

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İŞKENCE SUÇU (TCK m.94-95)

Yavuz DEMİR

2501110284

TEZ DANIŞMANI
Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS

İSTANBUL-2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : YAVUZ DEMİR Numarası : 2501110284
Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS
Tez Savunma Tarihi : 09.01.2020 Saati : 10.00
Tez Başlığı : İŞKENCE SUÇU (TCK m. 94-95)

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS		Kabul
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN		Kabul
4-DR. ÖĞR. ÜYESİ MURAT ÖNCK		Kabul
5- DR. ÖĞR. ÜYESİ BERKE ÖZENÇ		

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. MURAT BALCI		
2 - DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET MADEN		Kabul

ÖZ

İŞKENCE SUÇU (TCK m.94-95)

Yavuz DEMİR

“İşkence Suçu (TCK m.94-95)” başlıklı bu çalışmamızda, insanın onurunu, algılama veya irade yeteneğini, özgür iradesini, maddi ve manevi bütünlüğünü yok eden işkencenin Türk Ceza Kanunu kapsamında tüm yönleri ele alınmıştır. İşkenceden ne anlaşılması gerektiği, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu (ETCK) ile 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK) arasındaki farklar, suçla korunan hukuki değerleri, işkencenin benzer suçlardan farkları, suçun unsurları, yasak sorgu yöntemleri ile işkencenin ilişkisi, hukuka aykırı delillerin nasıl değerlendirileceği incelenmiştir.

İşkencenin uluslararası belgelerdeki yeri, işkence yasağının mutlaklığı, Anayasa m.90 gereği uluslararası belgelerin iç hukukumuzdaki yeri, sözleşmelere taraf olmanın gereği olarak uluslararası çalışmaların iç hukuka yansımaları, bu kapsamda alınan önlemler, işkencenin önlenmesine yönelik olarak yapılan öneriler, birey, toplum ve devlet olarak üzerimize düşen sorumlulukların neler olduğu tartışılmıştır.

Çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarından, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İnsan Hakları İnceleme Komisyonu cezaevi raporlarından ve sivil toplum örgütleri raporlarından yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşkence, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İnsan Onuru, Özgür İrade, İşkence Yasağının Mutlaklığı, Suçun Unsurları, İşkencenin Önlenmesine Yönelik Olarak Yapılan Öneriler.

ABSTRACT
TORTURE CRIME (TPC art. 94-95)

Yavuz DEMİR

In this study titled as “Torture Crime (TPC art. 94-95)”; the act of torture that exterminates the dignity, perception, discretion, willpower and freewill as well as the moral and material integrity of a human person has been comprehensively studied. In this regard, what is to be comprehended from the act of torture, the differences between the Ex-Turkish Penal Code (Ex-TPC) and the New-Turkish Penal Code (New-TPC) numbered 5237, the values protected by a crime, the differences of the act of torture from the similar crimes, the elements of the crime, the correlation between the prohibited interrogation methods and the act of torture, how to assess the unlawful evidences have also been studied herein.

The place of the act of torture within the international instruments, the absoluteness of the prohibition of torture, the place of the international instruments in our domestic law pursuant to the art. 90 of the Constitution, the reflections of the international researches on our domestic law in pursuance of being a party to the international agreements, the measures taken in this context, proposals for the prevention of torture, the responsibilities that we have as the individual, as the community and as the state have been argued in this study.

Throughout this study; the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) as well as the verdicts of the Constitutional Court and the Supreme Court of Appeals, the reports of the Grand National Assembly of Turkey Human Rights Investigation Commission concerning the penitentiaries and the reports of the non-governmental organizations (NGO) are reviewed and referred.

Keywords: Torture, New-Turkish Penal Code (New-TPC) numbered 5237, Dignity of the Human Person, Freewill, Absoluteness of the Prohibition of Torture, Elements of the Crime, Proposals for the Prevention of Torture.

ÖNSÖZ

Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi TCK'da işkence olarak tanımlanmıştır. İnsan haysiyeti; bilinçli olma, kendi geleceğini yönlendirme ve kendi çevresini şekillendirme iradesi veren ve kişiliğizliğı ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür. İşkence insanın maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir saldırdır. İnsanın kişiliğine ağır hasar veren bir uygulamadır. İşkence insanlık tarihi boyunca itiraf elde etmek ya da muhalifleri susturmak gibi çeşitli amaçlarla uygulanmıştır. İşkence ve kötü muamelenin olduğu yerde insan haklarının olamayacağı anlaşılmış, işkence mutlak olarak yasaklanmış ve bu yasağı hiç bir istisna getirilmemiştir.

İnsan, hakları var olduğu sürece insandır. İşkenceyle sadece bireye değil, tüm toplumun aklına vicdanına baskı yapılmakta, bir ülkenin demokrasisi, insan hakları karnesi yok edilmektedir. Toplumun sessizliğı işkence çığılığını hapsedmemelidir.

İnsanının insana işkence etmediğı bir dünya kurmak için daha fazla demokrasi daha fazla hukuk devleti demekten başka çareimiz yoktur. Bunu gerçekleştirmeye yönelik önlemler alınması ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin de bir gereğidir.

İnsan haklarına ağır bir saldırı taşıyan işkence suçuna ilişkin olarak yapmış olduğum bu çalışmada fikirleriyle bizlere yön veren danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas'a, bana desteğini hiçbir zaman esirgemeyen, her daim yanımda olan, hak ve adalet savunucusu biricik eşim Gonca Gülleci Demir'e, her hal ve şartta beni destekleyen aileme çok teşekkür ederim.

İstanbul, 2019

Yavuz DEMİR

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xii

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCENİN TANIMI VE UNSURLARI

İŞKENCENİN ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

I. İŞKENCENİN TANIMI VE UNSURLARI	3
A. İşkencenin Tanımı	3
B. İşkencenin Unsurları.....	9
II. İŞKENCENİN ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ	11
A. Genel Olarak	11
B. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	14
C. Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi	15
D. İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi	16
E. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	20
1. Genel Olarak	20
2. AİHS m.3'ün Uygulanma Kriterleri	21

3. AİHS m.3'teki Kavramlar.....	23
a. İşkence.....	23
b. İnsanlıkdışı Muamele ve Ceza	25
c. Aşağılayıcı Muamele ve Ceza.....	27
4. Devletin Yükümlülükleri	28
F. İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi.....	33
G. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi	35
H. Afrika Şartı.....	36
İ. İstanbul Protokolü.....	36
J. Mahpuslara İlişkin Minimum Kurallar.....	37
K. Avrupa Cezaevi Kuralları.....	38

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞKENCE SUÇU

I. GENEL OLARAK.....	40
II. İŞKENCE SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI	40
A. Eziyet.....	41
B. Kasten Yaralama	46
C. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması.....	48
D. Kötü Muamele.....	50
III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	51
A. Genel Olarak	51
B. İnsanlık Onuru	52
C. Vücut Dokunulmazlığı ve Yaşama Hakkı.....	54

D. Adil Yargılanma Hakkı	56
E. Adliye	58
F. Kamu İdaresi.....	59
IV. İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI.....	60
A. Kanuni Tanım.....	60
B. Maddi Unsurlar.....	62
1. Fiil, Netice, Nedensellik Bağı.....	62
a. İnsan Onuruyla Bağdaşmayan Davranış	66
b. Bedensel veya Ruhsal Yönden Acı Çekme.....	67
c. Algılama veya İrade Yeteneğinin Etkilenmesi.....	69
d. Aşağılama.....	73
e. İşkence Suçunun Oluşması İçin Gerekli Ölçütler Sorunu.....	74
(1) Fiilin Belirli Bir Ağırlık Düzeyine Ulaşması.....	74
(2) Sistemati Olma, Süreklilik.....	77
f. İşkence Suçunun İhmali Hareketle İşlenmesi	81
2. Fail	85
3. Mağdur.....	88
4. Suçun Nitelikli Halleri	89
a. Mağdurun Özelliğine İlişkin Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Haller.....	89
(1) Suçun Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiy e Karşı ya da Gebe Kadına Karşı İşlenmesi (m.94/2-a)	89
(2) Suçun Avukata veya Diğer Kamu Görevlisine Karşı İşlenmesi (m.94/2-b).....	91
b. Fiilin İşleniş Şekli Bakımından Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Hal (Fiilin Cinsel Yönden Taciz Şeklinde Gerçekleşmesi m.94/3)	92

5. İşkence Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri.....	95
a. Cezanın Yarı Oranında Arttırılması Gereken Haller.....	100
(1) Fiilin Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflamasına Neden Olması (m.95/1-a).....	100
(2) Fiilin Mağdurun Konuşmasında Sürekli Zorluğa Neden Olması (m.95/1-b)	102
(3) Fiilin Mağdurun Yüzünde Sabit İze Neden Olması (m.95/1-c)	103
(4) Fiilin Mağdurun Yaşamını Tehlikeye Sokan Bir Duruma Neden Olması (m.95/1-d).....	104
(5) Fiilin Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğun Vaktinden Önce Doğmasına Neden Olması (m.95/1-e).....	105
b. Cezanın Bir Kat Arttırılması Gereken Haller.....	106
(1) Fiilin Mağdurun İyileşmesi Olanağı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girmesine Neden Olması (m.95/2-a).....	106
(2) Fiilin Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Yitirilmesine Neden Olması (m.95/2-b).....	107
(3) Fiilin Mağdurun Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olması (m.95/2-c)	109
(4) Fiilin Mağdurun Yüzünün Sürekli Değişikliğine Neden Olması (m.95/2-d).....	111
(5) Fiilin Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğun Düşmesine Neden Olması (m.95/2-e)	112
c. İşkence Fiillerinin Vücutta Kemik Kırılmasına Neden Olması (m.95/3)	113
d. İşkence Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi (m.95/4).....	114
C. Manevi Unsur	118
D. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	120

**V. 5237 SAYILI TCK'DA VE 765 SAYILI TCK'DA TANIMLI İŞKENCE
SUÇLARININ KARŞILAŞTIRILMASI..... 126**

**VI.İŞKENCE SUÇUNUN YASAK İFADE ALMA VE SORGU YÖNTEMLERİ
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 133**

A. Genel Olarak	133
B. Yasak İfade Alma Ve Sorgu Yöntemleri.....	136
1. Kötü Davranma.....	136
2. İşkence	137
3. İlaç Verme.....	137
4. Yorma	138
5. Aldatma.....	139
6. Cebir veya Tehditte Bulunma	140
7. Bazı Araçları Kullanma	140
8. Kanuna Aykırı Vaat	141
C. Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleriyle İşkence Suçu Arasındaki İlişki .	142

ÜÇÜNCÜNCÜ BÖLÜM

**SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ, YARGILAMA USULÜ, SUÇUN
YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI**

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ..... 150

A. Teşebbüs.....	150
B. İştirak.....	153
C. İçtima.....	158
1. Bileşik Suç	159
2. Zincirleme Suç	160
3. Fikri İçtima	162

4. Gerçek İctima.....	163
II. YARGILAMA USULÜ	164
III. YAPTIRIM	168
IV. ZAMANAŞIMI	172
 SONUÇ VE ÖNERİLER.....	174
KAYNAKÇA	191



KISALTMALAR

A.e	:	Aynı eser
a.g.e.	:	Adı geçen eser
AIHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
An.	:	Anayasa
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
bs.	:	Bası
C.	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (mülga)
Çev.	:	Çeviren
DEÜHF	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇKK	:	Çocuk Koruma Kanunu
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör
ETCK	:	(765 sayılı) Eski Türk Ceza Kanunu
HPD	:	Hukuki Perspektifler Dergisi
İHEB	:	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İÜHF	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
m.	:	Madde
UKSHS	:	Uluslararası Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
PVSK	:	2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
t.y.	:	Basım tarihi yok
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TDK	:	Türk Dil Kurumu
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
v.d.	:	ve diğerleri
vd.	:	ve devamı
YCGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

İşkencenin tarihi insanlık tarihi kadar eskidir. Uygarlığın gelişmesiyle insanlık bir takım manevi değerlere ulaşmıştır. İnsan haklarına ilişkin olarak en önemli gelişmeler İkinci Dünya Savaşı sonrasında olmuştur. Uluslararası alanda pek çok bildiri sözleşme yapılmış uluslararası kurumlar, yargı organları oluşturulmuştur. İşkence ve kötü muamelenin olduğu yerde insan haklarının olamayacağı anlaşılmış, işkence mutlak olarak yasaklanmış ve bu yasağa hiç bir istisna getirilmemiştir.

Demokratik toplumlar hiçbir şekil de kişinin işkenceye tabi tutulmasına izin vermez.

Ülkemizde de Anayasa ve kanunlarımızla işkence yasaklanmış, işkencenin önlenmesine yönelik olarak düzenlemeler yapılmıştır.

Türk Ceza Kanunu m.94 ve m.95 kapsamında işkence suçunu incelediğimiz bu çalışmamızı üç bölümde ele almış durumdayız.

Birinci bölümde, işkencenin tanımını, doktrindeki bakış açılarını, işkencenin oluşması için gereken şartları, Türk Ceza Kanunu'ndaki işkence suçu uluslararası düzenlemelerden bağımsız düşünölmeyeceğı için işkencenin uluslararası belgelerdeki yerini, işkence, insanlıkdışı, aşağılayıcı muamele ve ceza kavramlarından ne anlaşıldığını ve bu kavramların nasıl yorumlandığını, bölgesel ve uluslararası düzenlemelerin bir kısmını inceledik.

İkinci bölümde, işkence suçunun kasten yaralama, eziyet, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması, kötü muamele gibi benzer suçlardan farklarını, işkence suçu ile korunan hukuki değerleri, işkence suçunun maddi unsurlarını, maddi unsurlar kapsamında hareketi, neticeyi, nedensellik bağıını, faili, mağduru, suçun nitelikli hallerini, hukuka aykırılık unsurunu ve manevi unsuru, 765 sayılı TCK'daki işkence suçu ile 5237 sayılı TCK'daki işkence suçunun karşılaştırmasını, işkence suçunun yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri açısından değerlendirilmesini, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin Yargıtay kararları ve Anayasa Mahkemesi kararları ve AIHM kararları çerçevesinde değerlendirmesini yaparak konuyu inceledik.

Üçüncü bölümde, işkence suçunun özel görünüş hallerini, suçun yaptırımını, yargılama usulünü, zamanaşımını inceledik.

Sonuç ve öneriler bölümünde ise işkence suçuna yönelik değerlendirme yapıp işkencenin önlenmesine yönelik olarak yapılan ve yapılması gerekenleri açıklığa kavuşturup çalışmamızı tamamladık.

Çalışmamızda AİHM kararlarından, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarından, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu cezaevi raporlarından konu başlıkları dikkate alınarak yararlanılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCENİN TANIMI VE UNSURLARI

İŞKENCENİN ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

I. İŞKENCENİN TANIMI VE UNSURLARI

A. İşkencenin Tanımı

Farsça şikenç veya işkenç sözcüğünden türeyen işkence kelimesi, bir kimseye çeşitli yöntemlerle uygulanan bedensel (fiziki) eziyet ya da çektirilen ruhsal (manevi) acı, sıkıntı ve endişe verici durum anlamına gelmekte olup ve bir kimseye bir şeyi söyletmek ya da yaptırmak amacıyla maddi veya psikolojik yöntemlerle acı çektirerek uygulanan baskı ya da eziyet,¹ şeklinde tanımlanmaktadır.²

İşkencenin ulusal ve uluslararası kanunlarda tek bir tanımı yoktur,³ kanunlarda herkes tarafından işlenebilecek bir suç şeklinde düzenlendiği gibi, ancak belirli sıfatları taşıyanlar tarafından işlenebilecek bir suç (mahsus suç) olarak da kabul edilebilmekte, korunan hukuki yararlar farklılık göstermesi nedeniyle işkencenin tanımı ve kapsamı değişmekte,⁴ hukuki terim olarak çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır.

Türk Hukuk Lügatı'nda işkence, “*her hangi bir maksatla birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya maznunlara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara eza ve cefa etmek*”⁵ olarak tanımlanmıştır.

İşkence, hukuk sözlüklerinde, herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı (cismen eza) verici harekette bulunmak, sanıklara suçlarını itiraf etmeleri için canlarını yakıcı muamelelerde bulunmak,⁶ olarak tanımlandığı gibi, ağır

¹ AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 12, İstanbul: Ana Yayıncılık, 1988, s. 117.

² Sevi Bakım, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İstanbul, Beta, 2008, s. 3.

³ Ayşe Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın N0. 8, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 529.

⁴ İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 4.

⁵ Türk Hukuk Lügatı, 3. bs., Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1998, s. 175.

⁶ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 10. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 665.

keyfi bir davranış ya da zalimce bir muamele, insanlık dışı ya da onur kırıcı fiil,⁷ olarak da tanımlanmıştır.

İşkence kelime itibari ile bir kimseye maddi ve manevi olarak yapılan aşırı eziyeti ifade etmektedir.⁸

Nuhoğlu'na göre işkence, egemen gücün gücünü kabul ettirmesidir. İşkence bir yandan bilgi ve ifade alma amacını karakterize eden gayriinsani muameleyi, diğer yandan cezalandırma amacıyla yapılan uygulamayı kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.⁹

BM işkence sözleşmesini dikkate alarak Önok, işkenceyi, kamu gücünü temsil eden kişi ya da onun tahrikiyle hareket eden bir kişi tarafından, mağduru adli kovuşturma ile ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da cezalandırmak amacıyla kişide fiziki veya ruhsal olarak acı veya üzüntüye neden olan her türlü maddi ve manevi davranış ya da adli kovuşturma ile ilgili olmaksızın insan onuru ile bağdaşmayan kişinin bedeni veya ruhi bütünlüğüne yönelik her türlü hareket¹⁰ olarak tanımlamıştır.

Dönmezer işkenceyi, bir kişi üzerinde doğrudan doğruya veya bir kamu görevlisinin teşviki ile kasten, o kişiden suç hakkında bilgi yani delil elde etmek üzere uygulanan fiziki veya manevi nitelikte şiddetli acı ve ıstırap verici her türlü hareket, zalimane, insani olmayan, haysiyet kırıcı muamelelerin en şiddetlisi, insan haklarını ihlal eden en ciddi hukuksuzluk¹¹ olarak tanımlamıştır.

Centel ve Zafer'e göre işkence, uzun süreli veya tekrarlanarak sistematik biçimde uygulanan fiziki veya ruhsal acı veren davranışlardır.¹²

Gültaş'a göre işkence, insan varlığına ve onuruna karşı girişilen bir saldırıdır ve insanlık tarihinin en eski insan hakları ihlalleri arasında yer alır.¹³

⁷ Françoise Bouchet-Saulnier, **İnsancıl Hukuk Sözlüğü**, Çeviren: Selahattin Bağdatlı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2002.

⁸ Büyük Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c502f7448d8c5.70671062, 29.01.2019.

⁹ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 534.

¹⁰ R. Murat Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 33.

¹¹ Sulhi Dönmezer, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 3269, 1984, s. 132.

¹² Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. bs., İstanbul, Beta, 2016, s. 243.

¹³ Veysel Gültaş, **İnsan Hakları Odağında İşkence**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005, s. 53.

Önder'e göre işkence, müessir fiilden daha ağır ve kişiye yaptığı etki bakımından ondan ayrılan, bir kimseye cürmünü söyletmek için onun cismine yönelik maddi ve manevi nitelikte olan ceza verici hareketlerdir.¹⁴

Bayraktar'a göre işkence, insanın diğer bir insan üzerinde, belirli bir amaç için sıklıkla tekrarlanan eylemlerle rahatsız edici, zorlayıcı, maddi ve manevi alanda baskı altında tutucu, yaralayıcı eylemleri gerçekleştirmesidir.¹⁵ İşkence, baskıyı, zoru, bu nitelikteki eylemlerin insan üzerinde yarattığı izleri ifade etmekte olup şiddetin belirli bir amaçla devam edip gitmesi, şiddetin insan üzerinde devamlı olarak yerine getirilmesidir.¹⁶

Koca'ya göre işkence, uzunca süren veya tekrarlanan, ruhsal ya da fiziksel önemli ağrı ve acılara neden olan, insanın fiziksel ve manevi varlığına bu bağlamda haysiyetine karşı girişilen bir saldırdır.¹⁷

Aydınlanma Çağı düşünürlerinden Beccaria, işkencenin ekseriya zayıf bünyelilerin mahkum olmasına, gürbüz ve dayanıklı katillerin masum çıkmasına yarayan kötü bir vasıta olduğunu belirtmiştir.¹⁸

Gemalmaz, işkenceyi, *“işkence, bir ya da daha fazla kişi tarafından, kendi başlarına ya da herhangi bir yetkilinin emriyle, bilgi almak, itirafta bulundurmak ya da herhangi bir başka nedenle zor kullanarak, kasıtlı, sistemli ya da keyfi uygulama ile bedensel ya da zihinsel ıstırap verilmesidir”*¹⁹ şeklinde tanımlamıştır.

Demirbaş, işkence suçunu dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmıştır. *“Şüphelinin ya da sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheliye veya sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, şeriklerini ele verdirmek ya da işlemesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedeni veya ruhi zarar ya*

¹⁴ Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 222.

¹⁵ Köksal Bayraktar, “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, **Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1998, Beta, s.185; Köksal Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku-Cilt:II, Kişilere Karşı Suçlar-1-(TCK.81-105)**, İstanbul, On İki Levha Yay., 2017, s. 317, 318.

¹⁶ Bayraktar, İşkenceyi Önlemenin Yolları, s. 185.

¹⁷ Mahmut Koca, **“Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Bölümü, İstanbul, 1998, s. 311-312.

¹⁸ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi**, Çeviren: Muhiddin Göklü, 3.bs., Ankara, İnkılap ve Aka Kitabevleri, 1964, s. 161.

¹⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, İstanbul, Amaç Yayınları, 1990, s. 86.

da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muamele”²⁰ dar anlamda işkenceyi, “bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedeni veya ruhi yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açan her türlü maddi ve manevi davranışların bir kamu görevlisi tarafından yapılması”²¹ geniş anlamda işkenceyi ifade etmektedir.

Uluslararası Af Örgütü’nün 1975 yılında yaptığı tanımına göre, “*işkence, sistematik ve bilinçli olarak bir kişi tarafından diğer bir kişiye veya üçüncü kişiye yapılan ve serbest iradesine uygun olmayan bir şeyi kabul ettirme amacı güden, akut acının bilinçli bir olarak verilmesidir*” Devletin işkenceye katılımının gerekip gerekmediğinin belirtilmemesi bu tanımın eksik yanı olarak eleştirilmiştir.²²

İşkence, 09.12.1975 tarihli Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Tüm Kişilerin Korunması Bildirisi’nde,²³ devlet gücünü temsil eden bir kişi tarafından veya onun tahrikiyle, işkence gören kişinin veya üçüncü kişinin ifadesini veya ikrarını etkilemek, onun tarafından gerçekten işlenmiş veya işlenme ihtimali olan bir fiili cezalandırmak veya diğer bir kişiyi korkutmak amacıyla yapılan ağır bedensel, ruhsal veya zihinsel acı veya ıstırap veren hareketlerin yapılması olarak tanımlanmıştır.²⁴ İşkence kasti, zalimce, gayriinsani veya aşağılayıcı muamele veya cezanın nitelikli halidir.²⁵ Bu tanımda işkencenin söz konusu olabilmesi için kamu görevlilerinin katılımının şart olduğu belirtilmiştir.²⁶

Cenevre Birleşmiş Milletler Kongresinde; “*işkence 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, kasti*

²⁰ Timur Demirbaş, **İşkence Suçu**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 23.

²¹ Demirbaş, **a.e.**, s. 24.

²² Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 532.

²³ Söz konusu bildirinin 1. maddesi, “Bu bildiri bakımından işkence, bir kamu görevlisi tarafından bizzat veya onun teşvikiyle bir kimseye, kendisinden bir itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi elde etmek, işlediği veya işlediğinden kuşkulanan bir suçtan ötürü kendisini cezalandırmak, kendisinin veya başkalarının gözünü korkutmak gibi amaçlarla, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ıstırap veren her hangi bir fiildir. İşkence terimi, Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallara uygun olan hukuki yaptırımlardan kaynaklanan veya bu yaptırımların doğasında var olan acı ve ıstırapı kapsamaz”. Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, 2. bs., İstanbul, Kavram Yayınları, 1994, s. 303.

²⁴ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 5.

²⁵ Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 533.

²⁶ Nuhoglu, **A.e.**, s. 533.

bir şekilde, resmi bir kişinin emriyle veya bizzat kendisinin uyguladığı her türlü muamele”²⁷ olarak belirtilmiştir.²⁸

Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi’nde, “işkence, kendi başlarına ya da her hangi bir otoritenin emri ile hareket eden bir ya da birden çok kişinin, diğer bir kişiyi bilgi vermeye, bir itirafta bulunmaya ya da diğer her hangi bir nedenle zorlamak için kasıtlı, sistematik ya da nedensiz olarak gerçekleştirdiği fiziksel ya da mental acıdır” şeklinde tanımlamıştır.²⁹

10.12.1984 tarihli, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde (Kısaca “BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi”)³⁰ yer alan işkence tanımı ise, yapılan en kapsamlı ve ayrıntılı tanımdır. Sözleşmenin 1. maddesi işkenceyi şöyle tanımlanmaktadır; “Bu Sözleşme bakımından, “işkence”, bir kimseye kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişi ile ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.”³¹

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Yunanistan davasında işkenceyi şu şekilde tanımlamıştır; İşkence kelimesi genellikle, bilgi almak veya ceza vermek amacıyla yapılan ağır gayriinsani muameleyi ifade etmek amacıyla kullanılır, bilinçli olarak

²⁷ Nuhoğlu, a.e., s. 533.

²⁸ Bakım, a.g.e., s. 6.

²⁹ Gültaş, a.g.e., s. 54-55.

³⁰ Türkiye bu sözleşmeyi 21.04.1988 tarih ve 3441 sayılı Kanunla onaylamış ve 10.08.1988 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. Timur Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yay., 1992, s. 21.

³¹ Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, C:I, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, Şen Matbaa, 2012, s. 137; Osman Doğru, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, İstanbul, Beta, 1998, s.119; Abdulhalim Yılmaz, “Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 94 ve 95. Maddeleri)”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2007, s. 7-8.

bedensel veya ruhsal olarak şiddetli acı vermek ve ilgili durumda hukuka uygun olmamak koşullarını içeren bir kavramdır.³²

Komisyon bir kararında (Kuzey İrlanda)³³ işkenceyi, bilgi ya da ikrar elde etme ya da cezayı eza verici duruma sokma gibi amaçlarla yapılan insanlık dışı muameleler olarak tanımladıktan sonra, işkence, çok ciddi nitelikte zalimane, insanlık dışı muamelelere maruz kalınmasıdır diyerek yeniden bir tanım getirmiştir.³⁴ Kuzey İrlanda olayında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “beş teknik” metodunu işkence olarak kabul etmemiş, ancak gayriinsani ve küçültücü muamele olarak kabul etmiştir.³⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işkenceyi tanımlarken kriter olarak zalimce, ciddi acı ve ıstırap vermeyi esas almaktadır.³⁶ İşkencenin, gayriinsani veya aşağılayıcı muameleden farkı ıstırapın yoğunluğundadır.³⁷ Mahkemeye göre kötü muamele türleri arasında yapılan ayırım temel olarak kişinin maruz kaldığı ıstırapın yoğunluğundan kaynaklanmaktadır.³⁸

Yargıtay bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini birçok kararında belirtmiştir.³⁹ Yargıtay’a göre işkence, bir kimseye yönelik maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri;⁴⁰ zalimane muamele, mağdura yapılan maddi ve manevi ıstırap verici her türlü muameleleri; insani olmayan muamele, insanlık

³² Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 534.

³³ 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda- Birleşik Krallık Kararı’nda Birleşik Krallık Hükümeti’nin ele geçirdiği bazı teröristlere uyguladığı beş teknikten oluşan derin sorgulama yöntemi kapsamında; başa torba geçirme, yiyecek ve içecek vermeme, yüksek sesli gürültü dinletme, uzun süre uykusuz bırakma ve ayaklar ve kollar açık gergin bir şekilde ayak parmakları üzerinde uzun süre duvar dibinde dikme yöntemlerinin kullanılmasını Avrupa İnsan Hakları Komisyonu işkence olarak nitelendirmişti. Mahkeme ise, uygulanan beş tekniğin, “ikrar ve /veya bilgi elde etmek için sistematik olarak kullanılsa bile, birlikte uygulandığı zaman kuşkusuz insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturacağını ancak işkence olarak niteleyecek kadar özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği acıya neden olmayacağı yönünde karar vermiştir. Bkz. Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 31.

³⁴ Bakım, **a.g.e.**, s. 7-8.

³⁵ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 534.

³⁶ Nuhoğlu, **A.e.**, s. 534.

³⁷ Nuhoğlu, **A.e.**, s. 534; Gültaş, **a.g.e.**, s. 57.

³⁸ Oya Boyar, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör: Sibel İncoğlu, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 139.

³⁹ Yargıtay CGK, 04.04.1983, 8-64/156, YKD, C. IX, S. 1983, s. 1059-1072; Yargıtay CGK, 05.10.1987, 8-186/423, YKD, C. XIV., S. 10, 1998, s. 102-105; Yargıtay 8. CD, 20.02.1986 6399/1151, YKD, C. 12, S. 10, 1986, s. 1566.

⁴⁰ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 9.

kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici eylemleri; haysiyet kırıcı hareketlerin, bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliği taşıyan eylemleri ifade etmektedir.⁴¹

Sözleşmeler ve yukarıda belirtili tanımlar dikkate alındığında ortak noktanın, işkencenin fiziksel acı ve ıstırap vermesinin dışında, ruhsal olarak ağır acı ve ıstırap verici özelliğinin de dile getirilmiş olmasıdır.

B. İşkencenin Unsurları

Amaca uygun rasyonel sistem için işkence, belirlenmiş bir amacı (egemenliği kalıcı kılmak için muhalefeti ve yığınları korkutarak yıldırma) sağlamada en etkin, en akılcı, sonuca en çabuk ulaştıran bir yöntemdir. Sonuca ulaşmak için rasyonel düşünen egemen çevreler, işkenceden ancak eğer o, rasyonel bir araç olmazsa, istenen sonucu vermezse vazgeçerler.⁴²

İşkence gören ilgili devletin koruması altında olup belirli bir amaca yönelik olarak ve bilinçli olarak ağır bedensel veya ruhsal acı, kötü muamele veya insan onuruna yakışmayan muameleye maruz bırakılmaktadır. İşkence gören üçüncü bir kişinin kontrolü altında bulunmaktadır. Buradaki acı ve ıstırap devlet gücünü elinde bulunduranların hakimiyetini artırmak amacıyla kişilere uygulanmaktadır.⁴³

İnsan haklarına her kültürde farklı içerikler yüklenebiliyor, bir kültürün işkence saydığı bir davranışı (ör. sünnet gibi) diğer bir kültür tamamen doğal sayabilmektedir.⁴⁴ Hangi tür davranışların işkence sayılacağını işkencenin unsurlarını bilerek anlayabiliriz. İşkencede önemli olan amaçtır, şiddetin kullanılış koşullarıdır, kötü muamele ve şiddete maruz kalanın durumudur.⁴⁵

⁴¹Mehmet Emin Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 286.

⁴² Taner Akçam, **İşkenceyi Durdurun İnsan Hakları ve Marksizm**, İstanbul, Ayrıntı Yayınevi, 1991, s. 83.

⁴³ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 529,530.

⁴⁴ Akçam, **a.g.e.**, s. 89.

⁴⁵ Akçam, **A.e.**, s. 89.

Bir fiilin işkence sayılabilmesi için aşağıdaki belirtili unsurlara sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Bunlar;⁴⁶

1-Failin resmi sifata sahip bir kimse olması veya bu sifata sahip kişinin üçüncü bir kişiyi kullanması, yani kuvvet güç ilişkisinin bulunması.

2-Yapılan hareketlerin kuvvetli bedensel veya ruhsal acı veya ıstıraba yol açması.

3-İşkence görenin geçici veya sürekli olarak üçüncü kişinin kontrolü altında bulunması.

4-Acı ve ıstırap veren bu hareketlerin belirli bir amaca yönelik olması ve kasıtlı yapılmasıdır. Bunlar, işkence gören kişiden bilgi alma, ifadesini baskı altında tutma, cezalandırma, suçunu itiraf ettirme, şerikleri ortaya çıkarma gibi nedenler olabilir.

BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi m.1’de işkencenin, bilgi elde etmek, itiraf sağlamak, işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan suç için cezalandırmak, gözdağı vermek, zorlamak, ayrımcılığa dayanan her hangi bir nedenle işlenebileceğini belirtilmiştir.⁴⁷

Teknoloji ve bilimdeki gelişmelerden yararlanılarak kişi üzerinde belirgin ya da bilinçli acı veya ıstırap duyma sonucunu doğurmayan ve fakat kişinin bütünlüğüne saldırı niteliği taşıyan, onun iradesini etkileyen, insan haysiyetinin dokunulmazlığını ihlal eden kontrol tekniklerinin uygulandığı göz önüne alınarak, işkencenin artık acı verme ölçüsü üzerine değil, doğrudan kişi onurunun korunması ve zedelenmezliği üzerine kurulması gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır.⁴⁸

İkrar elde etmeye çalışılırken işkence ile bir bakıma vücudun kendi kendisine ihaneti sağlanmaya çalışılmaktadır.⁴⁹ Sonuç olarak acı insanı konuşturur. Ama bu, acının konuşturduğu kişinin gerçeği söylediği anlamına gelmez. Acı nedeniyle insan doğru veya yalan failin istediği şekilde konuşacaktır.⁵⁰

⁴⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 25; Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 9-10; Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 530; Bakım, **a.g.e.**, s. 8.

⁴⁷ Eralp Özgen, “İşkence ve İnsanlık dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. I, S. 2, 1988, s. 220, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/9816>, 02.04.2019.

⁴⁸ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 11.

⁴⁹ Üzülmöz, **A.e.**, s. 12.

⁵⁰ Faruk Erem, “İşkence”, **TBB Dergisi**, S. 2, 1988, s. 198; Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 13.

İşkence bu yönüyle peşin idari ceza olarak nitelendirilmektedir.⁵¹

Bir kişinin suçlu olup olmadığı henüz tam olarak belli olmamışken, henüz sadece şüpheli olan kişiye işkence yapılması, daha başta o kişinin suçlu olduğunu kabul etmek ve onu cezalandırmak anlamına gelir.⁵²

Bu durum hukukun genel bir ilkesi olan Anayasa m.38’de⁵³ yer alan suçsuzluk karinesinin açıkça ihlali anlamına gelir. Suçsuzluk karinesini sanıktan zorla, iradesi dışında alınan ifade ve ikrarlar da ihlal etmektedir. Böylece suçsuzluk karinesi delil elde etmek için işkenceye, cebir ve şiddete başvurulmasını da önlemiş olacaktır. Suçtan dolayı takip edilen kişinin, suçluluğu kesin bir yargı hükmü ile sübuta ermedikçe suçsuz masum sayılacağı hukukun temel ilkelerindendir.⁵⁴ Yurttaşların masumiyeti sağlanmadığı zaman, özgürlük de yoktur.⁵⁵

II. İŞKENCENİN ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

A. Genel Olarak

İnsan haklarına ilişkin olarak en önemli gelişmeler İkinci Dünya Savaşı sonrasında olmuştur. Savaş sırasında yaşanan hak ihlalleri insan haklarının korunması gerekliliğini gündeme getirmiş böylece uluslararası alanda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. İnsan hakları hukuken güvence altına alınan pozitif hukuk

⁵¹ Erem, **İşkence**, s. 199.

⁵² Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 13; Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 13.

⁵³ Anayasanın 38. maddesine göre; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Ceza sorumluluğu şahsidir.”

⁵⁴ Sulhi Dönmezer, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, Beta, 1998, s. 67-69.

⁵⁵ İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2002, s. 83.

kuralları haline gelmiştir.⁵⁶ İnsan haklarının güvence altına alınıp milletlerarası himayeye kavuşması İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra olmuştur.⁵⁷

İnsan hakları, bütün insanların hiçbir ayırım gözetmeksizin, yalnızca insan oluşlarından dolayı, insanlık onurunun gereği olarak sahip oldukları hakların tamamını kapsayan, insanın sırf insan oluşu sebebiyle kazandığı değerin tanınması ve sayılmasıdır.⁵⁸ İşkence ve kötü muamele varsa insan haklarından söz edilemez.⁵⁹

Adaletin herkesin güven duyabileceği bir şekilde gerçekleşebilmesi için, insan onuruna değer vermek ve işkenceye hiçbir şekilde başvurmamak gerekir. Ceza adaletinin temellerinden birisi de masumların işkence sonucu cezalandırılmasındansa, suçluların cezasız kalmasıdır.⁶⁰

İşkencenin yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler, uluslararası düzeyde insan haklarını koruma sistemi içinde de özel bir yer tutmaktadır.⁶¹

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında insan haklarına koruma getiren uluslararası sözleşmeler destek ölçü norm anayasallık blokuna dahil edilmekle birlikte genel olarak uluslararası sözleşmeler yasaların üzerinde görülmemiştir. Bu kapsamda İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleri, Çocuk Hakları Bildirisi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi gibi uluslararası belgeler destek ölçü norm olarak kullanılmıştır.⁶²

An. m.90/son hükmü gereği antlaşmaların kanun hükmünde olmasının amacı, usulüne göre onaylanan antlaşmanın Türk hukuk düzeninde yer aldığını, Türk yargı

⁵⁶ Eda Doğan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Tutuklu Ve Hükümlülerin Sağlık Hakkı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2017, s. 4.

⁵⁷ İzzettin Doğan, “İnsan Haklarının Milletlerarası Himayesi”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 2618, Hukuk Fakültesi No. 592, Milletlerarası Hukuk ve Münasebetler Enstitüsü No. 13, Yayını, 1979, s. 259.

⁵⁸ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 8. bs., İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1990, s. 190.

⁵⁹ Yeter Kılıç, “İşkence ve Hekim Raporları, Tutuklu ve Hükümlünün Sağlık Hakkı, Cezaevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Bakımından Hekimin Durumu Ceza Hukuku Bakımından Konuya Bakış”, **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Sağlık Hukuku Makaleleri**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 135.

⁶⁰ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 41.

⁶¹ Bakım, **a.g.e.**, s. 30.

⁶² Sibel İnceoğlu, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa :Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör: Sibel İnceoğlu, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 8-14.

mercilerinin bir uyumsuzluğu çözerken, bunları Türk kanunları gibi uygulamak zorunda olduklarını vurgulamaktır. Bu hükmün dışa dönük yönü ise Türk Devletinin milletlerarası güvenilirliğini devam ettirme düşüncesinin bir ifadesidir.⁶³

Öğretide kimi yazarlar antlaşmaların kanunlardan hele anayasadan üstün değil kanunlarla eşdeğer nitelik taşıdığını belirtmiştir. Bu görüşe göre kanunla milletlerarası antlaşma çatışırsa sorun öncelik-sonralık, özellik-genellik kuralı çerçevesinde çözümlenmelidir.⁶⁴

7.5.2004 tarihli 5170 sayılı kanun m.7 ile “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” hükmüyle Türk hukukunda çok tartışılan antlaşma-kanun çatışmasına temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma bakımından çözüm getirilmiştir.⁶⁵ Çatışma halinde sözleşmeye üstünlük tanınacaktır.⁶⁶

Antlaşma ile anayasa hükmünün açık olarak çatıştığı durumlarda An. m.90/son’a eklenen fıkradan sonra da, antlaşmayı ihmal edip anayasayı uygulamak gerekecektir. Bu durumunda sorunun çözümü ve ulusal üstü ya da uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamak, varsa uluslararası yargı yerlerine bırakılmış olacaktır. AİHS’ye göre bunu gerçekleştirecek yargı yeri AİHM, Avrupa Birliği’nde ise Adalet Divanı’dır. Böylece anayasayı ulusal üstü yargı yerlerinin mahkum etmesinin sonuçlarına katlanmak gerekecektir. Bu durumu önlemenin yolu ise anayasayı uluslararası sözleşmelere uygun hale getirmek, bu sözleşmeleri şekil bakımından anayasa ile eşdeğer konuma yükseltmek ya da anayasa ile çatışma halinde antlaşma hükmünün esas alınacağı açık çatışma kuralı getirmektir.⁶⁷ Zira aksine bir durum örneğin AİHS hükümleri bakımından söz konusu devletin mevzuat

⁶³ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar**, 20. bs., İstanbul, Beta Yay, 2016, s. 13.

