözleşmesinde yer alan (YTCK'da farklı ifadelerle yer alan), “zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı” muamelelerin tasarıda yer almamış ve bir yaptırım öngörülmemiş olmasıdır.¹⁶⁰ İşkence suçu, bu kavramları içermesi bakımından seçimlik bir suçtur. Yani işkence fiili dışında zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele fiillerinden birisi yapılmış ise bunlar, işkence suçu kapsamında cezalandırılır.¹⁶¹ AİHS, BM İşkenceye Karşı Sözleşmesi gibi uluslararası belgelerdeki evrensel anlayış da bu yöndedir. Bu nedenle, tasarı sadece işkenceyi cezalandırmakta, işkence suçunun alt kavramları olan, iradeyi ihlal eden ve belli sonuçlara ulaşma bakımından işkence ile aynı kapsamda değerlendirilen “zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı” muameleleri içermemesi nedeniyle önemli bir eksiklik barındırmaktaydı.

¹⁵⁸ DEMİRBAŞ, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, s.216-217; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.253

¹⁵⁹ YCGK, 04.04.1983 E.1983/8-64, K. 1983/156. (Bkz. GÜLTAŞ, Veysel. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu ve Özel kanunlardaki Ağır Cezalı Suçlar** – Açıklamalı, içtihatlı ve ekler, Ankara 1998 s.425-441

¹⁶⁰ DEMİRBAŞ, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, s.216; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.254; ÖZHAN, Hacı Ali. “İşkence Üzerine Değerlendirme”, <http://www.geocities.com/hacialiozhan/arama30.htm> (30.04.2005)

¹⁶¹ TÜRKMEN, Özgür. “Yasak Sorgu Yöntemleri” http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/yasak_sorgu.htm (27.03.2005)

5 - TCK 2000 Tasarısı

TCK 2000 tasarısı küçük değişiklikler¹⁶² dışında 1997 tasarısı ile hemen hemen aynıdır. 2000 Tasarısı, işkence suçunu “Özel Hükümler”i düzenleyen 2. kitabın, “Kişilere Karşı Suçlar”ı içeren 1. Kısım’da, “İşkence” bölüm başlığı ile 3. bölümde, 140, 141 ve 142. maddelerde düzenlenmiştir. TCK 2000 Tasarısı, 1997 ön tasarısıyla tamamen örtüşmektedir.¹⁶³ Bu nedenle tekrarına lüzum olmaksızın yukarıda 1997 tasarısı için belirttiğimiz eleştiriler 2000 TCK tasarısı için de aynen geçerlidir.^{164, 165}

Konumuzla ilgisi olması bakımından TCK 2000 tasarısının “İnsanlığa Karşı Suçlar”ı düzenleyen 129. maddesi ile “Memurlar Tarafından İşlenen Suçlar” başlığını taşıyan 9. bölümün 476 ve 477. maddeleri önemlidir. Özel hükümleri düzenleyen 2. Kitabın, kişilere karşı suçları düzenleyen Birinci Kısım, “Jenosit ve İnsanlığa Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümde “İnsanlığa Karşı Suçlar” kenar başlıklı 129/1. maddede “*Bir plan doğrultusunda ve siyasal, felsefi, irki veya dinsel saiklerle nüfusun sivil bir grubuna karşı sürgün etme, tutsaklaştırma, kitlesel biçimde ve sistemli olarak kişilerin öldürülmesi, insanların kaçırıldıktan sonra yokedilmeleri, insanları işkence veya insanlık dışı işlemlere tabi kılma eylemlerini*

¹⁶² TCK 2000 Tasarısında, işkence suçu 2. kitap (Özel Hükümler), 1. Kısım (Kişilere Karşı Suçlar) içerisinde “işkence” bölüm başlığı altında düzenlenmiş, bu suç 1997 tasarısında 2. Bölümde yer alırken, 2000 tasarısında bir bölüm kaydırılarak 3. bölümde yer almıştır. Madde metin değişikliği olarak da sadece, 140. maddenin A/1 fıkrasındaki “*on beş yaşını doldurmamış bir çocuğa karşı*” ifadesi yerine yaş sınırı evrensel anlayıştaki (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m.1) on sekiz yaş olarak düzenlenerek genişletilmiş, yerine “onsekiz yaşını bitirmemiş çocuk ve küçüklere karşı” ifadesi kullanılmıştır. Bir diğer değişiklik de 141. maddenin (2000 tasarısında 142. madde) başlığı 1997 tasarısında bir önceki maddeyle aynı (Nitelikli İşkence) iken, TCK 2000 Tasarısında “Ağır Nitelikli İşkence” olarak değiştirilmiştir. (**Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuat Uyumuna Dair Kanun Tasarısı**, (Kısaca TCK 2000 Tasarısı) Ankara, 2000 s.64-65)

¹⁶³ Bkz. **TCK 2000 Tasarısı**, s.64-65

¹⁶⁴ TCK 2000 tasarısının işkence suçunu cezalandıran maddelerinde “zalimane, haysiyet kırıcı, insanlıkdışı” kavramları kullanılmamış, buna karşın “insanlığa karşı suçlar” düzenleyen 129. madde de “ nüfusunu sivil bir grubuna karşı ... insanları işkence veya insanlıkdışı işlemlere tabi kılma eylemlerini işleyenlere ... cezası verilir” şeklinde ‘insanlıkdışı’ kavramı başka bir suç için öngörülmüştür. Bkz. TCK 2000 Tasarısı, s.62

¹⁶⁵ “Madde 140: (İşkence) Madde de işkence tanımlanmamakta, cezası çok düşük tutulmaktadır. Şahıslar arasında işkence bu madde de düzenlendiği halde fiilin kamu görevlilerince işlenmesi hali ne kadar 141. maddenin B/6. bendinde ceza miktarının artırılması yönünde düzenlenmiş ise de kamu görevlilerinin hangi davranışlarının işkence olarak niteleneceği yönünde açıklık getirilmemiştir. Bu nedenle ülkemizin imzaladığı uluslararası sözleşmelere uygun olarak düzenlenmeli, tasarıdan 141 ve 142. maddeler çıkarılmalıdır. Bkz. HANOĞLU, İsmail – KIRLANGIÇ, Kemal – BİLGİÇ, Kemal – DEMİRBAŞ, Timur – ÖZCAN, Bahattin. **Yeni Ceza Kanunu (2000 Tasarısı) İnceleme Raporu**, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/20012_05.htm (07.06.2005)

işleyenlere ağırlaştırılmış müebbet hapis ve kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası verilir.” denilmektedir.¹⁶⁶ Bu madde yeni Fransız Ceza Kanununun 212-1. maddesi ile Milletlerarası Nürenberg Askeri Mahkemesi Statüsünün 6 (c) maddesinden esinlenerek hazırlanmıştır.¹⁶⁷

TCK 2000 tasarısının 2. Kitabının, “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar” başlıklı 3. Kısımında “Memurlar Tarafından İşlenen Suçlar”ı düzenleyen 9. bölümde m. 476 (Zor Kullanma Yetkisinin Aşılması) ve m.477 (Keyfi ve Sert Muamele) düzenlenmiştir. Madde 476: “*Zor kullanma yetkisine sahip olanlar ile kolluk memurları, görevlerini yaptıkları veya amirlerinin emrini yerine getirdikleri sırada, kanun ve nizamın belirlediği sınırları aşarak bir kimseye kötü muamele yapar veya cismen eza verirlerse üç aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. – İşlenen suç daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, o suça özgü ceza üçte biri oranında arttırılarak hükmolunur.*”¹⁶⁸ şeklinde düzenlenmiştir.

Tasarının 477. maddesinde ise; *Kanunun özel bir hüküm ile suç saydığı haller dışında, görevini kötüye kullanarak bir kişi hakkında keyfi muamele yapan veya yapılmasını emreden veya ettiren memura altı yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. ... -Memuriyetin icrasında gereksiz yere sert muamelelerde bulunan memura birinci fıkrada yazılı ceza verilir. Sert Muamele, mağdurun kanun hükmüne veya emirlere uymamasına neden olmuş ise ceza altıda biri oranında arttırılır.*”¹⁶⁹ denilmiştir.

1926’da yürürlüğe girdikten sonra, üzerinde yaklaşık yetmiş kez değişiklik yapılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yerine, toplumsal ihtiyaçları karşılayabilecek yeni bir kanunun hazırlanması çalışmaları, yaklaşık 20 yıllık bir süreçten sonra, yürürlükteki YTCK’ya esas teşkil eden 1997 Tasarısı, 2000 ve 2001’de küçük değişiklikler yapılmış, 2003 yılında da Hükümet Tasarısı olarak TBMM’ye sevk edilmiştir. Bu tasarı da, Meclis Adalet Komisyonu TCK Alt Komisyonunca (özellikle AB ile uyum politikaları çerçevesinde) çok önemli ve

¹⁶⁶ TCK 2000 Tasarısı, s.62

¹⁶⁷ Bkz. 129. maddenin gerekçesi için bkz. TCK 2000 Tasarısı, s.236

¹⁶⁸ TCK 2000 Tasarısı, s.143

¹⁶⁹ TCK 2000 Tasarısı, s.143-144

temel sayılabilecek deęişiklikler¹⁷⁰ yapıldıktan sonra (1 Nisan 2005'te yürürlüğe girmek üzere) 26 Eylül 2004 tarihinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilmiştir. Daha sonra, kanunun yürürlük tarihi 1 Haziran 2005'e ertelenerek belirtilen tarihte yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁰ YILMAZ, Halim. "Yeni TCK Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme", **Toplum ve Hukuk**, Yaz 2003, Yıl:2 S.7 s.74-83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞKENCE SUÇU

I –GENEL OLARAK

TCK’da işkence suçu m. 94 ve 95’te düzenlenmiştir. Bunun yanında, işkence kavramı hem genel hükümlerdeki düzenlemelerde, hem de özel hükümlerde (yeni suç tipleri içinde) kullanılmıştır. Genel Hükümler kısmında m.13’te kanunun uygulanması, m.18’de suç işlediği iddia edilen kişinin (yabancınn) geri verilmesi, m. 43’te Suçların İçtimaı kuralı; Özel Hükümlerde ise m.76’da Soykırım, m.77’de İnsanlığa Karşı Suçlar işkence kavramı ile ilişkilidir.

Kanunun uygulama alanı ile ilgili 13. maddede, diğer bazı suçlarla birlikte (çevrenin kasten kirletilmesi, uyuşturucu madde ticareti, fuhuş, rüşvet, soykırım, insan ticareti gibi) işkence suçunun vatandaş veya yabancı tarafından işlenmesi halinde, aralarında bir fark olmaksızın Türk Ceza Kanunu’nun uygulanacağı hüküm altına alınmış, yer bakımından yetki prensibi (mülkilik – territoriality) aşılarak bazı suçlarda “evrensel yetki” prensibi¹ kabul edilmiştir.²

YTCK m.18 ile suçluların (zanlıların) geri verilmesi kapsamında “*Kişinin ... işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep*” kabul edilmeyecektir. Geri verilenin işkenceye maruz kalması konusunda kuvvetli şüpheler varsa iade edilemeyeceği kuralı, uluslararası insan hakları hukukunun önemli ilkelerinden biri olup “*non-refoulement*” prensibi şeklinde ifade edilmektedir.³ BM İşkenceye Karşı Sözleşmenin 3. maddesi, 1951 Tarihli

¹ ‘Evrensel yetki’ kavramı için Bkz: KOCAOĞLU, S.Sinan. “Evrensel Yetki”, **TBB Dergisi** S. 60 Eylül- Ekim 2005, s. 189-213; BOUCHET – SAULNIER Françoise. **İnsancıl Hukuk Sözlüğü**, Çev: Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları,1. Baskı, İstanbul 2002 s.104-105 ‘Evrensel Yetki’ maddesi.

² TURHAN, Faruk. “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”, **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:3 Nisan 2005 s.11

³ Bkz: TARHANLI, Turgut. “Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye’deki Yargı Kararları Konusunda Hukuki Bir Değerlendirme”. **Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye’deki Yargı Kararları**, BMMYK yayını 2. baskı, Ankara 2000 s.28 vd. ; YILMAZ, Halim. “Mültecilerin Sınırdışı Edilmesi ve Yargısal Denetim”, **Türkiye’de Geçici Sığınmacı Kadın ve Çocukların Psikososyal Durumlarının Tespiti ve Yaşam Koşullarının İyileştirilmesi İçin Çözüm Önerileri**, Mazlumder İnsan Hakları Ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği Yay., Ankara, 2005 s.27 vd. ; BOUCHET – SAULNIER, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, s.321; ÜNAL, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, s.113

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesinin 32 ve 33 maddeleri de bu prensibi vurgulamakta, AİHM işkenceyi yasaklayan AİHS 3. madde çerçevesinde aynı prensibi uygulamaktadır.⁴

TCK'nın "Suçların İctimai" bölümünde, 43. maddede işkence suçunun zincirleme suç kapsamında yer almayacağı belirtilmiştir. "Zincirleme suç"u düzenleyen 43. maddeye göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir, ancak bu ceza artırılır. Kural olarak, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda da aynı hüküm uygulanır. Maddenin 3. fıkrasında ise istisnai olarak, "kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümlerinin uygulanma(yacağı" belirtilerek, bu suçlar hariç tutulmuştur. Böylece, tek fiille birden fazla karşı işlenen işkence suçunda, zincirleme suç kuralı uygulanmayacağı özel olarak düzenlenmiştir.

TCK m.76 "Soykırım" suçunu düzenlemektedir. Madde metninde her ne kadar doğrudan işkence kavramı kullanılmamış ise de, soykırım suçunu oluşturan "kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme" fiilinin⁵ hem uluslararası insan hakları sözleşmelerinde, hem de YTCK m.94'te tanımlanan işkenceyi kapsadığı açıktır.⁶

TCK'da 77. maddede işkence ve sayılan diğer bazı fiillerin "siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli

⁴ AİHM, sınırdışı edilme veya suçluların geri verilmesi olaylarında, kişinin gönderileceği ülkede yaşam hakkı ihlali, işkence veya benzeri kötü muamelelere uğrama riskinin varlığı halinde, kişi gönderilmiş olması gerekmeksizin işkenceyi yasaklayan Sözleşmenin 3. maddesini ihlal edilmiş olduğu tesbitini yapmaktadır. (Soering / Birleşik Krallık davası gibi) Bu tür olayların çoğunda başvuruçuların mültecilikle ilişkisi vardır (*Cruz Varas / İsveç, Vilvarajah ve diğerleri-Birleşik Krallık davaları* gibi). Türkiye aleyhinde yapılan iltica ve sınırdışı konularıyla bağlantılı 3. maddenin ihlali ile ilgili kararlar verilmiştir. Bunlardan "D. Ve Diğerleri / Türkiye" kararı henüz yeni olup 22 Haziran 2006 tarihinde karara bağlanmıştır. Diğerleri "Jabari / Türkiye", "Mamatkulov ve Abdurrahiloviç / Türkiye" davalarıdır. Bkz. YILMAZ, "Mültecilerin Sınırdışı Edilmesi ve Yargısal Denetim", s.28; TARHANLI, s.30-31; ÖNOK, R. Murat. **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay., Ankara 2006 s.224 vd.

⁵ TURHAN, Faruk. "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:3 Nisan 2005 s.14

⁶ 5237 sayılı TCK ile yeni bir suç tipi olarak düzenlenen "Soykırım suçu" hakkında detaylı bilgi için bkz. AKSAR, Yusuf. "Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu" <http://www.usak.org.uk/junction.asp?docID=348&ln=TR> (17.11.2006); ÖNDER, Orhan. **Birleşmiş Milletler Ruanda İçin Uluslar arası Ceza Mahkemesi**, Bilge Yayınevi, Ankara 2006 özellikle s.104 vd.; Uluslararası ceza mahkemeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: AZARKAN, Ezeli. **Nüremberg'ten Lahey'e: Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, Beta Yayınları, 2003 (bütün kitap).

olarak işlenmesi” halinde “insanlığa karşı suç”tan olacağı belirtilmiştir. İkinci Dünya Savaşı’nın en önemli sonuçlarından bir tanesi de tarihte ilk defa, Nuremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri’ne ilişkin düzenleme ve uygulamalar aracılığıyla, “insanlığa karşı suç” kavramının uluslararası ceza hukukuna kazandırılmasıdır.⁷

Soykırım ve insanlığa karşı suçlar 5237 sayılı yasa ile Ceza Kanununa girmiş olup, bu suçlar için zamanaşımı söz konusu değildir. Bazı eylemler (kasten yaralama, bedensel ve ruhsal zarar verme gibi) hem soykırım hem de insanlığa karşı suç oluştursa da, fikri içtima kuralları gereği fail cezası daha ağır olan soykırım suçundan cezalandırılması gerekecektir.

1.3.1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nu yürürlükten kaldıran ve 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren⁸ 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı kanun Türk Ceza Kanunu’nun 94 ve 95. maddelerinde “işkence” suçunu düzenlemiştir. Buna göre;

İşkence

MADDE 94. - (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla,

İşlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz

⁷ AKSAR, agm.

⁸ 4.11.2004 tarih ve 5252 sayılı “TCK’nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”, m.12

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence

MADDE 95. - (1) İşkence fiilleri, mağdurun;

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,*
- b) Konuşmasında sürekli zorluğa,*
- c) Yüzünde sabit ize,*
- d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,*
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,*
Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

- a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,*
- b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,*
- c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,*
- d) Yüzünün sürekli değişikliğine,*
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,*
Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

Görüldüğü gibi, işkence suçu birbirinin devamı iki ayrı maddede düzenlemiş, YTCK m. 94'te tanım ve suçun nitelikli hali, m. 95'te ise işkenceyi oluşturan fiillerin sonucuna göre ağırlaşmış halleri yer almıştır. YTCK ile işkence suçunda bir çok yenilik getirilmiş, bu kapsamda işkencenin tanımı yapılmış ve kapsamı genişletilmiştir.

YTCK m.94'e göre işkence sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilecek özgü bir suçtur.⁹ Failin belirli bir saik veya amaçla (itiraf ettirmek, cezalandırmak gibi) yapmış olması şart olmayıp kişilere karşı adli amaçlar dışında yapılan işkenceyi kapsamaktadır. Bu suçu ilerde tüm unsurlarıyla inceleyeceğimizden daha fazla ayrıntıya girmeyeceğiz.

II - İŞKENCE SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI

A – Genel Olarak

YTCK'da işkence suçuna benzer suç tipleri “kasten yaralama” (m.86), “eziyet” (m. 96), “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” (m.256) ve “görevi kötüye kullanma” (m.257) suçları sayılabilir. Bu suçlar, kişilere yönelik olmaları bakımından benzer olmaları nedeniyle, farklılıklarını ortaya koymak gerekir. Ayrıca, ETCK'da “Keyfi Muamele Etmek” (m.228/1), “Sert Muamele Etmek” (m.228/2), “Cebir Kullanmaya Yetkili Olanların Kötü Muamele Etmeleri” (m. 245) ve “Kasten Müessir Fiil” (m.456) suçları işkence suçuna benzer suç tipleri olduğundan kısaca değineceğiz.

B – Kasten Yaralama Suçu (YTCK m. 86)

YTCK'nın“Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümünde “Kasten yaralama” başlıklı 86. maddesinde “*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi*”nin cezalandırılacağı öngörülmüştür.

TCK 1997, 2000 ve 2003 tasarılarında en çok eleştirilen hususlardan biri, işkence suçu ile kasten yaralama suçunun failinin herkes olabilmesi ve korunan hukuki yararın vücut bütünlüğü olması karşısında her iki suçu birbirinden ayırmanın zor olacağıydı.¹⁰ YTCK'da unsurları bakımından her iki suç birbirine benzemekle birlikte, bu suçlar fail bakımından birbirinden ayrılmakta ve işkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilmektedir.

⁹ YILMAZ, Halim. “Yeni Türk Ceza Yasası'nda İşkence Suçu”, **Hukuk Gündemi**, S.2, Ağustos 2005 s.40

¹⁰ YILMAZ, **Yeni TCK Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme**, s.81; ÖNOK, s.346

İşkence suçu ve kasten yaralamada, suçun maddi ve manevi unsuru, mağdur gibi unsurlar bakımından aynı olması ve manevi unsur bakımından özel kast aranmaması nedeniyle kamu görevlisi olan failin işlediği fiilde kasten yaralama ile işkence suçunu ayırt etmenin zor olacağı haklı olarak ifade edilmektedir.¹¹

Gerçekten de failin “*kamu görevlisi*” olması ayırımı yapmak için yeterli olabilecek midir? 86. maddenin 2. fıkrasında “...*Kasten yaralama suçunun; ... c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,...*” işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı hükmü karşısında bu ayırımı yapmak epey zor olacaktır. **Çünkü, bu düzenleme ile kamu görevlisi işkence suçunun faili olabileceği gibi kasten yaralama suçunun faili de olması mümkündür.** Belki ayırım yapılabilecek tek nokta, işkence suç tipinde eylemin “*insan onuruyla bağdaşmayan*” şekilde gerçekleşmesidir. Bu ayırım zorluğu uygulamada, failerin çok özel vakalar dışında, işkence suçu yerine kasten yaralama suçu çerçevesinde cezalandırılmasına neden olabilecek, ya da Yargıtay içtihatlarıyla bir ayırım yapılmaya çalışılacaktır.¹²

C - Eziyet Suçu (YTCK m.96)

Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrasında, işkence ve eziyet yapmak yasaklanmıştır. Anayasa’da yer alan soyut nitelikteki “eziyet yasağı” bu hükümle somutlaştırılmaya çalışılmıştır.¹³ ETCK’ da karşılığı olmayan eziyet suçu YTCK’ daki yeni ve “ilginç” maddelerden biri olarak değerlendirilmektedir.¹⁴ YTCK’nın 96. maddesi şu şekildedir:

“(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da eşe karşı,

¹¹ Bkz. ÖNOK, s.346; DONAY, Süheyl. **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yay. İstanbul 2007 s.153

¹² ÖNOK, s.347

¹³ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. bası, Turhan Kitabevi, İstanbul 2006 s.128 (“ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)**”)

¹⁴ ÖNOK, s. 327

İşlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Eziyet suçu ile -gerekçesinde de belirtildiği gibi- kamu görevlisi olmayan kişiler (sade vatandaşlar) tarafından işlenen “işkence niteliğindeki fiiller” için özel olarak düzenlenmiştir. Suçun tipe uygun eylemi “*bir kimseye eziyet çekmesine yol açacak davranışlar*”ı gerçekleştirmektir. Sözlük anlamı “*aşırı güçlük, ceefa, zulüm*” olan eziyetin tanımı veya eziyet olan davranışların ne olduğu yasada gösterilmemiş, madde gerekçesinde, eziyetin kişinin “*acı çekmesine, aşığılanmasına yol açacak nitelikte*” davranışlar olduğu ifade edilmiştir. Yasa koyucu, 94. maddedeki tanımlamayı, 96. madde metninde değil, fakat gerekçesinde yer vermekle işkence teşkil eden fiillerin kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından işlenmesi halinde eziyet suçunun gerçekleşmiş olacağını öngörmüştür. Nitekim işkence suçunda fail kamu görevlisi iken, eziyet suçunda farklı olarak herkes fail olabilir.¹⁵ Bu durumda, kamu görevlisi olan kişinin, göreviyle bağlantısı olmaksızın 94. maddede tanımlanan işkence suçunu gerçekleştirmesi halinde, eziyet suçundan cezalandırılması sözkonusu olacaktır.

96. maddenin gerekçesinde tanımlanan eziyet suçu ile 94. maddenin metninde tanımlanan işkence suçunun tipe uygun eylemi hemen hemen aynıdır. Sadece işkence suçunda “*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi*” şeklinde belirtilen seçimlik hareket eziyet suçunda bulunmamaktadır. Ayrıca eziyet suçunun “ihmalen işlenmesi”¹⁶ ve eziyet sonucu ölüm ihtimalleri düzenlenmemiştir.¹⁷

Eziyet teşkil eden fiillerin, sistematik veya belirli bir süreç içinde gerçekleşmesi koşulu, eziyeti benzer suçlardan (kasten yaralama, tehdit, hakaret vs.) ayırmaktadır. Eziyet suçunun mağduru herkes olabilir. Suçun çocuk, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bir kişi ya da gebe kadına karşı

¹⁵ SOYASLAN, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Y. 2005 Ankara s.159

¹⁶ Eziyet suçunda “ihmalî davranışla işlenmesi” ihtimali düzenlenmemişse de, ihmal suretiyle işlenebilmesi mümkündür. Bkz: MAHMUTOĞLU, Fatih S. “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu” İÜHFM, C.LXIII Sayı 1-2 2005 s.80 45 nolu dipnot.

¹⁷ Eziyet sonucu ölüm meydana gelmesi halinde, yaralanma sonucu ölüm (m.87/4), ihmalî davranışla yaralama halinde ise kasten yaralama (m.87/2) hükümleri uygulanacaktır. Bkz: SOYASLAN, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.160

işlenmesi halleri ile faille mağdur arasında birtakım akrabalık ilişkileri bulunması durumunda cezayı ağırlaştırıcı neden olarak görülmüştür.¹⁸

Eziyet suçu ile korunan hukuki yarar, insan onuru ve kişi dokunulmazlığı, beden bütünlüğü, iç huzuru gibi değerleri içeren maddi ve manevi bütünlüktür.¹⁹ Eziyet suçunun işkence suçundan en önemli farkı, bu suçun failinin herkes olabilmesidir. Bunun yanında faildeki farklılık nedeniyle, kamu idaresi ve adliyeye karşı bir suç niteliği taşımadığını belirtmek gerekir.²⁰ Fakat, mağdurun bedensel veya ruhsal olarak aşağılanmasına, acı ve ızdırap çekmesine sebep olacak hareketlerin kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde, işlenen fiil işkence suçu olarak değerlendirilecektir.

Eziyet suçu TCK m. 232'deki "*kötü muamele*" ve m.233'teki "*Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali*" suçlarına benzemektedir. 232. maddenin 1. fıkrası "*aynı konutta yaşayanların birbirine kötü muamelesi*"ni cezalandırmaktadır. Bu suç tipi ile eziyet suçu arasında benzerlik görünmesine karşılık, eziyet genel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir, ayrıca fail ile mağdur arasında bir ilişki bulunması şart değildir.

TCK 232. maddenin 2. fıkrasındaki ve "*disiplin yetkisinin kötüye kullanılması*" da eziyet suçuna benzerlik göstermektedir. Bu suç ile anne-babanın veya bir meslek veya sanatı öğretmekle yükümlü kişilerin disiplin yetkisini kötüye kullanarak verebileceği zararlara karşı kişinin hayatı, beden bütünlüğü veya sağlığının korunması amaçlanmıştır. Bu suçta da, mağdurla fail arasında özel bir ilişki vardır.

TCK m.233/1'de yer alan "*Aile Hukukunda Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali*" de eziyet suçuyla benzerlik göstermektedir. Aile hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük kişiye eza vermeye / eziyet çektirmeye yönelik kasıtlı ve sürekli bir hal almışsa eziyet suçu gerçekleşmiş olacaktır.

İşkence suçu ile eziyetin manevi unsuru "genel kast" olduğuna göre kamu görevlileri açısından nasıl ayırt edilecektir? Kanaatimizce, kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından işlendiği zaman eziyet teşkil eden davranışlar, bir kamu görevlisi

¹⁸ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)* s.130

¹⁹ ÖNOK, s.328

²⁰ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)* s.128-129

tarafından (kamu göreviyle bağlantı olması koşuluyla) işlendiği zaman işkence suçu gerçekleşmiş olacaktır.²¹ Bu sonuçla, düzenlemenin muğlak olduğu, mahkemelerin bir çok durumda aslında işkence teşkil eden davranışı eziyet kapsamında değerlendirme yönüne gidebileceği düşüncesine katılmıyoruz.²² Çünkü, fail bakımından yapılan ayırım, iki suç birbirinden kesin olarak ayırmaktadır.

Doktrinde, eziyet suçunun düzenlenmesi eleştirilmiş²³ ve işkence ve eziyet suçlarının birbirine çok yakın olması nedeniyle, her iki suç tipinin aynı madde içerisinde düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur.²⁴

D - Kötü Muamele Suçu (YTCK m.232)

YTCK'nın 232. maddesi "Kötü muamele" başlığını taşımaktadır. Buna göre: *"Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. / 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."*

Bu suç tipi hem işkence suçu ile hem de eziyet suçu ile benzerlikler taşımaktadır. Kötü muamele suçu ile aynı konutta yaşayan kişilerin birbirlerine karşı kötü muamelesi ve aile içi şiddet teşkil eden davranışların cezalandırılması amaçlanmıştır. Kötü muameleyi, merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayan davranışlar olarak değerlendirmek mümkündür.²⁵ Bu davranışlar, YTCK m. 94'te tanımlanan işkence suçu ve m.96'daki eziyet suçunu oluşturan (insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel ve ruhsal yönden acı veren, aşağılayan) davranışlar gibi olması mümkündür.

²¹ Örneğin, gözaltında tutulan şüphelilerin birbirlerine karşı işkence oluşturan davranışları gerçekleştirmeleri halinde eziyet suçu oluşacaktır. Fakat bunu engellemekle yükümlü olan, neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğüne sahip kamu görevlisinin durumu ne olacaktır? Bu durumda birinci ihtimal, eziyet suçu sözkonusu olduğundan, kamu görevlisi eziyet suçunun ihmal suretiyle failidir. İkinci ihtimalde ise, gözaltında tutulan eziyet suçunun faili, kamu görevlisi ise işkence suçunun faili sayılacaktır. Bkz: MAHMUTOĞLU, Fatih S. "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu" s.80 özellikle 45 nolu dipnot.

²² Karşılaştırınız: ÖNOK, s.337

²³ ÖNOK, 326

²⁴ ŞEN, Ersan. **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006 s.342

²⁵ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)** s.131

Kötü muamele suçunun, faili ve mağduru aynı konutta yaşayan kişilerdir. Bu bakımdan işkence suçundan ayrılmaktadır. Bu suç tipi, eziyet suçuna büyük benzerlik göstermekte ise de, eziyet suçunda, sistematik ve süreklilik arz eden bir muamele olması gerekir. Kötü Muamele de davranışın bir kere gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterli olacaktır. Aynı konutta yaşayan kişilerden birisinin diğerine kötü muamelesinin süreklilik arz etmesi halinde, YTCK m.44 gereği fikri içtima kuralları uygulanarak, fail eziyet suçundan sorumlu tutulacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, idaresi 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 kimse cezalandırılacaktır. Bu madde de en önemli farklılık faille mağdur arasında ilişkidir. İşkence ve eziyet suçunda böyle bir şart yoktur. Burada da süreklilik arz eden davranışlar olması halinde m.96'daki eziyet suçuna yol açacaktır.²⁶

E - Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması (YTCK m.256)

YTCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmının birinci bölümü, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar"a ayrılmıştır. Bu bölümdeki "Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" suçu, işkence suçu ile benzerlikler taşımaktadır.

