

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İŞKENCE SUÇU (5237 SAYILI TCK'YA GÖRE)

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Beyzanur YAZAR

Ankara – 2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İŞKENCE SUÇU (5237 SAYILI TCK'YA GÖRE)

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Beyzanur YAZAR

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Ankara – 2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Beyzanur YAZAR
İŞKENCE SUÇU (5237 SAYILI TCK'YA GÖRE)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

<u>Adı ve Soyadı</u>	<u>İmzası</u>
1- Prof. Dr. Devrim Göçer	
2- Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün	
3- Dr. Öğr. Üy. Halil Toroslu	

Tez Savunması Tarihi: 15.01.2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

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

Tarih:

Adı-Soyadı ve İmza

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	VI
------------------	----

GİRİŞ.....	1
------------	---

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NA GÖRE İŞKENCE SUÇU

I. GENEL OLARAK.....	2
----------------------	---

II. İŞKENCE SUÇUNUN TARİHÇESİ.....	8
------------------------------------	---

1. DELİL YÖNTEMİNDEN SUÇA: İŞKENCE	8
--	---

2. AYDINLANMA ÇAĞI DÜŞÜNÜRLERİNİN İŞKENCE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ.....	12
--	----

3. İŞKENCENİN TANIMI	15
----------------------------	----

4. İŞKENCENİN TEMEL NİTELİKLERİ.....	22
--------------------------------------	----

5. İŞKENCEYİ DÜZENLEYEN ULUSLARARASI BELGELER	24
---	----

III. İŞKENCE SUÇU.....	26
------------------------	----

1. GENEL OLARAK.....	26
----------------------	----

2. HUKUKÎ KONU	31
----------------------	----

3. MADDÎ KONU.....	35
--------------------	----

4. FAİL VE MAĞDUR.....	35
------------------------	----

A. FAİL	35
---------------	----

B. MAĞDUR.....	45
----------------	----

5. SUÇUN UNSURLARI	47
--------------------------	----

A. GENEL OLARAK	47
-----------------------	----

B. MADDÎ UNSUR	47
----------------------	----

<i>a. Davranışın İnsan Onuruyla Bağdaşmayan Nitelik Taşınması</i>	<i>51</i>
<i>b. Davranışın Sistematik Şekilde Ortaya Çıkması.....</i>	<i>53</i>
<i>c. Davranışın Kişinin Bedensel veya Ruhsal Yönden Acı Çekmesine Neden Olması</i>	<i>57</i>
<i>d. Davranışın Kişinin Algılama veya İrade Yeteneğinin Etkilenmesine Neden Olması.....</i>	<i>58</i>
<i>e. Davranışın Kişinin Aşağılanmasına Neden olması</i>	<i>59</i>
<i>f. Hukuka Uygunluk Nedeninin Bulunmaması.....</i>	<i>60</i>
<i>C. MANEVÎ UNSUR.....</i>	<i>64</i>
6. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	67
<i>A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER</i>	<i>67</i>
<i>a. Genel Olarak</i>	<i>67</i>
<i>b. Ağırlaştırıcı Nedenler</i>	<i>68</i>
<i>e. Hafifletici Neden.....</i>	<i>72</i>
<i>B. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME</i>	<i>74</i>
<i>C. İŞTİRAK</i>	<i>75</i>
<i>D. İÇTİMA.....</i>	<i>76</i>
<i>a. Genel Olarak</i>	<i>76</i>
<i>b. Fikri İctima</i>	<i>77</i>
<i>c. Bileşik Suç.....</i>	<i>77</i>
<i>d. Zincirleme Suç</i>	<i>78</i>
7. MÜEYYİDE	79
8. SUÇUN MUHAKEMESİ.....	80
<i>A. ŞİKAYET</i>	<i>80</i>
<i>B. ZAMANAŞIMI</i>	<i>81</i>
<i>C. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....</i>	<i>81</i>

9. SUÇUN BENZER SUÇLARDAN FARKI	82
---------------------------------------	----

IV. İŞKENCE SUÇUNUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN HALLERİ... 83

1. GENEL OLARAK.....	83
2. CEZANIN YARI ORANINDA ARTIRILMASINI GEREKTİREN HALLER	85
A. MAĞDURUN DUYULARINDAN VEYA ORGANLARINDAN BİRİNİN İŞLEVİNİN SÜREKLİ ZAYIFLAMASI (TCK m. 95/1-a).....	85
B. MAĞDURUN KONUŞMASINDA SÜREKLİ ZORLUK MEYDANA GELMESİ (TCK m. 95/1-b).....	87
C. MAĞDURUN YÜZÜNDE SABİT İZ OLUŞMASI (TCK m. 95/1-c)	87
D. MAĞDURUN YAŞAMINI TEHLİKEYE SOKAN BİR DURUMA YOL AÇMASI (TCK m. 95/1-d).....	89
E. GEBE BİR KADINA KARŞI İŞLENİP DE ÇOCUĞUNUN VAKTİNDEN ÖNCE DOĞMASINA NEDEN OLMASI (TCK m. 95/1-e).....	89
3. CEZANIN BİR KAT ARTIRILMASINI GEREKTİREN HALLER	90
A. MAĞDURUN İYİLEŞME OLANAĞI BULUNMAYAN BİR HASTALIĞA VEYA BİTKİSEL HAYATA GİRMESİ (TCK m. 95/2-a)	90
B. MAĞDURUN DUYULARINDAN YA DA ORGANLARINDAN BİRİNİN İŞLEVİNİ YİTİRMESİ (TCK m. 95/2-b)	91
C. MAĞDURUN KONUŞMA YA DA ÇOCUK YAPMA YETENEKLERİNİN KAYBOLMASI (TCK m. 95/2-c).....	92
D. MAĞDURUN YÜZÜNDE SÜREKLİ DEĞİŞİKLİĞE NEDEN OLMASI (TCK m. 95/2-d)	94
E. GEBE KADINA KARŞI İŞLENİP DE ÇOCUĞUNUN DÜŞMESİNE NEDEN OLMASI (TCK m. 95/2-e).....	94
4. SEKİZ - ON BEŞ YILA KADAR HAPİS CEZASINI GEREKTİREN HAL (TCK m. 95/3)	95

5. AĞIRLAŞTIRILMIŞ MÜEBBET HAPİS CEZASINI GEREKTİREN HAL (TCK M. 95/4)	96
V. SONUÇ	98
KAYNAKÇA.....	100
ÖZET	116
ABSTRACT	117



KISALTMALAR

AAMB.	:	Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı
ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
AD.	:	Adalet Dergisi
AİD.	:	Amme İdaresi Dergisi
AİHM.	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD.	:	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜ.	:	Ankara Üniversitesi
AÜHF.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİHM.	:	Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi
AÜSBF.	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD.	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
AY.	:	Anayasa
AYM.	:	Anayasa Mahkemesi
B.	:	Baskı
Bkz.	:	bakınız
BM.	:	Birleşmiş Milletler
BÜİFD.	:	Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
C.	:	Cilt
CD.	:	Ceza Dairesi
CGK.	:	Ceza Genel Kurulu
CHD.	:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK.	:	Ceza Muhakemesi Kanunu

Çev.	:	Çeviren
ÇÜSBE.	:	Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
DEÜHF.	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEÜHFD.	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜSBED.	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
E.	:	Esas
Edit.	:	Editör
E.T.	:	Erişim Tarihi
GÜHFD.	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAD.	:	Hukuk Araştırmaları Dergisi
HFD.	:	Hukuk Fakültesi Dergisi
I.	:	Issue
İBD.	:	İzmir Barosu Dergisi
İCK.	:	İtalyan Ceza Kanunu
İHY.	:	İnsan Hakları Yıllığı
İÜ.	:	İstanbul Üniversitesi
İÜSBE.	:	İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İÜHFM.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
m.	:	madde
MÜHF.	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MHAD.	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
No.	:	Numara
PVSK.	:	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı

SÜHFD.	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:	Tarih
TAAD.	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB.	:	Türkiye Barolar Birliği
TBBD.	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM.	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCHD.	:	Türk Ceza Hukuku Derneği
TCK.	:	Türk Ceza Kanunu
TCY.	:	Türk Ceza Yasası
TDK.	:	Türk Dil Kurumu
TODAİE.	:	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TÜBA.	:	Türkiye Bilimler Akademisi
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
Vol.	:	Volume
vs.	:	vesaire
Y.	:	Yıl
Yar.	:	Yargıtay
Yay.	:	Yayınevi/Yayıncılık
YBHD.	:	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YLT.	:	Yüksek Lisans Tezi
YTCK.	:	Yeni Türk Ceza Kanunu
YTD.	:	Yeni Türkiye Dergisi
YÜHF.	:	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
yy.	:	yüzyıl

GİRİŞ

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmada TCK m. 94. ve 95'te düzenlenen işkence suçu, ceza hukuku sınırları içerisinde, teorik bakımdan tartışmalı konular ışığında ele alınarak irdelenmiştir. Yürürlükteki TCK'nın 94. maddesinde öngörülen işkencenin tanımı 765 sayılı TCK'daki işkence suçuna ilişkin tanıma nazaran oldukça geniş kapsamlıdır. Mülga TCK'da işkence olarak kabul edilmeyen bazı fiillerin yürürlükteki TCK uyarınca işkence sayılabilmesi mümkün olabildiğinden, hem uygulamada hem de düzenlemenin değerlendirilmesinde birçok sorun ve buna ilişkin de birçok ihtilafli görüş ortaya çıkmaktadır.

İlk kısımda işkence suçunun tarihçesine ve işkencenin tarihin karanlık dönemlerinden kalma bir uygulama olarak delil yöntemi kabul edilmesinin, insan hakları alanındaki çalışmaların ve aydınlanma çağı düşünürlerinin de etkisiyle suç olarak düzenlenmesi süreci ele alınmıştır. Yine bu kapsamda işkence tanımına ilişkin uluslararası belgelere ve düzenlemelere değinilmiştir.

İşkence suçu başlıklı kısımda ise en ağır insan hakkı ihlali olarak kabul gören işkence, hem mülga TCK'lardaki hem de yürürlükteki TCK'daki ilgili düzenlemeler ışığında ve yeri geldikçe de bu düzenlemeler kıyaslanarak, suçun unsurlarıyla birlikte suçun ne olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Son bölümde, TCK'da 95. maddede, ayrı bir kanun maddesi olarak düzenlenen *“işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri”*nden bahsedilerek bu hallerin neler olduğu ve nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NA GÖRE

İŞKENCE SUÇU

I. GENEL OLARAK

İnsan hakları, kişilerin ayırım gözetmeksizin, insanlık onurunun gereği olarak kişinin sahip olduğu hakların tümünü kapsar ve insanın, insan olması nedeniyle kazandığı değeri tanıma anlamına gelir.¹ AYM'ye göre “insan onuru”; “insanın ne durumda ve hangi koşulda olursa olsun, salt insan olmasının kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce ve davranış ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkartmaktadır.”² Türkiye tarafından imzalanan uluslararası sözleşme ile işkencenin yasak olduğu kabul edilmiş ve işkencenin önlenmesi bakımından gerekli tedbirlerin alınması taahhüt altına alınmıştır. Bu yükümlülükleri yerine getirebilmek ve özellikle insan onurunu korumak amacı ile 765 sayılı mülga kanunda olduğu gibi yürürlükteki TCK'da da işkence, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.³ İnceleme konusu olan suç, AY m. 17/3'te

¹ SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., B. 11, Ankara 2016, s. 206.

² AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, T. 28.06.1966, AMKD., S. 4, s. 187.

³ MAHMUTOĞLU, Fatih S.: “İşkence ve Eziyet Suçu”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, TCHD., AAMB., Ankara 2008, s. 1025; HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., B. 5, Ankara 2016, s. 120, 121.

yer alan “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” hükmünün müeyyidesini oluşturur.⁴

İşkence suçu, 5237 sayılı TCK’nın ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının, “İşkence ve Eziyet” başlıklı üçüncü bölümünde m. 94 ve 95’te düzenlenmiştir. TCK m. 94 uyarınca, “(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 on iki 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, işlenmesi 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. (6) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.”

Bu düzenlemeyle, insan onuru ile bağdaşmayan bedensel ya da ruhsal yönden kişinin algılama yahut irade yetisini etkileyebilen hareketin kamu görevlisi tarafından yapılması işkence suçu olarak kabul edilmektedir. Bu şekliyle TCK m. 94, geniş anlamda işkence suçunun sınırlarını da aşan bir suç tipi olmuştur.⁵ Düzenlemenin 2. ve 3. fıkralarında suçun nitelikli hallerine, 4. fıkroda işkencede iştirake dair özel bir düzenlemeye, 5. fıkroda ihmal yoluyla işlenen işkenceye ilişkin hükme ve son

⁴ **ARTUK**, Emin – **GÖKCEN**, Ahmet – **YENİDÜNYA** Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., B. 15, Ankara 2015, s. 229.

⁵ **DEMİRBAŞ**, Timur: İşkence Suçu, Ankara 2016, s. 69.

fıkradaysa zamanaşımına yer verilmiştir. TCK m. 95'te ise “*Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence*” başlığı altında işkence sonucunda ortaya çıkabilecek ağır neticeler öngörülerek işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir.

TCK m. 94 vd. düzenlenen işkence ve eziyet suçları, AY m. 17'de düzenlenen kişi dokunulmazlığı hakkının ve işkence ve eziyet yasağının müeyyidesini, ayrıca m. 38/5'te düzenlenen kişinin kendisini suçlamaya zorlanamayacağı kuralının güvencesini teşkil etmektedir.⁶ İşkenceyi iç hukukta ceza kanunları ile yasaklamak, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS m. 3'teki işkence yasağının ve 1984 tarihli “*İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi*” ile 1987 tarihli “*İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi konusundaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi*”yle üstlenilen yükümlülüklerin bir gereğidir.⁷ AİHS'nin ilk protokolünün 3. maddesiyle işkence ve gayriinsanî ceza veya muamele yasaklanmış, bu yasağın hiçbir istisnasının bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, AİHS m. 15/2'ye göre, zaruret halinde bile bu yasağın uygulama dışı bırakılması mümkün değildir.⁸ Bu hüküm, AİHS'nde sınırlama sebebi bulunmayan tek hükümdür.⁹

⁶ **BAŞBÜYÜK**, İsa: “*Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*”, DEÜHFD., C. 12, Y. 2010, s. 1446.

⁷ **TEZCAN**, Durmuş – **ERDEM**, Mustafa Ruhan – **ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., B. 13, Ankara 2016, s. 268; **MAHMUTOĞLU**, s. 1027.

⁸ **ROBERTSON**, A. H.: Human Rights In The World, Manchester University Press, Manchester 1972, s. 56, 57.

⁹ **DEMİRBAŞ**: İşkence Suçu, s. 9.

Maddede, failin kamu görevlisi olması dışında ayırt edici bir unsura ve İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi m. 1’de¹⁰ yapılan işkence tanımındaki amaçlara yer verilmemesi işkence suçunun benzer suç tipleriyle karışabilmesine neden olmuştur.¹¹

¹⁰ “Sözleşme amaçlarına göre, işkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fizikî veya manevî ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.” (http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf).

¹¹ Yar. 4. CD., 2007/9125 sayılı kararında; “Zor kullanmaya yetkili bulunan başkomiser sanığın, hakkında yakalama emri olan katılanın oğlunun yerini öğrenmek için karakola getirdikleri katılana, sövme biçimindeki eyleminin 765 sayılı Yasa’nın 245. maddesindeki bireylere kötü davranma suçunu oluşturacağı, 5237 sayılı TCY’nin 256. maddesinde sadece kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması halinin düzenlenmiş olması nedeniyle sanığın eyleminin aynı Yasa’nın 125/1. maddesine uyan kovuşturulması yakınmaya bağlı sövme suçunu oluşturabileceğinin anlaşılması karşısında; 5560 sayılı yasayla değişik 5271 sayılı CMK’nın 253. ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma işleminin yapılması, uzlaşma sağlanamadığı takdirde aynı Yasa’nın değişik 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilemeyeceğinin değerlendirilmesi zorunluluğu” şeklinde belirttiği gibi, fiilin sövme olarak nitelendirilmesi bile söz konusu olabilmektedir. **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 69, 70.

İşkence suçu 765 sayılı mülga TCK'da ise “*Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler*” başlığı altındaki üçüncü babda, “*Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler*” başlıklı altıncı fasılda, m. 243'te¹² düzenlenmişti.

CMK'da da işkence suçunu önlemeye yönelik düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Nitekim yakalama sonrası doktor kontrollerinin sağlanması, işkenceyle karşılaşan doktorun suçu ihbar yükümlülüğü, ifade alma ve sorgudan önce şüpheliye ya da sanığa haklarını bildirme yükümlülüğü, sanığın kendisini suçlamaya zorlama yasağı, sanığın gözaltında ifadesinin alınması esnasında avukatın hazır bulunma hakkı ile müdafii hazır bulunmadan kollukça alınan ifadenin, hakim ya da mahkeme huzuruna çıkıldığında şüphelinin ya da sanığın doğrulaması olmaksızın hükmün için esas alınamayacağı gibi hükümler güvence niteliğindeki düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.¹³ İşkenceye maruz kalıp, kendisinden bazı bilgiler elde edilen kişilerin ifade ve beyanlarında yer alan hususlar, delil kuvvetine sahip değildir.¹⁴ Kanun

¹² “*Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsî davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet ve ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsanî 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. Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452nci, sair hallerde 456ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.*”

¹³ **BAŞBÜYÜK**, s. 4.

¹⁴ **BAYRAKTAR**, Köksal: “*İşkenceyi Önlemenin Yolları*”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, s. 189.

tarafından yasaklanmış bir hareketle elde edilmiş olan delil, yasal temeli olmaması nedeniyle hükme esas alınamaz.¹⁵ Amerika’da 1936 yılında görülen “*Brown v. Missisipi yargılaması*”nda çivili kemerle darp edilen mağdurun bu koşullarda verdiği ifade, başka kanıtlarla doğrulandığı halde salt işkenceyi özendirmemek için geçersiz sayılmıştır.¹⁶ Sanığın sorgusu ve ifade vermesi sırasında, kendisine sorulan ve isnat edilen suçla ilgili cevap vermeme yetkisi olan susma hakkı, ceza yargılamasında tarihsel gelişime bakıldığında erişilen önemli bir aşamadır.¹⁷ Özellikle tahkik sisteminin benimsendiği sistemlerde sanık, delil kaynağı kabul edilmiştir. Bunun neticesinde de sanığın konuşması ya da itiraf etmesi için her türlü yöntemle başvurulmuş, bu arada işkence yaygınlaşmış ve birçok suçsuz insan işkenceyle işlemediği suçu işlemişçesine

¹⁵ **HAFIZOĞULLARI**, Zeki: “*Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi*”, YTD., Y. 2, S. 10, Y. 1996, s. 639.

¹⁶ **TOSUN**, Öztekin: Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976, s. 34-39; **AKYÜREK**, Güçlü: “*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*”, TBBD., Y. 2012, s. 65.

¹⁷ “*Susma hakkı ve işkence, adeta birbirinin anti-tezi konumunda olan iki kavramdır. Susma hakkının konusu, özgür iradeyle ifadenin verilmesini veya verilmemesini koruyan pasif bir faaliyet iken; işkencenin konusu, özgür iradeyi yok etmeyi amaçlayan aktif faaliyetlerdir. Şüpheliye ya da sanığa ait beyanın kişinin hür iradesine dayanması gerektiğinden hareketle susma hakkı, hem ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku bağlamında işkenceye karşı koruma altına alınmıştır. Özgür iradenin ortaya çıkmasını engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, cebir veya tehditte bulunma gibi müdahaleler yapılmasıyla kanuna aykırı bir yarar vaat elde edilmesi kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır.*” bkz. **KOCAOĞLU**, Serhat Sinan: “*Susma Hakkı*”, ABD., Y. 2011, s. 43.

ikrara zorlanmış ve bu ikrarlar hükme dayanak olmuştur. Tüm bu insan haklarını zedeleyen durumlar sonucunda, sanığın herhangi bir zorlamaya maruz bırakılmadan istediğinde sessiz kalabilmesi için, kişiye, ceza muhakemesinde hür iradeyi koruyan usulî güvencelerin en başında gelen susma hakkı tanınmıştır.¹⁸ Susma hakkı bir savunma yöntemi olduğundan, zımnî itiraf sayılamayacak ve suçluluğa delil olarak gösterilemeyecektir.¹⁹

II. İŞKENCE SUÇUNUN TARİHÇESİ

1. DELİL YÖNTEMİNDEN SUÇA: İŞKENCE

İnsan hakları, 20. ve 21. yy. sosyal ve siyasal hayatının en önemli kavramlarından biridir. Özü ve temeli ilkçağ felsefesine kadar uzanabilen insan hakları kavramına, II. Dünya Savaşı'nda tecrübe edilen yıkımların bir daha yaşanmaması amacıyla, bir çare olarak başvurulmuştur. İnsan hakları kavramıyla beraber tabii hukukun yeniden doğuşu gerçekleşmiş ve yasaların üzerinde, insanın doğuştan vazgeçilmez ve devredilmez haklarının bulunduğu, devletin de bu hakları korumakla yükümlü olduğu anlayışı yerleşmiştir. İnsan hakları düşüncesi, özü itibariyle evrensellik iddiası taşımaktadır. İnsan haklarının bölgesel temelde korunmasını destekleyen görüşler olduğu gibi bu durumun, insan haklarının evrensellik iddiasını zayıflattığı ve birey haklarının korunması için tüm insanlığın birlikte hareket etmesini sağlama

¹⁸ bkz. **AYDIN**, Çağrı Kan: “*Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak ‘Susma Hakkı’*”, TBBD., S. 91, Y. 2010, s. 157, 158.

¹⁹ **KİBAR**, Recep: Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yay., Didim 1997, s. 49.

amacından saparak, bu hedefe keyfi sınırlar koyduğunu söyleyen görüşler de bulunmaktadır.²⁰ Bölgesel yapılanmayı savunanlar, yapının daha az sayıda ve daha homojen devletlerden oluşması sayesinde, ortak karar alma mekanizmasının kolaylığının, bireyler açısından ulaşılabilirliğinin ve etkililiğinin artacağını ileri sürmektedirler. Hangi fikir desteklenirse desteklensin, insan haklarının ulus üstü korunma mekanizmaları her geçen gün daha fazla önem kazanmaktadır.²¹

Temelinde genellikle suçu ikrar ettirme veya cezalandırma amacının yattığı işkencenin tarihi, neredeyse insanlık tarihi kadar eskidir. Bir kişinin cezalandırılabilmesi için başka bir kişi tarafından suçlanması, bu suçu itham edenin de kişinin suçluluğunu ispatlaması esasına dayanan itham sisteminin²² yerini diğer muhakeme sistemi olan tahkik sisteminin almasıyla tarihin karanlık dönemlerinden kalan ve insanlık dışı bir uygulama olarak kabul edilen işkence, tahkik sisteminin uygulandığı muhakeme hukuklarında otoriter rejimi korumak amacıyla yapılmış ve bu sistemlerde sıradan bir uygulama sayılmıştır. Bu muhakeme sisteminin tanındığı Ortaçağ'da, işkence, hukuk tarafından tanınmış ve Engizisyon mahkemelerinin de kurulmasıyla Avrupa ceza adaletini şekillendiren bir faaliyet halini almıştır. İkrarın en önemli delil sayıldığı tahkik sistemi, 13. yy'den itibaren mahkemeler tarafından benimsenmiştir. Bu sayede itiraf elde etmek için kullanılmaya başlanan işkence, her devirde değişen yöntemlerle

²⁰ **European Parliament**, Directorate-General For External Policies Policy Department: “*The Role Of Regional Human Rights Mechanisms*”, November 2010, s. 25-26.

²¹ **ÖZELER**, Neslihan: “*İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Karşılaştırılması*”, YBHD., Y. 2, S. 2017/2, s. 45.

²² **TOROSLU**, Nevzat – **FEYZİOĞLU**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., Ankara 2014, s. 41; itham ve tahkik sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz. **KURŞUN**, Günal: Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 5-8.

yaklaşık 500 yıl boyunca Avrupa ülkelerinde uygulanmıştır.²³ Devletin yüceliğinin ve korunmasının tek amaç olduğu totaliter rejimlerde, devlete karşı hazırlanan fiillerin tespiti veya faillerin ortaya çıkartılması amacıyla her çareye başvurulabileceği görüşü geçerliydi. Devlet için otorite ve hükmetme isteğiyle doğrudan ilgili olan işkence, iktidarın elde tutulmasında, ekonomik, politik ve toplumsal hedeflerin dayatılmasında, otoriteye itaatin sağlanmasında ve disiplini korumada en etkili araç olarak görülmekteydi.²⁴ Aydınlanma döneminin başlamasıyla, çağın düşünürleri tarafından işkence uygulaması şiddetle eleştirilmeye başlanmış, insan onuruna saygı gösterilmesinin gerekliliği vurgulanarak ve devletin görevlerinden birinin de işkenceyi önlemek olduğu ileri sürülmüştür.²⁵ Bu eleştirilerin akabinde, 18. yy'da işkence, kanunlardan çıkartılmaya başlanmış ve suç olarak kabul edilmiştir.²⁶ Bu çerçevede işkenceyi kaldıran ilk ülke 1734'te İsveç olmuşsa da 1851 yılında işkenceyi ilk kez suç olarak düzenleyen ülke Prusya'dır. Tüm Avrupa'da işkence ve benzeri uygulamalar 18. yy ve 19. yy'da ortadan kalkmıştır.²⁷ Zamanla Avrupa dışındaki bazı ülkelerde de,

²³ bkz. **NAL**, Sabahattin: “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele*”, SÜHFD., S. 2, Y. 2007, s. 146, 147; **HAFIZOĞULLARI**, Zeki – **KETİZMEN**, Muammer: “*İşkence ve Eziyet Suçları*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 1207.