⁶⁴ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 381.

⁶⁵ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Beta, 2005, s. 47.

⁶⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 52.

⁶⁷ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Mayıs 2004’te Anayasanın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri üzerine Bir Değerlendirme”, Yayına Hazırlayan: Prof. Dr. Öget Öktem Tanör: **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 799-801; Bakım, **a.g.e.**, s. 70.

kaynaklı ihlal nedeniyle AİHM tarafından sürekli olarak mahkûm edilmesine neden olacaktır.⁶⁸

Uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğu denetlenecekse onaylanmadan önce yapılmalıdır. Yürürlüğe girmiş bir antlaşma “pacta sunt servanda” ilkesi gereği bağlayıcıdır.⁶⁹ İç hukukun bir parçası haline gelen antlaşma anayasaya aykırı hükümler içerse bile anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecektir.⁷⁰

Kimi yazarlar Türk hukuku bakımından, AİHS gibi doğrudan uygulanabilir nitelikte olan temel haklara ilişkin ulusal üstü sözleşmelerin ve Avrupa Birliği hukukunun Anayasa ve Anayasa üstü değer⁷¹ taşıdığını ifade etmektedir.⁷²

İşkence yasağının devletler hukuku alanında üstün hukuk kuralı olduğu hususunda bir duraksama yoktur. Bu nedenle devletler sözleşmeye imza atmamış olsa bile bu yasağa uymakla yükümlüdür. Çünkü jus cogens kuralının bütün devletler için bağlayıcı etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir.⁷³

B. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla kabul ve ilan edilmiştir.⁷⁴

İHEB m.5 “*Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.*” şeklinde işkenceyi yasaklamaktadır.⁷⁵

⁶⁸ Şenol, **a.g.e.**, s. 284.

⁶⁹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 3.bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2012, s. 468.

⁷⁰ Bakım, **a.g.e.**, s. 69.

⁷¹ Bazı ülkelerin anayasaları kimi uluslararası sözleşmelere yasalardan olduğu gibi, bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda anayasalardan da üstün değer tanımaktadır. Bkz. Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No. 72, 1993, s. 32.

⁷² Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 90.

⁷³ İlyas Doğan, Abdülkadir Akıl, Gülден Çamurcuoğlu, “Uluslararası Hukukun Değişim Süreci Ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 13.

⁷⁴ Mehmet Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 3.

⁷⁵ Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s. 4.

Bildiri dünya ölçeğinde hak ve özgürlükler çizelgesi öngören ilk belge niteliği taşımaktadır. Bildiri daha sonra hazırlanan pakt, anlaşma ve sözleşmelere esin kaynağı olmuştur. Anayasal haklara kaynaklık etmesinin yanında, bütün devletler için hukuken bağlayıcı⁷⁶ gelenek yasası haline gelmiştir.⁷⁷

Her ne kadar bu şekilde belgenin bağlayıcı olduğu yönünde görüşler olsa da, beyanname tavsiye niteliğindedir, bağlayıcılığı yoktur.⁷⁸ Bildiri uluslararası hukuk bakımından bir antlaşma niteliği taşımadığından devletler bakımından bağlayıcı değildir, yol gösterici niteliktedir, ancak siyasi ve ahlaki önemi büyüktür. Bildiri tek başına hukuken bağlayıcı olmasa da insan hakları alanında çığır açmış, uluslararası sözleşmelerin, anayasaların, mahkeme kararlarının esin kaynağı olmuş, temel bir insan hakları kaynağı olmuştur.⁷⁹

İHEB'nin siyasi ve ahlaki bakımdan günümüzde ulaştığı saygı her türlü şüpheden uzaktır.⁸⁰

C. Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁸¹

Sözleşmede m.7 ile “*Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.*” denilerek işkence yasaklanmıştır.⁸² Sözleşmeyle bireysel başvuru yolu kabul edilmiştir.⁸³

Sözleşmede m.10/1 ile “*Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insani muamele ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygı görme hakkına*

⁷⁶ Gemalmaz, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, s. 169.

⁷⁷ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 76.

⁷⁸ Doğan, **İnsan Haklarının Milletlerarası Himayesi**, s. 262.

⁷⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 63,64.

⁸⁰ İlyas Doğan, **Devletler Hukuku**, 3. bs., Ankara, Astana Yayınları, 2016, s. 278.

⁸¹ Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. 4.6.2003 tarih ve 4668 sayılı kanunla onaylamıştır. (RG 16.6.2003). Bkz. Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 43.

⁸² Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 324.

⁸³ Abdurrahman Eren, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 127.

sahiptir.” denilerek mahpuslara insani muamele ile yaklaşılabacağı ve insanlık onuru gereği saygı gösterilerek davranılacağı belirtilmiştir.⁸⁴ Devletlere insani muamelede bulunma yükümlülüğünü kanunlaştırma ödevi ile aykırı fiilleri cezalandırma ödevi yüklenmiştir.⁸⁵

Sözleşmenin 4. maddesinde olağanüstü dönemlerde dahi m.7 kapsamındaki hakların sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir.

Sözleşmenin 28. maddesiyle, devletlerin sunmakla yükümlü olduğu raporları inceleme, devletlerarası şikayet başvurularını inceleme, bireysel başvuruları inceleme ve sözleşmenin kimi kurallarına anlam ve açıklık getiren “genel yorum” yapma yetkisi olan İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur.⁸⁶

D. İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Sözleşmenin temelini, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 9.12.1975 tarihli Herkesin İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri oluşturmaktadır.

İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, BM Genel Kurulu’na 10.12.1984 tarihinde kabul edilip, 26.06.1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁸⁷

Bu sözleşmenin en önemli özelliği ilk defa uluslararası insan hakları sözleşmesinde işkence tanımlanmıştır.⁸⁸

Sözleşmenin 1. maddesinde işkence “*Bu Sözleşme bakımından, “işkence” , bir kimseye kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişi ile ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya*

⁸⁴ Bakım, **a.g.e.**, s. 32.

⁸⁵ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 544.

⁸⁶ Önok, **a.g.e.**, s. 66.

⁸⁷ Sözleşme, Türkiye tarafından 21.04.1988 tarihli ve 3441 sayılı kanunla onaylanarak 10.08.1988 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. Gökhan Taneri, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014, s. 506.

⁸⁸ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 545.

resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir.” şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁹

Fıkranın ikinci cümlesinde kanuna uygun yaptırımların doğasında mevcut olan geçici olarak meydana gelen acı ve ıstırapın işkence fiilinin oluşturduğu acı ve ıstırapın kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesi “1.Sözleşmeye Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri alacaktır.

2. Hiçbir istisnai durum, ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez.

3. Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.” şeklindedir. Bu düzenlemelerden ile uluslararası hukukta işkence yasağının emredici kural olduğu ve hiçbir istisnasının bulunmadığı anlaşılmaktadır.⁹⁰ İşkence yasağını mutlak olduğu istisna ya da sınırlama kabul etmez niteliği belirtilmiştir.⁹¹ Bu nedenle işkence yasağını yumuşatmaya yönelik görüşler asla olumlu karşılanamaz.⁹² Hükmün amacı bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette koruma altına almaktır.⁹³

Sözleşme’nin 3. maddesiyle kişinin işkenceye tabi tutulması tehlikesinin bulunduğu ülkeye iadesi yasaklanmaktadır. Kişinin işkenceye maruz kalma tehlikesi altında olduğuna inanmak için önemli sebeplerin varlığı gerekir. Kişinin menşei ülkedeki gerekse gönderilmesi gereken ülkedeki faaliyetleri, varsa işlediği iddia edilen suç gibi konular önemli sebepler olup olmadığı açısından değerlendirilecektir.⁹⁴

Sözleşmenin 15. maddesi ile “Her Taraf Devlet işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul

⁸⁹Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 137.

⁹⁰ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 325.

⁹¹ Taneri, **a.g.e.**, s. 507.

⁹² Doğan, Akıl, Çamurcuoğlu, **a.g.e.**, s. 14.

⁹³ Gültaş, **a.g.e.**, s. 57.

⁹⁴ Taneri, **a.g.e.**, s. 508.

edilmemesini sağlayacaktır.” denilerek işkence altında alınan ifadelerin hukuken geçersiz olduğu benimsenmiştir.⁹⁵

Sözleşmenin 16. maddesi ile işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayrıinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin işkence ile aynı hükümlere tabi olduğu belirtilmektedir. Eylemlerin yoğunluk bakımından işkence ile farkı bulunmaktadır.⁹⁶

Sözleşmenin 17 vd. maddeleri ile sözleşmenin taraf devletlere getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesini ve sözleşme hükümlerinin işlerliğini denetlemek üzere İşkenceye Karşı Komite’nin kurulması öngörülmüş, Komite 1988’de kurulmuştur.⁹⁷ Komiteye geniş yetkiler tanınmıştır. İşkence iddiası olan ülkede soruşturma yapma, bunu yıllık raporunda yayınlama, işkenceye ilişkin kişisel başvuruları kabul etme yetkilerine sahiptir. Ancak İşkenceye Karşı Komite’nin bu yetkileri kullanımı sonucunda açıkladığı görüş, bağlayıcı nitelikte değildir.⁹⁸

Komite, taraf devletlerden birinde sistematik olarak işkence yapıldığına dair güvenilir bilgi edinirse ilgili devleti bu konuda bilgi vermeye çağırabilir. Taraf devletlerden birinde sistemli işkence uygulandığına ilişkin inandırıcı delillerin bulunması durumunda Komite gerekirse iddiaları yerinde incelemek yetkisine sahiptir. İlgili devletin izniyle ülkeye ziyaret düzenleyip, tanık ve diğer ilgilileri dinleme gibi yollara başvurabilir.⁹⁹

Devlet başvurusu sözleşmenin 21. maddesinde düzenlenmiştir. Bir devletin diğer bir devlet hakkında sözleşmeye aykırı davrandığı iddiasıyla Komiteye başvuruda bulunması için her iki devletin 21. maddedeki yetkiyi tanımış olmasına bağlıdır. Komitenin görevi çözüm sağlamaya yönelik bir arabuluculuk faaliyetidir. Bunun için ad hoc uzlaştırma komisyonu kurulabilecektir.¹⁰⁰

Bireysel başvuru sözleşmenin 22. maddesinde düzenlenmiştir. Zarar gören şahıs veya onun adına hareket eden şahıs prosedürü işletebilir. İç başvuru yollarının tüketilmesi, konunun diğer bir uluslararası organ önünde çözülmemiş veya çözülmekte olmaması kaydıyla bu yola başvurulabilir. Başvuruyu inceleyen Komite,

⁹⁵ Gemalmaz, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, s. 313.

⁹⁶ Eren, Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları, s. 132.

⁹⁷ Gültaş, **a.g.e.**, s. 58.

⁹⁸ Önok, **a.g.e.**, s. 78.

⁹⁹ Önok, **A.e.**, s. 79.

¹⁰⁰ Önok, **A.e.**, s. 80.

inceleme konusu davranışın sözleşmeyi ihlal edip etmediğine dair gözlemlerini kamuoyuna açıklar. Bunun bağlayıcı ya da icrai niteliği yoktur, gereğinin yerine getirilmesi ilgili devletin takdirindedir.¹⁰¹

İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 18 Aralık 2002 tarih ve A/RES/57/199 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 4 Şubat 2003 tarihinde imzaya açılmıştır. 22 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁰²

İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol'ün denetim organı, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezanın Önlenmesi Alt Komitesidir.

Protokol insanlıkdışı muamelelerin önüne geçmek için gözaltı merkezlerine bağımsız uluslararası ve ulusal organlar tarafından ziyaretler yapılmasını öngörmekte ve denetimler için sistem kurmaktadır.¹⁰³

İnsan haklarının korunması amacıyla oluşturulan rapor yöntemi, şikayet yöntemi, ziyaret yöntemi gibi koruma mekanizmalarının işleyişinde uluslararası organlar bağımsız ulusal insan hakları kurumlarının işbirliğine ihtiyaç duymaktadır.¹⁰⁴ Ek Protokol gereği taraf devlet, ulusal önleme mekanizması kurma yükümlülüğü altındadır. Alt Komite, ulusal önleme mekanizması ile temaslarda bulunabilir. 28 Ocak 2014 tarih ve 28896 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 9 Aralık 2013 tarih ve 2013/5711 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye İnsan

¹⁰¹ Önok, A.e., s. 80, 81.

¹⁰² Türkiye, İhtiyari Protokol'ü 14 Eylül 2005 tarihinde imzalamıştır. Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğu dair 23 Şubat 2011 tarih ve 6167 sayılı Kanun ve onaya ilişkin 15 Haziran 2011 tarih ve 2011/1962 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onay süreci tamamlanmıştır. Bakanlar Kurulu kararı ve resmi Türkçe çeviri, 5 Temmuz 2011 tarih ve 27985 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 27 Eylül 2011 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve İhtiyari Protokol, Türkiye açısından 27 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol, (Çevrimiçi) <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/130-iskenceye-ve-diger-zalimane-gayriinsani-veya-kucultucu-muamele-veya-cezaya-kars-birlesmis-milletler-sozlesmesine-ek-ihiyari-protokol/>, 13.10.2019, Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 49.

¹⁰³ Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 49.

¹⁰⁴ Abdurrahman Eren, "Türkiye'de Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve İşkenceyi Önlemedeki Roller", **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 287,295.

Hakları Kurumu, İhtiyari Protokol'de öngörülen görevleri yerine getirmek üzere ulusal önleme mekanizması olarak belirlenmiştir.¹⁰⁵ 20.04.2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6701 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) kurulmuştur. Bu Kanun ile 21.06.2012 tarihli ve 6332 sayılı Kanunla kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu lağvedilmiştir.¹⁰⁶

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 6701 sayılı Kanun ile insan onurunu temel alarak insan haklarının korunmak ve geliştirilmek, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınmasını sağlamak ile hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesini temin etmek görevleri yanı sıra işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması işlevini yerine getirmekle de görevlendirilmiştir.¹⁰⁷

Türkiye 'de önleyici denetim mekanizması niteliğinde aşağıdaki birimlerden söz edilebilir. Bunlar TBMM İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Komisyonu (tüm kurullara yönelik işkence ve kötü muameleyi soruşturma yetkisine sahiptir), İnsan Hakları Başkanlığı ve İnsan Hakları İl ve İlçe Kurulları (bir il ve ilçedeki cezaevleri dışındaki birimleri özellikle nezarethaneleri denetleme yetkisine sahiptir), Cezaevleri ve Tutukevleri İzleme Kurulları (cezaevlerinde önleyici denetim yetkisine sahiptir) 'dır.¹⁰⁸

E. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Avrupa Konseyi tarafından sözleşme, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 59. maddeye uygun olarak 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁵ Bkz. İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol, (Çevrimiçi) <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/130-iskenceye-ve-diger-zalimane-gayriinsani-veya-kucultucu-muamele-veya-cezaya-kars-birlesmis-milletler-sozlesmesine-ek-ihiyari-protokol/>, 13.10.2019

¹⁰⁶ Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.tih.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/>, 15.10.2019.

¹⁰⁷ Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.tih.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/>, 15.10.2019.

¹⁰⁸ Eren, "Türkiye'de Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve İşkenceyi Önlemedeki Roller", s. 287, 295.

Sözleşmenin¹⁰⁹ 3. maddesinde “*Hiç kimse işkenceye, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulamaz.*” denilerek işkence yasaklanmıştır.¹¹⁰

Sözleşme işkenceyi, insanlıkdışı ve aşağılayıcı ceza ve muameleyi mutlak bir ifadeyle yasaklamıştır. Herhangi bir sınırlama, askıya alma ya da istisna kabul etmeyen yapısıyla mutlak nitelik taşır.¹¹¹ AİHS m. 15’te belirtilen savaş ve benzeri durumlarda dahi askıya alınmaz. AİHM terörizm ve organize suçlar gibi durumlarda bile maddede belirtilen fiilleri yasakladığını belirtmiştir.¹¹² Taraf devletin içinde bulunduğu durum ne olursa olsun işkence görmeme hakkı ne sınırlanabilir, ne yasaklanabilir ne de askıya alınabilir.¹¹³ Mahkeme tarafından da jus cogens olarak kabul edilmiştir.¹¹⁴

2. AİHS m.3’ün Uygulanma Kriterleri

Her müdahale 3. maddenin yasakladığı alana girmez. AİHM’e göre bir muamele ya da cezanın 3. maddenin yasağı kapsamına girmesi için acı veya ıstırapın “asgari ağırlık düzeyine ulaşmış olması” gerekir.¹¹⁵ Asgari ağırlık düzeyi belirlenirken yapılan muamelenin süresi, mağdur üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, mağdurun yaşı, cinsiyeti,¹¹⁶ sağlık durumu, olayı çevreleyen bütün verilerin göz önünde tutulması, muamele veya cezanın niteliği, bağlamı ve uygulandığı koşullar, muamelenin amacı ve kastı, muamelenin ardındaki saiki, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği dikkate alınır.¹¹⁷

¹⁰⁹ Türkiye Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde ihtirazi kayıtlı onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bkz. Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası.

¹¹⁰ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 125.

¹¹¹ Boyar, **a.g.e.**, s. 156.

¹¹² Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 125.

¹¹³ Ömer Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 215.

¹¹⁴ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 125.

¹¹⁵ Boyar, **a.g.e.**, s. 137.

¹¹⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2004, s. 248.

¹¹⁷ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 126, 127.

Yani hadise, vaki olduğu zamandaki hal ve şartlara ve zihniyete göre mütalaa ve muhakeme edilmelidir.¹¹⁸

Başvurucu sözleşmenin 3. maddesi kapsamına giren ağırlıkta bir muamele veya şiddet görmüş olabileceğini gösteren emareler veya deliller sunmalıdır. Başvurucunun iddiaları soyut değil somut fiillerin tasvirini içermelidir.¹¹⁹ Mahkeme işkence veya kötü muamelenin en önemli delili olan sağlık raporlarının İstanbul Protokolü'nde yer alan ilkelere uygun verilmiş olmasını aramaktadır.¹²⁰

Davalı devletin ihlalden sorumlu tutulabilmesi için şikayet konusu olayların kanıtlanmış olması gerekmektedir. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasına konu olan olaylar AİHM'e gelmeden önce ulusal makamlar tarafından araştırılmış, muhakeme konusu edilmiş ise, bu durum AİHM'nin de işini kolaylaştıracaktır. Taraflar olaylar konusunda hemfikir ise AİHM fiili nitelendirip hüküm verecektir.¹²¹

Aksi durumda Mahkeme AİHS m.38'e göre olay hakkında soruşturma yapabilecektir. Bu madde taraf devlete soruşturmada "gerekli kolaylığı sağlama yükümlülüğü" getirmektedir.¹²²

Mahkemeye bireysel başvurunun, iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 ay içerisinde, yapılmış olması gerekmektedir. AİHM'e göre işkence idari pratik halini almış ve buna resmi hoşgörü gösterilmişse, AİHS m.35 gereği başvuruların kabul edilebilirlik aşamasında iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmaz.¹²³

"Bir devletin işkenceden sorumlu tutulması için failin tespit edilmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla ihlalin varlığı için suçun manevi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekmez. AİHM de işkence yasağının ihlal edildiği

¹¹⁸ **Tanzimat I :Yüzüncü Yıl Dönümü Münasebetiyle**, İstanbul, Maarif Matbaası, 1940, s. 232.

¹¹⁹ Doğru,Nalbant, **a.g.e.**, s. 129.

¹²⁰ Doğru,Nalbant, **A.e.**, s. 131.

¹²¹ Doğru, **İHAS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s. 6,7.

¹²² Bakım, **a.g.e.**, s. 60.

¹²³ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 59.

vakalarda failin manevi durumunu incelememektedir; çünkü çoğu durumda zaten fail bilinmemektedir.”¹²⁴

Başvurucu devletin kontrolü altındayken kötü muamele gördüğü iddialarını destekleyen sağlık raporu gibi bir delil sunuyorsa, devlet görevlilerinin kötü muamele yaptığına dair güçlü bir karine doğar. Bu maddi karineyi çürütmek için “akıl kabul edebileceği bir açıklama”¹²⁵ getirmek devlete düşer.¹²⁶ Devlet kontrolü altındaki kişinin yaralanmalarını inandırıcı şekilde izah etmelidir. Aksoy-Türkiye kararında AİHM, gözaltına alındığında sağlıklı olan başvurunun salıverildikten sonra tedavi görmesi, iki kolunu kullanamaz hale gelmesi ve bunun Filistin askısına alma gibi bir zorlama sonucu olabileceği belirtilmesi durumunda, Devlet’in savunmasında bu rahatsızlığa alternatif bir açıklama getirmediğini belirtmiştir.¹²⁷

3. AİHS m.3’teki Kavramlar

a. İşkence

AİHS işkence ve kötü muamele kavramlarını tarif etmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Albaylar Cuntası Dönemi Yunanistan davasında işkenceyi, bilgi itiraf veya cezalandırmak gibi özel amaçlarla bilerek ve istenilerek yapılan derin acılar verici en ağır insanlıkdışı muamele biçimi olarak tanımlamıştır.¹²⁸

AİHM 1978 tarihli İrlanda-Birleşik Krallık kararında işkenceyi “çok ağır ve zalimane ıstıraplara neden olan kasti insanlıkdışı muamele” olarak tanımlamıştır.¹²⁹

¹²⁴ Elçi ve Diğerleri/Türkiye, No. 23145/93, 13.11.2003, paragraf, 606, Bkz. Kerem Altıparmak, “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, **Anayasa Yargısı**, C. 32, 2015, s. 156, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/media/4437/5.pdf>, 01.04.2019.

¹²⁵ Başvurucunun gözaltındayken ayağında çürük, şişlik, ayak bileğinde sıyrık meydana gelmiş olmasını, falaka uygulanmasını, kaburga kemiğinin kırılmasını, bu kırık üzerinde darbe sonucu yaraberele oluşmasını ve bunların nedenlerinin hükümet tarafından açıklanamamasını dikkate alan AİHM, bunlardan yetkilileri sorumlu tutmuştur. İşkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Salman v. Turkey* Kararı, No. 21986/93, 27.06.2000, paragraf, 113-15. Bkz. Sabahattin Nal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlıkdışı Muamele”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2007, s. 160.

¹²⁶ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 133.

¹²⁷ Selami Turabi, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 295.

¹²⁸ Anayurt, **a.g.e.**, s. 229.

¹²⁹ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 137.

AİHM kararlarında daha sonra genellikle Birleşmiş Milletler Sözleşmesine atıf yapmıştır.¹³⁰ 10.12.1984 tarihinde kabul edilen 1987’de yürürlüğe giren İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 1. maddesi işkenceyi şöyle tanımlanmaktadır; “*Bu Sözleşme bakımından, ‘işkence’ , bir kimseye kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişi ile ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir.*”¹³¹

AİHM Büyük Dairesi, 13.12.2012 tarihli El-Masri/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti kararında işkenceyi, ilgiliden bilgi almak, onu cezalandırmak ya da onu yıldırma amacıyla ona şiddetli ağrı ya da acı vermek için birbirlerine eklenerek ve taammüden yapılan muameleler olarak tanımlamıştır.¹³²

Mahkeme işkenceyi diğerlerinden ayırt etmek için üç unsur üzerinde durmaktadır. Bunlar; mağdura uygulanan muamelenin vermiş olduğu fiziksel ya da zihinsel ıstırapın yoğunluğu, muamelenin iradi yani bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmiş olması, muamelenin itiraf elde etmek, bilgi almak veya cezalandırmak gibi belli bir amaç doğrultusunda yapılması şeklindedir.¹³³

“*Acı ve ıstırapın yoğunluğu ölçütünden zımni olarak uzaklaşan AİHM, literatürdeki eleştirilerin de etkisiyle, işkencenin varlığını tespit için amaç ve mağdurun çaresizliği unsurlarını giderek daha çok öne çıkarmaktadır.*”¹³⁴

¹³⁰ Boyar, **a.g.e.**, s. 140.

¹³¹ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 137.

¹³² Büyük Daire, El-Masri/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, 13.12.2012 Tarihli Kararı, Başvuru No- 39630/09, Bkz.(Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22C5%9Fkence%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%5B%22001-126812%22%5D%7D>, 23.10.2019.

¹³³ Anayurt, **a.g.e.**, s. 229.

¹³⁴ “Amaç unsuru, klasik olarak ifade alma veya suçu ikrar amaçlı bedensel şiddetin kullanıldığı davalarda özellikle vurgulanmaktadır. Ancak, amacın ifade alma dışında gerçekleştiği kimi vakalar AİHM’in acının ağırlığı ve yoğunluğu ölçütünü hemen hiç tartışmadığını göstermektedir. *Dedovskiy ve Diğerleri/ Rusya* davasında, başvuru yarı açık cezaevinde tutulmaktadır. İslah Müdürlüğünün

Muhalliflerin siyasi faaliyetleri hakkında bilgi elde etmek için uygulanan falaka; elektrik şoku; Filistin askısı; gözaltında tecavüz; zorla besleme için tıbbi gereklilik bulunmadığı halde zorla besleme¹³⁵; korkutmak ve tedirginlik yaratmak için cinsel organa metal nesnelerle vurma; dövüldükten sonra polis memurunun tacizine uğrama; kişinin cinayeti itiraf etmesi için elektrik şoku verilmesi ve hamile eşine işkenceyle tehdit edilmesi;¹³⁶ çok uzun süre tam bir duysal ve sosyal izolasyon altında dış dünya ile temas kurmaya izin vermayla birlikte tuvaleti, suyu, doğal ışığı bulunmayan hücrede tutuma;¹³⁷ ağır hakaret etme, darp ve çınlıplak soyup dondurucu soğuk su dökme¹³⁸ fiilleri AİHM tarafından işkence olarak değerlendirilmiştir.

b. İnsanlıkdışı Muamele ve Ceza

İnsanlıkdışı muamele, işkence kadar özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği acı kadar bir acı veya ıstıraba neden olmayan, ama yine de fiziksel yaralanmaya ya da yoğun fiziksel ve ruhsal acıya sebep olan bir muameledir. Sırf ruhsal ıstıraba sebep olan bir fiil nedeniyle insanlıkdışı muamele söz konusu olabilir.¹³⁹ İnsanlıkdışı muamele olabilmesi için özel bir kast zorunlu olmadığı gibi, fiilin özellikle acı vermek için yapılmış olması da şart değildir.¹⁴⁰ İşkence ve insanlıkdışı muamele arasındaki temel ayrım çekilen ıstırabın yoğunluğuna göre yapılmaktadır.¹⁴¹

özel biriminden gelen 8 kolluk görevlisi, disiplin amaçlı olarak yarı açık cezaevinde tutulan kişilere copla ve yumrukla vurmuş, sözlü olarak mahkumları aşağılamıştır. AİHM, kolluğun başvurucular üzerinde kullandığı fiziksel şiddetin amacının onları aşağılamak, korku yaratmak, fiziksel ve ruhsal dirençlerini kırmak olduğunun altını çizerek, ciddi bir fiziksel yaralanmaya yol açtığına dair rapor olmayan saldırıyı işkence olarak nitelendirmekten çekinmemiştir.” Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya, No. 7178/03, 15.05.2008, paragraf, 85, Bkz. Altıparmak, **a.g.e.**, s. 168.

¹³⁵ Tıbbi gereklilik varsa açlık grevi yapan bireyin iradesi hilafına da olsa tıbbi gereklilikler yerine getirilerek zorla besleme yapılabilir. AİHM sırf protesto eylemini sona erdirmek amacıyla müdahale yapılmaması gerektiğini belirtmektedir. Müdahale insanlıkdışı şekilde olmamalı, insani ve ölçülü olmalı, kişiye bulunduğu durumdan daha fazla acı ve eziyet vermemelidir. Bkz. Can Çelik, “İnsan Hakları Boyutuyla Zorla Besleme”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. VI, S. 53, 2014, s. 44, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/dergi/fasikuel-hukuk-dergisi>, 02.04.2019.

¹³⁶ Boyar, **a.g.e.**, s. 140.

¹³⁷ Doğru, **İHAS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s. 18.

¹³⁸ Anayurt, **a.g.e.**, s. 232.

¹³⁹ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 139,140.

¹⁴⁰ Boyar, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁴¹ Boyar, **A.e.**, s. 141.

18 Ocak 1978 tarihli İrlanda- Birleşik Krallık Kararı'nda Birleşik Krallık Hükümeti'nin ele geçirdiği bazı teröristlere uyguladığı beş teknikten oluşan derin sorgulama yöntemi kapsamında; başa torba geçirme, yiyecek ve içecek vermeme, yüksek sesli gürültü dinletme, uzun süre uykusuz bırakma ve ayaklar ve kollar açık gergin bir şekilde ayak parmakları üzerinde uzun süre duvar dibinde dikme yöntemlerinin kullanılmasını Avrupa İnsan Hakları Komisyonu işkence olarak nitelendirmişti. Mahkeme ise, uygulanan beş tekniğin, ikrar ve /veya bilgi elde etmek için sistematik olarak kullanılsa bile, birlikte uygulandığı zaman kuşkusuz insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturacağını ancak işkence olarak niteleyecek kadar özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği acıya neden olmayacağı yönünde karar vermiştir.¹⁴²

Mahkeme, önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş bir muameleyi 'insanlık dışı' muamele olarak nitelendirmiştir.¹⁴³

Fiziksel saldırı, orantısız zorlayıcı tutuklama, belli psikolojik sorgulama teknikleri, tehlikeli sağlıksız ve temiz olmayan gözaltı koşulları, mahkumlar yönünden yiyecek ve su sağlamama, alıkonulan yerin fiziksel olarak kişi sayısına göre küçüklüğü insanlık dışı muamelelerdir.¹⁴⁴ Yine hasta bir insanın daha kötü bakım hizmeti alacağı ülkeye iade edilmesi, sınır dışı etme halinde kötü muamele tehdidi bulunması, sağlık hizmetinin gerektiği gibi verilmemesi sonucu verilen acılar, kadının tekrarlayan şiddetten korunmaması insanlık dışı muameledir. Çalışma koşullarının kendisi ve bariz risklere karşı gerekli önlemlerin alınmaması insanlık dışı muamele olabilecek niteliktedir.¹⁴⁵

Maddede belirtilen ceza kavramı klasik anlamda özgürlüğü bağlayıcı cezalar yanında yaptırım niteliği taşıyan her türlü tedbiri de içine almaktadır.¹⁴⁶

¹⁴² Turabi, **a.g.e.**, s. 94; Doğru, **İHAS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s. 31.

¹⁴³ Büyük Daire, Gafgen/Almanya, 1.06.2010 Tarihli Kararı, Başvuru No- 22978/05 paragraf 89, Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22\%2222978/05\%22%22\],%22languageisocode%22:\[%22TUR%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%222001-111106%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%2222978/05\%22%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%222001-111106%22]}), 13.11.2019.

¹⁴⁴ Taneri, **a.g.e.**, s. 525.

¹⁴⁵ Çiğdem Sever, "Soma ve Ermenek'i İşkence Yasağı Üzerinden Düşünmek", **Güncel Hukuk**, S. 132, 2014, s. 10-11.

¹⁴⁶ Önok, **a.g.e.**, s. 170.

İşkence kaçınılmaz olarak insanlıkdışı ve aşağılayıcıdır, tüm insanlıkdışı muameleler de aşağılayıcıdır.¹⁴⁷

c. Aşağılayıcı Muamele ve Ceza

Aşağılayıcı muamele insan onuruna ağır saldırılar içeren bir fiildir. Mağdurda korku, üzüntü, bayağılık duyguları uyandıracak nitelikteki fiiller, kişinin fiziksel veya ruhsal direncini kırıcı belli bir ağırlık düzeyine ulaşmışsa aşağılayıcı muamele söz konusudur.¹⁴⁸

Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen bir muameleyi ‘aşağılayıcı’ muamele olarak nitelendirmiştir.¹⁴⁹

Mahkeme aşağılayıcı muamelede küçük düşürme kastı aramamaktadır. Yani mağdurun aşağılanmış sayılması için failin bunu bilerek yapması gerekmez.¹⁵⁰

İşkence ve insanlıkdışı muameleden farklı olarak aşağılayıcı davranışta mağdurun uğradığı fiziksel şiddet değil, O’nun aşağılanması hususu ön plandadır.¹⁵¹ İnsanlıkdışı muamele ile aşağılayıcı muamele arasındaki fark, mağdurda yarattığı etkilerin farkından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple her insanlıkdışı muamele, insan onuruna bir saldırı olduğu için, kişide korku, sıkıntı, utanma duygusu yarattığı için aynı zamanda aşağılayıcı muameledir. Ancak her aşağılayıcı muamele aynı yoğunlukta olmadığı için insanlıkdışı muamele değildir.¹⁵²

AİHM tarafından, başvuranın yalnız korkutucu koşullarda bulundurulması, özellikle aşırı kalabalık ve başvuranın sağlığına da etki edecek şekilde kötü sağlık

¹⁴⁷ Boyar, **a.g.e.**, s. 139.

¹⁴⁸ Doğru, **İHAS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s. 20.

¹⁴⁹ Büyük Daire, Gafigen/Almanya, 1.06.2010 Tarihli Kararı, Başvuru No- 22978/05 paragraf 89, Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22\%2222978/05\%22%22\],%22languageisocode%22:\[%22TUR%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-111106%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%2222978/05\%22%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-111106%22]}), 13.11.2019.

¹⁵⁰ Boyar, **a.g.e.**, s. 142.

¹⁵¹ Ali Emrah Bozbayındır, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. XIII, S. 145, 2018, s. 50, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/16328>, 02.04.2019.

¹⁵² Doğru,Nalbant, **a.g.e.**, s. 140.

koşullarının bulunması sürecin uzunluğu ile birlikte değerlendirildiğinde küçük düşürücü muamele olarak kabul edilmiştir.¹⁵³

AİHM başvuruların sadece önemsiz hafif bedensel yaralanmalara atıfta bulundukları ve ciddi fiziksel veya ruhsal ıstırap yaşadıklarını ortaya koymadıkları göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu, polis sorgusunda polis tarafından tokat atma muamelesini insanlık dışı veya daha ziyade işkence olarak tanımlanması mümkün olmamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, mevcut davada aşağılayıcı muamelenin söz konusu olduğunu tespit etmiştir.¹⁵⁴

Sözleşme'nin 3. maddesine göre, aşağılamanın belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve yasal olan cezada mevcut olandan başka bir düzeyde olması gerektiği vurgulanmıştır. Yasal cezaların, yargı yoluyla verilen cezaların hepsinin kişiyi aşağıladığı gerekçesiyle 3. maddeyi ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Kişinin işlediği bir suç nedeniyle kişiye uygulanan ceza (dayak, teşhir ve sürgün dışında) zaten tanımı ve özü itibarıyla bir nebze onur kırıcı ve sıkıntı verici olmasına rağmen yasal cezalar 3. maddeye aykırılık oluşturmazlar. Ancak yasal cezanın yerine getirilme biçimi ve koşulları bakımından 3. maddeye aykırılık oluşabilmektedir.¹⁵⁵

AİHM yukarıdaki fiiller dışında bazı durumlarında 3. maddenin ihlalini oluşturacağına karar vermiştir. Bazı durumlarda sınırdışı etme, mülkiyete zarar verme (köy yakma olaylarında olduğu gibi), adil olmayan yargılama sonucu ölüme mahkum etme, sivil ölüme mahkum edilme, yakınların gözaltına alındıktan sonra kaybolması vb. olaylarda 3. maddenin ihlalini oluşturmaktadır.¹⁵⁶

4. Devletin Yükümlülükleri

İşkence ve benzeri muameleye tabi olmama her insan için dokunulmaz haktır. Bu hak doğal hukuk gereği kendiliğinden var olup devlet dahil bu hakka kimse

¹⁵³ Taneri, **a.g.e.**, s. 525.

¹⁵⁴ Büyük Daire, Bouyid/Belçika, 28.09.2015 Tarihli Kararı, Başvuru No- 23380/09, Bkz. (Çevrimiçi), [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22i%C5%9Fkence%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-168452%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22i%C5%9Fkence%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-168452%22]}), 23.10.2019

¹⁵⁵ Nur Centel, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S. 1-2, Erzurum, 2000, s. 9, Önok, **a.g.e.**, s. 173.

¹⁵⁶ Turabi, **a.g.e.**, s. 304, 305.

müdahale edemez. Bunu hayata geçirmek için AİHS m.3, devletlere işkence etmeme(negatif), koruma(pozitif) ve önleyemedikleri ihlalleri etkin olarak kovuşturma mükellefiyeti yüklemektedir.¹⁵⁷

Devletin işkence ve kötü muamele yapmama yükümlülüğü maddi nitelikte negatif bir yükümlülüktür.¹⁵⁸ Devlet organları aracılığıyla hiç kimseyi 3. maddedeki sayılan durumlara tabi tutmaması negatif yükümlülüktür.¹⁵⁹ Kamu otoritelerinin kişinin maddi manevi bütünlüğüne müdahale etmemeleri, kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamaları negatif yükümlülüktür.

Devlet kişiyi işkence ve kötü muameleyle karşı korumalıdır. Koruma yükümlülüğü maddi nitelikteki pozitif yükümlülüktür. Bu kapsamda devlet hem hukuki hem fiili tedbirler almalıdır. İç hukukta bireye koruma sağlanmalı işkence fiilleri suç olarak düzenlenmeli ve uygun cezalar belirlenmelidir. Üçüncü kişinin şiddet istismar ve ihmeline karşı koruma, gözaltında tutukevinde veya cezaevinde insani tutulma koşullarını sağlama¹⁶⁰, insanlıkdışı veya aşağılayıcı sayılabilecek cezaları kaldırma devletin 3. madde kapsamında alması gereken hukuki ve fiili

¹⁵⁷ Önok, **a.g.e.**, s. 160, 163.

¹⁵⁸ Doğru,Nalbant, **a.g.e.**, s. 141,142.

¹⁵⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 163.

¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, Murat Karabulut Kararında (Bireysel Başvuru No: 2013/2754) A.K. hakkında cezaevine girmeden önce 8.10.2010 tarihinde akciğer ca (akciğer kanseri) teşhisi konulduğu, kendisinin kemoterapi ve radyoterapi tedavisi görmeye başladığı, bu durumunun cezaevine girdiği 20.3.2011 tarihinde cezaevi idaresine bildirildiği anlaşılmaktadır. A.K'nın hastalığının ciddi boyutta olduğu ve bu durumun zaman ilerledikçe daha da kötüye gittiği açıktır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin başvuru konusu olay açısından değerlendireceği husus, yetkililer tarafından infazın ertelenmesi ya da özel affa tabi tutulması konusunda verilecek karara esas olmak üzere ilgili kişinin sağlık durumunun, yasal ve ikincil düzenlemelerle yetkilendirilmiş sağlık kuruluşlarınca resmî olarak tespit edilmesi için gerekli işlemlerin makul hız ve özende yapılıp yapılmadığıdır. A.K'nın yakınlarının, kendisinin sağlık durumu dikkate alınarak infaz şeklinin yeniden ele alınması yönünde talepleri bulunmaktadır. Bu talebe ilişkin nihai kararın alınabilmesi için yapılan sevk işlemleri, hazırlanan raporlar ve talep yazılarındaki eksiklikler ve gecikmeler nedeniyle A.K'nın, sağlık durumunu tespit etmek için düzenlenen bilgi ve belgeleri alabilmek adına "tam teşekküllü devlet hastanesi" ile ATK arasında gidip gelmek zorunda kaldığı, buna rağmen 21.3.2011 tarihinde başlatılan sürecin A.K'nın vefat ettiği tarihe kadar geçen yaklaşık yedi aylık sürede tamamlanamadığı görülmektedir. Bunda, süreçte yer alan kurumların hangisinin/hangilerinin neden olduğunun tespitinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan husus, bürokratik işlemlerin doğru ve zamanında yürütülememesi nedeniyle A.K. açısından çok kritik olan kararın verilememiş olmasıdır. A.K'nın kanser hastalığının ve özgürlükten yoksun kalmanın kaçınılmaz ve doğal sonucu olan sıkıntıdan daha fazla bir sıkıntıya ve buna bağlı olarak insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleyle maruz kaldığının kabul edilmesi gerekmektedir. Ölümcül bir hastalığa yakalanan ve sağlık durumu cezaevi koşullarına uygun olmadığı halde cezaevinde tutulan hükümlü yönünden insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. **Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2016**, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/yillik-raporlar/2016-yillik-raporu/>, 01.04.2019.

tedbirler olarak sayılmalıdır.¹⁶¹ AİHM içtihatlarında (İngiltere'ye karşı Osman kararı) işkence fiillerine karşı kamu otoritelerinin gerekli önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir.¹⁶²

Devlet bu hükümlerin ihlal edilmesi sonucu cezai, idari, medeni alanda meydana gelen aykırılıkları etkin bir şekilde araştırmalıdır. Bu devletin usuli yükümlülüğüdür.¹⁶³

Aktif yükümlülüğün uzantısı olarak devlet ihlali ortaya çıkarmak için aktif ve etkili soruşturma¹⁶⁴ yürütmezse 3. ve 13. madde bakımından da cezalandırılacaktır. Soruşturmanın etkin olabilmesi için, şikayet bulunmasa bile yeterince açık belirti varsa soruşturmaya başlanması, soruşturmacıların bağımsız olması, soruşturmanın devlet yetkilileri tarafından engellenmemesi, soruşturmanın makul özen ve hızla yapılması, soruşturmanın şeffaf, denetime ve ilgililerin katılımına açık olması gerekmektedir.¹⁶⁵

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında verdiği bir kararda, sanık yönünden davanın zamanaşımına uğramış olması, mahkum olan jandarma görevlisi hakkında ise, mahkemenin gerekçesinde belirttiği vahim nitelikteki eylemleri de dikkate alındığında, işlenen suç ile verilen ceza arasında orantısız bir uygulama yapılmış olması ve verilen cezanın yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaması nedenleriyle, devletin söz konusu davada başvuru sahiplerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği yönünde işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Aynı kararda devletin, bireyin maddi ve manevi

¹⁶¹ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 141, 142.

¹⁶² Veli Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Seçkin, 2017, s. 276.

¹⁶³ Önok, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, İrfan Yücesoy Kararında (Bireysel Başvuru No: 2013/7625) alınan sağlık raporu ve başvuru sahibinin şüpheli olarak yer aldığı soruşturma dosyasında yer alan belgeler ile olayın nasıl gerçekleştiğinin kamera kayıtlarından açık bir şekilde tespitinin mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sorumluların tespiti ve cezalandırılmasının gerekip gerekmeyeceği noktasında yeterli bir araştırma yapılmaksızın kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği ve başvuru sahibinin yaralanmasına sebebiyet veren eylemlerin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak nitelendirilebileceği tespit edilmiştir. Sonuç olarak olayın yeteri kadar aydınlatılmaması ve sorumlu olabilecek kişilerin durumları hakkında yeterli bir değerlendirmenin yapılmamış olması karşısında Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında öngörülen devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bkz. **Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2016**, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/yillik-raporlar/2016-yillik-raporu/>, 23.10.2019.

¹⁶⁵ Önok, **a.g.e.**, s. 166.

varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Usul yükümlülüğü çerçevesinde devletin, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yapmak durumunda olduğu belirtilmiştir. Yargılama sürecinin 11 yıl 6 ay 14 gün sürdüğü tespit edilmiş, soruşturma ve davaların uzamasının, bazı sanıklar hakkındaki suçlamaların zamanaşımına uğramasına, bazı sanıklar hakkındaki cezaların ise çok geç kesinleşmesine neden olduğu, işkence uygulayan veya uygulanmasına göz yuman kamu görevlilerinin hiç ceza almaması ya da çok geç alması sonucunun doğduğu belirtilmiştir. Mahkeme anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁶⁶

AIHM kararlarında bir yabancının sınır dışı edilmesi veya geri verilmesinde sözleşmenin 3. maddesine aykırı bir muamele ile karşılaşacağına ilişkin maddi belirtiler bulunması halinde, yabancının iadesine veya sınır dışı edilmesine karar veren devletin, AIHS'nin 3. maddesini ihlal edeceğine karar vermektedir.¹⁶⁷

AIHM'e göre kişinin geri gönderileceği devlette kötü muamele ile karşılaşma tehlikesi altında bulunması da AIHS m. 3'ün ihlaline yol açar. Gönderilecek devletin mutlaka AIHS'e taraf bir devlet olması aranmamaktadır. Geri vermenin m.3'ün ihlalini oluşturduğunu kabul edebilmek için ilgilinin gönderileceği devlette böyle bir muameleye uğrayacağı tehlikesinin mevcut ve bu tehlikenin de gönderilecek kişiye yönelik olması aranmaktadır.¹⁶⁸ Kişinin gerçek bir tehditle karşılaşacağına dair ciddi gerekçeler olmalıdır.¹⁶⁹

Benzer koruma Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nce bireysel başvurularda tedbir kararı 6216 sayılı Kanun'un m.49/5 kapsamında ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.73 kapsamında

¹⁶⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesi, Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, B. Baş. No: 2013/293, 17.07.2014 Tarihli Kararı, Paragraf, 106,107,109,136-138, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/293?KelimeAra%5B%5D=i%C5%9Fkence&BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=293>, 13.11.2019

¹⁶⁷ Cem Şenol, "AIHS Hükümleri Ve AIHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (2012/1), s. 280, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/157258>, 08.06.2018.

¹⁶⁸ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 249, 250.

¹⁶⁹ Boyar, **a.g.e.**, s. 145.

ele alınmaktadır. Tedbir usulüne başvurabilmek için başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike söz konusu olmalı ve bu tehlike “ciddi” nitelikte bir tehlike olmalıdır.¹⁷⁰ 6216 sayılı Kanun ve İçtüzük hükümleri bağlamında tedbir talebi değerlendirilirken, başvuruçuların yaşam hakkı yönünden ciddi bir risk ile karşılaşacağına, işkence ve onur kırıcı kötü muameleye¹⁷¹ tabi tutulacağına ilişkin yakın, güncel bir riskin varlığı belirleyici olmaktadır.¹⁷²

Devlet işkence ve kötü muamele iddialarını etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü altındadır. Bu pozitif bir yükümlülüktür.¹⁷³

Ould Dah v. Fransa davasında başvuruya konu olan olayda Moritanya vatandaşı olan başvuruçucu, istihbarat subayı olarak görev yaparken 1990 ve 1991 yıllarında darbe kışkırtıcılığı yapan askerlere işkence ve barbarca davranışlar sergilemiş ancak 1993 yılında çıkarılan genel bir af kanunu ile yargılanmaktan kurtulmuştur. 1998 yılında askeri eğitim amacıyla Fransa’ya gelen başvuruçucu hakkında 1999 yılında Uluslararası İnsan Hakları Ligi Federasyonu ve İnsan Hakları Ligi Federasyonu tarafından 1990 ve 1991 yıllarındaki eylemlerinden dolayı şikâyet dilekçesi verilmiştir. Ardından başlayan yargılama süreci sonucunda başvuruçucu, 2005 yılında 10 yıl ağır hapis cezasına çarptırılmıştır. AİHM, yaptığı değerlendirmede, bazı durumlarda Fransız yargı yerlerinin yargılama yetkisinin evrensel olduğunu, başvuruçuya atfedilen suçların da bu durumlardan birine karşılık geldiğini belirtmiştir. Özellikle işkence gibi bir suça karışmış birisi için böyle bir af kanununun uygulanmasının bir “kötüye kullanma durumu” meydana getirdiğinin tespitini yapmıştır. Mahkeme, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatlarına atıfla burada işkence yasağının jus cogens niteliğe sahip olduğunu kabul etmiştir.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Gonca Erol, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda ‘Tedbir’ ”, **TBB Dergisi**, Sayı:130, 2017, s. 60, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-130-1655>, 08.06.2018.

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi, Azizjon Hikmatov, B. Baş. No: 2015/18582, 10/5/2017 Tarihli Kararında, ülkesinde kötü muameleye maruz kalacağı yönündeki iddiaları araştırılmadan yabancıların sınır dışı edilmesine karar verilmesinin kötü muamele yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. **Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2017**, s. 155-157, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/yillik-raporlar/2017-yillik-raporu/>, 01.04.2019.

¹⁷² Erol, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁷³ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 171.

¹⁷⁴ Serdar Güler, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında ‘Genel Af’ Kanunları, **Uyuşmazlık Mahkemesi**, s. 421, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155570>, 08.06.2018.

AİHM kararlarında, devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir.¹⁷⁵ Özellikle işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi söz konusu olduğunda bu maddeleri ihlal eden kişilere karşı oldukça tavizsiz bir tutum sergilemektedir. Doğal olarak bu kişilerin affedilmesine hoşgörölü yaklaşmamaktadır. Mahkeme bu yaklaşımını uluslararası hukukun argümanları ile de desteklemektedir. Bu yönüyle bakıldığında, fail ile mağdur arasında bir oydaşma çabası olmaksızın çıkarılacak genel bir affın Sözleşme ile çelişebileceğini de göstermiştir.¹⁷⁶ Mahkeme, önemli bir ilkeyi hatırlatmış, işkence ve kötü muamele iddialarının affetme olmaksızın araştırılmasının devletin üzerine düşen temel görevlerden olduğunun altını çizmiştir.¹⁷⁷

F. İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 26.06.1987 tarihinde oybirliği ile kabul edilmiştir.¹⁷⁸

Bu sözleşme ile İşkenceyi Önleme Komitesi kurulmuştur. Komiteye gerekli gördüğü hallerde dilediği yerlere (cezaevi, nezarethane, tutukevi vb.)¹⁷⁹ ziyaretler¹⁸⁰

¹⁷⁵ Gülener, **a.g.e.**, s. 425.

¹⁷⁶ Gülener, **A.e.**, s. 426.

¹⁷⁷ Gülener, **A.e.**, s. 422.

¹⁷⁸ Türkiye sözleşmeyi 11.01.1988 tarihinde imzalamış, 26.02.1988 tarihinde Bakanlar Kurulunca onaylanmıştır. Sözleşme 7 devletin imzalamasıyla 01.02.1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 545.

¹⁷⁹ Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 52.

¹⁸⁰ “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi 2012 yılında Türkiye’deki çocuk cezaevlerine yaptığı ziyaretlerde Ankara Sincan Çocuk Ceza İnfaz Kurumunda ve Gaziantep Cezaevi çocuk koğuşunda kalan çocuk mahpusların kötü muamele ve şiddetten yakındıklarını tespit etmiştir. Komite, her iki ceza infaz kurumunda da, ceza infaz personelinin, bazen bireysel, bazen toplu olarak atılan dayanın, çocukların kötü davranışlarına karşı, özellikle de çocuk mahpuslar arasında kavga çıktığında, en uygun cevap olarak değerlendirdiğini tespit etmiştir. İşkenceyi Önleme Komitesi, çocuklara kötü muamelede bulunulmasını engellemek için ceza infaz personeline çocuklara verilecek bedensel cezaların hiçbir surette kabul edilemeyeceği ve bu cezaları uygulayanlar hakkında gereğinin yapılacağı hususunda açık bir mesaj verilmesini istemiştir.” Bkz. Emine Eylem Aksoy Retornaz, “Mahpus Çocukların Hakları”, **Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 1, 2014, s. 131, (Çevrimiçi)

düzenleyip, aykırılıkları yerinde denetlemek ve kötü muameleye muhatap olan kişilerin işkence ve insanlıkdışı davranış veya cezalardan korunması hususunda gerekli tedbirler önermek görevi verilmiştir.¹⁸¹

İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 1 Numaralı Protokol, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin işleyişine ilişkin değişiklikler öngörmüş ve 4 Kasım 1993 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yine İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 2 Numaralı Protokol, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin üyelerinin seçimine ilişkin değişiklik getirmiş ve 4 Kasım 1993 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁸²

Komite, sözleşmeye taraf devletin, ülkesinde işkence ve kötü muameleleri önleme, bu konudaki durumu iyileştirme, bu eğilimlere son verecek düzenlemeleri yapma ve uygulama konusunda kararlı olmaması, bu konuda çaba göstermemesi, kendisi ile işbirliğine yanaşmaması, kendisinin verdiği öneri ve kararları uygulamaması karşısında yaptırım olarak, düzenlenen raporları kamuoyuna açıklama yetkisine sahiptir. Komitenin yaptırım gücü bu şekildedir. Uluslararası alanda insan hakları ihlallerinin hassasiyet gerektiren bir konu olduğu düşünüldüğünde bu yaptırım gücü oldukça etkili bir yöntemdir.¹⁸³

Komite, Mahkeme'den farklı olarak, sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali hususunda ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkları çözmekle yetkilendirilmiş bir yargı organı olmayıp, Komite'nin görevi, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin fiziki

http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2014_1.pdfgalatarsay_2014_02.04.2019.

¹⁸¹ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 46.

¹⁸² Türkiye, her iki Protokol'ü 10 Mayıs 1995 tarihinde imzalamıştır. 4 Nisan 1997 tarih ve 4237 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu 10 Nisan 1997 tarih ve 22960 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 7 Mayıs 1997 tarih ve 97/9455 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi, 23 Haziran 1997 tarih ve 23028 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 17 Eylül 1997 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Protokol, Türkiye bakımından 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. (Çevrimiçi) <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/30-avrupa-konseyi-sozlesmeler/>, 15.10.2019.

¹⁸³ Yaşar Çor, "Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Suç Araştırmaları Anabilim Dalı, Ankara, 2005, s. 85.

ve manevi istismarını önlemektir. Komite periyodik¹⁸⁴ ya da ad hoc¹⁸⁵ ziyaretler yoluyla re'sen harekete geçebilir.¹⁸⁶

Bu sözleşmeyle BM sözleşmesine göre, İşkenceye Karşı Avrupa Komitesine daha geniş yetkiler verilmiştir.¹⁸⁷

G. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) tarafından 22 Kasım 1969'da imzalanan Sözleşme 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeye sadece Amerikan Devletleri Örgütü üyeleri katılabilir.¹⁸⁸

Sözleşmenin beşinci maddesinde insancıl muamele başlığı altında her kişinin fiziksel, zihinsel ve ahlaki bütünlüğüne saygı görme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı ve küçük düşürücü muamele yasaklanmış, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin insan saygınlığının gerektirdiği şekilde muamele görme hakkından bahsedilmiştir.¹⁸⁹

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi kurularak sözleşmece tanınan temel tak ve özgürlüklerin güvence altına alınarak pratiğe geçmesi sağlanmıştır.¹⁹⁰ Mahkeme hukuken bağlayıcı karar alabilmektedir.¹⁹¹

¹⁸⁴ Komitenin yaptığı ziyaretler periyodik, ad hoc ya da izleme ziyaretleridir. Komite Türkiye'ye en son ziyaretini 10-23 Mayıs 2017 tarihinde yapmış rapor henüz yayınlanmamıştır. Komite Türkiye'ye toplam 32 ziyaret yapmıştır. 7'si periyodik ziyarettir. Kalanlar ad hoc ya da davet üzerine yapılan ziyaretlerdir. Komitenin en fazla ad hoc ziyaret gerçekleştirdiği ülke Türkiye'dir. Bunu Rusya izlemektedir. Bkz. Berk Yalçın, "Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi Bağlamında Ülke Ziyaretleri ve Türkiye", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 2, 2017, s. 62,63, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/14321>, 02.04.2019.

¹⁸⁵ Ad hoc ziyaret, sözleşmeye aykırı fiillerin yaşandığı iddia ve şüphesi bulunan yerleri program dışında denetlemek amacıyla yapılır. Türkiye'ye 2 adet yapılmıştır. Bkz. Bakım, *a.g.e.*, s. 45.

¹⁸⁶ Bakım, *a.g.e.*, s. 46,47.

¹⁸⁷ Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 241.

¹⁸⁸ Bakım, *a.g.e.*, s. 36.

¹⁸⁹ Önok, *a.g.e.*, s. 144.

¹⁹⁰ Bakım, *a.g.e.*, s. 37.

¹⁹¹ Önok, *a.g.e.*, s. 146.

H. Afrika Şartı

Afrika Birliği Örgütü'nün katkılarıyla kabul edilen Afrika Şartı, 21 Haziran 1980 tarihinde imzalanmış, 21 Ekim 1986'da yürürlüğe girmiştir.¹⁹²

Afrika Şartı'nın 5. maddesinde “*Her birey, insan olmasına yerleşik onuruna saygı gösterilmesi ve hukuksal statüsünün tanınması hakkına sahiptir. Sömürü ve aşağılamanın, özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı ceza ve muamele olmak üzere, her biçimi yasaktır.*” denilerek işkence yasaklanmıştır.¹⁹³

Afrika Şartı, bir Komisyon kurmakla birlikte, bir Mahkeme yapılaştırmamıştır.

İ. İstanbul Protokolü

İşkencenin önlenmesi konusunda ortaya konan çabaların yetersiz kalması, uluslararası örgüt ve kuruluşları yeni çalışmalarda bulunmaya zorlamaktadır. İstanbul Protokolü bu çalışmanın sonucudur.¹⁹⁴

İşkencenin önlenmesi ve belgelenmesi açısından uluslararası protokoller hazırlanmıştır. Bunlardan ilki İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Klavuzu'dur. İstanbul Protokolü olarak adlandırılan bu belge 04.11.1999 tarihinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'ne sunulmuş ve bu tarihten sonra BM kapsamında ve bölgesel çerçevede bu belgede ortaya konan belgelere atıf yapılmıştır. Benzer bir düzenleme de, Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Önlenmesi ve Soruşturulmasına İlişkin BM Klavuzu'dur (Minnesota Protokolü).¹⁹⁵ Bu protokoller uluslararası kuralların yorumunda yardımcı kaynak olarak kullanılmaktadır.¹⁹⁶

¹⁹² Bakım, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁹³ Bkz. Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası.

¹⁹⁴ İlyas Doğan, Mehmet Kaya, **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 117.

¹⁹⁵ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 326.

¹⁹⁶ Bayraktar v.d., **A.e.**, s. 326.

İşkence yasağının daha etkin bir şekilde soruşturulmasına ilişkin olarak birçok ilkeye açıklık getirmesi, AIHM kararlarında yer alması nedeniyle önemli bir belgedir. AIHM birçok kararında İstanbul Protokolü'nde belirtilen ilkelere uyma zorunluluğu getirmiştir. İşkenceye Karşı Komite, Türkiye dahil çeşitli ülkelerin raporlarının incelemesinde İstanbul Protokolü'ne uygunluğu aramıştır. Türkiye'ye yönelik tavsiyeler arasında tıp personelinin İstanbul Protokolü'ne uygun adli tıp raporu hazırlamak konusunda eğitilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁹⁷ İstanbul Protokolü güçlü bir teamül hukuku ilkeler demeti olma yolundadır.¹⁹⁸ Bu belge işkence ve kötü muamelenin etkin araştırılması ve belgelendirilmesinde uluslararası standartları oluşturmaktadır.¹⁹⁹

İstanbul Protokolünün en önemli yeniliği işkencenin bağımsız komisyonlar tarafından araştırılmasının önünü açmasıdır. Bağımsız komisyonlar tarafından işkencenin hukuki ve tıbbi olarak soruşturulması sağlanmış olacaktır.²⁰⁰

İstanbul Protokolü işkence gördüğünü iddia eden bir kişinin işkence görüp görmediğini inceleyen ve soruşturan hekim ve hukukçular için faydalı bir rehberdir.²⁰¹

Yukarıda açıklanan nedenlerle Türkiye'nin işkence konusunda etkin bir şekilde soruşturma yapması için İstanbul Protokolü'ne uygun soruşturma yapma yükümlülüğü vardır.²⁰²

J. Mahpuslara İlişkin Minimum Kurallar

Özgürlüğün kısıtlanması insan haklarının ihlal edilmesi riskini ortaya çıkardığından, cezaevi ve tutukevi gibi yerlerin dış dünyaya ve bağımsız incelemeye açık olması gerekmektedir.²⁰³

¹⁹⁷ Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s. 119-120.

¹⁹⁸ Doğan, Akıl, Çamurcuoğlu, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁹⁹ Ahmet Nezih Kök, "İstanbul Protokolü Bağlamında Hekime Ulaşma Hakkı ve Hekimin Uymakla Yükümlü Olduğu Etik İlkeler", **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 66.

²⁰⁰ Gültaş, **a.g.e.**, s. 69.

²⁰¹ Bedri Eryılmaz, "İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi", **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 101.

²⁰² Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s. 120.

Birleşmiş Milletler tarafından 31 Temmuz 1957 tarihinde “Hükümlülere Muamelede Uyulacak Asgari Standart Kurallar” kabul edilmiştir. Temel ve mutlak nitelikte esaslar içermektedir.²⁰⁴

Otuz birinci kuralda, “disiplin suçları bakımından bedensel ceza, karanlık bir hücreye konulma ve her türlü zalimane, insanlıkdışı ve onur kırıcı ceza verilmesi tamamıyla yasaktır.”²⁰⁵

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından Aralık 1990 tarihinde standartlar 11 madde halinde “Mahpuslara Muamelenin Temel İlkeleri” kabul edilerek güvenceler bütünü tamamlanmıştır.²⁰⁶

Beşinci ilkede, işkence yasağını öngören diğer bazı sözleşmelere atıf yapılarak bunlarda tanınan haklardan tüm mahpusların faydalandırılacağı belirtilmiştir.²⁰⁷

K. Avrupa Cezaevi Kuralları

Avrupa Konseyi tarafından 19 Ocak 1973’te “Hükümlülere Muamelede Asgari Kurallar” kabul edilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından bu esaslar üzerinde yeniden çalışılmış 12 Ocak 1987’de 100 adet “Avrupa Ceza İnfaz Kuralı” belirlenmiştir. 11 Ocak 2006 tarihinde Avrupa Cezaevi Kuralları olarak güncellenmiştir.²⁰⁸

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Avrupa Cezaevi Kuralları” Başlıklı (87) 3 No’lu Tavsiye Kararı’nın temel ilkeler kısmında “*Özgürlükten yoksun bırakma insan onuruna saygılı olmanın gerektirdiği maddi ve manevi koşullara uygun olarak yapılmalıdır.*” kuralıyla insan onuruna saygı vurgulanmıştır. 31. madde ile “*Tecrit ve benzeri gibi tutuklunun bedensel ve zihinsel sağlığını tehlikeye düşürebilecek disiplin cezaları ancak, doktorun ilgiliyi muayene edip bu cezalara dayanabileceğini belirten yazılı bir belge vermesinden sonra uygulanabilir. Her halde bu önlemler hiçbir zaman 31. madde ile konulan ilkeye aykırı olamaz ve onu*

²⁰³ Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 50.

²⁰⁴ Demirbaş, **A.e.**, s. 50.

²⁰⁵ Önok, **a.g.e.**, s. 96, 97.

²⁰⁶ Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 51.

²⁰⁷ Önok, **a.g.e.**, s. 98.

²⁰⁸ Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 51.

*kötüye kullanan şekilde uygulanamaz” ilkesiyle mahpusun akıl ve beden sağlığı korunmuş ve 71. madde ile “Hapishanede işkence niteliğinde çalışmalar yapılamaz. Tutuklulara özellikle tehlikeli ya da sağlığa zararlı işler verilemez.” ilkesiyle işkence yapılmasının önüne geçilmiştir.*²⁰⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi insan haklarının cezaevinin kapısında son bulmayacağına isabetli olarak işaret etmektedir.²¹⁰



²⁰⁹ Bkz. (Çevrimiçi) [https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/281bb1--Avrupa-Konseyi-Bakanlar-Komitesinin-%E2%80%9CAvrupa-Cezaevi-Kurallari%E2%80%9D-Baslikli-\(87\)-3-No%E2%80%99lu-Tavsiye-Karari.pdf](https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/281bb1--Avrupa-Konseyi-Bakanlar-Komitesinin-%E2%80%9CAvrupa-Cezaevi-Kurallari%E2%80%9D-Baslikli-(87)-3-No%E2%80%99lu-Tavsiye-Karari.pdf), 18.10.2019.

²¹⁰ Hakan Hakeri, “Cezaevi Koşullarında İşkence ve Kötü Muamele”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s.375.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞKENCE SUÇU

I. GENEL OLARAK

Türk Ceza Kanunu m. 94'te bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışların kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi işkence sayılmıştır. Devam eden fıkralarda suçun nitelikli halleri, suça iştirak eden diğer kişilerin nasıl cezalandırılacağı, suçun ihmali hareketle işlenmesi ve işkence suçunda zamanaşımının işlemeyeceği düzenlenmiştir.

TCK 95'te ise işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir.

TCK m. 94 hükmü vd., An. m.17/3'deki "işkence yasağı" ve An. m.38/5 ile CMK m.147/1'de yer alan "şüpheli veya sanığın susma hakkı" hükümlerinin yaptırımını oluşturmaktadır.¹

II. İŞKENCE SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI

Kötü muamele, eziyet ve işkence suçları; hakaret, tehdit, yaralama gibi suçları içermeleri yönünden birbirine benzemektedir. Eziyet ve işkencede fiiller nispeten daha ağır ve sistematiktir. Fail genelde daha bilinçli ve planlıdır.²

İşkence hakaret, yaralama, tehdit, cinsel taciz gibi birkaç suçu içerebilen bir suçtur. Sistematik, sürekli, özgü bir suçtur.³

İşkencenin izleri hemen silinmemekte, etkileri uzun süre, hatta hayat boyu devam etmekte, suçun mağdurları içine kapanmakta, her şeyden korkmakta, hayattan zevk almamakta, kalabalıktan kaçmakta, kapalı alanlarda duramamakta, bazı yapılara girememektedir. Bu nedenle işkence suçunun cezası, yaralama, eziyet, kötü

¹ Demirbaş, *İşkence Suçu*, s. 68.

² Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 217.

³ Soyaslan, *a.g.e.*, s. 208.

muamele, tehdit, hakaret, cinsel taciz suçlarına nazaran daha ağırdır.⁴ Somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak, hakim fiili değerlendirip hükmünü ona göre verecektir.⁵

Aşağıda eziyet, kasten yaralama, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ve kötü muamele suçu ile işkence suçunun farkları ele alınacaktır.

A. Eziyet

Eziyet suçu TCK m.96'da *“(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

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

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

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

“Eziyet serbest hareketli bir suçtur. Mağdurun gerek bedensel gerek ise ruhsal yönden acı çekmesine neden olacak, mağdurda utanma, korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu zedeleyecek hareketler eziyet kapsamındadır.”⁶

Bir fiilin eziyet teşkil edebilir olarak kabul edilebilmesi için, insan onuruyla bağdaşmaması ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları ihtiva etmesi ve süreklilik arz eder bir tarzda işlenmesi gerekir. Söz konusu fiiller kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz şeklinde olabilir.

⁴ Sedat Bakıcı, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri-4**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 969.

⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 295.

⁶ Handan Yokuş Sevrük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Eziyet Suçu”, **İÜHFM**, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1276, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/97807>, 01.04.2019.

Ancak bu fiiller ani olarak değil sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde işlenirse eziyet sayılabilir.⁷

Sistematik olma, mağdura karşı yapılan birden fazla saldırının genel bir tutum çerçevesinde gerçekleştirilen birçok benzer davranışın bir parçası olması ya da önceden kararlaştırılmış organize bir seyir izlemesi olarak düşünülebilir. Bir politika ya da plan çerçevesinde fiilin işlenmesi gerekmez.⁸

Algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi unsuru dışında işkence suçunun tanımına benzemektedir.⁹ Kanun koyucunun eziyet suçunu, işkence suçunun sade vatandaş tarafından işlenilen hali olarak gördüğü anlaşılmaktadır.¹⁰ “*Eziyet suçu kamu görevlisi olmayanlar tarafından işlenen işkence suçudur*” şeklinde tanımlanabilir.¹¹

Eziyet suçu ile kişilere aşırı sıkıntı, güçlük, cefa, zahmet vermeye yönelik fiiller¹² yaptırıma tabi tutulmuştur.¹³

Eziyet suçuyla birden çok hukuki değer korunmaktadır. Kişinin vücut bütünlüğü, haysiyet ve şerefi, özgürlüğü korunmaktadır. İşkenceden farklı olarak kamu idaresinin itibar ve güvenilirliği korunan hukuki değerler arasında yoktur. Çünkü fail kamu görevlisi değildir.¹⁴

⁷ Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayın, 2004, s.429; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 12. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 128.

⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 306.

⁹ Ali Parlar, **Açıklamalı-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı**, 3. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2018, s. 452.

¹⁰ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 304.

¹¹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 994.

¹² “...Mağdurun sanık S...’in oğlu olduğu ve diğer sanık E... ile aynı evde ikamet ettikleri, doktor raporlarına, fotoğraflara ve dosya kapsamına göre sanık E...’nin farklı zamanlarda uzun süre mağduru çeşitli şekillerde dövdüğü, bacaklarını, ayaklarını, sırtını ve cinsel organını kızgın demir ve soba ile yaktığı, aşağıladığı, vücudunda çok sayıda darp ve yanık izlerinin bulunduğu, mağdurun olaya yakın hazırlık beyanına, eylemlerin ağırlığına, sayısına ve yerine nazaran aynı evde yaşayan sanık S...’in olanları bildiği, bazen tokat ve yumruk atarak eyleme katıldığı ve sanık E...’ye "döv onu" demek suretiyle teşvik edip cesaret verdiği, eylemlerini gizleyerek devamlılığı sağladığının anlaşılması karşısında, sabit olan eylemlerinin bütün halinde eziyet suçunu oluşturacağı gözetilmeden oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı biçimde beraat kararı verilmesi...” Yargıtay 5.CD., 17.01.2010 tarih, E.2011/6869, K. 2011/47. Bkz. Durmuş Tezcan v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmalar**, 6. bs., Ankara, Seçkin, 2017, s. 333.

¹³ Taneri, **a.g.e.**, s. 531.

¹⁴ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 217.

Eziyet suçunun faili herkes olabilmektedir. Oysa işkence suçunda fail kamu görevlisi olabilmektedir.¹⁵ İşkence suçu ile arasındaki en büyük fark budur.¹⁶ Ancak kamu görevlisinin de görev sırasında ya da görevi nedeniyle olmayan fiilleri de eziyet suçuna vücut verebilir. Eşine karşı eziyet fiillerini işleyen polis memuru işkenceden sorumlu olmaz.¹⁷ Yani şartları oluştuğu takdirde eziyet suçunun faili kamu görevlisi de olabilmektedir.¹⁸

Eziyet suçu da işkence gibi iştirak halinde işlenebilir. Ancak işkenceye iştirak eden şerik (azmettiren ve yardım eden) TCK m.94/4 gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılmaktadır. Oysa eziyet suçuna iştirak halinde ise genel hükümlere yani TCK m.37-39'a göre cezalandırılmaktadır.¹⁹

İşkenceden farklı olarak eziyet sonucu ölüm düzenlenmemiştir. Bu sebeple kasten yaralama suçu sonucu ölümü düzenleyen TCK m.87/4 uygulanacaktır. Bu durum eziyetin insan onurunu kırmasıyla bağdaşmamaktadır.²⁰

Eziyet suçunun TCK m.232/1'de yer alan birlikte yaşadığı kişilere kötü muamele bulunma ve TCK m.232/2'de yer alan terbiye yetkisinin sınırlarının aşma suçundan farkı eziyetin süreklilik arz etmesi olarak belirtilse²¹ de Yargıtay TCK m.232/1'e ilişkin içtihatlarında sürekliliği arayan içtihatlarına devam etmektedir.²² Eziyet çektirmeye yönelik her türlü davranış zorunlu olarak kötü muamele olacaktır. Eziyet çektirmeye yönelik kötü muamele boyutunu aşan, merhamet acıma ve şefkatle bağdaşmamanın ötesinde insan onuru ile bağdaşmayan sistematik hareketler aynı konutta yaşayan kişilere karşı gerçekleştirildiği takdirde fikri içtima hükümleri gereğince yalnız eziyet suçundan TCK m.96 gereğince cezalandırılacaktır.²³ Eşe tek bir kez dayak atmada kasten yaralama, eşin sürekli hor görülmesi gibi bir durumda kötü muamele hükümleri uygulanacaktır.²⁴ TCK m.232/1'de kötü muamele suçunda

¹⁵ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 217; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 303.

¹⁶ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 283.

¹⁷ Özbek v.d., **A.e.**, s. 283.

¹⁸ Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. bs., Ankara, Adalet yayınevi, 2008, s. 513.

¹⁹ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 217.

²⁰ Soyaslan, **A.e.**, s. 217.

²¹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 994.

²² Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 308.

²³ Taneri, **a.g.e.**, s. 542.

²⁴ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 308.

fail ile mağdur aynı konutta yaşayanlardan biridir, eziyet suçunda ise mağdur herkes olabilir.²⁵

İfade etmek gerekir ki, disiplin yetkisinin kötüye kullanılması açısından terbiye hakkının sınırları ölçülülük ilkesine göre belirlenecektir. Nitekim basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama dışında kalan hallerde fail TCK m. 232/2'den değil, m. 86'da düzenlenen kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır.²⁶

Madde gerekçesinde eziyet teşkil eden fiillerin, ani olarak değil sistematik bir şekilde belli süreç içinde işlendiği belirtilmiştir. Özel kişiler açısından kasten yaralama ve eziyet suçunu ayıran unsur fiillerin işlenişindeki sistematik olma durumudur.²⁷ Vücut dokunulmazlığını ihlal eden hareketler ani bir şekilde gerçekleştirilirse kasten yaralama suçu oluşacaktır.²⁸

Bu açıklamalar çerçevesinde okul servisinde öğrencilerin kendilerinden küçük bir öğrenciyi sürekli tartaklamaları eziyet suçuna örnek olarak verilebilir.²⁹ Yargıtay bir kararında sanıkların muhtelif zamanlarda katılanın 13 aylık çocuğu olan mağdurun vücudunda sigara söndürmek, ısırarak ve olay günü de arabada saatlerce tek başına aç susuz bırakıp bakımını yapmadan dövüp kolunu kırmak suretiyle süreklilik gösteren eylemlerinin eziyet suçunu³⁰ oluşturduğuna hükmetmiştir.³¹

İşkenceden farklı olarak eziyet suçunun ihmali davranışla gerçekleştirilmesi olasılığı düzenlenmemiştir.³²

²⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **A.e.**, s. 307.

²⁶ Yeşim Yılmaz, “İnsan Ticareti Ve İctima Sorunu”, **MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHIROĞLU'na Armağan**, s. 921, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/456966>, 08.06.2018.

²⁷ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 306.

²⁸ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 74; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 306.

²⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 334.

³⁰ Sanıkların muhtelif zamanlarda katılanın 13 aylık çocuğu olan mağdurun vücudunda sigara söndürmek, ısırarak ve olay günü de arabada saatlerce tek başına aç susuz bırakıp bakımını da yapmadan, dövüp kolunu kırmak suretiyle süreklilik gösteren eylemlerinin, eziyet suçunu oluşturduğu ancak; işkence suçunda netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenleyen maddesine benzer bir düzenlemenin eziyet suçunda yer almayıp nitelikli hallerin belirtilmiş bulunması karşısında, sonuçta meydana gelen yaraların niteliği gözetilerek sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde nitelikli eziyet suçunu (TCK'nın 96/2-a maddesinde yaptırıma bağlanan)ve yaraların ağırlığı nedeniyle orantılılık ilkesi ile asgari haddin üzerinde ceza tayini gerektiği gözetilmelidir. Ayrıca yaralama suçundan ceza tayin edilmesi hukuka aykırıdır. Bkz. Yargıtay 8.CD., 18.6.2012 tarih E.2011/13608, K. 2012/20031 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³¹ Yargıtay 8.CD., 18.6.2012 tarih E.2011/13608, K. 2012/20031 sayılı kararı, Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 284.

³² Bakım, **a.g.e.**, s. 78.

Madde fıkralarında öngörülen cezalar suçun basit halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis, nitelikli hallerin bulunması halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır. Eziyetin işkenceye göre cezasının az olmasının nedeni eziyetin özel kişi, işkencenin kamu görevlisi tarafından yapılmasıdır.³³ İşkence suçunun etkileri daha çabuk ve ağır bir biçimde görülebilirken, eziyet suçunun etkileri daha sonraki dönemlerde olabilir. Ayrıca bu sebepten dolayı da işkence suçunun cezası eziyet suçuna göre daha ağırdır.³⁴

İşkence suçunda TCK m.95'te neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Eziyet suçunda ise böyle bir düzenleme yoktur.³⁵ Yargıtay bu şekilde açık bir düzenleme olmaması nedeniyle ayrıca yaralama nedeniyle hüküm kurulamayacağını belirtmiştir.³⁶ Doktrinde kimi yazarlarca böyle bir durumda eziyet suçu dışında ayrıca yaralama suçundan da ceza verilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁷

³³ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 218.

³⁴ Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, İstanbul, 2006, Vedat Kitapçılık, s. 343.

³⁵ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 286.

³⁶ "...Eziyet suçunda; işkence suçunda olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış eziyet suçunun kabul edilmemesi nedeniyle, bu suçun yanında nitelikli yaralama hali oluştuğunda yaralama suçundan da ayrıca ceza tayini gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı ve cezanın arttırılacağı hallerin sınırlı olarak sayıldığı gözetildiğinde yaralama suçundan da mahkumiyet hükmü kurulamayacaktır. Cezanın alt sınırından uzaklaşılarak hüküm tesis edilmelidir. ...5237 sayılı TCK'nın 96/1. maddesinde "bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ceza- sına hükmolunur." İbaresini yer almakta, yasada eziyet kabul edilen eylemler tanımlanmamaktadır. Madde gerekçesinde ise "eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir." denilmektedir.

Yaralama fiilinin başka bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması halinde bu suçla birlikte kasten yaralama suçundan da hüküm kurulabilmesi için yasada açık bir hüküm bulunması zorunludur. (Örnek: TCK'nın , 102/4., 103/5., 109/6. ve 149/2. maddeleri gibi) İşkence suçu işlenirken mağdurun TCK'nın 87. maddesinde belirtilen şekilde yaralanması halinde TCK'nın 95. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçu düzenlenmiş olup söz konusu nitelikli halin uygulanması gerekmektedir.

Eziyet suçunda ise, işkence suçunda olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış eziyet suçunun kabul edilmemesi nedeniyle, bu suçun yanında nitelikli yaralama hali oluştuğunda yaralama suçundan da ayrıca ceza tayini gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı ve cezanın arttırılacağı hallerin TCK'nın 96/2. maddesinde sınırlı olarak sayıldığı gözetildiğinde yaralama suçundan da mahkumiyet hükmü kurulamayacaktır. Bu durumda, eziyet suçunun unsurlarından olan basit yaralamanın ötesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun oluşması halinde TCK'nın 44. maddesi gözetilip fiilin süreklilik arz etmesi, yaralamanın dışında diğer kötü muamelelerinde bulunması gözetilerek TCK'nın 3. ve 61/1. maddeleri gereğince alt sınırdan uzaklaşılarak ceza tayini ile adil bir sonuca ulaşılması

5235 sayılı kanun m.11 gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.³⁸

İşkence suçunda TCK m.95/6 gereği zamanaşımı işlemez. Eziyet suçunda böyle bir düzenleme yoktur. Bu nedenle TCK 66/1-e gereği suçun temel şeklinde zamanaşımı sekiz yıl, ağırlaşmış halinde ise TCK m.66/1-d gereği onbeş yıldır.³⁹

B. Kasten Yaralama

Kasten yaralama fiili TCK m.86 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK m.86/1 hükmü “(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindedir.