ETCK m.245' teki "kötü muamele" suçunun karşılığı olan YTCK m.256' ya göre "*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" Bu maddenin uygulanabilmesi için fail olan kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olması şarttır.²⁷ Zor kullanma yetkisine sahip olmayan kamu görevlisinin kişiler üzerinde güç kullanması bu madde kapsamında değildir. Böyle bir ihtimalde fail m.86/2-d' ye göre cezalandırılacaktır.

²⁶ ÖNOK, s.345

²⁷ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)* s.740

İşkence suçunun oluşabilmesi için failin kamu görevlisi olması yeterli olup ayrıca zor kullanma yetkisine sahip olması gerekli değildir. Buna karşılık 256. maddedeki suçun oluşabilmesi için, zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisi olması gerekir.

F - Görevi Kötüye Kullanma (m.257)

YTCK'nın 257. maddesinde "Görevi Kötüye Kullanma" suçu düzenlenmiş, buna göre "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"(2) *Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...*"

Böylece, ETCK'da yer alan kişilere karşı keyfi muamele (m.228/1), görevi kötüye kullanma (m.240), görevi ihmal (m.230) gibi birbirinden farklı suç tiplerinin karşılığı olarak, YTCK'da aynı madde içerisinde düzenlenmiştir.²⁸ Bu madde de, "*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*" ifadesiyle, kötüye kullanma suçunun genel nitelikte düzenlendiği, özel nitelikte kötüye kullanma suç tipleri söz konusu olması halinde (m.235, 250, 252 gibi), bu madde kapsamına girmeyeceği belirtilmektedir.²⁹ Kamu görevlisinin görevin gereğine aykırı hareket etmesi eylemi ve kişilerin mağduriyetine neden olması bakımından işkence suçunu oluşturan eylemlere benzese de; işkencenin "insan onuruyla bağdaşmayan" biçimde olması şartı ve "mağduriyet" kavramından daha dar olarak "bedensel veya ruhsal acı ya da algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi, aşağılanması" eylemi her iki suçu birbirinden ayrılmaktadır.

YTCK 257. madde de yer alan "*görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına*" veya "*görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine*" olma

²⁸ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)* s.748-749

²⁹ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)* s.753

hallerinde fail ancak kamu görevlisi olabilir. Bu ayrımla “görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle” veya “ihmal veya gecikme” ile kişilerin mağduriyetine sebep olmak suç olarak düzenlenmiştir. Suçun failinin kamu görevlisi olması ve kişilere zarar verme (mağduriyet) bakımından işkence suçu ile benzerlik gösterse de, bu madde kamu görevlileri için genel bir suç olarak düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin görevin gereğine aykırı davranarak ya da ihmal ve gecikmeyle ile kişilerin mağdur edilmesi (hakkının ihlal edilmesi)³⁰ halinde, kanunda başka bir suç oluşturuyorsa bu madde uygulanacaktır.³¹

III - KORUNAN HUKUKİ YARAR

A - Genel Olarak

Daha önce belirttiğimiz gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. madde 3. fıkrasında kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı belirtilmiş, yani işkence ve eziyet yasağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın 38/5 maddesinde ise “hiç kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı” ve 3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle de (m.38/6) “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği” fıkrası eklenmiştir.

Ceza yargılamasında maddi veya manevi baskı ile işkence ve benzeri kötü muameleler uygulanarak sorgu yapılamaz.³² Ceza yargılamasında “susma hakkı” en önemli sanık haklarından biri olarak sanığın ifadesinin özgür iradesine dayanması esası kabul edilmiş ve özgür iradeyi etkileyen işkence ve benzeri eylemler ile başkaca yöntemler yasaktır.³³ Özgür iradenin zorlanması ile elde edilen deliller hukuka aykırı olup hükme esas teşkil edemez.³⁴

³⁰ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)** s.758

³¹ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)** s.748 vd.

³² AYTEKİN, Asuman. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000 s.127 vd.

³³ DOĞAN, Y. Hakkı. **Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma**, Kazancı Yay. İstanbul 1994 s.91 vd.

³⁴ SOKULLU – AKINCI, **Polis**, s.153; AYTEKİN, s.127 vd.; SÖZEN, Elife Selma. **Ceza Muhakemesi Hukukunda ve Adli Tıpta Delil Kavramı, Hukuka Aykırı Deliller ve Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi , İstanbul 1998 s.27; KARADAĞ, Ercan. **Yargıtay Kararları**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 148. maddesi de "işkence"yi yasak sorgu yöntemleri başlığı altında ele almıştır.³⁵ Buna göre (m.148-1) "*şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.*" Ayrıca işkence suçu, CMK m. 100/3' e göre sanıklar bakımından tutuklama nedenleri arasında sayılmıştır.

CMK m.148/3'te "*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*" ve m. 206/2-a'da "*Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*" reddolunacağı belirtilmiştir. Bunun yanında m.289'da "*Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*" halinde temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da kesin (mutlak) temyiz³⁶ nedeni olarak belirtilmiştir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceği CMK m.217/2'de "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*" şeklinde belirtilmiş, [madde gerekçesinde de işkence ve benzeri kişi bütünlüğüne saldırı yoluyla elde edilen delillerin hükme esas alınmaması amaçlanmıştır.](#)³⁷

İşkencenin suç olması, Anayasa'da yer alan işkence yasağının ve sanığın kendisinin ve yakınlarının aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamaması gibi hakların güvencesini teşkil etmektedir.³⁸ En önemlisi işkence bir fiil olarak kişi dokunulmazlığına bir saldırı olarak kişilerin bedensel ve ruhsal sağlıklarını önemli derecede etkilemektedir. İşkence yasağı ile kişilerin hem bedeni (maddi vücut olarak); hem de insanın maddi olmayan yönü, insan olmaktan kaynaklanan "onur"u korunmaktadır. CMK m.147 ve 148'deki ifade ve sorguya ilişkin hususlar, işkence veya benzeri diğer özgür iradeyi engelleyici uygulamaların önüne geçmek amacı ve

İşığında Ceza Muhakemesinde Delil Yasakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul 1996 s.45

³⁵ CMK m. 148'in Tasarı metniyle karşılaştırma için bkz: YILMAZ, Zekeriya. "**Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat**", Seçkin Yay. Ankara 2005 s.535-536

³⁶ Bu konuda detaylı bilgi için Bkz. KESKİN, Serap. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Alfa Yayınları, İstanbul 1997

³⁷ YILMAZ, Zekeriya. "**Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat**", Seçkin Yay. Ankara 2005 s.676

³⁸ NUHOĞLU, s.550; ÖZTÜRK, Bahri. "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları", **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:3 Nisan 2005 s.134

adli mekanizmanın usulüne uygun işleyişi bakımından önemlidir.³⁹ İşkence, bu yönüyle adaletin yanlış tecelli etmesine neden olabilir.⁴⁰ Aynı zamanda disiplin ve kamu fonksiyonu açısından işkence, devlet idaresine olan güveni sarsmaktadır. Görüldüğü gibi işkence suçu ile korunan hukuki yarar birden fazladır. İşkence suçu ile korunan hukuki yararları tek tek ele alacağız.

B – Kişi Dokunulmazlığı

Anayasanın 17. maddesi “*kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlığını taşımakta, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, kanunda sayılan istisnalar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve işkencenin yasak olduğu belirtilmiştir. Böylece işkence fiillerinin, Anayasadaki kişi dokunulmazlığı kapsamında, kişi dokunulmazlığına ve vücut bütünlüğüne yönelik bir suç olarak cezalandırılması öngörülmüştür. İşkence suçunun düzenlendiği bölümü YTCK sistematliğini göz önüne aldığımızda, korunan hukuki yarar öncelikle kişi dokunulmazlığıdır.

İşkencenin suç olarak düzenlenmesinin temelinde de kişinin beden bütünlüğünün tanınması ve korunması düşüncesi vardır.⁴¹ Kişi dokunulmazlığı sağlanmadığı sürece diğer hak ve özgürlüklerin gerçekleşme imkanı yoktur.⁴² Şüphesiz buradaki beden dokunulmazlığı kişinin sadece biyolojik bedeni ile sınırlı olmadığını, bir bütün olarak bedensel ve ruhsal varlığını ifade ettiğini özellikle belirtmek gerekir.⁴³

C – İnsan Onuru

Kişilerin moral ve manevi bütünlüğü, maddi olmayan değerleri ifade eder. İnsan kişiliğinin bütünlüğü açısından fiziksel korunma yanında manevi (psikik -

³⁹ ÜZÜLMEZ, **TCK’da İşkence Suçu**, s.149

⁴⁰ ERMAN – ÖZEK, s.234

⁴¹ GEMALMAZ, “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, s. 91; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Tyer – Birleşik Krallık davasında işkenceyi yasaklayan Sözleşmenin 3. maddesinin koruduğu amacın “insan onuruna ve fiziksel bütünlüğü” olduğu belirtilmiştir. (Bkz. **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, C. 1, Ed: Osman DOĞRU, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 1998 s. 283; GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz – GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002 s. 198)

⁴² ÜZÜLMEZ, **TCK’da İşkence Suçu**, s.67

⁴³ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 145

moral) korunmaya da ihtiyacı vardır.⁴⁴ İnsan onuru, insanın özündeki onur, insan haklarının mutlak ve dokunulmaz temel değerlerinden biridir.⁴⁵ YTCK'nın 94. maddesinin ilk fıkrasında tanımlanan işkence suçundaki seçimlik hareketlerin ortak noktası “*insan onuru ile bağdaşmayan*” hareketler olmalarıdır.

“İnsan onuru” (insan haysiyeti) Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına almıştır. Anayasa Mahkemesi de insan onuru kavramını “*insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.*”⁴⁶ şeklinde izah etmektedir.

Kişinin bedenine yönelmeyen, fakat sadece ruhsal bütünlüğüne yönelik işkencenin olması mümkündür. Neticede insan, hem ruh hem de bedenden oluşmakta; sadece birisine örneğin ruhsal bütünlüğe yönelik bir hareket bedensel bütünlüğü de etkilemektedir. Kişiye uygulanacak psikolojik işkence teknikleri sonuçta bedensel fonksiyonları da olumsuz yönde etkileyecek ve psikosomatik sonuçlar doğurabilecektir. İşkence suçuyla insan onuru korunmuş olmaktadır.⁴⁷

D – İrade Özgürlüğü

Kişilerin özgür bir şekilde karar verebilmesi ve verdiği karara göre özgürce hareket edebilmesi, Anayasa'da da ifade edilen temel insan haklarından olan kişi dokunulmazlığının da gereğidir.⁴⁸ İşkence suçu işlenirken, kişinin özgürce karar vermesi ve bu karara göre hareket etmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Örneğin adli bir işlem sırasında kişinin iradesinin aksi yönünde hareket etmesi amacıyla işkence yapılabilir. Bu nedenle işkence suçunun ihdasıyla, kişilerin özgür bir şekilde iradelerini ortaya koymaları ve buna uygun hareket etmeleri bir hukuki yarar olarak korunmuştur. Gerçekten de, işkencenin temel amaçlarından birisi de, bedensel veya

⁴⁴ ÖNOK, s.350

⁴⁵ DONNELLY, s.27

⁴⁶ Bkz: AYM'nin 28.6.1966 Tarihli 1963/132 E – 1966/29 K. Sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1966/K1966-29.htm> (17.9.2006)

⁴⁷ SOYASLAN, Doğan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Y. 2006 Ankara s.333

⁴⁸ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.149

ruhsal yoğun acı ve ıstırap uygulanarak kişinin iradesini etkilemek ve dayanma gücünü yitirerek işkence failinin istediği şekilde hareket etmesini sağlamaktır.⁴⁹

İşkence suçu ile irade özgürlüğüne yakın olan düşünceyi ifade özgürlüğü de korunmaktadır.⁵⁰ Kişilerin özgür iradeleriyle düşündüklerini ifade etmeleri (veya ifade etmek istememeleri) ifade özgürlüğü hakkının bir parçasıdır. Bu hakkın çiğnenmesi ile kişilerin özgür ve iradi karar vermeleri engellenmiş olduğu gibi ifade özgürlükleri de kısıtlanmış olacaktır. CMK m. 147/e'deki, "susma hakkı"⁵¹ yani sanığın kendisine sorulan sorulara kısmen veya tamamen cevap vermeme hakkı, ifade özgürlüğü ilkesi ve masumiyet karinesinden kaynaklanmaktadır.⁵²

Anayasa'da yer alan "*hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı*" ilkesi de (AY m. 38/5) sanığın susma hakkı ile irade ve ifade özgürlüğünün Anayasal dayanağıdır.

İrade ve ifade özgürlüğünün korunması aynı zamanda kişinin savunma hakkını korumaktadır. Çünkü ceza yargılamasında savunma hakkının kullanılabilmesi kişinin susma hakkını kullanıp kullanmayacağına özgür iradesiyle karar verebilmesi ve buna göre hareket edebilmesi sayesinde olabilir.⁵³ Bu nedenle işkence fiilinin cezalandırılması ile korunan bir hukuki yarar da savunma hakkıdır.

E - Adil Yargılanma Hakkı

İşkence suçu ile korunan en önemli hukuki yararlardan birisi de adil yargılanma hakkı, dolayısıyla da adliyedir. Adliyeye karşı işlenen suçların düzenlenmesinin amacı, adli fonksiyonların kurallara ve adalete uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Adli faaliyetin tarafsız, doğru, isabetli ve adil bir şekilde yürütülmesi toplum düzeni açısından da gereklidir.⁵⁴ Adliye aleyhinde işlenen suçlar, adli fonksiyonunun etkinliğini zayıflatır veya ortadan kaldırır. Bu durum ise adli fonksiyonların kişilere yarar sağlayacağı yerde zarar verebilecek ve

⁴⁹ NUHOĞLU, s. 553

⁵⁰ NUHOĞLU, s. 552

⁵¹ Susma hakkı için Bkz. AYTEKİN, Asuman. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000 (Bütün eser)

⁵² SOYASLAN, Doğan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Y. 2006 Ankara s.334

⁵³ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 150

⁵⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 146

vatandaşın devlete olan güvenini de sarsacaktır. Bu nedenle adli fonksiyonlara karşı olan suçlar, gerçekte kişilere güvence sağlayan hukuk düzenine karşı işlenmiştir.⁵⁵

İşkence eylemlerinin daha çok şüpheli ve sanıklara (ve diğer yargılama sùjelerine) karşı bir yöntem olarak kullanılması karşısında işkencenin suç olarak düzenlenmesi ile bu kişilerin adil yargılanma hakları da korunmaktadır. Anayasanın 38. maddesinde ve AIHS m. 6'da belirtilen, sanığın kendisi ve yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı, susma hakkı, işkence ve kötü muameleye uğramama, aleni bir şekilde tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde yargılanma gibi haklar ile ceza yargılaması işlemlerine hile, kandırma, zorlama gibi iradeyi bozan yöntemlere başvurulmaksızın yasal çerçeve içinde ve yeterli savunma imkanlarının tanınması adil yargılanma hakkının unsurlarındandır.⁵⁶

Bu nedenle, işkence suçunun cezalandırılması ile, hukuka aykırı yollarla elde edilen ifade ve delillere dayanılarak hüküm kurulmasının engellenmesi⁵⁷ amaçlanarak, adli faaliyetlerin kurallara ve adalete uygun bir şekilde yapılması, yargılamanın tarafsız, süratli ve adil yürütülmesi sağlanmış olmaktadır.⁵⁸ Ceza yargılamasında sanığın işkenceye maruz kalması halinde adil yargılanma hakkı söz konusu olamaz.⁵⁹ İfade alma ve sorguda işkence yapılması, yasak sorgu yöntemi olup bu yöntemle elde edilen deliller, delil olarak kabul edilmez.⁶⁰

⁵⁵ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 147

⁵⁶ ŞAHİN, Cumhuriyet. **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Yetkin Yay. Ankara 1994 s. 76; **Adil Yargılanma Hakkı**, Uluslar arası Af Örgütü, s.186 vd. ; MELEMŞE, Selami. **Doğru Yargılanma Hakkı**, İstanbul 1998 s.15; REİD, Karen. **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap, Çev: Bahar Öcal Düzgören, KHRP / Scala Yay. (Bütün Kitap)

⁵⁷ İNCEOĞLU, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yay., İstanbul 2002 s.283; NUHOĞLU, s.551; BIÇAKÇI, Vahit. "Sağlam Delil, İyi Karar", **Radikal Gazetesi**, 26.12.2000 s.9

⁵⁸ SOKULLU – AKINCI, "**Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları**", İstanbul 1990 s.153 ("SOKULLU-AKINCI, "**Polis**") ; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 147

⁵⁹ **Adil Yargılanma Hakkı**, Uluslar arası Af Örgütü, Çev: Fadıl Ahmet Tamer – Erol Kaplan, 1. Baskı, İletişim Yay. İstanbul 2000 s.131

⁶⁰ KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde Yasak Deliller**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996 s.29 vd.; BAŞER, Mert – YENİDÜNYA, Caner. "Türk Ceza ve Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu: "İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YAPMAK SUÇU", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 61, Ekim 1996 s.26; ÜZÜLMEZ, **TCK'da İşkence Suçu**, s.73

İşkencenin bir suç olarak düzenlenmesi ile aynı zamanda kişilerin adil yargılanma hakkı da sağlanmış olmakta ve ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğe ulaşılmasına da katkıda bulunmaktadır.

F – Kamu İdaresine Olan Güvenilirlik

İşkence suçunun faili kamu görevlisi olduğundan, görev sırasında, kanunlara aykırı davranması ve görevini kötüye kullanması neticesinde kişilerin hakları zarar görmüşse bu, kamu fonksiyonunun yerine getirilmesinde disiplin sağlanamadığı anlamına gelmektedir. Bunun sonucunda da kişilerin devlete duydukları güven azalacak ve kamu idaresinin vatandaşlar nezdinde itibarı sarsılacaktır.⁶¹ Burada söz konusu olan devlet veya kamu idaresi kavramından sadece devlet teşkilatını değil, aynı zamanda her türlü kamu tüzelkişilerini ve fonksiyon olarak da yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını anlamak gerekir.⁶²

YTCK’da işkence suçu, fail bakımından “kamu görevlisi” olma şartı aranmıştır.

ETCK’da memurlar tarafından işlenen suçlar, -kamu idaresine ait bir yararı korumayan suçlar da dahil olmak üzere- kamu idaresi aleyhine suçlar olarak değerlendirilmiştir. Bunun sebebi olarak da kanun koyucu, bu suçlarda devlet-memur-vatandaş ilişkisinden yola çıkarak, devleti temsil ederek faaliyet yapan kimselerin işledikleri fiilleri öncelikle kendi otoritesi açısından değerlendirmiştir.⁶³ ETCK’da işkence suçunun cezalandırılmasını öngören m. 243 “*Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler*” başlığını taşıyan 3. Bab’da düzenlenmiş, yani ETCK sistematigi içerisinde işkence suçu devlet/kamu idaresine yönelik bir suç olarak kabul edilmişti. Bu nedenle eski kanunda korunan hukuki yararın öncelikle “kamu idaresine ait bir yarar” olduğu söylenebilir.⁶⁴ İdari yargı uygulaması açısından da, kamu idaresi işkence suçunu önlemek için gerekli tedbirleri alması gerekir⁶⁵. Aksi

⁶¹ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2000)*, s.526-527; ERMAN – ÖZEK, s.234

⁶² ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.151

⁶³ ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.152

⁶⁴ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2000)*, s.526

⁶⁵ METİN, İsmail – ERASLAN, Fetullah. *Türkiye’de Polis ve Kişi Hakları*, 2. Bası, İletişim Yay. İstanbul 1994 s.61

halde, işkence suçu nedeniyle “*kişilere verilen zararlar nedeniyle, hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmini gerekir*”.⁶⁶

IV – FAİL VE MAĞDUR

A – Fail

Fail, suç teşkil eden hareketi yapan kimsedir. Kural olarak, ceza kanunlarında tanımlanan suçlar herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Kanuni tanımda “*..kimse, ..., bir kimse, ... her kim, ...*” gibi ifadelerinin kullanıldığı suçlar, bu nitelikte suçlardır.⁶⁷ Bazı suçlar ise ancak özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli faillik niteliğini taşıyan kişiler tarafından işlenebilir. Bu tür suçlar özgü (mahsus) suçtur. Mahsus suçların kanuni tanımlarında “... memur, ... kamu görevlisi, ... bir memur,” gibi ifadeler kullanılmaktadır.⁶⁸

İşkence suçu sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suç tipi olarak, fail açısından özgü suçtur⁶⁹ (YTCK m. 40/2). Özgü suçlar, failin ancak kanunda sınırları belirtilen sıfat ve niteliklere sahip olan kimselerin işleyebildiği suçlardır.⁷⁰ Burada önemli olan failin cinsiyeti gibi doğal niteliği ya da vatandaşlık veya kamu görevlisi olma gibi hukuki niteliklerdir. Hem ETCK, hem de YTCK bakımından işkence suçunun faileri kamu görevlileri (ETCK’ da memurlar) olabilir. Failin memur olmasından kaynaklanan özel yükümlülüğünü ihlal etmesi, failin

⁶⁶ “...idare kendisine verilen suçu önleme ve işlenmiş bir suç nedeniyle suçun failini yakalama ve adalete teslim etme şeklindeki kamu hizmetini yürütürken bu hizmetin gerektirdiği personeli de hizmetin gereklerine uygun olarak yetiştirmek zorundadır. Hizmeti yürüten kamu ajanının suçu önleme veya işlenmiş bir suçta sanığı adalete teslim etme maksadıyla da olsa kişileri veya sanığı dövmesi ve işkence etmesi, insan hak ve özgürlükleri ile ve özellikle kişi dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi, Ceza Kanunumuza göre de suç teşkil etmektedir. Hizmetin bu şekilde yürütülmesi ise personeli yeterli düzeyde eğitmeyen, yeterli ve etkili bir denetimin bu tür olayların meydana gelmesini önleyen tedbirler almayan idarenin hizmet kusurunu oluşturur ve bu yüzden kişilere verilen zararların hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmini gerekir...” Danıştay 10. D. 30.03.1983 1982/206 E. – 1983/665 Bkz. **İşkencenin Doğru ve Etkin Belgeleneşini İçin Rehber**, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara 2004 s.46-47

⁶⁷ İÇEL, Kayıhan- SOKULLU-AKINCI, Füsün - ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem – MAHMUTOĞLU, Fatih Selami – ÜNVER, Yener, **İçel Suç Teorisi 2**. Kitap, 2. Bası, Beta Yay. İstanbul 2000 s.90

⁶⁸ İÇEL ve Diğerleri, **İçel Suç Teorisi**, s.90-91; DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt:II, 10. Bası, Beta Yay. İstanbul 1994 s.423-424

⁶⁹ ÜZÜLMEZ, **TCK’da İşkence Suçu**, s.75

⁷⁰ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**,s. 90; ÖNOK, s.360; DÖNMEZER-ERMAN, C.2 no:1169

içerdiği haksızlık ve hukuki yararın ihlal derecesini artırdığı için fail daha ağır bir biçimde cezalandırılmaktadır.⁷¹

ETCK bakımından, işkence suçunun faili, m.243'te “*memurlar veya diğer kamu görevlileri*” olarak gösterilmiştir. Bundan dolayı da fail, ancak ETCK m.279'daki⁷² anlamıyla kamu görevi ifa edenler olabilir.⁷³ Bu nedenle de ETCK'da da işkence suçu mahsus bir suç olarak düzenlenmiştir. ETCK'nın m.279/1'deki düzenlemeye göre kamu görevi ifa edenler ceza kanunu anlamında memur sayıldıkları için madde metninde geçen “*memur*” teriminden sonra “*kamu görevlisi*” ibaresine yer verilmesi doğru olmadığı savunulmuştur.⁷⁴ Çünkü, m.279/1 anlamında “*kamu görevlisi*” memur sıfatını haiz olan herkestir.⁷⁵ Bu suç tipinde memurluk vasfı kurucu unsur olduğundan, işkence suçu aynı zamanda gerçek memur suçlarındandır.⁷⁶ Diğer bir tanımla bu suç tipi “*hakimiyet ve yükümlülük suçları*”ndandır.⁷⁷

⁷¹ NUHOĞLU, s.553

⁷² (ETCK) Madde 279: “*Ceza Kanununun tatbikatında:*

1 - Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır. Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazaf olanlar:

1 - Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”

⁷³ ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin. **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1992 s.234-235

⁷⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.155; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s.528

⁷⁵ ERMAN – ÖZEK, s.234-235

⁷⁶ Bir görüşe göre memur suçları ikiye ayrılır. Gerçek memur suçları ve görünüşte memur suçları. Gerçek memur suçlarında failin memurluk sıfatı suç tipinde kurucu unsur olduğu halde, görünüşte memur suçlarında memurluk sıfatı bir bakıma ağırlatıcı sebeptir. Zira, görünüşte memur suçları esasen Ceza Kanununun diğer fasıllarında suç olarak belirtilmiş olması nedeniyle görünüşte memur suçları niteliğini taşımaktadırlar. Kanun koyucu bu suçların memur tarafından işlenmesi halini belirli bir fasıl içinde göstermekle memurluk sıfatı bu tür suçlarda bir bakıma ağırlatıcı bir sebep teşkil etmektedir. Bkz. ÖNDER Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul 1994 s.89; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.154

⁷⁷ Mahsus/Özgü suçlar ikiye ayrılmaktadır. 1. Sırf Yükümlülük Suçları: Özel yükümlülüğe soyut bir şekilde aykırı davranmayı cezalandıran suçlara sırf yükümlülük suçları denmektedir. Örneğin TCK'nun görevi kötüye kullanma suçu açısından bu suçun hangi tarz hareketlerle işleneceğine dair bir tanımlama yapmamıştır. (m.240 gibi) Bu tanıma göre, görevin gerekçeleriyle bağdaşmayan herhangi bir hareket, söz konusu suçu oluşturacaktır. Sırf yükümlülük suçlarında fail olabilmek için, kişinin ceza hukuku dışında, başka bir hukuk disiplininden kaynaklanan özel bir yükümlülük altında olması, yani özel faillik niteliğini taşıması yeterlidir.

2. Hakimiyet ve yükümlülük ve suçu: Bazı mahsus suç tanımlarında özel faillik niteliğinin yanı sıra suçun hangi tarz hareketlerle işleneceğine dair bir belirlemede de bulunmaktadır. Sırf yükümlülük

1999 yılında 4449 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce fail, “mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri” olarak gösterilmişti. Buradaki “mahkemeler ve meclisler reis ve azaları” kullanılmışsa da, bunların zaten memur olduğu düşünüldüğünde sadece örnek kabilinden kullanıldığı belirtilmiştir.⁷⁸ Doktrinde, ETCK 243. maddesindeki “kamu görevlileri” ifadesinin sehven kaleme alındığı⁷⁹ ve bu ifade yerine memur terimi ile yetinilmesinin isabetli olacağı düşüncesi savunulmuştur.⁸⁰

ETCK m.243’teki suçun faili, bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları bildirmesini önlemek, şikayet ya da ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle, işkence ve benzeri kötü muameleleri yapabilecek olan kişilerin, genel olarak, ifade almak ve sorguya çekmek hususunda “kovuşturmaya yetkili memurlar” olduğu hakim görüşü.⁸¹ Yargıtay uygulaması da bu yönde olup, kavramı dar tutmaktaydı. Bir çok kararda “memur olsa bile yetkili bulunmayan bir kimsenin ... fena muamelelerde bulunması halinde bu maddedeki suç oluşmayacağı” ifade edilmişti.⁸² “Kovuşturma” kavramı hakkında

suçlarında fail olabilmek için, kişinin ceza hukuku dışında, başka bir hukuk disiplininin kaynaklanan özel bir yükümlülük altında olması, yani özel faillik niteliğini taşıması yeterlidir. Hakimiyet ve yükümlülük suçlarında, kanun ayrıca suç tipini oluşturacak belirli bir eylemi de tanımlamaktadır. Sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, bu tür suçlardan dolayı fail olarak sorumlu tutulabilmek için yeterli değildir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra , ayrıca eylem üzerinde hakimiyet kurmak gerekir. Bkz. İÇEL ve Diğerleri, **İçel Suç Teorisi**, s.90-91

⁷⁸ ERMAN – ÖZEK, s.235

⁷⁹ NUHOĞLU, s.527

⁸⁰ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s.528; ÖNDER, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.221; NUHOĞLU, s.527

⁸¹ NUHOĞLU, s. 558; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.156; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s.528; DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.30; BAŞER – YENİDÜNYA, s.46; GÖZÜBÜYÜK, Dr. İur. Abdullah Pulat. **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C.III Sevinç Matbaası, Ankara 1970 s.262; MALKOÇ, İsmail. **Son Değişikliklerle Açıklamalı içtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001 s.503; ARTUK, Ceza “Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı”, s.3; MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu**, C.2, Adil Yay. Ankara 1996 s.1833

⁸² “243. maddenin 1. fıkrası; yetkili bir memurun suçunu söyletmek için sanık durumunda bulunan bir kimseye ve kimselere işkence vesair kötü muamelelerde bulunmasını müeyyide altına almaktadır.