²⁴ **BALKIZ**, Neval Oğan: “*Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi - Öneriler-*”, ABD., S. 4, Y. 2001, s. 99.

²⁵ **ESGİN**, Mehmet: “*İşkence ve Engizisyon*”, BÜİFD., Y. 2013, S. 3, s. 39.

²⁶ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 21.

²⁷ **FOUCAULT**, Michel: Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali KILIÇBAY, İmge Yay., Ankara 1992, s. 12, 13.

örneğin 1799 yılında Sri Lanka, 1873'te de Japonya'da işkence yasaklanmıştır.²⁸ Tüm bu girişimlerin işkenceyi önleme konusunda yeterli kaldığı hususu şüpheli olsa da aydınlanmacı düşünürlerin de katkılarıyla işkence konusunda büyük adımlar atılmıştır.²⁹ Aydınlanma dönemiyle birlikte, kişi toplumdan ayrı bir hak süjesi olmuş ve bağımsızlığını kazanmıştır.³⁰ Felsefî hareketlerin de etkisiyle ceza hukuku ve insan hakları arasındaki yakın ilişki ortaya çıkmış ve devletin ceza verme hakkının temeliyle, cezalandırmanın amaçları üzerinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Tutuklanmış ya da gözaltına alınmış kişinin yaşamı ve sağlığı devletin sorumluluğu altındadır yaklaşımıyla birlikte kişiler üzerindeki baskı yasaklanmış ve işkenceyi önleme yükümlülüğünün devlete ait olduğu kabul edilmiştir.³¹ Doğal hukuk doktrini ve hümanist düşünceleri benimseyen yazarlar, ceza hukuku uygulamalarında işkencenin bir muhakeme hukuku kuralı olarak benimsenmesini reddetmişlerdir.³²

²⁸ **SCOTT**, Ryley George: *İşkence Tarihi*, Çev. Hamide Koyukan, Dost Kitabevi Yay., Ankara 2003, s. 122-127.

²⁹ **DAVIDSON**, Lawrence: “*Torture in Our Time*”, http://www.logosjournal.com/issue_4.4/davidson.htm , I. 4.4, Fall 2005. (E.T. 19.09.2018).

³⁰ **CİHAN**, Erol: “*50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu*”, İÜHF., C. 5, Y. 1984, S. 1-4, s. 134.

³¹ **TANİLLİ**, Server: *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş*, B. 6, İstanbul 1990, s. 532; **ALGAN**, Bülent: “*İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu*”, AÜHF Yay., Zabunoğlu Armağanı, Ankara 2011, s. 2.

³² **SÖZÜER**, Adem: *Suç Teşebbüs*, İstanbul 1994, s. 14; **ÜZÜLMEZ**, İlhan: *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 36, 37.

2. AYDINLANMA ÇAĞI DÜŞÜNÜRLERİNİN İŞKENCE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

Avrupa tarihi dini ve dünyevi iktidarlar arasındaki çatışmalarla şekillenmiştir. Kiliseyle Ortaçağ devletleri arasındaki iktidar mücadelesi, iktidarın sınırlandırılması düşüncesini güçlendirmiştir. Bu egemenlik kavgası yerel güçler için boş alanlar ortaya çıkarmış ve böylece de iktidarı sınırlandırmayı amaçlayan özgürlükçü düşünceler hızla gelişmiştir. Söz konusu ortam aydınlanma dönemini hızlandırmıştır. İşkenceyle mücadele de Aydınlanma Çağı'ndaki düşünürlerin bu uygulamaya karşı gelmeleriyle başlayarak, doğal hukukun galibiyetiyle neticelenmiştir.³³

1750'lerde işkenceyi insanlık ayıbı olarak niteleyen Beccaria; *"İşkence, suçluya kimi zaman bir suçu söyletmek, kimi zaman suçlunun düştüğü çelişkileri gidermek, kimi zaman suç ortaklarını ortaya çıkartmak, kimi ne zaman ne olduğunu bir türlü anlayamadığım şu doğaötesi ve akıl almaz arındırma yöntemleriyle suçluyu aşağılanmışlık/onursuzluk lekesinden sözde kurtarmak, kimi zaman da suçlanabileceği fakat henüz suçlanmadığı suçlarını öğrenmek amacıyla yapılmaktadır. Yargıcın kararından önce bir insan suçlu olarak adlandırılmaz. (...) Suç ya gerçektir, işlenmiştir ya da gerçek değildir, işlenmemiştir. Eğer gerçekse, suçluya yasaların öngördüğü cezadan başka bir ceza verilemez. Bu durumda suçlunun itirafı yararsızdır. Eğer suç işlenmemiş, gerçek değilse, yasalara göre suçları kanıtlanmamış bir insan bulunduğu için, bir suçsuz eziyet edilemez."* diyerek işkenceyi reddetmiş ve işkence

³³ bkz. ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 31.

sonucu delil elde edilmesini, gerçeğin, insanın kasları ve sinirlerinde gizli olmadığından hareketle eleştirmiştir.³⁴

Montaigne, “Denemeler”inde işkenceden şu şekilde bahseder: “*Acı masuma da yalan söyletir. Bundan ötürü yargıcın masum olarak öldürmemek için işkence ettirdiği insanı hem masum, hem de işkence görmüş olarak öldürttüğü olur. Binlerce insan işlemedikleri suçları yüklenip başlarını vermişlerdir. (...) Acıya katlanabilen gerçeği gizler. Ama bir de katlanamayan vardır. Çünkü neden acı, yaşanan şeyi daha çok söylättirecek, olmayan şeyi söylemeye beni zorlamayacak olsun?*” Ölüm cezasının, öldüresiye işkence etmekle önceden uygulandığını ifade ederek işkenceyle mücadelenin öncülüğünü yapmıştır.³⁵

La Bruyère ise işkenceye şöyle bir bakış açısı getirmiştir: “*İşkence vücut yapısı zayıf bir masumu mahvetmek ve kuvvetli bir suçluyu kurtarmak için hayret verici ve güvenilir bir buluştur. Cezasını görmüş bir suçlu, reziller için ibret teşkil eder. Mahkûm olmuş bir masum bütün namuslu adamları ilgilendirir. Kendim için hırsız ve katil olmayacağım diyebilirim, fakat günün birinde böyle sanılarak cezalandırılmayacağım çok cüretli bir konuşma olur.*” Adalet, kanun ve zorunluluk gereği hapisanelerin ve işkencenin gerekliliğine inanan La Bruyère, bunlara rağmen işkenceyi içine sindiremediğini belirtmiştir.³⁶

³⁴ **BECCARIA**, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, İmge Yay., B. 5, Ankara 2015, s. 85, 86.

³⁵ **MONTAIGNE**: Denemeler, Çev. Eyüpoğlu Sabahattin, B. 29, İstanbul 1997, s. 113, 114.

³⁶ **SEVİĞ**, Vasfi Raşit: “Engizisyon Muhakeme Usulü”, AÜHFD., C. 18, Y. 1961, S. 1-4, s. 8; **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 32.

Voltaire, engizisyon muhakeme usulünün son zulmü olarak kabul edilen işkenceyi “*Adalet ve İnsanlığın Kıymeti*” adlı eserinde şöyle yermiştir: “*Mademki işkenceyi son delil olarak kullanan Hristiyan milletler vardır. Ne diyorum, sadece Hristiyan milletler değil, Hristiyan papazlar da vardır. Calugulalar, Neronlar bu şiddeti tek bir Romalı vatandaş hakkında uygulamaya asla cesaret edemediler. Fransada kanun yerini tutan kitaplarda bu menfur kelimelere rastlanmaktadır: Hazırlayıcı işkence, geçici işkence, olağanüstü işkence, deliller saklı tutularak yapılan işkence, iki üye huzurunda yapılan, bir hekim ve bir cerrah huzurunda yapılan, gebe olmayan kadınlara yapılan işkence. Öyle sanılır ki bu kitapların hepsi cellat tarafından telif edilmiştir.*”³⁷

Görüldüğü üzere aydınlanma çağı düşünürleri işkenceye hem fonksiyonel hem de insancıl açıdan karşı çıkmışlardır. Fonksiyonel itiraz, işkencenin maddi gerçeği ortaya çıkarmaya elverişli bir araç olmadığından ileri gelir. Çünkü işkence, sanığın suçlu olduğunu peşinen kabul eden ve ikrarı en önemli delil sayan ceza muhakemesi anlayışını benimseyen sistemlerde, bundan kurtulmak isteyen gerçeğdışı itiraflarda bulunmasına neden olmaktadır.³⁸ Bu sebeple işkence tehlikeli ve sakat bir uygulama olarak nitelendirilmiştir. İnsancıl açıdansa, işkence, insanın temel haklarını ihlal eden ve insanı aşağılayan insanlıkdışı muameleler olarak görüldüğü için işkenceye şiddetle karşı çıkmıştır.³⁹

³⁷ SEVİĞ, s. 32.

³⁸ TOROSLU – FEYZİOĞLU, s. 6, 7.

³⁹ bkz. ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 34.

3. İŞKENCENİN TANIMI

Farsça “*şikence*” sözcüğünden Türkçe’ye geçen işkence, TDK sözlüğünde; “*bir kimseye maddî veya manevî olarak yapılan aşırı eziyet*” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁰

İşkencenin temelinde, şüphelinin ifadesini etkilemede bir araç olarak kullanılması yatmaktadır. Özellikle 18. yüzyıldan sonra, işkence altında gerçeğe uygun ifade alma konusunda gittikçe artan eleştiriler sonucu, işkence ispat önceliğindeki rasyonelliğini kaybetmiştir. İşkence sonucu verilen cezaların büyük çoğunluğunda “adlî hata” olduğu anlaşıncı, işkencenin gerçek suçluyu bulup saptamada yararlı ve başarılı bir yöntem olmadığının farkına varılmıştır.⁴¹ İşkencenin hukuka uygun görüldüğü zamanlar sona ererken, işkence kavramı duygusal ve ahlakî bir anlam kazanmaya başlamıştır. Bu anlamda, kime ve ne sebeple olursa olsun kuvvetli acı ve ıstırap vermekten kaçınma fikri hakim olmuştur. Faruk EREM’in tanımıyla, işkence; “*insan soyunun, insanca bir yerinin, yıkılmasıdır.*”⁴² 19. yüzyılda günlük konuşma dilinde işkence kelimesi, kavram olarak ağır acı ve ıstırap verilmesi anlamında kullanılmış ve bu kavrama giren hareketlere karşı toplumda olumsuz bir anlam ve güçlü bir duygusal tepki doğmuştur. 20. yüzyıla gelindiğinde, kamu görevlilerinin uygulaması suretiyle

⁴⁰ <http://www.tdk.gov.tr/> (E.T. 19.09.2018); DAĞCI, Şamil: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2001, s. 249.

⁴¹ ÖZGEN, Eralp: “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, TBBD., Y. 1988, S. 2, s. 209.

⁴² EREM, Faruk: “İşkence”, TBBD., Y. 1988, S. 2, s. 199.

işkence metodlarının tekrar ortaya çıkmasıyla işkence kavramı hukukî bir anlam kazanmış ve şiddet kullanılmasının belirli şekillerini ifade eder şekilde anlaşılmıştır.⁴³

İşkenceyi hukukî bir kavram olarak farklı noktalardan hareketle çeşitli şekillerde tanımlamak mümkündür. Ancak, genellikle işkence tanımı yapılırken pozitif hukuktaki düzenlemelerin etkisiyle failin sıfatı, saiki ya da suçla korunan hukukî değer etkili olmaktadır.⁴⁴ Buna bağlı olarak işkencenin herkes tarafından kabul edilen standart bir tanımını yapmak mümkün olamamaktadır.⁴⁵ Öğretide genellikle işkencenin, devletin özgürlüğünü kısıtladığı kişilere karşı uyguladığı bir muamele olduğu kabul edilir. Bunun için özgürlük kısıtlamasının yargısal bir karardan doğmuş olup olmadığının bir önemi yoktur.⁴⁶

Bir kavram olarak işkencenin, dar ve geniş olarak iki farklı anlamının olduğu kabul edilir. Ceza muhakemesine özgü şekilde tanımlanan dar anlamda işkence, ifade ya da sorgu almaya yetkili olan kişilerin, şüpheli ya da sanığın suçunu itiraf ettirmek, delillerine ulaşmak, suç ortaklarını öğrenmek veya işlemesi muhtemel başka suçlar var ise onlar hakkında bilgi edinmek amacıyla mağdurda bedenlen ya da ruhen zarar veya

⁴³ bkz. **NUHOĞLU**, Ayşe: “*İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*”, Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan, İstanbul 1999, s. 532.

⁴⁴ **KOCA**, Mahmut – **ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2016, s. 242.

⁴⁵ **ÖNOK**, Murat: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yay., Ankara 2006, s. 29; **ÖZBEK**, Veli Özer – **KANBUR**, Mehmet Nihat – **DOĞAN**, Koray – **BACAKSIZ**, Pınar – **TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., B. 5, Ankara 2013, s. 265.

⁴⁶ bkz. **NUHOĞLU**, s. 529.

tehlike meydana getiren ve insan onuruyla bağdaşmayan her türlü maddî veya manevî kötü muameledir. Kavram, çoğunlukla maddî bir anlama sahip olmasına rağmen manevî nitelik de taşıyabilmektedir.⁴⁷ Geniş anlamda işkence kavramıysa, kişinin insan onuruyla bağdaşmayan ve bedenen veya ruhen acı çekmesine, aşağılanmasına olanak sağlayan maddî ve manevî davranışların kamu görevlisi tarafından yapılmasını ifade etmektedir.⁴⁸ Burada işkence suçu kavramı, işkence yapmak hareketinin yanı sıra zalimane, gayriinsanî ya da haysiyet kırıcı muameleleri de kapsayan üst bir kavramdır. Dolayısıyla işkenceyle diğer kötü muameleleri birbirinden ayırmaya yarayan ölçü acının ve ıstırapın yoğunluğudur.⁴⁹

⁴⁷ **BAYRAKTAR**, “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, s. 186; **DARENDELİ**, Abdulvahap: “İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi”, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/01.sayi/6abdulvalap.pdf>, AD., S. 1, Y. 1999, s. 4, (E.T. 19.09.2018); **ERCAN**, Ferhan: İşkencenin Nedenleri ve Kaynakları, Yalçın Yay., İstanbul 1993, s. 9.

⁴⁸ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 23, 24; **BAŞBÜYÜK**, s. 1445, 1446.

⁴⁹ **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 16; **ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE**, s. 266; **BAŞER**, Mert – **YENİDÜNYA**, A. Caner: “Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında ‘Yasak Sorgu Yöntemleri’, ‘Saniğin Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu’, ‘İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu’”, İBD., S. 4, Y. 1996, s. 37; **ANAYURT**, Ömer: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, GÜHFD., C. 12, Y. 2008, s. 424; **ALTIPARMAK**, Kerem: “Anayasa Mahkemesi’nin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, Anayasa Yargısı 32, İkinci Oturum, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2015/5.pdf, Y. 2015, s. 158.

Türkiye'nin üyesi olduğu BM tarafından ilan edilen “*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*” m. 5’e ve AİHS m. 3’e göre; “*Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.*” İşkence suçunun oluşması için zalimce davranılması, ciddi biçimde acı verilmesi ve ıstırapın yoğun olması şartlarının arandığı AİHM tarafından verilen kararlar bulunmaktadır.⁵⁰

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun bir kararında, işkence kelimesinin genellikle bilgi elde etmek ya da cezalandırmak amacıyla yapılan ağır gayriinsanî muamelenin ifade edilmesi için kullanıldığı, bilinçli olarak bedensel ya da ruhsal şiddetli acı vermek ve ilgili durumda hukuka uygun olmamak koşullarını içeren bir kavram olduğu belirtilmiştir. Komisyon bir başka olayda da işkencenin hiçbir zaman hukuka uygun olamayacağını vurgulamıştır.⁵¹

Uluslararası Af Örgütü 1975 yılında işkenceyi, sistematik ve bilinçli olarak yapılan ve kişinin serbest iradesine aykırı olan şeyi kabul ettirme amacı güden, akut acının kişiye bilinçli olarak verilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Devletin işkenceye katılımının gerekip gerekmediğine değinilmemesi noktasında eleştirilir.⁵²

⁵⁰ bkz. **KATOĞLU**, Tuğrul: “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı*”, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Rona Aybay’a Armağan, C. 2, s. 1461; detaylı bilgi için bkz. **DOĞRU**, Osman: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yay., İstanbul 2006, s. 3-21; **NUHOĞLU**, s. 534.

⁵¹ “*Kuzey İrlanda davasında kişi, uzun süre gözleri bağlı bir duvara dikilmiş ve alışılmış olmayan derecede yüksek bir sese maruz bırakılmıştır. Komisyon’a göre, bu durum kişiyi güçlü fizikî veya ruhî baskı altında tutarak bilgi almak için yapılmış bir işkencedir.*” (Kaynak: **NUHOĞLU**, s. 534).

⁵² **NUHOĞLU**, s. 532.

5. Cenevre Birleşmiş Milletler Kongresi'nde işkence şu şekilde tanımlanmıştır: *“İşkence, kendisi veya üçüncü kişi hakkında bilgi almak, cezalandırmak veya gözdağı vermek amacıyla uygulanan ve kişiye hem bedensel hem de ruhsal anlamda ciddi şekilde acı ve ıstırap veren, kasdî olarak, resmî bir kişinin emriyle veya bizzat kendisinin uyguladığı her türlü muamele demektir.”*⁵³

Türkiye'nin de onayladığı 10 Şubat 1984 tarihli *“İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”* nin ilk maddesinde “işkence” tanımlanmış ve bu tanıma dayalı olarak kapsamı belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“İşkence, bir şahsa veya üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu, yalnızca yasal yaptırımların uygulanmasından doğan, yaptırımın tabiatında olan veya arızı olarak meydana gelen acı ve ızdırabı içermez.”*⁵⁴ Maddenin devamındaysa, devletlerin sözleşmedeki işkence tanımından daha kapsamlı bir işkence tanımını kabul edebilecekleri, ancak söz konusu işkence tanımının

⁵³ NUHOĞLU, s. 533.

⁵⁴ *“Türkiye, sözleşmeyi 25.2.1988 tarihinde 3411 sayılı kanunla onaylamıştır ve bu kanun 27.2.1988 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.”* bkz: GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na Bireysel Başvuru Hakkı, AÜİHM Yay., no: 10, s. 16-25.

kapsamından daha dar bir kapsamda işkence tanımlamaları halinde, bu tanımın geçerli olmayacağı ifade edilir.⁵⁵

Dünya Tabipler Birliği'nin yayımladığı “Tokyo Bildirgesi”nde; “İşkence, kendi başlarına ya da herhangi bir otoritenin emriyle 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” biçiminde tanımlanmıştır.⁵⁶

Bu gelişmeler ışığında, insan onurunun korunması amacıyla, işkence niteliğindeki fiillerin cezalandırılması gerektiği düşüncesinden yola çıkılarak işkence, TCK’da bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir.⁵⁷

Yargıtay’ın tanımına göre işkence; “Bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici hareketler yapılması”dır.⁵⁸ Doktrindeyse işkencenin, kuvvetli bedensel ya da ruhsal acı veya ıstıraba neden olması, suçun failinin resmi sıfatla hareket eden bir kişi olması veya resmi sıfata sahip bir kişinin, üçüncü bir kişiyi kullanarak dolaylı olarak

⁵⁵ NUHOĞLU, s. 531.

⁵⁶ YILMAZ, Abdülhalim: Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Yayınlanmamış YLT., İstanbul 2007, s. 7.

⁵⁷ ÖZGENÇ, İzzet – ŞAHİN, Cumhuriyet: “İşkence Suçu”, GÜHFD., Haziran-Aralık 2000, C. 4, S. 1-2, s. 185.

⁵⁸ Yargıtay CGK., 04.04.1983, 8-64/156; CGK., 05.10.1987, 8-186/423; CGK., 17.04.1989, 8-87/143.

hareket etmesi, acı veya ıstırap içeren davranışların belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olması gerektiği söylenmiştir.⁵⁹

5237 sayılı TCK m. 94'te işkence suçuyla ilgili, mülga kanunun aksine⁶⁰, açık bir tanımın yapılması yoluna gidilmiştir. Buna göre; *“bir kamu görevlisi tarafından bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak hareketlerin yapılması”* işkence olarak kabul edilir. Düzenlemede uluslararası sözleşmelerden farklı olarak zalimane ve gayriinsani muamele kavramlarına yer verilmemiş, doğrudan insan onuru ile bağdaşmayan, kişinin bedensel veya ruhsal dokunulmazlığını, algılama ya da irade yeteneğini etkileyen hareketler⁶¹ işkence sayılmıştır. Mülga Ceza Kanunu işkenceyi dar bir saha içinde ele alırken⁶², ortaya çıkan tartışmalar neticesinde işkence kavramı TCK'da çok geniş kapsamda ele alınmış ve düzenlenmiştir.

⁵⁹ Bkz. **ÖNOK**, s. 30; **BAYRAKTAR**, “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, s. 185.

⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. **GEMALMAZ**, Mehmet Semih: “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, TODAİE., İnsan Hakları Yıllığı, S. 14/1, Y. 1992, s. 72-76.

⁶¹ Bazı yazarlar, işkence niteliğindeki hareketlerin kanundaki işkence kapsamına girebilmesi için sistematik bir uygulama halini alması gerektiğini savunurlar. Bkz. **KOCA – ÜZÜLMEZ**, s. 243, 244. Bazı yazarlar da kişinin iradesinin, ancak belirli bir amaca ulaşmak için etkilenmesini işkence kavramına sokmaktadır. Bkz. **NUHOĞLU**, s. 532.

⁶² **BAYRAKTAR**, “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, s. 185.

4. İŞKENCENİN TEMEL NİTELİKLERİ

İşkenceye tabi tutulan “*ilgili*”, devletin koruması altında olup, belirli bir amaca yönelik ve bilinçli şekilde, sürekli ya da geçici olmak suretiyle, bedensel ya da ruhsal acı, kötü muamele veya insan onuruyla bağdaşmayan muamelelere maruz kalmaktadır.⁶³ Mağdurun, himayesi altında bulunduğu üçüncü kişinin, bir devlet organı ya da devletin izni ile güç kullanma yetkisine sahip bir organ olduğu kabul edilir.⁶⁴ Failin kimliği, işkencenin en önemli ayırıcı vasfını oluşturmaktadır.⁶⁵ İlk bakışta basit bir fail-mağdur ilişkisi gibi görünse de işkence, kamu görevlileri tarafından ve kamu adına uygulandığından devlet-birey ilişkisine dönüşmekte ve suç, devletin üzerine kalmaktadır.⁶⁶ Bu nedenle işkence devlet terörü olarak da nitelendirilmektedir.⁶⁷ Buradaki esas amacın, irade serbestisinin ortadan kaldırılarak, egemen gücün iradesine aykırı olan iradenin engellenmesi olduğu kabul edilir. Görünürdeki amaçsa, kişinin direncinin ve bedensel ya da ruhsal dayanma gücünün yok edilmesidir.⁶⁸

⁶³ **AKILLIOĞLU**, Tekin: “*İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi*”, TODAİE., İHY., C. 10,11, Y. 1988,1989, s. 46; **NUHOĞLU**, s. 529.

⁶⁴ **ANAYURT**, s. 431; **ÜZÜLMEZ**, İlhan: “*Türk Hukukunda İşkence Cürmü*”, SÜHFD., C. 10, S. 3-4, Y. 2002, s. 149; **NUHOĞLU**, s. 530.

⁶⁵ **AKHAN**, Okan: “*İşkence ve İnsan Hakları*”, İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA Bilimsel Toplantı Serileri, S. 9, Y. 1999, s. 43.

⁶⁶ **KARAA**, Emin: “*Yargılanma Hakkı*”, Yeni Türkiye Dergisi-Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz- Ağustos 1996, S. 10, s. 103.

⁶⁷ **AKSOY**, Muammer: “*Şiddet Eylemleri ve İşkenceye Karşı Önlemler*”, ABD., Y. 1981/1, s. 10.