Yine TCK m.86/3-d bendinde kasten yaralamanın “kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” işlenmesi halinden de bahsedilmiştir.

Kasten yaralama suçunda korunan hukuki değer beden bütünlüğü, işkence suçunda ise korunan değerler insan onuru, yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı, adliyedir.⁴⁰ Kasten yaralamada korunan değerler kişilerin beden bütünlüğü, bedene yönelik şiddet belirten muamelelerden masun bulunmak hususundaki hakları, bedensel, ruhsal ve akli sağlıklarını koruma hakları, acı hissetmeme ve vücudun dış görünüşünü koruma, kötü muamelelerden arık olma haklarıdır.⁴¹

Kasten yaralamada fail herkes olabilir. İşkencede ise kamu görevlileri faildir.⁴²

İşkence fiilleri belli bir sistematik çerçevesinde ve mahiyeti bakımından süreklilik arz eden fiillerdir. Bu bakımdan kasten yaralama suçu ile işkence suçu arasında mahiyet bakımından farklılık bulunmaktadır.⁴³ İşkence suçunda sistematik

gerektiği değerlendirilmekle...” Yargıtay 8.CD., 14.07.2014 tarih, E.2013/20172, K.2014/18515 sayılı kararı. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁷ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 76.

³⁸ Parlar, **Açıklamalı-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı**, s. 455.

³⁹ Taneri, **a.g.e.**, s. 542.

⁴⁰ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 969.

⁴¹ Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 17. bs., İstanbul, Beta, 2004, s. 129.

⁴² Bakıcı, **a.g.e.**, s. 969.

⁴³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi: Genel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet Bakanlığı Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, 2006, s. 794.

dahilinde devam eden yaralama vardır.⁴⁴ Kasten yaralamada⁴⁵ böyle bir devamlılık ve sistematik⁴⁶ hareketler söz konusu değildir.⁴⁷

İşkencede özel kast aranmaması sebebiyle bu suçun kasten yaralamadan ayrılması oldukça güçtür.⁴⁸

İşkencede kasten yaralamadan farklı olarak uzun süre ağrı ve ıstırap verme, yani tekrarlayan ağır acı ve ağrılar söz konusudur.⁴⁹

İşkence suçunda mağdurun bedensel veya ruhsal yönden mutlak surette acı çekmesine gerek yoktur.⁵⁰ Objektif olarak meydana gelmeye elverişli olması yeterlidir.⁵¹ Yani acı çekmesine yol açacak davranışların varlığı yeterlidir. Yaralama

⁴⁴ Sanıklar Hasan Alpaslan Altuğ ve İsa Akyüz'ün hırsızlık olayının şüphelisi olarak kendiliğinden ailesi ile karakola gelen mağdur İbrahim'i, hırsızlığa konu parayı nereye sakladığı konusunda, jop ve tokatla dövüp, yer göstermesi için götürdükleri inşaat içinde de aynı şekilde darp ettikleri, mağdur, tanık anlatımları, yüzleştirme tutanağı ve yukarıda açıklandığı şekli ile doktor raporlarından anlaşılacakla, oluş ve mağdurun yaşı da göz önüne alındığında sanıklar Hasan Alpaslan Altuğ ve İsa Akyüz'e atılı işkence suçunun sübuta erdiği gözetilmeden yazılı gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. Bkz. Yargıtay 8.CD., 09.10.2006 tarih, E.2006/294, K.2006/7381 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁵ “Katılanın bir suç şüphesi ile takibi sırasında polis memuru sanıklardan kaçmaya çalışırken, tel örgülere takılarak yere düştüğü ve bu esnada sanıkların yere düşen katılanın yanına gelerek batın bölgesine tekme atmaları sonucu katılanın dalağının ağır derecede hasar gördüğü, bilahare dalağının alındığı şeklinde iddia olunan olayda; katılarda meydana gelen yaralanmanın telden atlama sırasında düşme sonucu oluşmayıp, sanıkların attıkları tekme neticesinde oluştuğu, katılanın aşamalarda değişmeyen anlatımları, dosyada mevcut doktor raporları, adli tıp raporu ve tanık beyanlarından anlaşılacakla, sanıkların eylemleri sistematik ve süreklilik arz eder şekilde olmadığından, işkence suçunu oluşturmadığı, bu haliyle eylemlerinin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçunu oluşturmakla bu suçtan cezalandırılmaları gerekirken, yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...”, Bkz., (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-ceza-dairesi-e-2016-12186-k-2017-12375-t-6-11-2017>, 08.06.2018.

⁴⁶ Olay gecesini bir hırsızlık soruşturması sırasında bardan çıkan ve arkadaşının polis otosuna bindirilmesi üzerine merak saikiyle arkadaşını neden aldıklarını soran katılanın da otoyola bindirildiği ve polis memuru sanığın yumrukla vurması sonucu 25 gün iş ve güç kaybına uğrayacak şekilde çenesinde kırık meydana geldiği dosya kapsamı ve adli tıp raporuyla anlaşılacakla sanık hakkında TCK m.86/1, 3-d, 87/3 madde ve fıkraları gereğince lehe uygulama yapılması gerekir. Yargıtay 8.CD., 22.12.2008 tarih, E.2008/6112, K.2008/14285 sayılı kararı, Özbek v.d., a.g.e., s. 275.

⁴⁷ Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta, 2007, s. 153.

⁴⁸ Hakan Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 364.

⁴⁹ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 64.

⁵⁰ Taneri, **a.g.e.**, s. 531; Önok, **a.g.e.**, s. 392.

⁵¹ Mustafa Özen, “Kasten Yaralama Suçunun Maddi Unsur Bakımından Bazı Suçlarla İlişkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 22, 2008, s. 90, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/374>, 02.04.2019.

suçunda ise mağdurun acı çekmesi aranmaktadır.⁵² Bu yönüyle yaralama suçundan ayrılmaktadır.⁵³

İşkence resen soruşturulan bir suçtur. Kasten yaralamanın basit hali şikayete bağlı bir suçtur. Ancak basit yaralama kamu görevlisi tarafından nüfuzu kötüye kullanarak işlenmişse şikayete tabi olmayacaktır.

TCK m. 94/5'te işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde cezada indirim yapılmayacağını düzenlemektedirken, TCK m.88'de kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, cezanın indirilebileceği öngörülmektedir.⁵⁴

C. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması

TCK m.256'da *“Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”* hükmü yer almaktadır.

Kuvvet kullanmak, kötü davranmak, mağdurun bedenine zarar verecek acı doğuran davranışların yapılması olarak anlaşılmalıdır.⁵⁵

TCK m.256 ile korunan asıl hukuki yarar kanun sistematiklerinden de anlaşılacağı üzere kamu idaresine aittir, kamu idaresinin disiplini, itibarı güvenilirliği korunmaktadır. İşkence suçunda ise esas olarak insan onuru ve kişiye ait yararların korunması ön plandadır.⁵⁶ TCK m.94 vd. (işkence suçu) ile korunmak istenilen hukuksal yarar öncelikli olarak kişinin maddi ve manevi dokunulmazlığı, irade özgürlüğü, adliye, adil yargılanma hakkı ve kamu idaresidir.⁵⁷

İşkence suçunda kamu görevlisinin mutlaka zor kullanma yetkisinin bulunması gerekmez, ancak m.256'daki suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin mutlaka zor

⁵² Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 273; Önok, **a.g.e.**, s. 392; İsa Başbüyük, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.12, 2012, s. 1456.

⁵³ Taneri, **a.g.e.**, s. 531; Önok, **a.g.e.**, s. 392; Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1456.

⁵⁴ Bakım, **a.g.e.**, s. 81.

⁵⁵ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1072.

⁵⁶ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 294.

⁵⁷ Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 94; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 281, 282.

kullanma yetkisinin bulunması gerekir. Yani TCK m.256 bakımından fail olabilecek kamu görevlileri alanı daha sınırlıdır.⁵⁸

Yargıtay'ın kararlarında polis memuru, jandarma, bekçi, köy korucuları, köy bekçileri, 4081 sayılı çiftçi mallarını koruma kanununa göre atanan bekçiler, belediye zabıta memurları, orman muhafaza memurları, infaz koruma memurları, icra iflas kanunu çerçevesinde bir hükmü cebren icra eden icra ve iflas memurları zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri olarak gösterilmişlerdir.⁵⁹

5237 sayılı TCK döneminde de Yargıtay tarafından polis memur ve amirleri dışında özel güvenlik görevlilerinin⁶⁰ de bu suçun faili olabileceği belirtilmiştir.⁶¹

Bun karşılık hakim, savcı, kaymakam, nahiye müdürü, köy muhtarı zor kullanmaya yetkili değildirler.⁶²

Örneğin bir soruşturmada (CMK m.148) ifade alan görevlilerin zor kullanma yetkileri bulunmamaktadır. Dolayısıyla suç soruşturmasında görev alan kamu görevlilerinin uyguladıkları bedensel veya ruhsal acı çektiren fiillerin m.256'da belirtili suçu oluşturması mümkün değildir. Bu sebeple ifade alma sırasında kamu görevlisi uygun düşen suça göre cezalandırılacaktır. Fail mağdura tokat atmışsa 86/2 gereği kasten yaralama, fail mağdurun yüzüne tükürmüştse 125/1 gereği hakaret suçundan cezalandırılacaktır.⁶³

Örneğin zorla getirme müzekkeresinin infazında, gelmemekte direnen sanığın kolundan polis tarafından çekilmesi ölçülü olduğundan meşrudur. Ancak gelmeyen sanık tokatlanırsa, saçlarından çekilirse m.256 uygulanır.⁶⁴ İtelemek, sürüklemek,

⁵⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 294; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 970.

⁵⁹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1072 vd.

⁶⁰ 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun m.23 gereği özel güvenlik görevlileri TCK uygulamasında kamu görevlisi sayılır. Bkz. Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1105. 5188 sayılı kanun m.23 "Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır." şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/>, 01.04.2019.

⁶¹ Artuk v.d., **A.e.**, s. 1072 vd.

⁶² Artuk v.d., **A.e.**, s. 1072 vd.

⁶³ İlhan Üzülmüş, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C. II, Sayı. 5, 2005, s.240; Nurullah Aydın, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 200.

⁶⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1103.

saçlarından tutup çekmek, ağzı tıkamak gibi fiiller bu madde kapsamında değerlendirilmelidir.⁶⁵

Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin sistematik olmayan fiilleri TCK m.256'da tanımlı zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunu oluşturur. Sistematik hareketleri ise TCK m.94 vd. belirtili işkence suçunu oluşturur. Zor kullanma yetkisine sahip olmayan kamu görevlisinin sistemli fiilleri işkence suçunu, işkence niteliğinde olmayan fiilleri ise kamu görevlisinin nüfuzunu kullanarak yaralama, hakaret vb. suçları oluşturur.⁶⁶

Kamu görevi gereği zor kullanma yetkisine sahip olanların görevlerini yerine getirirken yetkilerinin sınırını aşmaları işkence teşkil etmez. Bu suç genelde taksirle işlenir, belli bir mağdura karşı işlenmez, birden çok mağdura karşı işlenir, süreklilik arz etmez, kasten işlendiği takdirde yaralama suçunu oluşturur.⁶⁷ Yukarıda belirtilen görüşün aksine bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Kamu görevlisinin kullandığı kuvvetin “görevinin gerektirdiği ölçünün dışında” olup olmadığı her somut olayın özelliğine, kuvvet kullanma yetkisi veren kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine göre hakim tarafından tespit edilecektir.⁶⁸

TCK m.256'nın maddi unsuru bakımından ancak kişiye yönelik fiziksel ve yaralama nitelikli müdahaleler bu suçun unsurunu oluşturmaya elverişlidir. Oysa manevi nitelikteki hareketlerle de işkence suçu işlenebilir.⁶⁹ TCK m.256'da belirtili suç ani olarak işlenebilir iken işkence suçunun fail tarafından sistematik olarak ve belli bir süreç içinde işlenmesi gerekir.⁷⁰

D. Kötü Muamele

Kötü muamele suçu TCK m.232'de “(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁶⁵ Selami Akdağ, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Olgaç Matbaacılık, 1976, s. 359.

⁶⁶ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 970.

⁶⁷ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 208.

⁶⁸ Parlar, **Açıklamalı-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı**, s. 1153.

⁶⁹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 296.

⁷⁰ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.III, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 3163.

(2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bedene zarar veren hürriyet ve haysiyeti rencide eden, sağduyuya aykırı, insaf ve merhamet ölçüleriyle bağdaşmayan hareketler kötü muameledir. Kötü muamelenin mutlaka fiziki olması şart değildir. Korkutma, hakaret, aşırı kontrol altında tutma, izole etme, hürriyetten yoksun kılma şeklinde olabilir.⁷¹

Fiziksel anlamda işkenceyi kötü muameleden ayıran fark, işkencenin daha uzun süreli ağrı ve acıya neden olması ve ayrıca vücuda yönelen bu ağrı ve acıların manevi yönden de etkilerinin olmasıdır.⁷²

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Genel Olarak

An. m.17/3'teki “işkence yasağı”, An. m.38/5 ile CMK m.147/1'de yer alan “şüpheli veya sanığın susma hakkı”, CMK m. 148'de belirtili “işkence yasağı” hükümlerinin ihlalinin yaptırımı olan TCK m.94 vd. (işkence suçu) ile korunmak istenilen hukuksal yarar öncelikli olarak kişinin maddi ve manevi dokunulmazlığı, irade özgürlüğü, adliye, adil yargılanma hakkı ve kamu idaresidir.⁷³

Alman Ceza Kanunu 343'te “zorla ifade alma” adı altında 765 sayılı TCK m. 243'e benzer düzenleme vardır ve Alman doktrininde söz konusu suçla korunan hukuki değerin “adliye” olduğu yönünde ittifak vardır, ancak bazı yazarlarca kişiliğin ve ifade hürriyetinin de korunduğu belirtilmektedir.⁷⁴

İşkencenin insanda yarattığı derin sarsıntılar ve fiziki-bedeni yaralar nedeniyle, bu suçun cezalandırılması ile korunan hukuki menfaatin kişinin fiziki sağlığı veya vücut bütünlüğü olduğu belirtilebilir. Fransız Ceza Kanunu'nun 222-1-6 maddesinde

⁷¹ Önok, **a.g.e.**, s. 341.

⁷² Cumhur Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 191.

⁷³ Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 94; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 281, 282.

⁷⁴ Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, s. 28.

işkenceye “kişinin bedensel veya ruhi bütünlüğüne karşı suçlar” arasında yer verilerek bu eğilime önem verilmiştir.⁷⁵

TCK m. 94’ün gerekçesinde korunmak istenilen hukuki değerler belirtilmiştir. Madde gerekçesinde “*işkence suçu ile korunan hukuki değer, karma nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemnin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulanan işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleştirilmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.*”⁷⁶ denilerek korunmak istenilen hukuki değerler belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere işkence suçu ile korunan hukuki değer birden fazladır. İşkence suçu ile korunan hukuki değerleri aşağıdaki başlıklar altında ele alacağız.

B. İnsanlık Onuru

TCK m.94’te “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde işkence suçu düzenlenmiştir.

Her ne kadar suç kişilere karşı işlenen suçlar arasında düzenlense de suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin koruduğu ortak değer “insan onuru” olduğu açıktır. Bir başka deyişle işkence suçu ile An. m.17/3’te ifade edilen insan haysiyeti

⁷⁵ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 335.

⁷⁶ Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı- C.I: Kanunlar**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2010, s. 220.

korunmaktadır.⁷⁷ An. m.17/3 ile kişilerin maddi (vücut dokunulmazlığı) ve manevi varlıkları korunmaktadır.⁷⁸

İnsan onuruna sahip olmak için kişiler arasında herhangi bir ayırım yapılamaz. İnsan hakları, insanın sırf insan olduğu için değerli ve doğuştan insan onuruna sahip olduğunun kabulünü gerektirir. İnsan onuru, insanın sırf insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık olması anlamına gelir.⁷⁹

İnsanın kişiliği demek olan insan haysiyeti insan olmanın bir vasfıdır. İnsan haysiyeti; bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme iradesi veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür.⁸⁰

Anayasa Mahkemesi de insan onuru kavramını “*insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.*”⁸¹ şeklinde izah etmektedir.

İnsan haysiyeti teneffüs ettiğimiz hava gibidir, bulunmadığı zaman varlığı hissedilir, bir insandan, onun hür iradesi hiçe sayılarak, işkence ile ifadesinin alınması insan haysiyeti ihlallerinin en ağırıdır.⁸² İnsanın sırf suçunu söylemesi için çok ağır eylemlerle karşı karşıya bırakılması, vahşi, çağ dışı, yok edici, sağlık ve hayatı hiçe sayıcı eylemlere maruz kalması insan onuruna bir saldırı olarak kabul edilmiştir. İşkence ile kişi, kamu otoritesi karşısında birey konumundan çıkarılarak nesne konumuna düşürülmektedir.⁸³

⁷⁷ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 81.

⁷⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tyrer/İngiltere kararında, İHAS m.3 hükmü ile konulan işkence yasağının mutlak olduğunu, buna istisna getirilemeyeceğini, sözleşmenin 15. Maddesi ile askıya alınamayacağını, hükmün amacının bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumak olduğunu belirtmiştir. Bkz. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 213.

⁷⁹ Ramazan Gülsün, “İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı”, **International Journal Of Legal Progress**, Volume:1, Number:2, Year: 2005, s. 17-42, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/227226>, 08.06.2018.

⁸⁰ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 70-71.

⁸¹ Bkz. AYM'nin 28.6.1966 Tarihli 1963/132 E – 1966/29 K. Sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bcd-a586-4f2b970f58c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 08.02.2019.

⁸² Bahri Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Editör: Bahri Öztürk, 10. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 114.

⁸³ Köksal Bayraktar, “İşkence Suçu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2011, s. 152; Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 334.

İşkence, bizzat insan varlığının temeli olan insan onuruna saldırı niteliği taşımakta, bu sebeple insanın sırf özerkliğini değil, özerklik yeteneğini de tehlikeye sokmaktadır.⁸⁴

Vücut bütünlüğü bozulan, aşağılanan, tehdit edilen, küfre maruz kalan kişi aynı zamanda kendisine saygısı azalan, başkaları nezdinde itibarı zarar gören kişidir.⁸⁵

İşkence suçuyla insanı insan yapan değerlerin, yani insan onurunun, algılama ve irade yeteneğinin, bedensel ve ruhsal dokunulmazlığın doğrudan korunan değer haline getirilmesi işkence suçu bakımından önemli bir anlayış değişikliği olduğunu göstermektedir.⁸⁶

C. Vücut Dokunulmazlığı ve Yaşama Hakkı

İşkence yasağının temelinde, hangi koşulda olursa olsun kişinin temel haklarından olan kişi bütünlüğünün, vücut bütünlüğünün tanınması ve korunması düşüncesi yatmaktadır.⁸⁷ İşkence suçu ile söz konusu hareketlere hedef olan kişinin vücut bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, şeref⁸⁸ ve haysiyeti ve yaşama hakkı korunmaktadır.⁸⁹

Yaşam hakkı, öncelikle bireyin bir bütünlük içinde dünyaya gelmesi, sonrasında bu bütünlüğün geliştirilmesi ve bu bütünlüğe kamu yararı için dahi olsa bir sınırlama getirilememesi şeklinde kendisini göstermektedir.⁹⁰

Yaşama hakkının öncelik ve önemi; ancak onun varlığı durumunda diğer hakların kullanılabilmesinin mümkün olabileceği gerçeği ile vurgulanmaktadır. Bir başka ifadeyle yaşam hakkı temel bir haktır, bir insan ancak bu hak ile diğer

⁸⁴ Eric Hilgendorf, **Hukuk Devletinde İşkence**, Çev: Bahar Ergil, KHUKA, Yıl ,8 Mart 2005, s. 15.

⁸⁵ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 207.

⁸⁶ Mahmut Koca, İlhan Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 244.

⁸⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C:14, Ankara, 1992, s. 90-91; Üzülmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 67.

⁸⁸ İnsan onuru(haysiyeti), insanın insan olması nedeniyle taşıdığı öz değerdir. Şeref ise insan onurundan kaynaklanan insanın kişisel ve toplumsal saygınlığını gösteren değerdir. Bkz. Önok, **a.g.e.**, s. 352.

⁸⁹ Artuk v.d. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 281.

⁹⁰ Fatih Doğru, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı Bağlamında Polisin İnsan Hakları Tutumu: Ankara ve Diyarbakır Örneği”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), , Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Suç Araştırmaları Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 30.

haklarını kullanabilir.⁹¹ Ancak haklar hiyerarşisi çizilecek olursa, temel norm olarak, en üstte insan onuru yer almaktadır.⁹²

Can güvenliği ve vücut bütünlüğünün masum kalması, bütün hürriyetlerin ilk şartıdır. Can masum olmadıkça ve beden üzerinde hürriyet sağlanmadıkça kişinin iç huzura kavuşmasına ve diğer birçok hürriyetin gerçekleşmesine imkan yoktur.⁹³

İnsan hayatta olsa bile, yaşama hakkı güvence altında değil ise, her an öldürülme riski varsa, diğer haklarını ileri sürmesi bir tarafa, onları düşünmesi bile mümkün değildir.⁹⁴

İnsanı sadece canlı kılmak bu hakkın sağlandığı manasına gelmemeli, insana fiziki, ruhi, biyolojik ve psikolojik yönlerden kendisini koruma ve geliştirme imkanı da tanınmalıdır. İnsanın insanca şartlar altında yaşayabilme imkanlarına kavuşturulması, yaşama hakkının tamamlanması için gerekli bir koşuldur. An. m.17/1. düzenlenen “herkesin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı” buna işaret etmektedir.

İşkence suçunda, işkenceye maruz kalan kişinin ruh ve beden bütünlüğü, onuru, yaşam hakkı korunduğu gibi ceza adaletine ilişkin menfaatler de korunmaktadır.⁹⁵

Kanunumuzda işkence suçu, kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesi nedeniyle, korunan değer bakımından, kişiye ait yararlar, kişi dokunulmazlığı esas alınmıştır.⁹⁶

Burada kastedilen beden dokunulmazlığının kişinin sadece biyolojik bedeni ile sınırlı olmadığını, bir bütün olarak bedensel ve ruhsal varlığını ifade ettiğini özellikle belirtmek gerekir.⁹⁷

İnsan bedeni kavramı geniş ele alınmalı, insanın sadece anatomik varlığı değil ruhsal alanını da kapsayacak şekilde ele alınmalıdır. İnsan bedenine müdahaleden

⁹¹ Doğru, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı Bağlamında Polisin İnsan Hakları Tutumu: Ankara ve Diyarbakır Örneği, s. 29.

⁹² Önok, **a.g.e.**, s. 351.

⁹³ Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C.III, 4. bs., İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1980, s. 244.

⁹⁴ Doğru, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı Bağlamında Polisin İnsan Hakları Tutumu: Ankara ve Diyarbakır Örneği, s. 31.

⁹⁵ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 82.

⁹⁶ Hakeri, **Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, s. 343.

⁹⁷ Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 79.

esas olarak insanın biyolojik varlığına karşı bir suç anlaşılmalıdır. İnsanın düşünceleri amacı, planları bedeninde üretilir ve sonra hayata geçirilir. Sağlığa zarar verme, acı durumu veya ruhsal rahatsızlıklar insanın kendi kendine karar verme yeteneğini azaltır ve dolayısıyla insanın yaşama hakkı hukuki menfaatine müdahale ederler.⁹⁸

D. Adil Yargılanma Hakkı

An. m.36/1 hükmü “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma (Ek ibare: 4709 - 3.10.2001 / m.14) "ile adil yargılanma" hakkına sahiptir.*” şeklindedir. Adil yargılanma hakkı, sanığın kendisine tanınan susma, kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamama, müdafiden yararlanma, işkence ve kötü muamelelere uğramama, tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde aleni olarak yargılanma, isnat edilen suç hakkında bilgilendirilme haklarını gereği gibi kullanabildiği bir ortamda yargılanmasını ifade eder.⁹⁹

Adil yargılanma hakkının temeli olan suçsuzluk karinesi, şüpheli veya sanığın bir hükümle mahkum edilinceye kadar suçlu sayılmamasını ve iddiayı ispatın iddiacıya ait olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁰ Yargıcın kararından önce bir insan suçlu ilan edilemez.¹⁰¹ Bu ilke An. m.38/4’te “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” şeklinde yer bulmuştur.

An.m.38/5’te “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” ve CMK m.147/1-e’de “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.*” hükümleri sanığın susma hakkını ifade etmektedir.

⁹⁸ Dimitris Spirakos, **Folter als Problem des Strafrechts**, Diss, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990, s. 143, aktaran, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 66-67; Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 555; Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 66.

⁹⁹ Bakım, **a.g.e.**, s. 89; Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 69.

¹⁰⁰ Timur Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 93.

¹⁰¹ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çeviren: Sami Selçuk, 2. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2010, s. 85.

Susma hakkı¹⁰² insan haysiyetinin dokunulmazlığı ve işkence yasağı ile iç içe geçmiştir, şüpheli veya sanığın kendisini veya yakınlarını suçlamaya zorlamak demek aynı zamanda onun insan haysiyetinin işkence yapmak suretiyle ihlali demektir.¹⁰³ Şüpheli veya sanığın susmasından onun aleyhine olan sonuçlara varılması masumluk karinesinin ihlalini de oluşturur.¹⁰⁴

CMK m.148’de işkence yasaklanmış ve yasak yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.¹⁰⁵

Böylelikle işkencenin yaptırıma bağlanmasıyla ceza adaletine, adliyeye ilişkin menfaatlerin de korunduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶

İşkence gören kişinin o anda kendisini cezadan kurtarmak için en kestirme yolu seçmesinden başka çaresi yoktur, yani işkence gören kişinin “suçluyum” şeklinde yanıt vermesi kaçınılmazdır.¹⁰⁷

İşkence suçuyla, şüpheli ifadesinin alınması veya sanığın sorgulanması ile elde edilen deliller sağlıklı ve hukuka uygun olmayacak, bundan da kişinin adil yargılanma hakkı zarar görecektir.¹⁰⁸ Suçu itiraf genellikle insan yapısına aykırı olduğu gibi, itiraf için yapılan işkence de doğa kanunlarına aykırıdır.¹⁰⁹ İşkencenin cezalandırılmasıyla savunma hakkı ve bunun pasif yönünü oluşturan susma hakkı, dolayısıyla ifade özgürlüğü korunmaktadır.¹¹⁰

Yargıtay, ifade alma ve sorgu sırasında işkencenin önlenmesi için cesur kararlar vermiştir. İkrarın delil niteliğinde olabilmesi için; ikrar olunan olayın mümkün olması, hakim huzurunda olması, geri alınmaması ve yan delillerle

¹⁰² Susma hakkının ortaya çıkması tahkik sistemindeki sanığı obje olarak gören ve ondan işkence ve diğer yasak sorgulama yöntemleri ile ikrar ve her türlü delili elde etmeye çalışan zihniyetten uzaklaşılması ile mümkün olabilmektedir. Bkz. Didar Özdemir, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2017, s. 150, (Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2017/12/gsuhfd-2017-2-361.pdf>, 02.04.2019.

¹⁰³ Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, s. 93.

¹⁰⁴ Demirbaş, **A.e.**, s. 93.

¹⁰⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 964.

¹⁰⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 282.

¹⁰⁷ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çeviren: Sami Selçuk, s. 90.

¹⁰⁸ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 207.

¹⁰⁹ Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, s. 21.

¹¹⁰ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 72.

desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹¹ Bu şekilde işkencenin cezalandırılmasıyla adil yargılanma hakkı da koruma altına alınmıştır.

E. Adliye

İşkence suçuyla korunan hukuki yararlarından biri de adliyedir. Adliyeye karşı suçların gayesi, adli fonksiyonların norma ve adalete uygun gerçekleşmesini sağlamaktır.¹¹² Adli faaliyetin tarafsız, süratli, isabetli ve adil şekilde yürütülmesi toplum düzeni için çok gerekli bir husustur.¹¹³

Bazı yazarlarca işkence suçu ile korunmak istenilen hukuki yararın adliye ve kişi dokunulmazlığı olduğu belirtilmiştir. İşkence sonucunda işlemediği bir suçu itiraf etmek zorunda kalan kişinin durumu, adaletin yanlış gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır.¹¹⁴

TCK m. 94'te işkence suçu kişilere karşı suçlar arasında yer alsa da maddenin gerekçesinde “...işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu elem ve acının etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulanan işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir.” denilerek adliyenin de korunduğu ifade edilmiştir.¹¹⁵

Adaletin iyi işlemesi, haklının haksızdan ayırt edilmesi, gerçekten suçlu olanın cezalandırılması, mağdurun hakkının korunması, gerçeğe uygun delillerin sağlanması ile mümkün olabilir. Oysa işkencede delil elde edilmesi, zora, baskıya ve şiddete dayanmakta ve delillerin gerçeğe uygun olmadığı pek çok durum ortaya çıkmakta, bunun sonucu olarak gerçeğe aykırı kararlar verilmektedir. İşkencenin suç olarak düzenlenip cezalandırılması Adliye'nin daha doğru ve gerçeğe uygun çalışabilmesini

¹¹¹ YCGK 02.04.1985, 6/511-182 sayılı kararı. Bkz. Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 115.

¹¹² Adli fonksiyon geniş anlamıyla, her ne şekilde olursa olsun, amacı adalet olan her türlü işlem olarak algılayabiliriz. Bkz. Çetin Özek, “Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, **Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan**, İÜHFM., C. LV, 1997/3, s. 26.

¹¹³ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 68.

¹¹⁴ Demirbaş, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, s. 212.

¹¹⁵ Demirbaş, , **İşkence Suçu**, s. 83.

sağlamak içindir.¹¹⁶ İşkenceyle alınmış ifadeler nedeniyle adaletin yanlış gerçekleştirilmesi tehlikesinin bertaraf edilmesi hedeflenmiştir ve ceza yargılamasının maddi gerçeğe ulaşma amacı sağlanmaya çalışılmıştır.¹¹⁷

İşte işkencenin yaptırma tabi tutulması ile adli fonksiyonların norma ve adalete uygun gerçekleştirilmesi, adli faaliyetin tarafsız, süratli, isabetli ve adil yürütülmesi hususundaki topluma ve devlete ait yararlar korunmaktadır.¹¹⁸

Ancak YTCK bakımından her kamu görevlisinin suçun faili, herkesin de mağduru olabileceği, manevi unsurun da genel kast olduğu düşünüldüğünde adli amaçla işlenmeyen davranışların adli işlemlerle alakasının olmayacağı anlaşılmaktadır.¹¹⁹

F. Kamu İdaresi

İşkence 765 sayılı TCK'da 243. madde de “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler” başlığının 3. babının “hükümet memurları tarafından efrada karşı sui muameleler” başlıklı bölümünde yer almaktaydı. Devlet idaresi aleyhine suçların amacı, devlet mekanizmasının normal surette işlemesini sağlamaktır.¹²⁰ İşkence kamu görevlisin işlemiş olduğu suç olması nedeniyle, kamu idaresinin itibarı, güvenilirliği, saygınlığı zarar görmekte, işkence yapan görevlinin nezdinde idare yıpranmaktadır.¹²¹ Kamu görevlisinin vazife esnasında, kişilere karşı işkence vb. eylemlerde bulunması kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesinde disiplin sağlanamadığını göstermektedir. Böyle bir hareket sonucunda bireylerin devlete duymaları gereken güven duygusu azalacak, idarenin vatandaşlar nezdinde itibarı zarar görecektir.¹²²

Devletten, kamu görevlisinden hizmet bekleyen kişi hayal kırıklığına uğramakta, devlete ve kanuna olan inancını yitirmekte, sonuç olarak kişilerin nezdinde devletin itibarı zedelenmekte, hatta kişi istediği hizmeti başka şekilde temin

¹¹⁶ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 334.

¹¹⁷ Bakım, **a.g.e.**, s. 89

¹¹⁸ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 68.

¹¹⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 350.

¹²⁰ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 74.

¹²¹ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 207.

¹²² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 282.

etmeye çalışarak yasadışı tutum ve davranışlara yönelebilmekte bu da kamu düzenini bozmaktadır.¹²³

İşkence niteliğindeki eylemlerin yapılabildiği idare, toplum karşısında güvenilmez, korku duyulan, güvenilirliği sağlayamayan bir yönetim biçimi olarak ortaya çıkar ve bundan devletin işleyişi büyük zarar görür.¹²⁴

İdari yargı uygulaması açısından da, kamu idaresi yani devlet işkence suçunu önlemek için gerekli tedbirleri alması gerekir.¹²⁵ Aksi halde, işkence suçu nedeniyle “kişilere verilen zararlar nedeniyle, hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmini gerekir”.¹²⁶

IV. İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI

A. Kanuni Tanım

İşlenen fiilin ceza kanunundaki suç tanımına ya da soyut tasvirine yahut bir suç tipine uygun olması, doktrinde “tipiklik” ya da “suç kalıbına uygunluk” olarak da adlandırılmaktadır.¹²⁷

Kanuni tanım, suç sayılan fiili ceza normundaki soyut tasviridir. Soyut bir kavram olan tipikliği somut hale failin fiili getirir ve insanın iradi davranışı tipte belirtilen unsurları ihlal ettiği vakit tipiklik de gerçekleşmiş olur.¹²⁸ Bu nedenle bir

¹²³ Arslan, Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 422.

¹²⁴ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 334.

¹²⁵ İsmail Metin, Fetullah Erslan, **Türkiye’de Polis ve Kişi Hakları**, 2. bs., İstanbul, İletişim Yay. 1994, s. 61.

¹²⁶ “...idare kendisine verilen suçu önleme ve işlenmiş bir suç nedeniyle suçun failini yakalama ve adalete teslim etme şeklindeki kamu hizmetini yürütürken bu hizmetin gerektirdiği personeli de hizmetin gereklerine uygun olarak yetiştirmek zorundadır. Hizmeti yürüten kamu ajanının suçu önleme veya işlenmiş bir suçta sanığı adalete teslim etme maksadıyla da olsa kişileri veya sanığı dövmesi ve işkence etmesi, insan hak ve özgürlükleri ile ve özellikle kişi dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi, Ceza Kanunumuza göre de suç teşkil etmektedir. Hizmetin bu şekilde yürütülmesi ise personeli yeterli düzeyde eğitmeyen, yeterli ve etkili bir denetimin bu tür olayların meydana gelmesini önleyen tedbirler almayan idarenin hizmet kusurunu oluşturur ve bu yüzden kişilere verilen zararların hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmini gerekir...” Danıştay 10. D. 30.03.1983 1982/206 E-1983/665. Bkz. **İşkencenin Doğru ve Etkin Belgelenmesi İçin Rehber**, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara 2004, s. 4647.

¹²⁷ Bakım, **a.g.e.**, s. 103.

¹²⁸ Mehmet Emin Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 285-287.

fiilin suç teşkil edebilmesi için öncelikle, dış alemde değişiklik meydana getiren hareketin, ceza kanunundaki tarife yani model veya tipe uygun olması gerekir.¹²⁹

Suçun tanımının yasada birkaç anlama gelmeyecek şekilde açık olması, esnek ve belirsiz ifadelerden oluşmaması gerekmektedir.¹³⁰

TCK’ da “İşkence Suçu” 94 ve 95. maddelerde düzenlenmiştir. TCK m.94’te *“(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(2) Suçun;

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

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, 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) (Ek: 6459 - 11.4.2013 / m.9) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.”¹³¹

şeklinde düzenlenmiştir. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri 95. madde de düzenlenmiştir.

¹²⁹ Artuk v.d, **A.e.**, s. 286-287.

¹³⁰ Bakım, **a.g.e.**, s. 103.

¹³¹ Adem Sözüer, Selman Dursun, Serdar Talas, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Editörler: Adem Sözüer, Selman Dursun, Serdar Talas, 4. bs., İstanbul, Alfa, 2017, s. 218.

B. Maddi Unsurlar

1. Fiil, Netice, Nedensellik Bağı

Suçtan bahsedebilmek için failin olumlu ya da olumsuz bir fiilinin bulunması, bu fiilin dış dünyada bir değişikliğe neden olması ve yapılan fiille dış dünyada oluşan değişiklik arasında bir nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir.¹³²

Fiil, insanın gerçekleştirdiği icrai ya da ihmali iradi bir davranıştır. İşkence suçu düzenleyen 94. madde ile yaptırım altına alınan fiil, *“bir kişiye insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar”* şeklinde belirtilmiştir.¹³³

TCK m.94 düzenlemesiyle işkence, sadece bedensel veya ruhsal acı çektiren hareketlerle sınırlanmamış, işkence dışında zalimane ve gayriinsani muamele kavramlarına yer verilmemiş, işkencenin acı ve ıstırap verme ölçütü üzerine kurulmasıyla ilgili sorunlar giderilmiştir.¹³⁴

İşkence TCK’da üst kavram olarak düşünülmüştür. Fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren işkence, zalimane, gayriinsani ve aşağılayıcı muameleleri bünyesinde toplamakta, bunlarla sınırlı kalmayarak algılama ve irade yeteneğini etkileyen insan onuruna aykırı her türlü müdahaleyi kapsamına almaktadır.¹³⁵

Öğretide işkence suçu bazı yazarlarca seçimlik hareketli,¹³⁶ bazı yazarlarca serbest hareketli¹³⁷ suç olarak nitelendirilmiştir.¹³⁸ Kanuni tipte belirtili birden fazla hareketten birinin gerçekleşmesiyle suç oluşur, ancak seçimlik hareketlerden birden

¹³² Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4. bs., İstanbul, Beta, 2006, s. 230; Bakım, **a.g.e.**, s. 106.

¹³³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 283.

¹³⁴ Taneri, **a.g.e.**, s. 530.

¹³⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 246; Artuk, v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 283.

¹³⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 284; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 286; Önok, **a.g.e.**, s. 383; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 968; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 272; Aydın, **a.g.e.**, s. 196.

¹³⁷ Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 210; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 93; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 246; Taneri, **a.g.e.**, s. 530.

¹³⁸ Kanunda belirli bir hareketin değil, hareketin niteliğinin belirtilmiş olması nedeniyle serbest hareketli suç olduğunu kabul etmek gerekir Bkz. Taneri, **a.g.e.**, s. 530.

fazlasının yapılması birden fazla suç oluşturmaz bu durum cezanın tayininde dikkate alınır.¹³⁹

İşkence seçimlik hareketli suç olup, hareketlerin nev'i, biçimi, ne şekilde yapılacağı maddede gösterilip sınırlandırılmamıştır. Bu sebeple her somut olayda yapılan hareketler değerlendirilip işkencenin oluşup oluşmadığı saptanmalıdır.¹⁴⁰

İşkence ile bir insana yaşam boyu geri döndürülemeyecek zararlar verilmektedir.¹⁴¹

Suçun işlenmesi ile korunan hukuki değer ihlal edilir. Bu ihlal ile bir zarar ya da tehlike ortaya çıkar. Buna göre suçlar zarar ve tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Netice olarak zarar ortaya çıkaran hareketleri düzenleyen suçlara zarar suçları adı verilir.¹⁴² Zarar sadece korunan hukuki değer ihlali değil, aynı zamanda hukuki değer ihlal edilerek mağdurun söz konusu hukuki değerden mahrum bırakılmasıdır.¹⁴³ Korunmak istenen hukuki değer ihlali sadece zarar şeklinde gerçekleşmemektedir. Söz konusu bu ihlal korunan hukuki değer zarar tehlikesine düşürülmesiyle de gerçekleşebilir.¹⁴⁴ Tehlike suçu, korunan hukuki değere zarar verme ihtimali¹⁴⁵ olan suçlardır yani zarar neticesinin gerçekleşme ihtimali olan suçlardır. Suçun kanuni tanımında korunan hukuki değer ihlali için tehlikenin yeterli görüldüğü suç tiplerinde zararında meydana gelmiş olması o suçu zarar suçu haline getirmez.¹⁴⁶ İşkence suçunun sırf hareket suçu ya da neticeli suç olup olmadığı yönünde farklı görüşler vardır. İşkence suçuyla korunan değere zarar verildiğinden zarar suçudur.¹⁴⁷ Suç, mağdur üzerinde onarılmaz nitelikte sonuçlar meydana getirdiğinden bir zarar suçudur.¹⁴⁸

¹³⁹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 284.