Buna göre suçun kanuni unsurları : 1 - Suç failinin yetkili memur olması, ...Yetkili bulunmayan veya memur olmayan kimsenin sanık durumunda sayılmayan kimseye karşı anılan eylemlerde bulunması maddedeki suçu oluşturmaz.” (YCGK, E. 1983/8-64, K. 1983/156, T. 04.04.1983); “...Suçun oluşması için; a- Suç failinin yetkili memur olması,..... gerekir. Memur olmayan veya memur olsa bile yetkili bulunmayan bir kimsenin sanık durumunda sayılmayan bir kimseye karşı veya suçunu söyletme özel kastı olmaksızın fena muamelelerde bulunması halinde bu maddedeki suç oluşmayacaktır. (YCGK E. 1999/8-109, K. 1999/164 15.06.1999)

bir açıklık bulunmasa da, ceza yargılaması dışında, idari veya disiplin soruşturmasını da kapsar şekilde anlamak gerektiği ifade edilmişti.⁸³

YTCK'da memur kavramı terk edilerek "kamu görevlisi" terimi benimsenmiştir. Böylece ETCK'da düzenlenen kamu görevlisi kamu hizmeti ayırımına son verilmiştir.⁸⁴ Hem ETCK, hem de YTCK' daki suç tipinde kamu görevlisi olmak suçun kurucu unsuru olarak yer aldığından, işkence suçu özgü bir suçtur. Bir suçun özgü suç olması iştirak açısından önemlidir. Ancak, işkence suçunun faili sadece kamu görevlileri olmakla birlikte bu suça kamu görevlisi olmayanların da (sivillerin / sade vatandaşların) iştirak etmesi mümkündür. YTCK m.40/2'de özgü suçlara iştirak konusu düzenlenmiş ve bu suçlara iştirak eden ve özel faillik niteliğini taşımayan diğer kişilerin azmettiren veya yardım edenlerin sorumlu tutulacakları belirtilmiştir. Bu kuralın bir istisnası olarak YTCK m. 94/4'te düzenlenen "bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır." hükmü ile normalde fail sıfatını taşıyamayacak olan suç ortakları da (azmettiriciler -yardım edenler) fail gibi cezalandırılacaklardır.⁸⁵

İşkence suç tipinin hem icrai hareketle hem de ihmali hareketle işlenmesi mümkündür. YTCK'da bu husus m.94/5'te özellikle vurgulanmış ve "Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz." hükmü eklenmiştir.⁸⁶ Böylece kasten öldürme ve yaralama suçlarının aksine işkence suçunun ihmalen işlenmesi halinde herhangi bir indirim söz konusu olmayacaktır. Bu hüküm, "işkencenin gizli bir himaye görmesini önlemek ve işkenceyi etkin bir şekilde önleyebilmek" amacıyla konulduğu ifade edilmiştir.⁸⁷

⁸³ DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.31; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.161

⁸⁴ MAHMUTOĞLU, Fatih S. – TALAS, Serdar. "Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi", **İstanbul Barosu Dergisi Ceza Hukuku -Özel Sayı-**, Ocak 2007, s.16

⁸⁵ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)**, s. 114

⁸⁶ Tasarının önceki metinlerinde yer almayan 5. fıkra Komisyon görüşmeleri sırasında, sonradan eklenmiştir. Bkz. GÜNEY, Niyazi- ÖZDEMİR, Kenan- BALO, Yusuf S. **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara 2004 s.306

⁸⁷ TBMM Adalet Komisyonu tarafından TCK Tasarısı için hazırlanan rapora göre, "İşkence fiilleri, bunu önlemekle yükümlü olan kamu görevlileri tarafından genellikle müsamaha ile karşılanmakta ve hatta, sarih veya zımni bir şekilde teşvik edilebilmektedir. Bu durumlarda, ... amir konumundaki kamu görevlileri genellikle cezasız kalmaktadır. Bu kişilerin cezasız kalmamasını temin amacıyla Tasarı metnine hüküm konulmuştur." (ÖZGENÇ, TCK Gazi Şerhi) aktaran: ÖNOK, s.383 ; TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R.Murat. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku** - 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre. Seçkin Y. Ankara 2006

Failin ihmali bir davranıştan sorumlu tutulabilmesi olabilmesi için, neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğüne⁸⁸ sahip olması gerekir. Hukuksal yükümlülük altında olan ilk grup kamu görevlileri, fiili önleme imkanına sahip olan amirlerdir. Her ne kadar kanun gerekçesinde örnek olarak amir verilmişse de hiyerarşik olarak aynı derecede olanlar da sorumludur. Nitekim PVSK m.1’de polisin genel vazifesini dikkate aldığımızda, herhangi bir kimseye işkence yapılması durumunda polis memurları bunu engellemek hukuksal yükümlülükleri vardır.

Doktrinde işkence suçunun oluşabilmesi için fail bakımından özgü bir sıfat aranması gerektiği belirtilmektedir.⁸⁹ Buna karşılık mukayeseli hukukta bunun tersine özgü bir suç niteliğinde olması gerektiği savunulmaktadır.⁹⁰ Şüphesiz kamu görevlisi olmayanlar da mağdurların fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne saldıran, onur kırıcı ve insanlık dışı muameleler ve işkenceler yapabilirler. Bu davranışların da cezalandırılması gerekliliğinin yanında uluslararası sözleşmelerde kamu görevinden doğan gücün kötüye kullanılması bağlamında sınırlandırılması daha isabetli görülmektedir.

5237 sayılı TCK’ da “memur” kavramı yerine “kamu görevlisi” ifadesi kullanılmıştır. TCK’nın “Tanımlar” başlıklı 6. maddesi 1. fıkrası c bendine göre “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,*” anlaşılmaktadır. Maddenin gerekçesinde de kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak ölçütün görülen işin kamusal faaliyet olması olduğu belirtilmiştir. 94. maddede “kamu görevlisi”⁹¹ ibaresi dışında başkaca bir sınırlamaya yer verilmediğinden her kamu görevlisi bu suçun faili olabilir.⁹² Örneğin, öğrencisine karşı, bu suç tipinde belirtilen hareketleri gerçekleştiren bir öğretmen işkence suçunu

⁸⁸ Bkz. HAKERİ, Hakan. **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yay., Ankara 2003 s.111 vd.

⁸⁹ MAHMUTOĞLU, TCK Hakkında Görüş, s.372; ÖNOK, s.361; BAYRAKTAR, **İşkenceyi Önlemenin Yolları**, s.185

⁹⁰ ÖNOK, s.361

⁹¹ Kamu görevi, devlet tarafından kamu hizmeti için yapılması zorunlu faaliyetler olup, bu faaliyetler, devletin devlet olarak gerçekleştirmek ve icra etmek mecburiyetinde bulunduğu işlerdir. Bkz: ÖZENSOY, Talat Rasim. **Kamu Görevlilerinin Yargılanması ve Yeni Türk Ceza Kanunu Endeksi**, İzden Yay. İzmir 2006 s.23

⁹² ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)**, s.559

işlemiş olacaktır.⁹³ Ayrıca belirtmek gerekir ki, YTCK m.6/1-c gerekçesinde ifade edildiği gibi, avukatlar ve noterler de kamu görevlisidirler. YTCK uygulamasında kamu görevlisi sayıldıklarından, buna bağlı olarak kamu görevlilerine özgü tüm suçların faili – dolayısıyla işkence suçunun da faili- olmaları mümkün olabilecektir.⁹⁴

Bu suçun faili olan kamu görevlisi işkenceyi görevini ifası sırasında ve görevden kaynaklanan nüfuzunu suistimal ederek işlemiş olmalıdır. Kamu görevlisinin sırf bu sığfata sahip olmuş olması faillik için yeterli değildir. Bu nedenle görev sırasında olmayan, görevle bağlantılı olmaksızın icra edilen işkence fiilleri 94. madde kapsamında değerlendirilmez. Böyle bir durumda 96. maddedeki eziyet suçu söz konusu olabilir. Sonuç olarak kamu görevi ile işkence fiili arasında bir illiyet bağı olması zorunludur.⁹⁵ Bu illiyet bağıının varlığı halinde, işlenen suçun görevin ifası sırasında olup olmamasının bir önemi yoktur.⁹⁶

İşkence suçu faili olmak için doğrudan “davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi” kişiler olması şart değildir. Kamu görevlisi olmadığı halde “bu suçun işlenişine iştirak eden” kişilerin kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir.

İşkence suçu failinin bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir kimse olması işkencenin önemli ayırt edici vasıflardandır ve fail-mağdur ilişkisi özünde birey-devlet ilişkisi olarak kavranmıştır.⁹⁷ Bilindiği gibi, işkence konusuyla ilgili insan hakları raporlarında ortak nokta, işkencenin mağdura tutuklulukta veya devletin elinde bulunduğu sırada kamu organlarının izni veya göz yummasıyla gerçekleştirilmesidir.⁹⁸ Ancak, işkence suçu ile ilgili tanımlarda kamu görevlisinin fiili doğrudan uygulama şartı aranmadığı için bir kamu görevlisinin teşvik, tahrik, onay, muvafakati, rızası veya aracılığıyla işlenmesi halinde suçun oluşacağı genel olarak kabul edilmektedir.⁹⁹ YTCK bakımından, işkencenin unsurlarından birisi de

⁹³ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)*, s.114

⁹⁴ MAHMUTOĞLU– TALAS. “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, s.18; ŞEN, s.332

⁹⁵ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)*, s. 115; ÖNOK, s.373

⁹⁶ ÜZÜLMEZ, İlhan. “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence Ve Eziyet Suçu”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/ makale/108.doc (8.8.06) s.2 (“ÜZÜLMEZ, *İşkence ve Eziyet suçu*”)

⁹⁷ GEMALMAZ Mehmet Semih, “Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı”, Kavram Yay. İstanbul 1993 s.310

⁹⁸ ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.11-12 dipnot:40

⁹⁹ BM İşkenceye Karşı Bildiri'nin ve Sözleşme'nin 1. Maddeleri için bkz. DOĞRU, Osman. İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta Yay. İstanbul 1998 s.119; Sivil kişilerce yapılan işkence eylemlerinin işkence suçu kapsamına alınmaması eleştirilmiştir. Bilindiği gibi dünyanın bir çok

işkence suçunun failinin, “kamusal kuvvet kullanabilme” imkanına sahip olması¹⁰⁰ ve eline düşen kişilere karşı bu gücü kullanabilme imkanına, yani kamu göreviyle işkence eylemi arasında illiyet bağı olması gerekir.¹⁰¹ Günümüzde bu güç ve kuvvetin kullanma yetkisi devletin elindedir.¹⁰² Kanaatimizce YTCK’nın bu anlayışla düzenlenmiş olması isabetli olmuştur.

B – Mağdur

Her suçun bir mağduru vardır. Öncelikle, işkence ve benzeri kötü muamelelerin mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzelkişilerin bu suçun mağduru olması mümkün değildir.

Ancak, bir topluluğun, belli bir grubun, birden çok kimsenin (ulusal, etnik, ırksal, dinsel gruplar gibi) sistemli bir şekilde işkence ve kötü muameleye tabi tutulması halinde işkence suçunun ötesinde YTCK’da da düzenlenen “soykırım suçu”,¹⁰³ ve “insanlığa karşı suç”¹⁰⁴ ile YTCK’da düzenlenmemiş olan “savaş

yerinde yaygın olan çocuklara karşı şiddet uygulanması, hizmetçilere ve çalışanlara kötü muamele, kadınların dövülmesi ve sadistçe eylemlerin işkence suçu kapsamına girmemesi zaaf olarak değerlendirilmiştir. Bkz. GEMALMAZ Mehmet Semih, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.310

¹⁰⁰ ŞEN, Ersan. **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006 s.334

¹⁰¹ ŞEN, s.334

¹⁰² NUHOĞLU, s.559

¹⁰³ YTCK m. 76’da Soykırım suçu düzenlenmiştir. “Jenosit” suçu TCK 2000 Tasarısının 2. Kitap (Özel Hükümler), 1. Kısım (Kişilere Karşı Suçlar) 1. Bölüm (Jenosit ve İnsanlığa Karşı Suçlar)’nde 128 maddesinde cezalandırılması öngörülmüştür. Buna göre, bir planın icrası ile bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla “*kişilerin fiziksel veya ruhsal beden bütünlüklerine nitelikli eylem düzeyinde saldırı*” jenosit suçu oluşturur (m. 128/b). (Bkz. **TCK 2000 Tasarısı**, s.62); Ayrıca bkz. “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi” için Bkz. DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, s.250-253

¹⁰⁴ “İnsanlığa karşı suç”, YTCK m.77’de düzenlenmiştir. İnsanlığa karşı suç, TCK 2000 Tasarısının 2. Kitap (Özel Hükümler), 1. Kısım (Kişilere Karşı Suçlar) 1. Bölüm (Jenosit ve İnsanlığa Karşı Suçlar)’nde 129. maddede cezalandırılmaları öngörülmüştür. “İnsanlığa Karşı Suçlar” kenar başlıklı madde de planlı bir şekilde “*nüfusunu sivil bir grubuna karşı ... insanları işkence veya insanlık dışı işlemlere tabi kılma eylemlerini işleyenlere ... cezası verilir.*” (M.129) şeklinde düzenlenmiştir. (Bkz. **TCK 2000 Tasarısı**, s.62) ; YTCK m.77’de “İnsanlığa karşı suçlar” suçlar düzenlenmiştir; “... İnsanlığa karşı suçlar: Yani, savaştan önce veya savaştan sırasında, bir sivil halka karşı işlenen katliam, imha köleleştirme, sınır dışı etme eylemleri veya işlendikleri ülkenin iç hukukunu ihlal etsin veya etmesin, Mahkemenin yargılama yetkisine giren bir suçu işleme sırasında veya bunlarla bağlantılı olarak siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle zulmetme ...” Nuremberg Kuralları (Londra Anlaşması) Bkz. DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, s.254; “... İnsanlığa karşı suçları meydana getiren eylemler nelerdir? Tüzük aşağıdaki 11 eylem türünü insanlığa karşı suç düzeyine varmaya muktedir olan eylemler olarak tanımlar: İşkence: Gözaltında ya da sanıklar kontrol altındayken bir kişiye yönelik ciddi fiziksel ya da zihinsel acıya ya da ızdıraba kasıtlı olarak neden olmak....” (Uluslararası Af Örgütü - **Uluslararası Ceza Mahkemesi Bilgi Notu 4** - İnsanlığa Karşı Suçların Kovuşturulması) <http://www.amnesty-turkiye.org/arsiv/vifois1405200201.shtml>

suçları”¹⁰⁵ ve kavramları gündeme gelebilecektir. Örneğin, BM Genel Kurulu’nun 1948 yılında kabul ettiği Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’ndeki¹⁰⁶ diğer şartlar da varsa bu durumda işkence, soykırım suçu kapsamına girecektir. YTCK ve ETCK bakımından işkence suçunda en önemli farklardan birisi mağdur olduğundan biraz daha ayrıntılı olarak ele alacağız.

ETCK m. 243 bakımından mağdur olabilecek kimseler sadece Ceza muhakemesi süjeleri olarak öngörülmüştür. ETCK m. 243.’ün 1. fıkrasında suçun mağduru olarak, cürümleri söyletilmeye çalışılan kişiler olarak “*bir kimse, mağdur, şahsi davacı, davaya katılan, tank, şikayet veya ihbar hakkı sahibi*” gösterilmiştir. Bu fıkradaki “*bir kimse*”, “*bir kimseye cürümlerini söyletmek ... için ... işkence eden ...*” ifadeleri şüpheli veya sanığı anlatmak amacıyla kullanılmıştır.¹⁰⁷ Yukarıda belirttiğimiz gibi kovuşturma kavramı geniş olarak değerlendirildiğinde haklarında idari ve disiplin kovuşturması açılan kişiler de bu suçun mağduru olabilir. Ceza

¹⁰⁵ Türk hukukunda savaş suçları için bkz: ASLAN, Muzaffer Yasin. **Savaş Suçları – Teoride ve Uygulamada**. Bilge Yayınevi Ankara 2006 s.273 vd; “*Savaş Suçları: Yani savaş hukukunun veya geleneklerinin ihlal edilmesi. Bu ihlaller, işgal edilen topraklardaki sivil halkı katletmeyi, kötü muamele yapmayı, ... içerir.*” Nuremberg Kuralları (Londra Anlaşması) Bkz. DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, s.254; “*Savaş suçları, Orta Çağdan beri ulusal mahkemeler tarafından cezalandırılabilmiştir. Savaş suçlarının ilk kez kapsamlı bir kanun halinde toplanması, Amerikan İç Savaşı sırasında Başkan Lincoln tarafından 1863’de çıkarılan Lieber Kuralları’nda gerçekleştirildi. O tarihten bu yana 1907 tarihli IV nolu La Haye Sözleşmesi ve onun yönetmelikleri, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve onların 1977 tarihli protokolleri de dahil olmak üzere pek çok uluslararası insancıl hukuk sözleşmesi hazırlanmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü’nün (Tüzük) 8. Maddesi bu anlaşmalarda ve uluslararası örf ve adet hukukunda tanımlanmış uluslararası silahlı çatışma esnasında işlenen savaş suçlarının büyük bir bölümü üzerinde Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne (UCM) yetki verir. Bu iç savaşlar gibi günümüzün en yaygın çatışmaları olan uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenmiş savaş suçlarını yargılama yetkisinin de Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne verilmesi yoluyla uluslararası hukuktaki en son gelişmeleri de teyit etmektedir. İnsanlığa karşı suçlardan farklı olarak bir savaş suçu tek, ayrı, dağınık ya da rasgele bir eylem olabilir. Bu eylemlerin yaygın ve sistematik olmasına yönelik herhangi bir koşul yoktur. ... Uluslararası Ceza Mahkemesi 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin dördünün ağır ihlalleriyle suçlanan kişileri yargılayabilir. ... Cenevre Sözleşmeleri tarafından korunan kişilere karşı işlendiğinde şu eylemlerini içerir; kasten öldürme, biyolojik deneyler yapmayı da kapsayan işkence ya da insanlık dışı muamele, kasten dayanılmaz acıya maruz bırakma ya da vücuda veya sağlığa ciddi zarar verme; kanunsuz ve nedensiz bir şekilde ve askeri zorunluluklarla meşrulaştırılmayacak şekilde geniş çapta tahrip etme...*” daha detaylı bilgi için bkz: (Uluslararası Af Örgütü - **Uluslararası Ceza Mahkemesi Bilgi Notu 5 - Savaş Suçlarının Kovuşturulması** - <http://www.amnesty-turkiye.org/arsiv/vifois0905200203.shtml>).

¹⁰⁶ Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, BM tarafından 9 Aralık 1948 tarih ve 260 A (III) sayılı kararla kabul edilmiştir. (Bkz. DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, s.250 vd.)

¹⁰⁷ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s.528

yargılamasına katılan avukat, bilirkişi, tercüman gibi yargılama süjelerinin suçun mağdurları arasına dahil edilmemiş olması eleştirilmiştir.¹⁰⁸

ETCK bakımından mağdur olabilecek kişiler sınırlı sayıdadır. Bunların başında “cürümlerini söyletmek için işkence yapılan kimse” yani şüpheli (ve sanık) gelmektedir.¹⁰⁹ Maddede “sanık” ve “zanlı” gibi teknik terimler yerine “bir kimseye cürümlerini söyletmek” ibaresinin bilinçli olarak kullanıldığı ifade edilmektedir.¹¹⁰ ETCK’nın önceki düzenlemede (1999 yılında 4449 sayılı kanun ile değiştirilmesinden önce) bir kimseye başka birisinin suçunu söyletmek için işkence ve kötü muamele yapılması halinde bu suçun oluşmayacağı kabul edilmiş, işkence suçunun “ön şart”ı¹¹¹ olarak fiilin “maznun bulunan kimseye” karşı işlenmesi gerektiği kabul edilmişti.¹¹² Bu nedenle örneğin bir suçun tanığına işkence yapılması halinde 243. madde uygulanmıyordu. Kanun maddesinde suçun mağdurunu ifade etmek için sadece “maznun” ifadesi kullanılması nedeniyle, hakkında ceza davası açılmamış olmakla birlikte sanık sıfatını veren bir kovuşturma işlemi yapılmış olan veya hakkında ceza davası açılmış olan kişi olarak anlaşılıyordu. Bundan dolayı uygulamada sanık sıfatını taşımayan kimselere karşı, işkence suçunun işlenmesi halinde kanundaki diğer tüm unsurlar tamam olsa bile, mağdurun sırf “sanık” sıfatını taşıması nedeniyle yapılan fiilin 243. madde kapsamında işkence olamayacağı

¹⁰⁸ DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.34; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s.531

¹⁰⁹ Şüpheli ve sanık kavramları için Bkz. YURTCAN, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. Baskı, Alfa Yay. İstanbul 1996 s.155; ŞAHİN, Cumhuriyet. Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yay. Ankara 1994 s.44

¹¹⁰ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.166

¹¹¹ ERMAN – ÖZEK, s. 235

¹¹² “ ... TCK.nun 243. maddesinde yazılı suçun oluşması için zorunlu öğeler ise şunlardır:

1 - *Hakkında ceza davası kovuşturulmasına girilmiş suçlu bir sanık bulunacaktır.*

2 - Bu sanığa mahkeme başkanı veya üyelerinden veya hükümet memurlarından biri suçunu söyletmek için işkence veya onur kırıcı eylemler yapacaktır. Madde, işkence eylemini mahkeme hakimleri için de yaptırıma bağlandığına göre ortada zora sokulacak herhangi bir kimse değil, suçlu bir sanık bulunacaktır. Dava konusu olayda işkencenin mağduru O.`nun hırsızlık suçunun sanığı olduğu kesin kanıtları ile saptanmamıştır. İkinci başvurusunda anlatımlarını değiştiren hırsızlık şikayetçisi H.`nin söyledikleri, araştırılmayan bu ögenin varlığını kuşkuya düşürmektedir. Jandarma onbaşısı sanık K. ve H. imzalı tutanak örneğine konu hırsızlık iddiasının sonucu araştırılmalı ve buna göre mağdur O.`nun karakolda iki gün işten kalır biçimde döven sanığın kastı ve suç niteliği yeniden değerlendirilmelidir. Sanığın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden hükmün BOZULMASINA, (Y. 8. CD, E. 1981/2821, K. 1981/4069, T. 19.06.1981)

kabul edilmişti.¹¹³ Tüm bu nedenlerle 4449 sayılı yasayla yapılan değişikliklerle bu tür sakıncalar giderilmek istenmiştir.¹¹⁴

ETCK 243. maddede işkence ve benzeri kötü muamele suçunun mağduru olabilecek kişiler arasında “mağdur”, “şahsi davacı” ve “tanık” da yer almaktadır. Şüphesiz burada ifade edilen işlenmiş herhangi bir suçtan dolayı mağdur olan kimsedir. Buradaki “mağdur” ifadesiyle, işlenen suçla zarara uğratılan veya tehlikeye maruz bırakılan hak veya yararın sahibi kastedilmek istenmiştir.¹¹⁵

YTCK’ ya göre işkence suçunun mağduru “herkes” olabilir. Bunun yanında mağdur olan kişide başka özel nitelikler aranabilir. Ceza hukukunda, mağdurun sahip olduğu sıfat ile, cezaların ağırlaştırıcı veya hafifletici nedeni olması veya başka bir suç tipine yol açması mümkündür.¹¹⁶

Bir suçtan dolayı “mağdur” olan kimse ile “suçtan zarar gören”¹¹⁷ aynı olabileceği gibi bazen de farklı olabilecektir. Kural olarak mağdur, aynı zamanda bir suç işlenmesi nedeni ile zarar gören kimsedir. Keza, suçtan zarar gören de suç nedeniyle zarara uğrayan veya tehlikeye maruz kalan¹¹⁸; korunan hukuki çıkarı zedelenen kimse¹¹⁹ olarak tanımlanmaktadır.

¹¹³ “... TCK.nun 243. maddesinin uygulanmasında temel öge; kovuşturulan bir suçun sanığına suçunu söyletmek için işkence yapmak zalimane, insanca olmayan veya onur kırıcı eylemlerde bulunmak olduğuna göre önce işkencenin mağduru olan Ü. hakkında hırsızlık zanlısı olarak ne gibi işlem yapıldığının araştırılması gerekir. TCK.nun 243. maddesinde yazılı suçun mağduru, TCK.nun 228 ve 245. maddelerinde yazılı herhangi bir kimse değil, *belli bir suçun sanığı bulunmalıdır*. Maddede yazılı eylemler böyle bir sanığa suçunu söyletmek için maddede sözü edilenler tarafından işlenmiş olmalıdır. Sonucu araştırılacak hırsızlık evrakında mağdur Ü.’nün hırsızlık suçunun sanığı olduğu ve bu suçu için söylenildiği de mahkemece anlaşıldığı takdirde, mağduru üç gün nezarethanede alıkoyarak suçunu söyletmek için 7 gün işine engel olur biçimde aralıklarla dövdüğü anlaşılan polis, sanığın eyleminin TCK.nun 243. maddesi hükümleri içinde tartışılıp değerlendirilmesi doğru olur.” (Y. 8. CD E. 1981/3143, K. 1981/4070, T. 19.06.1981); Ayrıca bir önceki dipnot: Y. 8. CD, E. 1981/2821, K. 1981/4069, T. 19.06.1981 tarihli kararı.

¹¹⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s.166-167; Değişiklik gerekçesinde de önceki düzenlemenin sınırlı tutulmuş olduğu ifade edilerek “... *Türk Ceza Kanununun yürürlükteki 243 üncü maddesinde sadece mahkemeler ve meclisler başkan ve üyeleri ile sair hükümet memurlarınca maznuna cürmünü söyletmek için işkence edilmesi cezalandırılmıştır...*” **Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gerekçeleri**, için bkz. İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulunun Çalışmaları – II, Ankara 1998 s.6

¹¹⁵ DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt:II, 10. Bası, Beta Yay. İstanbul 1994 s.424; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s.529-530

¹¹⁶ SOKULLU-AKINCI, Füsun. **Viktimoloji**, Beta Yay. İstanbul 1999 s.44 vd.

¹¹⁷ “Suçtan Zarar Gören” kavramı için bkz. YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 206 vd.

¹¹⁸ DÖNMEZER – ERMAN, s.424

¹¹⁹ YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 206

YTCK m. 94/2' deki gibi belirli kimselerin mağdur olması durumunda şahsi ağırlatıcı sebepler öngörülmüştür. Buna göre, işkence suçu bir çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan bir kişiye, gebe kadına ya da görevi nedeniyle bir avukata veya kamu görevlisine karşı işlendiğinde, bu mağdurların nitelikleri gereği ceza arttırılacaktır.

YTCK'nın işkence suçunun mağduru olarak herkesi öngörmüş olması ileri ve çağdaş bir düzenlemedir. Böylece, ETCK'nın mağduru sadece ceza yargılaması sükleriyle sınırlı tutmuş olmasının sakıncaları da giderilmiştir.

V - SUÇUN YAPISAL UNSURLARI

A – Genel Olarak

Suçun yapısal unsurları, tipiklik veya kanuni unsur olarak isimlendirilen tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk tüm suçlar için ortak özelliklerdir. Bu unsurlardan birisinin eksikliği halinde suçun varlığı söz konusu olmaz. Yani, suçun yapısal unsurlarından birisi eksikse, bu durum suçun tüm bünyesini etkiler ve diğer unsurlar tamam olsa bile suçun oluşmasını olanaksız hale getirir. Kanuni tipte geçen, suç için öngörülmüş yapısal unsurlardan birisinin eksikliği halinde suç meydana gelmez.¹²⁰

B – Tipe Uygun Eylem

1 – Genel Olarak

Suçun anatomik yapısını oluşturan unsurlardan başında tipe uygun eylem gelir. Tipe uygun eylem terimi doktrinde tipiklik veya maddi unsur olarak da ifade edilmektedir. Tipe uygun eylem ile suç teorisini ilgilendiren eylemin herhangi bir eylem olmayıp kanuni tanıma, yani kanunda tanımlanan tipe uygun bir eylem olduğu vurgulanır.¹²¹

¹²⁰ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s.12

¹²¹ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 43

Eylem unsuru hem hareketi hem de sonucu kapsamaktadır. Suçun eylem unsuru içerisinde yer alan sonuç, kanunda tanımlandığı şekilde yer alan ve hukuki bir değer ifade eden dış alemdeki değişikliktir.¹²²

Dış alemde değişiklik meydana getiren hareketin, suç teşkil edebilmesi için kanundaki tarife yani tipe uygun bir eylem olması gerekmektedir.¹²³ Eğer böyle bir uygunluk söz konusu değilse kanuni tipe uygun bir eylem gerçekleşmemiş olduğundan ortaya çıkan hareketin suç olarak vasıflandırma imkanı olmayacaktır. Gerçekleşen fiil kanundaki tanıma uyduğu belirlenmişse, fiilin tipe uygun bir eylem olduğu sonucu çıkacaktır.

ETCK m. 243'te öngörülen suçun oluşabilmesi, fiilin tipe uygun bir eylem olabilmesi için işkence ve benzeri kötü muameleleri yapan failin bir kimseye cürümlerin söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi veya diğer herhangi bir sebeple işkence veya gayriinsani ya da haysiyet kırıcı muamelelerde bulunması gerekirdi.

Uluslararası sözleşmelerde, işkence suçunda “işkence”nin yanında maddi unsurunu oluşturan, tanımlanan eylemlere de kısaca değinmek gerekir:

Onur (Haysiyet) Kırıcı Muamele: Onur ve haysiyet itibar, değer anlamına gelir. Onur kırıcı hareket, küçük düşürücü¹²⁴, kişiyi şeref ve itibardan mahrum ile toplumun kendisine beslediği itibarı yok eden¹²⁵, namus, şöhret veya haysiyetine saldırı¹²⁶ niteliğindeki fiillerdir.