⁶⁸ **NAL**, s. 156, 157; **NUHOĞLU**, s. 529.

Kişi üzerinde acı, kötü muamele ya da insan onurunun ihlaliyle bedensel veya ruhsal bir baskı meydana gelmelidir. Ancak, bu nitelikte yapılan her davranış işkence olarak kabul edilemez. Baskı araçlarından herbirinin, tek tek ele alındığı durumlarda önemli bir araç olarak kabul edilmemelerine rağmen, birlikte uygulandıklarında, etkisi belli bir yoğunluğa da ulaştığı zaman, işkence için uygun bir araç olabilecekleri kabul edilir.⁶⁹ Baskının, aksi yöndeki iradenin etkilenmesi amacıyla uygulanması gerekir.⁷⁰

Sonuç olarak işkence suçunun temel niteliklerine bakıldığında belli başlı üç unsurun olduğu görülür. Bu unsurlar işkencenin hukuk tarihindeki gelişimine dayanarak, işkence yasağının içeriğini, egemen güç ve insanî açılardan vurgular. Bunlardan ilki kuvvetli bedensel veya ruhsal acı veya ıstırap verilmesidir.⁷¹ Failin belli bir resmi sıfat ile harekette bulunan kişi olması ya da bu sığata sahip olmayan üçüncü kişi aracılığıyla böyle hareket etmesi, başka bir anlatımla, kuvvet/güç ilişkisinin bulunması da işkence suçunun bir diğere unsurudur.⁷² Üçüncü unsur ise manevi unsurla alakalı olarak özel kastın varlığını gerektirir. Buna göre; acı veya ıstırap vermenin belli bir amaca yönelik olarak kasıtlı yapılması, bu amacın, işkence gören kimseden ya da

⁶⁹ NUHOĞLU, s. 530.

⁷⁰ NUHOĞLU, s. 531.

⁷¹ GEMALMAZ, Mehmet Semih: Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yay., İstanbul 1991, s. 310; BİÇER, Ümit – GÜNDOĞMUŞ, Ümit Naci – HANCI, İ. Hamit ve diğere: “Bir İşkence Yöntemi: ‘Sigara Söndürme’ Olgu Sunumu”, III. Adli Bilimler Kongresi, Y. 2000, s. 241.

⁷² ÜZÜLMEZ, İlhan: “Türk Hukukunda İşkence Cürmü”, s. 150.

üçüncü bir kişiden bilgi almak, ifadesini baskı altında tutmak, kişiyi cezalandırmak, korkutmak vs. olması gerekir.⁷³

5. İŞKENCEYİ DÜZENLEYEN ULUSLARARASI BELGELER

Uluslararası insan hakları hukukuna bakıldığında, işkence yasağının hem global hem de bölgesel nitelikteki birçok belgede düzenlendiği, ayrıca yalnızca işkence konusunu ele alan belgelerin de mevcut olduğu görülür.⁷⁴ İşkence suçunun önlenmesi amacıyla ortaya konulan uluslararası belgelere kronolojik sırayla baktığımızda karşımıza ilk olarak 1948 yılında yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi çıkar. Ardından bir yıl sonra Cenevre Sözleşmesiyle işkence ve kötü muamele yasaklanır. 1953'te yürürlüğe giren ve Avrupa Konseyi tarafından imzalanan “*İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*”yle de “*hiçkimseye işkence, gayriinsani ve aşağılayıcı muamele yapılamayacağı ve ceza verilemeyeceği*” düzenlenir. Bu sözleşme yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, hem uluslararası yargı organları hem de üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesi olarak kabul edilmiştir.⁷⁵ Ayrıca kişilere doğrudan birçok hak tanıyan bir niteliğe sahip olduğundan, kişi hak ve özgürlüklerinin asgari standardını

⁷³ ANAYURT, s. 438; GEMALMAZ, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, s. 310.

⁷⁴ SANCAR, Türkan Yalçın: “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, AÜSBFD., C. 57, 2002, s. 154.

⁷⁵ ÜNAL, Şeref: Uluslararası Hukuk, Yetkin Yay., Ankara 2005, s. 271.

oluşturmaktadır.⁷⁶ 1966'da imzalanan “*Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*”yle işkence, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ndeki düzenlemeye benzer bir biçimde ele alınır. BM tarafından 1975 yılında yayımlanan “*Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirge*” ve ardından yine BM tarafından 1984 yılında yayımlanan “*İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*” Türkiye dahil ⁷⁷ birçok devlet tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiştir.⁷⁸ “*Banjul Tüzüğü*” olarak da bilinen “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi*” 1981 yılında yayımlanan ve Afrika’da işkenceyi yasaklayan ilk sözleşme olması nedeniyle önemlidir. 1998 yılında BM tarafından yayımlanan “*Roma Statüsü*”nde insanlığa karşı suçlar içerisinde değerlendirilen işkence, yasaklanmıştır.⁷⁹ Yirminci yy.’nin sonlarında bile bu düzenlemelere gereksinim duyulması, kişilik haklarının hukukdışı saldırılar karşısında yeterince korunamadığının göstergesidir.⁸⁰

⁷⁶ **ŞAHBAZ**, İbrahim: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*”, TBBD., S. 54, Y. 2004, s. 178; **ERDEM**, Mustafa Ruhan – **KORKMAZ**, Ömer: “*Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İhlali*”, DEÜSBED., C. 5, S. 2, Y. 2003, s. 182.

⁷⁷ 1988 tarihli Resmi Gazete’deki uygun bulma kanunu için bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/IskenceninOnlenmesin eDairBMSozlesmesi.pdf> (E.T. 19.09.2018).

⁷⁸ **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 37, 38.

⁷⁹ **ALSTON**, Philip – **GOODMAN**, Ryan: *International Human Rights*, Oxford University Press, Italy 2013, s. 240-243.

⁸⁰ **DİNÇ**, Güney: “*Savunma Hakkı ve İşkence*”, TBBD., S. 1, Y. 1988, s. 61.

III. İŞKENCE SUÇU

1. GENEL OLARAK

İşkence ve eziyet ilk kez “*Tanzimat Fermanı*”yla birlikte yasaklanmış ve devamında da 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarıyla düzenlemeler yapılmaya devam edilmiştir.⁸¹

01.06.2005 tarihinde yürürlükten kalkan mülga TCK’nın me hazı olan İCK’da işkenceye dair özel bir hüküm bulunmamaktaydı. Buna karşılık 01.07.1926 tarihinde yürürlüğe giren mülga TCK’ya, Eskişehir’deki Mahkemeyi Temyiz Ceza Kanunu Komisyonu’nun teklifiyle, 1274 tarihli Ceza Kanunnameyi Hümayunu’nun m. 103 vd.⁸² düzenlemeleri aktarılmıştır. Bununla birlikte, 1274 tarihli Kanun m. 103/2’ye göre işkencenin amirin emriyle yapılması durumunda cezanın yalnızca emri verene uygulanacağı öngörülmüş, aynı maddenin üçüncü fıkrasındaysa, sadece işkence sonucunda ölüm veya nitelikli müessir fiil olarak nitelendirilen azalardan birinde noksan veya kayıp sonucunun meydana gelmesi durumunda, bir emri yerine getirmiş olan memurun da adam öldürme veya müessir fiilden sorumlu tutulacağı düzenlenmişti. Bu hüküm mülga TCK m. 243’e şu şekilde aktarılmıştır:

⁸¹ HAFIZOĞULLARI – KETİZMEN, “*İşkence ve Eziyet Suçları*”, s. 1208.

⁸² “*Memurini hükümet tarafından teaddiyat ve suimuamelat vukuunda icra olunacak mücazat*”.

“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 mahkûm olur. Bunu, maiyet memurları, mafevkinde bulunan âmirlerinin emir 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 sukutunu veya daimi bir malûliyet veya mayûbiyeti mucip olursa, 456. madde mucibince cezalandırılır.” Böylece maiyet memurlarının, mafevkinde bulunan amirlerinin emir ve teşvikiyle işkence yapması durumunda sorumluluktan kurtulamayacakları düzenlenirken, maddenin devamında, bu emri veren veya teşvikinde bulunan amirlerin, cürümde fer’an zimethal sayılacağı belirtilmek suretiyle sanki azmettiren amirin fer’i şerik sayılabileceği şeklinde yorumlanabilecek bir hükme yer verilmişti.⁸³ 1961 yılına gelindiğindeyse işkence suçuyla mücadelede etkinlik sağlayabilmek ve sözkonusu m. 243’teki hükmü İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne uygun hale getirmek için madde değiştirilmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte işkence dışındaki seçimlik hareketlerden olan zalimane veya gayriinsani ya da haysiyet kırıcı muameleler hükme dahil edilmiş; ayrıca fiilin, amirin emri üzerine gerçekleştirilmesi durumunda emri veren amirin fer’i fail sayılacağına dair yanıltıcı eski hüküm kanundan çıkarılmıştır. İşkence neticesinde ölüm ya da nitelikli müessir fiil neticesinin doğmasıyla da belirlenecek cezanın artırılması da kanuna eklenmiştir.⁸⁴

⁸³ NUHOĞLU, s. 546; ÖNOK, s. 276, 277.

⁸⁴ SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 2, B. 3, Ankara 1999, s. 2477; ÖNOK, s. 277; NUHOĞLU, s. 547.

1999'daki, işkence suçunun manevî unsurunun kapsamını genişleten, suçun cezasını ağırlaştıran ve bu suretle günümüzdeki insan hakları anlayışına daha uygun bir suç tipi haline getiren esaslı değişikliğin ardından, 765 sayılı mülga TCK'nın İkinci Kitabındaki “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler”e ilişkin Üçüncü Babının “Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler” başlıklı Altıncı Faslında yer alan m. 243, şu şekli almıştı:

“Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsî davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir. Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452nci, sair hallerde 456ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”⁸⁵

1 Mart 1994'te yürürlüğe giren Fransız Ceza Kanunu'nu model alan 2001 TCK tasarısındaki 142. maddede bulunan tanımda “Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.” denilmişti. “Nitelikli İşkence” başlıklı 143. maddedeysse, cezayı ağırlaştıran sebeplere yer verilmişti. Komisyonunda ele alınmak üzere TBMM'ye sevk edilen 2003 TCK tasarısının işkenceyi düzenleyen hükmü de 2001 tasarısıyla hemen hemen aynıydı. Buna göre önerilen düzenleme şu şekildeydi:

“İşkence

Madde 142 - “Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁸⁵ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 237.

“Nitelikli İşkence

Madde 143 - Yukarıdaki maddede belirtilen suç:

A.1) Onsekiz yaşını bitirmemiş çocuk ve küçüklere karşı,

2) Yaş, hastalık, malûllük, fizik veya ruhsal zayıflık veya hamilelik nedeniyle, failin bildiği veya açıkça görülebilen özel bir güçsüzlük veya çaresizlik içinde bulunan kimseye karşı,

3) Mağdurun eşi tarafından,

4) Silâh vasıtası veya tehdidi ile,

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

B.1) Üstsoya yahut babalık veya analığa karşı,

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

3) Bir tanığa, mağdura veya davaya katılan kimseye karşı, olayları bildirmesini engellemek, şikâyetle veya ihbarda bulunmasını önlemek yahut tanıklıkta veya şikâyet veya ihbarda bulunmuş olması nedeniyle,

4) Suçun aslî veya fer'î 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 hapistir.

C. Suç, bir çocuğa veya küçüğe karşı veya üstsoy veya babalık yahut analık sıfatını taşıyanlarca işlendiğinde faile altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir.”

“Ağır Nitelikli İşkence

Madde 144 - Suç, daimi malûllük veya uzuv kaybı ile sonuçlandığında faile oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Suç, mağdurun ölümüne neden olduğunda ceza ağırlaştırılmış müebbet haptir.”

Mülga kanunlardaki düzenlemeler karşılaştırıldığında yürürlükteki TCK’nın işkence suçunu öngören maddesinin daha geniş kapsamlı olduğu görülecektir. 765 sayılı TCK’da işkence suçu için dar bir çerçeve çizilmiş ve suç, kişilere karşı adli amaçlarla yapılan kötü davranışlardan ayrılmıştır. 2001 ve 2003 tarihli TCK tasarılarında ise, işkencenin teknik anlamından çıkarılıp genel bir suç tipi haline getirilmesi amaçlanmıştır. Bu tasarılar göre işkence, faili özgü olmayan ve spesifik bir amaçla işlenmesi gerekmeyen bir suç tipi olacaktı. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan örnek alınan bu model, birçok yönden eleştirilmekle birlikte, kendi içinde tutarlılığının olduğu söylenebilir. Yürürlükteki TCK ise suçun tarihi gelişimi ve mantığı açısından en az kabul edilebilir olarak değerlendirilmektedir. Düzenlemede, suçun kamu görevlisi tarafından işlenebilmesine rağmen, hareketin belirli bir saikle yapılmasının aranmamış olması söz konusu değerlendirmenin en önemli gerekçesidir. Zira bu durumda işkenceyi karakterize eden ve bu suçun ancak spesifik şartlar altında işlenebilmesini izah eden felsefe ve mantık da ortadan kalkmış olmaktadır.⁸⁶

İşkence suçunu öngören maddenin alındığı anlaşılan İspanyol Ceza Kanunu’na bakılarak yeni düzenlemelerin yerindeliği ve isabetliliği meclis önünde tartışılmış ve tipiklik açısından, suç tipinin belirlilik ilkesine aykırılık oluşturacağı, kullanılmış olan

⁸⁶ ÖNOK, s. 279-281.

ve hukukî açıdan belirsiz olan terimlerin anlaşılmasının zor olacağı ve bu durumun yeni suç tipinin uygulanma alanının anlaşılmasını güçleştireceği vurgulanmıştır.⁸⁷

2. HUKUKÎ KONU

Suçlar, 5237 sayılı TCK'da önce pasif süje ölçütü, ardından hukukî konu ölçütü esas alınarak tasnif edilmiştir. Hukukî konu ölçütünden maksat, suçla ihlal edilen ve normla korunan hukukî varlık ya da menfaattir.⁸⁸ İşkence suçunu düzenleyen TCK m. 94'ün kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesinden yola çıkılarak bu suçun hukuki konusunu belirlemek gerekir.⁸⁹ Esas itibariyle işkence suçunda korunan hukukî menfaat karma nitelik taşımaktadır.⁹⁰ Varolan ceza kanunlarına baktığımızda hukuksal yarar bağlamında işkence suçunun düzenlendiği yer itibariyle üç sistemin uygulandığı görülmektedir. İlkinde, işkence kamu idaresi aleyhine; ikincisinde adliye aleyhine ve

⁸⁷ **ÖNOK**, s. 282.

⁸⁸ **TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2015, s. 17. Suçların tasnifi hakkında detaylı bilgi için bkz. **TOROSLU**, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu, AÜHF Yay., Ankara 1970; **HAFIZOĞULLARI**, Zeki – **GÜNGÖR**, Devrim: “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”, TBBD., S. 69, Y. 2007, s. 21-50.

⁸⁹ **ARTUK**, Mehmet Emin: “*İşkence Suçu (TCK m. 94,95)*”, CHD., S. 7, Ağustos 2008, s. 18.

⁹⁰ **ÖZEN**, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 206; **MERAN**, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2008, s. 243; **ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE**, s. 266, 267; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 241.

üçüncüsünde de kişilere karşı bir suç olarak düzenlenir.⁹¹ 765 sayılı TCK'da işkence suçu bu sistemlerden ilkinin oluşturan kamu idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlenmişti.⁹² Yürürlükteki TCK'da ise kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenerek üçüncü sistemin tercih edildiği görülmektedir.⁹³ Bu düzenlemeyle kişinin onuru ve şerefi, vücut bütünlüğü, beden ve ruh sağlığı⁹⁴, ifade hürriyeti ve yaşama hakkı korunmaktadır.⁹⁵ Bunun dışında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini savunan yazarlar da vardır. İşkence suçu kamu görevlileri tarafından işlenmekte olup, şüphelinin sorgulanması esnasında gerçekleştirilerek elde edilen deliller sağlıklı ve hukuka uygun olamayacak, bundan da kişinin adil yargılanma hakkı zarar görecektir.⁹⁶ AY. m. 90'nın son fıkrası uyarınca iç hukukun bir parçası haline gelen, AİHS. m. 6'da bulunan adil

⁹¹ **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 16-20.

⁹² “Kamu görevlisinin görevi nedeniyle işlemiş olduğu suç olması dolayısıyla kamu idaresinin itibar, güvenilirlik ve saygınlığına zarar vermektedir. Çünkü görevli, şahsında idareyi temsil etmektedir. İşkence yapan memurun şahsında idare yıpranmaktadır. Bu düşüncelerle işkence suçu, 765 sayılı TCK'da kamu idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir.” (**SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 207); **ERMAN**, Sahir – **ÖZEK**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, TCK 202-281), İstanbul 1992, s. 232.

⁹³ **MAHMUTOĞLU**, s. 1028.

⁹⁴ “İnsanın sadece anatomik varlığını değil, ruhsal alanını da kapsayacak şekilde ele alınması gerekir. Her ikisi de biyolojik bir birlik olarak gözönüne alınmalıdır.” (**NUHOĞLU**, s. 555).

⁹⁵ **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 241; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 80, 81; **SOYASLAN**, Doğan: “Ceza Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları ve Özellikle Anayasa Hukuku'nun İlişkisi”, Jale G. Akipek'e Armağan, SÜHFD., Y. 1991, s. 119.

⁹⁶ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 207.

yargılanma hakkının ihlal edildiği kovuşturma makamları eylemleri, işkence uygulanarak elde edilen ifadeler sebebiyle adaletin doğru tecelli etmemesi tehlikesini de bünyesinde barındırmaktadır. Gerçekten işkence sonucunda fertler gerçekdışı açıklamalarda ya da kabullenmelerde bulunmaya zorlanabilirler. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar ya da sair delil elde etmek amacıyla uygulanan işkence, gerçeğin ortaya çıkmasına ve bunun sonucu olarak da adaletin gerçekleşmesine engel olan bir etki doğurabilir. Bu bakımdan m. 94 ceza yargılamasında maddî gerçeğe ulaşma amacına da hizmet etmektedir.⁹⁷

CMK m. 147/1-e’de ifade veren kişinin kendisine yüklenen suçla alakalı açıklamalarda bulunmayabileceği ve bunun da kanunî hakkı olduğu, 148. maddede de şüphelinin ve sanığın beyanlarının özgür iradelerine dayanması gerektiği, bu özgür iradeyi engelleyen niteliğe sahip işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir ya da tehditte bulunma veya bazı araçlar kullanma gibi ruhsal ve bedensel müdahaleler yapılamayacağı, kanunda yasaklanan usullerle elde edilmiş ifadelerin rızayla verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece işkencenin yaptırıma bağlanmasıyla ceza adaletine, adliyeyle ilişkin bir menfaat de korunmaktadır.⁹⁸

İşkence suçunun faili olan kamu görevlisinin vazife esnasında bu suçu işlemesi, devletin kamu görevlilerinin düzgün ve hukuka uygun davranmasındaki menfaati de ihlal edilerek, kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesinde disiplinin sağlanamadığını göstermektedir. Böyle bir hareket, idarenin vatandaşlar nezdinde itibarının sarsılmasına

⁹⁷ **ARTUK**, s. 18, 19; **MERAN**, s. 243.

⁹⁸ bkz. **NUHOĞLU**, s. 551; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 241.

yol açacaktır. Dolayısıyla kamu idaresi ve kamu düzeni de bu suçla ihlal edilen, cezayla da korunması amaçlanan hukukî menfaatlerden biridir.⁹⁹

Bir görüşe göre, işkence teşkil eden fiillerin cezalandırılması için, bağımsız bir işkence suçunun düzenlenmesine gerek yoktur. İşkence suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler, zaten yerine göre yaralama, tehdit, cinsel saldırı niteliği taşıdığı için bu suçların, bir suç olgusunun ikrarı veya herhangi bir delil elde edilmesi gibi özel bir amaçla işlenmesi durumunda ilgili suçun nitelikli halinin oluşacağını kabul etmek yeterli olacaktır. Bir diğer görüşse, işkence suçunun maddî unsurunun çoğu zaman başka suç tiplerinin de maddî unsurunu oluşturduğunu kabul etse de, işkencenin daha ciddi bir ihlâl taşıdığı kanısındadır. İşkence teşkil eden bir fiilin haksızlık içeriği, maddî unsuru oluşturan hareketlerin tekabül edebileceği diğer suç tiplerine göre daha fazladır. Dolayısıyla işkence suçuyla korunan hukukî menfaatin kapsamı da daha geniş ve haklar hiyerarşisinde önceliklidir.¹⁰⁰ Bunun gibi birden fazla ve farklı hukuki varlık ya da menfaati ihlal eden suçlarda hukuki konu, üstünlük kriterine göre belirlenir. Yasakoyucu kendi değerlendirmesine göre üstün tuttuğu menfaate uygun biçimde suç tipini kanunun sistematigi içinde düzenler. Burada yasakoyucu, işkence suçunu kişilere karşı suçlar arasında düzenlemiş olduğundan suçun hukuki konusu kişiye ait yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, onur ve ifade hürriyeti gibi varlık veya menfaatlerdir.

⁹⁹ **ÖNOK**, s. 358, 359; **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, s. 72-75; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 241, 242; **NUHOĞLU**, s. 550.

¹⁰⁰ **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 270.

3. MADDÎ KONU

İşkence suçunun maddî konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şahıs ya da şeydir.¹⁰¹ TCK'da düzenlenen işkence suçunun maddî konusuysa, işkence suçunun gerçekleştirildiği failin dışında kalan insandır. Türk Ceza hukuku yönünden insan olma niteliği, doğumun tamamlandığı yani ceninin anneden tamamen ayrıldığı an başlar, ölümle son bulur. Maddî konu olarak kabul edilen insanın canlı olması gerekir. Aksi takdirde maddî konunun bulunmaması nedeniyle işlenemez suç söz konusu olacaktır. Maddî konunun varlığından söz edebilmek için kişinin yaşama kabiliyetine sahip olması gerekmez.¹⁰²

4. FAİL VE MAĞDUR

A. FAİL

İşkence suçu, yalnızca kamu görevlilerince işlenebildiğinden özgü suçtur. Failin belirli niteliklere sahip olması kimi zaman suçun unsuru, kimi zaman hukuka uygunluk nedeni, kimi zamansa ağırlaştırıcı, hafifletici ya da cezasızlık nedeni olarak karşımıza

¹⁰¹ **TOROSLU**, Nevzat – **TOROSLU**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., B. 21, Ankara 2015, s. 103; bkz. **ÜNVER**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 141.

¹⁰² **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 23-25.

çıkır. Kimi suç tiplerinde, ancak belirli kişilerin suçun faili olabilecekleri öngörülmüş olabilir. Suçlunun sıfatının suçun unsuru olduğu hallerden birisi de işkence suçudur.¹⁰³

Bir görüşe göre, kanunda, bu suçun faili olabilmek için kamu görevlisinin ifade almaya ya da sorgulamaya yetkili olması veya zor kullanma yetkisine sahip olması gibi bir zorunluluk aranmadığından, herhangi bir kamu görevlisi bu suçun faili olabilir.¹⁰⁴ Fakat bu görüşün aksine, mevcut düzenlemeye rağmen, hükmün dar yorumlanması gerektiğini, işkence suçunda failin sadece güç kullanma yetkisini haiz kamu görevlileri olabileceğini savunanlar da vardır. Söz konusu görüş, failin, görev ve yetkileri kanundan doğan kolluk memurunun olabileceğini; tapu memuru, öğretmen vs. gibi kişilerin bu suçun faili olamayacaklarını ileri sürer.¹⁰⁵ Gerçekten de işkence suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin muhakkak güç kullanma yetkisini haiz olması gerekmezken benzer bir suç tipi olan ve TCK m. 256’da düzenlenen suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu bakımdan hem TCK m. 94’te hem de m. 256’da faili ancak kamu görevlisi olabilen bir özgü suç söz konusu olmakla birlikte TCK m. 256 açısından fail olabilecek kamu görevlileri kategorisi sınırlıdır.¹⁰⁶

¹⁰³ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 83; HAFIZOĞULLARI - KETİZMEN, “İşkence ve Eziyet Suçları”, s. 1208.

¹⁰⁴ ÖZEN, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 208; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 280.

¹⁰⁵ HAFIZOĞULLARI – KETİZMEN, “İşkence ve Eziyet Suçları”, s. 1208.

¹⁰⁶ Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin kimler olduğuna dair detaylı bilgi için bkz. KILDAN, İsmail Turgut – BAHADIR, Oktay: “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, TAAD., S. 11, Ekim 2012, s. 205-207.