¹⁴⁰ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 968; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 274.

¹⁴¹ Yasemin Oğuz, **Torture as An Ethical Problem: Etik Bir Sorun Olarak İşkence**, T Klin J Med Ethics, S. 8, 2000, s. 83, (Çevrimiçi) <http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-etik-bir-sorun-olarak-iskence-34895.html>, 01.04.2019.

¹⁴² Ömer Mete Aynural, **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu(TCK 179/3)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 17.

¹⁴³ Aynural, **A.e.**, s. 6.

¹⁴⁴ Aynural, **A.e.**, s. 17.

¹⁴⁵ “Ceza hukukunda somut tehlikeden bahsedebilmek için yüksek zarar ihtimali bulunmalıdır. Yüksek ihtimal ise zarar neticesinin meydana gelebilme ihtimalinin meydana gelmeme ihtimalinden fazla olmasını ifade eder.” Bkz. Aynural, **A.e.**, s. 12.

¹⁴⁶ Aynural, **A.e.**, s. 21.

¹⁴⁷ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 246.

¹⁴⁸ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 352.

Seçimlik hareketin niteliğine göre sırf hareket suçu veya neticeli suç¹⁴⁹ mahiyeti taşıyabilir.¹⁵⁰

İşkence suçu aşağılama şeklinde işlendiği zaman sırf hareket suçu özelliği taşımaktadır. Aşağılama yönünden neticesiz ve aynı zamanda somut tehlike suçu niteliği taşımaktadır. Bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi bakımından neticeli suçtur. Acı çekme neticesi bakımından zarar suçudur.¹⁵¹

Yargıtay CGK bir kararında¹⁵² “İşkence ve fena muamele, ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası sözleşmelerde de yasaklanmıştır. İşkence sonucu hukuka aykırı elde edilen kanıtlar geçersizdir. Yaptıkları soruşturmada, sanık olarak gözaltına alınan mağdurlara ‘bilgi ve itiraf’ elde etmek için ‘erkeklerin makatlarından cop sokmak, kızlara cinsel tacizde bulunmak, göğüslerini elleyip sıkmak, aç bırakmak, hakaret ve tehdit etmek’ vs. gibi süreklilik gösteren ıstırap verici, bezdirici, fiziki ve tinsel ağır acı veren, insanın kişiliğini incitici, haysiyet kırıcı hakarete bulunan Manisa Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesinde görevli sanıkların suçunu söyletmek için işkence etme suçları oluşmuştur.” demektedir.¹⁵³

Künt travma (yumruk, tekme, tokat, kamçı), pozisyon işkencesi (kolların ve bacakların çekilip gerilmesi, belli bir pozisyonda durmaya zorlama vb.), yanıklar (sigara, ısıtılmış alet, sıcak sıvı vb.), elektrik şoku, nefessiz bırakma (boğazı sıkarak, kafaya poşet geçirme, suyun altında tutarak vb.), ezilmeye bağlı yaralanmalar, delici

¹⁴⁹ “İşkence ne şekilde hangi hareketlerle gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin mahiyeti itibari ile neticeli suç özelliği taşımaktadır.” Bkz. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 250.

¹⁵⁰ Artuk, v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 287; Hakeri, Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, s. 346-347.

¹⁵¹ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 212-213.

¹⁵² Bkz. YCGK, 15.06.1999, 8-109/164, YKD, C. 25, S. 8, 1999, s. 1121 vd.; YCGK 15.6.1999, E. 1999/8-109, K. 1999/164, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Terörle Mücadele Şubesi Görevlileri olan sanıkların mağdurlar hakkında başlattıkları soruşturmada, gözaltı sürecinde sorgulanırlarken suçlarını söyletmek için hakaret, tehdit, göz bağlamak, yüksek volümlü marş dinletmek, çıplak soymak, elektrik akımı vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak, erkeklerin hayalarını sıkmak, kızlara cinsel taciz, makatlarından cop sokmak, fiziki cebir ve yekdiğerine yapılan işkenceyi seyretirmek şeklinde sonuç almaya yönelik eylemlerde bulundukları, mağdurların samimi iddiaları ve bu iddiaları doğrulayan doktor raporlarından anlaşılma; suçun sübutuna kabul etmek gerekir. Bkz. Yargıtay 8.CD, 12.10.1998, K. 10667/12819, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵³ Artuk, v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 286.

yaralanmalar, kimyasal maddelere maruz bırakma, cinsi şiddet, organların koparılması ya da tıbbi olarak çıkarılması, farmakolojik ilaçlar (uyuşturucu, felç edici ilaçlar verilmesi), yoksun bırakma (ışık, ses, uyku, su, tuvalet gibi duyu uyaranlardan, ihtiyaçlardan yoksun bırakma)¹⁵⁴ en sık rastlanan işkence yöntemleridir.¹⁵⁵

Çağımızdaki teknolojik gelişim karşısında işkence yöntemlerinin sayılması pek mümkün değildir. Teknoloji ve bilimdeki gelişmelerin sonucu olarak kişi üzerinde acı ve ıstırap etkisi doğurmayan, ancak kişinin bütünlüğüne saldırı niteliği taşıyan, iradesini bozan, dokunulmaz kişilik alanında tahribat yaratan zihin-kontrol tekniklerini işkence olarak kabul etmek gerekir. Çünkü işkenceyi sırf acı verme ölçüsü üzerinde değil doğrudan kişi onurunun, kişi bütünlüğünün korunması temeli üzerinde değerlendirmek gerekir.¹⁵⁶ Bu sebeple narkoanaliz, yalan makinası, gerçeklik serumu, hipnotizma gibi araçlar kişinin iradesini kırıcı, ruh ve beden bütünlüğüne saldırı niteliği taşıdığından kabul edilemezler.¹⁵⁷

Sistematik ve kontrollü yapılan bir işkencede ayrıntılı fizik muayene ve laboratuvar ve görüntüleme tetkikleri yapılsa dahi kişinin travmaya maruz kaldığının delilleri tespit edilemeyebilir. Oysa travmanın varlığı olaydan yıllar sonra dahi psikiyatrik tanıyla kolaylıkla ilişkilendirilebilir.¹⁵⁸

TCK bakımından, işkence suçu için iki alt unsur mevcuttur. Bunlar; mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açan davranışın varlığı ve bu davranışın insan onuruyla bağdaşmamasıdır.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Ahmet Nezi Kök, “İşkence İddialarının Fiziksel Değerlendirilmesi ve Raporlanması”, **İşkencenin  nlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara,  zkan Matbaacılık, 2009, s. 78.

¹⁵⁵ Oğuz Polat, **Klinik Adli Tıp**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2006, s. 118.

¹⁵⁶ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin  nlenmesi**, s. 205.

¹⁵⁷ Demirba , **İşkence Suçu**, s. 93.

¹⁵⁸ Gökhan Oral, “Adli Tıp Ve Ruhsal Travma”, **İşkencenin  nlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara,  zkan Matbaacılık, 2009, s. 94.

¹⁵⁹ Tezcan, Erdem,  nok, **a.g.e.**, s. 286.

a. İnsan Onuruyla Bağdaşmayan Davranış

İnsan onuruyla bağdaşmama, işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli seçimlik hareketler için ortak bir özellik taşımaktadır.¹⁶⁰ Bu nedenle ilk olarak insan onuru kavramı üzerinde durulacaktır.

İnsan onuruyla bağdaşmaz nitelikte ve belli bir süreçte sistematik şekilde uygulanan hareketler işkence suçu kapsamında cezalandırılır.¹⁶¹ İnsanın kişiliği demek olan insan onuru insan olmanın bir vasfıdır. İnsan onuru; bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme iradesi veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür.¹⁶² Burada öne çıkan husus hür iradedir bu da hukuk devletinde mümkündür.¹⁶³

İnsan onuru bireye dokunulmaz bir alan sağlar ve bu alana diğer bireylerin ve devletin saygı göstermesi gerekir.¹⁶⁴

Anayasa Mahkemesi de insan onuru kavramını “*insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.*”¹⁶⁵ şeklinde izah etmektedir.

İşkence, bizzat insan varlığının temeli olan insan onuruna saldırı niteliği taşımakta, bu sebeple insanın sırf özerkliğini değil, özerklik yeteneğini de tehlikeye sokmaktadır.¹⁶⁶

Kişiyi korkutan, zora sokan, çaresiz bırakan, kendinden nefret ettiren, utandıran her türlü fiil onur kırıcıdır.¹⁶⁷ “*İnsanı iradesi hilafına davranmaya zorlayan*

¹⁶⁰ Önok, **a.g.e.**, s. 389; Meran, **a.g.e.**, s. 246; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 272; Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1453.

¹⁶¹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 248.

¹⁶² Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 70-71; Üzülmöz, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu**, s. 235.

¹⁶³ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 94.

¹⁶⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 284.

¹⁶⁵ Bkz. AYM’nin 28.6.1966 Tarihli 1963/132 E – 1966/29 K. Sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bcd-a586-4f2b970f58c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 08.02.2019.

¹⁶⁶ Hilgendorf, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁶⁷ Zeki Hafizoğulları, Mustafa Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere karşı Suçlar**, 5. bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2016, s. 123.

özgürce düşünüp karar verebilme yetkisi ve irade serbestisini kısıtlayan davranışlar belirli bir ağırlık düzeyine varmak kaydıyla bu kapsamdadır.”¹⁶⁸

İşkence ile insan onurunun ihlal edilip edilmediği, her somut olayda, insanın obje haline getirilme veya özgür irade ölçütleri dikkate alınarak ayrıca araştırılmalıdır. CMK m.148’de belirtili yasak sorgu yöntemleri, An. m.38’de belirtili bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması gibi durumlar insan haysiyetine aykırıdır.¹⁶⁹ Ancak CMK 148’de belirtili yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinin kullanılması her zaman işkence teşkil etmez.¹⁷⁰ Buna yönelik değerlendirmelere ilgili başlık altında(Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleriyle İşkence Suçu Arasındaki İlişki) yer verilecektir.

b. Bedensel veya Ruhsal Yönden Acı Çekme

İşkence suçu insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde ve bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle işlenebilir. Bu tür hareketler işkence, zalimane ve gayriinsani davranışlar şeklinde kötü muameleleri kapsayan hareketlerden oluşmaktadır.¹⁷¹ Sadece cismen eza veya vücudun gerçek anlamda yaralanması değil, sıhhati ihlal eden, vücuda ve akıl sağlığına yönelen bütün ihlaller, bedensel ve ruhsal acı veren davranışlar bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹⁷²

Bedene acı veren hareketler sayısız şekil ve yöntemle işlenebilir.¹⁷³ Bedeni yönden acı çekmeyi gerektiren hareketler doğrudan doğruya olabileceği gibi dolaylı olarak da olabilir.¹⁷⁴ İşkence, bedene doğrudan fiziki müdahalede bulunmaksızın, örneğin yaratılan ortam aracılığıyla dolaylı bir şekilde de gerçekleştirilebilir. Mağduru aşırı sıcak ya da soğuk ortamda tutmak veya aşırı gürültüye ya da kirliliğe

¹⁶⁸ Önok, **a.g.e.**, s. 391.

¹⁶⁹ Üzülmöz, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 235; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 248.

¹⁷⁰ Önok, **a.g.e.**, s. 438.

¹⁷¹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 248,249.

¹⁷² Fatih Selami Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s. 8, (Çevrimiçi) <http://fsmahmutoğlu.av.tr>, 30.03.2019.

¹⁷³ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 213.

¹⁷⁴ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 341.

sürekli olarak maruz bırakmak bu duruma örnektir.¹⁷⁵ Kişiyi bedensel veya ruhsal acı vermek için, yani işkencede bulunmak için mağdura mutlaka temas edilmesi gerekmez.¹⁷⁶ Yargıtay, bir kaptan diğer kaba su boşaltılarak mağdurun su arzusunun kamçılanmasını işkence olarak değerlendirmiştir.¹⁷⁷

Mağdurun bedensel yönden acı çekmesine yol açmak, vücuda acı vermek olabileceği gibi, maddi acı vermeyen fakat bedensel yönden sıkıntı veren durumlar da olabilir. Bir kişinin dar, kirli, çok sıcak ve farelerle dolu bir hücrede tutulması bu duruma örnektir.¹⁷⁸ Kişiyi kanalizasyon atığı dolu bir hücrede tutmak bu kapsamda değerlendirilir.¹⁷⁹

Mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine neden olmak, geniş anlamda psikolojik şiddet hareketlerini ifade eder.¹⁸⁰ Burada söz ya da fiili eylemler aracılığıyla mağdurun psikolojisini az ya da çok doğrudan etkilemek suretiyle onun akıl-ruh sağlığını tehlike altına sokan davranışları yapmaktır.¹⁸¹ Ruhsal yönden acı veren hareketler sayısız yöntem ve şekillerde işlenebilir.¹⁸² Bir kimseye arkadaşının uğratıldığı işkence görüntülerini izlettirmek ve biraz sonra da sıranın kendisine geleceğini söylemek bu kapsamdadır.¹⁸³ Yine çocuğunun ağlama sesine dayanamayan anneye sürekli çocuğunun ağlama sesinin dinletilmesini ruhsal yönden acı veren hareket olarak değerlendirmek gerekir.¹⁸⁴ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ölüm cezasına mahkum edilmiş bulunan ve ölüm cezası istemiyle yargılanan kimsenin cezası yerine getirilinceye kadar uzun süre özel bir yerde ölüm koridorunda tutulmasını insanlık dışı muamele saymıştır.¹⁸⁵

Sadece cismen eza veya vücudun gerçek anlamda yaralanması değil, sıhhati ihlal eden, vücuda ve akli sağlığa yönelik bütün ihlaller, bedensel veya ruhsal acı veren davranışlar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Buna göre kamu görevlisi tarafından ya da iştirak eden diğer kişi tarafından bir kişiye karşı, itip kakma,

¹⁷⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 286.

¹⁷⁶ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 273.

¹⁷⁷ Bkz. YCGK, 04.04.1983, E. 1983/8-64, K. 1983/156, YKD, C.IX, Temmuz 1983, s. 1059.

¹⁷⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 288.

¹⁷⁹ Hakeri, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 350.

¹⁸⁰ Önok, **a.g.e.**, s. 392.

¹⁸¹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 288.

¹⁸² Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 213.

¹⁸³ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 288, 289.

¹⁸⁴ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1456.

¹⁸⁵ Hakeri, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 350-351.

tekmeleme, tokat atma, yaralama, yüzüne tükürme, saçlarından çekme, üzerini kirletme, gözlerini bağlama, sakatlama, ağzını tıkama, elbiselerinden tutarak yaka paça çekme, sigara ile yakma,¹⁸⁶ dövmek,¹⁸⁷ dişlerinin ve tırnaklarının sökülmesi yakılması¹⁸⁸, dayak atmak, hayalarını sıkma, çırılçıplak bırakıp şarkı söyletme,¹⁸⁹ parmakları kırma, kutsal varlıklara ve manevi değerlere küfür ettirme, kırbaçlama,¹⁹⁰ giysileri soyarak, yere yatırıp vücuduna buz sürmek ve havasız bırakmak maksadıyla başına naylon torba geçirmek¹⁹¹ kırılmış cam parçalarının olduğu mekanda zorla yürütme, anüse cop yerleştirme, lağım suyunda tutulma, saç sakal bıyık yolma, üzerine işeme,¹⁹² gibi olaylar sistematik bir uygulama halini almışsa bedensel veya ruhsal acı çektiren hareketler olarak değerlendirilecektir.

İşyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da asları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışlar mobbing olarak kabul edilmektedir. TCK m.94 ve gerekçesi dikkate alındığında diğer unsurları taşıması kaydıyla mobbing fiilleri de işkence kapsamında değerlendirilebilecektir.¹⁹³

c. Algılama veya İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

İşkence suçu, insan onuruyla bağdaşmaz surette algılama veya irade yeteneğini etkileyen davranışlarla da işlenebilir.

¹⁸⁶ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 249; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 285.

¹⁸⁷ Emniyet karakolu görevlisi olan sanıkların katılanın şikayeti üzerine başlatılan 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, kanıtları değerlendirme ve tartışma görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmelidir. Yargıtay 4.CD, 09.05.2007 tarih, E.2007/2313, K.2007/4406. Bkz. Mustafa Artuç, Çetin Akkaya, Cemil Gedikli, **2006-2007-2008 İctihatları İle Türk Ceza Kanunu**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 607.

¹⁸⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3153.

¹⁸⁹ İsmail Malkoç, **Açıklamalı-İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 82-149), C.II, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013, s. 1549.

¹⁹⁰ Metin Ertuğrul, **1918 Sayılı Kanuna Göre Gerekçeli-Açıklamalı-İctihatlı-Kaçakçılık Suçları ve İlgili Konular**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2002, s. 1202.

¹⁹¹ Hakeri, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 350.

¹⁹² Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, **İşkence ve Kötü Muamele Raporu 2011**, Toplum ve Hukuk Araştırmaları Yayınları, İstanbul, Berdan Matbaacılık, 2011, s. 32-34.

¹⁹³ Gülnur Erdoğan, "Mobing: İşyerinde Psikolojik Taciz", **TBB Dergisi**, Sayı 83, 2009, s. 339, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-83-535>, 08.06.2018.

Bireyin bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesi şartı aranmaksızın algılama ve irade yeteneğini etkileyen her türlü fiil aynı zamanda insan onurunu ihlal etmektedir.

Kişiye kanuna aykırı menfaat vaat edilmesi, örneğin “konuşması halinde ödüllendirilip serbest bırakılacağına söylenmesi” mağduru irade dışı davranmaya sevk eder insan onuruna aykırıdır ve irade yeteneğini de etkilemektedir. Ancak bunun işkence suçuna dahil edilebilmesi için belli bir vahamet taşıması, mağdurun maruz kaldığı saldırının bu nitelendirmeyi haklı kılması gerekmektedir.¹⁹⁴

Algılama yeteneğinin etkilenmesini algılama yeteneğinin bozulması olarak algılamak gerekir.¹⁹⁵ Mağdurun sinir sisteminde değişikliğe yol açan her türlü hareket bu kapsamdadır.¹⁹⁶ Algı bozukluğu ruhsal hastalıklarda görülebilen psikiyatrik bir emare olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁷ Algılama yeteneği, insanın dış dünyadaki, çevresindeki olguları gözlemleyebilme yeteneğidir. Psikolojik-sinirsel sistemde ortaya çıkan olumsuz değişiklik nedeniyle, dış dünyadaki verileri doğru anlayabilme, iyi ile kötüyü, doğru ile yanlış ayırt edebilme yetisinin kaybedilmesi söz konusudur. İrade yeteneği ise kendi davranışlarını yönlendirebilme yeteneğidir. İnsanın özgür iradesiyle ne şekilde davranacağını seçebilme özgürlüğü söz konusudur.¹⁹⁸

Kişi olayları ve etrafı doğru değerlendiremez hale sokularak, kişinin normal bir insan gibi hareket edebilme yeteneğini kaybetmesine sebep olunmaktadır.¹⁹⁹

İradenin fiziki görüntüsü davranışlardır. Kişi bazı durumlarda kendi iradesi ile davranışlarına yön verememekte, düşünceleri ile davranışları arasında seçim yapamamakta, varsaydığı olguların, hezeyanların baskısı altında ya da başka kişilerin yönlendirmesi ile hareket edebilmektedir. Kişinin olayları algılamasına ve bu algılama kapsamında davranışlar geliştirmesine yani iradesine engel olan fiiller işkence suçu olarak değerlendirilebilir.²⁰⁰

¹⁹⁴ Önok, **a.g.e.**, s. 441,445.

¹⁹⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 289.

¹⁹⁶ Hakeri, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 351.

¹⁹⁷ Hakeri, **A.e.**, s. 351.

¹⁹⁸ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 96.

¹⁹⁹ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 207.

²⁰⁰ Meran, **a.g.e.**, s. 248.

Suçun oluşması için mutlaka acı ve ıstırap çektirilmesi şart değildir.²⁰¹ Bireyin düşünme ve düşüncelerine göre hareket edebilme imkanını, davranışlarını yönlendirme kabiliyetini ortadan kaldıran her türlü davranışı bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Bireyin bu hareketler sonucu acı ve ıstırap çekmesi gerekli değildir, bireyin karar verme ve iradesine uygun şekilde davranmasını engelleyen her hareket bu kapsamda değerlendirilecektir.²⁰² Kişinin yakınlarına yönelik tehditler, sorgu sırasında bir yakınının durumdan habersiz olarak kendisine gösterilmesi ve ona kötülük yapılacağı inancının hissettirilmesi,²⁰³ ilaç verilmesi,²⁰⁴ kişinin uzun süre uykusuz bırakılması, fobilerinin belirlenip onlarla korkutulması gibi.²⁰⁵

Algılama ve irade yeteneğini etkileyen davranışlar çeşitlilik göstermektedir. CMK m.148’de belirtili davranışların algılama ve irade yeteneğini etkileyen davranışlar olduğu söylenebilir. İlaç verme, yorma, aldatma, bazı araçları uygulama, aldatma, kanuna aykırı vaatte bulunma algılama ve irade yeteneğini etkileyen fiillerdir. Yine narkoanaliz, yalan makinesine bağlama, hipnoz gibi durumlar algılama ve irade yeteneğini etkileyen hareketlerdir.²⁰⁶

İfade alma sırasında ifade alma işleminin doğal sonucu olarak ortaya çıkan yorgunluk, irade serbestisini etkileyecek boyuta ulaşmadığı müddetçe işkence suçu kapsamında değerlendirilemez.²⁰⁷ Ancak şüpheli ya da sanık bitap düşürülüp, sağlıklı düşünemeyecek kadar yorulursa kendi iradesiyle karar vermesi imkansız hale gelecektir. Çünkü yorgunluk ve açlık vücudu zehirleyip²⁰⁸ açıklanması istenmeyen hususların dışı vurulmasına engel olunamayacak ve direnecek güç kalmayacaktır. *“Buradaki kıstas kişinin iradi karar verme ve davranma özgürlüğünün ciddi biçimde tehlikeye düşürecek oranda kişiyi yorgun hale getirmektir.”* Kişinin uzun süre aç susuz bırakılarak geceli gündüzlü ifadesinin alınması bu kapsamdadır.²⁰⁹

²⁰¹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 968.

²⁰² Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 249; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 96.

²⁰³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 285.

²⁰⁴ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 96.

²⁰⁵ Ahmet Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2009, s. 1102.

²⁰⁶ Meran, **a.g.e.**, s. 248.

²⁰⁷ Hakeri, Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, s. 353; Önok, **a.g.e.**, s. 428; Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, s. 336; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 294.

²⁰⁸ Faruk Erem, **Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi**, 10.bs., Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s. 263.

²⁰⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 429.

Susma hakkının kullanılmadığı durumlarda, algılama ve irade yeteneğinin bozulduğu anda sorguya son verilmesi gerekir.²¹⁰

Yargıtay “hipnoz” yöntemi ile işkencenin mümkün olup olmadığını tartışmış, failin mağduru hipnotize etmeye çalışmasını, bu sayede kendi istediği şekilde ifade vermesini sağlamaya çalışmasını, yormak, ayakta tutmak ve uykusuz bırakmak gibi davranışlarla birlikte “işkence”²¹¹ olarak nitelendirmiştir.²¹²

²¹⁰ Meran, **a.g.e.**, s. 248.

²¹¹“Somut olayda; sanığın olay tarihinde Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinde askeri savcı olarak görev yaptığı ve Kayseri ilinde meydana gelen bir olaya ilişkin olarak mahallinde yürüttüğü soruşturmada 04.03.2009 tarihinden önce katılan A.'yi daha sonra 07.03.2009 tarihinde diğer katılanları gözüaltına aldırıldığı, katılanların önce K... ardından M... İlçe Jandarma Komutanlığı nezarethanelerinde ayrı ayrı tutuldukları, sanık ve kimliği belirlenemeyen kişilerce sorgulandıkları, sanığın katılanları isteği doğrultusunda ifade vermeye zorladığı, bunu temin etmek için çeşitli vaatlerde bulunduğu, istediği ifadeyi vermemeleri halinde ise meslekten attıracağını söylediği, katılanların istediği yönde ifade vermemesi üzerine bunu sağlamak amacıyla kendi beyanına göre hipnoz ve zihin kontrolü konusunda çalışmaları olan emekli sanık G.'u tüm yol ve konaklama masrafları Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nca karşılanmak üzere İzmir'den çağırıldığı, Kayseri'ye gelen sanık G.'un katılanların sorgulanmasına ilişkin hiç bir resmi görevi olmamasına rağmen geceleri sabaha kadar süren zaman dilimi içinde yakın mesafeden gözlerine bakmalarını isteyerek katılanlara sorular sorduğu, ayakta tutarak ve uyutmayarak iradelerini zayıflatmak suretiyle kendilerine atılı suçu ikrara zorladığı, katılanların 11.03.2009 tarihine kadar gözüaltında, bu tarihten sonra da 17.03.2009 tarihine kadar oda hapsinde tutuldukları, 17.03.2009 tarihinde ilk kez Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinin huzuruna çıkarıldıkları, katılanların gözüaltında kaldıkları süre içerisinde geceleri sanık G., gündüzleyin de sanık ve kimliği belirlenemeyen kişiler tarafından sorgulandıkları, geceleri uyumalarına izin verilmediği, uzun süre uykusuz bırakıldıkları, uyuduklarında ise kısa sürede tekrar uyandırıldıkları, düzenli yemek verilmeyerek aç bırakıldıkları, kendilerine ve ailelerine yönelik tehdit ve hakaret sözlerine maruz bırakıldıkları, asgari koşullara sahip olmayan tuvaleti taşımış pis kokulu nezarethanelerde tutuldukları, hipnoz yöntemiyle iradelerinin etki altına alınmaya çalışıldığı, CMK'nın 91 vd. benzer düzenleme içeren 353 sayılı Yasanın 80. maddesine aykırı olarak gözüaltı sürelerinin uzatılmasına ilişkin kararların katılanlara tebliğ edilmediği ve gözüaltına alındıkları hususunun yakınlarına bildirilmediği, sanık A. Z. tarafından şikayetçilere müdafî olarak Ankara'dan iki avukat çağırıldığı, böylece katılanların insan onuruyla bağdaşmayan bedensel ve özellikle ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açan davranışlara maruz kaldıkları, bunun sonucunda katılan A. hakkında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun verdiği raporda atipik psikotik reaksiyon tablosunun geliştiği, müdahil İ. ve O.'a ilişkin de korku duyma, uykudan uyanma, kâbus görme, geleceğinin kalmadığını düşünme gibi ruhsal etkilenme bulgularının belirlenmesi ile ruhsal travmanın oluştuğunun tespit edildiği anlaşıldığından kamu görevlisi sanık ile diğer sanık G.'nin 5237 sayılı TCY.nin 94/1-4 maddesi kapsamında işkence suçunu birlikte işlediklerinin kabulü gerekmektedir.” Bkz. Yargıtay 8. CD., 13.12.2012 tarih, E.2012/29994, K.2012/38227 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²¹² Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 342.

d. Aşağılama

Aşağılamak, bir kimseyi küçük düşürmek ve saygınlığını ortadan kaldırmaya yönelik davranışlardır. Aşağılayıcı davranışlar, kişinin itibarını, onur ve şerefini hedef alan, kişiyi değerinden ve niteliğinden daha aşağı seviyeye indiren, küçültten ve hor gören davranışlardır.²¹³

Aşağılayıcı muamele insan onuruna ağır saldırılar içeren bir fiildir. Kişide korku, üzüntü, bayağılık duyguları yaratabilecek nitelikteki fiillerle kişiyi diğer kişiler karşısında veya kendi iç dünyasında utandırarak onun maddi veya manevi direncini kıran veya onu iradesi dışında davranmaya iten davranışlardır.²¹⁴

AIHM bir muamelenin AIHS m.3 kapsamında “aşağılayıcı” bir muamele olup olmadığını incelerken bu muamelenin söz konusu kişiyi utandırma ve küçültme amacı taşıyıp taşımadığına, sonuçları itibariyle bireyin kişiliğini, m.3 ile bağdaşmayacak şekilde olumsuz etkileyip etkilemediğine bakacaktır. Kural olarak böyle bir davranışın kişiyi aşağılayıcı nitelik taşıması gerekir, ancak bazı hallerde bu niyetin olup olmamasının bir önemi olmayabilir. Mağdurun kendini aşağılayıcı muameleyle maruz kalmış veya küçük düşürülmüş hissetmesi yeterlidir.²¹⁵

Aşağılama unsurunu küçültücü davranışlar olarak da anlamak mümkündür.²¹⁶ Kişinin toplum nezdindeki şeref hakkı ihlal edilmektedir.²¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna göre aşağılayıcı muameleyi, “*bireyi diğer kişilerin önünde büyük ölçüde utanca boğan ya da onu kendi arzu yahut iradesine aykırı davranmaya yönlendiren eylemler*” olarak tanımlamıştır.²¹⁸ Kişiyi yönelik küçültücü dil kullanılması, çıplak bırakılması, bir kişi hakkında renk, ırk, cinsiyet ve din farklılığı gözetilerek işlem yapılması aşağılayıcı muameleyi oluşturur.²¹⁹ Bireye sürekli küfür edilmesi, çıplak bırakılması, yakasından, kulağından, saçından çekilmesi gibi fiiller aşağılama kapsamındadır.²²⁰

²¹³ Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 249.

²¹⁴ Doğru, **İHAS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s. 20.

²¹⁵ Doğru, **A.e.**, s. 20.

²¹⁶ Üzülmmez, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 237.

²¹⁷ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 214.

²¹⁸ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, s. 86-87.

²¹⁹ Gemalmaz, **A.e.**, s. 87-97.

²²⁰ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 96; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 285.

Kişinin aşağılanması yol açan davranışlar ile ruhsal yönden acı çektiren davranışların çoğu zaman örtüşmesi mümkündür.²²¹

Yargıtay haysiyet kırıcı muameleden ne anlaşılması gerektiğini birçok kararında belirtmiştir.²²² Yargıtay’a göre haysiyet kırıcı hareketler, bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliği taşıyan eylemleri ifade etmektedir.²²³

e. İşkence Suçunun Oluşması İçin Gerekli Ölçütler Sorunu

(1) Fiilin Belirli Bir Ağırlık Düzeyine Ulaşması

İşkence suçu düzenlenişi itibarı ile iki ayrı sorunu gündeme getirmektedir. Bunlar; “fiilin belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması” ve “sistemik olma ve süreklilik” sorunudur.

İşkence, insanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne ve insan olmaktan kaynaklanan onuruna karşı işlenen ihlallerden en ağır kategoriyi oluşturmaktadır.²²⁴ Uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ceza hukuku ve karşılaştırmalı ceza hukuku bakımından fiilin işkence teşkil edebilmesi için belli bir ağırlık düzeyine varması gerekliliği aranmıştır.²²⁵ Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre TCK açısından, failin hareketinin belli bir seviyeye ulaşmış olması aranmalıdır. Belirli bir ağırlık eşiğini aşmayan fiillerin işkence suçu kapsamında mütalaa edilmesi amaca aykırıdır.²²⁶ Fiilin belirli bir ağırlık düzeyine ulaşmasından kasıt, haksızlık içeriği bakımından işkence olarak nitelendirmeyi haklı kılacak bir ağırlık düzeyine varmasıdır. Yoksa maddi acı duyulması ve bu acının fazla olması olarak anlaşılmalıdır.²²⁷ Ağırlık kıstasının uygulanması hakim taktirine bağlıdır.

²²¹ Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 104.

²²² Yargıtay CGK, 04.04.1983, 8-64/156, YKD, C. IX, S. 1983, s. 1059-1072; Yargıtay CGK, 05.10.1987, 8-186/423, YKD, C. XIV, S. 10, 1998, s. 102-105; Yargıtay 8.CD, 20.02.1986 6399/1151, YKD, C. 12, S. 10, 1986, s. 1566.

²²³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 286.

²²⁴ Önok, **a.g.e.**, s. 399.

²²⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 290.

²²⁶ Önok, **a.g.e.**, s. 399 vd.; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 968, 969.

²²⁷ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 291.

Yapılan hareketlerin işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli nitelik ve ağırlıkta olup olmadığı değerlendirilir.²²⁸

AİHM m.3 ile ilgili kararlarında, bir muamele veya cezanın m.3 kapsamına girdiğini kabul edebilmek için, bunun asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini belirtmektedir.²²⁹ İnsan hakları bakımından işkence yasağı ile ulusal ceza hukuklarındaki işkence suç tipi aynı şey olmasa da işkence suç tipi netice de belli bir amaca hizmet etmektedir. Bu da ağır türden bazı ihlalleri somut olarak nitelendirmek ve özel olarak cezalandırmaktır. Bu sebeple fiziksel etki doğuran fiili işkence olarak nitelendirmek için bu boyuta varıp varmadığı ayrıca araştırılmalıdır.²³⁰

AİHM kararlarında, işkencenin kasten yapılan ve insanlıkdışı muamelenin ağırlaştırılmış şeklini oluşturan bir olgu olduğu vurgulanmıştır.

AİHS'nin 3. maddesinin uygulanmasına konu olacak işkence, insanlıkdışı veya aşağılayıcı nitelikteki muamele veya ceza kavramlarının her üçünün de, 3. maddenin yasakladığı kapsama girebilmesi için bu muamelenin veya cezanın “asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması” gerekmektedir.²³¹ AİHM asgari ağırlık düzeyine ulaşma kistasını değerlendirirken (18 Ocak 1978 tarihli İrlanda-Birleşik Krallık kararı paragraf 162) muamelenin süresi, muamelenin mağdur üzerindeki fiziksel ve ruhsal etkileri ile bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi olayın şartlarına, şiddet içeren muamele ve cezanın niteliği ve kapsamı, uygulanma şekli ve yöntemi gibi davaya ilişkin tüm koşullara bakmaktadır.²³²

Mahkemeye göre (7 Temmuz 1989 Soering-Birleşik Krallık kararı paragraf 100) muamele ve cezanın mağdur üzerindeki etkisi subjektif olarak değil, mümkün olduğunca objektif olarak günün koşullarına ve somut olayın kendine özgü şartlarına göre değerlendirilmelidir.²³³

Kamu görevlisince yapılan her davranış işkence olmayıp, davranışın belli bir ağırlığa ulaşması gerekir. Yapılan kötü muamelenin süresi, devamlı tekrar edilip edilmediği, maddi ve manevi etkileri, yani verdiği acının şiddeti, işkenceye maruz kalanın üzerinde yarattığı etki, irade serbestisini ortadan kaldırıp kaldırmadığı,

²²⁸ Önok, **a.g.e.**, s. 407; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3155.

²²⁹ Doğru, **İHAS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s. 3.

²³⁰ Önok, **a.g.e.**, s. 403.

²³¹ Doğru, **A.e.**, s. 3.

²³² Doğru, **A.e.**, s. 3; Bakım, **a.g.e.**, s. 123.

²³³ Doğru, **A.e.**, s. 3.

algılama yeteneğini etkileyip etkilemediği, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, vücut yapısı, engelli olup olmadığı vb. durumları gözetilerek değerlendirme yapılmalıdır.²³⁴ Her acı ve ıstırap verme işkence olmaz, belli bir dereceye ulaşanlar işkence olarak nitelendirilir ve somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılır.²³⁵

Bir devlet okulu müdürünün kış boyunca her pazartesi günü sabahı, kendi icraatlarını övmek amacıyla yaptığı konuşmayı, bütün öğrencilere 15 dakika soğukta ve ayakta dinletmesi, bedensel ve ruhsal yönden acı verse de, davranış sistematik olsa da, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilse de davranışı işkence olarak cezalandırmak mümkün değildir. Davranışın objektif ağırlığına bakıldığında işkence olarak nitelendirmeyi haklı kılacak haksızlık içeriği mevcut değildir.²³⁶ Dolayısıyla davranışın objektif ağırlığı mutlaka dikkate alınmalı buna göre karar verilmelidir.²³⁷

*“Davranışın ağırlığını değerlendirmek bakımından esas olan hareketin objektif yapısıdır. Objektif olarak belirli bir ağırlığa ulaşmış hareketlerin mağdurun dayanıklılığı gibi nedenlerle ağır bir neticeye yol açmamış olması, hatta rafine yöntemler kullanılarak kişide hiçbir fiziksel etki bırakılmaması suçun oluşmadığı anlamına gelmez.”*²³⁸

Doktrindeki diğer bir görüşe göre; işkence suçunu düzenleyen TCK m.94 vd. hükümlerinde işkencenin “ağır” olmasına dair bir kıstasa madde metninde yer verilmemiştir. Teknoloji ve bilimdeki gelişmelerden yararlanılarak kişi üzerinde belirgin ya da bilinçli acı veya ıstırap duyma sonucunu doğurmayan ve fakat kişinin bütünlüğüne saldırı niteliği taşıyan, onun iradesini etkileyen, insan haysiyetinin dokunulmazlığını ihlal eden kontrol tekniklerinin uygulandığı göz önüne alınarak, işkencenin artık acı verme ölçüsü üzerine değil, doğrudan kişi onurunun korunması ve zedelenmezliği üzerine kurulması gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır. Başka bir anlatımla bu görüşe göre, işkencede esas alınması gereken nokta, doğrudan kişinin onuru ve bütünlüğü ile bunun zedelenemez oluşudur.²³⁹ Az ya da çok acıya neden olan fiile, işkence bakımından ağırlık kıstası koyup farklı bir derecelendirme

²³⁴ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 969.

²³⁵ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 555.

²³⁶ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 293; Önok, **a.g.e.**, s. 414.

²³⁷ Hakeri, Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, s. 355.

²³⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 291; Önok, **a.g.e.**, s. 406.

²³⁹ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 11; Gemalmaz, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, s. 308; Bakım **a.g.e.**, s. 127 vd.

getirmenin, insanın sırf insan olmasından ötürü sahip olduğu değerin hiçe sayılıp, ona karşı yapılan muamele için ikinci bir incelemeye tabi tutulması kabul edilemez bulunmuştur.²⁴⁰ Böyle bir değerlendirmenin yapılmasının, yerinde olmadığı, insan onurunun “ağır ihlali” ve “hafif ihlali” gibi kavramların doğmasına da sebebiyet vereceği, kişinin aşağılanmasına, algılama ya da irade yeteneğinin etkilenmesine veya ruhsal ya da bedensel yönden acı çekmesine yol açacak davranışların bir de insan onuruna aykırı nitelikte olmasıyla, zaten belirli ağırlığa ulaşmış olacağı belirtilmiştir.²⁴¹

(2) Sistemik Olma, Süreklilik

Bu ölçüte 94. maddenin gerekçesinde “...işkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistemik bir şekilde ve belli bir süreç içinde 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.” şeklinde yer verilmiştir.²⁴²

İşkencenin sistemik olması bir görüşe göre; önceden tasarlanması, örgütlü olarak icra edilmesi, az çok bir plan dahilinde, emir-komuta zinciri içinde iş bölümü yapılarak fiilin icra edilmesidir.²⁴³

Kamu görevlisinin bir defaya mahsus veya süreklilik arz etmeyen kötü muamelelerinin de işkence suçunu oluşturabileceği yönünde görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre; işkence fiilinin basiti, önemlisi, sistemik olanı veya süreklilik arz edenini olmaz. Eğer kamu görevlisi sahip olduğu kuvvet kullanma yetkisini kötüye kullanarak ve mağdurun kendisi karşısında zayıf kalmasından yararlanarak, hukuka aykırı yöntemler başvurmuş ve kötü muamelede bulunmuşsa işkence suçunun varlığından bahsedilmelidir. Kamu kudretini kullanma yetkisine sahip kişinin sahip

²⁴⁰ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 98,99.