İnsanlık dışı (Gayri insani) Muamele: İnsanlık dışı ve insanlıkla bağdaşmayan muamele¹²⁷, insanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derecede inciten fiillerdir.¹²⁸

Zalimane Muamele: Zalimane, zalimce, zalimlere yakışır şekilde¹²⁹ anlamını taşımaktadır. Zalim, zulmeden, başkasına büyük eziyet eden, acı çektiren, gaddar,

¹²² İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 67

¹²³ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 172

¹²⁴ ÖZÜTÜRK, s.934

¹²⁵ BECCARIA, s.206

¹²⁶ MALKOÇ – GÜLER, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu**, C.2, s.1835

¹²⁷ ÖZÜTÜRK, s.934

¹²⁸ GÖZÜBÜYÜK, Dr. İur Abdullah Pulat. **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C.III Sevinç Matbaası, Ankara 1970 s.264

acımasız, vicdansız¹³⁰; zulüm ise haksızlık, işkence, büyük acı verme, zalimce hareket ve gaddarlık¹³¹ anlamına gelmektedir. Zalimane muamele, maddi ve manevi nitelikte eziyet ve ızdırap verici her türlü davranış ve eylemlerdir¹³². AİHM, bir mahkumun yerinin değiştirilmesi sırasında, güvenlik gerekçesiyle bir eli ve ayağının aynı kelepçeyle bağlanmasını insanlık dışı muamele olarak tespit etmiştir.¹³³

AİHM 3. madde ile ilgili bir içtihadında (Yunanistan davası) özetle; “*her işkence aynı zamanda insanlık dışı ve onur kırıcı muameledir. insanlık dışı muamele en azından, isteyerek yapılmış ve zihinsel veya bedensel acı veren davranış biçimi olup aynı zamanda onur kırıcıdır. İşkence bilgi edinmek veya işkence uygulanana itiraf ettirmek veya bir ceza uygulamak amacıyla yapılan insanlık dışı muamelenin ağırlaştırılmış bir şeklidir. Onur kırıcı muamele ise bir kişiyi başkalarının önünde kaba bir şekilde utandırıcı bir duruma sokan veya iradesiyle yapmak istemediği bir hareketi yapmaya zorlamak şeklindeki davranışlarıdır.*”¹³⁴

Bu tanımlama AİHM tarafından daha sonra şöyle formüle edilmiştir. İşkence, insanlık dışı muamelenin ağırlaştırılmış şeklidir. Mahkemenin tanımında, işkence yapmaktaki amaç ne olursa olsun ‘*bilerek ve isteyerek uygulanan şiddet unsuru*’ esas alınmaktadır. İşkence ile insanlık dışı veya onur kırıcı muamele arasındaki fark, sadece verilen acının yoğunluğundaki farktan kaynaklanmaktadır.¹³⁵

AİHM, Komisyon’un (İrlanda / Birleşik Krallık kararında) “*beş teknik*” olarak adlandırılan (ve uzun süre ayakta bekletme, gözleri bağlama, gürültüye maruz bırakma, uykusuz bırakma ve az yiyecek-içecek verilmesi) uygulamaları “işkence” olarak değerlendirmesine karşılık, Mahkeme (Divan) farklı olarak, yapılan muamelenin şiddet derecesini esas alarak, beş teknik uygulamasının “işkence”

¹²⁹ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü** s. 896

¹³⁰ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü** s. 896

¹³¹ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü** s. 903

¹³² MALKOÇ – GÜLER, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu**, C.2, s.1835

¹³³ GEMALMAZ, **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, İstanbul Barosu Yay. 2002 s.218

¹³⁴ YOKUŞ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi**, s.62

¹³⁵ YOKUŞ, s.63

boyutuna varmadığı,fakat bu davranışların insanlıkdışı muamele olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹³⁶

YCGK bir 1983 tarihli bir kararında “...kanuni bir tarife rastlanmamakla birlikte, doktrin ve mahkeme içtihatlarında; a - **İşkence** : Bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri, b - **Zalimane Muameleler** : Bundan maksat, mağdura yapılan maddi veya manevi ızdırap verici her türlü muameleleri, c - **İnsani olmayan muameleler** : İnsanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici fiilleri, d - **Haysiyet kırıcı hareketler** : Bir kimsenin namus şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde fiilleri, İfade eylediği bu kötü muamelelerin neler olduğunu kanunun tek tek saymayıp, hakimın takdirine bıraktığı belirtilmektedir...” şeklinde tanımlamaları yapmıştır. Bu tanımlar daha sonra Yargıtay’ın bir çok kararında kullanılmıştır.¹³⁷

ETCK m. 243 ve BM İşkenceye Karşı Sözleşme’de kullanılan, “zalimane”, “insanlık dışı” ve “aşağılayıcı” muameleler gibi seçimlik hareketler YTCK m.94’te yer almamıştır. Fakat, YTCK’da yapılan tanım ve yukarıda bahsettiğimiz seçimlik hareketlerin gerçekleşmesi halinde, bu tür işkence benzeri muameleler de bu kanun kapsamına gireceği açıktır.¹³⁸

YTCK m. 94 bakımından işkence suçunda tipikliğin gerçekleşmesi için, fiili gerçekleştirenin bir “kamusal faaliyette bulunan”¹³⁹ bir kamu görevlisi olması, işlenen bu fiilin işleyenin kamu göreviyle bir bağının olması ve yapılan hareketlerin mağdurun bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunması gerekir. Fiilin aktif olarak mağdura yöneltilmesi şart değildir, görevi gereği bunu engellemekle yükümlü olan kamu görevlilerin görevlerini ihmali halinde de aynı şekilde sorumlu olurlar.

¹³⁶ ÜZÜLMEZ, TCK’da İşkence Suçu, s.97; GEMALMAZ, İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, s.212; YOKUŞ, s.62

¹³⁷ YCGK, E. 1983/8-64, K. 1983/156, T. 04.04.1983). Diğer kararlar bazı kararlar: YCGK E. 1987/8-186, K. 1987/423, T. 05.10.1987; YCGK 17.4.1989, 8-87/143 (Bkz. GÜLTAŞ, Veysel. Uygulamada Türk Ceza Kanunu ve Özel kanunlardaki Ağır Cezalı Suçlar – Açıklamalı, içtihatlı ve ekler, Ankara 1998 s.425-441

¹³⁸ Aynı doğrultuda, ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet, s.4

¹³⁹ 5237 sayılı TCK m.6/1-c: “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,.... Anlaşılır”

İşkence teşkil eden hareketler, bedensel veya ruhsal yönden ağır acı çekilmesine neden olan davranışlardır. İşkence teşkil eden davranışların bedensel (fiziki) zarar vermesi, acı doğurucu sonuçlar olması şart değildir. Yapılan hareketler bedensel bir acıya neden olsun ya da olmasın, kişide ruhsal (psikolojik – manevi) acıya yol açmışsa işkence suçu yine gerçekleşmiş olacaktır.¹⁴⁰ Bireyde fiziksel olmayan fakat stres ve derin acı doğuran hareketler “manevi işkence” olarak ifade edilmektedir. Buna örnek olarak, işkence görenlerin sesini dinletmek, bedensel işkence yapılacağı tehdidinde bulunmak, annenin gözü önünde kızına tecavüz etmek gibi örnekler verilmektedir.¹⁴¹ Yargıtay, ETCK m.243 ile ilgili kararlarında fiziksel acı veren hareketler yanında manevi işkence sayılan hareketleri de (hakaret, tehdit, gözlerini bağlayıp yüksek volümlü marş dinletmek, çırılçıplak soymak, diğerine yapılan işkenceyi seyrettirmek, gibi)¹⁴² işkence olarak kabul etmiştir.

Keza, AİHM kararlarında da 3. maddenin ihlali kararı verilen bazı başvurularda (öldürme tehdidi, aile bireylerinin işkence göreceği tehdidi, hapsedilme tehdidi, sahte ölüm infazı, pencereden aşağı atma girişimi veya tehdidi;¹⁴³ köylülere köy meydanında dışkı yedirilmesi;¹⁴⁴ yaşlı birisinin evinin yakılmaması için askerın ayağına kapanarak ve ağlayarak yalvarmak zorunda kalması¹⁴⁵ gibi) onur kırıcı ve gayriinsani muamelelerde manevi işkencenin örnekleri olarak sayılabilir.

Hangi fiillerin işkence niteliğinde olduğu somut olayda tespitine bağlı olmakla birlikte, Yargıtay ETCK m. 243 ile ilgili içtihatlarında “*çırılçıplak soymak, elektrik vermek, haya sıkmak, dayak atmak, tazyikli su sıkmak, falakaya yatırmak, askıya almak, koltuk altına kaynamış yumurta koymak*¹⁴⁶; *gözlerini bağlayıp yüksek volümlü marş dinletmek, çırılçıplak soymak, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye*

¹⁴⁰ ÖNOK, s.386

¹⁴¹ ÖNOK, s.387

¹⁴² Basına “Manisa Davası” olarak yansıyan olayla ilgili Yargıtay kararı. Yargıtay, sayılan davranışların “*yoğunluk kazan(dığı)*” vurgulamış, “*gerek psikolojik gerek fiziki yönden ... işkence niteliyesi*”ni kabul ederek manevi - psikolojik işkenceyi de belirtmiştir. Bkz. YCGK 15.6.1999 tarih 1999/8-109 E. – 1999/164 K. **YKD** C.25, S.8, Ağustos 1999 s.1121 - 1133; Y. 8. CD. 1998/10667 E. – 1998/12819 K. **YKD** C.25 S.1 Ocak 1999 s.124-127;

¹⁴³ AİHM “Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda / Yunanistan” kararı. Bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, Kavram Yay. İstanbul 1993 s.206-207

¹⁴⁴ Basına yansıyan Cizre Yeşilyurt köyü köylülerine dışkı yedirme davası. AİHM’a yapılan Müşhak ve diğerleri / Türkiye başvurusu. (Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi 12.6.1990 tarih ve 1989/124 E. – 1990/93 K.); Ayrıca bkz. **Cumhuriyet Gazetesi**, 26.1.1989, s.1

¹⁴⁵ Bkz. 24.4.1998 tarihli “Selçuk ve Asker / Türkiye”, 16.11.2000 tarihli “Bilgin / Türkiye” kararları.

¹⁴⁶ Başkaca örnekler ve Yargıtay kararları için bkz. ÖNOK, s.387

sarıktan sonra elektrik vermek, diğetine yapılan işkenceyi seyrettirmek¹⁴⁷ gibi fiillerin işkence suçu oluşturduğunu belirtmiştir.

YTCK m.94'e göre işkence "bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren", "algılama veya irade yeteneğini etkileyen" ve "aşağılayan" hareketlerle işlenen seçimlik hareketli bir suçtur.¹⁴⁸ Bu seçimlik hareketler, ETCK'nın 243. maddesinde yer alan "işkence, zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele"leri kapsamaktadır.¹⁴⁹

YTCK'nın94. maddesindeki suçun tipe uygun eylemin gerçekleşebilmesi için:

- 1 - "insan onuru ile bağdaşmayan" bir fiil ile bu fiilin;
- 2 - Bedensel ve ruhsal yönden acı çektirmesi,
- 3 - Algılama ve irade yeteneğini etkilemesi ve
- 4 - Aşağılanmaya yol açacak davranışların gerçekleştirmiş olması gerekir.

YTCK'da işkence suçunun unsurları olarak sayılan bu unsurlara biraz daha detaylı olarak ele alacağız.

2 – Fiilin İnsan Onuruyla Bağdaşmaması

"İnsan onuru"ndan anlaşılan "insanın kendine karşı duyduğu saygı, öz saygı, haysiyet, vakar, şeref, izzeti nefis"tir.¹⁵⁰ YTCK m.94'teki "İnsan onuru ile bağdaşmayan" ifadesi uluslararası sözleşmelerdeki "Onur kırıcı" ifadesi ile aynı anlamı taşımaktadır. Bu itibarla, insan onuru ile bağdaşmayan (veya onur kırıcı) fiilden anlaşın kişiyi şeref ve itibardan mahrum bırakan ve toplumun kendisine beslediği itibarı yok eden¹⁵¹, namus, şöhret veya haysiyetine saldırı¹⁵² niteliğindeki incitici hareketler¹⁵³ olarak değerlendirmek gerekir. Anayasa Mahkemesi'ne göre

¹⁴⁷ YCGK 15.6.1999 tarih 1999/8-109 E. – 1999/164 K. YKD C.25, S.8, Ağustos 1999 s.1122,1126

¹⁴⁸ ÜZÜLMEZ, "Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence Ve Eziyet Suçu" www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc (8.8.2006) ("ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet")

¹⁴⁹ ÜZÜLMEZ, İlhan. "İşkence Suçu", HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 2 Sonbahar 2004 s.147-151

¹⁵⁰ İNAL, Nihat. Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü, Ankara 2003 s.728 "Onur" maddesi; DOĞAN, D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, Pınar Yayınları, 19. baskı, 2005 İstanbul, s.1011 "Onur" maddesi.

¹⁵¹ BECCARIA, Cesare. Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi, Çev: Muhiddin Göklü, İnkılap ve Aka Kitabevleri, 3. Baskı İstanbul 1964 s.206

¹⁵² MALKOÇ - GÜLER. Uygulamada Türk Ceza Kanunu, C.2, s.1835

¹⁵³ SOKULLU-AKINCI, Polis, s.161

“İnsan Haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünülünce yapılan muamele insanı, insan olmaktan çıkarır,…” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁵⁴ “İnsan onurunun korunması” kavramı pek çok konunun insan hakları kapsamına alınmasına yol açmıştır.¹⁵⁵ Yargıtay bir kararında, kişinin darp edilip sakal ve bıyığının kesilmesini onur kırıcı muamele saymıştır.¹⁵⁶

İnsan onuru T.C. Anayasası’nın 17 maddesinde korunması gereken bir değer olarak belirtilmiş, kimsenin insan onuruyla (haysiyetiyle) bağdaşamayan muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. İnsanların, işkence ve eziyete, onur kırıcı muameleye maruz kalmaması, hukukun temel ideallerinden biridir. Bu idealin korunması için, modern devlet düzenlerinin en önemlisi konusu olmuştur.¹⁵⁷

154 Bkz. AYM’nin 27.12.1965 tarih ve 1963/57 E – 1965/65 K nolu kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-65.HTM> (17.9.2006); 27.12.1965 tarih ve 1965/41 E – 1965/66 K. nolu kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-66.htm> (17.9.2006); ve 28.6.1966 Tarihli 1963/132 E – 1966/29 K. Nolu kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1966/K1966-29.htm> (17.9.2006). Her üç kararda da, Askeri Ceza Kanunu’ndaki katıksız hapis cezasının insan onuruna, dolayısıyla Anayasa’daki (1961 Anayasası) “insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz” ilkesine ve “Hukuk Devleti” ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan davalarda, katıksız hapis cezasının Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna oyçokluğuyla varılmıştır: “Katıksız hapsin insan haysiyetiyle bağdaşıp bağdaşamayacağı sorununa gelince : İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşününce, yapılan muamele, insanı, insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre insanın, saygıya değer olabilmesi için onda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; prangabentlik, teşhir dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmektedir. Katıksız hapis "insan haysiyeti" kavramına göre Ölçüye vurulduktaki: Cezaevinde değil bir odada sağlık şartları altında gizlice ve tek başına çekilen, küçük düşürücü niteliği bulunmayan ve cezaevlerindeki olağan yeyip içme disiplininin kısa süreler için biraz daha daraltılmasından ileri gitmeyen böyle bir cezanın insanın sırf insan olma değerinin hak ettiği kadar aşağı bir davranış sayılamayacağı kolayca kendini gösterir. Özetlenecek olursa : Askerî Ceza Kanununun 23, 25, 26, 27, 28, 165. ve 183 üncü maddelerinde sözü edilen katıksız hapis cezası Anayasa’ya aykırı değildir. Bu maddelere yönetilen dâvaman reddi gerekir. Üyelerden Şemsettin Akçaoğlu, İhsan Keçecioglu ve Salim Başol bu görüş’e, Muhittin Gürün de gerekçeyle katılmamışlardır.” (27.12.1965 tarih ve 1963/57 E – 1965/65 K nolu kararın gerekçesinden). 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’ndaki katıksız hapis cezasına ilişkin maddeler, 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı “Askerî Ceza Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”la yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁵⁵ AKILLIOĞLU, Tekin. “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Tarik Zafer Tunaya’ya Armağan**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 1992 s. 2

¹⁵⁶ “...karakola götürüp, darp ettikten sonra sakalını ve bıyığını kestirmek biçimindeki eylemin TCK 243. maddenin 1. fıkrasına uyan “Gayriinsani ve haysiyet kırıcı nitelikte” bir davranış olduğu...” (Y 8. CD 2.10.2002, 6686/8949 sayılı kararı. YKD C.29 S.1 Ocak 2003 s.128)

¹⁵⁷ SOKULLU-AKINCI, Polis, s.156-157

3 – Fiilin Bedensel Ve Ruhsal Yönden Acı Çekmesine Neden Olması

İşkenceye yol açan insan onuruyla bağdaşmayan davranışın, kişi de bedensel veya ruhsal yönden acı çektirmesi gerekir. Acıya sebebiyet veren davranışın sadece bedensel veya ruhsal olması şart değildir. İşkenceye yol açan “acı çekmesine” neden olan davranış sadece bedensel veya ruhsal olabileceği gibi, aynı anda hem ruhsal hem de bedensel olabilir.

Davranışın (fiilin), bedensel veya ruhsal açıdan kişide “acı” çektirmesi gereklidir.¹⁵⁸ Acı, “sızı, sancı, yara, dert, keder, elem, ıstırap” gibi anlamlara gelmektedir.¹⁵⁹ İster bedensel ister ruhsal olsun, fiilin kişide acıya neden olması gerekir. Aksi halde işkence söz konusu olmaz.

Yargıtay’ın 1970 tarihli bir kararına göre, “*ışkence ve zalimane muamelelerden maksat, mağdurun bedeni ve ruhi yapısında tehlike meydana getiren fiillerdir.*”¹⁶⁰

AIHM 3. madde (ışkence yasağı) ile ilgili kararlarında, bir muamele veya cezanın 3. madde kapsamına girdiğini kabul edebilmek için, bunun asgari bir ağırlık düzeyine (ağır acı ve ıstıraba) ulaşması gerektiğini belirtmektedir. Asgari ağırlık düzeyine ulaşması ile ilgili değerlendirme yaparken muamelenin süresi, muamelenin mağdur üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, hatta bazı durumlarda mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumunu göz önüne almaktadır.¹⁶¹ Buna göre mahkeme; mevzuatın uygulanması nedeniyle duyulan ıstırap, okuldan uzaklaştırma cezası, cezaevinde disiplin cezası, haksız yere çekilen hapis cezası, tutuklu nakli sırasında güvenlik tedbiri olarak belli bir dereceyi aşmayan kelepçe takılması, tek başına

¹⁵⁸ “243. maddenin uygulanabilmesi için bir kimseye maddi ve manevi bir mahiyette eza verici, kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici, insani olmayan, süreklilik ve bezdiricilik gösteren hareketlerin varlığı aranmaktadır.” (Zonguldak 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 27.1.2004 tarih ve 2003/80 E. – 2004/7 sayılı kararı için bkz. ÇOR, S.49 105 nolu dipnot.)

¹⁵⁹ İNAL, Nihat. **Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2003 s.6 “Acı” maddesi; DOĞAN, D. Mehmet, **Büyük Türkçe Sözlük**, Pınar Yayınları, 19. baskı, 2005 İstanbul s.6

¹⁶⁰ Y. 1. CD 15.9.1970, 3576/2486 sayılı kararı için bkz. SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, s.2635

¹⁶¹ DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s.3

tutma gibi şikayetleri işkence olarak değerlendirmemiştir.¹⁶² AIHM, asgari ağırlık düzeyine varmayan işkenceye benzer muameleleri, olayın oluşuna göre “insanlık dışı” veya “aşağılayıcı” muamele olarak tanımlamaktadır.¹⁶³

YTCK m.94’te ifade edilen “acı”nın “ağır acı” olarak sınırlandırılmamasını genel olarak olumlu karşılamak gerekir. İşkenceyi sırf “ağır acı” ile sınırlandırmak, işkencenin sadece ağır olaylara özgülmesi ve çok dar bir alana indirgenmesi sonucunu doğurur.¹⁶⁴ Buna karşılık, işkence kavramı, ağır – hafif denilmeden bütün bedensel veya ruhsal yönden acı doğuran bütün hareketlerde uygulanması genişletilmiş olması ve bir ağırlık ölçütünün olmaması, mevcut yargı uygulamalarını göz önüne aldığımızda, uygulamada kanun koyucunun arzu ettiği sonuçların tam tersinin doğması; yani pratikte, işkence suçu ile ilgili davalarda 94 ve 95. maddeler yerine zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasını düzenleyen 256. maddenin kullanılması ihtimali vardır.¹⁶⁵

Beden, gövde, vücut, ten anlamına gelmekte; bedensel (bedeni) kavramı ise vücudu,¹⁶⁶ ‘kişinin fiziki varlığıyla ilgili’ demektir.¹⁶⁷ Bedensel acıdan anlaşılacak olan, kişinin bedeni üzerinde, fiziki acı duymasına neden olan davranışlardır.

“Bedensel ceza”lar, uluslararası insancıl hukuk açısından da yasak olup 3. ve 4. Cenevre Sözleşmelerinde belirtilmiştir.¹⁶⁸ Dünya üzerinde bir çok ülkede kesin olarak yasaklanmış olan, insan bedeninin sakatlanmasına kadar varabilen bedensel cezalar, kimi ülkelerde yaptırım olarak kabul görmektedir. Bu cezalar, ancak, ulusal

¹⁶² DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s.4-5

¹⁶³ DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s.18 vd.

¹⁶⁴ IŞIK Canan, “**Uluslararası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu**”, M.Ü., Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 1996 s.6

¹⁶⁵ İşkence suçu ile ilgili yargı kararlarının değerlendirilmesi için Bkz: GEMALMAZ, Mehmet Semih. “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C.14 Yıl:1992 Ankara s.65-107 ; IŞIK, “Uluslararası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu”, s.134 vd.

¹⁶⁶ **Türk Hukuk Lugatı**, Başbakanlık Basımevi, 4. baskı, Ankara 1998 s.33 “Bedeni Ceza” maddesi.

¹⁶⁷ İNAL, Nihat. **Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2003 s.123 “Bedeni” maddesi.

¹⁶⁸ 3. Cenevre Sözleşmesi m. 87 ve 4. Cenevre Sözleşmesi m.32 ve Ek 1 Nolu Protokol m.75/2a ve Ek İki nolu Protokol m.4/2a. Bkz. BOUCHET – SAULNIER s.52; IŞIK, “Uluslararası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu”, s.11

ve uluslararası hukukça öngörölmüş, hukuksal güvenceleri olan ve adil bir yargılama sonucunda uygulanabilir.¹⁶⁹

Ruh kavramı, “insan varlığının maddenin dışında kalan özü, manevi benlik, insanın iç dünyası, iç, öz, benlik; his, duygu, hissiyat”ı ifade ettiğine¹⁷⁰ ve bedensel kavramı insanın fiziki varlığını ifade ettiğın göre, ruhsal kavramından insanın manevi kişiliğini de anlamak mümkündür.

İnsan fiziksel (beden) ve metafizik (ruhsal) olarak bir bütündür. İşkenceye yol açan davranış, bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren herhangi bir davranış olabilir. Gerçekte, bedensel nitelikte acı çektiren pek çok eylem, aynı zamanda ruhsal bakımdan da yıpratıcı ve onur kırıcıdır.¹⁷¹

4 - Algılama Ve İrade Yeteneğini Etkileme

Algı, “idrak, anlayış, akıl erdirme” anlamına gelmektedir.¹⁷² İrade ise “isteme, dileme, istek, arzu, dilek; bir şeyi yapmak veya yapmamak konusunda karar verebilme ve bu kararı uygulayabilme gücü, kabiliyeti”¹⁷³ demektir.

Bilindiği gibi, işkence yasak olmasına rağmen, soruşturmada bir sorgu yöntemi olarak sıkça kullanılmasının amacı, kişilerin irade yeteneğini etkilemek, itiraf almaktır.¹⁷⁴ İfade veren işkence sonucunda gerçek yerine, ifadeyi alanın istediği şekilde beyanda bulunabilir.¹⁷⁵ Kişinin ceza yargılaması kapsamında veya başka bir durumda, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesi, idrak ve anlayışının etki altında bırakılması, istek ve arzusuna aykırı yönde hareket etmesinin sağlanması sonucunu doğuran her türlü davranış, işkence suçu kapsamı içerisinde değerlendirilebilecektir.

Ceza yargılamasında algılama ve irade yeteneğini etkileyen usuller yasaktır. 5271 sayılı CMK'nın “İfade alma ve sorguda yasak usuller” başlıklı 148. maddesine göre “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.”

¹⁶⁹ BOUCHET – SAULNIER s.52

¹⁷⁰ İNAL, s.823 “Ruh” maddesi

¹⁷¹ SOKULLU – AKINCI, “Polis”, s.163

¹⁷² İNAL, s.47 “Algı” maddesi

¹⁷³ İNAL, s.447 “İrade” maddesi

¹⁷⁴ SOKULLU – AKINCI, “Polis”, s.159

¹⁷⁵ SOKULLU – AKINCI, “Polis”, s.162

Böylelikle bilinç ve iradeyi zayıflatan veya yok eden, kişiyi bitkin düşüren, temyiz kudretini ihlal eden, baskı, zorlama (cebir) ve diğer müdahaleler yasaklanmıştır.¹⁷⁶

Tanımda kullanılan “algılama ve irade yeteneğini etkileme” ifadesiyle BM Sözleşmesinde işkence’nin tanımında ifade edilen “*bir kimseye kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya ... veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla..*” işlenen davranışları da kapsamış olmaktadır.

5 - Aşağılanmaya Yol Açacak Davranışları Gerçekleştirme

Aşağılamak, “*değerini düşürmek; küçük görmek, hor görmek, hakaret etmek*”¹⁷⁷ ve küçük düşürücü hareketlerde bulunmak anlamına gelir.¹⁷⁸ İşkence suçunda, bedensel veya ruhsal yönden acı çekilmesine neden olan davranışın, mağdurun aşağılanması, küçük düşürücü hareketlere maruz kalması ile işkence suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu sonuçla, aşağılanmaya yol açan davranışlar ile ruhsal yönden acı çektiren davranışlar çoğu zaman örtüşmesi mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına göre, aşağılayıcı muamele, insan onuruna ağır saldırılar içeren, kişide korku, üzüntü, bayağılık duyguları yaratabilecek nitelikte eylemler;¹⁷⁹ kişinin değerini düşürmek ve onu utandırmak için kişiliğini hiçe sayarak ona farklı muamele yapılması¹⁸⁰; kişinin fiziksel ve ruhsal direncini kırıcı veya iradesi dışında hareket etmeye iten belli bir ağırlık düzeyine ulaşmış davranışlar olarak ifade edilmektedir. Mağdurun kendisini insanlık dışı muameleye maruz kalmış veya küçük düşürülmüş hissetmesi yeterli sayılabilir.¹⁸¹

¹⁷⁶ Örneğin, zanlının değişen polis ekiplerince ifadesinin alınması, aniden uykudan uyandırılması, hiç uyutulmaması, zanlının yorgun ve bitkin düşürülerek iradenin zayıflamasına sebep olur. Kişinin günlerce uykusuz bırakılması, hem zorlama hem de kötü muamele teşkil eder. Bkz: SOKULLU – AKINCI, “**Polis**”, s.164-167

¹⁷⁷ İNAL, s.84 “Aşağılamak” maddesi

¹⁷⁸ ÖZÜTÜRK, Nejat. **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, C.I, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1970 s.934

¹⁷⁹ KARAKUŞ, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşıoylarında Türkiye**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 2001 s.124

¹⁸⁰ ÜNAL, Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu**, TBMM Basımevi, Ankara 1995 s.112

¹⁸¹ DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s.20

AIHM, işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen, “*Hiç kimse işkenceye, gayri insanî yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz.*” Şeklinde düzenlenen Sözleşmenin 3. maddesini geniş yorumlanmış, ceza yargılaması dışında idari ve disiplin soruşturmalarındaki aşağılayıcı muamele veya cezalar da Sözleşme’ye aykırı bulunmuştur¹⁸². AIHM Birleşik Krallık’a karşı Tyrer davasında, okuldaki bir olay nedeniyle çocuk mahkemesi tarafından üç adet sopa cezası verilmesini ve uygulamasını “*bedensel ve aşağılayıcı ceza*” olması gerekçesiyle 3. maddeye aykırı bulmuştur. Buna göre dayak cezası ‘*işkence veya zalimane ve insanlık dışı*’ uygulama kapsamına girmemesine rağmen, cezanın herkesin önünde ve çıplak kaba etlerine sopa ile vurulması ‘*onur kırıcı*’ bulunmuştur.¹⁸³ Bir başka olayda, İngiltere pasaportu taşıyan kişilerin ırklarından ve renklerinden dolayı yerleşmelerine izin verilmemesi olayında, kurumsallaşmış ırkçılık nedeniyle yapılan ayrımcılık nedeniyle başvuruçulara küçük düşürücü muamele yapıldığı, dolayısıyla 3. maddenin ihlal edildiği belirtilmiştir.¹⁸⁴

C – Kusurluluk

Ceza sorumluluğunun temel şartı, insan davranışının iradi olarak gerçekleşmesidir. Manevi unsur olarak da adlandırılan kusurluluğun, genel olarak failin psişik faaliyeti ile sonuç arasındaki ilişkiden ibaret olduğu; yani kusur veya kusurluluğun bilinç ve iradenin sonuç ile ilgili özel durumu olarak ifade edilebilir.¹⁸⁵ Kusur yeteneği, kişinin faili olduğu fiili meydana getirmesi esnasında sahip bulunması gereken kişisel niteliklerin bütünüdür.¹⁸⁶ Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik gibi ve geçici nedenler kusur yeteneğini etkileyen durumlardan bazılarıdır. Kusurun kişi iradesinin yöneldiği sonuç bakımından türleri ise kast ve taksir olmak üzere ikiye ayrılır.

Kural olarak, kanunun suç saydığı fiili işleyen kişinin cezalandırılabilmesi için işlenen fiil kasten işlenmiş olması gerekir. Ancak, kanunda bir suçun taksirle

¹⁸² İrlanda v. Birleşik Krallık, Tyrer v. Birleşik Krallık, Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, Albert ve La Compte v. Belçika, Guzzardi v. İtalya kararları için bkz. Osman DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)** İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999 s.XI

¹⁸³ YILDIZ, Mustafa. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, Alfa Yay. İstanbul 1998 s.21

¹⁸⁴ ÜNAL, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, s.112

¹⁸⁵ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 198

¹⁸⁶ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 205

işlenmesini öngördüğü hallerde taksirle gerçekleşen fiillerde cezalandırılacaktır.¹⁸⁷ Bir fiilin kasten yapılmış olması o fiilin bilinerek ve istenerek yapıldığı anlamına gelir. Ceza sorumluluğu kast sorumluluğu temeline dayandırıldığında, kişinin iradi bir hareketiyle yarattığı sonuçtan dolayı cezalandırılabilmesi, o kişinin hareketiyle yol açtığı sonucu bilip istemesine bağlı olmaktadır. Bu nedenle faile yaptırım uygulanabilmesi için onun kastının şumulünün belirlenmesi zorunlu olup, hareketiyle dış dünyada yarattığı sonuçları bildiği, istediği araştırılıp öğrenilmeden sorumlu tutulmaması gerekir.¹⁸⁸

YTCK bakımından m.94-95'te işkence suçunun işlenmesi için failin kasten hareket etmiş olması gerekir.¹⁸⁹ Kast, bilerek ve isteyerek hareket etmeyi gerektirir. YTCK m. 21/1'de “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde belirtilmiştir. YTCK m.94'teki işkence suçu işlemek için genel kast yeterlidir. Failin belirli bir amaçla hareket etmiş olmasının bir önemi yoktur.¹⁹⁰ İşkence suçunda, failin yaptığı eylemin insan onuruyla bağdaşmadığını ve bu eylemin mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ya da algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açacağını bilmesi ve bunu istemesi gerekir. Failin, davranışının bu neticelerden bir tanesine yol açabileceğini bilmesi yeterlidir. Ayrıca, YTCK bakımında saikin bir önemi olmayıp, hangi saikle işlenirse işlensin, işkence tanımına uyan davranışların ortaya çıkması ile işkence suçu gerçekleşmiş olur.