TCK m. 256'nın maddi unsuru bakımından ancak kişiye yönelik fiziksel ve yaralama nitelikli müdahaleler suçun unsurunu oluşturabilecektir. İşkence suçu ise manevi nitelikli hareketlerle de işlenebilir.¹⁰⁷ Bu açıklamalar ışığında, 5237 sayılı TCK bakımından, failin kamu görevlisi olmasının yeterli görülmesi, işkence suçunun kapsamını büyük ölçüde genişletmiştir.¹⁰⁸ Mevcut düzenleme uyarınca yalnızca kolluk kuvvetlerinin bu suçun faili olabileceğini savunmak kanunilik ilkesine uygun olmayacağından, fakat suçun mahiyeti gereği de düzenlemenin bu derece kapsamlı olması yerinde görülmediğinden bu belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir.

Kanundaki düzenlemeye göre; kamu görevlisi olmayan kişilerin, suçun işlenişine kamu görevlisinin yanında katılmaları durumunda bu kişiler kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır.¹⁰⁹

İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi'nde, kamu görevlisi olmayan kişilerin hareketleri vasıtasıyla, kamu görevlilerinin harekete geçirilmiş olması halinde, kamu görevlisi olmayanların da suçun faili olabilecekleri kabul edilmiştir. İşkence suçunda failin, soruşturmada doğrudan görevli olması aranmamakta, bu tür eylemlerin yapılmasını onaylayanların, kabul edenlerin ve resmî yetkiyle hareket edenlerin de fail olabileceği kabul edilmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁷ **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 280.

¹⁰⁸ **BAŞBÜYÜK**, s. 1450; **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 122; **ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE**, s. 267.

¹⁰⁹ **MERAN**, s. 243.

¹¹⁰ bkz. **NUHOĞLU**, s. 531, 558.

Bir görüş, fail olabilmek için memur olmakla yetinilmemesi gerektiğini, aynı görevi yerine getiren kamu hizmeti görenlerin de bu suçun faili olabileceklerini savunmaktadır.¹¹¹ Söz konusu görüşü savunanlar kamu görevlisini şu şekilde tanımlamaktadırlar; “*Kamu otoritesi (devlet) adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Kamu görevlisi statüsünün kazanılabilmesi için, kamu faaliyetinin yürütümüne kamu hukuku usulüne göre, Anayasa’daki ifadeyle (m. 128), ‘genel idare esaslarına göre’ iştirak etmek gerekir. Memur bir kamu görevlisi çeşididir. Ama her kamu görevlisi memur değildir. Bu itibarla, kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir anlam muhtevasına sahiptir.*”¹¹² Gerekçe de bu görüşü destekler biçimde, idare hukukundaki kamu hizmeti kavramını geniş anlamda ele almış ve TCK bakımından kamusal faaliyete katılan kimsenin devletle organik bir bağ içerisinde olmasını aramamıştır. Oysa bir kimsenin kamu görevlisi olması için doktrindeki baskın görüşe göre, kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir.¹¹³ Bu durumda, TCK’da kullanılan “*kamu görevlisi*” kavramı idare hukukundaki anlamından daha geniştir. İdare hukuku açısından kamu görevlisinin kim olduğunun belirlenmesinde istihdam ilişkisi belirleyici bir unsurdur, ceza hukukundaysa kamu görevlisi kategorisinin belirlenmesindeki amaç, hem daha etkin bir cezaî koruma sağlamak hem de daha ağır bir cezaî sorumluluk

¹¹¹ bkz. **BAYRAKTAR**, “*İşkenceyi Önlemenin Yolları*”, s. 186.

¹¹² **ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2005, s. 103; bkz. **MERİÇ**, Osman: “*Kamu Görevlileri Kavramının Seçim Hukukundaki Kapsamı ve Anlamı ile Belediye Başkanlarının İlişkisi*”, AİD., C. 24, S. 3, Eylül 1991, s. 190, 191.

¹¹³ **GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yay., B. 4, Bursa 2006, s. 595, 596.

yüklenen bu kategoriye kimlerin girdiğini belirlemektedir. Dolayısıyla farklı kamu görevlisi anlayışları mevcuttur ve ceza hukukunda geçerli olan kamu görevlisi anlayışı, TCK m. 6’da düzenlenmiştir.¹¹⁴

5237 sayılı TCK m. 6/1-c’ye göre *“ceza kanunlarının uygulanmasında, kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”*nin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. 765 sayılı TCK m. 279’da yer alan *“memur”* ve *“kamu hizmetiyle yükümlü kişi”* kavramları ayrımı yapılırken ileri sürülen görüşlerden baskın olanı *“kamu görevi”* kıstası idi. Kamu görevi, bir hukukî tasarrufta ya da fiilde bulunarak hukukî bir yetkiyi kullanan ya da söz konusu tasarrufların çıkarılmasına ya da fiillerin yapılmasına kamu hukuku usulüne uygun olarak katılma ve yardım etme hali olarak kabul edilmekteydi.¹¹⁵

Yürürlükteki TCK’nın gerekçesindeyse; *“765 sayılı TCK’daki ‘memur’ tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek olarak tanım Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan ‘kamu görevlisi’ tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.”* şeklinde kamu görevlisinin yaptığı işin kamusal faaliyet taşıması gerektiği belirtilmiştir. Ancak burada da kamusal faaliyetten ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Kamusal faaliyet kanunun gerekçesinde;

¹¹⁴ **ERGÜN**, Güneş Okuyucu: *“Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”*, YÜHF. Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. 3, İstanbul 2010, s. 534, 535.

¹¹⁵ **ERMAN**, Sahir: Sahtekârlık Suçları, Ticarî Ceza Hukuku III, B. 5, İstanbul 1987, s. 362.

“kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlardaki belirlenmiş usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır” şeklinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu noktada *“kamu görevlisi”* tabirinin kapsamının belirlenebilmesi için kamu hizmeti ve memur kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Mülga TCK’nın aksine yürürlükteki TCK’da memur-kamu hizmetiyle görevli kimse ayrımı yapılmamış, tek bir kamu ajanı kategorisi olarak kamu görevlisi benimsenmiştir. Bir kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde katılanlar kamu görevlisi kategorisini oluşturmaktadır. Yani, bir kimsenin gerçekleştirdiği faaliyetin kamusal faaliyet niteliği taşıması halinde, devletle herhangi bir istihdam ilişkisi içinde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın o kişi kamu görevlisi sayılacaktır. Bununla bağlantılı olarak, kamusal faaliyet kavramının belirlenmesiyle kamu görevlisi kavramı açıklanacaktır. Ancak, biri diğerini açıklamak üzere kullanılan bu iki kavramın her ikisinin de anlamı belirsizdir.¹¹⁶ Doktrinde kamu görevi, devletin sahip olduğu iktidarın ve yetkinin kullanılarak gerçekleştirildiği faaliyet olarak kabul edilmektedir. Buna göre, kamu görevi, hem devletin hukukî iktidarı gereğince hukukî tasarruf ya da fiillerin ifası suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler hem de bu faaliyetlere kamu hukuku usullerine göre yardım ve iştirak edenlerin faaliyetlerine denir.¹¹⁷

¹¹⁶ **ERGÜN**, Güneş Okuyucu: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yay., Ankara 2008, s. 13.

¹¹⁷ **ERMAN**, Sahir: *“Ceza Tatbikat ve Tâkibatında Memur”*, AÜSBFD., C. 2, S. 3, Y. 1947, s. 250, 251; **KEYMAN**, Selâhattin: *“Memurin Muhakematı Kanunu”*, AÜHFD., C. 19, S. 1, Y. 1962, s. 185, 186.

Yasakoyucunun, kamu görevi-kamu hizmeti terminolojisini terk ettiği ve hepsine birden kamusal faaliyet dediği göz önünde bulundurulduğunda; kamusal faaliyet kavramının, kamu görevinden farklı ve kamu hizmetini de içerecek biçimde geniş anlaşılması gerektiği sonucuna varılabilir. Nitekim 5237 sayılı TCK m. 6/1-c'nin gerekçesinde; *“765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki ‘memur’ tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan ‘kamu görevlisi’ tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasi kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu iş sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.”* denmektedir. 5237 sayılı TCK, kamusal faaliyet kavramına bir kişinin kamu görevlisi olup olmadığını belirleme işlevi yüklediğinden kamusal faaliyet, hem kamu görevi kavramını hem de kamu hizmeti kavramını içeren üst bir kavram olarak anlaşıldığında, buna bağlı olarak, yalnızca kamu görevini yerine getirenler değil, herhangi bir kamu hizmeti gerçekleştiren herkes ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılacaktır.

Bunun sonucunda örneğin, bir belediye otobüsü şoförünün ya da imtiyaz suretiyle bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenen özel kişinin veya özel hastanede çalışan bir sağlık mesleği mensubunun da kamu görevlisi sayılması gerekecektir. Bu durumda kamu görevlisi kavramının kapsamı aşırı biçimde genişleyecek, “*kamu görevlisi olmak*” ayırt edici unsur olmaktan çıkarak genele yayılacaktır. Böylece, toplumun belki de yarısı, kamu görevlisi sayıldığı ve kamu görevlileri daha ağır biçimde cezalandırıldığı için; bunlara karşı suç işleyecek olan toplumun diğer yarısı, kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı işlenen suçlar daha ağır cezalandırılacağı için daha ağır biçimde cezalandırılacak, sonuç olarak belki de toplumun tamamını daha ağır biçimde cezalandıran bir ceza hukuku sistemi ortaya çıkacaktır. Demek ki, söz konusu kavramın anlamının ve kapsamının belirlenmesi, sadece terimsel bir sorun değil, bunun da ötesinde kişi hak ve özgürlükleriyle yakından ilişkilidir. İstisnai ve kısıtlayıcı hükümlerin dar yorumlanmasının gerekliliği, ceza hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Her ne kadar ceza hukukunda kanunilik ilkesi geçerliyse de bu ilke, esas itibarıyla, kişi özgürlüklerini korumak için yargıçların da aşamayacakları bir sınır oluşturmak amacıyla geliştirilmiştir. Bu ilkeye dayanarak özgürlükler aleyhine yorum yapılması, ilkenin geliştirilme amacına ters düşer. İstisnai ve kısıtlayıcı hükümlerin dar yorumlanması ilkesi, TCK’nın “*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*”ni düzenleyen m. 2/3’te bulunan suç ve ceza içeren hükümlerin geniş yorumlanması yasağıyla birlikte değerlendirildiğinde, doğrudan suç ve ceza içermese de kişilerin daha ağır cezalandırılmalarına yol açabilecek hüküm teşkil etmesi sebebiyle, TCK m. 6/1-c’deki kamu görevlisi tanımının da dar yorumlanması gereği ortaya çıkmaktadır. Tüm bu açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, en kötü düzenlemeleri bile yerinde uygulama ve yorumlamalarıyla düzgün kanunlara dönüştürecek olan yargı, mülga kanun zamanında geliştirdiği içtihat ve öğretilerin doğrultusunda kamusal faaliyeti yeni ve daha geniş bir biçimde anlamlandırmaya çalışmak yerine kamu görevi olarak

anlamlandırılmalı; kamu görevlisi kavramı, 80 yıllık öğreti ve içtihat birikiminden yararlanılarak, kamu görevi yapan kişi olarak anlaşılmaya devam edilmelidir.¹¹⁸

Doktrinde bir görüş kamu görevlisinin ancak görevi gereği işlediği fiillerin bu suçu oluşturacağını, şayet fiil kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı değilse işkence suçunu değil eziyet suçunu oluşturacağını savunurken;¹¹⁹ diğer bir görüşse, fiilin görev esnasında işlenmesini yeterli kabul etmektedir.¹²⁰ İlk görüşe göre; fiille, yerine getirilen görev arasında nedensellik bağı yoksa işkence suçu oluşmayacaktır. Nitekim madde gerekçesinde de işkencenin “*kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” işlenebileceği belirtilmiştir.¹²¹ Bu durumda, kamu görevlisinin, kamu görevlisi olmasından kaynaklanan otorite ve gücü kullanarak suçun maddi unsurunu oluşturan herhangi bir fiili gerçekleştirmesi durumunda, işkence suçunun söz konusu olabileceği kabul edilir. Kamu görevlisi bu fiili, kamu görevinin kendisine verdiği yetkiyi, kamu görevlisi olmasından kaynaklanan gücü, mağdura karşı kamu görevlisi

¹¹⁸ **ERGÜN**, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, s. 30-40; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 278-280.

¹¹⁹ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 207; **MERAN**, s. 243; **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 207; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 87, 88; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 248.

¹²⁰ bkz. **ARSLAN**, Çetin – **AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 428.

¹²¹ Madde gerekçesinde bu açıklamaya değinilmesine rağmen; madde metninde, kamu görevliliği ile işkence suçunu oluşturan hareketlerin işlenmesi arasında bir nedensellik bağı aranmamıştır. Fakat böyle bir nedensellik bağından maddede de belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, suçun failinin kamu görevlisi olmasının aranmasının anlamı kalmayacaktır.

olmanın verdiği rahatlıkla işlemelidir.¹²² Aksi takdirde eziyet suçunun meydana geleceği savunulur. 765 sayılı mülga TCK'da suç olarak tanımlanmayan eziyet suçu 5237 sayılı TCK m. 96'da şu şekilde düzenlenmiştir: *“MADDE 96. - (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 altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı, işlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”* Maddenin düzenleniş şekli doktrinde haklı olarak, Anayasayla yasaklanan eziyetin TCK'da soyut şekilde düzenlendiği, bu durumunsa kanunilik ilkesi ve bu kapsamda da belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir.¹²³ Tüm bu belirsizliğe rağmen eziyet ve işkence suçunun arasındaki temel fark; eziyet suçunun failinin, işkence suçundan farklı olarak herhangi bir kimse olabilmesidir. Bu durumda eğer bir kamu görevlisi, göreviyle bağlantılı olarak ve mağdurun bedenî ya da ruhî açıdan acı çekmesine ya da aşağılanmasına yol açan bir harekette bulunduyorsa artık eziyetten değil işkence suçundan bahsedilecektir.¹²⁴ Görülüyor ki, kamu görevlisinin sadece bu sığa sahip olması işkence suçunun faili

¹²² **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 271; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 207; **ANAYURT**, s. 446; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 248.

¹²³ **YILDIZ**, Ali Kemal: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2007, s. 208, 209; **BAYRAKTAR**, Köksal: “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, Hukuk ve Ad alet, S. 5, Y. 2005, s. 223; **SEVÜK**, Handan Yokuş: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu”, İÜHFM., S. 1, Y. 2013, s. 1274; **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 288.

¹²⁴ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 73; **MAHMUTOĞLU**, s. 1026.

olabilmesi bakımından yeterli değildir. Yani yerine getirilen kamu göreviyle, uygulanan işkence arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.¹²⁵

B. MAĞDUR

Suçun mağduru kavramından, suçtan zarar gören herkes değil, yalnızca bu fiille ihlâl edilen ve cezaî korumanın konusunu oluşturan varlık veya menfaatlerin sahipleri anlaşılır.¹²⁶ TCK'ya göre işkence suçunda mağdur, suç şüphesi altında bulunan kişiyle sınırlı tutulmamış, herhangi bir kimsenin de mağdur olabileceği anlaşılabilecek şekilde düzenlenmiştir. Bu suçta mağdur, işkence oluşturan hareketlere maruz kalan kişidir.¹²⁷ Bir topluluğun ya da birden fazla kişinin işkence ve kötü muameleye tabi tutulması halinde, suç, soykırım suçuna dönüşebilir.¹²⁸

Mülga TCK'da işkence, “*kamu idaresine karşı suçlar*” arasında ve mağdur bakımından daha dar kapsamda düzenlenmişken, yürürlükteki TCK'da kişilere karşı suçlar arasında ve daha geniş kapsamda düzenlenmiştir. Bu, yasakoyucunun bir

¹²⁵ **BAKIM**, Sevi: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İstanbul 2008, s. 97.

¹²⁶ **KATOĞLU**, Tuğrul: “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD., S. 61, Y. 2012, s. 662.

¹²⁷ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 209; **MERAN**, s. 244; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 249.

¹²⁸ **NUHOĞLU**, s. 560.

tercihidir.¹²⁹ İşkence suçu söz konusu olduğunda, mağdurun gerçek kişi olması gerektiği, tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacaklarını savunan görüşün yanında, tüzel kişi olarak kabul edilen devletin suçun mağduru olabileceğini savunan görüşler de vardır.¹³⁰ Bir görüşe göre devlet her suçun mağdurudur. Kamu hukukunun bir parçası olan cezalandırmada, şahsî öcün veya özel cezaların kabul edilemeyeceğini benimseyen bu görüş, devletin, yasaklanmış fiillerin işlenmemesine ilişkin kamusal menfaate sahip olduğundan hareketle her suçun mağduru olduğunu savunur. Herhangi bir suçun işlenmesiyle bu menfaat ihlal edilmekte ve devlet suçun mağduru olmaktadır. Devletin her suçun hem aslî hem de mutlak mağduru olduğunu kabul eden bu anlayış, ceza hukukunun kamusal özelliğini vurgulamaktadır.¹³¹

Bu genellemeden farklı olarak, işkence suçu söz konusu olduğunda, mağdur olan kişinin yanı sıra devletin ya da kamu idaresinin de mağdur olacağını savunan bir görüş vardır. Bu görüşün gerekçesi; kamu görevlisi olan failin, işkence suçunu işlemesiyle devletin saygınlığını ve güvenilirliğini sarsmasıdır.¹³² Gerçekten de, işkence suçunda özel bir pasif süjenin yanı sıra devletin de suçun mağduru olduğu ileri sürülebilir.

¹²⁹ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 123; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 249.

¹³⁰ Tüzel kişilerin cezaî sorumlulukları hakkında detaylı bilgi için bkz. **KANGAL**, Zeynel: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 149 vd.

¹³¹ bkz. **KATOĞLU**, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, s. 674, 675.

¹³² **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 209; **HAFIZOĞULLARI - KETİZMEN**, “*İşkence ve Eziyet Suçları*”, s. 1209.

TCK m. 94/2 gereği, belirli kimselerin mağdur olduğu durumlar, suçun nitelikli hali olarak öngörölmüştür. Buna göre “*mağdurun çocuk, beden veya ruhsal bakımdan kendisini savunamayacak durumda bulunan kişi veya gebe kadın olması ya da fiilin, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi*” durumunda ceza artmaktadır.¹³³

5. SUÇUN UNSURLARI

A. GENEL OLARAK

Suçun ikili ayrımı¹³⁴ esas alınarak, TCK’da düzenlenen işkence suçunun önce maddî unsuru sonra manevî unsuru incelenerek, suçun kurucu unsurları değerdendirilecektir.

B. MADDÎ UNSUR

TCK m. 94/1 uyarınca işkence suçunun maddi unsuru; “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi*”nden ibarettir. Kanunda işkence tanımı yapılmadığından, yargı

¹³³ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 271; MERAN, s. 244.

¹³⁴ Suçun unsurları konusunda bkz. TOROSLU – TOROSLU, s. 120; HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., B. 8, Ankara 2015, s. 163-165.

kararlarıyla hangi fiillerin işkence kapsamına alınacağı belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre işkence, “*maddî veya manevî eza verici eylem*” şeklinde tanımlanmıştır. Maddî işkence beden bütünlüğüne yönelik hareketleri, manevî işkenceyse manevî niteliğe sahip acı veren hareketleri içerir.¹³⁵ Bu nedenledir ki, işkence sadece yaralama niteliğindeki hareketler olarak anlaşılamaz.¹³⁶ BM Sözleşmesi de işkenceyi bu şekilde tanımlamış ve buna bağlı olarak zalimane, gayriinsanî veya küçültücü muameleden ise “*işkence derecesine varmayan*” diye bahsederek işkenceyle aralarında bir nitelik farkının değil derece farkının olduğunu ortaya koymuştur.¹³⁷

Bir hareketin işkence olarak kabul edilebilmesi için, “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması*” gerekir.

¹³⁵ Bu kapsamda; “*el ve ayak parmaklarıyla tenasül organlarına cereyan vermek; sabaha kadar dövmek; sövmek; ayakları demire dayalı ve havada, başı yerde, elleri arkada olacak şekilde durdurmak, yere düşeni dövmek; hayaları kıvırmak; penisinden tutup sağa sola çekiştirmek; su havuzuna başını sokup havasız bırakmak; içine çok miktarda tuz konulan sulu bulamacı, coplamak ve dövmek suretiyle direnmeyi kırıp kusturuncaya kadar zorla yedirmek; bir kaptan diğer kaba su boşaltarak su arzusunu kamçılama; ayaklarına falaka takıp sopa ile vurmak; elbiselerinden tamamen tecrit ettikten sonra üzerine soğuk su dökerek copla dövmek; vücutlarını göbek nahiyesi de dahil sigara ateşiyle yakarak dağlamak*” gibi davranışlar Yargıtay’ın çeşitli kararlarında işkence olarak nitelendirilmiştir. (bkz. **MERAN**, s. 245).

¹³⁶ **CİHAN**, Erol: “*Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri*”, MHAD., S. 7, Y. 1971, s. 79.

¹³⁷ **ÖZGEN**, s. 218.

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, “*işkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir.*”

TCK m. 96’daki eziyet suçunun maddi unsuru da işkence suçuyla paralel olarak “*bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştirmek*” şeklinde düzenlenmiş, fakat bu davranışların neler olduğu madde metninde değil gerekçede ortaya konulmuştur. Buna göre eziyet; “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulmasıdır*”. Böylece kanunkoyucu işkence suçunun TCK m. 94/1’deki tanımına, eziyet suçunun düzenlemesinde değil gerekçede ele alarak eziyet suçunun kapsamını belirlemiştir. Yapılan bu tanımlamalardan yola çıkarak eziyet ve işkence, maddi unsurları açısından birbirine benzerdir. Eziyet suçunun da bedensel veya ruhsal bütünlüğe yönelik davranışlarla gerçekleştirilebilmesi mümkündür.¹³⁸ Bununla birlikte kanunda eziyet suçu bulunmasaydı da bir eksiklik doğmayacak, fail hangi fiili işlediyse

¹³⁸ Ancak eziyet suçu bakımından maddenin gerekçesinde, işkence suçunda öngörülen “*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açacak hareket*”ten söz edilmemektedir. Eziyet suçunun maddi unsurunun işkenceye paralel düzenlendiği dikkate alındığında, bu hususun neden eziyet suçu kapsamında ele alınmadığını anlamak oldukça zordur. **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 289, 290; **SEVÜK**, s. 1275.

onun niteliğine göre TCK'da bulunan hükümler dahilinde sorumlu tutulabilecekti. Mevcut düzenlemeye göre mağdura yönelik gerçekleştirilen hareketler, genel bir tutum çerçevesinde, belli plan dahilinde ve süreçte işlenirse eziyet, ani olarak gerçekleştirilirse fiilin niteliğine göre ilgili suç tipini oluşturacaktır.¹³⁹

İşkence suçu, kişinin onurunu kıran her çeşit ihmalî ya da icraî hareketle işlenebileceğinden serbest hareketli bir suçtur.¹⁴⁰ Kanun, suçun her türlü hareketle meydana gelebileceğini öngörmekteyse, düzenlenen suç serbest hareketli bir suç olarak nitelendirilir.¹⁴¹ Bu bağlamda işkence suçu kanundaki sonuçları meydana getirmeye elverişli herhangi bir hareketle işlenebilir. Kanunî düzenlemede hareketin nasıl yapılacağı değil, yapılan hareketin hangi sonuçlara sebebiyet vereceğine vurgu yapıldığından ve “davranışlar” denilerek çeşitli şekillerde işlenebileceği anlaşıldığından, suçun serbest hareketli bir suç olduğuna işaret edilmektedir. Birden çok neticenin birlikte gerçekleşmesiyle sadece birinin gerçekleşmesi arasında suçun oluşumu bakımından fark bulunmamaktadır. Bütün neticelerin gerçekleşmesi, temel cezanın belirlenmesinde daha üst sınırdan belirlemeye etki edebilir.¹⁴² İşkence suçu düzenlemede sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. Herhangi bir sonuç meydana

¹³⁹ bkz. Yar. 8. CD., T. 11.06.2012, 7409/19929, **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 257-261.

¹⁴⁰ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 123; **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 210; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 93; **HAFIZOĞULLARI – KETİZMEN**, “İşkence ve Eziyet Suçları”, s. 1209; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 245.

¹⁴¹ **ALACAKAPTAN**, Uğur: Suçun Unsurları, AÜHF. Yay., Ankara 1975, s. 46.

¹⁴² **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 210-214.

gelmemiş olması suçun oluşumuna etki etmez. Hareketin tamamlanmasıyla suç tamamlanacaktır.