²⁴¹ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1464.

²⁴² Adem Sözüer, **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, Editör: Adem Sözüer, İstanbul, Alfa, 2013, s. 220.

²⁴³ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 208.

olduğu bu güçle bireylere zarar vermesinin kişi hak ve özgürlüklerini zedelemesinin önüne ancak bu yorum yoluyla geçilebilecektir²⁴⁴

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre işkencenin sistematik olması, belli bir süreç içinde mağdura müteakip saldırıların yöneltilmesi, saldırıların genel bir tavır çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar bütünü bir unsur olması ya da önceden kararlaştırılmış, organize ve düzenli bir seyir takip etmesi²⁴⁵ olarak açıklanmıştır.²⁴⁶ Bu görüşe göre işkencenin sistematik olması, süreklilik arz etmesi zorunlu bir unsur değildir.²⁴⁷ Madde metninde yer almayan ve gerekçede yer alan bir koşulun suçun unsuru olarak zikredilmesi kanunilik ilkesi açısından kabul edilebilir bir durum değildir.²⁴⁸ Sistematik olmayan hareketler de işkence olabilir. 1984 tarihli BM İşkence Sözleşmesinin müzakerelerinde işkencenin sistematik olması önerilmiş, fakat münferit, bir kerelik bir hareketin de işkence olabileceği gerekisiyle öneri reddedilmiştir.²⁴⁹ Sistematiklik veya süreklilik kıstası fiilin işkence olup olmadığının hakim tarafından değerlendirilmesinde önemli bir yardımcı kıstastır.²⁵⁰

İşkencenin belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilen fiillerden oluşması onu diğer fiillerden (zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması, kasten yaralama²⁵¹, tehdit, hakaret, cinsel taciz gibi) ayırt etmeye yaramaktadır.²⁵² Mağdura

²⁴⁴ Şen, **a.g.e.**, s. 336; Bakım, **a.g.e.**, s. 130.

²⁴⁵ Önok, **a.g.e.**, s. 412; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 291, 292.

²⁴⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 100.

²⁴⁷ Önok, **a.g.e.**, s. 415.

²⁴⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 293.

²⁴⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 412.

²⁵⁰ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 293.

²⁵¹ “Taksim Polis Merkezi Amirliğinde komiser yardımcısı olarak görev yapan sanık ...’un yağma suçuna ilişkin olarak şüpheli sıfatıyla gözaltına alınıp gece saat 02.00 sıralarında polis merkezi amirliğine getirilen mağdur ... ile yanında bulunan tanıklara yönelik olarak “Buradan gideceksiniz, bir daha bu işleri yapmayacaksınız!” şeklinde bağırma başladı, akabinde de elleri kelepçeli olan mağdura tokatla vurduğu, mağdurun “Bu dayağı hak edecek ne yaptık?” demesi üzerine sanığın “Neden cevap veriyorsun?” diyerek mağdura vurmaya devam ettiği, bu duruma tepki gösteren mağdurun sanığı itmesi üzerine sanığın mağduru tanıkların yanından alarak onların görebileceği ayrı bir koridora götürdüğü, burada sanığın mağdurdan yere yatmasını istediği, mağdurun yere yatmak istememesi üzerine, sanığın elinde bulunan tahta sopa ile mağdurun vücudunun değişik yerlerine vurmaya başladığı, bu esnada da sürekli olarak mağdurdan yere yatmasını istediği, mağdurun bunu kabul etmemesi nedeniyle de “Yere yapışacaksınız!” diyerek mağdura kırılınca de tahta sopa ile vurmaya sürdürdüğü, bu olay sonucunda Beyoğlu Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen 11.07.2008 tarih ve 2136 sayılı rapora göre mağdurun sol üst kolu tamamen kaplayan renk değişikliğine uğramış ekimoz, bel kısmında solda 3x5 cm’lik lineer, sağ omuz başında sararmaya başlamış 5x5 cm’lik ekimoz, sol omuz orta kısımda 4x5 cm’lik ekimoz, sol dirsekte bileğe uzanan ödem, sol üst bacak üst yan orta kısımda 5x8 cm’lik ekimoz oluşacak şekilde ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaralandığı somut olayda; mağdurun sanık tarafından karakolda darp edildiğine ilişkin birbiri ile uyumlu olan savcılık ve mahkeme ifadeleri, tanıklar ..., ...

bir defa küfredilmesi hakaret suçunu oluşturur, ancak gelip giderken sürekli sövülüp aşağılanması durumunda işkence suçu meydana gelir.²⁵³ Doktrinde gerekçe yerine madde metnine “sistematiik olarak ve belli bir süreç içerisinde” ibaresinin eklenmesinin daha yerinde olacağı,²⁵⁴ işkence suçuna asıl karakterini veren böyle önemli bir unsura madde metninde değil de gerekçede yer verilmiş olmasının yerinde olmadığı belirtilmiştir.²⁵⁵

Sistematiik olarak ve belli bir süreç içinde uygulanma ölçütü, aynı hareketin tekrarlanması olarak anlaşılmaması gerekir.²⁵⁶ Farklılık gösterse bile belli bir süreç içerisinde uygulanan hareketler bütün halinde “bedensel veya ruhsal acı çektiren”, “algılama veya irade yeteneğini etkileyen” veya “aşağılayan” hareket niteliğini kazanması durumunda işkence suçu oluşacaktır. Örneğin tek yumruk atma veya tokat

ve ...’ın mağdurun beyanlarını destekleyen anlatımları, alınan doktor raporları ve dosya kapsamında yer alan mağdura ait fotoğrafların incelenmesinden anlaşıldığı üzere sanığın, olay tarihinde yapılmakta olan soruşturmaya ilişkin şüpheli olarak gözaltına alınan ve elleri kelepçeli olan mağdur ...’a, Devletin güvencesi altında olması gereken karakolda bulunduğu sırada, güç kullanımını gerektirecek herhangi bir olumsuz davranışı bulunmadığı hâlde, insan onuru ile bağdaşmayacak şekilde ve cezalandırmak amacıyla tokatla vurmaya başlaması, bu duruma tepki gösteren mağdurun kendisini itmesi üzerine de mağduru iş yerinde birlikte çalıştığı tanıkların yanından alarak onların görebileceği ayrı bir koridora götürüp otoritesini göstermek ve aşağılamak amacıyla mağdurdan yere yatmasını istemesi, mağdurun bunu kabul etmemesi üzerine de elinde bulunan tahta sopa ile mağdurun vücudunun değişik yerlerine vurmaya başlaması, bu esnada da ısrarla mağdurdan yere yatmasını istemeye devam etmesi, mağdurun yere yatmaması üzerine de iradesini kırmak amacıyla elindeki tahta sopa kırılıncaya dek mağdura vurmaya devam etmesi şeklindeki insan onuru ile bağdaşmayan ve mağdurun bedensel yönden acı çekmesine, aşağılanmasına ve irade yeteneğinin etkilenmesine yol açan eyleminin, mağdurun vücudunda bulunan yaraların yerleri, sayıları ve nitelikleri de gözetildiğinde, ani olarak işlenmediğinin, belli bir süreç içinde gerçekleşen sistematiik bir uygulama hâlini aldığı; öte yandan işkence suçu için kamu görevlisinin, insan onuruyla bağdaşmayacak surette kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açacak davranışlar yaptığını bilmesi ve istemesinin yeterli oluşu, kanuni düzenlemede işkencenin belirli bir saik ile işlenmesinin suçun unsuru olarak sayılmamış olması, bu anlamda bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların korkutmak, otoritesini göstermek, ayrımcılık yapmak, cezalandırmak ya da benzer sebeplerle işlenmesi hâlinde dahi işkence suçunun oluşacağının anlaşılması karşısında sanığın eyleminin TCK’nın 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunu değil aynı Kanun’un 94. Maddesinde düzenlenen işkence suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” Bkz. YCGK, 25.06.2019 tarih, E. 2017/753, K. 2019/497 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 13.11.2019.

²⁵² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 283,284; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 247.

²⁵³ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3151.

²⁵⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 283; Üzülmöz, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 236.

²⁵⁵ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 9.

²⁵⁶ Üzülmöz, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 236; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 99.

atma fiili kasten yaralama suçunu oluşturur. Ancak tek tokat atma ya da yumruk fiiline tekrar eden tokatlamalar eklenirse ya da bu fiile hakaret, tehdit, cinsel taciz gibi fiiller²⁵⁷ eklenirse bunlar bir bütün olarak işkence suçunu oluşturacaktır. ^{258 259}
260

Bazı fiiller mahiyeti itibarı ile sistematik bir uygulama özelliği taşırlar. Bunlar, Filistin askısı, foseptik çukurunda bekletilmiş bezle kişinin gözlerinin bağlanması, falaka şeklindeki eylemleri bu şekilde nitelemek mümkündür.²⁶¹ Yine gözaltında bulunan bir kimsenin göz kapağı üzerinde sigara söndürmesi, siyasal ayrımcılık nedeniyle bir tutuklunun cinsel organının kesilmesi, sinirlenmiş polislerin gösterici üzerine çullanarak hep beraber tekmelemeleri, sağlık kurumunda kapalı tutulan mağdureye tecavüz edilmesi işkence olarak değerlendirilir.²⁶² Yine bir kişiye elektrik verilmesi halinde bunun tekrarlanması gerekmez, süreklilik arz etmese de bir saniye için verilmiş olsa bile işkence suçu oluşur.²⁶³ İşte bu gibi hareketler niteliği gereği sistematiklik taşımaktadır.²⁶⁴

²⁵⁷ "...sanığın eyleminin ani olarak gelişen nitelikte olmayıp, mağdurun elleri kelepçeli vaziyette iken kendisine tokat vuran sanığa tepki olarak iteklemesi üzerine sanığın mağduru kelepçelerinden tutup karakolun başka yerine götürerek burada copla vücudunun değişik yerlerine vurma, aynı zamanda tehdit, hakaret içeren sözler sarf etme şeklinde sübut bulan eyleminin işkence suçunu oluşturması karşısında..." Bkz., (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-ceza-dairesi-e-2017-468-k-2017-4455-t-20-4-2017>, 08.06.2018.

²⁵⁸ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 247; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 284; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 100.

²⁵⁹ Müşteki M'nin tanık G ile birlikte ...istikametinden ...caddesine yürürken, "Sanığın 'Sen gel bakım buraya' diyerek seslenip çağırması üzerine müştekinin üslubun düzgün olmadığı şeklinde uyarması sonrasında, sanığın şikayetçinin yakasını tutarak tekme attığı, daha sonra diğer sanıkların gelerek ellerindeki coplar ile müştekiye vurdukları ve akabinde şahsın ellerini kelepçeleyerek araç içerisine alıp yaklaşık 20-25 dakika dolaştırdıkları, bu arada her üç sanığın da şikayetçiyi araç içerisinde darp etmek suretiyle yaralamaları ve hakaret etmeleri eylemlerinin bir bütün halinde işkence suçunu oluşturduğu ..." Bkz. Yargıtay 8.CD., 06.03.2014 tarih, E.2013/7707, K.2014/5504 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁶⁰ "Oluşa, iddia, adli raporlar, mağdur ve tanık beyanları ile tüm dosya kapsamına göre, olay tarihinde 4. Zırlı Tugay Komutanlığı Disiplin cezaevinde gardiyan olan sanığın, oda hapsi cezası verilen katılan İ. F.'nin elbiselerini çıkartarak çıplak vaziyette sınav çektiği, üzerine oturduğu, hortumla ıslattığı, özellikle kafasını masaya vurmaya suretiyle dövdüğü, böylece sistematik olarak gerçekleşen ve insan onuruyla bağdaşmayacak eylemlerin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 243. (suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 94.) maddesinde tanımlanan işkence suçunu..." Bkz. Yargıtay 8.CD., 27.02.2013 tarih, E.2012/31460, K.2013/6705 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁶¹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 247. Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 284; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 100.

²⁶² Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 292; Önok, **a.g.e.**, s. 412.

²⁶³ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 276.

²⁶⁴ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 347.

Belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilen hareketlerden oluşması işkenceyi kesintisiz bir suç haline getirmektedir.²⁶⁵ Süreklilik, hareket ve neticenin bir süre devam etmesidir, bu nedenle işkence devamlı (mütemadi) bir suçtur.²⁶⁶ İşkencenin kesintisiz olması ve süreklilik taşıması zorunlu bir unsur değildir.²⁶⁷ Örneğin, bir kimsenin soyulup üzerine tazyikli su sıkılması, ardından dövülmesi suçun işlenişi bakımından süreklilik ve sistematiklik arz etse de burada kesintisiz suç yoktur. Çünkü devam eden netice olmayıp, kendi aralarında bütünlük oluşturdukları için hukuki anlamda teklik arz eden hareketlerdir. Örneğin bir kimsenin saatler boyu soğuk ve pis bir hücrede tutulması ya da işkence çığlıklarını işitmek zorunda bırakılması durumunda kesintisiz suç olma özelliğinden söz bahsedilebilir.²⁶⁸

f. İşkence Suçunun İhmali Hareketle İşlenmesi

Bir suçun ihmali davranışla işlenebilmesi için, kanunda söz konusu suçun ihmali davranışla işlenebileceğinin açıkça belirtilmiş olması gerekir.²⁶⁹

TCK m.83'te kasten öldürmenin, TCK m.88'de kasten yaralamanın, TCK m.94/5'te işkencenin ihmali davranışla işlenmesi yani ihmal suretiyle icrai suçlar düzenlenmiştir. Kasten yaralama ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinde ceza indirimi öngörülmüşken işkence suçunda ceza indirimi öngörülmemiştir.²⁷⁰ Bu hükmün işkencenin gizli bir himaye görmesini önlemek ve işkenceyi etkin bir şekilde önleyebilmek amacıyla konulduğu belirtilmiştir.²⁷¹

İşkence suçu icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir. TCK m.94/5'te “*Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*” şeklinde belirtilmiştir.

²⁶⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 246.

²⁶⁶ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 208.

²⁶⁷ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 293; Önok, **a.g.e.**, s. 415; Bakım, **a.g.e.**, s. 130; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 101; Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1467.

²⁶⁸ Önok, **a.g.e.**, s. 415; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 101.

²⁶⁹ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 276.

²⁷⁰ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 101.

²⁷¹ Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 87.

İhmali suçun faili “*Belli bir icrai davranışta bulunma doğrultusundaki yükümlülük altında bulunan kişidir, bir başka ifade ile belli bir icrai davranışta bulunma hususundaki yükümlülüğün kaynağını teşkil eden emredici mahiyetteki davranış normunun asli muhatabıdır.*”²⁷²

TCK m.94’ün gerekçesinde, “*İşkence suçu çoğu zaman amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımni 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.*”²⁷³ denilerek bu durum açıklanmıştır.

Mağdura yiyecek içecek verilmemesi, tuvalet ihtiyacını gidermesine izin verilmemesi, mevcut bir hastalığı olan bireye tedavi için izin verilmemesi, ihmali harekete örnek gösterilebilir. Failin sorumlu tutulabilmesi için neticeyi önleme hususunda hukuksal yükümlülüğünün bulunması (idare eden, amir) gerekir.²⁷⁴

Hareket etmek zorunda olduğunu bilmesine rağmen ve ayrıca tipik neticeyi en azından bilerek kabullenen fail hareketsiz kalmaya karar verirse ihmal kastının mevcut olduğu anlaşılır.²⁷⁵ Kişinin bir şeyi ihmal ettiğinden söz edebilmek için ihmal iradesi gereklidir.²⁷⁶ Suçun manevi unsuru kasten pasifliktir.²⁷⁷ Kanun koyucu kamu görevlisinin pasif kalarak bir manada yönlendirici ve cesaret verici fiilini²⁷⁸ cezalandırmaktadır.²⁷⁹

²⁷² İzzet Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul 1996, s. 165.

²⁷³ Parlar, **Açıklamalı-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı**, s. 447.

²⁷⁴ Parlar, **A.e.**, s. 447; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 285.

²⁷⁵ Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım-II**, Editör: Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 18.

²⁷⁶ Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 68.

²⁷⁷ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 210.

²⁷⁸ Kamuoyunda Engin Ceber olayı olarak bilinen bir işkence vakasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.02.2017 tarihli kararında “...Maktul ile arkadaşlarının 29.09.2008 tarihinde tutuklanarak sanık ...'nın 2. Müdürü olduğu Metris T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna konuldukları ve 30.09.2008 günü yapılan sabah sayımından itibaren sayımlarda ayağa kalkmak istemedikleri, sanık ...'ın kurum işleyişinde yapılan işbölümüne göre amiri olduğu 3. vardiyanın 30.09.2008 tarihinde yapılan akşam

Burada ihmali bir sorumluluk olduğu için, failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında olduğu belirtilerek, bu düzenlemenin kamu görevlisinin garantörlük yükümlülüklerini ihlal etmesi bakımından özel bir hüküm olduğu belirtilmiştir.²⁸⁰ Soyut yükümlülüğün bulunması, amirin sorumlu tutulabilmesi için yeterli olmayıp bu yükümlülüğün somut olayda da yerine getirilebilme olanağı bulunmalıdır. İhmali hareketin cezai sorumluluk doğurabilmesi için failin neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmalıdır.²⁸¹ Somut olayda amirin neticeyi önleme imkanı yoksa, mesela amir izin deyse ya da hastaysa daha alt kademedeki personelin yaptığı

sayımında nöbeti devralıp 01.10.2008 tarihinde yapılan sabah sayımında nöbeti devrettiği, maktul ve arkadaşlarının 01.10.2008 tarihinde yapılan sabah sayımında da ayağa kalkmamaları üzerine inceleme dışı sanıklar ve ... tarafından sopa ve kapı i ile dövüldükleri, 06.10.2008 tarihinde saat 08.03'de yapılan sabah sayımının yaklaşık 7 dakika sürdüğü, aynı gün saat 10.30'da maktulün koğuşuna giren beş görevlinin 6 dakika kadar koğuşta kaldıkları, akşam sayımında da maktulün ayağa kalkmaması üzerine inceleme dışı sanık tarafından "yarın kalkma da görüşürüz" şeklinde tehdit edildiği, sanık ...'ın amiri olduğu vardiyanın nöbeti devraldığı 07.10.2008 tarihli sabah sayımında infaz koruma memurları ve baş memurların kalabalık halde maktulün bulunduğu koğuşa saat 08.15.43'de geldikleri, inceleme dışı sanık'ın yine ayağa kalkmayan maktule tokat attığı, arkasından inceleme dışı sanıklar ve'in de maktule vurmaya başladıkları, inceleme dışı sanık....'ın "durun" diye bağırması üzerine inceleme dışı sanık'ın koğuştan çıktığı, bu sırada sanık ...'ın da koğuşa doğru ilerleyerek saat 08.17.25'de koğuş kapısının önüne geldiği, inceleme dışı sanık koğuştan çıktıktan sonra da inceleme dışı sanıklar ve'in eylemlerine devam ettiği, bu sırada kimliği belirlenemeyen bir görevlinin mahkûmlara ikinci kattaki yatakhaneye çıkmalarını söylemesi üzerine dokuz mahkûmun yatakhane bölümüne çıktığı, koğuş kapısı önünde iki, merdivende ise bir mahkûmun kaldığı, maktulün ise bahçeye çıkarıldığı, inceleme dışı sanıklar ve'in bahçede de devam eden eylemlerine inceleme dışı sanık....'ın müdahalesi üzerine son verdikleri, bu esnada sanık ...'ın saat 08.17.57'de koğuş kapısı önünden ayrılmak üzere arkasını döndüğü ve hemen akabinde tekrar koğuş kapısına yönelip saat 08.18.00 itibarıyla geldiği koğuş kapısının önünden içeri doğru dudak okuma uzmanı tarafından çözümlenemeyen söylemlerde bulunduğu, ardından saat 08.18.17'de koğuşun önünden ayrıldığı, saat 08.18.26'da ise bütün memurların koğuştan ayrılıp kapının kilitlendiği, koğuşta bulunan mahkûmların maktulün fenalaştığını bildirmesi üzerine görevlilerin saat 08.36'da maktulü koğuştan çıkardıkları, aynı gün hastaneye kaldırılan maktulün 10.10.2008 günü öldüğü olayda; maktulü darp eden ve haklarında işkence suçundan verilen mahkûmiyet hükümleri kesinleşen inceleme dışı sanıkların amiri konumunda olup inceleme dışı bu sanıklar üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunan sanık ...'ın, 30.09.2008 tarihinde cezaevine konulan maktulün sayımlarda ayağa kalkmaması nedeniyle darp edildiğini bilmesine ve 07.10.2008 tarihinde yapılan sayımda infaz koruma memurlarınca darp edildiğini görmesine rağmen bu eylemleri engellemek için herhangi bir müdahalede bulunmadığının, kurum içindeki kamera kayıtları ve keşif sonucu düzenlenen rapordan anlaşılması, tanık'nın aşamalarda istikrarlı şekilde sanık ...'ın kendilerine maktule yapılan eylemleri kastederek "bundan sonra bu şekilde davrananlar bu şekilde cezalandırılacaktır" dediği yönündeki beyanlarının tanıklar ile tarafından da desteklenmesi karşısında; sanığın olaylardan haberi olmadığı şeklindeki savunmasına itibar edilemeyeceği cihetle maktulün ölümü ile sonuçlanan ve işkence suçunu oluş.... eylemlere zimnen rıza göstererek, ihmal suretiyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunu işlediği kabul edilmelidir." şeklinde karar vermiştir. Bkz. YCGK, E.2014/269, K.2017/108, 14.02.2017 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 01.04.2019.

²⁷⁹ Şen, **a.g.e.**, s. 338.

²⁸⁰ Önok, **a.g.e.**, s. 384; Bakım, **a.g.e.**, s. 107.

²⁸¹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 285.

işkenceden amiri sorumlu tutmak mümkün değildir.²⁸² Dolayısıyla amirin neticeyi engelleme konusunda ihmalden söz edebilmek için bu ihmalin kasıtlı olması gerekir.²⁸³

Burada failin işkence fiilinden haberdar olan ancak amir konumunda olmayan diğer kamu görevlilerinin (eşit konumda ya da ast) neticeyi önleme yükümlülüğü olup olmadığı akla gelmektedir. TCK m.279'da tüm kamu görevlilerine görevleri dolayısıyla öğrendikleri suçları yetkili makama bildirme yükümlülüğü yüklediğine göre, kolluk faaliyeti yürüten kamu görevlileri bakımından suçu önleme görevi yüklendiğine göre (PVSK m.1) bu görevlilerin sorumlu tutulması mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla 94. maddenin gerekçesinde amirlerin bu tarz ihmalleri dolayısıyla sorumlu olduklarından bahsedilmesi sınırlayıcı olarak algılanmamalıdır.²⁸⁴

İkinci fail işkence yapan failin amiri konumunda ise, astına engel olma yükümlülüğü konusunda tereddüt yoktur. TCK m.94/5 gereği cezalandırılır. İkinci failin işkence yapanın amiri değilse işlenen suçu engelleme konusunda yükümlülüğü bulunup bulunmadığına göre ayırım yapılacaktır. Eğer ikinci failin işlenen suçu engelleme konusunda yükümlülüğü bulunuyorsa (kolluk kuvvetleri, infaz kurumu görevlileri gibi) ve işlenen işkenceyi engellemiyorsa TCK m.94/5 gereği işkence suçuna ihmali davranışıyla katılmış olacaktır. Eğer ikinci failin işkence yapanın eylemini engelleme yükümlülüğü ya da yetkisi yok ise ve bu kişi kamu görevlisi ise, TCK m.279 gereği işkenceyi yetkili mercilere bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirip getirmemesine göre TCK m. 279'da belirtili suç oluşacaktır. İşkenceyi önleme yükümlülüğü olan kimsenin kasıtlı hareket etmesi gerekir, yani işkence yapıldığını veya yapılacağını bilmesi gerekir. Doğrudan ya da olası kastla hareket edebilir ancak fail taksirli ise TCK m.94/5 hükmü uygulanmaz.²⁸⁵

²⁸² Soyaslan, **a.g.e.**, s. 210.

²⁸³ Önok, **a.g.e.**, s. 384.

²⁸⁴ Önok, **a.g.e.**, s. 385, 386; Mehmet Emin Artuk, "İşkence Suçu (TCK m.94, 95)", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 7, 2008, s.25, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/2895>, 02.04.2019; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 285; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 102.

²⁸⁵ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3156.

2. Fail

İşkence suçu kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suç tipidir. İşkence suçu özgül (mahsus) suçtur.²⁸⁶ 765 Sayılı TCK'da suçun faili, mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından, vesair hükümet memurlarından biridir.²⁸⁷ TCK m.243, 26.08.199 tarih 4449 sayılı kanunla maddenin 1.fıkrası değiştirilmiş, değişiklik yapıldıktan sonra suçun faili memur ve diğer kamu görevlileri olarak değiştirilmiştir. Kamu görevlisi ibaresinin karşılığı 765 sayılı TCK'da memurdur. (ETCK m.279/1, 12)

765 sayılı TCK'da bir memurun suçun faili olabilmesi için ifade almak ve sorguya çekmek konusunda yetkili bir kimse olması gerekirdi.²⁸⁸ Bu durumda fail olabilecekler ceza davası açmaya veya adli işlemi yapmaya yetkili cumhuriyet savcıları, hakimler, kolluk amir ve memurları gibi kimselerle, idari veya disiplin soruşturması açmaya ve yürütmeye yetkili amir ve memurlardır.²⁸⁹ Ayrıca 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre ön inceleme yapmaya yetkili olanlar da bu gruba dahildir.²⁹⁰

Sözgelimi belediye başkanı ile zabıta amiri, belediyeye ait bir şeyi çaldığından şüphe ettikleri kişiyi suçu söyletmek için bir odaya kapatıp dövseler, çeşitli işkenceler yapsalar TCK m.243'teki suç oluşmaz. Çünkü bu kişiler soruşturma yapma yetkisine sahip kişiler değildir.²⁹¹ Yargıtay 1.CD., 13.01.1970 tarihli, E. 1969/1730, K.1970/118 sayılı kararında benzer bir olayı, belediye başkanı ile zabıta amirinin belediyeye ait bir şeyi çaldığından şüphe ettikleri kişiyi suçu söyletmek için bir odaya kapatıp dövmesini, koltuk altlarına kızgın yumurta koymalarını işkence saymış, fakat karşı oy yazısında suçun failinin ancak memur olabileceği belirtilmiş, belediye başkanı, zabıta amiri ya da memurunun sanığı sorguya çekmeye yetkili olmadığından bahsedilmiştir.²⁹²

²⁸⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 287.

²⁸⁷ Dönmezer, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, s. 131.

²⁸⁸ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 271; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 84; Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 558.

²⁸⁹ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 83.

²⁹⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 287.

²⁹¹ Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 559.

²⁹² Dönmezer, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, s. 131; Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 559.

TCK m. 94 ‘te suçun faili kamu görevlisi olarak düzenlenmiştir. TCK m.6/1-c’de kamu görevlisi; “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,*” olarak belirtilmiştir.

765 sayılı TCK kamu görevi ve kamu hizmetinden ne anlaşılması gerektiğini m.279’da belirterek iki farklı kategorinin oluşmasına sebebiyet vermişti.²⁹³

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki kamu görevlisi-kamu hizmetlisi²⁹⁴ ayırımından kaynaklanan memur tanımının doğurduğu sıkıntılar sebebiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kamu görevi-kamu hizmeti ayırımı kaldırılarak memur kavramını da kapsayan kamu görevlisi tanımına yer verilmiştir.²⁹⁵

TCK m.6’nın gerekçesinde²⁹⁶ kamusal faaliyet tanımlanmış, kamusal faaliyetten ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede “*kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir...*”²⁹⁷ şeklinde belirtilmiştir. Gerekçede kamusal faaliyetin nitelikleri açıklanarak kavram belirgin hale getirilmiştir.

²⁹³ Fatih Selami Mahmutoglu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017, s. 61.

²⁹⁴ Yargıtay’ın da benimsediği görüşe göre, kamu görevinin belirleyici yanı ifa edilen görevin amacı, fonksiyonunun niteliğidir. Devletin yerine getirmek zorunda olduğu, asli görevleri yapanlar kamu memurudur. Buna karşılık, kamuya yalnızca faydalı olup devletin yerine getirmekle yükümlü sayılamayacağı ve yapıp yapmamakta takdir hakkına sahip olduğu işleri ifa edenler kamu hizmetlisidir. Bkz. Önok, **a.g.e.**, s. 368; Bakım, **a.g.e.**, s. 95.

²⁹⁵ Bakım, **a.g.e.**, s. 95.

²⁹⁶ TCK 6.maddenin gerekçesi; “765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki 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 isin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş 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. 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 vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır” seklindedir. Bkz. Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 52.

²⁹⁷ Mahmutoglu, Karadeniz, **A.e.**, s. 52.

İşkence suçunun faili kamu görevlisi olması nedeniyle fail yönünden özgü (mahsus) bir suçtur. Özgü suçlara iştirakın ne şekilde cezalandırılacağı TCK m. 40/2’de “*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*” şeklinde belirtilmiş, TCK m.94/4’de “*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*” denilerek bağlılık kuralına istisna getirilmiş, suçun tam cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.²⁹⁸

Kanundaki bu düzenlemeyle işkence suçunun işlenişine iştirak eden ancak kamu görevlisi olmayan özel kişilerin, sadece kamu görevlisi olmamaları sebebiyle yardım eden olarak daha az cezayla cezalandırılmasının önüne geçilmek istenilmiştir.²⁹⁹

Suçun faili olabilecek kamu görevlileri bakımından her hangi bir sınırlama yoktur.³⁰⁰ Hangi iş ya da mesleği yaptıkları maddede belirtilmediğine göre, kamu görevlileri arasında bir fark gözetilmemiş, kolluk görevlileri, kaymakam, okul müdürü, kurum müdürü vb. görevlilerin bu suçu işlemeleri olanaklıdır.³⁰¹ İşkence teşkil eden fiiller, kamu görevlisince göreviyle bağlantılı olarak, görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmiş olmalıdır.³⁰²

İcra edilen kamu görevi ile gerçekleştirilen işkence fiili arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır.³⁰³ İşlenen fiil ile yerine getirilen görev arasında nedensellik bağı yoksa suç oluşmaz.³⁰⁴

Fiil görev ile bağlantılı olmalı, görev ile bağlantılı değilse TCK m.96’da tanımlı eziyet suçu oluşacaktır.³⁰⁵ Fiil kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmiş olmalıdır.³⁰⁶ Yani görevi ile bağlantılı olmaksızın kamu görevlisi sıfatına sahip bir kimsenin kişiler üzerinde işkence mahiyetinde fiiller icra

²⁹⁸ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 208; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 82.

²⁹⁹ Bakım, **a.g.e.**, s. 99.

³⁰⁰ Üzülmüş, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 232.

³⁰¹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 966.

³⁰² Üzülmüş, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 232; Artuk, **İşkence Suçu** (TCK m.94, 95), s. 28.

³⁰³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 287; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 88.

³⁰⁴ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 295.

³⁰⁵ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 207.

³⁰⁶ Hakeri, **Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, s. 344.

etmesi işkence suçuna değil, eziyet suçuna vücut verecektir.³⁰⁷ Dolayısıyla kamu görevlisi sıfatına haiz olmak bu suçun faili olmak için yeterli değildir.³⁰⁸

3. Mağdur

İşkence suçunun mağduru herkes olabilir.³⁰⁹ İşkence suçunun mağduru gerçek kişilerdir. Bir topluluğun, birden fazla kişinin işkence ve kötü muameleye tabi tutulması halinde suç jenosid suçuna dönüşebilir. “1948 tarihli jenosid suçunun cezalandırılması ve önlenmesine ilişkin sözleşmeye³¹⁰ göre işkence toplu halde işlendiği takdirde diğer şartlar da mevcutsa jenosid kapsamına girmektedir.”³¹¹

765 Sayılı TCK’da, 26.08.1999 tarih 4449 sayılı kanunla TCK m. 243/1 hükmünde değişiklik yapıncaya kadar suçun mağduru “maznun” yani “sanık” olarak düzenlenmişti. Sanıklık kısaca hakkında ceza davası açılması veya adli işlem yapılması ile başlayan bir durumdu.³¹² Yapılan değişiklikle suçun mağduru genişletilmiş, şüpheli ve sanık dışında, mağdur, şahsi davacı, davaya katılan (müdahil) ve tanıklar da işkence suçunun mağduru olabilir hale gelmiştir.³¹³ Ceza yargılamasına katılan bilirkişi, avukat, tercüman gibi sùjelerin mağdurlar arasına dahil edilmemesi doktrinde eksiklik olarak eleştirilmiştir.³¹⁴

5237 Sayılı TCK’da da suçun mağduru herkes olarak düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasının a ve b bentlerindeki mağdurlara karşı, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.³¹⁵

³⁰⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 287.

³⁰⁸ Hakeri, Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, s. 344.

³⁰⁹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 295.

³¹⁰ 09.12.1948 tarihli Jenosid Suçunun Cezalandırılması ve Önlenmesine İlişkin Sözleşme 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye sözleşmeyi 1 Şubat 1987 tarihinde kabul etmiştir. Bkz. Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 560.

³¹¹ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 560.

³¹² Nuhoğlu, **A.e.**, s. 560.

³¹³ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 89.

³¹⁴ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 85.

³¹⁵ İsmail Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-178)**, C. I, 3. bs., Ankara, Malkoç Kitabevi, 2008, s. 94.

5237 Sayılı TCK'da da suçun mağdurunun herkes olarak düzenlenmiş olması ileri ve çağdaş bir düzenlemedir. Böylece, ETCK'nın mağduru sadece ceza yargılaması sùjeleriyle sınırlı tutmuş olmasının olumsuz neticeleri de giderilmiştir.³¹⁶

4. Suçun Nitelikli Halleri

a. Mağdurun Özelliğine İlişkin Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Haller

(1) Suçun Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı ya da Gebe Kadına Karşı İşlenmesi (m.94/2-a)

TCK m.94/2 a ve b bentlerinde “suçun a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiyeye ya da gebe kadına karşı, b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” hükmü yer almaktadır. Mağdurların sıfatı nazara alınıp daha ağır ceza öngörölmesi yoluna gidilmiştir.

TCK m.6/1-b’de “Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak anlaşılaçağı belirtilmiştir. On sekiz yaşını doldurmayan bir mağdura yönelik işkence suçunda başkaca koşul aranmaksızın bu hüküm uygulanacaktır.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’na göre çocuk daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmadığı takdirde kişi çocuk sayılacaktır.³¹⁷ Bu durum ÇKK m.3/1-a’da “Çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi” ifade eder şeklinde belirtilmiştir.

Yani mağdurun evlilik ya da yargı kararı (kazai rüş) ile reşit olması durumunda dahi, mağdurun yaşı 18’den küçük olduğu durumda bu nitelikli hal uygulanacaktır.³¹⁸

³¹⁶ Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 94.

³¹⁷ Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 57.

³¹⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3157; Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 356.

Bedenen veya ruhen kendisini savunamayan kişi, kendisine karşı gerçekleştirilen fiillere karşı koyma ve savunma imkanı bulunmayan kişilerdir.³¹⁹

Engelli olanlar, dűřkűnler, isnat yeteneęi olmayanlar, tamamen veya kısmen akıl hastası olanlar bu duruma girerler.³²⁰

Maędurun bedensel veya ruhsal yűnden kendisini savunamayacak durumda olup olmadıęı hekim raporu ile belirlenmelidir.³²¹

Maędurun ağır kalp rahatsızlığının olması, mağdurda zeka geriliği olması gibi durumlar űrnek olarak verilebilir.³²²

Maędurun içinde bulunduęu durum nedeniyle kendisine yapılan fiillerin ařaęılayıcı ve insan onuruna aykırı nitelięini algılayamaması, hatta acı duymuyor olması suçun nitelięini deęiřtirmeyecektir. Buna bir űrnek verecek olursak, iřkence oluřturan fiillerin komada bulunan kiřiye ya da bűtűn vűcudu felçli olan bir kiřiye karřı iřlenmesi halinde dahi, kiřinin algısından baęımsız olarak insan onurunun zedelendięi kabul edilmeli ve bu nitelikli hal uygulanmalıdır.³²³

Maędurun ocuk olması veya ileri yařı, hastalıęı, malullűęű, ruhi veya fiziki gűsűzlűęű nedeniyle kendisini korumaktan aciz bulunması, faildeki ahlaki kűtűlűęűn fazlalıęı ve fiilin icrasındaki kolaylık nedeniyle nitelikli hal sayılmıřtır.³²⁴

Suçun gebe kadına işlenmesi halinde bebeğin hayatı tehlikeye gireceğinden nitelikli unsur sayılmıştır. Failin sorumlu tutulabilmesi için gebelik durumunu bilmesi gerekir.³²⁵ Gebelik için belirli bir sűre aranmamış, ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için failin bu durumu bilmesi aranmış veya gebeliğin dışarıdan anlaşılabilecek bir seviyeye gelmiş olması aranmıştır.³²⁶ Failin gebe olduğunu bilmediği kişiye karşı gerçekleştirdiği fiil, bu nitelikli hali oluşturmaz.³²⁷

³¹⁹ űzűlmez, Yeni Tűrk Ceza Kanunu'nda iřkence ve Eziyet Suçu, s. 242.

³²⁰ Hafızoęulları, űzen, **a.g.e.**, s. 125.

³²¹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 973.

³²² Meran, **a.g.e.**, s. 249.

³²³ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 357.

³²⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku űzel Hűkűmler**, s. 250.

³²⁵ Artuk v.d., **A.e.**, s. 250.

³²⁶ Gűndel, **a.g.e.**, s. 1104.

³²⁷ Meran, **a.g.e.**, s. 250.

(2) Suçun Avukata veya Diğer Kamu Görevlisine Karşı İşlenmesi (m.94/2-b)

Avukat, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini, hukuk kurallarının uygulanmasını, yargı organları, hakemler, gerçek ya da tüzel kişiler, kurul ve kurumlar önünde sağlayan kişidir.³²⁸

TCK m.6/1-d’de “*Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler, adli ve idari mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar*” anlaşılır denilmektedir.

TCK m.6/1-c’de kamu görevlisi; “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak belirtilmiştir.

Kamusal faaliyet TCK m.6’nın gerekçesinde; “*kamusal faaliyet anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir...*” şeklinde tanımlanmıştır.³²⁹

Mağdura yapılan işkence görevinin gereklerine uygun davranması nedeniyle yapılmalıdır. Hatta kamu görevlisi sıfatı sona ermiş olsa bile, kişinin görevinin gereklerine uygun davranması dolayısıyla işkenceye tabi tutulması halinde bu nitelikli hal uygulanacaktır.³³⁰

Kanun koyucu avukatlık mesleğine verilen önemi vurgulamak için maddenin b fıkrasındaki düzenlemeye yer vermiştir.³³¹ İşkence teşkil eden fiillerinin genellikle ceza soruşturmasının yürütülmesi sırasında işlenmesi ve avukatların ceza soruşturmalarına katılmaları nedeniyle bu düzenlemeye yer verilmiştir.³³²

Amaç avukata ve diğer kamu görevlilerine ayrıcalık tanımak değil, bunların görevlerini kendileri için değil toplum için yerine getirdiklerinden, bu görevin emniyetli bir şekilde yerine getirilmesinin temin edilmesidir.³³³

³²⁸ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 358.