İşkence suçunun olası kast ile de işlenmesi mümkündür. Bu husus, YTCK m.21/2'ye göre “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” Böyle bir durumda, fail, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekeceğini, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesini veya aşağılanacağını öngörmesine rağmen, muhtemel

¹⁸⁷ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 229; ÖZGENÇ, İzzet. **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 2. Bası, Sebati Yayınları, İstanbul 1998 s.41

¹⁸⁸ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami – ÜNVER, Yener. “Kanununu Bilmemek Mazeret Sayılmaz” Hakkında. **İstanbul Barosu Dergisi**, C.72, Sayı:4-5-6, 1998 s.376

¹⁸⁹ “*İşkence, işkence kastı ile yapılan, sonuç almaya yönelik kısmen bezdirici ve azap verici bir eylemdir.*” Y. 8. CD 18.6.1987 1202/6631 sayılı kararı. **ÇOR**, s.48

¹⁹⁰ ÖNOK, s.469; ÜZÜLMEZ, **İşkence ve Ezizyet**, s.6; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Özel (2006) s.119

sonuçlara aldırmadan bu eylemine devam etmesi durumunda olası kast gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda faile verilecek cezada YTCK m.21/2’de belirtilen indirim yapılacaktır.¹⁹¹

Yargıtay, bazı eski kararlarında kanun metnini dar yorumlayarak sadece sanığın ikrarına yönelik eylemlerin madde kapsamında olduğunu kabul etmiş, madde ile korunan hukuki yarara uygun olmayan yorumlarda bulunmuştu. Daha sonra bu içtihatlarından dönen ve “suç yerini göstermek, delilleri tespit etmek” gibi amaçlarla işkence ve benzeri kötü muamele yapılmasını 243. madde kapsamında değerlendirmiş,¹⁹² “Memurun sanığa cürmünü değil de, cürüm delilini söyletmek için kötü muamele yapması halinde” yapılan işkencenin 243. madde kapsamına girmediği yönünde karar vermiştir.¹⁹³ Doktrinde de maddedeki “cürüm” ibaresini geniş ve korunan hukuki yarara uygun bir şekilde yorumlamak gerektiği, “cürüm” ifadesini suç olarak değerlendirmek ve yetkili memurun sanık veya şüpheliye “cürümü” dahil tüm hususları (örneğin suç yerini, suç ortağını, suçtan hasıl olan şeyi gibi) söyletmeye yönelik işkence ve benzeri kötü muamelelerin 243. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁴ YTCK’da cürüm – kabahat ayrımının kalkmış olması ve suçun genel kastla işlenebilmesi nedeniyle bu tartışmanın bir önemi kalmamıştır.

Kusurluluğu azaltan bir sebep olarak haksız tahrik hükümlerinin işkence suçunda uygulanıp uygulanamayacağına da değinmek gerekir. YTCK m.29 “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye,...*” ceza indirimi yapılmasını öngörmektedir. Haksız tahrikin oluşabilmesi için suçun, bu “*hiddetli veya şiddetli elemin*” etkisiyle işlenmiş olması gerekir.¹⁹⁵ Bu durumda bile, kamu görevlisi görevi sırasında tarafsız ve objektif olarak görevinin gereklerine aykırı davranmamakla yükümlüdür. Bu nedenle işkence gibi çok ağır bir

¹⁹¹ ÖNOK, s.470

¹⁹² YCGK, 22.3.1976. E. 1976/8 – 100, K. 1976/133 (GEMALMAZ, Mehmet Semih. “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C.14 Yıl:1992 Ankara s. 82)

¹⁹³ “... Memurun sanığa cürmünü değil de, cürüm delilini söyletmek için kötü muamele yapması halinde TCK. m 245 uygulanır.” Y 1. CD 15.9.1970 E.1969/3576 K. 1970/2486 (GEMALMAZ, “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, s. 80-81)

¹⁹⁴ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s. 534

¹⁹⁵ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 286

davranışı gerçekleştiren kişi psikolojik durumu nedeniyle mazur görülerek, durumun lehine değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir.¹⁹⁶

D – Hukuka Aykırılık

1 – Genel Olarak

Bir fiilin hukuka aykırı olması demek, fiilin işlenmesinin hukuken yasaklanmış olması demektir.¹⁹⁷ Bir fiil hukuka aykırı olmadıkça, suç oluşması söz konusu olmaz. Diğer bir deyişle suçun oluşabilmesi için meydana gelen fiilin mutlaka hukuka aykırı olması gerekir. Herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmadığında tipe uygun eylem aynı zamanda hukuka da aykırı olur.¹⁹⁸

Eğer kanun, tipe uygun bir eylemin işlenmesine izin vermiş, bu fiil hukuk düzeni tarafından yasaklanmamışsa, bu durumda hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve fiilin kanuna aykırılığını ortadan kaldıran “*hukuka uygunluk sebepleri*” söz konusu olur.¹⁹⁹ Hukuka uygunluk nedenleri, kanuni tipe uygun eylemi hukuka aykırı olmaktan çıkararak olaylar olarak ifade edilebilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin mutlaka kanunda yazılı olması gerekmeyeceği gibi sınırlı sayıda da değildirler. Fakat bu nedenler ortak özelliklere sahiptirler. Bu ortak özelliklerden bazıları kısaca şu şekilde özetlenebilir²⁰⁰:

1. Bir hukuka uygunluk nedeninin olması halinde o fiilin hukuka aykırılığı söz konusu olmaz.

2. Hukuka uygunluk nedenlerinde sayı bakımından sınırlama (numerus clausus) yoktur.

3. Hukuka uygunluk nedenleri kanunda yazılı olması şart değildir. Kanunda yazılı değilse bile bu durumda kanunilik ilkesi ile çelişmez. Çünkü kanunilik ilkesi suçlar ve cezalar açısından geçerli olup, suçu ortadan kaldıran sebeplere şamil değildir.

4. Hukuka aykırılık değerlendirmesi fiilin sonucu (ex post) yapılır.

¹⁹⁶ Aynı yönde, ÖNOK, s. 474

¹⁹⁷ TOSUN, Öztekin. **Suç Hukuku Dersleri** (Giriş-Ceza Kaidesi-Unsurlar), Sermet Matbaası, İstanbul 1967 s.137

¹⁹⁸ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s.92

¹⁹⁹ DÖNMEZER – ERMAN, s.18; ; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)**, s.118

²⁰⁰ Bkz. İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s.116 vd.

5. Yalnızca hak ve yarar sahibine karşı olan bir haksız fiilde karşı konulması değil, aynı şekilde üçüncü kişilerin yararına yapılan savunma eylemleri de hukuka uygunluk nedeni özelliği taşır.

6. Hukuka uygunluk nedenleri, bundan yararlanan kimselere, ölçülülük (orantılılık) sınırları içinde olması şartıyla saldırıyı defetmek için bir karşı hareket yapma hakkı tanır. Bu ölçülülük sınırı aşıldığında hukuka uygunluk nedeni de ortadan kalkar.

7. Bir kimse hileli bir şekilde kendisinin hazırladığı koşullar dolayısıyla olayı hukuka uygunluk nedenleri içine koyup, onunla haksız bir fiil gerçekleştirmek isterse, o kimse hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanamaz.

Hem ETCK m. 243 hem de YTCK m. 94-95'te hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle işkence suçunu TCK'da yer alan bazı hukuka uygunluk sebepleri açısından inceleyeceğiz. İşkence suçunun işlenmesinde "meşru savunma"yı düzenleyen YTCK m.25/1 ile "hakkın kullanılması"ni bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenleyen YTCK m.26/1 işkence suçunda söz konusu olamayacağından bu açıdan değerlendirmeyi gerekli bulmadık.

2 - Kanun Hükmünü Yerine Getirme (TCK m.24/1)

Hukuk kuralları, ceza kanununda suç olarak gösterilmiş bir fiilin belli şartlar içinde işlenmesine izin vermişse, o şartlar içinde o fiilin yasak edilmiş olduğu, suç teşkil ettiği kabul edilemez. Bu istisnai durumda fiil suç teşkil etmez.²⁰¹ Örneğin birisinin özgürlüğü sınırlandırmak, hareket serbestisini kısıtlamak kural olarak suç teşkil etmektedir. Ama Ceza Muhakemesi Kanununa göre suçüstü durumunda kişinin kaçma durumu varsa, kolluk görevlileri gelinceye kadar herkes yakalama yapabilir. Bir ödev yükleyen bir kanun hükmünün sadece varolması, görev için yeterli olup ayrıca kural gereğince hareket etmesi hususunda bir emir verilmesini beklemeye gerek yoktur. Eğer bir hukuk kuralı, belirli durumlarda bulunan herkese belirli bir şekilde hareket etmek ödevini yüklüyorsa bu hallerde hukuka uygunluk sebebi herkes için uygulanabilir.²⁰²

²⁰¹ TOSUN, **Suç Hukuku Dersleri**, s.139

²⁰² İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 119; DÖNMEZER – ERMAN, s.83

Kanunun hükümlerine uyan kişilere ceza verilemez. Kanun, herhangi bir konuda bir kişiye hak veya yetki tanıdıysa, bunun kanun da öngörüldüğü şekilde uygulanması durumunda hukuka aykırılıktan söz edilemez. Hem YTCK m. 24/1 “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilemez.”, hem ETCK m. 49/1’de “Kanunun bir hükmünü icra suretiyle, ... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.” şeklinde öngörülme suretiyle kanun hükmüne uyma bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.

İşkence suçu bakımından böyle bir durum mümkün değildir. Çünkü işkence niteliğindeki davranışları öngören bir kanun hükmü olmadığı gibi Anayasa’nın işkencenin yasak olduğunu belirten 17. maddesini de dikkate aldığımızda böyle bir kanun hükmü sözkonusu olamaz. Ayrıca sanık hakları ve yasak sorgu yöntemlerine ilişkin kanuni düzenlemeler de ayrıntılı bir biçimde yer verildiği dikkat alındığında böyle bir hukuka uygunluk sebebi sözkonusu olamayacaktır.²⁰³

Uygulama bakımından akla gelen bir başka husus ise yakalama sırasında kolluğun zor kullanması ve/veya aşırı kuvvet kullanma hususudur. Bir koruma tedbiri olarak yakalama işlemi uygulanırken, kişinin özgürlüğü kısıtlanması amacıyla gerekli durumlarda kolluğun silah ve zor kullanma yetkisi mevcuttur.²⁰⁴ Yakalanan kişinin direnmesi halinde, ancak bunu önlemek için gerekli ve zorunlu (orantılı) olmak kaydıyla zor kullanılabilir. Fakat yakalama işleminin amacını aşan, olayın durumuna göre zor kullanılması gerekli olmadığı (yakalamaya karşı direnmediği) halde kişiyi tokatlama, coplama, biber gazı sıkma, kelepçeyip sürüklenme gibi durumlarda hukuka uygunluk sözkonusu olmaz. Bu durumda “Zor kullanılmasına ilişkin sınırın aşılması” (YTCK m. 256) uygulanacak, hatta aşırıya kaçan durumlarda “İşkence” suçu sözkonusu olabilecektir.²⁰⁵

²⁰³ ÖNOK, 448

²⁰⁴ PYSK m. 16 ve “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği”nin 11.maddesi zor kullanılması durumunu düzenlemektedir. 2 Haziran 2007 tarihinde 5681 sayılı yasa ile PYSK’da yapılan –özellikle de “zor ve silah kullanma”ya ilişkin 16. maddedeki- değişiklikler kamuoyunda tartışmaları ve eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bkz: ERYILMAZ, Bedri. “Bir Adım İleri, İki Adım Geri” http://www.polisgazetesi.com/haber_oku.asp?haber=145 (03.09.2007)

²⁰⁵ Aynı görüşte, ÖNOK, s.450

3 - Yetkili Merciin Emrini Yerine Getirme (TCK m.24/2)

YTCK m.24/2'ye göre “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” ve m.24/3'e göre “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*” şeklindedir. Benzer şekilde ETCK m. 49/1'de ‘*yetkili merciin emrini yerine getirmek*’ amacıyla gerçekleştirilen fiil hukuka uygunluk sebebi olarak yer almıştır. Söz konusu madde “*Kanunun bir hükmünü veya salahiyyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle*” işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceğini öngörmüştür.

Bu hükümleri Anayasa'nın m. 137/2 ile birlikte değerlendirmek ve incelemek gerekecektir. Çünkü, Anayasa'nın “*Kanunsuz Emir*” kenar başlıklı 137. maddesi “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. - Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz....*” hükmündedir.

Bağlayıcı olan amirin emrinin -bu emir hukuka aykırı olsa bile- suç teşkil etmemesi şartıyla, sırf emri yerine getirmiş olması nedeniyle emri yerine getiren kimsenin hukuka uygunluk nedeninden faydalanacağını kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁰⁶ Anayasa'ya göre, yukarıda anıldığı şekilde, kamu görevlileri görevlerini yerine getirirken amirlerinden aldıkları emirleri hukuka aykırı buldukları takdirde, bu emirleri yerine getirmez ve bu hukuka aykırı durumu emri veren amirine bildirir. Ancak emir, hukuka aykırı olmakla birlikte amir emrinde “*... ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.*”(AY m.137/1). Böyle bir durumda amirin emrinin hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi için kamu hukukuna giren bir bağlayıcılık ilişkisi içerisinde meşru bir emrin varlığı ve bu emrin yönelmiş olduğu kimseyi bağlaması, emir gereğince onu hareket etmeye mecbur tutması gerekir.²⁰⁷ İşkence suçunun yapılması

²⁰⁶ İÇEL v.d. **İÇEL Suç Teorisi**, s. 123

²⁰⁷ İÇEL v.d. **İÇEL Suç Teorisi**, s. 125 vd; DÖNMEZER – ERMAN, s.85-86

için verilen emire göre hareket eden kişi, Anayasa'nın "*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*" hükmü gereği sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Bu nedenle amirin emri ile işkence yapılması halinde emri veren amir de, eylemi işleyen memur da işkence suçunun faili olarak sorumlu olacaklardır.²⁰⁸

Emri yerine getiren memurun hataya düşmesi ve cebir durumuna maruz kalması ihtimali sözkonusu olduğunda ne olacaktır? Öncelikle işkence suçu açısından failin "hata"ya düşmekten bahsetme imkanı bulunmamaktadır. Fakat, emri veren amirin, emri altındaki memurun iradesini etkisiz kılması aşamasına varan bir cebir durumu sözkonusu olduğunda, kusurluluğu ortadan bir durumdan sözetme imkanı olabilir.²⁰⁹

4 – Zorunluluk Hali (TCK m.25/2)

Bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya bir başka kişiyi kurtarma zorunluluğu karşısında suç teşkil eden ve bu tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan, fakat suç teşkil eden bir fiili işlemek zorunda olma durumunu ifade etmektedir.²¹⁰ Zorunluluk hali, YTC m.25/2'de "*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 zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Açıktır ki, işkence suçunda zorunluluk hali söz konusu olamayacaktır. Çünkü, bir kişinin bir başka kişiye zorunluluk hali kapsamında işkence ve benzeri kötü muamelelerde bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır.

Buna karşılık, yakın zamanda terör olaylarının artması, "terörle mücadele" ve dolayısıyla "toplumu büyük tehlikelerden koruma amacıyla" işkence ve benzeri kötü

²⁰⁸ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s.41; ÜZÜLMEZ, İşkence Cürmü, s.212

²⁰⁹ ÖNOK, s.454; Buna benzer bir durum olarak 1989 TCK Tasarısının 430. maddesinde işkence suçunun "*amirin etkileyici müdahalesi ile*" işlenmesi halinde işkenceyi icra eden memurun cezasında indirim öngörülüyordu. Bunun amacı ise astların suçunu itiraf etmelerini kolaylaştırmak olarak gerçekleştiriliyordu. Bunu savunan Dönmezer'e göre, BM İşkenceye Karşı Sözleşmenin m.2/3'e aykırı değildi, çünkü bu düzenleme bir hukuka uygunluk nedeni değil, sadece hafifletici sebep olarak öngörülmekteydi. (Bkz. ÖNOK, s.467)

²¹⁰ İÇEL v.d. İÇEL Suç Teorisi, s. 155; DÖNMEZER – ERMAN, s. 120

muamelelere başvurulması konusu tartışılmaktadır.²¹¹ Bu çerçevede, toplumu hedef alan ciddi bir tehlike veya başkalarının yaşamını kurtarma sözkonusu ise başkaca bir çare de kalmamışsa, zorunluluk nedeniyle işkenceye başvurulabileceği savunulmaktadır. Bu konudaki örnek, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin işkence sayılabilecek bazı davranışların hukuka aykırı olduğunu belirtmesine karşılık, bu davranışları uygulayanların cezai sorumluluk açısından zaruret hali nedeniyle hukuka uygunluktan faydalanabileceklerini belirtmiştir.²¹² ABD'nin "yasadışı savaşçı" olarak adlandırdığı esirlere yaptığı muamele, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki kararı²¹³ ve uygulamaları konunun en uç örnekleridir. Bu konuda verilen meşhur örnekteki "bombayı yerleştirmiş olan teröristi konuşurmak için işkence yapmanın meşru" olduğuna ilişkin örnekleme ve savunmalar Türk hukuku bakımından dikkate alınmayacaktır. Çünkü kolluğun yakalanan kişiyi zorla konuşurma yöntemine başvurma görevi olmaması yanında insan onuruna saygı gösterme yükümlülüğü sözkonusu olacaktır.

Uluslararası hukuk bakımından işkence yasağında hiçbir istisnai durumun işkenceyi meşru gösteremeyeceği ifade edilmiştir. BM İşkenceye Karşı Sözleşmede de "*İster bir savaş durumu, ya da bir savaş tehdidi, ister iç siyasi karışıklık, ister bir başka olağanüstü durum söz konusu olsun, hiçbir ayrıksı durum işkenceyi haklı göstermez.*" (m.2/2) denilmek suretiyle, hiçbir gerekçe ile işkencenin hukuka uygunluk sebebi olarak ileri sürülemeyeceğini öngörmüştür. Ulusal üstü insan hakları hukukunda savaş veya benzeri ulusun varlığını tehdit eden umumi bir tehlike veya diğer olağanüstü durumlarda bazı haklar sınırlanabilirken, işkence ve benzeri kötü muameleleri yasaklayan hükümlere hiçbir surette aykırı davranılmayacağı öngörülmüştür²¹⁴ Benzer şekilde Anayasa'nın 15. maddesinde de savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı düzenlenmiştir.

²¹¹ DORFMAN, Ariel. "İşkence kabul edilemez mi?" Radikal 12.5.2004. http://www.radikal.com.tr/veriler/2004/05/12/haber_116135.php (12.7.2007); ÇOR, s. 17 vd.

²¹² PARRY'den aktaran: ÖNOK, s.456 803. dipnot.; Ayrıca Bkz. ÇOR, "**Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence**", s.17-18

²¹³ Bkz: İsrail Yüksek Mahkemesi'nin "Hamdan Davası" Kararı, <http://www.derechos.org/human-rights/mena/doc/hamdan.html> (02.09.2007)

²¹⁴ GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, s.313-314; TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur. **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta Yay. İstanbul 2006 s.49-50

5 – Mağdurun Rızası (TCK m.26/2)

Hukuka uygunluk sebeplerinden mağdurun rızası ise YTCK m.26/2’de yer almış ve “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir hukuki yararın ihlaline sahibi tarafından rıza gösterilmesi halinde, gösterilen rıza ile yararı ihlal edilen fiil hukuka uygun hale getirilmiş olacaktır.²¹⁵

Hukuka uygunluk sebeplerinden mağdurun rızası, ETCK’da yer almamakla birlikte mağdurun rızası olduğu takdirde, fiilin suç teşkil etmeyeceği esası Eski Yunan²¹⁶ ve Roma Hukuku’ndan²¹⁷ beri öne sürüldüğü belirtilmektedir.²¹⁸

Mağdurun rızası ile kastedilen, ilgili hukuki yararın sahibi tarafından ihlale rıza gösterildiğinde, bu rızanın o fiilin hukuka aykırılık unsurunu etkileyerek, onu hukuka uygun hale getirmesidir.²¹⁹ Kural olarak, mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği haller, tasarrufu kişinin kendisine bırakılmış olan haklara ilişkindir.²²⁰ Ceza hukuku alanında mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi, ancak mağdurun “mutlak surette tasarruf edebileceği haklar” bakımından geçerli olabilir (YTCK m.26/2). Kişilerin hangi haklar üzerinde tasarruf edebileceğini ise bütün hukuk düzenine hakim olan genel ilkelerden çıkarmak gerekir.²²¹ Kamusal nitelik taşıyan, devlet ve toplumun yararlarını ilgilendiren alanlarda bireyin rızasının etkisi yoktur. Bu nedenle, işkence suçunda bir hukuki yarar olarak devlet idaresinin güvenilirliği, adliye korunduğundan mağdurun rızası geçerli değildir.²²² Zaten, gerçekte de, mağdurun işkence teşkil edebilecek davranışlara razı olması pek olası görünmemektedir.

²¹⁵ ÜZÜLMEZ, **İşkence ve Eziyet**, s.6

²¹⁶ Aristoteles’in “*quim nulla iniura est; quac in volentem fit*” (Razı olana yapılan fiil, suç teşkil etmez) dediği nakledilmektedir. (DÖNMEZER – ERMAN, s. 62)

²¹⁷ Digesta’da (47, 10, 1, prg.5) “*volenti non fit iniura; nulla iniura est, quae in volentem fit*” (rızayla yapılan hareket bir haksızlık oluşturmaz ve isteyene haksızlık olmaz) şeklinde ifade edilmiştir. (İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 179)

²¹⁸ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 178-179

²¹⁹ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 179

²²⁰ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 181; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 212

²²¹ DÖNMEZER – ERMAN, age, s. 74

²²² İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s.188 vd.; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 212-213; ÖNOK, s.467

Ceza yargılaması açısından ele aldığımızda, işkence ve benzeri iradeyi sakatlayan sorgu yöntemlerinin kullanılması yasaktır. Kural olarak, ifade verenin beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma gibi iradeyi bozan bedensel ve psikolojik (ruhsal) müdahaleler yapılamaz. Yasak sorgu yöntemiyle elde edilen deliller, sanığın rızası dahi olsa delil olarak değerlendirilemez.²²³ Böyle bir delilin kullanılması mutlak temyiz nedenidir. Ceza yargılamasındaki işkence yasağı, işkenceyi önlemek amacından çok, sanığı (şüpheliyi) insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlara karşı korumak ve ceza yargılamasında maddi gerçek aranırken onun bir obje haline gelmesini engellemektir.²²⁴

İşkence suçu ile korunan hukuki yararlar vücut dokunulmazlığı, adil yargılanma hakkı, susma hakkı, devlet idaresi gibi hukuki yararlar sayılmaktadır. hepsi bir arada korunmaktadır. Vücut dokunulmazlığı ve susma hakkı dışında kalanlar, kişinin tasarruf yetkisi içinde olmadığından bu alanlara ilişkin mağdurun rızasının bir önemi yoktur. Keza kişiyi toplumsal faaliyetini gereği gibi yerine getiremeyecek noktasına varan bir eylemde, mağdurun rızası geçersiz olup hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.²²⁵ Ancak burada, vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğü ile ilgili haklarda, genel olarak şikayete bağlı suçlarda rızayı geçerli saymak, ağırlaşmış ve re'sen kovuşturulan kasten yaralama fiillerinde ise mağdurun rızasının geçerli olmayacağını kabul etmemek yerinde olacaktır.²²⁶

Önemli bir husus da şudur: İşkencenin doğasında, -özellikle ceza yargılaması ve soruşturma bakımından dikkate aldığımızda - kişiyi iradesine aykırı harekete zorlayarak itirafa zorlamak, bunun için zor kullanmak söz konusudur. Yani, mağdurun karşı koyması ve bu karşı koyma iradesini kırmaya yönelik hareketlerin yapılması söz konusu olmakta, bu nedenle de mağdurun rızasının geçerli olup olmadığının araştırması başlı başına bir paradoks oluşturabilmektedir.²²⁷

²²³ SOKULLU – AKINCI, “Polis”, s.153,170; KARADAĞ, s.37 vd.

²²⁴ KESKİN, s.181-182

²²⁵ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 185

²²⁶ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 188

²²⁷ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 213 dipnot:410

İşkenceyi oluşturan hareketler elbetteki müessir fiillerle sınırlı değildir. İşkence ve benzeri hareketlerin çeşitliliği nedeniyle bazen müessir fiil derecesine varmayan, bazen de müessir fiili aşan hareketler bu suçu oluşturabilmektedir.²²⁸ Örneğin yalan makinesi müessir fiil olmamakla birlikte işkence suçu kapsamında onur kırıcı bir muamele olabilir. Bundan olayı işkence ve benzeri muamelelere maruz kalan kişinin gösterdiği rıza, vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisi içinde düşünülmez.

İşkence ve benzeri kötü muamelelerde mağdurun rızasını geçerli saymak, insan kişiliğini ve onurunu hiçe saymak anlamına geleceğinden kabul edilemez. Herkes onurlu bir şekilde yaşama hakkına sahip olup onur kırıcı davranışlar yasaklanmış ve insan onurunun dokunulmaz olduğu belirtilmiştir. (AY Başlangıç prg:6, m. 17, 32; AİHS m. 3)

Ayrıca, mağdurun rızasında konunun kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmaması rızanın hukuka uygunluk nedenlerinden birisidir. Bu nedenle, işkence suçunda mağdurun rızasının önemi olmayıp, kişilik haklarından feragati ifade eden böyle bir rıza kanuna, ahlak ve adaba aykırı olacağından hukuken geçerli değildir.²²⁹ Sonuç olarak, sağlık veya vücut bütünlüğüne ağır tecavüz niteliğindeki hareketlerde rızanın bir etkisi yoktur.

Ceza yargılaması açısından, sanığın irade özgürlüğün engelleyen yasak sorgu yöntemlerinin uygulanması sonucu elde edilen ifadelerin sanığın rızası dahi olsa kullanılamayacağı CMK m. 148/3'te belirtilmiştir.²³⁰ CMK m. 148/3 “*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*” şeklindedir. Hukuka aykırı elde deliller ister doğrudan, ister dolaylı olsun kabul edilemez.²³¹ Zehirli ağacın meyvesi de zehirli olduğundan, bu tür deliller ceza yargılamasında delil değerine sahip olamazlar.²³²

²²⁸ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 213

²²⁹ SÖZEN, Elife Selma. **Ceza Muhakemesi Hukukunda ve Adli Tıpta Delil Kavramı, Hukuka Aykırı Deliller ve Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi , İstanbul 1998 s.129

²³⁰ AYTEKİN, s.126

²³¹ AYTEKİN, s.125-126. 366 nolu dipnot.

²³² Askeri Yargıtay'a göre “*eğer baskı ile temin edilen itiraflar ve ifadeler hakikat ise, bu ifadelerin baskı neticesi temin edilmiş olması hükümsüzlüğünü gerektirme(z)*”. Askeri Yargıtay 2. D. 31.5.1973 tarih ve 1973/123 E. – 1973/123 K. Sayılı kararı. Askeri Yargıtay sonraki kararlarında da bu görüşünü sürdürmüştür (3. D. 4.9.1984 tarihli 1984/107 E. – 1984/375 K. Sayılı kararı). Zikreden: İŞİK, **Uluslararası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu**, s.137; Erzincan 2 Nolu sıkıyönetim mahkemesi

Bu tür ifadelerin kullanılmayacağı hükmü ile insan onuru, kişi bütünlüğü ve adli fonksiyonlar korunmak istendiğinden işkence uygulanmasında rızanın geçerli olup olmayacağını tartışmak aynı zamanda ceza yargılaması ilkelerine de aykırıdır. Çünkü şüpheyle başlayan ceza yargılaması, bireyin iradesiyle şekillenmemektedir. Şüphe üzerine maddi gerçeği aramak için açılan davada dava kamu adına açılmakta ve sanık yargılamanın işleyişine ilişkin konularda tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu şekilde ceza yargılaması şekillenip yürütülmekte ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına çalışılmaktadır. Tüm bu nedenlerle işkence suçunda mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni olamayacaktır.²³³

Sonuç olarak, işkence suçunda, genel olarak, hiçbir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı kabul edilmektedir.²³⁴

VI - İŞKENCE SUÇUNUN ÖZEL OLUŞUM BİÇİMLERİ

A - Suça Teşebbüs

Suç teşkil eden her fiilin bir başlangıcı ve sonu vardır. Bir olayın hangi aşamasının ceza hukuku açısından önem taşıdığı, yani cezalandırılabilir olduğu açısından ceza hukukunda suçun gerçekleşme aşamaları, hazırlık hareketleri, teşebbüs, suçun tamamlanması ve suçun sona ermesi olarak ifade edilmektedir.²³⁵ Ceza hukuku bakımından birbirinden farklı sonuç ve anlamları olan suçun gerçekleşme aşamaları “suç yolu” (iter criminis) olarak adlandırılmaktadır.²³⁶

Kural olarak, ceza kanunlarının özel kısmında düzenlenmiş suç tipleri suçun tamamlanmış şeklini gösterirler. Yani, tamamlanmış bir cürümden söz edebilmek için, failin hareketinin kanunda tanımlanan suç tipine uygun olarak yasaklanmış sonucu gerçekleştirilmesi gerekir. Fakat sonuç, bazı suç tiplerinde hareketten ayrılabilirken bazılarında ise sonuç harekete bitişik olup hareketin gerçekleşmesi ile

de bir kararında “...ifadeler işkence altında alınmış olsa bile eğer doğruyu ifade ediyorsa, eğer oluşa ve dosyaya uygunsuz itibar edilebilir” demiştir. Bkz. AYTEKİN, s.129. 376 nolu dipnot.; KESKİN, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, s.183

²³³ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 215

²³⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)**, s.118; ÖNOK, s.446; NUHOĞLU, s.575; ÜZÜLMEZ, **İşkence ve Eziyet**, s.5-6

²³⁵ Suça Teşebbüs ile ilgili detaylı bilgi için Bkz. SÖZÜER, Adem. **Suç Teşebbüs**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994

²³⁶ SÖZÜER, s.157; İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 295-296; ÖNDER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.394

netice meydana gelmiş olur. Bu ayırım ile sonucu hareketten ayrılabilen suçlara maddi suç (mesafe suçu), sonucu hareket bitişik olanlara da şekli suç (ani suç) denilmektedir.²³⁷

Fail suç tipinde yer alan sonucu gerçekleştirmek için icra hareketlerine başlamış olmasına karşın elinde olmayan sebeplerle başarısız olmuşsa, artık teşebbüs derecesinde kalmış bir suçtan söz edilecektir.²³⁸ Teşebbüsün varlığı halinde fail, ceza kanununda suçun tamamlanamaması halinin cezalandırılmasını sağlayan ve ihlal edilen yasal tipi genişleten teşebbüs hükümleri ile cezalandırılacaktır.