TCK’da işkence suçu, “*bedensel ve ruhsal yönden acı çektiren*”, “*algılama ve irade yeteneğini ihlal eden*” ve “*aşağılayan*” hareketlerle işlenen seçimlik hareketli bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Burada öncelikle insan onuru ve sistematik hareket kavramları incelenecek ve ardından da sırasıyla kanunda düzenlenen seçimlik hareketler ele alınacaktır.

a. Davranışın İnsan Onuruyla Bağdaşmayan Nitelik Taşınması

İşkence suçuna vücut veren hareketlerin insan onuruyla bağdaşmaz bir nitelik göstermesi, kanunda ortak bir özellik olarak ele alınmıştır. “*İnsan onuru*” kavramı genel anlamıyla; “*bilinçli olma*”, “*kendi kaderini tayin etme*” ve “*kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran, insanın hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılması*”nı anlatan bir olgudur.¹⁴³

¹⁴³ DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s. 62; ŞAHİN, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 70; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, s. 268.

İşkence yasağı, kişilerin insan onuru temelli iç değerlerini korumayı esas alır. Bu yasağın sağladığı güvenceden yararlanmak için herhangi bir şart ileri sürülemez.¹⁴⁴ Bu anlayış, Kant'ın insanı “*iç değeri olan bir varlık*” olarak ele aldığı felsefesine dayanır.¹⁴⁵ Söz konusu anlayışla birlikte insan onurunun dokunulmazlığı, insanın başka amaçlar için bir araç derecesine indirgenmesini yasaklar ve kendi başına bir amaç sayılmasını, buna uygun işlem ve saygı görmesini emreder.¹⁴⁶ Görüldüğü gibi, burada önemli olan hususun “*hür irade*” olduğu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir iradenin dokunulmaz olduğu, ancak hukuk devletinin olduğu yerde ileri sürülebileceğinden; hukuk devleti ilkesi insan onuru kavramının zırhını oluşturur.¹⁴⁷ AYM de bir kararında; “*‘İnsan haysiyeti’ kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele, ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunması zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gerekir.*” şeklinde açıklamıştır.¹⁴⁸

¹⁴⁴ **BOYAR**, Oya: “*İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, edit. Sibel Inceoğlu, Şen Matbaa, B. 1, Ankara 2013, s. 137-157.

¹⁴⁵ **KANT**, Emmanuel: Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Çev. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, B. 4, Ankara 2009, s. 52.

¹⁴⁶ **MAHLMANN**, Matthias: “*The Basic Law at 60-Human Dignity and The Culture of Republicanism*”, German Law Journal, C. 11, S. 1, Y. 2010, s. 24; **MERAN**, s. 246.

¹⁴⁷ **ÖZTÜRK**, Bahri: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi, No. 17, Ankara 1991, s. 68.

¹⁴⁸ AYM., E. 1963/132, K. 1966/29, T. 28.6.1966.

“İnsan onuru”, birey özgürlüğüyle doğrudan ilgili bir kavramdır.¹⁴⁹ İnsanı iradesi dışında davranmaya zorlayan, özgür düşünüp karar verme ve irade serbestisini kısıtlayan davranışlar, belirli bir ağırlık seviyesine varmak koşuluyla insan onuruna saldırı olarak nitelendirilebilir.¹⁵⁰ Tüm bu açıklamalar ışığında, belirli bir ağırlık seviyesine ulaşılarak insan onurunun ihlal edilip edilmediği her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

b. Davranışın Sistematik Şekilde Ortaya Çıkması

İnsan onurunu ihlal edecek nitelikte olan her davranış işkence suçunun maddi unsurundaki hareketlere uygun olsa bile, yalnızca buna dayanarak “*işkence suçu oluşmuştur*” demek mümkün değildir. Bunun yanında belli bir süreç içerisinde sistematik uygulama halini almış olması da gerekmektedir. Belli bir süreç içerisinde sistematik bir uygulama biçimini almış olması kriteri, maddede “*yol açacak davranışları gerçekleştiren*” ifadesi kullanılarak dolaylı bir şekilde ifade edilmişse de, gerekçede açıkça belirtilmiştir. Gerekçenin kanuna dahil olmadığı, fakat maddenin yorumlanması için bir yol gösterici rolü bulunduğu bahisle, gerekçeye göre; “*aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerin, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde bir amaca yönelik olarak işlenmeleri durumunda işkence suçu oluşur.*” Esasen işkencenin tespitinde bu kadar önem arz eden bir hususun madde metninde açık olarak ifade edilmesi daha yerinde

¹⁴⁹ **BOYAR**, Oya: “*Anayasa Hukuku ve Şiddet*”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 1, Y. 2016, s. 74.

¹⁵⁰ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 95.

olurdu. Gerekçede bahsedilen sistematikliği, aynı hareketlerin yapılması şeklinde anlamamak gerekir. Sistematiik olmakla kastedilen, “mağdura karşı yapılan birden fazla saldırının, genel bir tutum çerçevesinde gerçekleştirilen davranışların bir parçası olması ya da önceden kararlaştırılmış, organize ve düzenli bir seyir izlemesidir.”¹⁵¹ Hareketler farklılaşsa da, bütün olarak dikkate alındığında sistematik bir uygulama halini almış hareketler de işkence suçunu oluşturabilecektir. Örneğin, ifade alma sırasında ikrara zorlamak amacıyla mağdurun yüzüne tüküren bir kamu görevlisinin, daha sonraki aşamalarda mağdura tokat atması, yakınlarını göz altına almakla tehdit etmesi bütün olarak dikkate alındığında işkence suçunu oluşturacaktır.¹⁵²

Kimi hareketler mahiyetleri gereği belli bir süreçte ve sistematik bir uygulamayı gerektirirler. Örneğin; foseptik çukurunda bekletilen bezle mağdurun gözlerini bağlamak, falakaya yatırmak, Filistin askısı ve Çin işkencesi uygulamak gibi. Bunlar, doğrudan işkence suçunu oluştururlar. Sistematiiklik unsuru esas alındığında, mağdura bir tokat atan, mağdurun yüzüne tüküren veya onu tehdit eden kamu görevlisi, bu fiilleri cezalandıran suçlardan; söz konusu hareketlerin sistematik şekilde uygulandığı hallerdeyse işkenceden sorumlu tutulacaktır.¹⁵³ Dolayısıyla işkence suçu, insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren, algılama veya irade yeteneğini etkileyen ya da aşağılanmasına yol açan davranışların sistematiklik kazandığı

¹⁵¹ YAŞAR – GÖKCEN – ARTUÇ, s. 3170; SEVÜK, s. 1277; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 243.

¹⁵² DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 99.

¹⁵³ ÜZÜLMEZ, İlhan: “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, YTCK Tanıtım Semineri, <https://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc>, Ocak 2005, s. 4, 5, (E.T. 19.09.2018); ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, s. 270, 271; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 244.

hallerde tamamlanır; bu hareketlerin icrasına devam edildiği sürece suç işlenmeye devam eder ve kesintinin gerçekleştiği anda sona erer. Ancak sistematik olma unsuru, işkenceyi karakterize eden bir olgu olmakla birlikte, her işkencenin sistematik olduğu, sistematik olmayan hareketin işkenceyi oluşturmayacağı verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere doğru değildir. Nitekim 1984 BM İşkence Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları esnasında, sistematik olma kriterinin öngörülmesi önerilmiş; fakat “*münferit bir hareketin de işkence olabileceği*” gerekçesi ileri sürülerek öneri geri çevrilmiştir.¹⁵⁴

Suçun esasen ani suç olduğunu, aralıksız devam ettiğindeyse kesintisiz suç halini alacağını savunan görüşe¹⁵⁵ göre; TCK açısından işkence kavramına tanınan fonksiyon çerçevesinde, kanunda ağırlık kıstası olmamasına rağmen failin hareketinin işkence olarak nitelendirilebilmesi için belli bir seviyeye ulaşması gerekmektedir. Burada önemli olan, söz konusu davranışın objektif niteliğidir. Yani, yapılan hareketlerin işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli nitelik ve ağırlıkta olup olmadığının soyut olarak değerlendirilmesidir. Eğer ceza hukuku açısından hafif seviyede kalan davranışlar söz konusuysa, bunların işkence kapsamına sokulması mümkün değildir. Bu ağırlık kıstasının uygulanması hakimın takdirine bağlıdır. Davranışın objektif yapısını dikkate alırken, aynı zamanda mağdurun yaşı, sağlık durumu, cinsiyeti gibi sübjektif unsurları da dikkate alacaktır.¹⁵⁶ Bu görüşün aksine doktrindeki baskın görüş işkence suçunun ani değil belli bir zaman içerisinde yayılmış biçimde sistematik olarak gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürerek, TCK'da ağırlık

¹⁵⁴ ÖNOK, s. 412; DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 100.

¹⁵⁵ ÖNOK, s. 415; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 123; ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Yay., İstanbul 2006, s. 342.

¹⁵⁶ ÖNOK, s. 98.

kıstasına yer verilmemesinin isabetli olduğunu savunur. Bir insanın, insan olmasıyla kazandığı değerin hiçe sayılarak, yapılan muamelenin ağırlığının belirlenmesi için ikinci bir incelemeye tâbi tutulması kabul edilemez. İnsan onuruyla bağdaşmayan her davranış özünde zaten ağır olduğundan “ağırlık kıstası”nın olmayışı bir eksiklik olarak değerlendirilemez.¹⁵⁷ İlk görüş, suçun ani suç olduğunu ve tespiti için de ağırlık kıstasının kullanılması gerektiğini benimserken; ikinci görüş, suçun belli bir zaman içerisinde gerçekleşmesi gerektiğini ve tespiti için bir unsur olarak sistematikliğin kullanılmasını isabetli bulur. İkinci görüş kabul edildiğinde işkence, maddi unsurlarının benzemesi nedeniyle ayırt edilmesi zorlaşan suç tiplerinden ayrılması daha kolay hale gelecektir.¹⁵⁸ Madde gerekçesinde de bu görüşü destekler biçimde şu ifadelere yer verilmiştir: “İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler”. Madde gerekçesinin kanun metnine dahil olmaması nedeniyle yalnızca gerekçeden yola çıkarak bu yorumun yapılması tartışmalara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle söz konusu tartışmalar göz ardı edilmeden gerekçede bir unsur olarak değinilen sistematikliğe ve sistematiklikten ne anlaşılması gerektiğine kanun metninde yer verilmesi daha isabetli olacak, bu konudaki tartışmalara son verebilecektir. Bu noktada BM’nin sistematikliği bir unsur olarak kabul etmediğini ve münferit olayların da somut olaylarda işkence olarak karşımıza çıkabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir.

Sistematik olarak süreklilik gösteren hareketlerin aynı olması gerekmez. Farklı hareketlerle de sistematiklik sağlanabilir. Sistematiklik ve kesintisizlik aynı anlama gelmez. Bu nedenle, bir gün aralıklarla yapılan işkence sistematiktir fakat kesintisiz

¹⁵⁷ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 98, 99.

¹⁵⁸ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 93.

değildir. Kesintili sistematiklik söz konusu ise işkence suçu oluşur. Kesintisizlik varsa, hareket tek olmakla birlikte olayın şartlarına ve yoğunluğuna göre işkence suçu oluşabilir.¹⁵⁹ İşkence aralıklarla devam ettiğinde yani süreklilik söz konusu değilse, suç işleme kararında birlik varsa zincirleme suç ortaya çıkabilecekken TCK m. 43/3'e göre işkence suçunun zincirleme suç olarak işlenemeyeceği kabul edilmiştir.¹⁶⁰

c. Davranışın Kişinin Bedensel veya Ruhsal Yönden Acı Çekmesine

Neden Olması

İşkence suçunu meydana getiren seçimlik hareketlerden biri, “*insan onuruyla bağdaşmaz suretteki bedensel veya ruhsal acı çektiren davranışların gerçekleştirilmesi*”dir. Bu tarz hareketler; işkence, zalimane ve insanlık dışı davranışlar şeklinde gerçekleşen kötü muameleleri kapsayan hareketlerden oluşur ve sayısız şekillerde işlenebilir. Fiziksel ya da ruhsal acıya sebep olan kasıtlı hareketler bu anlamda işkenceyi oluşturur. Doğrudan bedenî dokunulmazlığın ihlal edilmesi gerekli değildir. Vücut dokunulmazlığını aykırı olarak, vücuda ve aklî sağlığa yönelik bedensel veya ruhsal acı verebilecek davranışlar bu kapsamda değerlendirilir. Nitekim, maddede yalnızca bedensel değil, ruhsal acıdan da bahsedilmek suretiyle kötü muamelenin bu yönüne de dikkat çekilmiştir.¹⁶¹

¹⁵⁹ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 210, 211.

¹⁶⁰ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 123.

¹⁶¹ **ÜZÜLMEZ**, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, s. 5; **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 213; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 95.

Yaralama suçunun oluşması için mağdurun acı çekmesi aranmaktayken, işkence suçunun oluşması için bu durumun aksine mağdurun gerçekten acı çekip çekmediği aranmaz.¹⁶² Davranışın, mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine yol açacak nitelikte olması yeterlidir.

d. Davranışın Kişinin Algılama veya İrade Yeteneğinin Etkilenmesine Neden Olması

İşkence suçu, “*kişinin algılama ve irade yeteneğini etkileyen davranışlar*” ile de işlenebilir. Kişideki algılama ve irade yeteneği insan olmasının bir vasfıdır. Söz konusu niteliklerin kaybına yol açan hareketler insan onurunun ihlali anlamına gelir.¹⁶³ Bilinç; “*algılaması, anlayışı, hissetmesi ve duyması sonucunda bir kimsenin kendisinin ve çevresinin durumunu doğru ve normal olarak değerlendirebilme gücü*”dür. İrade ise, “*insanın kendi davranışlarını yönlendirebilme yetisi*”dir. Yani kişinin düşünceleriyle davranışları hususunda özgürce seçim yapabilmesidir yeteneğidir. Bu irade, bilgilerin bilinç tarafından değerlendirilmesi sonucu bir hedefe yöneltilmesiyle meydana çıkar. İradenin fiziken görünür hali seçim sonucunda gerçekleşen davranışlardır. Kimi durumlarda kişi, özgür iradesiyle kendi davranışının seçimini yapamaz. Çeşitli baskılar nedeniyle serbest iradesiyle davranışlarına yön verememekte, düşünceleriyle davranışları arasında seçim yapamamakta, varsaydığı olguları, hezeyanların baskısıyla veya başkasının telkinleriyle hareket edebilmektedir.¹⁶⁴ Kişinin olayları algılamasına ve

¹⁶² ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, s. 269.

¹⁶³ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, s. 5.

¹⁶⁴ HANCI, İ. Hamit: Adli Tıp ve Adli Bilimler, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 510; DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 96.

bu algılama kapsamında davranışlar geliştirmesine engel olan her türlü hareket işkence suçu olarak değerlendirilebilir.¹⁶⁵ İrade yeteneğini etkileyen hareketler çeşitlilik göstermektedir. Örneğin, CMK. m. 148’de sayılan, “*şüphelinin ve sanığın özgür iradesine dayalı beyanda bulunmasını engelleyici nitelikte kötü davranma, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahalelere dayanan yasak sorgu yöntemleri*”nin, kişinin algılama ve irade yeteneğini etkileyecek nitelikte olduğu söylenebilir.¹⁶⁶

e. Davranışın Kişinin Aşağılanmasına Neden olması

İşkence suçu için kanunda düzenlenen diğer hareket, bir kimseye karşı aşağılayıcı davranışların gerçekleştirilmesidir. Küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek anlamına gelen “*aşağılamak*”¹⁶⁷, insanın hangi şartlar altında olursa olsun insan oluşunun kazandığı değeri yok sayan, inciten hareketlerle ortaya çıkar. Aşağılayıcı davranışlar; kişinin itibarını, onur ve şerefini hedef alan hareketlerden oluşmaktadır. Kişiyi aşağılayan, değerinden ve niteliğinden daha aşağı seviyeye indiren, hor gören hareketler haysiyet kırıcıdır. Yargıtay, haysiyet kırıcı hareketleri “*bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğindeki fiiller*” şeklinde tanımlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na göreyse, “*bireyi, diğer kişilerin önünde büyük ölçüde utanca boğan ya da onu kendi arzu ya da iradesine aykırı davranmaya yönlendiren eylemler*” aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilir. Komisyona göre, kişiye yönelik küçültücü dil kullanılması veya kişinin çıplak bırakılması da aşağılayıcı muamele

¹⁶⁵ MERAN, s. 248.

¹⁶⁶ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, s. 5.

¹⁶⁷ <http://www.tdk.gov.tr/> (E.T. 19.09.2018).

örneklerindendir. Bir davranışın aşağılayıcı davranış olup olmadığını belirlerken, objektif kıstaslara dayanmak şartıyla kişinin toplumsal konumu da dikkate alınmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bir kararında; “*kişiyi rütbe, konum ve şöhret açılarından daha alt düzeye düşüren edimleri*” ve “*bir kişiyi grup içerisinde ırk temelinde farklı muameleye tabi tutan uygulamaları*” aşağılayıcı davranış olarak nitelendirmiştir. Buna göre, bir kişi hakkında renk, ırk, cinsiyet veya din farklılığı gözetilerek işlem yapılması diğer şartları da sağladığı takdirde onur kırıcı muameleyi oluşturmaktadır.¹⁶⁸ İşkence suçu, aşağılama şeklinde işlendiğinde sırf hareket suçu özelliğine sahip olur.¹⁶⁹

f. Hukuka Uygunluk Nedeninin Bulunmaması

Hukuk düzeniyle bir çatışmanın söz konusu olabilmesi için, işlenen fiilin bir ceza normu tarafından öngörülen yasak veya emre aykırılık taşıması, aynı zamanda da hukuk düzeninde başka bir norm tarafından yapılmasına izin verilmemiş ya da yapılmasının emredilmemiş olması gerekir. Sonuç olarak bir ceza normunun suç saydığı fiile, başka bir kural tarafından izin veriliyorsa, bu durumda fiilin hukuk düzeniyle çatışmadığı, başka bir deyişle hukuka aykırı olmadığı kabul edilir. Kanunun tarafından yasaklanan fiile izin verilerek onu hukuka aykırı olmaktan çıkaran kurallara “*hukuka uygunluk nedenleri*” denir.¹⁷⁰

¹⁶⁸ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, s. 5, 6.

¹⁶⁹ ÖZEN, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 212.

¹⁷⁰ SANCAR, Türkan Yalçın – KÖPRÜLÜ, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yay., Ankara 2014, s. 179.

Geniş anlamda hukuka aykırılık “*hukukça korunmuş hak ve yarara saldırı, yani fiilin hukuk düzenine uygun olmaması*” anlamına gelir.¹⁷¹ Hukuka uygunluk nedenleri hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerdir. Dolayısıyla fiilin, dış dünyaya hukuka uygun olarak yansımaya neden oldukları için suçun varlığından söz edilemeyecek, ceza sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.¹⁷²

İşkence suçunu düzenleyen TCK m. 94’te, “*hukuka uygunluk nedenleri*”ne ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple; TCK m. 24, 25 ve 26’da öngörülen hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde genel olarak ele alınması gerekmektedir. Bu noktada, “*amirin emrini icra*” ve “*mağdurun rızası*” özellik arz etmektedir. “*Hakkın kullanılması*” ise, işkence suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulmaz. “*Düşman ceza hukuku*” görüşü¹⁷³ temelinde, meşru savunma ve zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olabileceği savunulmaktadır. Çoğunlukla terör olaylarının önlenmesi amacıyla, bahsedilen iki halin hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağı tartışılabilir¹⁷⁴; baskın görüş, “*insan onuru*”nun en yüksek değer olduğundan hareketle, işkence suçunda hiçbir gerekçenin

¹⁷¹ **KUNTER**, Nurullah: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, İÜ. Yay., İstanbul 1949, s. 77.

¹⁷² **CENTEL**, Nur – **ZAFER**, Hamide – **ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul 2014, s. 273-275.

¹⁷³ bkz. **İÇEL**, Kayıhan: Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin Yay., Çev. M. Cemil OZANSÜ, Ankara 2008, s. 489-495.

¹⁷⁴ bkz. “*Ticking Time Bombs*”. **LEWIS**, Michael W.: “*A Dark Descent Into Reality: Making The Case For An Objective Definition Of Torture*”, Washington and Lee Law Review, Vol. 67, I. 1, s. 86-88.

hukuka uygunluk nedeni olamayacağı yönündedir. Nitekim “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” m. 2’de de “Hiçbir istisnâî durum, ne savaş hali ne de savaş tehdidi, iç siyasi iktidarsızlık veya herhangi bir olağanüstü hal işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez. Bir üst görevlinin veya resmî merciin emri işkencenin haklılığına gerekçe gösterilemez.” denilerek suçun herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olamayacağı vurgulanmıştır.¹⁷⁵ Bir kişinin hayatı risk altında olsa bile işkence yasağında hiçbir istisnaya yer verilmediği ve hiçbir durumun işkenceyi meşru kılmayacağı AİHM’nin 1 Haziran 2010 tarihli Gafgen – Almanya kararında belirtilmiştir.¹⁷⁶

¹⁷⁵ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 103.

¹⁷⁶ “Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde, bir erkek çocuk olan J.’nin nerede olduğuyla ilgili polis tarafından sorgulandığı sırada tabi tutulduğu muamelenin, Sözleşme’nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muamele olan işkence oluşturduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş ifadesinin ceza davasında delil olarak kullanılmış olması nedeniyle, bir kimsenin kendini etkili bir şekilde savunma hakkını ve kendini suçlandırmama hakkını içeren Sözleşme’nin 6. maddesinde güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir.” AİHM bu davada kaçırılmış olan çocuğun hayatını kurtarma amacıyla da olsa işkencenin kabul edilemeyeceği sonucuna varır. Başvuru no. 22978/05 http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-ALMANYA.pdf (E.T. 19.09.2018); **İTİŞGEN**, Rezzan: Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 183,184; bkz. **DÜLGER**, Murat Volkan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gafgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, TBBD., Y. 2014, s. 325-410.

TCK m. 24/2 uyarınca, “Yetkili bir merciiden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.” Ancak AY m. 137/2; “Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.” hükmü gereğince yetkili merci tarafından verilen emrin konusunun suç içermemesi gerekir.¹⁷⁷ AY’deki düzenlemeye paralel olarak TCK m. 24/3’de de, “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.” denilerek konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette ifa edilemeyeceği, emrin yerine getirildiği durumdaysa, hem yerine getirenin hem de emri verenin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.¹⁷⁸

Ceza hukuku anlamında rıza; “rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin, üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değere karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylaması”dır.¹⁷⁹ 5237 sayılı TCK “ilgilinin rızası”nı hukuka uygunluk nedeni olarak açıkça düzenlemiştir. TCK m. 26/2’ye göre, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”. Bu hükme göre, bir hukukî menfaatin ihlaline sahibi rıza göstermiş ise; buradaki rıza, fiili hukuka uygun hale getirebilecektir. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği

¹⁷⁷ **GÜNAL**, H. Yılmaz: Yetkili Merciin Emrini İfa, AÜSBF. Yay., Ankara 1967, s. 1-3.

¹⁷⁸ **ÖZGENÇ**, İzzet: Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukuki Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik, İÜSBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1990, s. 190,191; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 104.

¹⁷⁹ **ŞAHİN**, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yay., İstanbul 2012, s. 7.

durumlar, kural olarak, “*tasarrufu kişinin şahsına bırakılmış haklara ilişkin olanlar*”dır. Kişilerin hangi haklar üzerinde tasarrufta bulunabileceğiye, hukuk düzeni göz önüne alınarak belirlenmektedir. Kamusal nitelikte olan, devletin ve toplumun yararını ilgilendiren konularda kişinin rızası geçersizdir. Rıza, kişiye ait menfaatler bakımından da sınırsız bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Zira, rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, konusunun ahlâka, adaba ve kanuna aykırılık teşkil etmemesi gerekir. TMK m. 23/2’de, “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*” denilerek kişinin hürriyetini ve dokunulmazlığını, bireyin kendisine karşı da korumuştur. Buna göre, sağlık veya vücut bütünlüğüne ağır tecavüz teşkil edecek hareketler için de rıza geçerli değildir. İşkence suçuyla korunan hukuki menfaat, kişilerin mutlak tasarrufuna bırakılmış değerlerden değildir.¹⁸⁰

Öğretide işkence suçunda hiçbir şekilde hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir.¹⁸¹

C. MANEVÎ UNSUR

Suçun ancak özel kastla işlenebileceğini öngören mülga TCK’nın aksine¹⁸², işkence, 5237 sayılı TCK’daki düzenlemeye göre genel kastla işlenebilmektedir. Kast;

¹⁸⁰ ÜZÜLMEZ, “*Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*”, s. 6; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 252.

¹⁸¹ ÖZEN, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 215.

“kişinin, davranışının insan onuruyla bağdaşmadığını bilmesi, davranışıyla bir kimseye bedensel veya ruhsal acı vermeyi, aşağılamayı, algılama veya irade yeteneğini etkilemeyi istemesi”dir.¹⁸³ Genel bir görev suçu olan işkence suçunun, suça özelliğini kazandıran “özel kast” olgusundan soyutlanmasıyla bu suç tipinin içinin boşaltıldığı kabul edilmektedir. İşkence suçunu eziyet suçu, kasten yaralama suçu vs. gibi suçlardan ayırmak için özel kastın aranmaması isabetli olmamıştır.¹⁸⁴ İşkence suçunun benzer suçlardan ayırt edilebilmesi için failin belirli bir saikle hareket etmesine TCK m. 94’te yer verilmelidir. Yargıtay da bazı kararlarında¹⁸⁵ failin belirli bir saikle hareket etmesini aramaktadır.