³²⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, s. 30.

³³⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **A.e.**, s. 108.

³³¹ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 277; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 288.

³³² Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 112.

³³³ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3159.

Avukatın resmi kurumda, özelde, ya da serbest çalışmasının bir önemi yoktur. Avukatın izinde olması, görevi başında olması ya da emekli olması durumu değiştirmeyecektir. Avukatlık stajı yapmakta olanlara işkence yapılması durumunda da bu hüküm uygulanacaktır.³³⁴ Önemli olan suçun, kişinin yerine getirdiği avukatlık veya diğer kamu görevi nedeniyle işlenmesidir. Bu kişilerin görevi dışında bir sebeple işkenceye maruz kalması durumunda maddede belirtili nitelikli hal uygulanmayacaktır.³³⁵

b. Fiilin İşleniş Şekli Bakımından Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Hal (Fiilin Cinsel Yönden Taciz Şeklinde Gerçekleşmesi m.94/3)

TCK m.94/3'te "*Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" hükmü yer almaktadır.

Suçun cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleştirilmesi demek TCK m.105 kapsamındaki fiillerle tacizde bulunmak demektir.³³⁶ Bu sebeple TCK m.105'ten ne anlaşılması gerektiğine bakılmalıdır.

TCK m.105'te "*(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına (Değişik ibare: 6545 - 18.6.2014 / m.61) “, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

(2) (Değişik : 6545 - 18.6.2014 / m.61) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

³³⁴ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 358.

³³⁵ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3159.

³³⁶ Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149)**, s. 1549.

e) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.” hükmü yer almaktadır.

Bu suç kişilere karşı işlenen suçlar içerisinde cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar arasında düzenlenerek cinsel dokunulmazlık ve bütünlüğün korunması amaçlanmıştır.³³⁷

Bu suç ile yasaklanan fiil bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir. Taciz sözlük anlamı ile bir kimsenin canını sıkma, rahatını kaçırma, ona sıkıntı verme, onu tedirgin etmedir.³³⁸ Faili harekete geçiren sebep cinsel olabileceği gibi, başka bir sebep de (aşağılama gibi) olabilir.³³⁹

Cinsel taciz kavramı TCK m. 105 hükmüne göre belirlenmelidir. Cinsel taciz, cinsel amaçlı yapılan, vücuda herhangi bir temas içermeyen rahatsız edici nitelikte fiillerdir. Sözle, yazıyla ya da davranışla olabilir. Eylemlerin cinsel taciz olup olmadığı konusunda karar verilirken somut olaya göre karar verilecektir.³⁴⁰

Maddenin gerekçesinde cinsel taciz; “...cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir.” şeklinde tanımlanmıştır.³⁴¹

Bu suç sözle (cinsel içerikli söz atma), yazıyla, (mektupla cinsel ilişki teklifinde bulunma), davranışla (cinsel organını gösterme), telefonla ya da elektronik bir aletle (bilgisayarda görüntülü konuştuğu sırada karşısındakine cinsel organını gösterme, mesaj yazma) ya da araya üçüncü kişi sokularak da işlenebilir.³⁴²

Hakim, davranışın cinsel amaçlı olup olmadığına somut olayı değerlendirerek karar verecektir.³⁴³

TCK m.94/3 hükmünün uygulanabilmesi için işlenen fiillerin cinsel saldırı ya da istismar boyutuna ulaşmamış olması gerekir.³⁴⁴ Aksi halde işkence suçunun yanı

³³⁷ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 736.

³³⁸ Büyük Larousse, C. 18, İstanbul, 1986, s. 11134.

³³⁹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 330.

³⁴⁰ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3159.

³⁴¹ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 735.

³⁴² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 330.

³⁴³ Mustafa Artuç, “Cinsel Taciz Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl. 2, S. 7, 2007,s. 107.

³⁴⁴ Mustafa Albayrak, **Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu “Öz Kitap”**, 9. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 376; Artuç, Cinsel Taciz Suçu, s. 108.

sıra cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçundan hüküm kurularak ceza tayin edilecektir.³⁴⁵

İşkence mağduruna zorla müstehcen görüntülerin izlettirilmesi ya da kendisine yönelik cinsel imalarda bulunulması durumunda bu madde hükmü uygulanacaktır.³⁴⁶

Cinsel taciz, istismar ve saldırı, niteliğindeki işkence yöntemleri çıplak bırakma, cinsel içerikli küfür ve tehditler, penis ya da yabancı cisim penetrasyonu, genital bölgeye elektrik verme, mağdurları cinsel ilişkiye zorlama, genital bölgeleri sıkma, okşama olarak sıralanabilir. Yapılan bir çalışmada cinsel işkence tiplerinden bazılarının, erkeklerde cinsel organlarına elektrik uygulanması, kadınlarda ise oral, vajinal ya da anal penetrasyon içeren eylemler ve çıplak bırakma olduğu belirtilmiştir. Kadınlar cinsel istismara karşı potansiyel bir mağdur gibi görülseler de, erkekler de azımsanamayacak oranda istismar ve tacizin kurbanı olmaktadır.³⁴⁷

Cinsel taciz yoluyla işkence fiilinin işlenmesi durumunda, birleşik suç hükümleri uygulanacağından, yalnızca nitelikli işkence suçundan ceza verilip ayrıca cinsel taciz suçundan ceza verilmeyecektir.³⁴⁸ Fiil cinsel saldırı ya da cinsel istismar niteliği aldığı durumlarda bu suçlardan da hüküm kurularak ceza tayin edilecektir.³⁴⁹

Bu nitelikli unsur öngörülen cezanın miktarı dikkate alındığında yerinde olmamıştır.³⁵⁰ Çünkü cinsel taciz, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen fiillerin en hafifidir.

İşkencenin cinsel yönden taciz şeklinde işlenmesinin nitelikli hal sayılması eleştirilmiştir.³⁵¹ Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların en hafifi olan cinsel tacizin işkence suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesi, öngörülen cezanın artırılarak uygulanması durumunun orantısız sonuçlar doğurucu nitelikte olduğu belirtilmiştir. İşkence fiili sonucu kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir durum meydana gelmişse TCK m.95/1-b uyarınca fail asgari 4,5 yıl ceza alabilirken,

³⁴⁵ Meran, **a.g.e.**, s. 251.

³⁴⁶ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 358.

³⁴⁷ Canan Şahin Kaftancıoğlu, “İşkence Olgularının Adli Tıbbi Değerlendirilmesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul, 2007, s. 36.

³⁴⁸ Artuç, Cinsel Taciz Suçu, s. 108.

³⁴⁹ Meran, **a.g.e.**, s. 251.

³⁵⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 289; Üzülmüş, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 242.

³⁵¹ Bu durumun TCK m.3’e aykırı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Bakıcı, **a.g.e.**, s. 974.

işkence suçunun cinsel taciz yoluyla işlenmesi halinde cezanın alt sınırının 10 yıl olarak öngörülmesi ceza adaletine uygun değildir.³⁵²

5. İşkence Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

TCK m.95’de “(1) *İşkence fiilleri, mağdurun;*

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

(2) *İşkence fiilleri, mağdurun;*

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

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

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

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç³⁵³ genel olarak TCK m.23’te düzenlenmiştir. Buna rağmen bazı suç tiplerinde ise bu hal özel olarak düzenlenmiştir. TCK m. 95 bunlardan biridir.³⁵⁴

³⁵² Önok, a.g.e., s. 506, 507; Bakım, a.g.e., s. 181.

³⁵³ “765 sayılı TCK’nın 452.maddesinde yer alan hükmün benzeri bir düzenlemeye, objektif sorumluluk esasının terk edilmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’da yer verilmemiştir. Suçu, “yasada tanımlanmış bir haksızlık” olarak öngören yeni suç teorisinde, bir hareketi yapan kişi, bu hareketin tüm sonuçlarından her koşulda sorumlu tutulmamakta, bir başka anlatımla “kusursuz sorumluluk” terk

TCK m.23'te “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” denilmektedir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç gerçek ve görünüşte olmak üzere doktrinde ikiye ayrılmıştır. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun kendine özgü fiil ve netice kısımları bulunmakta bunun yanında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından ayrı bir kast taksir değerlendirilmesi yapılmaktadır. Failin fiili ile kastettiğinden daha ağır ya da başka neticenin oluşmasına neden olması, bu ağır ya da başka netice bakımından failin taksirle hareket etmiş olması gerekir ve bu neticenin suç teşkil etmesi gerekir. Böyle bir durumda gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ise temel suç tipine bağlı suçtur. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, ağır ya da başka neticeye kasten de neden olunabileceği için, ne TCK m.23 anlamında, ne de

edilmiş olmaktadır. 765 sayılı TCK'daki objektif sorumluluk esasının yerine 5237 sayılı TCK'da haksızlığın bir gerçekleştirilme şekli olarak kast-taksir kombinasyonuna, yani netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara yer verilmiştir. Bu nedenle uyumsuzluğun çözümü için, 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde, suçun manevi unsurları arasında gösterilen kast-taksir kombinasyonu, yani netice sebebiyle ağırlaşmış suç üzerinde durulmalıdır.

5237 sayılı TCK'nın “Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” başlıklı 23. maddesi “ (1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir” şeklindedir. Buna göre; failin gerçekleştirdiği bir eylemde, kastettiğinden daha ağır veya başka bir sonucun meydana gelmesi halinde, sorumlu tutulabilmesi için, netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Fail, bu sonucun meydana gelmesinden taksirle bile sorumlu tutulamıyorsa, objektif sorumluluğun kaldırılmasının doğal bir sonucu olarak, sadece nedensellik bağının bulunuyor olması, neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır.

Öğretide, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve görünüşte ya da gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak iki farklı şeklinin bulunduğu kabul edilmektedir. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin hareketi sonucunda kastettiğinden daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla bağımsız bir suç tipi ortaya çıkmaktadır, örneğin, yaralama suçunda mağdurun ölmesi, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise, failin hareketi sonucunda suçun oluşması için aranan neticeden başka, niteliği de farklı olan daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla temel suç niteliği aynı kalmakla beraber yalnızca ceza ağırlaştırılmaktadır. Örneğin, cinsel istismar suçunda mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir.

5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçla ilişkin genel kuralın, özel hükümler arasında kendisine yer bulduğu maddelerin başında gelen TCY'nın 87. maddenin 4. fıkrası; “ (4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” şeklindedir. Maddede, gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi TCY'nın 86. maddesinin 1. veya 3. fıkraları kapsamında bulunur ve bunun sonucunda da ölüm meydana gelirse, en azından taksirle hareket etmiş olmak koşuluyla faile belirtilen cezaların verileceği öngörülmektedir.” Bkz. 16.02.2010 tarih YCGK E.2009/1-209, K.2010/29 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁵⁴ Özbek v.d., a.g.e., s. 278.

kastedilenden daha ağır ya da başka netice oluşumuna taksirle de sebebiyet verilmesi nedeni ile nitelikli hal kapsamına dahil edilebilen bir kurumdur. Bu nedenle doktrinde bu suç tiplerine görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ismi verilmiştir.³⁵⁵

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, failin kasıtlı olarak işlediği temel suç tipine bağlı olarak, kastının dışında özel bir neticenin meydana geldiği ve sorumluluk için bu özel netice bakımından failin en azından taksirle hareket etmesi şartının arandığı suç tipleridir.³⁵⁶

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin cezası suçun temel şekline nazaran ağırlaştırılmaktadır.³⁵⁷

TCK m.95'te öngörülen neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri ile örtüşmektedir. TCK m.95'in gerekçesinde “... bu hükmün içeriğine ilişkin açıklamalar için kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin gerekçeye bakılmalıdır.” denilmiştir.³⁵⁸

TCK m.95 ile TCK m.87 neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller bakımından aynı olmakla birlikte farklılıklar da içermektedir. Kasten yaralama suçu ile işkence suçunun manevi unsurları farklıdır, madde metinlerinde öngörülen cezalar farklıdır, hatta TCK m.95/4'te ağırlaştırılmış müebbet öngörülmüştür.³⁵⁹

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun söz konusu olabilmesi için neticenin failin kastettiğinden daha ağır ya da başka olması gerekir.³⁶⁰ İlk hareket ile netice arasında illiyet bağının kurulması zorunludur.³⁶¹

Bu suç doğrudan kastla veya olası kastla işlenebilir.³⁶² Doğrudan kast veya olası kast yok ise, TCK m.95 maddesinde düzenlenen bu ağır neticeler açısından

³⁵⁵ Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 389-402.

³⁵⁶ Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 5.

³⁵⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 472.

³⁵⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3166.

³⁵⁹ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 222.

³⁶⁰ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 278.

³⁶¹ Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 131.

³⁶² Bakıcı, **a.g.e.**, s. 991.

failin sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir seviyesinde kusurunun olması şarttır.³⁶³

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç 765 sayılı TCK döneminde objektif sorumluluk başlığı altında ele alınırdı. Objektif sorumluluk failin fiili ile sebebiyet verdiği neticeden kast ya da taksire dayalı bir kusuru olmaksızın mesul tutulmasıdır. Bu gibi durumlarda fiil ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisi cezai mesuliyetin varlığı için yeterlidir.³⁶⁴

765 sayılı TCK m.243/2’de “*Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452’nci, sair hallerde 456’ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.*” denilerek iki tane ağırlatıcı nedene yer verilmekteydi. Her iki halde de failin ağır neticeden sorumlu olabilmesi için gerçekleştirdiği hareketle meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekli ve yeterliydi. Kusurun bu ağır neticeyi kapsamaması gerekmezdi. 765 sayılı TCK m.243/2’de belirtilen ağırlatıcı nedenlerden birisi işkence sonucu mağdurun ölmesi (TCK m.452), diğeri 456. maddenin yollamasıyla mağdurun yaralanmasıydı.³⁶⁵

TCK m.23 ve 87/4 dolayısıyla 95/4 maddesiyle, 765 sayılı TCK m.452 yer alan sorumluluk için illiyet bağını yeterli gören, kusurluluğu ikinci plana atan objektif sorumluluk sisteminden vazgeçmiş ve kusur sistemine geçmiştir. Bunun sonucu olarak failin meydana gelen sonuçtan taksir derecesinde de olsa bir kusuru olmalıdır aksi takdirde failin sorumluluğuna gidilmeyecek, sadece bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği işkence suçundan sorumlu tutulacaktır.³⁶⁶

Bazı suç tanımlarında kişinin kastettiğinden daha ağır veya farklı netice ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi suçun temel şekli bakımından kasten hareket etmiştir. Ancak kastettiği suçtan veya bu suçun neticesinden daha ağır veya başka bir netice meydana gelmektedir. İşte TCK sistemine göre bu neticeden kişiyi sorumlu tutabilmek için en azından taksire dayanan bir kusurunun bulunması gerekir. Bu şekilde kusur sorumluluğuna geçilmiştir.³⁶⁷

³⁶³ Üzülmüş, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 244; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 113.

³⁶⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 471, 472.

³⁶⁵ Bakım, **a.g.e.**, s. 182.

³⁶⁶ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 331.

³⁶⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 471, 472.

Taksir düzeyinde kusurluluk için failin özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekir. Bunun için neticenin öngörülebilir olması gerekir. Netice öngörülebilir değilse failin dikkat ve özen göstermesi gerekmez. Neticenin öngörülebilir olup olmadığı failin özellikleri dikkate alınarak araştırılmalıdır.³⁶⁸

Yani failin söz konusu ağırlaşmış hali bilmesi gerekmemekte, ancak bunu bilebilecek veya öngörebilecek durumda olmasına karşın, kendi özensiz ve dikkatsiz davranışı nedeniyle öngörmemiş olması halinde de ağırlaşmış neticeden sorumlu tutulması mümkün olmaktadır.³⁶⁹

TCK m.23’de “en azından” ibaresine yer verildiğine göre daha ağır veya başka netice yönünden failin bilinçli taksir, olası kast veya doğrudan kast ile hareket etmesi mümkündür.³⁷⁰

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bazı suç tiplerinde fail ağır netice bakımından mutlaka taksirle hareket etmiş olması gerekir. Örneğin TCK m.87/4’te olduğu gibi. Ölüm neticesi bakımından fail taksirle hareket etmiş olmalıdır. Aksi takdirde, kast ya da olası kastla hareket ettiği durumda öldürmeye ilişkin TCK m.81 veya m.82’den hüküm kurulacaktır.

Failin kastının doğrudan doğruya ağır sonuçlara yönelik olduğu durumda, örneğin mağdurun bir gözünün çıkarılması durumunda netice sebebiyle ağırlaşmış haller gerçekleşmiş olacaktır. Ancak 87/4 fıkrasında bu durum söz konusu olursa kasten öldürme suçu bakımından değerlendirme yapılacaktır.³⁷¹

TCK m.94/2-3’teki nitelikli hallerin uygulanabilmesi ancak kastın bunları kapsaması durumunda söz konusudur. TCK m.95’te öngörülen hallerin uygulanabilmesi için TCK m.23 hükmü dikkate alınacaktır.³⁷²

³⁶⁸ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 278.

³⁶⁹ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 360.

³⁷⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 472.

³⁷¹ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 169-170.

³⁷² Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 296.

a. Cezanın Yarı Oranında Arttırılması Gereken Haller

(1) Fiilin Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflamasına Neden Olması (m.95/1-a)

Duyu, kişinin dış dünya ile ilişkisini sağlama fonksiyonunu yerine getiren organların gerçekleştirdiği fizyolojik görevlerin tamamıdır. Dış dünyadaki etkileri algılaya yeteneğidir.³⁷³ Duyu, işitme, görme, tatma, koklama, dokunma melekeleridir.³⁷⁴

Organ, belli duyuları algılamak veya belli hareketleri yapmak için gerekli olan, anatomik ve fizyolojik bölümlerin her birisidir.³⁷⁵ Kalp, akciğer, karaciğer, beyin göz, kulak, mide, dalak, böbrek, pankreas, bağırsaklar organlara örnektir. Kol, el, omuz, ayak, bacak, uyluk, kalçada (ekremite) oluşan anatomik veya fonksiyonel bozukluklar da bu fıkra kapsamında değerlendirilmelidir.³⁷⁶ Organlar vücudun içinde, dışında olabilir, tek başına görev icra edebilir, sindirim, boşaltım, dolaşım sistemi gibi hayatın devamına olanak sağlayan vücut işleyişlerinin parçası ya da yardımcısı olabilir. Organın ne olduğunu ortaya koymak ve kapsamını belirlemek tıp bilimin konusudur ve uzmanlığı gerektirir.³⁷⁷

Zayıflama, duyu veya organlardan birinin görevini gereği gibi yapamayacak hale gelmesidir. Fiilden sonra görme veya işitme duyularının zayıflaması, lenf ve bacakların fonksiyonlarını önemli ölçüde görememeleri bu duruma örnektir.³⁷⁸

Bu hal bakımından duyulardan veya organlardan birinin işlevinin sürekli olarak zayıflaması yeterlidir.³⁷⁹ Duyu veya organın sürekli zayıflaması ölünceye kadar değil çok uzun zamanı ifade etmektedir.³⁸⁰ Bunun için mağdurun önceki ve sonraki hali karşılaştırılmalıdır. Duyu veya organın görevinin azalması devamlılık

³⁷³ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C:I, 3. bs., İstanbul, Beta, 2016, s. 153-154.

³⁷⁴ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 212.

³⁷⁵ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 154.

³⁷⁶ İlhan Üzülmöz, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 49.

³⁷⁷ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 154.

³⁷⁸ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 212.

³⁷⁹ Üzülmöz, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 243.

³⁸⁰ Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 82-149), s. 1426.

gösteriyorsa sürekli zayıflama söz konusudur.³⁸¹ Duyu veya organlardaki geçici zayıflık bu fıkra hükmünün uygulanması için yeterli değildir.³⁸² Maddede duyulardan veya organlardan birinin işlevinden söz edildiğine göre vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevinin sürekli olarak zayıflamasına neden olunması halinde de bu fıkra uygulanacaktır.³⁸³ İnsan bedeninde çift olan göz, kulak gibi organların görevinde zayıflama olduğunda bu fıkra hükmü uygulanacaktır.³⁸⁴

Kişinin dişlerinde birkaç tanesi kırıldığında ise maddenin konulma amacı da dikkate alınarak hareket edilmelidir. Dişlerin mağdurun olağan hayatı içinde sağladığı işleve göre fiil değerlendirilmelidir. Kişinin dişleri tam ise birkaç tanesi kırıldı ise bu durum sıkıntı yaratır, ancak bu hal failin cezasını artırmayı gerektirmez. Oysa kişinin yani mağdurun üç dişi varsa ve bunlardan ikisi işkence fiili sonucu kırıldıysa, kırılman çiğneme fonksiyonu üzerindeki etkisi organın işlevinin zayıflaması sayılacak niteliktedir.³⁸⁵ Her somut olaya göre ayrıca değerlendirme yapılacak bilirkişi incelemesiyle ağırlaştırıcı nedenin var olup olmadığı tespit edilecektir.³⁸⁶

Bu hal uygulanırken işkence sonucunda ortaya çıkan durum göz önünde bulundurulacaktır. Bu durumun daha sonra, protez şeklinde takma, tamamlayıcı, yapay araçlarla giderilmesinin önemi yoktur. Çünkü tamamlayıcı araç çıkarılınca zayıflık tekrar oluşur.³⁸⁷

Adli tıp değerlendirmelerine göre kayıp % 10-50 arasında olması halinde işlevin zayıflaması söz konusu olacak ve TCK m.95/1-a uygulanacak, kayıp % 50'den fazla ise işlevin yitirilmesi söz konusu olacak ve TCK m.95/2-b uygulanacaktır.³⁸⁸

Mağdurun işkence nedeniyle duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olup olmadığı, işkence fiilinden 18 ay sonra yapılacak muayene sonucu Adli Tıp Uzmanı tarafından belirlenecektir.³⁸⁹

³⁸¹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 154.

³⁸² Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 49-50.

³⁸³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 253.

³⁸⁴ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 154.

³⁸⁵ Centel, Zafer, Çakmut, **A.e.**, s. 154-155.

³⁸⁶ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 171.

³⁸⁷ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 155.

³⁸⁸ Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 82-149), s. 1427.

³⁸⁹ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 313.

(2) Fiilin Mağdurun Konuşmasında Sürekli Zorluğa Neden Olması (m. 95/1-b)

Konuşmada sürekli zorluk, açık ve anlaşılabilir konuşma yetisinin olumsuz manada değişikliğe uğramasıdır. Bunun için mağdurun önceki ve sonraki hali karşılaştırılmalıdır. Daha önce kişide olmadığı halde işkence fiili sonucu kekemelik, konuşmanın anlaşılmaz hale gelmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Konuşma zorluğu sürekli olmalıdır, ancak bu daimi olarak algılanmamalıdır. Uzunca bir süre devam eden konuşma zorluğu bu fıkra uygulaması için yeterlidir.³⁹⁰ Kişinin çenesine aldığı bir darbe sonucu oluşan ağrı nedeniyle ağzını açamaması veya konuşamaması halinde bu hüküm uygulanmaz. Çünkü bu durum ağrının kaybolması ile ortadan kalkacaktır. Ancak kişinin çenesindeki kırık, dışındaki kırık, rutin tedaviye rağmen konuşmada sürekli güçlük oluşturuyorsa, yine kişinin boğazına yapılan müdahale sonucu ses telleri zarar görmüşse ve kişi bu sebeple sürekli konuşma zorluğu yaşıyorsa bu fıkra hükmü uygulanacaktır.³⁹¹

Konuşma merkezi, dil ve ses telleri gibi konuşmaya yarayan yapılarda harabiyet oluşmaktadır.³⁹² Bu hüküm konuşma yeteneğinin tamamen yitirilmesini değil, konuşma yeteneğinin kullanılmasında güçlükle karşılaşılmasını yaptırım altına almaktadır. Aksi durumda TCK m.95/2-c bendi uygulanacaktır.³⁹³

Önceden kekeme olan bir kimsenin işkence fiili sonucu, kekemeliği ortadan kalkmışsa bu ağırlaşmış hal uygulanmayacaktır, çünkü fıkroda konuşmanın değişmesi değil zorluğa uğramasından söz edilmektedir.³⁹⁴

³⁹⁰ Centel, Zafer, Çakmut, a.g.e., s. 155; Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 313-314.

³⁹¹ Üzülmöz, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 52.

³⁹² Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 313.

³⁹³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 290.

³⁹⁴ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 314.

(3) Fiilin Mağdurun Yüzünde Sabit İze Neden Olması (m.95/1-c)

765 sayılı TCK'da yüz kavramı yerine aynı anlama gelen çehre kavramı kullanılmıştır.

Burada ifade edilen yüz deyiminden, çehrenin anlaşılması gerekir. Kişinin boyun ve kulakları dahil, başın ön kısmı ifade edilmiştir. Yüzde sabit iz işkence sonucu yüzde meydana gelen daimi sürekli izler olup, yüzün sürekli değişikliğine sebep olmayan izlerdir. Sabit iz yüzü değiştirmemekte ve mağduru öteden beri tanıyanlarda, kişiliği bakımından herhangi bir tereddüde neden olmamaktadır. Yüzde sürekli değişiklikte ise mağduru tanıyanlar onu gördüklerinde tanımakta güçlük çekmektedirler.³⁹⁵

TCK m.87'nin gerekçesinde bu fıkra “ ...burada geçen yüz deyimi çehre karşılığında kullanılmıştır ve kişinin boyun ve kulakları dahil başın ön kısmını ifade eder. Yüzde sabit iz yaralama sonucu yüzde meydana gelen daimi, sürekli izlerdir. Ancak bu izler yüzün sürekli değişikliği halinden farklıdır. Sabit iz yüzü sürekli değiştirmemekte ve mağduru öteden beri tanıyanlarda, kişiliği bakımından her hangi bir duraksamaya neden olmamaktadır. İkinci fıkroda söz konusu edilen yüzde sürekli değişiklik halinde ise, bunun tam tersi söz konusudur; yüzüne kezzap atılmış bulunan kişinin durumu buna örnek teşkil eder.” şeklinde açıklanmıştır.³⁹⁶

Yüzde sabit iz sadece yara izi değildir, burun akması, gözün sürekli sulanması, ağzın çarpılması, devamlı salya akması, saç veya bıyığın dökülmesi gibi değişiklikler bu kapsamda değerlendirilmelidir.³⁹⁷ Bazı yazarlarca bu durumların yüzde sabit iz olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.³⁹⁸ İzin estetik operasyonla ya da tedavi ile giderilebiliyor olması fıkranın uygulanmasına engel değildir.³⁹⁹ Yüzde sabit iz

³⁹⁵ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 290; Üzülmüş, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 243.

³⁹⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, s. 116.

³⁹⁷ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 157.

³⁹⁸ Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 54.

³⁹⁹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 157.

kalıcı izdir.⁴⁰⁰ Daimi sürekli izlerdir.⁴⁰¹ İzin zamanla silikleşmesi olasılığı, sabit iz niteliğini etkilemez.⁴⁰²

Bir insanın yüzü, onu diğer kişilerden ayırmaya ve ilk görüşte tanımaya yarar.⁴⁰³ Yüz kişinin kendisiyle ve başkalarıyla barışık olmasında önemlidir. Yüzdeki izi saç veya sakalın kapatması sabit iz sayılmasına engel değildir.⁴⁰⁴

Yüzdeki sabit izde mağdurun yüzünün doğal uyumu bozulmaktadır, mağdurun mutlaka çirkinleşmesi gerektiği şart değildir.⁴⁰⁵ Yüzde bırakılan iz uzaktan bile görülebiliyor ve belli bir dikkat sarf etmeksizin fark edilebiliyorsa yüzün doğal görünümünün etkilendiği kabul edilir.⁴⁰⁶

Yüzde sabit iz kavramını ve kapsamını her somut olaya göre tıp ortaya koyacaktır. Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁴⁰⁷

Adli Tıp uygulamasında mağdurun yüzünde sabit iz kalıp kalmadığının değerlendirilmesi olaydan altı ay geçtikten sonra, ya mağdurun Adli Tıp uzmanına kendisinin götürülmesi ya da mağdurun yüzünün son durumunu önden ve yanlardan gösterir rütuşsuz fotoğraflarının gönderilmesi, gün ışığında yaranın 4/5 metre uzaklıktan ilk bakışta fark edilip edilmemesi esasına göre belirlenmektedir.⁴⁰⁸

(4) Fiilin Mağdurun Yaşamını Tehlikeye Sokan Bir Duruma Neden Olması (m.95/1-d)

İnsan vücudunun herhangi bir yerine yapılan etkili eylem, şekil, nitelik ve özellik bakımından insan yaşamını tehlikeye sokabilecek güçte olabilir. Bunun için ağır bir travma şart değildir, bazen ağır bir travma da insan yaşamını tehlikeye sokmayabilir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁰ Hafızoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 85; Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 82-149), s. 1427.

⁴⁰¹ Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 53; Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 82-149), s. 1427.

⁴⁰² Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 315.

⁴⁰³ Bakım, **a.g.e.**, s. 186.

⁴⁰⁴ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 214.

⁴⁰⁵ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 173.

⁴⁰⁶ Bakım, **a.g.e.**, s. 186.

⁴⁰⁷ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 157; Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 314.

⁴⁰⁸ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 315.

⁴⁰⁹ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 174.

İşkence sonucunda mağdurun sağlığına verilen zararın ya da meydana gelen hastalığın yakın bir ölüm neticesi yaratmaya elverişli olması durumunda yaşamı tehlikeye sokan bir durumun varlığından bahsedilir.⁴¹⁰ Tehlike bir an için bile mağdurun yaşamını tehlikeye soksa bu fıkra hükmünün uygulanma şartı oluşacaktır.⁴¹¹ Ölüm neticesi yüksek ve yakın bir ihtimal olması gerekir.⁴¹² Ancak kişi gerek kendi vücut direnci, gerekse tıbbi yardımla kurtulmuş olmalıdır.⁴¹³ Ölüm gerçekleştiğinde TCK m.95/4 uygulanacaktır.

İşkence sonucu mağdurun vücudunda oluşan yaranın yeri, derinliği, sayısı, şiddeti gibi her hangi bir sebeple mağdurun ölmesinin yakın ve muhakkak sayıldığı her halde mağdurun yaşamı tehlikeye sokulmuş sayılmalıdır.⁴¹⁴

Mağdurun kafasında oluşan kırıklar, iç organlarda meydana getirilen harabiyetler, baş, göğüs veya karın bölgesinde meydana gelen kesici delici alet yaralanmaları, büyük damar-sinir kesileri yaşamı tehlikeye sokan durumlardır.⁴¹⁵

İşkencenin hayati tehlikeye sebebiyet verip vermediği, tıp biliminin verilerine göre tayin edilecektir.⁴¹⁶

Hayati tehlikenin varlığının uzun veya kısa süre olması, geçici de olsa kısa bir süre varlığı bu maddenin uygulanmasını gerektirir.⁴¹⁷

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

İşkence sonucu çocuk canlı olarak doğmalı ve yaşamalıdır.⁴¹⁸ Doğum süresinin alt ve üst sınırı tıp bilimi verilerine göre belirlenebilen bir olgudur. Vaktinden önce

⁴¹⁰ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 157.

⁴¹¹ Bakım, **a.g.e.**, s. 187.

⁴¹² Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 157.

⁴¹³ Üzülmmez, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 54; Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149)**, s. 1428.

⁴¹⁴ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 316.

⁴¹⁵ Artuç, **A.e.**, s. 316.

⁴¹⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 290.

⁴¹⁷ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 214-215.

⁴¹⁸ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 174.

doğumun gerçekleşip gerçekleşmediği bilimsel verilerle tespit edilecektir.⁴¹⁹ Bu gibi durumlarda fail mağdurun gebe olduğunu bilmelidir.⁴²⁰

1935 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da failin bu ağırlatıcı nedenden sorumlu olabilmesi için mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴²¹

b. Cezanın Bir Kat Arttırılması Gereken Haller

(1) Fiilin Mağdurun İyileşmesi Olanğı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girmesine Neden Olması (m.95/2-a)

Fiziki ya da psikolojik olsun kişilerin vücut fonksiyonlarının yerine getirilmesinde bir bozukluk yaratan patolojik durumlar hastalık sayılmaktadır. İyileşmeme durumunun kesin olması şart değildir, olasılık dahilinde olması tıbben söz konusu ise yine bu ağırlatıcı neden uygulanacaktır. Hastalık bedensel veya ruhsal olabilir.⁴²² Aksi halde kişi sürekli akıl hastalığı doğuran fiillere karşı korumasız bırakılmış olur. Akıl hastalığı yalnız akli melekelerle etkili hastalığın değil ruh ve sinir hastalıklarının hepsini kapsamaktadır. Hastalığın ne zaman iyileşmez bir nitelik taşıdığı ise suçun işlendiği sırada mevcut olan tıbbi olanaklara göre belirlenir.⁴²³ Mağdurun iyileşmesinin kesin ve çok uzak bir ihtimal oluşu bu bent kapsamına girmektedir.⁴²⁴

AİDS olan, yani HIV virüsü taşıyan kişinin bu durumu bilerek cinsel ilişki yoluyla bu HIV virüsünü bulaştırması halinde bu fıkra hükmü uygulanabilir.⁴²⁵

⁴¹⁹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 158.

⁴²⁰ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 215.

⁴²¹ “Türk Ceza Kanunu'nun 456 ve muaddel 470. maddeleri sarahatına göre fiili müessir bir kadına karşı ika olunup da çocuğun düşmesini intaç eylediği surette 456. maddenin üçüncü fıkrasının tatbik edilebilmesi için cürmün ikaı zamanında failin yalnız mağdurun gebeliğini bilmesi kafi olup ayrıca fiili hareketinin bu neticeyi elde etmek maksadına matuf olması şart olmadığı...” Bkz. YİBK, 04.12.1935 tarih, E.1935/120, K.1935/29 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴²² Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 159.

⁴²³ Bakım, **a.g.e.**, s. 188.

⁴²⁴ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 214.

⁴²⁵ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 86.

Yine kısmi felç, kalp yetmezliğinin olduğu durumlarda da bu fıkra hükmü uygulanacaktır.⁴²⁶

Mağdurun bitkisel hayata girmesi de dahil bu gibi durumları hakim Adli Tıp Kurumu raporuyla karara bağlar.⁴²⁷

Bitkisel hayat, mağdurun solunum fonksiyonu devam ettiği halde, dış dünya ile bağının fiziksel ve nörolojik olarak kesildiği özel durumdur. Bu kişiler ölmüş sayılmaz, beyin ölümü gerçekleşmemiştir, yaşama dönebilirler. Beyin ölümü, vücudu yönetme olanak ve yeteneğinin tamamen geri dönüşü olmayacak şekilde kaybedilmesidir, bu durumda kişi ölmüş sayılır.⁴²⁸ Bitkisel hayatta hasta solunumu kendi başına yapabilir, iç organları çalışır, gözleri açık olabilir. Ancak hasta bilinçsizdir ve hareket edemez.⁴²⁹ Yani kişi konuşmaz, işitmez, hareket edemez, fakat bazı otomatik hareketler (uyuma, sindirim gibi) devam eder.⁴³⁰ Bu ağırlaştırıcı sebep için mağdurun ölmeyip bitkisel hayata girmesi gerekir.⁴³¹ Beyin ölümünün gerçekleştiği andan itibaren kişi tıbben ölmüş sayıldığından, beyin ölümünün gerçekleşmesi halinde TCK m.95/4 fıkrası uygulanacaktır.

(2) Fiilin Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Yitirilmesine Neden Olması (m.95/2-b)

Duyu, kişinin dış dünya ile ilişkisini sağlama fonksiyonunu yerine getiren organların gerçekleştirdiği fizyolojik görevlerin tamamıdır. Dış dünyadaki etkileri algılama yeteneğidir.⁴³² Duyu, işitme, görme, tatma, koklama, dokunma melekeleridir.⁴³³

Organ, belli duyuları algılamak veya belli hareketleri yapmak için gerekli olan, anatomik ve fizyolojik bölümlerin her birisidir.⁴³⁴ Organlar vücudun içinde, dışında olabilir, tek başına görev icra edebilir, sindirim, boşaltım, dolaşım sistemi gibi

⁴²⁶ Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 54.

⁴²⁷ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 214.

⁴²⁸ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 160.

⁴²⁹ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 320.

⁴³⁰ Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 56.

⁴³¹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 160.

⁴³² Centel, Zafer, Çakmut, **A.e.**, s. 153-154.

⁴³³ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 212.

⁴³⁴ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 154.

hayatın devamına olanak sağlayan vücut işleyişlerinin parçası ya da yardımcısı olabilir. Organın ne olduğunu ortaya koymak ve kapsamını belirlemek tıp bilimin konusudur ve uzmanlığı gerektirir.⁴³⁵

Organlarından birinin görevini hiç yapamayacak hale gelmesi o uzvun tatili demektir.⁴³⁶ Vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi halinde, diğer organ işlevi görmeye devam edebilir. Bu gibi hallerde işlevinin zayıflaması değil, işlevin yitirilmesi söz konusudur. Çünkü bentte duyu veya organların birinin işlevinden söz edilmiştir.⁴³⁷ Bu durumda duyu veya organın işlevi tamamen ortadan kalkmaktadır.⁴³⁸ Adli Tıp Kurumu ve Yargıtay da bu görüştedir.⁴³⁹

⁴³⁵ Centel, Zafer, Çakmut, A..e., s. 154.

⁴³⁶ Soyaslan, a.g.e., s. 213.

⁴³⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 291; Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 321; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, s. 115-116.

⁴³⁸ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 291.

⁴³⁹ “Şikayetçinin oğluna istediği kızı, sanık M. de oğluna istemiş ve bu nedenle aralarında bir kırınglık doğmuştur. Olay günü şikayetçi, köyün dışında atından düşen ve oğluna istediği kızın babası olan A.`ya yardım etmeye giderken aralarında husumet bulunan sanıklar önüne çıkmışlardır. Sanık O. katılanın arkasına geçerek kollarından sıkıca tutmuş, sanık M. ise taşla gözüne vurmuştur. Yere düşünce sanıklardan O. taşla kafasına ve kalçasına vurmuş, M.`nin yeniden taşla vurmak istemesi üzerine "adam öldü, taş atma" demiş ve birlikte olay yerinden kaçmışlardır. Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu ve Genel Kurulun raporlarında, katılanın sol gözündeki görme kaybının uzuv tatili niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

Açıklanan olayda Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık;

1 - Katılanın gözündeki arızanın uzuv tatili niteliğinde olup olmadığı, ...ilişkindir.

1 - Uzuv (organ), vücutta belli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan kısımdır. Uzuv tatili, yapılan travma sonucu bir uzvun görevini yapamaz hale gelmesidir. Uzvun bütünü veya fonksiyonu tüm olarak ortadan kalkmakta veya ileri derecede azalmaktadır. O uzvun kullanılmasından yoksun kalınmakta ve genel beden gücünde eksilme olmaktadır.

Adli Tıp uygulamasında uzuvlar, iç organ olabildiği gibi beş duyu denilen görme, işitme, tatma, hissetme ve koklama organları da olabilir. Ceza Yasasının 456. maddesinde her iki el veya her iki ayağın fizyolojik çalışmalarındaki benzerliğe rağmen ayrı ayrı iş görme yeteneğinde olduğu, bu nedenle her birinin müstakil bir uzuv bulunduğu kabul edilmiştir. Bunun gibi vücutta çift olarak bulunan organlardan tek göz, tek böbrek, tek kulak gibi uzuvların da müstakil birer organ oldukları, adli ve tıbbi uygulamalarda belirtilmiştir.