Teşebbüs Türk Ceza Kanunu'nda genel hükümler arasında sayıldığından bütün suç tipleri için geçerlidir. Fakat, teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği suç tiplerinin özelliğine göre farklılık arz edebilecektir. Teşebbüs, YTCK m.35'te "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*" şeklinde düzenlenmiştir. YTCK'da tam teşebbüs – eksik teşebbüs ayrımı yapılmamıştır.

YTCK bakımından 94. maddedeki suçta teşebbüs, failin işkence teşkil eden hareketlere başladıktan sonra, engel bir nedenin ortaya çıkması nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamaması durumudur.²³⁹ Mağdura bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine yol açacak davranışlar gerçekleştirilip tamamlanmadıkça suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. *Örneğin, gözaltındaki şüpheliye işkence etmeye hazırlanan kolluk görevlisinin diğer görevlilerce fark edilerek engellenmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.* Teşebbüs aşamasında kalan davranışa rağmen, ortaya çıkan sonuç başlı başına bir aşağılayıcı muamele teşkil ediyorsa suç yine tamamlanmış sayılacaktır.²⁴⁰

İşkence suçunda bazı durumlarda teşebbüs mümkün değildir. Örneğin failin mağdura ırzına geçip öldürmekle tehdit etmesi yoluyla işkence suçunun işlenmesi durumunda teşebbüsten bahsetme imkanı bulunmamaktadır.

²³⁷ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 67

²³⁸ KAYANÇİÇEK, Murat. "Suça Teşebbüs", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc> (29.06.2007)

²³⁹ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)**, s. 120

²⁴⁰ ÖNOK, s.479

İşkence suçu, ETCK’da neticesi harekete bitişik suç olarak ifade edilmekteydi.²⁴¹ Yani hareketin yapılması ile neticenin de gerçekleşmiş olduğu kabul edilmekteydi. İşkence suçu YTCK bakımından da bir netice suçu olarak görünmektedir. Çünkü, mağdura karşı insan onuruyla bağdaşmayan bir şekilde bedensel veya ruhsal acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların yapılması ile suç tamamlanmış olacaktır.²⁴²

Failin “gönüllü vazgeçme”si işkence suçunda mümkün olabilir mi? YTCK m.36’daki “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” düzenlemesi karşısında, failin kendi rızasıyla vazgeçmesi hali işkence suçunda pek mümkün görünmemektedir. Çünkü, işkence suçu, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Bu nedenle, mağdura bedensel veya ruhsal yönden acı veya algılama ve irade yeteneğini etkilemeye ya da aşağılamaya yönelik gerçekleştirilen hareketler, o ana kadar mağduru aşağılamış olduğu için, aşağılama unsuru suçun seçimlik hareketlerinden biri olduğu için işkence suçu tamamlanmış olacaktır.²⁴³

Kural olarak gönüllü vazgeçmenin, failin cezalandırılmasını önleyeceği kabul edilmektedir.²⁴⁴ YTCK m.36’daki düzenleme de bu yönde olup, suçun tamamlanması aşamasına kadarki süreç içerisinde gerçekleşen tüm “gönüllü vazgeçme”lerin cezalandırılmayacağı anlaşılmaktadır. ETCK m. 61/2’de düzenlenen “ihtiyariyle vazgeçme” halinde fail, icra hareketleri bitirmeden önce vazgeçmiş ve icrayı tamamlamamış ise teşebbüsten dolayı cezalandırılmıyor; buna karşılık, o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suç oluşturuyor ise bundan ceza alıyordu. Buna karşılık icra hareketleri bittikten sonra gerçekleşen vazgeçmenin hiçbir önemi yoktu Buna göre icranın bitmesine ya da sonucun meydana gelmesine, failin iradesine bağlı sebepler engel olmuşsa teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. ETCK’da ihtiyariyle vazgeçme müessesesi, sadece eksik teşebbüs durumunda kabul edilmişti. Kısacası fail, icra hareketleri bitirmeden önce vazgeçmiş ve icrayı

²⁴¹ ÖNOK, s.476

²⁴² ÖNOK, s.476

²⁴³ ÖNOK, s.479

²⁴⁴ SÖZÜER, s.235

tamamlanmamış ise teşebbüsten dolayı cezalandırılmıyor; buna karşılık, o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suç oluşturuyor ise bundan ceza alıyordu. Buna karşılık icra hareketleri bittikten sonra gerçekleşen vazgeçmenin hiçbir önemi yoktu. Tam teşebbüs durumundaki vazgeçme (doktrinde faal nedamet olarak adlandırılan) hallerde ise mevcut düzenlemede uygulanma imkanı yoktu.²⁴⁵ YTCK, tam-eksik teşebbüs ayrımını kaldırmış ve buna paralel olarak, gönüllü vazgeçmenin, sadece icra bitmeden önce değil, bittikten sonra da uygulanabilir bir müessese olduğunu kabul etmiştir. YTCK'nın 36. maddesine göre; *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”*.

B – İştirak

Yasal tanımda bir eylemin bir kişi tarafından gerçekleştirileceği esas alınmışsa da zaman zaman bu fiiller birden çok kişinin ortak katılımı ile işlenmektedirler. Böyle bir durumda fiili icra eden suç ortaklarının hepsi de fiilin oluşması için bir katkıda bulunmaktadır. Bu katkıları nedeniyle de sorumlulukları söz konusu olmaktadır.²⁴⁶

İştirak kurallarının uygulanabilmesi için gereken belirli bazı şartlar olması gerekir. Bunun için öncelikle, birden fazla fail tarafından yapılmış birden fazla hareket bulunması gereklidir. İkinci şart, her bir hareketin nedensellik değeri taşıması gerekir. Üçüncü şart, iştirak iradesi bulunmalıdır. Son olarak, bir suçun icrasına başlanması ve bunun bütün şerikler için aynı olması gerekliliğidir.²⁴⁷

5237 sayılı TCK, iştiraki yeniden düzenleyerek, uzun süredir eksikliği duyulan *“dolayısıyla faillik”* (dolaylı faillik) konusunu da düzenlemiştir.²⁴⁸ YTCK, iştiraki bir sosyolojik birlik olarak kabul etmiş ve faillerin eylem üzerinde kurdukları hakimiyeti baz alarak, iştiraki *“fail”* (m.37), *“azmettiren”* (m.38) ve *“yardım eden”*

²⁴⁵ DARENDE, M. İhsan. “Yeni TCK’da Suç İşlemeye Teşebbüs.” <http://www.bakale.com/forum/viewtopic.php?t=102&sid=463131dc41c2f13621063fd7501d6506> (12.11.2006)

²⁴⁶ İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 369

²⁴⁷ OTACI, Cengiz, “Türk Ceza Hukukunda İştirak”, **İstanbul Barosu Dergisi Ceza Hukuku -Özel Sayı-**, Ocak 2007, s.80 vd.

²⁴⁸ DARENDE, M. İhsan. “Yeni TCK’da İştirak”. <http://www.bakale.com/forum/viewtopic.php?t=109&sid=463131dc41c2f13621063fd7501d6506> (12.11.2006)

(m.39) olarak 3 ayrı kategoriye ayırmıştır. Kural olarak, fail ve azmettirenin eşit cezaya çarptırılması kabul edilmiş, yardım edenin ise cezası hafifletilmiştir. Bu husus, 37. maddenin gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: "*Bu sistemin (eski TCK sisteminin) en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silâhli yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen 'asli fail' bazen 'fer'i fail' olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman 'asli fail' olarak mı yoksa 'fer'i fail' olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki, örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişini üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir. / Hükümet Tasarısında da benimsenen 'asli iştirak', 'fer'i iştirak' ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişini üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumlu(lu)k statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir".*

Kural olarak işkence çok failli değil bireysel bir suçtur. Yani suç tek fail tarafından işlenebilmekte, fakat birden fazla kişinin suç ortaklığı ile işlenmesine de imkan bulunmaktadır.

YTCK bakımından da işkence özgü bir suçtur. YTCK m.40/2'ye göre, "*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*" İşlenen suçta, kanunun aradığı özel sıfatı taşımayanlar fail (YTCK m.37) olmadığından ancak azmettiren (YTCK m.38) veya yardım eden (YTCK m.39) olarak sorumlu tutulabileceklerdir.

YTCK’da işkence suçu bakımından m.94/4 ile buna bir istisna getirilmiş ve “*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*” hükmü ile işkence suçuna iştirak eden herkesin, suçun faili gibi cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yani kamu görevlisi olmadığı halde işkence suçuna iştirak eden kişiler için herhangi bir farklılık sözkonusu olmayacak ve işkence suçundan cezalandırılacaklardır. Bu durumda, örneğin cezaevinde mahkuma işkence eden gardiyana yardım eden bir mahkum da işkence suçundan cezalandırılacaktır.

Ayrıca YTCK m.94/5’teki “*Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*” hükmü sayesinde işkence faillerinin tespit edilemediği hallerde –işkencenin hangi birimde yapıldığının bilinmesi kaydıyla- yapılan işkenceyi öngörmesine rağmen bunu engellemek suretiyle işkencenin yapılmasını sağlayan, buna göz yuman, amir durumundaki kamu görevlileri de sorumlu tutulabilecektir. “**İhmali davranışla**” işkence suçunu işleyen failin cezalandırılabilmesi için, “neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü”²⁴⁹ yani garantör olması gerekir. TCK m.94/5’te, işkence suçunun ihmal suretiyle işlenebileceğini açıkça belirtmiş, böylece ihmali suçlar için sınırlı sayıdaki suç tipi bakımından öngörülen genel prensipten ayrılarak cezada indirim yapılmayacağını özel olarak düzenlemiştir. Bu durumda örneğin, emri altındaki kolluk görevlisinin işkence yaptığını gören fakat bunu engellemeyen amir –işkence yapmasa da garantör sıfatıyla bu fiili önlemekle yükümlü olduğundan- işkence suçundan cezalandırılacak ve cezasında bir indirim yapılmayacaktır.²⁵⁰ İşkence yapılması yönünde emir verilmesi halinde ise, emri veren de, bu emri icra eden de sorumlu olacaktır.²⁵¹

İşkence yapmak suçunun özgü (mahsus) bir suç olduğunu ve ancak kamu görevlisi kişiler tarafından işlenebileceğini belirtmiştik. Özgü suçlar, özel yükümlülüğe somut bir şekilde aykırı davranmayı cezalandıran “*sırf yükümlülük suçları*” ile özel faillik niteliğinin yanı sıra suçun hangi tarz hareketlerle

²⁴⁹ Failin cezalandırılabilmesi için neticeyi önleme yükümlülüğü şarttır. Neticeyi önlemek hususunda sadece soyut ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir. Neticeyi önleme yükümlülüğü konusunda genellikle “koruma yükümlülüğü” veya “gözetim yükümlülüğü” kavramları kullanılmaktadır. Bkz: ÖZGENÇ, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay. Ankara 2006 s.201; PARLAR, Ali - HATİPOĞLU Muzaffer. **Kast ve Taksir**, Kazancı Hukuk Yay. İstanbul 2005 s.340 vd.

²⁵⁰ MAHMUTOĞLU, Fatih S. “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu” İÜHF M C.LXIII Sayı 1-2 2005 s.78; DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s.153

²⁵¹ ÖNOK, s.483

işlenebileceğine dair bir belirlemede bulunulan “*hakimiyet ve yükümlülük suçları*” olarak ikiye ayrılmaktadır.²⁵² Sırf yükümlülük suçlarında fail olabilmek için kişide özel faillik (memurluk) vasfı bulunması yeterli iken, hakimiyet ve yükümlülük suçlarında ise özel faillik niteliğinin bulunması fail olabilmek için yeterli olmayıp, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulabilmesi yani suçun bizzat işlenebilmesi gerekir. Bundan dolayı sivil bir kişi veya fiil üzerinde hakimiyet kuramayan memur bu tür bir suçlarda fail olamamaktadır. Bunlar sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.²⁵³ Ama “fiili irtikap edenlerden” veya “doğrudan doğruya beraber işleyenlerden” (müşterek fail) olamayacaktır.²⁵⁴

5237 sayılı TCK’da, özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişiler fail olabilecektir. Bu suça iştirak edenler de azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir (m.40/2). Ancak, işkence suçu bakımından bu kurala istisna getirilmiş ve işkence suçuna katılanların da kamu görevlisi gibi yani fail olarak cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile işkence suçunda yardım edenlerin ceza indiriminden faydalanamaması amaçlanmıştır.²⁵⁵

ETCK bakımından, işkence ve benzeri kötü muamelelerde bulunmak suçu özgü bir suç olarak, “*hakimiyet ve yükümlülük*” suçu olarak düzenlenmişti. Bundan dolayı memur olmakla birlikte kovuşturmaya yetkili olmayan bir memur veya sivil bir kişi 243. maddedeki işkence suçunun faili olamazdı. Bunlar sadece azmettiren veya fer’i (maddi veya manevi) şerik olabilirdi.²⁵⁶ İşkence suçunun amirin emriyle yapılması halinde, emir hukuka aykırı ve suç teşkil ettiğinden, emri veren amirin “azmettiren” sıfatıyla sorumlu olduğu ve işkence suçuna katılan yetkili memurlar katkılarının niteliğine göre (ETCK m. 64-67’ye göre sorumlu olduğu kabul edilmekteydi.

C – İçtima

İşkence suçunun birden fazla kimseye karşı işlenmesi mümkündür. Bu durumda suç sayılan hareketlerin her mağdur bakımından kanunda belirtilen saiklerle

²⁵² İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 90-91, 395-396

²⁵³ Azmettiren ve yardımda bulunan kavramları için bkz. İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 401 vd.

²⁵⁴ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 224-225

²⁵⁵ MAHMUTOĞLU, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu” s.80-81

²⁵⁶ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 225; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s. 535

işlenmesi gerekir. Bu sırada başka bir suç işlenirse gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.²⁵⁷ YTCK'nın "*Suçların İçtimalı*" başlıklı 1. Kitap 2. Kısım 5. Bölümünde 42, 43 ve 44. maddelerde suçların içtimalı düzenlenmiştir (ETCK m. 78, 79 ve 80). İşkence suçunda kanunda düzenlenen suçların içtimalı çeşitlerinin hepsinin gerçekleşmesi imkanı vardır. Madde sırasıyla suçların içtimalını kısaca ele alacağız.

1 – Görünüşte İçtima

Görünüşte içtima, suç teşkil eden eylemin tek olmasına karşılık, birden çok kanun hükmünü ihlal ettiği görüntüsüne rağmen, sadece bir kanun hükmünün uygulanmasıdır. Bu durumda, fail tarafından gerçekleştirilen eyleme tek bir ceza normu uygulanmakla birlikte, görünüşte suçlar ve ilgili ceza normları çok görünmektedir.

Özel norm – genel norm ilişkisinde, özel normun önceliği görünüşte içtima ilkelerinden biridir. Aynı eylem için görünüşte uygulanabilir durumda bulunan çeşitli normlardan biri diğer normların unsurlarının yanında bazı ek özellikler içeriyorsa, özel normun önceliği ilkesi gereğince, genel normun uygulanması önleyecek ve sadece özel norm uygulanacaktır.

Özel hükmün genel hükmü ortadan kaldırması ilkesi gereği, m.257' deki görevi kötüye kullanma suçu ile YTCK m.94 arasında ilişki kurulduğunda m. 257 ayrıca uygulanmayacaktır. Aynı şekilde zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasını düzenleyen m.256 ile m.94 arasında bir ilişki söz konusu olduğunda özel hüküm olan 94. madde uygulanacaktır.

Bir normun diğer tarafından tüketilmesi ilkesi bakımından, işkence fiilinin "...siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi" halinde YTCK m.77'deki "insanlığa karşı suç" oluşacağından, bu maddedeki özel kast ile işlenmesi halinde m.94 uygulanmayacak sadece m.77 uygulanacaktır. Çünkü m.77' deki suç tipi zaten işkence suçunu kapsamaktadır.

²⁵⁷ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2000)*, s. 536

2 – Bileşik Suç

YTCK'nın Bileşik Suç başlıklı 42. maddesine göre, “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*”

İşkence suçunun bedensel zarar doğuran hareketler aracılığıyla işlenmesi halinde ETCK bakımından müessir fiil (ETCK m.456) ile işkence arasında bir içtima sorunu doğmakta idi. Fakat YTCK açısından 95. maddede işkencenin mağdurda yol açtığı çeşitli ağır sonuçlara göre oluşacak suçun nitelikli hallerine yer verildiğinden içtima sorununu çözmek daha kolay olacaktır. YTCK m.95'teki nitelikli haller YTCK m.87'deki “*netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama*” ile aynı olduğundan, yaralama nitelikli davranışlarla işlenen işkence suçu bileşik suç kurallarına göre YTCK m. 95'e göre cezalandırılacaktır.

Hem ETCK (m.243/2), hem de YTCK (m.95/4) açısından işkence sonucunda ölüm meydana gelmesi, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bu durumda ölüm işkence suçunun nitelikli halini oluşturduğu için bileşik suç söz konusu olacaktır.

YTCK açısından işkence suçunun cinsel taciz (YTCK m.105) şeklinde gerçekleşmesi halinde, bu durumda YTCK m. 94/3'teki nitelikli hal söz konusu olacağı için bileşik suç ortaya çıkacaktır. Bu durumda fail sadece işkence suçundan cezalandırılacaktır.²⁵⁸ Fakat, işkence, cinsel saldırı (m.102), çocukların cinsel istismarı (m.103) gibi bir davranış söz konusu ise fail bu suçlardan da ayrıca cezalandırılır.

Bir diğer örnek, gebe kadına karşı işkence fiilleri işlenmesi durumunda, fail m.95/2-e'ye göre cezalandırılacak, hakkında ayrıca 99. maddeden ceza verilmesine gerek kalmayacaktır. İşkence suçuna ilişkin 94. maddenin 2 ve 3. fıkralarında ve 95. maddesinde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence hallerinde de aynı kural uygulanacaktır.²⁵⁹

3 - Fikri İçtima

YTCK m.44'e göre “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı*

²⁵⁸ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)*, s. 120

²⁵⁹ ÜZÜLMEZ, *İşkence ve Eziyet*, s.8-9

cezalandırılır.” YTCK açısından tehdit, hakaret ve yaralama suçunun basit hali gibi bazı suçlarla birlikte işkence suçunun işlenmesi durumunda fikri içtima²⁶⁰ kuralları gereği fail daha ağır ceza gerektiren işkence suçundan cezalandırılacaktır.

YTCK 44. maddesi fail tarafından gerçekleştirilen eylemin kanunun birden fazla hükmünü ihlal etmesi fikri içtima için yeterli görmüştür. Fikri içtima koşullarının gerçekleşmesi için “tek eylem”in olması ve “farklı kanun hükümlerinin ihlal” edilmiş olması yeterlidir. Örneğin kasten yaralama (m.86), tehdit (m.106) veya hakaret (m.125) aracılığıyla işkence suçunun işlenmesi halinde, fikri içtima kuralları gereği fail sadece işkence suçundan cezalandırılacaktır. Keza, m.76’daki Soykırım suçunda belirtilen “kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme” eylemi, failin “Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla,” özel kastıyla suçu işlemesi durumunda, bu durumda m.76 ile işkence suçu arasında fikri içtima ilişki ortaya çıkacaktır.

4 - Zincirleme Suç

YTCK m.43’e göre “(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, ... ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

Zincirleme suç, kanunun aynı hükmünün aynı suç işleme kararı ile birden fazla ihlal edilmesi halidir.²⁶¹ YTCK bakımından işkence suçunun seçimlik hareketleri tek bir suç olduğundan, işkence suçunu oluşturan birden fazla fiilin aynı anda veya art arda uygulanmasının bir önemi yoktur. Böyle bir durumda zincirleme suçtan söz edilemeyecektir.

²⁶⁰ Fikri Birleşme (içtima) kavramı için bkz. İÇEL v.d. İÇEL Suç Teorisi, s. 417 vd.

²⁶¹ İÇEL v.d. İÇEL Suç Teorisi, s. 65

YTCK’da farklı mağdurlara karşı işlenen suçlar zincirleme suç kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle tek bir suç işleme kararı ile birden fazla kişiye işkence yapılması halinde mağdur sayısınınca suç oluşacaktır. Aynı şekilde birden fazla mağdurun ölmesi halinde de fail yine mağdur sayısınınca cezalandırılacaktır.²⁶² Aynı kişiye karşı tek bir kast ile kısa süreli aralıklarla artarda işkence nitelikli hareketler yapılmışsa YTCK m. 94’ün gerekçesi de²⁶³ göz önüne alındığında, hukuki anlamda tek bir hareket söz konusu olduğundan suç da tek olacaktır.

YTCK m.43/2’deki “*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.*” kuralı da aynı maddenin 3. fıkrası karşısında işkence suçu bakımından uygulanmayacaktır. Tek bir hareketle YTCK m. 94’ün ihlali halinde, mağdur sayısı kadar suç oluşacak ve her birinin cezası içtima ettirilecektir. Örneğin, sorgu yapılırken bir annenin cinsel saldırıya uğrayan kızını seyretmek zorunda bırakılması halinde mağdurların her ikisi için de işkence suçu oluşur.²⁶⁴

YTCK 43. madde son fıkrada “*Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.*” denilerek bazı suçlar zincirleme suç kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre işkence suçunda zincirleme suç kuralı uygulanmayacaktır.²⁶⁵

ETCK’da müteselsil suçu m. 80’de düzenlemiş ve burada da her suçun bağımsız bir suç olması kuralına istisna konulmuştu. Yani böyle bir durumda birden fazla ihlal olduğu halde, hepsi tek bir suç olarak değerlendirilmelidir.²⁶⁶ Müteselsil suçta, fail suç tipini birden fazla ihlal etmesine rağmen, kanun koyucu suç işlemedeki karar birliğini göz önünde bulundurarak, gerçekleşen birden fazla sonuca rağmen faile tek bir suçun cezası verilecek, ancak bu ceza belirli bir oranda arttırılması öngörülmektedir.²⁶⁷

²⁶² ÖNOK, s. 487

²⁶³ YTCK m.94’ün gerekçesince “*işkence teşkil eden fiiller... ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkence...*” şeklinde belirtilmiştir.

²⁶⁴ ÖNOK, s.488

²⁶⁵ ÜZÜLMEZ, *İşkence ve Eziyet* s.8

²⁶⁶ İÇEL v.d. *İçel Suç Teorisi*, s. 471

²⁶⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II- III*, s. 497

ETCK açısında, failin aynı veya değişik mağdurlara karşı tek bir suç işleme kararı ile 243. maddeyi ihlal etmesi halinde müteselsil suç söz konusuydu.²⁶⁸ Failin, bir kişiye maddede öngörülen herhangi bir nedenle, değişik günlerde işkence yapması halinde, yapılan hareketler tek bir (aynı) suç işleme kararıyla gerçekleşmişse, müteselsil suç 80. madde kuralları gereğince; aynı suç tipinin birden fazla ihlali söz konusu olduğu halde, failin sorumluluğu tek bir ihlal olarak değerlendirilecek, fakat cezada yasanın öngördüğü şekilde arttırılıyordu.²⁶⁹ Burada, tek bir suçu itiraf ettirmek için aynı suç işleme kararının varlığından söz edilebilirken, mağdur aynı kişi olsa bile, birden fazla suçu itiraf ettirmek amacıyla, her seferinde farklı bir suçu itiraf ettirmek için işkence yapılması halinde, suç işleme kararında birlikten artık söz edilemeyeceğinden gerçek içtima kurallarını uygulamak gerekecektir.²⁷⁰

Sonuç olarak, işkence suçunda, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. İşkence suçunda, suçun tek eylemle birden fazla kimseye karşı işlenmesi halinde, tek bir suç işleme kararı ile gerçekleşmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Uygulamada, Yargıtay şahıslar aleyhine işlenen suçlarda teselsül hükümlerinin uygulanmayacağına ve kaç kişi bu suçun mağduru olmuşsa o kadar sayıda suçun oluşacağına karar vermektedir.²⁷¹ Alman hukukunda da, mağdur sayısınca suçun oluşacağı kabul edilerek gerçek içtima kuralları uygulanacağı kabul edilmiştir.²⁷²

VII - SUÇA TESİR EDEN SEBEPLER

A – Genel Olarak

YTCK’da cezanın artırılmasını gerektiren çok sayıda nitelikli hale yer verilmiştir. İşkence fiilinin ağır neticeleri olması halinde ETCK’ dan farklı olarak YTCK başka maddelere atıf yapmadan bu halleri özel olarak düzenlemiştir. YTCK

²⁶⁸ DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.46

²⁶⁹ DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.47

²⁷⁰ ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 231

²⁷¹ Örneğin; Y. 8. CD 27.9.1989, 5123/6914; YCGK 4.4.1983, 8-64/156; YCGK 27.3.1995, 8-58/86 kararları.

²⁷² DEMİRBAŞ, **İşkence Suçu**, s.47 dipnot:49; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 235

m. 94 ve 95’te sayılan nitelikli halleri mağdurun özelliği, fiilin işleniş şekli ve suçun neticesi itibariyle ağırlaşmış halleri olmak üzere üç ayrı başlıkta ele alacağız.

B – Mağdurun Özelliğine Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Haller

YTCK m. 94/2’de sayılan “ (a) *Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı işlenmesi, (b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi*” halleri, mağdurun özelliği nedeniyle cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurlardır.

İşkence suçundan mağdurun yaşının küçük olması,²⁷³ beden - ruh bakımından kendini savunamayacak durumda (yaşlılık, hastalık, malüllük, ruhsal veya fiziksel güçsüzlük gibi) kendini korumaktan aciz olması, fiilin icrasının kolaylığı ve faildeki ahlaki kötülüğün fazlalığı nedeniyle nitelikli hal olarak öngörülmüştür.²⁷⁴ Keza, suçun gebe kadına karşı işlenmesi hem kadının hem de bebeğin yaşamını tehlikeye attığından nitelikli hal olarak sayılmıştır.

İşkence suçunun “*Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi*” halinde de ceza arttırılır. Avukatlık mesleği, kanuna göre kamu hizmeti olduğundan²⁷⁵ ve avukatlar YTCK’da “*yargı görevi yapan*” kişiler arasında sayıldığından²⁷⁶ bu hususun ayrıca belirtilmesinin sebebi, kanun koyucunun avukatlık mesleğine verilen önemi vurgulamak düşüncesi olabilir. Bu husus, ayrıca, görevleri nedeniyle avukatlara karşı işlenen suçlar hakkında, hakimlere karşı işlenen suçlara ilişkin hükümler uygulanacağı şeklindeki düzenlemeye (Avukatlık Kanununa m.57) uygun düşen bir düzenleme olmuştur.

²⁷³ YTCK m.6/1-b “*Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi... anlaşılır.*”

²⁷⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2006)**, s.121

²⁷⁵ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na göre (m.1): “*Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir*”. Avukatlar, “*yargı görevi yapan*” kişiler tanımlaması son derece doğru olmakla birlikte, mesleğin “*kamu hizmeti*” olup olmadığı doktrinde tartışılmakta ve kanaatimizce avukatlık mesleğinin nitelik bakımından kamu hizmeti niteliği taşımadığı görüşü daha isabetli görünmektedir. Bkz. ADAY, Nejat. **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yay. İstanbul 1997 s.16-19

²⁷⁶ YTCK m.6/1: “*(c) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, (d) Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar... anlaşılır.*” Madde gerekçesinde avukatların kamu görevlisi olduğu özellikle belirtilmiştir.

C – Fiilin İşleniş Şekli Bakımından Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Nitelikli Haller

YTCK m.94/3'teki "*Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hali*" de cezanın arttırılmasını gerektiren bir unsurdur. Cinsel taciz, bedensel teması içermeyen, söz veya eylemle gerçekleştirilen ve kişilerin cinselliklerini hedef alan rahatsız edici davranışlardır.²⁷⁷

Esasında, cinsel taciz suçu YTCK m.105'te düzenlenmiştir ve ETCK m. 421'deki "söz atma ve sarkıntılık" suçunun karşılığını oluşturmaktadır. YTCK 105. madde, "*Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi*"nin cezalandırılacağını belirtmiştir. "Cinsel taciz" suçu şehvi amaçlarla bir şeyler söylenmesi, söz atılması, el-kol hareketlerinde bulunulmasıdır. YTCK'da düzenlenen cinsel taciz suçunda, ETCK m.421'den farklı olarak, fiilde sarkıntılık (bedensel temas) söz konusu değildir. Bu aşamaya gelen fiil, artık cinsel tacizi aşmış ve cinsel saldırı (YTCK m.102/1) veya cinsel istismar (103/1) aşamasına gelmiştir.²⁷⁸ Cinsel tacizin yasal anlamı, öngörülen cezanın şiddeti ile karşılaştırıldığında bu nitelikli hal orantısız olmuştur.²⁷⁹

D – Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları, "gerçek neticesi sebebi ile ağırlaşmış suçlar" ve "görünüşte neticesi sebebi ile ağırlaşmış suçlar" olarak iki kategoride ele almak mümkündür. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin yaptığı eylem, amaçladığından daha ağır bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, YTCK m.87/4'teki yaralama kastı ile hareket eden failin fiili neticesinde mağdurun ölmesi gibi. Görünüşte neticesi sebebi ile ağırlaşmış suçlarda ise, suçun oluşması için gerekli neticeden başka ve daha ağır bir neticenin meydana gelmektedir. YTCK m. 87/2'deki kasten yaralamanın mağdurun uzuv kaybına yol açması buna örnek gösterilebilir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin cezası suçun temel cezasına göre artırılmaktadır.²⁸⁰

²⁷⁷ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)*, s.121

²⁷⁸ "Cinsel Taciz Suçu" için bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)*, s.175 vd.