Bir görüş, failin bu suçu işlemesi için bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerektiğini, olası kastın bu suçun oluşumu için yeterli olmadığını savunur.¹⁸⁶ Diğer bir

¹⁸² Mülga kanuna göre “özel kastı oluşturan saik a) sanığa cürümlerini söyletmek ya da b) sayılan kimselere karşı (i) olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını engellemek için ya da (ii) şikayet veya ihbarda bulunması sebebiyle, tanıklık etmesi sebebiyle veya c) diğer herhangi bir sebeple failin işlenmesi”ydi.

¹⁸³ **HAFIZOĞULLARI – KETİZMEN**, “İşkence ve Eziyet Suçları”, s. 1210; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 251.

¹⁸⁴ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 215; **ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE**, s. 276; **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 282.

¹⁸⁵ Yar. 4. CD., T. 9.5.2007, E. 2007/2313, K. 2007/4406; “Emniyet karakol görevlisi olan sanıkların bir soruşturma sırasında olayları bildirmesini engellemek ve beyanlarını değiştirmesini sağlamak amacıyla katılanı karakola çağırıp gözlerini bağlayarak dövmek suretiyle kötü muamelede bulunma eylemlerinin işkence suçunu oluşturabileceği” (<http://www.legalbank.net>)

¹⁸⁶ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 210.

görüŖŖŖe, kanunun lafzından hareket ederek iŖkence suçuğun bazı durumlarda tek hareketle de iŖlenebileceęi benimsendiğinden olası kastın varlığını kabul eder.¹⁸⁷ Serbest hareketli bir suç olan iŖkence suçu birçok farklı hareketle iŖlenebileceęinden somut olaya göre olası kastın varlığıyla bu suçun iŖlenmesi mümkündür. Suçuğun taksirli haline TCK’da yer verilmediğinden iŖkence suçunun taksirle iŖlenmesi mümkün değildir.¹⁸⁸

Maddenin gerekçesinde ele alınanın aksine, iŖkence kamu görevlisinin iŖledięi kasten yaralamadan öte, nitelik olarak farklı bir kavramdır.¹⁸⁹ Bu farklılığı yaratan da suçun manevî unsuru yani failin saikidir.¹⁹⁰

Failin, hareketinin iŖkence niteliği taşıdığını bilmemesi veya bu konuda yanılması hukukî yanılmadır, kastı ve dolayısıyla sorumluluğu ortadan kaldırmaz.¹⁹¹ Failin, iŖledięi fiilin haksızlık oluŖturduęu konusunda “*kaçınılmaz bir hataya düşmesi*” olası değildir. Hata esaslı olmadığı sürece kusurluluk ortadan kalkmayacaktır.¹⁹² Failde mağduru öldürme yönünde doğrudan ya da olası kastın olmaması gerekir. Aksi takdirde nitelikli kasten öldürme suçu oluŖur.¹⁹³

¹⁸⁷ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 215.

¹⁸⁸ **ÖZBEK – KANBUR – DOğAN – BACAKSIZ – TEPE**, s. 275.

¹⁸⁹ bkz. **TEZCAN**, Durmuş – **ERDEM**, Mustafa Ruhan: DEÜHF’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in: Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, TBB. Yay., Eylül 2004, s. 351.

¹⁹⁰ **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 282.

¹⁹¹ **DEMİRBAŖ**, İŖkence Suçu, s. 106.

¹⁹² **HAFIZOğULLARI – KETİZMEN**, “*İŖkence ve Eziyet Suçları*”, s. 1210.

¹⁹³ **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 282.

6. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

a. Genel Olarak

TCK m. 94/2’de nitelikli işkence suçuna yer verilmiş ve bentte sayılan hâllerin gerçekleşmesi durumunda cezanın ağırlaştırılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, m. 94/2-a’da suçun; *“çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı”*, m. 94/2-b’de *“avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde”*, cezanın sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunması düzenlenmiştir. TCK m. 94/3’te ise, *“işkence cinsel tacizde bulunmak suretiyle gerçekleşmişse”*, faile on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür.

TCK öntasarısı m. 430/4’te; *“Suçun, amirin etkileyici müdahalesi ile işlendiği sabit olan hallerde faile verilecek cezanın üçte biri indirilir.”* şeklinde hafifletici sebebe yer verilmiştir. Öncelikle söz konusu tasarıda yer alan *“amirin etkileyici müdahalesi”* kavramının anlamı yeterince açık değildi. Şayet bu ifade *“emir”* anlamında kullanılmışsa, AY’de bulunan *“Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”* kuralı karşısında, bunun

AY'ye aykırı olacağı açıktır.¹⁹⁴ Ayrıca BM Sözleşmesi m. 2/3'teki; “*Bir görevlinin veya bir kamu merciin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.*” hükmü de buna benzer bir düzenlemedir.¹⁹⁵

b. Ağırlaştırıcı Nedenler

aa. Suçun Çocuğa, Beden ve Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye ya da Gebe Kadına Karşı İşlenmesi (TCK m. 94/2-a)

Çocuk, TCK m. 6'da tanımlanmıştır. Buna göre, “*henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi, çocuktur*”. Dolayısıyla bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için fiilin işlendiği sırada mağdurun 18 yaşını doldurmamış olması gerekir.¹⁹⁶

“*Beden ve ruh sağlığı bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimse*” tabirinden ne anlaşılacağı ve bunun hangi ölçüte göre belirleneceği düzenlenmemiştir. Mağdurun fiile direnemeyecek kadar küçük olmasının yanında, bir kimsedeki ruhsal ve bedensel hastalıklar da derecesine ve niteliğine göre, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasını gerektirebilir. Kolu veya bacağı kesilmiş olan kimseye karşı gerçekleştirilen fiillerde kişinin kendisini savunma imkanı bulunmadığı gibi, bedeninde yeni gerçekleşmiş bir cerrahinin dikişleri bulunan kişinin de faile direnmesi mümkün

¹⁹⁴ **TOROSLU**, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 99.

¹⁹⁵ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 111.

¹⁹⁶ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 112.

değildir. Bunların yanında zeka geriliği bulunan kimseye karşı gerçekleştirilen eylem de bu bendin uygulanmasını gerektirebilir. İşkenceye karşı direnme imkanı bulunmayan, kendini savunamayacak durumda olan kişinin ihtiyar, engelli veya normal sağlıklı biri olması arasında bir fark yoktur.¹⁹⁷ Failin dışarıdan bakıldığında fark edilemeyen, kuşkuyu gerektirecek bir özellik veya belirtinin de bulunmadığı beden veya ruh durumundaki zayıflıktan, fail sorumlu tutulamayacaktır. Failin sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun içinde bulunduğu durumu bilmesi gereklidir.¹⁹⁸

Fiilin “*gebe kadına karşı işlenmesi*” durumu da suçun nitelikli hali kapsamında değerlendirilir. Gebe kadının kendisini savunamayacak durumda olması şartı aranmamıştır. Failin, işkence yaptığı kadının gebe olduğunu bilmesi gerekir.¹⁹⁹ İşkence sonucu gebe kadın erken doğum yaparsa TCK m. 95/1-e’ye göre ceza yarı oranda, çocuğunu düşürürse TCK m. 95/2-e’ye göreyse ceza bir kat artırılabacaktır.²⁰⁰

bb. Suçun Avukat veya Diğer Kamu Görevlisine Karşı Görevi Dolayısıyla İşlenmesi (TCK m. 94/2-b)

“*Suçun avukata veya kamu görevlisine karşı ve görevini yerine getirmesi dolayısıyla işlenmesi*”, işkence suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Suçun salt

¹⁹⁷ **HAKERİ**, Hakan: Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Edit.: İlyas DOĞAN, Ankara 2009, s. 359.

¹⁹⁸ **MERAN**, s. 249, 250.

¹⁹⁹ **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 250.

²⁰⁰ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 221.

“avukata veya diğer kamu görevlisine karşı” işlenmesi yeterli olmayıp mağdura görevinin gereğine uygun davranması sebebiyle işkence yapılması gerekir. Yani nedensellik bağı bulunmalıdır.²⁰¹ Hatta, madde gerekçesine göre²⁰², kişinin kamu görevlisi sıfatı sona ermiş olsa bile işkenceye maruz kalması halinde diğer şartların da varlığı halinde bu nitelikli hal uygulanacaktır.²⁰³

Kamu görevlilerinin kimler olduğundan daha önce bahsedildiği için burada tekrar değinilmeyecektir.

cc. Suçun Cinsel Yönden Taciz Şeklinde Gerçekleşmesi (TCK m. 94/3)

TCK m. 94/3’e göre, “*ışkence suçu cinsel tacizde bulunmak suretiyle gerçekleştirilmişse faile on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilmesi*” öngörülmüştür. Bir görüşe göre, TCK’daki “*cinsel yönden taciz*” ifadesinden, cinsel dokunulmazlığa karşı hareketlerin tamamını anlamak gerekir. Bu görüş; burada bileşik

²⁰¹ **HAFIZOĞULLARI – KETİZMEN**, “*İşkence ve Eziyet Suçları*”, s. 1210; **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 221.

²⁰² TCK m. 82’nin gerekçesine göre; “(g) *bendinde, suçun kamu görevlisine karşı ve görevini yerine getirmesi dolayısıyla işlenmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir. Suçun salt kamu görevlisine karşı işlenmesi yeterli değildir; mağdurun, görevinin gereklerine uygun davranılması dolayısıyla öldürülmesi gerekir. Hatta, kamu görevliliği sıfatı sona ermiş olsa bile, kişinin kamu görevinin gereklerine uygun davranması dolayısıyla öldürülmesi hâlinde de bu nitelikli unsur oluşacaktır.*”

²⁰³ **MERAN**, s. 250.

suçun söz konusu olacağını, faile ayrıca cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan ceza verilmeyeceğini ileri sürer.²⁰⁴ Diğer bir görüşe göre ise, mağdura uygulanan fiillerin bu hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi için “*cinsel saldırı*” boyutuna ulaşmamış olması gerekir. Aksi durumda, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi²⁰⁵, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezalandırmak gerekir.

“*Cinsel taciz*”, rıza hilafına işlenen cinsel özgürlüğe karşı suçlar arasındaki en hafif ihlali teşkil etmekte ve vücut teması gerektirmemesi nedeniyle diğer suçlardan ayrılmaktadır.²⁰⁶ İşkence suçunun cinsel taciz şeklinde gerçekleştirilmesi durumunda fail, TCK m. 94/3’e göre cezalandırılacaktır. Ancak cinsel tacizin, cinsel saldırı boyutuna ulaşması durumunda fail ayrıca eylemin niteliğine göre TCK m. 102 veya m. 103 uyarınca cezalandırılacaktır.²⁰⁷ Cinsel tacizin TCK m. 105’teki cezası dikkate alındığında, bu nitelikli hal için öngörülen cezanın yerinde olmadığı ifade edilir. Çünkü

²⁰⁴ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 125; **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 221; **HAFIZOĞULLARI – KETİZMEN**, “*İşkence ve Eziyet Suçları*”, s. 1211.

²⁰⁵ “Üçüncü fıkra göre, fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Dikkat edilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdur üzerinde gerçekleştirilen fiillerin cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olması gerekir. Aksi takdirde, işkence suçunun yanı sıra, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekecektir.”

²⁰⁶ Detaylı bilgi için bkz. **TANER**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (6545 ve 6763 Sayılı Kanun Değişiklikleriyle), Seçkin Yay., Ankara 2017, s. 397-447.

²⁰⁷ **MERAN**, s. 251.

cinsel taciz, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların en hafifi olmasına rağmen, işkence suçuyla bileşik suç haline gelmesi halinde en ağır şekilde cezalandırılmaktadır. Böyle bir durumda, cinsel saldırı şeklinde işkence suçunu işleyen failin her iki suç nedeniyle aldığı cezaların toplamı bu nitelikli halin altında olabilecektir.²⁰⁸

e. Hafifletici Neden

Bu suç bakımından herhangi bir hafifletici neden öngörülmemiştir. Kanun işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinden bahsetmiş, ancak bunun bir hafifletici neden sayılamayacağını belirtmiştir. Öğretide işkencenin gerek icrai hareketle gerekse de ihmali hareketle işlenebileceği kabul edilir.²⁰⁹ İşkence suçunun ihmali hareketle işlenmesi durumu kanunda açıkça düzenlenmiştir. TCK'ya göre ihmal suretiyle icrai suçlar; kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence ile sınırlandırılmıştır. Sayılan ilk iki suç tipi için kanunda bir ceza indirimi öngörülmüşken işkence suçunda böyle bir indirimde yer verilmemiştir.²¹⁰ Bu düzenlemeye göre, “*Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*” İşkence suçunun işlendiğini bilmesine rağmen müdahale etmeyen kamu görevlisinin fiili de tıpkı icrai davranışla söz konusu suçu işleyen kişi gibi cezalandırılacaktır.²¹¹

²⁰⁸ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 112.

²⁰⁹ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 212.

²¹⁰ **HAFIZOĞULLARI – KETİZMEN**, “İşkence ve Eziyet Suçları”, s. 1211; **ÖZEN**, Mustafa: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, TBBD., S. 63, Y. 2006, s. 100.

²¹¹ **MERAN**, s. 243.

İşkence suçunun ihmali hareketle işlenebilmesi bakımından sorun hangi kamu görevlisinin müdahale yükümlülüğü taşıdığı noktasındadır. Düzenlemenin gerekçesine göre; *“İşkence suçu çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımî muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır.”* Görüldüğü üzere yasakoyucu bu yükümlülüğü daha ziyade amirlere yüklemiştir.²¹² Söz konusu yükümlülüğün kaynağı; uluslararası sözleşmeler, Anayasa ve kanunlar olabilir. Failin işkence fiilinden haberdar olan, fakat amir konumunda bulunmayan ast durumundaki bir kamu görevlisinin bunu önleme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı bir sorun teşkil edebilir. TCK m. 279’un tüm kamu görevlilerine, görevleriyle ilgili olarak öğrendikleri suçları yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü yüklemesi ve kolluk kuvvetlerinin de PYSK m. 1 gereğince suç önleme yükümlülüğünün bulunması nedeniyle, yalnızca amir konumundaki kamu görevlilerinin sorumluluğuna gitmek, kanunlarla yüklenen hukukî yükümlülükler çerçevesinde değerlendirildiğinde yeterli olmayacaktır. Şu halde, düzenlemenin gerekçesinde *“amirlerin bu tarz ihmalleri dolayısıyla sorumlu oldukları”*ndan bahsedilmesi sınırlayıcı olarak düşünülmemelidir.²¹³

²¹² ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, s. 271, 272.

²¹³ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 102; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 246.

B. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Teşebbüs, elverişli hareketlerle icra hareketlerinin başlamasından sonra failin elinde olmayan nedenlerle hareketlerinin kesilmesi durumunda söz konusu olur. Teşebbüs suç işleme kastını gerektirir. Bu nedenle teşebbüs halinde kalan suç objektif yönden tamamlanmamış olsa da manevî yönden tamamlanmış kabul edilebilir.²¹⁴ Bazı durumlarda işkence teşkil eden hareketler yapılmış olmasına rağmen, mağdurun bedenî ya da ruhî yapısından kaynaklanan çeşitli nedenlerle cismanî veya manevî acı duymaması mümkün olabilir. Fakat bu suç açısından önemli olan husus, hareketlerin cismen veya manevî bakımdan acı vermeye veya insanlık onurunu kırmaya elverişli olmasıdır. Sırf davranış suçu olarak kabul edilen işkence suçunun tamamlanması için kanunda tanımlanan davranışların yapılması yeterlidir, ayrıca bir sonucun gerçekleşmesi aranmamıştır. Sırf davranış suçuna teşebbüsün mümkün olmadığını savunan görüşler de bulunmakla birlikte, kimi örneklerde de karşımıza çıkabileceği gibi, şayet hareket parçalara bölünebiliyorsa suça teşebbüsün mümkün olduğu söylenebilir.²¹⁵ Bunun için hareketin neticeyi meydana getirebilecek nitelikte olması yeterlidir.²¹⁶ Örneğin mağduru falakaya yatırmak üzere hazırlanmışken, son anda yakalanan polis memurunun fiili teşebbüs aşamasında kalmıştır.²¹⁷ Suçun tamamlanması açısından ise, mağdurun istenileni söylemiş olmasına gerek yoktur, cebir araçlarının kullanılması yeterlidir.²¹⁸

²¹⁴ **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 274, 275.

²¹⁵ **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 294; **BAŞER – YENİDÜNYA**, s. 50; **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 216, 217.

²¹⁶ **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 285-287.

²¹⁷ **ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE**, s. 276.

²¹⁸ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 107; **NUHOĞLU**, s. 573.

Fail, elverişli hareketlerle icrasına başladığı hareketlerinden suç tamamlanmadan gönüllü olarak vazgeçerse, vazgeçtiği ana kadar yapılan hareketler ayrı bir suç oluşturuyorsa TCK m. 36 gereğince ancak o suçtan sorumlu olur.²¹⁹ Failin suçun sonucunun gerçekleşmesini önlemesi de bu kapsamda değerlendirilir.²²⁰

C. İŞTİRAK

İşkence suçu, suç tipinde failin sıfatının “*kamu görevlisi*” şeklinde bir unsur olarak gösterilmiş olması nedeniyle özgü bir suçtur, bu niteliğe sahip olmayan birinin işkence suçunu işleyebilmesi mümkün değildir.²²¹ TCK m. 40/2’de “*özgü suçlara iştirak*” düzenlenmiştir ve suçun işlenişine iştirak eden fakat özel faillik niteliğini taşımayan kimselerin yardım eden ya da azmettiren olarak sorumlu olacakları kuralı getirilmiştir. Ancak TCK’da işkence suçunun iştirak halinde işlenmesine ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. TCK m. 94/4’e göre işkence suçunda iştirak mümkündür ve işkence suçuna iştirak eden kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.²²² Bir görüşe göre, yardım edenleri asıl fail gibi cezalandırmak subjektif sorumluluk ilkesiyle bağdaşmayacağından yardım eden, asıl fail olarak değil yardım eden olarak suça olan katkısına göre sorumlu olmalıdır. Kamu görevlisi olmayan fail, asıl fail olarak kamu

²¹⁹ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 217; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 254.

²²⁰ **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 291.

²²¹ **ÖNDER**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., C. 2, İstanbul 1989, s. 49; **BAŞER – YENİDÜNYA**, s. 50.

²²² **ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE**, s. 276; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 107; **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, s. 248, 249.

görevlisiyle birlikte fiili icra edebilir veya kamu görevlisine suç işleme kararı verdirtebilir ya da kamu görevlisine araç temin edebilir. Ancak TCK'daki işkence düzenlemesine göre azmettiren de yardım eden de aslî fail gibi cezalandırılacaktır. Bu hükmün, genel iştirak hükümleri karşısında özel hüküm niteliği taşıdığı kabul edilir.²²³ Birden çok kamu görevlisi işkence suçunu birlikte işlediklerinde herbiri suçun faili olarak değerlendirilir.²²⁴

İşkence suçu özgü bir suç olduğundan bu suça iştirak edebilmek için failin kamu görevlisi olduğunun yardım edenler tarafından bilinmesi gerekir.²²⁵

D. İÇTİMA

a. Genel Olarak

TCK'nın suçların içtimasıyla ilgili hükümlerine bakıldığında zincirleme suç, fıkri içtima ve bileşik suçun düzenlendiği görülür. Suçların içtiması hakkındaki genel kurallar burada da uygulama alanı bulacaktır.

²²³ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 209.

²²⁴ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 122.

²²⁵ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 217.

b. Fikri İçtima

*“İşlediği bir hareketle birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet veren kişinin bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması”*nı öngören fikrî içtimaya ilişkin TCK m. 44 hükmü burada da geçerli olacaktır. İşkencenin tehditle, yaralamayla veya hakaretle yapılması vb. durumlarda yalnızca işkence suçunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği ve fikrî içtimaya gitmeye gerek olmadığı savunulur. Bunun dışında, işkence suçunun içinde erimeyen başkaca suçlar söz konusu olduğunda fikrî içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bu görüşten farklı olarak suçun cinsel saldırıyla işlenmesi durumunda, öğretide madde gerekçesiyle de paralellik arzeder bir biçimde hem cinsel saldırı suçundan hem de işkence suçundan gerçek içtima kuralları çerçevesinde ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiği savunulmaktadır.²²⁶ Mevcut düzenlemeler uyarınca burada da fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür.

c. Bileşik Suç

TCK m. 42’de *“bileşik suç”* düzenlenmiştir. Buna göre; *“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”*

İşkence suçuyla kasten yaralama suçunun ya da cinsel tacizin aynı fiilde birleşmesi durumunda bileşik suç söz konusu olacağından biri diğerinin unsuru olması

²²⁶ ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, s. 277.

ya da ağırlaştırıcı nedenini oluşturmaları sebebiyle, failin ayrıca yaralama ya da cinsel taciz suçundan sorumlu tutulması bileşik suç esaslarına göre mümkün olmaz.²²⁷

İşkence suçunun göçmen kaçakçılığının nitelikli hali olduğuna dair bir örnek verilirse; TCK m. 79/2-b’de göçmen kaçakçılığının, “*onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi*” nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla göçmenlerin bu muameleyle karşılaştıkları durumlarda, eğer fail kamu görevlisiyse, bu düzenlemeyle işkence suçu arasında bileşik suç ilişkisi söz konusu olacaktır.²²⁸

d. Zincirleme Suç

Failin işkenceyi, “*bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda bir kişiye karşı veya birden fazla kişiye karşı tek bir fiille gerçekleştirmesi*” durumunda zincirleme suçu düzenleyen TCK m. 43 hükmü uygulanmaz.

TCK m. 43/3’e göre; “*kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.*” Esasında teorik olarak, burada “*zincirleme suç*” ilişkisinin bulunması mümkündür, fakat yasakoyucu bu suçları daha ağır bir şekilde cezalandırmayı istemiştir.²²⁹

²²⁷ **MERAN**, s. 256; **ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE**, s. 277; **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 108, 109.

²²⁸ **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, s. 109.

²²⁹ **SANCAR**, Türkan Yalçın: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’*”, TBBD., S. 70, Y. 2007, s. 257.

TCK m. 43/3 gereğince, işkence suçunda zincirleme suçla ilgili hükmün uygulanması olanaklı olmadığından böylesi bir durumda birden çok suç oluşur, bunun neticesinde de işkence hükümleri “*gerçek içtima*” uyarınca kişi sayısınca uygulanır. İşkence suçunun oluşabilmesi için hareketlerin süreklilik taşıması gerektiği durumlarda bu özellik dikkate alınacak olursa, her bir hareket ayrı bir suç değil, bir bütünün parçaları özelliğine sahip olduğu için tek bir suç oluşturacaktır.²³⁰

765 sayılı TCK’da zincirleme suç hususunda bu şekilde sınırlayıcı bir düzenleme olmamasına rağmen, mağdurların farklı kişiler olması halinde, zincirleme suçun uygulanması Yargıtay tarafından kabul edilmiyordu. Nitekim Yargıtay CGK, “*Tuzlu Bulamaç*” adıyla bilinen olayda; “*Olayda, suçlarını ikrar ettirmek ve altınların yerini söyletmek için yapılan işkence sonucu bu üç kişi ölmüş olduğuna göre sanıkların her maktule karşı yapmış oldukları eylemlerden dolayı bağımsız olarak cezalandırılmaları ve her maktul için ayrı ayrı ceza tayiniyle*” şeklinde karar vererek, zincirleme suç hükümlerinin bu durumda uygulanmaması gerektiğini ortaya koymuştur.²³¹

7. MÜEYYİDE

5237 sayılı TCK m. 94/1’e göre işkence suçunu işleyen kamu görevlisi, “*üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası*”yla cezalandırılır. Suçun nitelikli hallerini içeren

²³⁰ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 218, 219; **ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE**, s. 277.

²³¹ Yar. CGK., T. 4.4.1983, E. 1983/8-64, K. 1983/156. <http://www.kazanci.com.tr> (E.T. 19.09.2018).

m. 94/2'deyse fail hakkında “*sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası*”na hükmolunur. Söz konusu cezaların alt sınırı üç yıl ve sekiz yıl olduğundan ve TCK m. 49/2'ye göre, cezalar kısa süreli sayılmadığından adli para cezasına çevrilmeleri veya ertelenmeleri mümkün değildir.