²⁷⁹ Aynı görüşte bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)*, s.121

²⁸⁰ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel (2006)*, s.123

YTCK'nın“Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” başlıklı 23. maddesine göre “*Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*” Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için bazı şartların bulunması gerekir²⁸¹:

1 - Failin ilk hareketini kasten işlemiş olması gerekir. İlk hareketin taksirli olması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olmayacaktır.

2 – Failin kasti hareketinden istenmemiş olan başka veya daha ağır bir neticenin meydana gelmesi gerekir.

3 – İlk hareket ile netice arasında illiyet bağının kurulması zorunludur.

4 – Faili kastettiğinden başka veya daha ağır bir neticeden sorumlu tutabilmek için failin ortaya çıkan neticeye yönelik olarak en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir. Yani fail için neticenin objektif olarak öngörülebilir olması gereklidir. Aksi halde, fail neticeden sorumlu tutulamaz.²⁸²

İşkence suçunun neticesi itibarıyla ağırlaşmış halleri YTCK m.95'te düzenlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi failin bu sonuçlardan sorumlu tutulabilmesi için YTCK m.23'teki şartların gerçekleşmesi gerekir. YTCK m.95'e göre:

“(1) *İşkence fiilleri, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa, c) Yüzünde sabit ize, d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.*

(2) *İşkence fiilleri, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.*

²⁸¹ Bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, *Ceza Özel* (2006), s.123-124

²⁸² ÖNOK, s. 503

(3) *İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(4) *İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”*

İşkencenin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli biçimde zayıflamasına; mağdurun konuşmasında sürekli zorluğa, konuşma yeteneğinin kullanılmasında güçlükle karşılaşılmasına neden olması hallerinde ceza artırılabilecektir. (YTCK m.95/1-a,b)

Keza, işkence suçunun mağdurun yüzünde sabit iz; kişide hayati tehlikeye sebebiyet vermesi; gebe bir kadına karşı işlenmesi ile çocuğun vaktinden önce doğmasına sebep olması hallerinde de ceza artırılabilecektir.(YTCK m.95/1-c,d,e)

YTCK 95. maddenin 2. fıkrasında, daha ağır hallerde yer verilmiştir. İşkence suçunda mağdurun iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa tutulmasına ya da bitkisel hayata girmesine; duyu organlarından birinin işlevini tamamen yitirmesine; mağdurun konuşma ya da çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına; mağdurun yüzünde sürekli değişikliğe ve gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğun düşmesine neden olunması halinde daha da ağır cezalara hükmedilecektir.

YTCK 95. maddenin 3. fıkrası ise, işkence fiili sonucunda mağdurun vücudunda kemik kırılması ve kırığın hayat fonksiyonlarını etkilemesine göre failin cezası artırılacağını öngörmektedir.

Nihayet, maddenin son fıkrasında ise işkence sonucunda ölüm meydana gelmesi hali düzenlenmiştir. Bu durumda fail olan kamu görevlisinin ölümü amaçlayarak hareket etmesi ya da olası kastın varlığı halinde bu maddenin değil, kasten öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.²⁸³

Tüm bu hallerde failin YTCK 95. maddeye göre cezasının artırılabilmesi için 23. maddedeki koşullar gerçekleşmiş olmalıdır. Yani failin icra ettiği hareketler sonucunda yukarıda sayılan neticelerin objektif olarak öngörülebilir olması gereklidir.

²⁸³ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, *Ceza Özel* (2006), s.126-127

ETCK'da ise, m. 243'ün son fıkrası “*Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.*” şeklinde düzenlenerek, işkence ve benzeri kötü muamele suçlarında iki ayrı ağırlaştırıcı neden gösterilmişti. Fıkra da öngörülen ölüm ya da müessir fiil sonucunun meydana gelmiş olması halinde, bu neticelerden biri ile fiilin işkence ve benzeri kötü muameleleri teşkil eden hareketler arasında bir illiyet bağı olması yeterli olup ayrıca failin kastının bunları içermesinin bir önemi yoktur.²⁸⁴ Bu açıdan fıkra, failin kastettiği sonucun dışında gerçekleşen “sonuç nedeniyle ağırlanmış”²⁸⁵ bir suç tipini düzenlemekteydi.

ETCK 243. maddenin 2. fıkrasında ağırlaştırıcı bir sebep olarak ölüm dışında kalan diğer hallerde 456. maddeye göre cezanın üçte birden yarıya kadar ağırlatılacağı öngörülmüştür. Burada diğer hallerden maksat işkence ve benzeri kötü muamelelerin yapılması sonucu ağırlanmış müessir fiillerdir. İşlenen suçun sonucunda mağdur ölmüş ise, m. 243/2 gereğince kastı aşan müessir fiil sonucu adam öldürme suçunu düzenleyen ETCK m. 452'ye göre ceza belirlenecek ve bu ceza üçte birden yarıya kadar arttırılacaktır.

ETCK m. 452; darp, cerh veya müessir fiil teşkil eden hareketlerin sonucunda –öldürmek kastı olmaksızın- ölüm meydana gelmesi halinde verilecek cezayı öngörmüş ve 448, 449 ve 450. maddelere atıf yapmıştır. Uygulamada, işkence sonucu üç kişinin öldüğü bir olayda sanıklar hakkında Yargıtay 8. Ceza Dairesi, “*Mahkemenin sanıklar hakkında TCK 243/2, 450/3, 452/1, 71 ve 76. maddelerin göre ve üç kez uygulanmak suretiyle 36 yıl ağır hapis cezaları tayini oluşa ve yasaya aykırıdır. Bu sanıklara TCK'nun 243/2, 450/5 ve 452/1 maddeleri uyarınca bir kez ceza tayini gerekir.*” gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuş, sanıklara ETCK 243/2, 450/5 ve 452/1 maddeleri gereğince bir kez ceza tayini gerektiğine karar vermiştir.²⁸⁶ Yerel mahkeme 452/1'in atıf yaptığı 450. maddenin “işkence ve tazip ile adam öldürme” fiilini düzenleyen 3. fıkrasına göre her bir mağdur için ayrı ayrı ceza tayin etmiş ve içtima kuralları çerçevesinde bunları toplayarak otuz altı yıl ağır hapis cezasına hükmetmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi ise bu kararı yerinde

²⁸⁴ NUHOĞLU, s.576

²⁸⁵ Sonuç nedeniyle ağırlanmış suçlarda sorumluluk için bkz. İÇEL v.d. **İçel Suç Teorisi**, s. 263

²⁸⁶ Y. 8. CD 19.1.1983 8-64/156 (ERMAN – ÖZEK, s. 241 dipnot: 1)

bulmamış 452. maddenin yaptığı atıfta, işkence ve tazip ile adam öldürmeyi düzenleyen 3. fıkranın değil, birden fazla adam öldürme suçunu düzenleyen 5. fıkra göre bir kez ceza tayin edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu karara itiraz edilmesi üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 450. madde ile ilgili önemli sonuçlara varmıştır. Kararda, öncelikle isnat edilen suçun 449 ve 450/1,2,6,7,8,9 ve 10 fıkraları ile bir ilgisinin olmadığı belirtildikten sonra 450/3,4 ve 5 ile ilgili kararını açıklamıştır. Bu kararda özellikle m. 450/3,4 ve 5 ile m. 243 arasındaki ilişkinin açıklanması bakımından önemlidir.²⁸⁷

²⁸⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), ETCK 243. madde ile 450. madde arasındaki ilişkiyi ele alırken, işkence ve benzeri kötü muamele yapmak suçunu düzenleyen 243. madde ile "Canavarca bir his veya işkence ve tazip ile adam öldürme"yi düzenleyen 450/3'ün benzer unsurlar taşıdığını ve fakat iki ayrı maddenin iki defa uygulanamayacağını belirtmiş; öldürme kastı olmaksızın işkence yapılmasını 243 kapsamında, öldürmek kasdı var ise 450/3'ün uygulanacağı sonucuna varmıştır. Bu karar ile YCGK, ETCK m. 452/1'de yapılan göndermenin sadece 448. maddeye inhisar ettiği sonucuna varmıştır. Bu sonuca göre, 243/2 gereği 452/1 uygulanacak; 452/1'in 448, 449 ve 450'ye yaptığı gönderme de ise yapılan göndermenin sadece 448 için olduğunu kabul edilip buna göre ceza tayin edilecek ve ceza 243/2'ye göre arttırılacaktır. YCGK kararında da belirtildiği gibi işkence ve benzeri kötü muameleleri yapan failin kasdı mağduru öldürmek ise bu halde nitelikli adam öldürme suçunu düzenleyen ETCK m. 450/3'teki "işkence veya tazip ile adam öldürme" suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. "...450. madde 3. bendi canavarca bir his şevki ile veya işkence ve tazip ile adam öldürme halini düzenlemektedir. "**Canavarca hisle**" adam öldürmekten maksat, sadece öldürmüş olmak için öldürmek öldürülenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek silahının tesirini denemek için öldürmek gibi vahşi duygularla adam öldürmeleri ifade ettiği suçun bu nitelikte olup olmadığını, hadisenin mahiyeti ve işleniş şekline göre hakimnin takdir edeceği,"**İşkence ve tazip**" ile adam öldürmek ise; mağdurun öldürülmesinden evvel, öldürmek kastı ve amacını aşan yani öldürme için zaruri bulunmayan vahşice fiil ve hareketlerdir. Burada, failin öldürme kastından ayrıca işkence ve azap çekirme özel kastının da bulunması gerekir."işkence ve tazip" in 243. maddedekine benzer tarzda ifade olunarak müeyyide altına alındığı görülmektedir. Bir suça aynı unsurları taşıyan iki ayrı maddenin iki defa uygulanması düşünülemez.450. maddenin 4. bendi; öldürme suçunda **taammüd** halini düzenlemektedir. Öğreti ve uygulamada taammüd; failin işlemeyi niyet ettiği bir suçu işlemezden önce soğukkanlılıkla sükunetle düşünüp taşındıktan sonra bu niyetinden vazgeçmeyerek fiili işlemesi, bir başka deyişle suç işleme niyetinde sebat ve ısrarı ifade etmektedir. 243. maddede yazılı işkence, zaten tasarlanmış ve seçilmiş bir eylem biçimidir. İçeriğinde "taammüd" kararlılığı bulunmaktadır. Ancak sanıkların amaçları öldürme olmadığına göre suçun taammüden işlendiği kabul edilemez. TCK.nun 450. maddesinin 5. bendinin olaya uygun düşeceği hususundaki özel daire görüşü de kurulumuzca benimsenmemiştir.Yargıtay'ın kararlılık gösteren içtihatlarından **birden ziyade kimsenin aynı sebep ve kasıt altında öldürülmeleri** halinde bu hükmün uygulanabileceği, bir kişinin ölümü bir diğerinin öldürülmeye teşebbüs edilmesi veya yaralanması halinde ise bu maddenin uygulanamayacağı açıklanmıştır. Kaldı ki yukarıda da belirtildiği gibi sanıkların amacı öldürmek değil mevhum bir suçu ikrar ettirmektir. ... TCK.nun 450/5. maddesi içinde mütalaa etmeye, sanıkların her mağdurun ikrarlarını ayrı ayrı sağlamaktaki kasıtları bakımından olanak yoktur. Bu itibarla sanıkların her maktüle karşı vaki eylemlerinden dolayı müstakil olan tecziyeleri ve haklarında TCK.nun 243/1 2, 452/1 ve 448. maddeleri ile ve her maktül için ayrı ayrı ceza tayini ve cezaların 71 ve müteakip maddeleri uyarınca içtima ettirilmesi icap eder. Zira her mağdura karşı vaki işkenceler birbirinden bağımsızdır. Ve her eylem ayrı bir suçu oluşturmaktadır. Bu eylemler sırasında 3 kişiden biri veya ikisi ölmeyebilirdi. Bu takdirde TCK.nun 456. maddesine gidilecek ve mağdurların işkence sonucunda belirlenen durumlarına göre bu maddenin uygun düşen fıkraları uygulanacaktır. Görülüyor ki, sanıkların her maktüle karşı vaki eylemleri birbirinden müstakildir. ..." Bkz. YCGK, 04.04.1983, E. 1983/8-64, K. 1983/156.

İşkence ve benzeri kötü muamele suçlarının ölüme yol açması halini düzenleyen 243. maddenin 2. fıkrası çokça eleştirilmekteydi. Gerçekten de bir kişiye suçunu söyletmek veya maddede öngörülen başkaca saiklerle vahşiyane hareketlerle mağdura öldürücü ağır darbeler indiren kişinin hareketinin sadece müessir fiile yönelik olduğunu düşünmek ve kastın aşılması kurallarına göre cezalandırmak, kusurluluk ilkeleriyle ve somut gerçeklerle uyuşmamakta; işkence, zalimane, insanlık dışı fiillerle bir kişinin ölümüne neden olma hali herhalde, mala karşı işlenen bazı suçlardaki (örneğin yağma) cezadan bile daha düşük olması hakkaniyet ve adalete aykırı olduğu, vicdanen kabul edilemeyeceği belirtilmekteydi.²⁸⁸ Gerçekten de işkence ve benzeri kötü muameleler ölümlerle sonuçlanması halinde ETCK 452. maddeye atıf yapan düzenlemenin yetersizliği açıktı. YTCK ile, işkence neticesi ölüm meydana gelmesi halinde insan yaşamının ucuz olmadığını gösteren ağırlaşmış müebbet hapis cezası yaptırımını öngören düzenleme yapılması yerinde ve isabetli bir düzenleme olmuştur.

VIII - İŞKENCE SUÇUNUN KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

A - Kovuşturma Usulü

Kural olarak, suçun ortaya çıkmasından hüküm kararı verilinceye kadar sanık hakkındaki işlemler adli makamlarca yapılır. Ancak, memurlar tarafından işlenen suçlar (mahsus / özgül suç) söz konusu olduğunda “*kamu hizmetinde aksamalara ve devlet otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabileceği*” gerekçesiyle²⁸⁹ bu kurala Anayasanın 129/son. maddesi gereği istisnalar konulmuştur.

Yukarıda belirttiğimiz gibi işkence suçu YTCK ve ETCK’da ancak memurların işleyebileceği mahsus bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle işkence suçunun kovuşturması 4483 sayılı “*Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” ile yakından ilgilidir.

²⁸⁸ ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s. 236

²⁸⁹ 4483 Sayı ve 02.12.1999 tarihli “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Genel Gereğesi”. Aktaran: ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s.248 Dipnot:529

4483 Sayılı Kanunun amacı “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir” (m. 1). **Kural olarak, suç** işleyen memurlar için hazırlık soruşturması yapılabilmesi için de 4483 sayılı kanuna göre yetkili makamın “soruşturma izni” vermesi gerekir.²⁹⁰

Kanuna göre (m. 3) soruşturma izni vermeye yetkili merciler, ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam, ilde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ise vali yetkilidir. Yetkili mercilerin saptanmasında, memur veya kamu görevlisinin suç tarihindeki görevi esas alınmalıdır.

Ancak her durumda soruşturma izni verilmesi gerektiği gibi bir mutlaklık söz konusu değildir. “**Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali**” genel hükümlere tabi olup bu suçlar işlendiğinde soruşturma iznine ihtiyaç yoktur (4483 Sayılı Kanun m. 2/3). İşkence uygulayan memur suçüstü yakalandığı takdirde hakkında soruşturma izni alınmaksızın derhal soruşturma açılacaktır.

Ayrıca eski usul kanunu olan CMUK m. 154/3 gereği “*Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliyeye müteallik vazife veya işlerde suiistimal veyahut ihmal ve terahileri görülen Devlet memurları ile Cumhuriyet Müddeiumumiliğinin şifahi veya yazılı talep ve emirlerini yapmakta suiistimal veya terahileri görülen zabıta amir ve memurları hakkında Müddeiumumilikçe doğrudan doğruya takibatta bulunulur.*” Buradaki ölçüt yapılan iş veya görevin **adliyeye ilişkin** (müteallik) olmasıdır. Adliyeye ilişkin bir görev veya iş yerine getirilirken suç işlenmesi halinde, savcılıkça re’sen takibat yapılacak ve soruşturma iznine gerek duyulmayacaktır.²⁹¹ “*Ancak zabıta amirleri hakkında hakimlerin vazifelerinden dolayı tabi oldukları muhakeme usulü tatbik olunur.*” (CMUK m. 154/4)

Hakimler ve savcılar hakkındaki kovuşturma işlemlerinde ise 1983 tarihli 2802 sayılı “*Hakimler ve Savcılar Kanunu*” uygulanmaktadır. Bu kanunun 82. maddesine göre hakim ve savcılarının görev sırasında veya görevlerinden dolayı

²⁹⁰ 4483 sayılı Kanunun aksayan yanları ve eleştiriler için bkz: ÖZENSOY, **Kamu Görevlilerinin Yargılanması ve Yeni Türk Ceza Kanunu Endeksi**, s.115-128

²⁹¹ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, **Ceza Özel (2000)**, s. 543; ÜZÜLMEZ, **İşkence Cürmü**, s. 248

işledikleri suçlar nedeniyle haklarında soruşturma açılabilmesi için Adalet Bakanlığının izni gerekir. CMK m.161/5 gereği zabıta amiri, savcı veya hakim olması halinde Adalet Bakanının izni gerekecektir.²⁹² Kolluğu oluşturan diğer unsur olan jandarma olduğu takdirde, işkence suçunu işleyen jandarma adliyeye ilişkin bir suç nedeni ile işkence suçunu işlemesi halinde (CMK m.161/5 gereği) savcılıkça re'sen takibat yapılacaktır. Jandarmanın amiri tarafından işlenmesi halinde ise 1983 tarihli 2803 sayılı “*Jandarma Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun*”un m. 15/e'nin CMK m.161/5 ve Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. maddesine yapılan atıf gereği aynı şekilde Adalet Bakanlığının soruşturma izni vermesi gerekir.

ETCK bakımından işkence suçu bir memur suçu olduğundan, önceleri 4483 sayılı “*Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanunu*”na göre alınması gereken soruşturma izni Avrupa Birliği uyum kanunları çerçevesinde 2003 yılında 4778 sayılı kanun ile işkence ve kötü muamele 4483 sayılı kanunun kapsamı dışında bırakılarak doğrudan Cumhuriyet savcılığı'na hazırlık soruşturması başlatılma imkanı sağlamıştır. “AB 4. uyum paketi” olarak adlandırılan ve 2.1.2003 tarihinde kabul edilen “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*”un 33. maddesine göre:”... 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 2 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”

Aslında ETCK'daki işkence suçu sırf adli görev yapan memurlarla sınırlı olmasından dolayı 4483 zaten uygulanmaması gerekirdi. Ayrı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olmamasına karşılık, uygulamada yaşanan aksaklıklar nedeniyle, işkence olaylarında 4483 sayılı kanunun uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.²⁹³

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren YTCK bakımından da 4778 sayılı kanun geçerli olup YTCK m.94'teki işkence suçu için 4483 sayılı kanun uygulanmayacaktır. Çünkü 5252 sayılı “*Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*” un 3. maddesi 1. fıkraya göre “*Mevzuatta,*

²⁹² ÜZÜLMEZ, *İşkence Cürmü*, s. 249

²⁹³ METİN, Ayhan. “Türkiye’de Memurların Soruşturulması ve Yargılanması Rejimi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003 s.81

yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanunu'na yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.” denilmekle, işkence suçunu da 4483 sayılı kanun kapsamından çıkararak 4778 sayılı kanun hükmü aynen geçerlidir.

Türk Ceza Hukuku'ndaki reformlar ve AB'ye uyum süreci²⁹⁴ kapsamında Hükümetler de Anayasa ve Uluslararası Sözleşmelerdeki yükümlülüklerle²⁹⁵ uygun olarak çeşitli tedbirler almaktadır. Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı, yayımladığı bir genelgede işkencenin etkili olarak soruşturulması için, Uluslararası Sözleşmeler, İlgili kanun hükümleri ve AİHM kararlarının dikkate alınmasını, bu konudaki soruşturmaların kolluk kuvvetlerine bırakılmayarak bizzat Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği Savcı tarafından yürütülmesini talep etmesi önemlidir.²⁹⁶ Ayrıca 9 Nisan 2002 Tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*”un²⁹⁷ 3. maddesi Devlet Memurları Kanunu'na (DMK) yapılan ekleme ile AİHM tarafından verilen işkence ve benzeri muameleler ile ilgili kararlardan dolayı kamu görevlilerine rücu hakkı düzenlenmiştir. DMK m. 13. genel olarak, kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı kamu görevlisi (personel) aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açılabileceğini, kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğunu belirtmektedir. AB'ye uyum kapsamında çıkarılan 4748 sayılı yasanın 3. maddesine göre “*14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. İşkence ya da zalimane, gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen*

²⁹⁴ İÇEL, Kayıhan. “Kopenhag Kriterleri Bağlamında Türk Ceza Hukuku”. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anayargi/icel.pdf> (16.11.2006)

²⁹⁵ Türk Hükümeti'nin aldığı tedbirler hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 09.06.1999 tarihli ve *Interim Res DH (1999)434* sayılı kararı, 10.07.2002 tarihli ve *Interim Res DH (2002) 98* sayılı kararı ve 07.06.2005 tarihli ve *Interim Res DH (2005) 43* sayılı ara kararı. Bkz. KALELİ, Serruh. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile ilgili Olarak Verdiği Kararların Genel Değerlendirmesi” <http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/kitap/kaleli.pdf> (9 Nolu dipnot), (16.11.2006)

²⁹⁶ 01.01.2006 tarih ve 8 Nolu “İşkence Ve Kötü Muamele İddialarına İlişkin Olarak Yapılan Soruşturmalar Hakkında Genelge”. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/26664.html> (15.5.2006)

²⁹⁷ Bkz: 26.3.2002 tarihinde kabul edilen, 9 Nisan 2002 Tarihli 24721 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 4748 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Yapılmasına İlişkin Kanun”

tazminatlarından dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” Bu düzenlemeyle işkence ve kötü muamele ile daha etkin mücadele amaçlanmıştır. Bu yasanın, devletin ödediği tazminat nedeniyle işkence faillerine rücu edebilmesi düzenlemesinin, işkence suçu ile pratikteki kovuşturma uygulamaları nedeniyle beklenen sonuçları doğurmayacak nitelikte olduğu iddia edilse de²⁹⁸ böyle bir maddenin eklenmiş olmasının, kamu görevlileri üzerinde etkili olacağı tartışmasızdır.²⁹⁹

Bu sonuçla işkence suçlarının soruşturması, doğrudan yetkili Cumhuriyet Savcılığı tarafından başlatılacak ve yürütülecektir. CMK m.161/5'e göre: *“Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü³⁰⁰ uygulanır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre kolluk görevlileri bakımından durum aynıdır. Bir değişiklik ile son anda³⁰¹, *“en üst dereceli kolluk amirleri”* açısından istisna getirilmiştir. Bu “en üst derece”yi dikkate aldığımızda savcının doğrudan dava soruşturma açamayacağı kolluk amiri sayısı dört taneyle sınırlanmış olmaktadır. Bunlar, Emniyet Genel Müdürü, Gümrük Muhafaza Müsteşarı, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanıdır.

Adliye ile ilgili görevler dışında kalan ve adliyeyle ilgili olmayan işleri yürüten diğer tüm kamu görevlileri açısından, CMK m.161/5 söz konusu olmayacağından, işkence suçunu işleyen ve adli görevle ilgisi olmayan kamu görevlileri için 4483 sayılı kanun uygulanacaktır.

²⁹⁸ ÖZEN, Muharrem. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenleme ve Uygulamadaki Sorunlar”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı – Sempozyum**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004 s.154

²⁹⁹ **İşkencenin Doğru ve Etkin Belgelenmesi İçin Rehber**, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara 2004 s.46-47

³⁰⁰ Vurgulu ifadeler 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı kanun ile eklenmiştir.

³⁰¹ ÖNOK, s.518

Hakimler ve Savcılar bakımından ise bir değişiklik söz konusu değildir. Hakimler ve savcıların bu suç u işleme si halinde, 2802 sayılı “*Hakimler ve Savcılar Kanunu*” uygulanacak ve bu kanunun 82. maddesine göre hakim ve savcıların “görev sırasında veya görevlerinden dolayı” işledikleri suç olduğunda haklarında soruşturma açılabilmesi için Adalet Bakanlığı’nın izni gereklidir.

B – Yaptırım

YTCK’da işkence suçunun basit halinin yaptırımını üç yıldan on iki yıla kadar hapis olarak öngörölmüştür. YTCK 94. maddenin ikinci fıkrasındaki nitelikli unsurların varlığı halinde verilecek ceza sekiz yıldan on beş kıla kadar; fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleştirilmesi halinde on yıldan on beş yıla kadar hapis verileceğini öngörmüştür. Netice sebebiyle ağırlaşmış işkence hallerinde ise, YTCK 95. maddenin 1. fıkrasında belirtilen durumlarda faile verilecek ceza yarı oranında ve 2. fıkrada belirtilen durumlarda ise bir kat artırılır. 95.maddenin 3. fıkrasındaki kemik kırılması, hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, sekiz yıldan on beş yıla kadar; son fıkrada belirtilen işkence sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir.

SONUÇ

İşkence, bir olgu olarak insanlık tarihiyle birlikte var olagelen, kimi zaman siyasi bir baskı aracı olarak karşıtları cezalandırma ve sindirme için, kimi zaman da hukuki bir araç olarak (Engizisyon Sistemindeki gibi) bir soruşturma usulü veya cezalandırma yöntemi olarak kullanılmıştır.

İşkence kavramının ortak bir tanımı bulunmamakta ise de “BM İşkenceye Karşı Sözleşme” de nazara alındığında işkence suçunda üç temel özellik göze çarpmaktadır: (1) Fiziksel veya ruhsal ağır acı ve ıstırap, (2) Suçu işleyen ya da işlenmesine katkısı olan (doğrudan veya dolaylı olarak) kamu gücünü kullanan birisinin varlığı ve (3) Bilgi almak, cezalandırmak, korkutmak gibi bir özel bir amaçla işlenmesi.

İşkence kavramı, kamu görevlileri tarafından, insan onuruna aykırı bir biçimde, genellikle de bir yargılama faaliyeti çerçevesinde, suç isnat edilen kişinin (şüpheli veya sanığın) itiraf etmesini sağlamak ve iradesini etkilemek amacıyla yapılan maddi ve manevi baskıları, ağır bedensel, ruhsal veya zihinsel acı veya ızdırap veren hareketleri ifade eder.

BM İşkenceye Karşı Sözleşme’deki tanıma göre işkencenin öğelerini sıralayarak şöyle bir tanım yapmak mümkündür: Bir kişinin, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bunun kışkırtması yada onayı ile, çeşitli amaçlarla, kasıtlı olarak, fiziksel veya ruhsal düzeyde etkili, ağır acı ya da ızdırap veren bir eylemdir.

İşkence suçu insan hakları sorunun bir parçası olarak uluslararası insan hakları Sözleşmeleri ile önlenmeye çalışılmış ve taraf devletlere yükümlülükler (bir kimsenin işkence görmesi olasılığının bulunduğu bir ülkeye geri gönderilmesi ya da sınır dışı edilmesi yasağı; işkence ve benzeri kötü muameleleri yapmama ve önleme yükümlülüğü; adli işlemlerde işkence altında alınan ifadelerin geçersiz sayılması gibi) getirilmiştir.

İşkence, Aydınlanma Dönemi ve ardından yaşanan Fransız ve Amerikan devrimlerinin şekillendirdiği anayasalar ile temel hak ve özgürlüklerde büyük adımlar atılmış, 1899 - 1907 Hauge konferansları ile İşkence yasağı uluslararası boyut kazanmaya başlamış, 20. yüzyılda özellikle 1930-1945 yılları arasında, Nazi

ve Faşist iktidarlar döneminde yoğun olarak işkence ve benzeri eylemler yaşanmış; 2. Dünya Savaşı'ndan sonra savaşın insanlığa getirdiği acılar ve yıkıntılar üzerine kurulan Birleşmiş Milletler öncülüğünde 1948 yılında “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” yayınlanmış, ardından hem BM bünyesinde hem de bölgesel çapta temel hak ve özgürlüklerle ilgili çok sayıda sözleşme ve bildirme hazırlanmış ve yürürlüğe konmuş, çoğunda işkence yasağı temel bir ilke olarak yer almıştır. Türkiye Cumhuriyeti bu Sözleşmelerin çoğuna taraf olup, Anayasası'nın 90. maddesine göre bu Sözleşmeler kanun hükmündedir. Yakın tarihte yapılan Anayasa değişikliği ile İnsan hakları ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstün olduğu belirtilmiştir.

İşkence tarihsel gelişim açısından, kimi zaman fiili, kimi zamanda kanuni olarak uygulanmıştır. Batı'da 18. yüzyıldan itibaren işkence yasaklanmaya başlamıştır.

Türk hukuk tarihi bakımından işkence, İslami hukuk açısından yasaklanmış olmakla beraber uygulanmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nda Tazminat Döneminden sonra 1848 tarihli “Eyalet Meclisleri Talimatnamesi” ile işkence açıkça yasaklanmıştır. Islahat Fermanı sonrası 1858 (1274) Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 103. maddesi zanlılara suçlarını söyletmek için işkence yapılmasını suç olarak düzenlemiştir. Bu kanun hükmü, Cumhuriyetin kurulmasından sonra (Kaynak 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nda işkence suçu yer almadığından) 1926'da yürürlüğe giren 765 sayılı TCK'nın 243. maddesine de kaynaklık etmiştir.

Osmanlı'nın ilk Anayasası olma niteliğindeki I. Meşrutiyet döneminin başlangıcı olan 1876 Anayasa'sının 26. Maddesi'nde işkence yasaklanmıştır. Türkiye Cumhuriyetinin 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında işkence yasaklanmıştır.

YTCK 94 ve 95. maddeleri işkence suçu ile ilgilidir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK) 1 Haziran 2005 itibariyle yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen fail lehine hükümler içerdiğinden her iki kanunu birlikte değerlendirmek gereklidir. Lehe kanun uygulaması bakımından suçun hem basit hali, hem de nitelikli hali bakımından YTCK sanık aleyhinedir.

ETCK'nın işkence suçunu düzenleyen 243. maddesinin kapsamı dar olduğundan 1999 yılında 4449 sayılı kanunla değişiklikler yapılmıştır.

Yeni bir Ceza Kanunu oluşturmak amacıyla hazırlanan tasarılar da işkence suçu farklı anlayışlarla düzenlenmiş, örneğin 1997 ve 2000 Tasarılarında işkence suçu, herkesin işleyebileceği genel bir suç olarak öngörülmüştür.

1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı kanun Türk Ceza Kanunu'nun 94 ve 95. maddelerinde işkence suçunu düzenlemiştir. Yeni kanunda işkence suçunun tanımı yapılmış, nitelikli işkence ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence halleri detaylı olarak kanunda yer almıştır. Korunan hukuki yararlar, kişinin bedensel bütünlüğü, manevi bütünlük, irade ve ifade özgürlüğü, adliye ve kamu idaresine güvenilirliktir.

YTCK'da işkence suçu dışında, kanunda belirli durumlarda işkence fiilleri insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçunu oluşturabilir. İşkence suçu ile YTCK'da yeni bir suç tipi olan eziyet suçu birbirine çok benzemekte, işkence suçu sadece kamu görevlilerinin işleyebileceği özgü bir suç olmasından dolayı fail yönünden ayrılmaktadır.

Hem ETCK hem de YTCK'da işkence suçu özgü bir suç olarak düzenlenmiştir. ETCK'da işkence suçunun faili sadece soruşturma yürütmekle ilgili memurlar iken YTCK'ya göre fail olmak için kamu görevlisi olmak yeterlidir. Ancak sırf kamu görevlisi olmak yeterli olmayıp, failin işlediği suç ile kamu görevi arasında bir illiyet bağı olması gerekir. Failin kamu görevlisi olması BM İşkenceye Karşı Sözleşme hükümlerine uygun düşmektedir. YTCK'da işkence suçuna iştirak eden kamu görevlisi olmayan kişilerin de aynı şekilde cezalandırılacağı belirtilmiştir.

YTCK'daki işkence suçunun tipe uygun eylemi, davranışın bir kamu görevlisi tarafından icra edilerek, insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışla mağdurun bedensel ve ruhsal acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açmasıdır. İşkence suçu seçimlik hareketli bir suç olup, hem icrai hem de ihmali hareketlerle işlenmesi mümkündür.

İşkence suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Hem uluslararası Sözleşmeler hem de TC Anayasasında işkence istisnasız olarak yasaklanmıştır.

YTCK'da işkence suçunun oluşması için genel kast yeterlidir. Failin belirli bir saikle hareket etmiş olması şart değildir.

İşkence suçuna teşebbüs mümkün olmakla birlikte, YTCK açısından bir netice suçu olduğunu dikkate aldığımızda, maddi neticenin ortaya çıkması zorunlu olmayıp, insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışla mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açacak hareketin yapılması ile suç tamamlanmış olur.

YTCK m.94'te “zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” kavramları yer almamıştır. Bununla birlikte işkence tanımında vurgulanan “bedensel veya ruhsal yönden acı çekme”, “algılama veya irade yeteneğini etkileme” ve “aşağılama” seçimlik hareketleri bu kavramları kapsamaktadır.

YTCK'da işkence suçunun teknik-dar anlamdaki işkence suçunu aşmasına ve uluslararası sözleşmelerle uyumlu olarak düzenlenmesine rağmen, suçta bir ağırlık ölçütünün olmaması, benzer bazı suçlarla (özellikle m.86/c,d, 96 ve 256) karıştırılmasının mümkün olması, uygulamada kanun koyucunun arzu ettiği sonuçların tam tersinin doğurması sakıncasını taşımaktadır. Ayrıca işkencenin cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde verilecek ceza orantısızdır.

Sonuç olarak, YTCK'da işkence suçuna ilişkin hüküm tesis edilirken –kanun tasarısının aksine- genel suç yerine özgü suç olarak düzenlenmiş olması ve failin sadece kamu görevlisi olabilmesi, suçun tanımının yapılmış olması, ağırlaşmış neticelerinin ayrıntılı olarak belirtilmesi isabetli bir düzenleme olmuştur. İşkence fiillerinde belli bir ağırlık ölçütünün yer almamış olması ve geniş uygulama alanı bulabilmesi, özellikle eziyet suçu ve kamu görevlisinin işlediği kasten yaralama suçu ile karıştırılması mümkündür. Ülkemiz yargı uygulamalarını da dikkate aldığımızda işkence suçu yerine eziyet veya kasten yaralamadan hüküm kurulması yoluna gidilmesi ihtimali vardır. Şüphesiz böyle bir sonucun gerçekleşmesi, kanun koyucunun iradesinin tersine bir netice verecek ve Türkiye'de insan “haklarına saygılı devlet anlayışı”nı yaralamış olacaktır.

KAYNAKÇA

Adalet Komisyonu Raporu, (Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu 11.8.1999 Esas No. : 1/441 Karar No: 8 kararı) (www.tbmm.gov.tr)

ADAY, Nejat. **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yay. İstanbul 1997

Adil Yargılanma Hakkı, Uluslararası Af Örgütü, Çev: Fadıl Ahmet Tamer – Erol Kaplan, 1. Baskı, İletişim Yay. İstanbul 2000

AKÇAM Taner, **Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence**, İletişim Yay, 2. Baskı, İstanbul, 1995.

AKGÜNDÜZ, Ahmet. **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasa'sı**, 2. Baskı, İstanbul 1989

AKGÜNDÜZ, Ahmet. **İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi**, 2. Baskı, Timaş Yay. İstanbul 1993

AKILLIOĞLU, Tekin. “İşkencenin, insanlık dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.10-11, Yıl:1988-1989

AKILLIOĞLU, Tekin. “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 1992 s. 47-52

AKIN, İlhan F. **Kamu Hukuku**, 6. Bası, Beta Yay. İstanbul 1993

AKSAR, Yusuf. “Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu” <http://www.usak.org.uk/junction.asp?docID=38&ln=TR> (17.11.2006)

AKTI Haluk, **Yasak Sorgu Yöntemleri ve Hukuk Açısından Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994

Amnesty International, “Take A Step To Stamp Out Torture”, <http://web.amnesty.org/library/index/engACT400132000> (12.10.2006)

Ana Britannica, C.12 Ana Yayıncılık ve Sanat Ürünleri Pazarlama A.Ş. İstanbul 1988

ANAR, Erol. **İnsan Hakları**, Özgür Üniversite Kitaplığı, Ankara 1996

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. http://www.anayasa.gov.tr/general/karar_bilgibank.asp (17.9.2006)

ANIL, Yaşar Şahin. **Osmanlı'da Kadılık**, Cep Üniversitesi - İletişim Yayınları, İstanbul 1993

ARMAĞAN, Servet. **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. Ankara 1992

ARSLAN, Zühtü. “Güvenlik ve İnsan Hakları Arasındaki Kırılgan Denge”, **Güvenlik Sektöründe Demokratik Açılımlar: Türkiye ve Avrupa Güvenlik Sektörü Yönetişimi** –Uluslararası Konferans, www.tesev.org.tr/etkinlik/conf_3feb_zarслан.doc - (16.9.2006)

ARTUK, Emin – GÖKÇEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Caner. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yay. Ankara 2000 (“ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Özel (2000)”)

ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. bası, 2006 s.128 Turhan Kitabevi, İstanbul (“ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Özel (2006)”)

ARTUK, M. Emin, “Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı”, **Argumentum**, Eylül 1990, S..2 sh. 1 vd. (“ARTUK, Soruşturmacının”)

ASLAN, Muzaffer Yasin. **Savaş Suçları – Teoride ve Uygulamada**. Bilge Yayınevi Ankara 2006

AYDIN, Hakkı. **İslam ve Modern Hukukta İşkence**, Beyan Yay, İstanbul 1997.

AYDIN, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, Hars Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 2005

AYTEKİN, Asuman. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000

AZARKAN, Ezeli. **Nüremberg’ten Lahey’e: Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, Beta Yayınları, 2003

BAĞDATLI, Selahattin. **Hukuk Sözlüğü**, Derin Yayınları, İstanbul 2002

BALCI, Muharrem - SÖNMEZ, Gülden. **Temel Belgelerde İnsan Hakları**, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı, Danışman Yay. İstanbul 2001

BALKIZ, Neval Oğan. “Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Yarattığı sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi – Öneriler-“, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2001-4 s.97-110

BAŞER, Mert – YENİDÜNYA, Caner. “Türk Ceza ve Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu: “İşkence Ve Kötü Muamele Yapmak Suçu”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 61, Ekim 1996 s.23-53

BAŞGİL, Ali Fuat. **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1940

BAŞLANGIÇ, Celal. “İşkenceci Cenneti”, **Radikal Gazetesi**, 1 Mart 2000 s.9

BATUM, Süheyl. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, Doçentlik Tezi, İstanbul 1990

BAYRAKTAR, Köksal, “İşkenceyi Önleme Yolları”, **Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul 1998, sh.185 vd.

BECCARİA, Marki Cesare, **Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi**, Çev. Muhiddin Göklü, İnkılap ve Aka Kitabevleri, 3. Baskı İstanbul 1964

BIÇAKÇI, Vahit. “Sağlam Delil, İyi Karar”, **Radikal Gazetesi**, 26.12.2000 s.9

BİLGE, Suat. “İnsan Hakları ve Türkiye”, **Ankara Barosu Dergisi**, Mart 1989 Yıl:46 Sayı:2

BOUCHET – SAULNIER Françoise. **İnsancıl Hukuk Sözlüğü**, Çev: Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2002

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.6, 10 Gelişim Yay. İstanbul 1986

ÇAKIR, Mustafa. “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukunda Uygulanması ve Yargısal Denetimi”, **Prof.Dr. Vecdi Aral’a Armağan**, KÜHF Yay. Kocaeli 2001 s. 87-96

ÇEÇEN, Anıl. **İnsan Hakları**, 3. Basım, Gündoğan Yay. İstanbul 2000

ÇELEN, Orhan. **Askeri Ceza Kanunu** - En son içtihatlı, notlu, açıklamalı, ek ve örnekli. Ankara 2001 s.521-522

ÇOR, Yaşar. “**Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence**”, Yüksek Lisans Tezi. Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Akademisi, 2005

DARENDE, M. İhsan. “Yeni TCK'da İştirak”. <http://www.bakale.com/forum/viewtopic.php?t=109&sid=463131dc41c2f13621063fd7501d6506> (12.11.2006)

DARENDE, M. İhsan. “Yeni TCK'da Suç İşlemeye Teşebbüs.” <http://www.bakale.com/forum/viewtopic.php?t=102&sid=463131dc41c2f13621063fd7501d6506> (12.11.2006)

DEMİRBAŞ, Timur. **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yay. Ankara 1992

DEMİRBAŞ, Timur. “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, **Av. Dr. Faruk Erem’e Armağan**, TBB Yay. Ankara 1999

DEMİRBAŞ, Timur. “1998 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Cumhuriyet Özel Sayısı, Yıl:4 Sayı:1998/23-24 s.3947-3955

DOĞAN, D. Mehmet, **Büyük Türkçe Sözlük**, Pınar Yayınları, 19. baskı, 2005 İstanbul

DOĞAN, İzzettin. “İnsan Haklarının Uluslararası Himayesi”, **Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul 1979 s.259-282

DOĞAN, Y. Hakkı. **Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma**, Kazancı Yay. İstanbul 1994

DOĞRU, Osman, Editör, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C. 1, 2**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 1998

DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Avrupa İchtihatları**, Beta Yay. İstanbul 1997

DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)** İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999

DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yay. İstanbul 1998

DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C. 3**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 2000

DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, Beta Yay. İstanbul 1998

DONAY, Süheyl. **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yay. İstanbul 2007

DONNELLY, Jack. **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev: Mustafa Erdoğan – Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995

DORFMAN, Ariel. “İşkence kabul edilemez mi?” *Radikal* 12.5.2004. http://www.radikal.com.tr/veriler/2004/05/12/haber_116135.php (12.7.2007)

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt:II, 10. Bası, Beta Yay. İstanbul 1994

DÖNMEZER, Sulhi. “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998

ENSAROĞLU, Yılmaz. **İnsan Hakları – Tamamlanmamış Bir Değer**, Şehir Yayınları, İstanbul 2001

ERDAL, Meryem. **İşkencenin Cezasızlığı Sorunu – Soruşturma ve dava Örnekleriyle**, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara 2006

ERDİNÇ, Tahsin. **Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlükleri Alanında Görülen Sapmalar**, Güven Kitabevi, İstanbul 2002

ERDOĞMUŞ, Belgin. **Roma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992

EREM Faruk, İşkence, **TBB Dergisi**. 1988, S.2 s.197-207

EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, C.II Seçkin Yay. Ankara 1993

ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin. **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1992

ERMUMCU, Osman. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri” <http://www.adalet.org/ybekran.php?idno=4422&id=5944&icerik=makale> (12.11.2006)

ERTUĞRUL, Metin. “İşkence ve Ötesi, Özgürlüğün Bedeli”, **Yargıtay Dergisi**, Ekim – 1975, sayı 4

ERYILMAZ, Bedri. “Bir Adım İleri, İki Adım Geri” http://www.polisgazetesi.com/haber_oku.asp?haber=145 (02.0902007)

FİNCANCI, Şebnem Korur. “İstanbul Protokolü”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı – Sempozyum**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004 s.160-164

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, Kavram Yay. İstanbul 1993

GEMALMAZ, Mehmet Semih. “İşkence Karşısında Ulusal Yargı Açmazı” **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Ankara, Mayıs 1988, C.XII, S:95 s.8-10

GEMALMAZ, Mehmet Semih. “İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesinin Açıkladığı Türkiye Raporu (15 Aralık 1992) ve Çıkarılması Gereken Dersler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1993/1, Yıl:50 s. 89-112

GEMALMAZ, Mehmet Semih. “İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesinin Etkinlikleri (Kasım 1989 – Aralık 1990)”, **Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 1992 s.87-98

GEMALMAZ, Mehmet Semih. “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C.14 Yıl:1992 Ankara s.65-107

GEMALMAZ, Mehmet Semih. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yay. Ankara 2006

GEMALMAZ, Mehmet Semih. **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 2002

GİFFARD, Camile. **İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı**, Çev: Orhan Kemal Cengiz, Essex Üniversitesi, İnsan Hakları Merkezi Yayını, İzmir 2001

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz – GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002

GÖZÜBÜYÜK, Dr. İur Abdullah Pulat. **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C.III Sevinç Matbaası, Ankara 1970

GÜLTAŞ, Veysel. **İnsan Hakları Odağında İşkence**, Bilge Yayınevi, Ankara 2005

GÜLTAŞ, Veysel. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu ve Özel kanunlardaki Ağır Cezalık Suçlar – Açıklamalı, içtihatlı ve ekler**, Ankara 1998

GÜNEY, Niyazi- ÖZDEMİR, Kenan- BALO, Yusuf S. **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara 2004

HAKERİ, Hakan. **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yay., Ankara 2003

HANOĞLU, İsmail – KIRLANGIÇ, Kemal – BİLGİÇ, Kemal – DEMİRBAŞ, Timur – ÖZCAN, Bahattin. **Yeni Ceza Kanunu (2000 Tasarısı) İnceleme Raporu**, (http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/20012_05.htm).

HANÇERLİOĞLU, Orhan. **İslam İnançları Sözlüğü**, Remzi Kitabevi, 1. Bası, İstanbul 1984

HATEMİ, Hüseyin. **İslam Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994

İŞİK Canan, **Uluslararası Yargı Kararlarında İşkence Sorunu**, M.Ü., Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 1996

İÇEL, Kayıhan – DONAY, Süheyl. **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, Genel Kısım 1, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993

İÇEL, Kayıhan- SOKULLU-AKINCI, Füsun - ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem – MAHMUTOĞLU, Fatih Selami – ÜNVER, Yener, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, 2. Bası, Beta Yay. İstanbul 2000

İÇEL, Kayıhan- SOKULLU-AKINCI, Füsun - ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem – MAHMUTOĞLU, Fatih Selami – ÜNVER, Yener, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, Beta Yay. İstanbul 2000

İÇEL, Kayıhan. “Kopenhag Kriterleri Bağlamında Türk Ceza Hukuku.”
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anayargi/icel.pdf> (16.11.2006)

İNAL, Nihat. **Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2003

İNCEOĞLU, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yay., İstanbul 2002

İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C. 1, Ed: Osman DOĞRU, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 1998

İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulunun Çalışmaları – II, Ankara 1998

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.23 İstanbul 2001

İslam Ansiklopedisi, C.5/2 Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1968

İstanbul Protokolü - İşkence Ve Diğer Zalimane, insanlık dışı, Aşağılayıcı Muamele Veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması Ve Belgelendirilmesi İçin El Klavuzu, TİHV Yay. İstanbul 2001 <http://www.tihv.org.tr>

İşkence Mağdurları İçin Adalet, İşkencecilerin Cezasızlığına Son, Uluslararası Af Örgütü, İstanbul 2002

İşkencenin Doğru ve Etkin Belgelenmesi İçin Rehber, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara 2004

KABOĞLU, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku**, 3. Baskı, Afa Yay. İstanbul 1993

KALELİ, Serruh. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye ile ilgili Olarak Verdiği Kararların Genel Değerlendirmesi” <http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/kitap/kaleli.pdf> (16.11.2006)

KARAKUŞ, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşıoylarında Türkiye**, İstanbul Barosu Yay. İstanbul 2001

KARADAĞ, Ercan. **Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil Yasakları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996

KARATAŞ, Hüseyin. **Ceza muhakemesi Hukukunda Sanığın Sorgusu ve İşkence Yasağı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000

KAYANÇİÇEK, Murat. “Suça Teşebbüs”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc> (29.06.2007)

KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde Yasak Deliller**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996

KESKİN, Serap. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Alfa Yayınları, İstanbul 1997

KOÇAOĞLU, S.Sinan. Evrensel Yetki, TBB Dergisi S. 60 Eylül- Ekim 2005, s. 189-213

KORKUSUZ, M. Refik. **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul 1998

Kur’an-ı Kerim ve Açıklamalı Meali, Türkiye Diyanet Vakfı Yay. Ankara 1997

Lawyers Committee For Human Rights, **Reformun Önündeki Engeller – Türkiye’de İstisnai Mahkemeler, Polisin Dokunulmazlığı ve İnsan Hakları Savunucularına Yönelik Baskılar**, Çev: Şen Süer, Belge Yay. İstanbul 1999

MAHMUTOĞLU, Fatih S. – TALAS, Serdar. “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, **İstanbul Barosu Dergisi Ceza Hukuku -Özel Sayı-**, Ocak 2007, s.13-38

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami – ÜNVER, Yener. “Kanununu Bilmemek Mazeret Sayılmaz” Hakkında. **İstanbul Barosu Dergisi**, C.72, Sayı:4-5-6, 1998

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami. “İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku” **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami. **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, İstanbul 1994

MAHMUTOĞLU, Fatih S. “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu” **İÜHF C.LXIII Sayı 1-2 2005 s.57-112**

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami. “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, **Türk Ceza Kanunu Reformu II - TBB Makaleler, Görüşler, Raporlar (İçinde)**. 2004 s.372

MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut. **Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu**, C.I, Adil Yay. Ankara (t.y.)

MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu**, C.2, Adil Yay. Ankara 1996

MALKOÇ, İsmail. **Son Değişikliklerle Açıklamalı içtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001

MATHIEU, Jean – Luc. **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, İletişim Yay. İstanbul 1994

MELEMŞE, Selami. **Doğru Yargılanma Hakkı**, İstanbul 1998

METİN, Ayhan. “Türkiye’de Memurların Soruşturulması ve Yargılanması Rejimi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2003

METİN, İsmail – ERASLAN, Fetullah. **Türkiye’de Polis ve Kişi Hakları**, 2. Bası, İletişim Yay. İstanbul 1994

Meydan Larousse, Büyük Lugat ve Ansiklopedi, C.6 ve 10 Sabah Gazetesi Armağanı (t.y.)

MONTAİGNE, **Denemeler**, Çev: Sabahattin Eyüboğlu, Cem Yayınevi, 30. Basım, İstanbul 1999

NUHOĞLU, Ayşe. “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1998

OTACI, Cengiz, “Türk Ceza Hukukunda İştirak”, **İstanbul Barosu Dergisi Ceza Hukuku -Özel Sayı-**, Ocak 2007, s.77-110

- ÖNDER Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul 1994
- ÖNDER, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.I Beta Yay. İstanbul 1991
- ÖNDER, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II, III, Beta Yay. İstanbul 1991
- ÖNDER, Orhan. **Birleşmiş Milletler Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Bilge Yayınevi, Ankara 2006
- ÖNOK, R. Murat. **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay. Ankara 2006
- ÖZALP, Ahmet., ‘İşkence’ maddesi, **İslam Ansiklopedisi**, http://www.kuranikerim.com/islam_ansiklopedisi/I2/iskence.htm (05.04.2005)
- ÖZCAN, Hüseyin. **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 6. Bası, Seçkin Yay. Ankara 1985
- ÖZENSOY, Talat Rasim. **Kamu Görevlilerinin Yargılanması ve Yeni Türk Ceza Kanunu Endeksi**, İzden Yay. İzmir 2006
- ÖZGEN Eralp, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması“, **TBB Dergisi**. 1988, S.2
- ÖZGENÇ, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay. Ankara 2006
- ÖZGENÇ, İzzet. **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 2. Bası, Sebat Yayınları, İstanbul 1998
- ÖZGÜREL, Avni. “Osmanlı’da Cezalandırma“, **Radikal Gazetesi**, 15.12.2002 s.9
- ÖZHAN, Hacı Ali. “İşkence Üzerine Değerlendirme“, (www.geocities.com/hacialiozhan/arastirma30.htm - 10.09.2006)
- ÖZTÜRK, Bahri. “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları“, **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:3 Nisan 2005 s.131-136
- ÖZÜTÜRK, Nejat. **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, C.I, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1970
- PARLAR, Ali - HATİPOĞLU Muzaffer. **Kast ve Taksir**, Kazancı Hukuk Yay. İstanbul 2005
- PAZARCI, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri I**. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 1994
- Petition Of Rights** (http://www.hakis.org.tr/insan_haklari/magna-carta/ingiliz_haklar.htm)
- REİD, Karen. **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap, Çev: Bahar Öcal Düzgören, KHRP / Scala Yay.
- REİSOĞLU, Safa. **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yay. İstanbul 2001
- ROSE, David. **Guantanamo – Amerika’nın İnsan Haklarına Karşı Savaşı**, Çev: Şule Gülmen, 1001 Kitap Yayınları, İstanbul 2005
- SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık. **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu**, C.I-II Seçkin Yay. Ankara 1995

- SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık. **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C.I-II-III-IV Seçkin Yay. Ankara 1999
- SCOTT, George Ryley. **İşkencenin Tarihi**, Dost Yay. Ankara 2001
- SELÇUK, Sami. **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, 2. Baskı, Ankara 1999
- SIRMA, İhsan Süreyya. **İslami Tebliğin Mekke Dönemi ve İşkence**, Beyan Yay. İstanbul 1998
- SOKULLU – AKINCI, “**Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları**”, İstanbul 1990 (“SOKULLU-AKINCI, “Polis”)
- SOKULLU-AKINCI, Füsun. **Viktimoloji**, Beta Yay. İstanbul 1999
- SOYASLAN, Doğan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Y. 2006 Ankara
- SOYASLAN, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Y. 2005 Ankara
- SÖZEN, Elife Selma. **Ceza Muhakemesi Hukukunda ve Adli Tıpta Delil Kavramı, Hukuka Aykırı Deliller ve Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi , İstanbul 1998
- SÖZÜER, Adem. **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994
- ŞEN, Ersan. **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- ŞAHİN, Cumhur. “İkrar ve Savunma Hakkı”, **Ceza Hukuku Reformu** (Sempozyum), Umut Vakfı Yay. İstanbul 2001 s.131-146
- ŞAHİN, Cumhur. **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Yetkin Yay. Ankara 1994
- ŞÜKÜN, Ziya. **Farsça - Türkçe Lugat**, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1984
- TANÖR Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, BDS Yay. İstanbul 1994
- TANÖR, Bülent. **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Der Yay. İstanbul 1992
- TARHANLI, Turgut. “Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları Konusunda Hukuki Bir Değerlendirme”. **Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları**, BMMYK yayını 2. baskı, Ankara 2000 s.28 vd. ;
- TEMEL, Ali Rıza. **İslam'da ve Batıda İnsan Hak ve Hürriyetleri**, Seha Yay. İstanbul 1995
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R.Murat. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku** - 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre. Seçkin Y. Ankara 2006
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan. **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yay. Ankara 2002

TEZİÇ, Erdoğan. **Anayasa Hukuku** (Genel Esaslar), 2. Bası, Beta Yay. İstanbul 1991

TİHV Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezleri: İşkence 2000 Raporu
www.tihv.org.tr/rapor/iskence 2000/iskence2000ozet.html (15.3.2005)

TOSUN Mebrure – YALVAÇ Kadriye. Sümer, Babil, **Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı**, 2. Bası, Atatürk Kültür, Dil ve tarih Yüksek Kurumu – Türk Tarih Kurumu Yay. Ankara 1989

TOSUN, Öztekin. **Suç Hukuku Dersleri** (Giriş-Ceza Kaidesi-Unsurlar), Sermet Matbaası, İstanbul 1967

TUNAYA, Tarık Zafer. **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. Bası, İÜ Yay. İstanbul 1980

TURHAN, Faruk. “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”, **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:3 Nisan 2005 s.8-19

Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (1997), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri:3 Ankara 1997

Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuat Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara, 2000 (“TCK 2000 Tasarısı”)

Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gereççeleri, İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulunun Çalışmaları – II, Ankara 1998

Türk Hukuk Lugatı, Başbakanlık Basımevi, 4. baskı, Ankara 1998

Türkiye’de İşkence (Hukuki Bir Yaklaşım), New York Barosu Uluslararası İnsan Hakları Komitesi, Belge Yay. 1991, İstanbul

TÜRKMEN, Özgür. “Yasak Sorgu Yöntemleri”, (www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar /yasak_ sorgu.htm – 05.04.2005)

TÜRKYILMAZ, Halil İbrahim. **İşkence ve Adli Tıpta tespit Sorunu**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İÜ Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 1998

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur. **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta Yay. İstanbul 2006

ULUDAĞ, Süleyman. **İslam’da Emir ve Yasakların Hikmeti**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 10. Baskı, 2006

Uluslararası Af Örgütü – “**Uluslararası Ceza Mahkemesi Bilgi Notu 4**” - **İnsanlığa Karşı Suçların Kovuşturulması**, <http://www.amnesty-turkiye.org/arsiv/vifois1405200201.shtml> (10.06.2006)

Uluslararası Af Örgütü – “**Uluslararası Ceza Mahkemesi Bilgi Notu 5**” - **Savaş Suçlarının Kovuşturulması** - <http://www.amnesty-turkiye.org/arsiv/vifois0905200203.shtml> (10.06.2006)

Uluslararası Af Örgütü, “**İşkence Mağdurları İçin Adalet, İşkencecilerin Cezasızlığına Son**” İstanbul 2002

ÜNAL, Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu**, TBMM Basımevi, Ankara 1995

ÜZÜLMEZ, İlhan. “**Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**”, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 (“ÜZÜLMEZ, TCK’da İşkence Suçu”)

ÜZÜLMEZ, İlhan. “İşkence Suçu”, **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 2 Sonbahar 2004 (“ÜZÜLMEZ, İşkence suçu”)

ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence Ve Eziyet Suçu” www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc (8.8.2006) (“ÜZÜLMEZ, İşkence ve Eziyet”)

ÜZÜLMEZ, İlhan. **Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK’nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi)** Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2001 (“ÜZÜLMEZ, İşkence Cürmü”)

YAŞAR, Osman. **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yay. Ankara 2001

YAZGAN, Hüsnü. **Sorgu Yargılama Cezaevi (Ceza Hukukuna Eleştirel Bir Yaklaşım)**, Ekin Yay. İstanbul 1997

YILDIZ, Mustafa. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, Alfa Yay.İstanbul 1998

YILMAZ, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı, Yetkin Yay. Ankara 1996

YILMAZ, Halim. “Mültecilerin Sınırdışı Edilmesi ve Yargısal Denetim”, **Türkiye’de Geçici Sığınmacı Kadın ve Çocukların Psikososyal Durumlarının Tespiti ve Yaşam Koşullarının İyileştirilmesi İçin Çözüm Önerileri**, MAZLUMDER İnsan Hakları Ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği Yay., Ankara, 2005 s.27 vd.

YILMAZ, Halim. “İşkenceyle Mücadelede Sorunlar ve Çözüm Yolları”, http://www.hukukcular.org.tr/haber_detay.php?haber_id=113 (15.10.2006)

YILMAZ, Halim. “İşkencenin Tesbiti Sorunu ve İstanbul Protokolü”, **Toplum ve Hukuk**, Yıl:2 S.6 Bahar 2003 s.57-65

YILMAZ, Halim. “Yeni TCK Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Toplum ve Hukuk**, Yaz 2003, Yıl:2 S.7 s.74-83

YILMAZ, Halim. “Yeni Türk Ceza Yasası’nda İşkence Suçu”, **Hukuk Gündemi**, S.2, Ağustos 2005 s.40

YILMAZ, Zekeriya. “**Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat**”, Seçkin Yay. Ankara 2005

YOKUŞ, Sevtap. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi**, Beta Yay. İstanbul 1996

YURTCAN, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. Baskı, Alfa Yay. İstanbul 1996