İşkence suçunun 765 sayılı mülga TCK'dan farklı olarak düzenlendiği gözönünde bulundurulduğunda, maddenin muğlaklığı, doktrinde bu belirsizliğin uygulamada birtakım sorunlar doğurabileceği fikrinin ileri sürülmesine neden olmuştur. Gerçekten de eziyet ve işkence suçunun sınırlarının kanunda açıkça çizilmemesi sebebiyle işkence olan değerlendirilebilecek hareketin kamu görevlileri tarafından görevleriyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde bile kamu görevlilerinin cezasını hafifletmek adına eziyet suçundan hüküm kurulabilmesi olanaklıdır.²³² Böylesi bir durumda “*üç yıldan on iki yıla kadar*” olan müeyyide, “*iki yıldan beş yıla kadar*” olabilecektir.

8. SUÇUN MUHAKEMESİ

A. ŞİKAYET

Suçun kovuşturulması şikayet koşuluna bağlı değildir. Kanun değişikliğiyle, işkence suçu için izin koşulu kaldırılarak re'sen soruşturma yolu açılmıştır. Bu nedenle, fail hakkında doğrudan soruşturma ve kovuşturma başlatılabilecektir.²³³ Ancak işkence suçunun takibi bakımından ortaya çıkan özellik failin kamu görevlisi olması

²³² SEVÜK, s. 1275.

²³³ ÖZEN, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 208.

bakımındandır. 4483 sayılı kanun gereği kamu görevlilerinin işledikleri suçlar ayrı bir yargılama usulüne tabidir. Ancak işkence suçu 4483 sayılı kanun kapsamında yer almadığı için, bu suçtan yargılanan kamu görevlileri için izin prosedürü işlemeden yargılama gerçekleştirilebilir.²³⁴

B. ZAMANAŞIMI

11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanunla TCK m. 94'e eklenen *"Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez."* hükmüyle işkence suçlarına zamanaşımı yasağı getirilmiştir. İşkenceyle daha etkin mücadele edilebilmesi için getirilen bu düzenleme yerinde olmuştur. Mülga TCK'da böyle bir hüküm bulunmadığından zamanaşımı gerekçesiyle birçok düşme kararı verilmiştir.²³⁵

C. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Yargılamayı yapmakla görevli mahkeme, *"Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun"* m. 12'ye göre *"Ağır Ceza Mahkemeleri"*dir. AİHS'nin en temel hükümlerinden biri olan yaşam hakkının ve demokratik toplumların vazgeçilmezi olan işkence yasağının ihlali durumunda; taraf olan devletlerin, bu ihlalleri etkin bir şekilde soruşturma yapma yükümlülükleri doğar. *"Etkin soruşturma yükümlülüğü"*nden maksat, AİHS dâhilindeki haklardan birinin ihlal edilmesi halinde, iç hukuk kapsamında devletin yetkili

²³⁴ ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, s. 277.

²³⁵ DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 115.

makamları tarafından gereken araştırmaların ve incelemelerin yapılarak sorumlu olanların tespit edilebilmesi, cezalandırılabilmeleri için adli merciiler huzuruna çıkarılmaları, yani etkin bir cezai soruşturmanın yapılmasıdır. Bu soruşturma yükümlölükleri görevli ve yetkili mahkemeler tarafından yerine getirilir. Taraf devletlere etkin bir cezai soruşturmayla ihlal edilen hakla ilgili soruşturmanın hangi şartlarda, nasıl ve kimler tarafından yapılacağı gibi konularda çeşitli yükümlölükler yüklenmiştir.²³⁶

9. SUÇUN BENZER SUÇLARDAN FARKI

İşkence suçunun maddî unsurunun “*mağdura bedensel veya ruhsal yönden acı vermesi*” olması nedeniyle aynı zamanda yaralama, cebir, tehdit ve hakareti de içermektedir. Bu sebeple işkence suçu birkaç suçu birden bünyesinde barındırabilen bir suç tipidir. Her ne kadar hareketin sürekli ve sistematik olması kanun metninde suçun zorunlu unsuru olarak sayılmasa da, işkence suçunu benzer suçlardan ayırtedebilmek için bir kıstas olarak değeriendirilebilir. Mağdura bir tokat atılması yaralama; gözdağı verilmesi tehdit veya cebir; küfür edilmesi de hakareti oluşturur. Ancak sözkonusu hareketlerin süreklilik arzetmesi, aralıklarla da olsa tekrarlanması diğeri şartların da varlığı halinde işkence suçuna vücut verecektir. Hareket “*sistematik olarak, önceden tasarlanarak, örgütlü olarak, bir plan dahilinde yapılan hazırlık doğrultusunda ve emir komuta zinciri içinde işbölümü yapılarak icra edilmesi*” durumunda işkence suçunu

²³⁶ **BİLGE**, Burak: “*AIHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlölüğü*”, İnönü Üniversitesi HFD., C. 5, S. 2, Y. 2014, s. 367-369.

oluşturabilecektir.²³⁷ İşkence, benzer suçlardan kişi üzerindeki tesirinin ya da azap ve eziyetinin daha ağır olması bakımından ayrılır.²³⁸

İşkence suçuyla diğer suçlar arasında net bir ayırım ortaya koyabilmek için, işkencede failin, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi, belli saiklerle hareket etmesini aramak yerinde olacaktır. Suçun mahiyeti değerlendirildiğinde, bu suç tipinin ortaya çıkma nedenleri ve korunan hukukî değerler de gözönünde bulundurulduğunda işkenceyi diğer suçlardan ayırt edebilmek için kullanılabilir en önemli kriter, failin amacı olmalıdır. Fail, bir yargılama faaliyeti çerçevesinde kişiden bilgi elde etmek, kişiyi cezalandırmak vb. gibi amaçlarla hareket ediyor ise, fiil işkence kapsamında ele alınmalıdır. Genel kastla işlenen diğer fiiller bakımındansa, tehdit, kasten yaralama, cinsel saldırı vb. suçlara ilişkin hükümlerin uygulanması yeterli korumayı sağlayabilecektir.²³⁹

IV. İŞKENCE SUÇUNUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN HALLERİ

1. GENEL OLARAK

Mülga TCK döneminde neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hali objektif sorumluluk olarak kabul edilmekteydi. Objektif sorumluluk; kişinin sebebiyet verdiği neticeden kast

²³⁷ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 208.

²³⁸ ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta Yay., İstanbul 1985, s. 208.

²³⁹ BAŞBÜYÜK, s. 1471.

veya taksir derecesinde kusuru bulunmasa bile sorumlu olmasıdır. “*Kişinin icrai ya da ihmali hareketinin sonucu olan neticeden, herhangi psişik bir bağın varlığı aranmadan, yalnızca nedensellik bağı sebebiyle sorumlu tutulması manasına gelen*” objektif sorumluluğun zorunlu ve yeterli tek unsuru, failin sorumlu olduğu neticenin onun iradi hareketinin ürünü olmasıdır.²⁴⁰ TCK m. 23’le birlikte, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta fail açısından objektif sorumluluk hali kaldırılmıştır.²⁴¹

“*Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar*”da, kasten işlenmekte olan temel suç, daha ağır veya başka bir netice meydana getirmektedir. Bu bakımdan söz konusu neticeden kişiyi sorumlu tutabilmek için failin, en azından taksir derecesinde kusurunun olması gerekir.²⁴² Bu nedenle, TCK m. 95’te yer alan netice sebebiyle ağırlaşan haller bakımından TCK m. 23’te öngörülen koşulların gerçekleşmesi gerekir.²⁴³ İşkence teşkil eden fiillerin sonucu olarak, öngörülebilir fakat dikkat ve özen yükümlülüğünün aykırılık nedeniyle öngörülemeyen daha ağır bir neticenin gerçekleşmesi durumunda fail, “*neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar*”dan sorumlu olacaktır. “*Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar*” bakımından genel prensip TCK m. 23’te yer almaktadır. Bununla birlikte kanunkoyucu bazı suç tiplerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini özel olarak düzenleme gereği duymuştur. Bunlardan biri de TCK m. 95’te, dört fıkra halinde düzenlenen “*neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence*” suçudur. Bu suçun söz konusu olması için gerçekleşmesi gereken neticeler; cezanın yarı oranında artırılmasını gereken haller, cezanın bir kat artırılmasını gereken haller, sekiz-on beş yıla kadar hapis cezasını

²⁴⁰ **ÖZEN**, Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yay., Ankara 1998, s. 18.

²⁴¹ **TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2012, s. 227.

²⁴² bkz. **DOĞAN**, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011, s. 5 vd.

²⁴³ **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 222.

gerektiren haller ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren haller olmak üzere kanunda dört grupta ele alınmıştır.²⁴⁴

2. CEZANIN YARI ORANINDA ARTIRILMASINI GEREKTİREN HALLER

A. MAĞDURUN DUYULARINDAN VEYA ORGANLARINDAN BİRİNİN İŞLEVİNİN SÜREKLİ ZAYIFLAMASI (TCK m. 95/1-a)

“İnsan vücudunda belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş herbir bölüme” organ adı verilir. Bu organlardan işitme, koklama, görme, dokunma ve tatma organları ile dış dünyadaki uyarıların algılayabilme yeteneğineyse duyu denilmektedir.²⁴⁵ Tıbbî-hukukî anlamda, aynı anatomik ya da fizyolojik işlevi yerine getiren türdeş unsurların bütünü organdır. Göğüs kafesi de bu anlamda bir organ kabul edilir. Bazı durumlarda hem duyu hem de organ birlikte zayıflamış olabilirse de, organın zayıflamış olması duyunun veya tam tersi duyunun zayıflamış olması organın da zayıflamasını gerektirmez.

İşkence neticesinde mağdurun duyu ya da organlarının gördüğü zarar nedeniyle işlevleri zayıflayabilir. Duyu veya organların işlevinin zayıflaması; *“görevini işkenceye maruz kalmadan önceki gibi devam ettirememesi, fonksiyonlarında azalmanın meydana gelmesi veya bu organlar görevini yerine getirirken güçlüklerin ortaya çıkması”* anlamına gelmektedir. İşkencenin bu nitelikli hal kapsamında olması için mağdurun

²⁴⁴ ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, s. 273, 274.

²⁴⁵ <https://www.tdk.gov.tr> (ET. 03.10.2018).

duyu ya da organlarından birinde sürekli bir zayıflamanın oluşması yeterlidir, işlevini tamamıyla yerine getirememesi şart değildir. Vücutta çift olarak bulunan el, göz, kulak gibi organlardan birinde ortaya çıkacak işlev zayıflaması da bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilir.²⁴⁶ Yargıtay da vücudumuzda çift halde bulunan organların her birini bağımsız bir organ olarak kabul etmektedir.²⁴⁷ Mağdurdaki duyu ve organlarda ortaya çıkan zayıflığın sürekli olması gerekir. Tedaviyle giderilebilecek nitelikteki bir kayıp, bu suçun nitelikli hal kapsamına girmesini engeller. Ancak bu tedavi, işlevi sürekli olarak zayıflayan organ yerine protezin kullanılmasına neden olmuşsa; bu durumda suç, “*neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence*” kapsamında değerlendirilir.²⁴⁸

Öğretide tartışılan bir konu da dişlerin kırılması durumunda bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Dişler de organ olarak kabul edildiği için, dişlerin kırılması, çiğneme işlevinde bir zorluk ortaya çıkarmışsa; ancak bu durumda zayıflık sayılabilir ve nitelikli halin uygulanması yoluna gidilebilir. Bu nedenle her somut olayın özelliğine göre dişlerdeki kırılmanın çiğneme işlevi üzerindeki etkisi değerlendirilerek bir sonuca varılması yerinde olur.²⁴⁹ Burada bir diğer nitelikli hal olan “*konuşmada sürekli zorluk*” durumu da göz önünde bulundurulmalıdır.²⁵⁰

²⁴⁶ **KIZIROĞLU**, Serap Keskin: “*Kasten Yaralama Suçu*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 1, İstanbul 2015, s. 670.

²⁴⁷ bkz. Yar. 4. CD. 02.07.1973, 3364/6380; Yar. CGK. 2.11.1999 4-183/250.

²⁴⁸ **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 234, 235; **BALAK**, Ahmet Can: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, ÇÜSBE., YLT., Ankara 2009, s. 104, 105.

²⁴⁹ **DÖNMEZER**, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s. 97.

²⁵⁰ **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 235, 236.

B. MAĞDURUN KONUŞMASINDA SÜREKLİ ZORLUK MEYDANA GELMESİ (TCK m. 95/1-b)

“*Konuşmada zorluk*”, açık ve anlaşılır şekilde konuşabilme ve kendini ifade edebilme yeteneğinin tahribata uğraması anlamına gelmektedir. Bu tahribat; akıcı konuşamamak, anlaşılır konuşamamak ya da kekelemek şeklinde ortaya çıkabilir. İşkence niteliğindeki davranışların, bu nitelikli hal kapsamına girmesi için mağdurun konuşma yeteneğini tamamıyla kaybetmesi gerekmez. Konuşma yeteneğinde ortaya çıkan güçlüğü nedeni önemli değildir; konuşma merkezinde ya da konuşma organında meydana gelen bir bozukluk sonucu oluşabilir. Önemli olan bunun sürekli olmasıdır.²⁵¹

C. MAĞDURUN YÜZÜNDE SABİT İZ OLUŞMASI (TCK m. 95/1-c)

TCK’nın gerekçesinde çehre anlamında kullanılan “yüz”ün, “*kişinin boyun ve kulakları dahil başın ön kısmı*”nı ifade ettiği belirtilmektedir. Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan tanıma göre de yüz: “*Kişiye cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırı, yanlarda kulaklar dahil olmak üzere kulakların arkasından inen hayali düz çizgilerin her iki klavikula ile kesiştiği noktalar ile altta fossa jugularisten başlayıp yanlara doğru klavikulaları takip eden çizgiler arasında kalan bölgedir.*”²⁵²

²⁵¹ **KAYMAZ**, Seydi – **GÖKCAN**, Hasan Tahsin: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2006, s. 195; **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 236, 237.

²⁵² <https://www.adlitipankara.gov.tr> (ET. 03.10.2018).

“Sabit iz”, yüzün doğal görünüşünü etkileyen her türlü değişikliktir, mutlaka bir yara izi olması ya da mağdurun çirkinleşmiş olması gerekmez. Adli Tıp Kurumu, “*yüz sınırları içinde oluşan yaranın iyileştikten sonra bıraktığı iz, gün ışığında veya iyi aydınlatılmış bir ortamda, insanlararası sözel diyalog mesafesinden (1-2 metre) ilk bakışta belirgin bir şekilde fark edilebiliyorsa*”, buna sabit iz demiştir. Bir izin sabit iz olarak nitelendirilebilmesi için tedavi sürecinin tamamlanmış, yaranın iyileşmiş olması gerekir. Bunun dışında yara şeklinde ortaya çıkmamakla birlikte insan yüzünün sürekli değişmesine neden olan ağız yapısındaki görülebilir bozukluk, sakalın ya da bıyığın dökülmesi gibi durumlar da sabit iz olarak verilebilir, önemli olan yüzün doğal görünüşünün etkilenmiş olmasıdır.²⁵³

Öğretideki bir görüşe göre saçın kalıcı olarak dökülmesi sabit iz olarak nitelendirilmiştir.²⁵⁴ Fakat Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan, öğretilerde de kabul edilen yüz tanımına bakıldığında; yüzün üst sınırı saçlı derinin sınırıdır ve bu da gösterir ki kişinin saçlarının dökülmesi yüzde oluşan bir değişiklik değildir.²⁵⁵ Yüzdeki izin saklanabilir bir iz olması ya da estetik tedaviyle giderilebilmesi, izin belirgin bir şekilde fark edilebilir niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Olağan bir tedaviyle giderilemeyen iz, sabit iz olarak nitelendirilip işkence suçunun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet verecektir.²⁵⁶

²⁵³ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 237; BALAK, s. 106, 107.

²⁵⁴ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 237.

²⁵⁵ BALAK, s. 107.

²⁵⁶ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 148.

D. MAĞDURUN YAŞAMINI TEHLİKEYE SOKAN BİR DURUMA YOL AÇMASI (TCK m. 95/1-d)

“*Yaşamsal tehlike*”, işkencenin yakın bir ölüm neticesini meydana getirebilecek olması, kısa süreli de olsa kayda değer bir ölümcül sonuca neden olma olasılığı doğuran durum anlamına gelir.²⁵⁷ Tehlike yeterli olup, neticenin gerçekleşmemiş olması gerekir. Tehlikenin fiilen gerçekleşmesi mağdurun ölmesi anlamına geldiğinden ve işkence sonucu ölüm de TCK m. 95/4’te düzenlendiğinden, bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmeyecektir.²⁵⁸

Kişinin yaşamını tehlikeye sokan fiilin niteliğinin ya da süresinin bir önemi yoktur. Bir an için bile olsa mağdurun hayatını tehlikeye sokan durumun gerçekleşmiş olması yeterlidir.²⁵⁹

E. GEBE BİR KADINA KARŞI İŞLENİP DE ÇOCUĞUNUN VAKTİNDEN ÖNCE DOĞMASINA NEDEN OLMASI (TCK m. 95/1-e)

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için “*çocuğun vaktinden önce ve canlı olarak doğmuş olması*” gerekmektedir. Burada çocuğun ne zaman vaktinden önce doğmuş sayılacağı, her gebe mağdurun sağlık durumu ve gebelik sürecindeki durumuna göre tıp

²⁵⁷ **KAYMAZ – GÖKCAN**, s. 196; **CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT**, Kişilere Karşı Suçlar, s. 149.

²⁵⁸ **BALAK**, s. 108.

²⁵⁹ **KİZİROĞLU**, s. 672; **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, s. 238.

biliminden yararlanılarak tespit edilir.²⁶⁰ Çocuğun doğduktan sonra ne kadar yaşadığının nitelikli hal bakımından önemi yoktur. Failin bu nitelikli halden sorumlu olabilmesi için, mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekir. Bu hususta olası kast da yeterlidir.²⁶¹ Eğer çocuk “ölü olarak” doğmuşsa; TCK m. 95/1-e kapsamında değil, m. 95/2-e kapsamında değerlendirilecektir.

3. CEZANIN BİR KAT ARTIRILMASINI GEREKTİREN HALLER

A. MAĞDURUN İYİLEŞME OLANAĞI BULUNMAYAN BİR HASTALIĞA VEYA BİTKİSEL HAYATA GİRMESİ (TCK m. 95/2-a)

Hastalık, “*kişinin vücut fonksiyonlarının yerine getirilmesinde bozukluğa neden olan her türlü patolojik durum*”dur. Buradaki nitelikli hal kapsamına, mağdurun herhangi bir hastalığa değil, iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalığa girmesi dahil edilir. Hastalığın tıp bilimine göre o gün için “*iyileşmez*” nitelik taşıması nitelikli halin oluşması için yeterlidir.²⁶²

Suçun nitelikli hali olarak düzenlenen bir diğer durumsa, “*mağdurun bitkisel hayata girmesi*”dir. 5237 sayılı TCK, 765 Sayılı mülga TCK’dan farklı olarak mağdurun bitkisel hayata girmesini, suçun sonucu nedeniyle ağırlaştırılmış hal olarak düzenlemiştir. Bitkisel hayat; “*kişinin dış dünya ile fiziksel ve nörolojik bağının, iletişiminin kesildiği, ancak solunum fonksiyonunun devam ettiği durum*”dur. Bitkisel

²⁶⁰ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 149.

²⁶¹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 239.

²⁶² BALAK, s. 109; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 239.

hayat deyimi beyin ölümünden farklı olarak değerlendirilir. Aradaki fark, bitkisel hayata girenlerin uzak ihtimal olsa da iyileşme olanağının bulunmasıdır. Bitkisel hayat kişinin “*bilincini yitirmesinden beyin ölümü safhasına kadar geçen süre*” olmakla birlikte, kişinin bu safhaların herhangi bir aşamasında iyileşmesi mümkündür. Bir görüşe göre mağdur bitkisel hayatta olduğu sürece bu durum bekletici sorun yapılmalı ve tıbbi durumun sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.²⁶³ Bitkisel hayat durumunun yıllarca sürebilmesi karşısında bunun gerçekleştirilebilir bir çözüm olmadığı, hüküm kesinleşene kadarki durum üzerinden hüküm kurulması gerektiği ise doktrindeki ağırlıklı görüştür.²⁶⁴

B. MAĞDURUN DUYULARINDAN YA DA ORGANLARINDAN BİRİNİN İŞLEVİNİ YİTİRMESİ (TCK m. 95/2-b)

Suçun bu nitelikli hali, “*mağdurun duyularından ya da organlarından birini veya birkaçını tamamen yitirmesi durumunda*” söz konusu olacaktır. Duyunun işlevini yitirmesi koklama, görme, dokunma, işitme, tat alma gibi dış dünyada meydana gelenleri algılama yeteneğinin yok olmasıdır. Vücutta çift halde bulunan organlardan birinin işlevini tamamıyla kaybetmesi durumunda diğer organ kendi fonksiyonunu görmeye devam edebilir. Bu gibi hallerde de organın işlevini yitirmesinden bahsedilir. Zira bentte organlardan ya da duyulardan birinin işlevini yitirmesinden bahsedilir.²⁶⁵

²⁶³ YAŞAR, Osman – GÖKCAN, Hasan Tahsin – ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 3005.

²⁶⁴ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 240.

²⁶⁵ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 253.

Organın ne zaman işlevini yitirmiş ne zaman zayıflamış olduğu tıbbî bir konudur. Organın işlevini yitirmesi, organın vücuttan ayrılmış olması veya ayrılmamakla birlikte işlevini hiç veya ileri derecede yerine getiremez duruma gelmesidir.²⁶⁶ Organın kaybı durumunda vücuttaki görevi başka organ tarafından yerine getirilebilecek organlardan olan safra kesesi, dalak gibi organlar açısından da fail nitelikli halden sorumludur. Burada önemli olan kişinin organlarından birinin işkence nedeniyle işlevini yitirmesi olup, tıbbî yollarla kaybedilen organın işlevini ikameye yönelik protez vb. araçların kullanılması suçun nitelikli halinin varlığını etkilemeyecektir.²⁶⁷

C. MAĞDURUN KONUŞMA YA DA ÇOCUK YAPMA YETENEKLERİNİN KAYBOLMASI (TCK m. 95/2-c)

“*Konuşma yeteneğinin kaybı*”ndan anlaşılması gereken; hangi nedenle olursa olsun mağdurun anlaşılabilir biçimde konuşma olanağından yoksun kalmasıdır.²⁶⁸ Mağdur başkalarıyla konuşarak iletişim kurabilme yeteneğini tamamen kaybetmektedir. Kekemelik durumu konuşma yeteneğinin kaybı sayılmaz.²⁶⁹ Mağdurun bir cihaz yardımı ile anlaşılır sesler çıkarabilmesi ve düşüncelerini karşısındakilere aktarabilmesi

²⁶⁶ **ÖNDER**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Yay., İstanbul 1994, s. 115; **DÖNMEZER**, s. 106.

²⁶⁷ **KAYMAZ – GÖKCAN**, s. 200.

²⁶⁸ **ÖZBEK**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi-Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı (Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı), C. 2, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 429.

²⁶⁹ **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 115.

durumunda da fail neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkenceden sorumlu olacaktır.²⁷⁰

“Çocuk yapma yeteneğinin kaybolması”; uterus, ovaryumlar ve testisler gibi üremeye yardımcı bulunan organların zarar gördüğü durumlarda söz konusu olabilir. Bu konuda mağdurun cinsel kimliği ya da yaşı önemli değildir, önemli olan mağdurun suç işlenmeden önce bu yetiyi haiz olmasıdır.²⁷¹ Bu noktada potansiyel yeteneğin varlığı da yeterli olacağından, henüz çocuk yapma yeteneğinin gelişeceği yaşa gelmemiş çocuklara karşı işlenen işkence suçunda da bu nitelikli hal uygulama alanı bulabilecektir.²⁷²

Doktrinde, “kadın mağdurun doğal yollardan çocuk yapma yetisini kaybetmesiyle birlikte tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olmasının mümkün olabildiği durumlarda duyu ve organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması ya da yitirilmesi ağırlaştırıcı nedeninin uygulanması gerektiği” görüşünü savunanlar vardır.²⁷³ Aksi görüşe göreyse; “çocuk yapma yeteneğinin kaybı doğal yollardan çocuk yapabilme yeteneğinin kaybedilmesi anlamına gelmektedir”. Bu nedenle tüp bebek yoluyla mağdurun çocuk sahibi olabilmesi, gerçekten de nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.²⁷⁴ Bu nitelikli halin uygulanması açısından, failin doğrudan mağdurun çocuk yapma yeteneğini kaybettirmek kastıyla hareket etmemiş olması gerekir. Failin kastı mağdurun çocuk yapma yeteneğinin kaybı olursa, işkence suçunun yanında TCK m. 101’de düzenlenen kısırlaştırma suçundan da fail sorumlu olacak,

²⁷⁰ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3009.

²⁷¹ KAYMAZ – GÖKCAN, s. 203; ÖZBEK, s. 429.

²⁷² TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 243.

²⁷³ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 155; KIZIROĞLU, s. 676.

²⁷⁴ KAYMAZ – GÖKCAN, s. 203.

yalnızca “*neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçu*”ndan sorumlu tutulmayacaktır.²⁷⁵

D. MAĞDURUN YÜZÜNDE SÜREKLİ DEĞİŞİKLİĞE NEDEN OLMASI (TCK m. 95/2-d)

“*Yüzdeki sürekli değişiklik*”; yüzün görünümünün değişmesi, yüzdeki uyumun ve dengenin bozulmasıdır.²⁷⁶ Mağduru önceden tanıyanlarca tanınabilmesini zorlaştıran; kulağın kopması, yüzün yanması, burnun yarılması gibi durumlardır. Failin bu nitelikli halden sorumluluğuna gidebilmek için, mağdurun yüzündeki değişikliğin sürekli olması gerekir. “*Sürekli değişiklik*”ten anlaşılması gereken, olağan tedaviden sonra da mağdurun tanınmasının zorlaşmasıdır. Olağan tedaviyi aşan estetik ameliyat vs. gibi her müdahalede fail nitelikli halden sorumlu tutulacaktır.²⁷⁷ Yüzün sürekli değişikliği, yüzde sabit izden, yüzün doğal görünümüne etkisinin yoğunluğu açısından birbirinden ayrılır.²⁷⁸

E. GEBE KADINA KARŞI İŞLENİP DE ÇOCUĞUNUN DÜŞMESİNE NEDEN OLMASI (TCK m. 95/2-e)

“*Çocuğun düşmesi*” ile “*çocuğun erken doğması*” arasındaki fark, çocuğun

²⁷⁵ ÖNOK, s. 512; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 243; BALAK, s. 113, 114.

²⁷⁶ DÖNMEZER, s. 197; ÖZBEK, s. 430.

²⁷⁷ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 156; ÖZBEK, s. 430; ÖNOK, s. 512.

²⁷⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 244.

canlı doğmuş olup olmadığıdır. Erken doğum söz konusu olduğunda çocuk canlı doğmaktayken düşme durumunda çocuk ölü doğmaktadır. Failin bu nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi için mağdur kadının gebe olduğunun fail tarafından biliniyor olması veya mağdurun gebe olduğunun en azından anlaşılır olması gerekir.²⁷⁹ Failin doğrudan çocuğun düşmesine kast ederek, çocuğun düşmesine neden olması durumunda TCK m. 99’da düzenlenen “*çocuk düşürtme suçu*” da söz konusu olacaktır.²⁸⁰

4. SEKİZ - ON BEŞ YILA KADAR HAPİS CEZASINI GEREKTİREN HAL (TCK m. 95/3)

İşkence fiillerinin “*vücutta kemik kırılmasına neden olması*” halinde, kırığın hayat fonksiyonlarını etkilemesine göre fail “*sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası*”yla cezalandırılır. Vücuttaki irili ufaklı kemiklerden herbirinin kırılması ya da çatlaması hayati fonksiyonları farklı düzeyde etkilemektedir. Bu etkinin belirlenmesinde, mağdurun günlük işlerini yapabiliyor yapamadığı, eski yaşamına ne kadar zamanda dönebileceği gibi kıstaslara bakılır. Tıbbî açıdan bakıldığında kemikte oluşan çatlama da kemik kırığı olarak değerlendirildiğinden bu nitelikli hal kapsamında ele alınır. Adli tıp kurumunun uygulaması da bu yöndedir.²⁸¹

²⁷⁹ DÖNMEZER, s. 108.

²⁸⁰ ÖNOK, s. 513.

²⁸¹ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 254, ÖNOK, s. 513; BALAK, s. 115, 116.

5. AĞIRLAŞTIRILMIŞ MÜEBBET HAPİS CEZASINI GEREKTİREN HAL (TCK m. 95/4)

İşkence sonucunda “ölüm” gerçekleşmişse, “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası”na hükmolunur. Ölüm anıyla ilgili olarak Türk hukuk sisteminde genel bir düzenleme bulunmamaktadır. “2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunda” ve bu kanunun uygulanmasıyla sınırlı olmak üzere beyinsel ölüm (tıbbî ölüm) ölüm anı olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında ölüm anıyla ilgili genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir görüş 2238 sayılı kanunun uygulama alanı dışındaki konular bakımından biyolojik ölümün esas alınması gerektiğini ileri sürerken²⁸², bir diğer görüşse beyin ölümünün diğer konular bakımından da ölüm anı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur.²⁸³ Beyin ölümünün ölüm anı olarak kabul edildiği ve uygulama alanı bulduğu durumlar kanunda belirtilmiş olduğundan, bu kapsam dışında kalan durumlar için biyolojik ölümün ölüm anı olarak kabul edilmesi daha doğru bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır.

Faili bu nitelikli halden sorumlu tutabilmek için, doğrudan mağdurun ölümünü hedefleyerek hareket etmemiş olması gerekir. Fail en azından taksirle ölüme sebebiyet

²⁸² **HAFIZOĞULLARI**, Zeki – **KETİZMEN**, Muammer: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, ABD., S. 1, Y. 2008, s. 144; **ERGÜN**, Güneş Okuyucu: “Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler”, AÜ Yay., Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 2, Ankara 2015, s. 829, 830.

²⁸³ **CENTEL**, Nur – **ZAFER**, Hamide – **ÇAKMUT**, Özlem Yenerer: Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 2007, s. 25; **ERMAN**, Sahir – **ÖZEK**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 1994, s. 7.

vermiş olmalıdır. Eğer fail, mağdurun ölümüne kastetmişse, kasten insan öldürmenin varlığından bahsedilecektir. Failin sebebiyet verdiği ölüm neticesi bakımından kastı bulunmamasına rağmen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılması doktrinde haklı olarak, hem kusur ilkesine aykırılığı yönünden hem de suçun ağırlığıyla orantılı cezaya hükmedileceğini öngören TCK m. 3/1’le bağdaşmayan bir anlayış olması nedeniyle eleştirilmiştir.²⁸⁴

²⁸⁴ ÖNOK, s. 514; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 150.

V. SONUÇ

İnsanlık tarihi boyunca varolan işkence, ikrarın en önemli delil olarak ele alındığı tahkik sisteminin uygulandığı ceza muhakemesi sistemlerinde maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve sanığa ya da şüpheliye doğruyu söyletebilmek amacıyla uygulanmıştır. Aydınlanma Çağı'yla birlikte insan onuru temelinde ele alınan yaklaşımlarla işkence şiddetle eleştirilmeye başlanmış ve koruma altına alınmıştır.

Kabul edilen ortak bir tanım olmamasına rağmen yapılmış en iyi tanım “İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” m. 1’de yapılan tanımlamadır. Buna göre işkence; *“bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fizikî veya manevî ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir.”* BM’nin yaptığı tanım esas alınarak hukuki düzenlemenin yapılması çalışmada değinilen belirsizliklerin giderilmesi açısından etkili olacaktır.

5237 sayılı TCK’da özgü bir suç olarak düzenlenen işkence suçu yalnızca kamu görevlileri tarafından ve herkese karşı işlenebilen bir suç tipidir. Kanunda kamu görevlisi olması dışında fail açısından bir sınırlama yapılmamıştır. Mağdurun herkes olabilmesi açısından ve suçun manevi unsuru noktasında da 765 sayılı TCK’dan farklı olarak herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu nedenle kanuni düzenleme uyarınca çok basit ve hafif bazı davranışların da işkence olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmektedir. İşkence suçunun, mevcut düzenlemede suça özelliğini kazandıran özel kast olgusundan soyutlanması nedeniyle bu suç tipinin içinin boşaltıldığı kabul

edilmektedir. Mülga TCK'da olduğu gibi failin saikini de dikkate alarak bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde bulunan işkence suçu, düzenleme kapsamının geniş tutulmasının da etkisiyle oldukça belirsizdir ve olası ihlaller açısından da caydırıcılıktan uzaktır. Düzenlemede ne ihlalin yoğunluğuna ne de davranışların sistematik olması koşuluna yer verilmiştir. İşkence suçu düzenlenirken yapılan tanımın genişliği sebebiyle işkencenin, bu suç tipine benzer diğer suçlardan farkının ortaya konulması zorlaşmaktadır. Bu noktada da tanımın neden olduğu belirsizliğin önüne geçilmeli ve sınırları belirli bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. İşkence suçuna ilişkin tartışmalı konuların çözümü için suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun olarak, hukuki güvenlik ve uygun hukuki korumanın da sağlanabilmesi için doğru ve net bir tanımın kanunda düzenlenmesi gerekir.

Sonuç olarak; birçok hukuki menfaati bünyesinde barındıran ve insanlık onuruna bir saldırı niteliğinde olan işkence suçu günümüzde en ağır insan hakkı ihlallerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kanun metnine dahil olmayıp yalnızca kanunun yorumlanmasına yardımcı olabilecek kanun gerekçesinde belirtilen ve esas alınan unsurlara suçun mahiyeti de gözetilerek düzenlemede yer verilmesi ve temel ölçütleri kapsar biçimde yeniden kaleme alınması gerekir.

KAYNAKÇA

AKHAN, Okan: “*İşkence ve İnsan Hakları*”, İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA Bilimsel Toplantı Serileri, S. 9, Y. 1999, s. 43-45.

AKILLIOĞLU, Tekin: “*İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi*”, TODAİE., İHY., C. 10,11, Y. 1988,1989, s. 17-63.

AKSOY, Muammer: “*Şiddet Eylemleri ve İşkenceye Karşı Önlemler*”, ABD., Y. 1981/1, s. 3-18.

AKYÜREK, Güçlü: “*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*”, TBBD., Y. 2012, s. 61-82.

ALCAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, AÜHF. Yay., Ankara 1975.

ALGAN, Bülent: “*İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu*”, AÜHF Yay., Zabunoğlu Armağanı, Ankara 2011, s. 1-36.

ALSTON, Philip – **GOODMAN**, Ryan: International Human Rights, Oxford University Press, Italy 2013.

ALTIPARMAK, Kerem: “*Anayasa Mahkemesi’nin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?*”, Anayasa Yargısı 32, İkinci Oturum, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2015/5.pdf, Y. 2015, s. 145-184.

ANAYURT, Ömer: “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*”, GÜHFD., C. 12, Y. 2008, s. 421-459.

ARSLAN, Çetin – **AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

ARTUK, Mehmet Emin: “*İşkence Suçu (TCK m. 94,95)*”, CHD., S. 7, Ağustos 2008, s. 5-40.

ARTUK, Emin – **GÖKCEN**, Ahmet – **YENİDÜNYA** Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., B. 15, Ankara 2015.

AYDIN, Çağrı Kan: “*Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak ‘Susma Hakkı’*”, TBBD., S. 91, Y. 2010, s. 146-180.

BAKIM, Sevi: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, İstanbul 2008.

BALAK, Ahmet Can: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, ÇÜSBE., YLT., Ankara 2009.

BALKIZ, Neval Oğan: “*Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi - Öneriler-*”, ABD., S. 4, Y. 2001, s. 97-110.

BAŞBÜYÜK, İsa: “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu*”, DEÜHFD., C. 12, Y. 2010, s. 1443-1485.

BAŞER, Mert – **YENİDÜNYA**, A. Caner: “*Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında ‘Yasak Sorgu Yöntemleri’, ‘Saniğin Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu’, ‘İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu’*”, İBD., S. 4, Y. 1996, s. 23-53.

BAYRAKTAR, Köksal: “*İşkenceyi Önlemenin Yolları*”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, s. 185-191.

BAYRAKTAR, Köksal: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*”, Hukuk ve Adalet, S. 5, Y. 2005, s. 220-227.

BECCARIA, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, İmge Yay., B. 5, Ankara 2015.

BİÇER, Ümit – **GÜNDOĞMUŞ**, Ümit Naci – **HANCI**, İ. Hamit ve diğerleri: “*Bir İşkence Yöntemi: ‘Sigara Söndürme’ Olgu Sunumu*”, III. Adli Bilimler Kongresi, Y. 2000, s. 241-243.

BİLGE, Burak: “*AIHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*”, İnönü Üniversitesi HFD., C. 5, S. 2, Y. 2014, s. 367-406.

BOYAR, Oya: “*Anayasa Hukuku ve Şiddet*”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 1, Y. 2016, s. 53-80.

BOYAR, Oya: “*İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, edit. Sibel İnceoğlu, Şen Matbaa, B. 1, Ankara 2013, s. 137-157.

CENTEL, Nur – **ZAFER**, Hamide – **ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul 2014.

CENTEL, Nur – **ZAFER**, Hamide – **ÇAKMUT**, Özlem Yenerer: Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 2007.

CİHAN, Erol: “*Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri*”, MHAD., S. 7, Y. 1971, s. 77-88.

CİHAN, Erol: “*50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu*”, İÜHFM., C. 5, Y. 1984, S. 1-4, s. 133-151.

DAĞCI, Şamil: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2001, s. 249.

DARENDELİ, Abdulvahap: “*İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi*”, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/01.sayi/6abdulvalap.pdf>, AD., S. 1, Y. 1999.

DAVIDSON, Lawrence: “*Torture in Our Time*”, http://www.logosjournal.com/issue_4.4/davidson.htm, I. 4.4, Fall 2005.

DEMİRBAŞ, Timur: İşkence Suçu, Ankara 2016.

DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996.

DİNÇ, Güney: “*Savunma Hakkı ve İşkence*”, TBBD., S. 1, Y. 1988, s. 54-63.

DOĞAN, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011.

DOĞRU, Osman: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yay., İstanbul 2006.

DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001.

DÜLGER, Murat Volkan: “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gafgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu*”, TBBD., Y. 2014, s. 325-410.

ERCAN, Ferhan: İşkencenin Nedenleri ve Kaynakları, Yalçın Yay., İstanbul 1993.

ERDEM, Mustafa Ruhan – **KORKMAZ**, Ömer: “*Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İhlali*”, DEÜSBED., C. 5, S. 2, Y. 2003, s. 182-212.

EREM, Faruk: “*İşkence*”, TBBD., Y. 1988, S. 2, s. 197-207.

ERGÜN, Güneş Okuyucu: “*Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler*”, AÜ Yay., Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 2, Ankara 2015, s. 821-844.

ERGÜN, Güneş Okuyucu: “*Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi*”, YÜHF. Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. 3, İstanbul 2010, s. 527, 542.

ERGÜN, Güneş Okuyucu: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yay., Ankara 2008.

ERMAN, Sahir: “*Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*”, AÜSBFD., C. 2, S. 3, Y. 1947, s. 235- 276.

ERMAN, Sahir: Sahtekârlık Suçları, Ticarî Ceza Hukuku III, B. 5, İstanbul 1987.

ERMAN, Sahir – **ÖZEK**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, TCK 202-281), İstanbul 1992.

ERMAN, Sahir – **ÖZEK**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 1994.

ESGİN, Mehmet: “*İşkence ve Engizisyon*”, BÜİFD., Y. 2013, S. 3, s. 39-60.

European Parliament, Directorate-General For External Policies Policy Department: “*The Role Of Regional Human Rights Mechanisms*”, November 2010, s. 1-115.

FOUCAULT, Michel: Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali KILIÇBAY, İmge Yay., Ankara 1992.

GEMALMAZ, Mehmet Semih: “*Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı*”, TODAİE., İnsan Hakları Yıllığı, S. 14/1, Y. 1992, s. 65-107.

GEMALMAZ, Mehmet Semih: Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yay., İstanbul 1991.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yay., B. 4, Bursa 2006.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na Bireysel Başvuru Hakkı, AÜİHM Yay., no. 10.

GÜNAL, H. Yılmaz: Yetkili Merciiin Emrini İfa, AÜSBF. Yay., Ankara 1967.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “*Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi*”, YTD., Y. 2, S. 10, Y. 1996, s. 638-643.

HAFIZOĞULLARI, Zeki – **GÜNGÖR**, Devrim: “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”, TBBD., S. 69, Y. 2007, s. 21-50.

HAFIZOĞULLARI, Zeki – **KETİZMEN**, Muammer: “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar*”, ABD., S. 1, Y. 2008, s. 143-154.

HAFIZOĞULLARI, Zeki – **KETİZMEN**, Muammer: “*İşkence ve Eziyet Suçları*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 1207-1215.

HAFIZOĞULLARI, Zeki – **ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., B. 8, Ankara 2015.

HAFIZOĞULLARI, Zeki – **ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., B. 5, Ankara 2016.

HAKERİ, Hakan: Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Edit.: İlyas DOĞAN, Ankara 2009.

HANCI, İ. Hamit: Adli Tıp ve Adli Bilimler, Seçkin Yay., Ankara 2002.

İÇEL, Kayıhan: Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin Yay., Çev. M. Cemil OZANSÜ, Ankara 2008.

İTİŞGEN, Rezzan: Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, XII Levha Yay., İstanbul 2013.

KANGAL, Zeynel: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yay., Ankara 2003.

KANT, Emmanuel: Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Çev. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, B. 4, Ankara 2009.

KARAA, Emin: “*Yargılanma Hakkı*”, Yeni Türkiye Dergisi-Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz- Ağustos 1996, S. 10, s. 102-105.

KATOĞLU, Tuğrul: “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD., S. 61, Y. 2012, s. 657-693.

KATOĞLU, Tuğrul: “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı*”, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Rona Aybay’a Armağan, C. 2, s. 1457-1482.

KAYMAZ, Seydi – **GÖKCAN**, Hasan Tahsin: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2006.

KEYMAN, Selâhattin: “*Memurin Muhakematı Kanunu*”, AÜHFD., C. 19, S. 1, Y. 1962, s. 173, 200.

KILDAN, İsmail Turgut – **BAHADIR**, Oktay: “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu*”, TAAD., S. 11, Ekim 2012, s. 193-224.

KİBAR, Recep: Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yay., Didim 1997.

KİZİROĞLU, Serap Keskin: “*Kasten Yaralama Suçu*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 1, İstanbul 2015, s. 639-687.

KOCA, Mahmut – **ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2016.

KOÇAOĞLU, Serhat Sinan: “*Susma Hakkı*”, ABD., Y. 2011, s. 29-58.

KUNTER, Nurullah: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, İÜ. Yay., İstanbul 1949.

KURŞUN, Günel: Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yay., Ankara 2016.

LEWIS, Michael W.: “*A Dark Descent Into Reality: Making The Case For An Objective Definition Of Torture*”, Washington and Lee Law Review, Vol. 67, I. 1, s. 77-136.

MAHLMANN, Matthias: “*The Basic Law at 60-Human Dignity and The Culture of Republicanism*”, German Law Journal, C. 11, S. 1, Y. 2010, s. 9-31.

MAHMUTOĞLU, Fatih S.: “*İşkence ve Eziyet Suçu*”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, TCHD., AAMB., Ankara 2008, s. 1023-1041.

MERAN, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2008.

MERİÇ, Osman: “*Kamu Görevlileri Kavramının Seçim Hukukundaki Kapsamı ve Anlamı ile Belediye Başkanlarının İlişkisi*”, AİD., C. 24, S. 3, Eylül 1991, s. 189-196.

MONTAIGNE: Denemeler, Çev. Eyüpoğlu Sabahattin, B. 29, İstanbul 1997.

NAL, Sabahattin: “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele*”, SÜHFD., S. 2, Y. 2007, s. 145-184.

NUHOĞLU, Ayşe: “*İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*”, Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan, İstanbul 1999, s. 527 vd.

ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., C. 2, İstanbul 1989.

ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Yay., İstanbul 1994.

ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta Yay., İstanbul 1985.

ÖNOK, Murat: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yay., Ankara 2006.

ÖZBEK, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi-Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı (Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı), C. 2, Seçkin Yay., Ankara 2008.

ÖZBEK, Veli Özer – **KANBUR**, Mehmet Nihat – **DOĞAN**, Koray – **BACAKSIZ**, Pınar – **TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., B. 5, Ankara 2013.

ÖZELER, Neslihan: “*İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Karşılaştırılması*”, YBHD., Y. 2, S. 2017/2, s. 43-62.

ÖZEN, Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yay., Ankara 1998.

ÖZEN, Mustafa: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, TBBD., S. 63, Y. 2006, s. 96-108.

ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yay., Ankara 2017.

ÖZGEN, Eralp: “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, TBBD., Y. 1988, S. 2, s. 208-233.

ÖZGENÇ, İzzet: Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukuki Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik, İÜSBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1990.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2005.

ÖZGENÇ, İzzet – **ŞAHİN**, Cumhur: “İşkence Suçu”, GÜHFD., C. 4, S. 1-2, Haziran-Aralık 2000, s. 181 vd.

ÖZTÜRK, Bahri: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi, No. 17, Ankara 1991.

ROBERTSON, A. H.: Human Rights In The World, Manchester University Press, Manchester 1972.

SANCAR, Türkan Yalçın: “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, C. 57, Y. 2002, s. 153-170.

SANCAR, Türkan Yalçın: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’*”, TBBD., S. 70, Y. 2007, s. 244-259.

SANCAR, Türkan Yalçın – **KÖPRÜLÜ**, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yay., Ankara 2014.

SAVAŞ, Vural – **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 2, B. 3, Ankara 1999.

SCOTT, Ryley George: İşkence Tarihi, Çev. Hamide Koyukan, Dost Kitabevi Yay., Ankara 2003.

SEVİĞ, Vasfi Raşit: “*Engizisyon Muhakeme Usulü*”, AÜHFD., C. 18, Y. 1961, S. 1-4, s. 3-35.

SEVÜK, Handan Yokuş: “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu*”, İÜHFM., S. 1, Y. 2013, s. 1273-1290.

SOYASLAN, Doğan: “*Ceza Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları ve Özellikle Anayasa Hukuku’nun İlişkisi*”, Jale G. Akipek’e Armağan, SÜHFD., Y. 1991, s. 105-144.

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., B. 11, Ankara 2016.

ŞAHBAZ, İbrahim: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*”, TBBD., S. 54, Y. 2004, s. 178-216.

ŞAHİN, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994.

ŞAHİN, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yay., İstanbul 2012.

ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Yay., İstanbul 2006.

TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (6545 ve 6763 Sayılı Kanun Değişiklikleriyle), Seçkin Yay., Ankara 2017.

TANİLLİ, Server: Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, B. 6, İstanbul 1990.

TEZCAN, Durmuş – **ERDEM**, Mustafa Ruhan: DEÜHF'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in: Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, TBB. Yay., Eylül 2004.

TEZCAN, Durmuş – **ERDEM**, Mustafa Ruhan – **ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., B. 13, Ankara 2016.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2012.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2015.

TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu, AÜHF. Yay., Ankara 1970.

TOROSLU, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987.

TOROSLU, Nevzat – **FEYZİOĞLU**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., Ankara 2014.

TOROSLU, Nevzat – **TOROSLU**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., B. 21, Ankara 2015.

TOSUN, Öztekin: Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976.

ÜNAL, Şeref: Uluslararası Hukuk, Yetkin Yay., Ankara 2005.

ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yay., Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “*Türk Hukukunda İşkence Cürmü*”, SÜHFD., C. 10, S. 3-4, Y. 2002, s. 147-174.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “*Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu*”, YTCK Tanıtım Semineri, <https://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc>, Ocak 2005, s. 1-9.

YAŞAR, Osman – **GÖKCAN**, Hasan Tahsin – **ARTUÇ**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, Seçkin Yay., Ankara 2010.

YILDIZ, Ali Kemal: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2007.

YILMAZ, Abdülhalim: Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Yayımlanmamış YLT., İstanbul 2007.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.legalbank.net>

<https://www.tdk.gov.tr>

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/IskenceninOnlenmesin-eDairBMSozlesmesi.pdf>

https://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-ALMANYA.pdf

<https://www.adlitipankara.gov.tr>

ÖZET

En genel tanımıyla işkence, insan onuruna fiziksel ya da psikolojik olarak ağır bir saldırı teşkil eden, yoğun acı veya ızdırap doğuran, mağdurun maddi ve manevi bütünlüğüne zarar veren her türlü harekettir. 5237 sayılı TCK m. 94 ve m. 95'te düzenlenen işkence suçu mevcut düzenlemesi itibarıyla birçok sorunu bünyesinde barındırmaktadır. Bu çalışmada işkence suçu unsurlarıyla birlikte irdelenmiş ve tarihsel gelişimi ele alınmıştır. İşkence tanımı tartışmalı bir konu olduğundan hukuki güvenliğin sağlanabilmesi amacıyla suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun olarak işkence suçuna ilişkin net bir tanımın yapılması gereklidir.

Anahtar kelimeler: İşkence, İnsan Hakları, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

ABSTRACT

In the widest sense, torture, is any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person in a way that it damages physical and mental integrity of the victim and constitutes severe assault against human dignity. In Turkish Criminal Law, crime of torture is regulated in the article 94 and 95 of Turkish Criminal Code numbered 5237. The existing regulation regarding the crime of torture contains a lot of problems. In this study torture has been examined with all of its components and explained its historical development. It is true that defining torture is controversial, but legal certainty require an explicit definition.

Key Words: Torture, Human Rights, Turkish Criminal Code (Law no: 5237).