Bir gözün görme yeteneğinin ziyaa uğraması, o gözün fizyolojik fonksiyonunu yapamaz hale gelmesidir. İki gözün birlikte görme görevini yerine getirmesi, gözlerin teker teker uzuv sayılmasına engel değildir. Gözlerden her biri anatomik yönden uzuv olup başlı başına görme fonksiyonu bulunmaktadır. Bu itibarla; gözlerden birinin fonksiyonu tamamen kaybetmesi uzuv tatili, fizyolojik görevlerinin devamlı zaafa uğraması ise uzuv zaafı niteliğindedir. Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulunun süreklilik gösteren yerleşik kararları da bu doğrultudadır.

Somut olayda sanık O.`nun tutması, sanık M.`nin de taşla vurması sonucu katılanın sol göz görmesinin, tashihsiz 0.5 metreden, tashihli olarak da 2 metreden parmak sayma derecesine düştüğü, arızasının uzuv tatili niteliğinde olup tedaviyle düzelmesinin olanaklı olmadığı anlaşıldığından, mevcut durumun uzuv zaafı niteliğinde olduğuna ilişkin itirazın reddine karar verilmelidir.” Bkz. YCGK 2.11.1999 tarih E.1999/4-183, K. 1999/250, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Ateşli silahtan çıkan saçmanın gözlerden birini kör etmesi, kulaklardan birinin sağır edilmesi uzuv tatili sayılmıştır.⁴⁴⁰

Organın vücuttan tamamen ayrılması veya vücuttan bulunup da işlevinin tamamen yerine getirememesi bu kapsamdadır. Hatta işlevini yitiren dalağın, safra kesesi gibi organların işlevi, zamanla başka organlar tarafından yerine getirilmeye başlansa bile yine işlevin yitirilmesi vardır. Bu fıkra hükmü uygulanacaktır.⁴⁴¹

Bu hal uygulanırken işkence sonucunda ortaya çıkan durum göz önünde bulundurulacaktır. Bu durumun daha sonra, protez şeklinde takma, tamamlayıcı, yapay araçlarla giderilmesinin önemi yoktur. Çünkü tamamlayıcı araç çıkarılınca işlev yitimi tekrar oluşur.⁴⁴²

Adli Tıp Kurumu, organda meydana gelen arızanın niteliğine göre, basamaklı sistemi kabul ederek, organdaki anatomik veya ekstremitedeki kayıp veya işlevsel bozukluğun, o organ veya ekstremitenin kendi anatomik yapısı veya işlevine göre % 10-50 arasındaysa “işlevin sürekli zayıflaması”, % 50’nin üstünde ise “işlevin yitirilmesi” olarak değerlendirmektedir.⁴⁴³

Yine ATK genel vücut gücünün % 30’dan fazla anatomik veya işlevsel kaybı durumunda, bu fıkra hükmünün uygulanacağını düşünmektedir. Bu hususun tespiti açısından işkence fiilinden 18 ay sonra rapor alınmalı, duyu veya organların tam ya da tama yakın şekilde yitirilip yitirilmediği araştırılmalıdır.⁴⁴⁴

(3) Fiilin Mağdurun Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olması (m.95/2-c)

Konuşma yeteneğinin kaybı işkence sonucunda mağdurun ses çıkarma yeteneğini kaybederek hiç konuşamaz hale gelmesi veya ses çıkarsa bile bu seslerin başkaları tarafından anlaşılmasının algılanmasının mümkün olmamasıdır. Mağdur düşüncelerini konuşarak ifade etme yeteneğinden mahrum kalmaktadır. Ses tellerinde, ağız boşluğunda ya da beyinde meydana gelen hasar bu kayba neden

⁴⁴⁰ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 213.

⁴⁴¹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 161.

⁴⁴² Centel, Zafer, Çakmut, **A.e.**, s. 155.

⁴⁴³ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 323

⁴⁴⁴ Artuç, **A.e.**, s. 323; Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 177.

olabilir. Mağdur resim, yazı vb. yollarla iletişim kursa bile bu durum bu ağırlatıcı nedenin uygulanmasına engel değildir. Mağdur birkaç kelime söylese bile bunları bir araya getirip anlamlı şeyler söyleyemiyorsa yine bu fıkra hükmü uygulanacaktır. Yine bir cihaz yardımıyla sesler anlamlı hale getirilse bile yine bu fıkra hükmü uygulanacaktır.⁴⁴⁵ Geçici kayıpta ağırlatıcı neden uygulanmaz.⁴⁴⁶

Konuşma yeteneğinin kaybı ile konuşmada sürekli zorluk çekme farklıdır. Konuşmada sürekli zorluk çeken kimse zorlayarak da olsa konuşabilmekte, bir kısım sesleri çıkarabilmekte, zor da olsa mağdur bunu yapabilmektedir.⁴⁴⁷

Mağdurun fiil sonucu konuşamaz hale gelmesi söz söyleme kudretini devamlı surette kaybettiği anlamına gelmektedir.⁴⁴⁸

Çocuk yapma yeteneğinin kaybı işkence fiilinden sonra çocuk yapma yeteneğinin tamamen kaybedilmesidir.⁴⁴⁹

Fiil sonucu kadın, erkek, küçük ya da yetişkin çocuk yapma yeteneğini kaybedebilir.⁴⁵⁰

Mağdur tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olabiliyorsa bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Tıbben bu olanak devam etmektedir. Ancak böyle bir durumda, hiç kimsenin böyle bir sıkıntıya katlanması beklenemeyeceğinden çocuk yapma yeteneğinin kaybı değil de duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması TCK m.95/1-a veya yitirilmesi TCK m.95/2-b uygulanabilir. Mağdurun üreme organları tamamen işlevsiz kalmış ise TCK m.95/2-c uygulanacaktır.⁴⁵¹

Kimi yazarlarca çocuk yapma yeteneğinin mutlak kaybının şart olmadığı, tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olunsa bile bu fıkra hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Burada kişinin vücut dokunulmazlığının kendi doğal anatomik bütünlüğü kapsamında korunduğu savunulmuştur.⁴⁵²

⁴⁴⁵ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 163.

⁴⁴⁶ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 178.

⁴⁴⁷ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 323.

⁴⁴⁸ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 213.

⁴⁴⁹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 163.

⁴⁵⁰ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 215.

⁴⁵¹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 163-164.

⁴⁵² Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 58. Önok, kadının tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olabilmesi imkanının olduğu durumlarda mağdurun doğal fizyolojik yönden bu yeteneğini yitirmesi sebebiyle burada 95/2-c fıkrası hükmünün uygulanması gerektiği görülmüştür. Bkz. Önok, **a.g.e.**, s. 512.

Üreme organlarının kaybı aynı zamanda çocuk yapma yeteneğinin kaybı demektir. Yani tek bir fiille birden fazla fıkra (95/2-b ve 95/2-c) ihlal edilmektedir. Böyle bir durumda TCK m.61 gereği temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılacaktır.⁴⁵³

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması, failin mağdurun çocuk yapma yeteneğini kaybettirmek amacıyla hareket etmemiş olmasına bağlıdır. Aksi takdirde, failin bu eylemi TCK m. 101’de düzenlenen kısırlaştırma suçunu oluşturabilir.⁴⁵⁴

(4) Fiilin Mağdurun Yüzünün Sürekli Değişikliğine Neden Olması (m.95/2-d)

765 sayılı TCK’da yüz kavramı yerine aynı anlama gelen çehre kavramı kullanılmıştır.

Burada ifade edilen yüz deyiminden, çehrenin anlaşılması gerekir. Kişinin boyun ve kulakları dahil, başın ön kısmı ifade edilmiştir.⁴⁵⁵

TCK m.87’nin gerekçesinde “ ... burada geçen yüz deyimi çehre karşılığında kullanılmıştır ve kişinin boyun ve kulakları dahil başın ön kısmını ifade eder. Yüzde sabit iz yaralama sonucu yüzde meydana gelen daimi, sürekli izlerdir. Ancak bu izler yüzün sürekli değişikliği halinden farklıdır. Sabit iz yüzü sürekli değiştirmemekte ve mağduru öteden beri tanıyanlarda, kişiliği bakımından her hangi bir duraksamaya neden olmamaktadır. İkinci fıkroda söz konusu edilen yüzde sürekli değişiklik halinde ise, bunun tam tersi söz konusudur; yüzüne kezzap atılmış bulunan kişinin durumu buna örnek teşkil eder.” şeklinde açıklanmıştır.⁴⁵⁶ Bu halde mağdur, dokuların harabiyeti sonucu yüzde renk, yapı ve şekil değişikliği nedeniyle başka bir kişi zannedilmektedir.⁴⁵⁷

⁴⁵³ Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 82-149), s. 1430.

⁴⁵⁴ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 164.

⁴⁵⁵ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 290.

⁴⁵⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, s. 116.

⁴⁵⁷ Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 82-149), s. 1431.

Yüzde sürekli değişiklikte mağduru tanıyanlar onu gördüklerinde tanımakta güçlük çekmektedirler.⁴⁵⁸ Fiil sonucu kısmen veya tamamen yüzün değişmesi ve mağdurun tanınmaz hale gelmesinde yüzde daimi değişiklik söz konusudur.⁴⁵⁹

Dişlerin tamamıyla dökülmesi, dudak veya çenenin ameliyatla alınması, bir gözün çıkarılması, kulak kepçesinin birinin alınması, burun deliklerinin kesilmesi, yaygın bir egzamanın ortaya çıkması bu fıkra kapsamındadır.⁴⁶⁰

Sürekli değişikliğin estetik operasyonla ya da tedavi ile giderilebiliyor olması fıkranın uygulanmasına engel değildir.⁴⁶¹

Yapay burun takılması, plastik cerrahi ile yüzün şeklinin değiştirilmesi, gözün yerine teknolojik imkanlarla elde edilmiş bir gözün takılması halinde bu fıkra hükmü uygulanacaktır.⁴⁶²

Yüzde ortaya çıkan değişikliğin sürekli olması gerekir. Masaj, normal bir tedavi, rehabilitasyon, gibi müdahalelerle değişikliğin giderilebilir olması bu fıkra hükmünün uygulanmasına engel oluşturur.⁴⁶³

(5) Fiilin Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğun Düşmesine Neden Olması (m.95/2-e)

Burada dikkat edilmesi gereken husus çocuğun işkence sonucunda ölü olarak doğmuş olmasıdır. Bu fıkra hükmünün uygulanması için gebeliğin normal süresi tamamlanmadan bebek ana rahminden ayrılmış olmalıdır. Bu süre dolmuş ise düşük değil vaktinden önce doğum TCK m.95/1-e uygulanır.⁴⁶⁴ Bu gibi durumlarda fail mağdurun gebe olduğunu bilmelidir.⁴⁶⁵ Kastın içerisinde yer alan bilme unsuru bunu zorunlu kılmaktadır.⁴⁶⁶

⁴⁵⁸ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 290; Üzülmüş, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 243.

⁴⁵⁹ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 214.

⁴⁶⁰ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 165.

⁴⁶¹ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 87; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 157.

⁴⁶² Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 325.

⁴⁶³ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 165.

⁴⁶⁴ Centel, Zafer, Çakmut, **A.e.**, s. 165.

⁴⁶⁵ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 215.

⁴⁶⁶ Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 326.

Faildeki kastın çocuk düşürtme değil, işkence olması gerekir.⁴⁶⁷ Ancak çocuğun düşmesi bakımından failin kusuru en fazla bilinçli taksir düzeyinde olmalıdır. Aksi durumda failin çocuk düşürme kastı varsa, fail işkence suçu ile beraber aynı zamanda çocuk düşürme suçundan (TCK m.99) da ayrıca cezalandırılır.⁴⁶⁸

c. İşkence Fiillerinin Vücutta Kemik Kırılmasına Neden Olması (m.95/3)

İşkence fiili vücutta kemik kırığına neden olmuşsa, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre fail hakkında sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Söz konusu kırığın hayat fonksiyonlarına etkisine göre, fail hakkında fıkarda belirtilen oranlarda cezaya hükmolunacaktır. Adli Tıp Kurumu'nun uygulamasına göre kemik çatlaması kemik kırığının bir çeşidi olduğu için kemikte çatlama meydana geldiği takdirde bu hüküm uygulanacaktır.⁴⁶⁹ Hayat fonksiyonlarının etkilenme derecesi Adli Tıp Kurumu tarafından belirlenecektir.⁴⁷⁰

Adli tıp uygulamasına ilişkin Rehber'de vücuttaki kemik kırıkları, kırığın hayat fonksiyonlarına etkisine göre hafif (1), orta (2-3) ve ağır(4-5-6) olarak sınıflandırılmıştır. Kırığın hayat fonksiyonu üzerindeki etkisine göre kafa, göğüs, batin-pelvis ve etraf bölgesindeki her bir kemik kırığının puanı belirlenmiştir.⁴⁷¹

Kemik kırılması nedeniyle cezada yapılacak artırımın belirlenmesinde kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisi dikkate alınacaktır. Bu belirleme yapılırken, mağdurun yaşamını normal bir insan gibi, sürdürüp, sürdüremediğine, günlük işlerini yapıp yapamadığına ve ne kadar zaman içerisinde eski yaşamına dönebileceğine bakılmalıdır.⁴⁷² Kırığın hayat fonksiyonlarına etkisi değerlendirilirken somut olay esas alınacaktır. Bir keman sanatçısının küçük parmağının kırılması ile odun işçisinin

⁴⁶⁷ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 180.

⁴⁶⁸ Bakım, **a.g.e.**, s. 192.

⁴⁶⁹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 291.

⁴⁷⁰ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 215.

⁴⁷¹ Üzülmöz, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s. 60.

⁴⁷² Bakım, **a.g.e.**, s. 192.

küçük parmağının kırılması açısından TCK m.61 hükmü göz önüne alınıp değerlendirme yapılacaktır.⁴⁷³

Kemik kırığının hayat fonksiyonlarına etkisi minimum dahi olsa TCK m.95/3 uygulanması söz konusu olacaktır. İnsan vücudunda iki yüz altı tane kemik vardır. Bu fıkra gereği vücuttaki önemli veya önemsiz tüm kemik kırıklarından dolayı işkence suçunun cezası ağırlaştırılarak uygulanacaktır. Hayati fonksiyonlara etki etmeyen mesela serçe parmağındaki kemiğin kırılması halinde cezanın alt sınırı üç yıldan sekiz yıla çıkmaktadır. Ancak işkence suçu sebebiyle kişinin hayatı tehlikeye girse, cezanın alt sınırı dört buçuk yıl olacaktır. İşkence suçunun söz konusu cezalar arasındaki oranları ortadan kaldırabilecek nitelikte olduğundan adil olmayan cezaların gündeme gelmesine yol açabilecektir.⁴⁷⁴

TCK m.87/3 “(Değişik 3. fıkra: 5560 - 6.12.2006 / m.4) (3) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.” maddesi şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenlemede yapılan değişikliğin TCK m.95/3 maddesinde yapılmaması eleştirilmiştir.⁴⁷⁵

d. İşkence Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi (m.95/4)

TCK m.95/4’te “İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” denilerek işkence sonucunda ölüm hali düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK’da bu hal m.243/2’de “Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452’nci, sair hallerde 456’ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁷³ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 87.

⁴⁷⁴ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 296; Bakım, **a.g.e.**, s. 192-193.

⁴⁷⁵ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 279.

Sanığa, suçunu söyletmek için işkence ve ETCK m.243 maddesindeki diğer kötü muameleler yapıldığında sonuçta mağdur ölürse⁴⁷⁶ ETCK m.452 uygulanmaktaydı.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ “Yukarıda açıklanan ve kabul olunan oluşa nazaran, sanıkların izinsiz kazı yaparak altın bulduğu söylenen maktüllere suçlarını söyletmek ve altını meydana çıkartmak için işkence yaparak ölümlerine sebep olduklarına göre, eylemlerinin TCK.nın 243. maddesi içinde düşünülmesi gerekmektedir. 243. maddenin 1. fıkrası; yetkili bir memurun suçunu söyletmek için sanık durumunda bulunan bir kimseye ve kimselere işkence vesair kötü muamelelerde bulunmasını müeyyide altına almaktadır.

Buna göre suçun kanuni unsurları :

- 1 - Suç failinin yetkili memur olması,
- 2 - Mağdurun "sanık durumunda bulunan" kimse olması,
- 3 - Sanığın suçunu söyletmek kastı ile hareket etmesi,
- 4 - Sanığın işkence vesair kötü muamelelerde bulunması gerekir.

Yetkili bulunmayan veya memur olmayan kimsenin sanık durumunda sayılmayan kimseye karşı anılan eylemlerde bulunması maddedeki suçu oluşturmaz.

Maddede bahsolunan ve suçun maddi unsurunu teşkil eden işkence vesair kötü muamelelerden ne anlaşılması icap ettiği hususunda kanuni bir tarife rastlanmamakla birlikte, doktrin ve mahkeme içtihatlarında;

a - İşkence : Bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri,

b - Zalimane Muameleler : Bundan maksat, mağdura yapılan maddi veya manevi ızdırap verici her türlü muameleleri,

c - İnsani olmayan muameleler : İnsanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici fiilleri,

d - Haysiyet kırıcı hareketler : Bir kimsenin namus şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde fiilleri, İfade eylediği bu kötü muamelelerin neler olduğunu kanunun tek tek saymayıp, hakimnin takdirine bıraktığı belirtilmektedir.

Bu konuda üzerinde önemle durulması gereken husus; sanığın kastıdır. Bu kasıt genel kasıt olmayıp, sanıklara suçlarını söyletmek kastı, yani özel kasıt olmalıdır.

Maddeni 2. fıkrasında; 1. fıkradaki eylemler sonucu; ölüm vukua gelmesi halinde 452; vesair hallerde 456. maddeye göre verilecek cezanın artırılacağı ifade olunmaktadır.

İnceleme konusu olayda, suçlarını ikrar ettirmek ve altınların yerini söyletmek için yapılan işkence neticesi bu 3 kişi ölmüş olmalarına göre; sanıkların eylemlerinin 243/2. maddesinin yollama yaptığı 452. maddeye temas eder olduğu anlaşılmaktadır.

TCK.nun 452. maddesinde kasten işlenen müessir fiil ile istenmeyerek bir kimsenin ölümüne sebebiyet söz konusudur. Fail bir kimseye karşı bilerek ve isteyerek müessir fiilde bulunmakta ve fakat bunun sonucu olarak istemediği halde, o kimsenin ölümüne sebebiyet vermektedir. Bu fiil adam öldürme cürmünün (cezayı azaltıcı) bir şekli değil, fakat (değişik vasıfta) bir halidir. Kısaca burada sebebiyet verilen zararlı netice istenilen kötü neticeyi aşmakta bir başka deyimle fail, istemediği zararlı neticeden dolayı sorumlu bulunmaktadır.

Kasdı aşan öldürme suçunda faile 448. maddede yazılı halde 8/449. maddede yazılı halde 10 ve 450. maddede ifade olunan hallerde 15 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası öngörülmektedir.

Buraya kadar yapılan incelemelerden sanıkların eylemlerinin 243 ve 452. maddelerine temas eder nitelikte olduğu ve esasen bu konuda da bir uyumsuzluk bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Sanıklara isnat olunan suçun TCK'nın 449. maddesi ile 450. maddesinin 1, 2,6,7,8,9,10. bentlerine temas eder nitelikte olmaması nedeniyle bu hükümler üzerinde durulmamıştır.

450. madde 3. bendi canavarca bir his şevki ile veya işkence ve tazip ile adam öldürme halini düzenlemektedir.

"Canavarca hisle" adam öldürmekten maksat, sadece öldürmüş olmak için öldürmek öldürülenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek silahının tesirini denemek için öldürmek gibi vahşi duygularla adam öldürmeleri ifade ettiği, suçun bu nitelikte olup olmadığını, hadisenin mahiyeti ve işleniş şekline göre hakimnin takdir edeceği Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarında ifade olunmaktadır. "İşkence ve tazip" ile adam öldürmek ise; mağdurun öldürülmesinden evvel, öldürmek kastı ve amacını aşan yani öldürme için zaruri bulunmayan vahşice fiil ve hareketlerdir. Burada, failin öldürme kastından ayrıca işkence ve azap çektirme özel kastının da bulunması gerekir.

İşkence fiili sonucu ölüm meydana gelmişse fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası uygulanacaktır. İşkence fiilleri sonucu ölümlerin önüne geçmek isteyen ve kamu görevlisinin sahip olduğu kamu kudreti ile güç kullanma yetkisini zalimce kullanmasını engellemeyi amaçlayan kanun koyucu toplum düzeninin ve yaşama hakkının korunması açısından ihtiyaç olduğundan bahisle en ağır cezayı düzenleme ihtiyacı duymuştur.⁴⁷⁸

Bu madde hükmü ölüm neticesinin fail tarafından istenmediği hallerde söz konusudur.⁴⁷⁹

İnceleme konusu yapılan olayda, sanıkların; öldürme kasıtları yoktur.

Bu maddenin 3. bendinde ifadesini bulan "ışkence ve tazip"in 243. maddede kine benzer tarzda ifade olunarak müeyyide altına alındığı görülmektedir. Bir suça aynı unsurları taşıyan iki ayrı maddenin iki defa uygulanması düşünülemez.

Şu halde 450. maddenin 3. bendinin olayda uygulama yeri bulunmamaktadır.

450. maddenin 4. bendi; öldürme suçunda taammüd halini düzenlemektedir. Öğreti ve uygulamada taammüd; failin işlemeyi niyet ettiği bir suçu işlemezden önce soğukkanlılıkla sukunetle düşünüp taşındıktan sonra bu niyetinden vazgeçmeyerek fiili işlemesi, bir başka deyişle suç işleme niyetinde sebat ve ısrarı ifade etmektedir.

243. maddede yazılı işkence, zaten tasarlanmış ve seçilmiş bir eylem biçimidir. İçeriğinde "taammüd" kararlılığı bulunmaktadır. Ancak sanıkların amaçları öldürme olmadığına göre suçun taammüden işlendiği kabul edilemez.

TCK.nun 450. maddesinin 5. bendinin olaya uygun düşeceği hususundaki özel daire görüşü de kurulumuzca benimsenmemiştir. Bilindiği gibi mehzaz kanunda bulunmayan ve 1274 tarihli Ceza Kanunu'ndan TCK'na aktarılmış bulunan bu hükümle öldürme suçunun birden ziyade kişiler aleyhine işlenmesi müeyyideye bağlanmıştır. Yargıtay'ın kararlılık gösteren içtihatlarından birden ziyade kimsenin aynı sebep ve kasıt altında öldürülmeleri halinde bu hükmün uygulanabileceği, bir kişinin ölümü bir diğerinin öldürülmeye teşebbüs edilmesi veya yaralanması halinde ise bu maddenin uygulanamayacağı açıklanmıştır. Kaldı ki yukarıda da belirtildiği gibi sanıkların amacı öldürmek değil mevhum bir suçu ikrar ettirmektir.

O halde mevcut olmayan ve mevcut olduğu hususunda bir delil de bulunmayan hayali altınları meydana çıkartmak için 13 gün geceli gündüzlü coplama, yumruklama, tekme vurma, elektrik akımına tabi tutma, tenasül organlarını sıkma ve sağa sola sallandırma sıcak ve açık havada baş aşağı sallandırma, başlarını suya sokma şeklinde başlayıp sürdürülen ve son olarak saat 03.00'de başlayıp sabah saat 08.00'e kadar devam eden ve cop darbeleri altında tuzlu bulamacı alttan ve üstten çıkartıp kendisinden geçinceye kadar yedirme ve bunun sonucu susuz bırakıp vücuttaki elektrolitik dar yedirme ve bunun sonucu susuz olacak eylemlerde bulunmayı, TCK'nın 450/5. maddesi içinde mütalaa etmeye, sanıkların her mağdurun ikrarlarını ayrı ayrı sağlamaktaki kasıtları bakımından olanak yoktur.

Bu itibarla sanıkların her maktüle karşı vaki eylemlerinden dolayı müstakil olan tecziyeleri ve haklarında TCK'nın 243/1 2, 452/1 ve 448. maddeleri ile ve her maktul için ayrı ayrı ceza tayini ve cezaların 71 ve müteakip maddeleri uyarınca içtima ettirilmesi icap eder. Zira her mağdura karşı vaki işkenceler birbirinden bağımsızdır. Ve her eylem ayrı bir suçu oluşturmaktadır. Bu eylemler sırasında 3 kişiden biri veya ikisi ölmeyebilirdi. Bu takdirde TCK'nın 456. maddesine gidilecek ve mağdurların işkence sonucunda belirlenen durumlarına göre bu maddenin uygun düşen fıkraları uygulanacaktır. Görülüyor ki, sanıkların her maktüle karşı vaki eylemleri birbirinden müstakildir." Bkz. YCGK 4.4.1983 tarih, E.1983/8-64, K.1983/156, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁷⁷ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 578.

⁴⁷⁸ Şen, **a.g.e.**, s. 341.

⁴⁷⁹ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 361.

Fail öldürme kastıyla hareket etmiş ise, işkence kastıyla hareket etmemiş ise bu madde hükmü uygulanmayacaktır.⁴⁸⁰ Fail ölüm neticesini ister ya da en azından göze alırsa (olası kast) netice yüzünden cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren işkence suçu değil nitelikli kasten öldürme suçu oluşur.⁴⁸¹

İşkence oluşturan davranışlar esas olarak öldürme fiilinin yöntemini oluşturmaları halinde ve failin işkencenin sonunda mağduru öldürme kastıyla hareket etmesi durumunda, işkence suçundan söz edilmeyecek, kasten öldürmenin nitelikli hali eziyet çektirerek öldürme (mağdurun öldürülmesinden önce, öldürme kastını ve amacını aşan, yani ölüm sonucunu almak için zorunlu olmayan vahşice fiil ve hareketlerde bulunmaktır)⁴⁸² (TCK m.82/1-b) suçundan bahsedilecektir. Öldürmek istediği kişinin vücuduna kaynar yağ boşaltıp öldüren kişinin fiili bu şekildedir.⁴⁸³ Ölümden sonraki hareketler canlı bir insan olmadığı için işkence sayılmaz.⁴⁸⁴

Failin işkence yaptıktan sonra, işkenceyi gizlemek amacıyla mağduru öldürdüğü durumlarda iki ayrı suç oluşacak ve TCK m.94 ve 82/1-h maddeleri uygulanacaktır.⁴⁸⁵ Böyle bir durumda suçların içtimaidan bahsedilemez. Fail başlangıçta itiraf elde etmek ya da başka bir sebeple işkence yapmış daha sonra da onu öldürmüştür. Ortada iki ayrı fiil ve iki ayrı suç bulunmaktadır.⁴⁸⁶

Öğretide işkence sonucu ölüm halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının öngörülmesi doktrinde “*Kasıtlı olmayan netice bakımından ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının öngörülmesi en başta kusur ilkesi başta olmak üzere birçok temel ilkeye aykırıdır.*” şeklinde eleştirilmiştir.⁴⁸⁷

Bizimde katıldığımız diğer bir görüşe göre bu durumun suç ve ceza politikasına uygun olduğu, işkence fiilleri sonucu ölümlerin önüne geçmek isteyen ve kamu görevlisinin sahip olduğu kuvvet kullanma yetkisini zalimce kullanmasını

⁴⁸⁰ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 578; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 167.

⁴⁸¹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 295, 296.

⁴⁸² Cengiz Otacı, “Karar İncelemesi Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu”, **İÜHFİM C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1490**, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/97820>, 08.06.2018.

⁴⁸³ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 362.

⁴⁸⁴ Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8.bs., Ankara, Savaş Yayınları, 2000, s. 363.

⁴⁸⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.256; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 110.

⁴⁸⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 110; Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, s. 45.

⁴⁸⁷ Önok, **a.g.e.**, s. 515; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 295, 296.

önlemeyi amaçlayan kanun koyucunun toplum düzeni ve yaşam hakkı bakımından böyle bir düzenlemeyi yapmasının yerinde olduğu belirtilmiştir. Sırf ikrar elde etmek için canice, acımasızca muamele yapıp, failin öldürme kastı olmadığı gerekçesiyle daha hafif ceza ile cezalandırılmasının hukuk devleti ile ilgisinin olmadığı belirtilmiştir.⁴⁸⁸

Bu sebeple TCK m.95/4'te işkence sonucu ölüm halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının öngörülmesi, işkencenin önlenmesi bakımından, ölümlerin engellenmesi bakımından yerinde bir düzenleme olduğu kanaatini taşımaktayız.

C. Manevi Unsur

İşkence ancak kasten işlenebilen suçtur.⁴⁸⁹ Taksirle işlenebileceği öngörülmemiştir. Yasal tanımdaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi gerekir.⁴⁹⁰ Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. TCK m.21/1'de "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

765 Sayılı TCK m.243 maddesindeki suçun oluşumu için failin belli saiklerle hareket etmesi aranmıştı ancak yeni TCK'da işkencenin belli bir amaçla işlenmesi aranmamıştır.⁴⁹¹

765 Sayılı TCK'da suçun manevi unsuru özel kasttır. Failin mağdura "cürmünü söyletmek" saikiyle hareket etmiş olması maddede belirtili fiilleri yapmış olması gerekirdi.⁴⁹² Cürüm kelimesini kabahatleri de kapsar şekilde anlamak gerekir.⁴⁹³ Manevi unsur yönünden, şüpheli, sanık, davacı, müdahil ya da tanık olacak kişilerin suçu ya da yargılama konusu olayı söylemeleri yönünde özel bir kastın arandığı madde metninde düzenlenmişti.⁴⁹⁴ İşkence ve sair kötü muameleler suça maruz kalana, "cürümlerini söyletmek", "olayları bildirmesini engellemek", "şikayet veya

⁴⁸⁸ Şen, **a.g.e.**, s. 341, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 587; Bakım, **a.g.e.**, s. 194.

⁴⁸⁹ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 209.

⁴⁹⁰ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 970.

⁴⁹¹ Arslan, Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 424.

⁴⁹² Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, s. 41.

⁴⁹³ Timur Demirbaş, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi", **Av. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1999, s. 218.

⁴⁹⁴ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 323.

ihbarda bulunmasını önlemek” yahut “şikayet ve ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer her hangi bir sebeple” yapılmalıdır.⁴⁹⁵ Tüm bu hareketler yapılırken failin bu hareketlerin hukuka aykırı olduğunu ve bilmesi ve istemesi gerekir.⁴⁹⁶ YTCK’da ise özel kast aranmamış suçun işlenmesi bakımından genel kast yeterli görülmüştür.⁴⁹⁷

Failin, insan onuruyla bağdaşmayan ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları yaptığını bilmesi ve istemesi kastın varlığını için yeterlidir.⁴⁹⁸

Bu suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür. TCK m.21/2’de “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” denilerek olası kast tanımlanmıştır.

Failin, yaptığı fiilin insan onuruyla bağdaşmadığını ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacağını öngörmesine rağmen, sonuca aldırmaması, sonuca razı olarak davranışlarına devam etmesi, olası kastla hareket ettiğini göstermektedir.⁴⁹⁹

Maddede belirtili hareketlerin belirli saik aranmaksızın yapılmasının yeterli görülmesi, işkence suçunun kapsamını genişletmiştir.⁵⁰⁰

YTCK m. 94’te tanımlanan işkence suçunun eleştiriye en açık yanının manevi unsurun oluşumu için genel kastı yeterli görmüş olması belirtilmiş, yaralama suçu ile maddi ve manevi unsur, fail ile mağdur gibi kıstaslar bakımından bir fark kalmadığı, işkence suçunun özel kast olgusundan soyutlanınca içinin boş kaldığı, ceza hukukundaki teknik anlamıyla işkenceyi işkence yapan hususun bir insanın diğeri üzerinde belli bir amaçla bazı fiilleri gerçekleştirmesi olduğu belirtilmiştir.⁵⁰¹

Öğretide bir kısım yazarlarca,⁵⁰² kanunda değişiklik yapılarak işkence suçunun özel kastla işlenebilen bir suç haline getirilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu

⁴⁹⁵ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 289.

⁴⁹⁶ Önder, **a.g.e.**, s. 223.

⁴⁹⁷ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 323.

⁴⁹⁸ Öök, **a.g.e.**, s. 469; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3153.

⁴⁹⁹ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3156.

⁵⁰⁰ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 106.

⁵⁰¹ Önok, **a.g.e.**, s. 469,470; Üzülmöz, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 228; Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 323; Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 532.

⁵⁰² Önok, **a.g.e.**, s. 469,470; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 106; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 280; Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1470, 1471.

durumun onu diğer suçlardan ayırt etmede kolaylık sağlayacağı belirtilmiş, ancak böyle bir değişikliğin failin özel kastının tespitindeki zorluğa bağlı olarak özel kastın bulunup bulunmadığı (işkence saikiyle hareket edip etmediği) tartışmalarına sebep olacağı belirtilmiştir.⁵⁰³

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzenine uygun olmaması, suç tipini ihlal eden hareketin sadece ceza hukukuyla değil, tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde olmasıdır.⁵⁰⁴

Ceza kanununun suç saydığı bir fiile başka bir hukuk kuralı izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı ve hukuka uygun olduğu sonucuna varılır, fiilin hukuka aykırı olmasını önleyen kurala hukuka uygunluk nedeni denir.⁵⁰⁵

Hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka aykırılık unsurunu kaldırdığından dolayı bir suçtan söz edilemez.⁵⁰⁶

Özellikle terör faaliyetlerin artmasıyla birlikte, işkencenin söz konusu faaliyetleri önlemek amacıyla meşru savunma veya zorunluluk hali kapsamında yapılıp yapılamayacağı tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Nitekim bu gibi durumlarda, bir tarafta terörist zanlısının acı çekmemesi fakat onlarca insanın ölmesi, diğer tarafta ise terörist zanlısının acı çekmesi yani işkenceye tabi tutulması fakat insanların hayatının kurtulması söz konusudur. Şu halde Dershowitz'e göre, gerçekleşmesi yakın ve ağır olan terör saldırılarını engellemeye yarayacak bilgiyi elde edebilmek için, ki bu kendisini bombalama eylemlerinde göstermektedir, terörist zanlılarına öldürücü olmamak kaydıyla işkence yapılabilmelidir fikri savunulmaktadır.⁵⁰⁷

⁵⁰³ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 215.

⁵⁰⁴ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 103.

⁵⁰⁵ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 483; Meran, **a.g.e.**, s. 253.

⁵⁰⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 103.

⁵⁰⁷ Alan M. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding The Threat, Responding to The Challenge*, New Haven and London 2002, s. 58-151.. Bu fikrin, insan onuruna, hukuka ve ahlaka aykırı olan işkenceyi meşrulaştıracağı yönündeki karşı görüş için bkz. Chanterelle Sung, , *Torturing The Ticking Bomb Terrorist: An Analysis of Juridicially Sanctioned Torture In The Context of Terrorism*, Boston Collage Third World Law Journal, Vol.23:193 2003, s. 211 vd. Aktaran, Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1472.

Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmenin 2. maddesinde “*hiçbir istisnai durum, ne savaş hali, ne de savaş tehdidi, iç siyasi istikrarsızlık veya herhangi bir olağanüstü hal işkencenin uygulanması için gerekçe olarak gösterilemez. Bir üst görevlinin veya resmi merciin emri işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.*” hususu belirtilerek hukuka uygunluk nedeninin olmadığı belirtilmiştir.

İşkence mutlak olarak yasaklanmış, jus cogens nitelik kazanmış, uluslararası teamül hukuku olarak zorlayıcı nitelik kazanmış, bu durum uluslararası ve bölgesel antlaşmalarla doğrulanmış, istisna ve sınırlama kabul etmez niteliği kuvvetlendirilmiştir.⁵⁰⁸ Jus cogens nitelik, işkencenin yasak olması ilkesinin çiğnenebilmesi mümkün olmayan, temel emredici nitelik olduğunu ifade etmektedir.⁵⁰⁹

Savaş hali, savaş tehlikesi, ulusal güvenliğin tehdit ediliyor olması, siyasi iktidarsızlık, olağanüstü halin varlığını gerektirir durumlar gibi koşullarda dahi işkenceyi haklı kılmaz.⁵¹⁰

AİHM örgütlü terörizm ve suçla mücadele alanı gibi benzer durumlarda dahi AİHS m.3 hükmüne aykırılığın sözleşme tarafından yasaklandığını belirtmiştir.⁵¹¹

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, insan onuru merkezli bir koruma öngören işkence suçu bakımından, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak herhangi bir sebebin varlığı söz konusu değildir.⁵¹²

TCK m.24/2’de belirtili emrin ifası, m.25/1’de belirtili meşru savunma, m.26/1’de belirtili hakkın icrası, 26/2’de belirtili ilgilinin rızası işkence suçu bakımından uygulama alanı bulmaz.⁵¹³

TCK m.24/2’de “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” hükmü yer almaktadır.

An. m.137/2’de “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” ve TCK m.24/3’de “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile*

⁵⁰⁸ Sarah Joseph, **Qel recours pour les victimes de la torture**, Editör: Eric Sottas, Cenevre, İsviçre, 2006, s. 34, Aktaran, Taneri, **a.g.e.**, s. 507.

⁵⁰⁹ Taneri, **a.g.e.**, s. 507.

⁵¹⁰ Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 557-558.

⁵¹¹ Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 116.

⁵¹² Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1472.

⁵¹³ Üzülmüş, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 238.

emri veren sorumlu olur.” hükümleri gereği işkence emrini veren amir ve yerine getiren kişi hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz, cezalandırılır.

“PVSK 2. maddesinde polisin amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyeceği ve bu aykırılığı emri verene bildireceği, ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yinelerse, emrin yerine getirileceği, bu halde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı, konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği, yerine getirenlerin sorumluluktan kurtulamayacağı (f.2) ifade edilmiştir.”⁵¹⁴

Bu durum PVSK m.2/2’de “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.*” şeklinde belirtilmiştir.

Yukarıdaki hükümlerden anlaşılacağı üzere konusu suç olan emir, hiçbir surette yerine getirilemez. Burada emrin konusu suç olduğu için yetkili merciin emrinden bahsedilemez ve hatta yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olarak da addedilemez. Ast, kendisi için bağlayıcı olmayan bir emri yerine getirmiştir. Dolayısıyla sorumluluktan kurtulamaz.⁵¹⁵

2559 sayılı PVSK m.2/3 “*Aşağıda yazılı hallerde:*

I - Can, ırz veya mal emniyetini korumak için,

II - Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için,

III - Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için,

IV - Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için,

V - Zabıtlarca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskûn veya gayrimeskûn yerlere vâkı olacak münferid veya toplu tecavüzleri def etmek için,

VI - Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için,

VII - İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mâni olmak için,

⁵¹⁴ Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, 2014, S. 2, s. 239, (Çevrimiçi) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_2_7.pdf, 06.11.2019.

⁵¹⁵ Dursun, **A.e.**, s. 238.

VIII - Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için,

IX - Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için,

X - Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için,

XI - Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için,

XII - Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için,

XII - Yukarıdaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için,

Yetkili âmir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.” şeklinde tanzim edilmiştir.

“PVSK m.2/f.3’te astın emri denetlemeksizin, derhal ifa etme yükümlülüğü düzenlenmiş, sorumluluk ise (kural olarak) yalnızca emri verene yüklenmiştir.” Netice itibarıyla bu gibi hallerde ast, denetleme imkânı olmadığı ve emri gecikmeksizin ifa etmekle yükümlü olduğu için, bu koşullar altında hukuka aykırı ve suç teşkil eden bir emri de yerine getirmiş olabilir. Kanun koyucu burada genel hata ve mazeret nedenleri hükümleriyle yetinmemiş, ast bakımından ayrı bir mazeret nedeni öngörmüştür. Asta kanunen emrin hukuka uygunluğunu kontrol etme yetkisi tanınmadığı, emir bu anlamda bağlayıcı olduğu için, astın emrin hukuka uygun olup olmadığı hususundaki bilinç durumuna, bu hususta hataya düşüp düşmediğine bakılmaksızın sorumsuz olduğu kabul edilmiştir.”⁵¹⁶

⁵¹⁶ “CMK m.223/f.3-b.(b) uyarınca hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmiş bir suç bulunacağından, emri ifa eden sanık hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.” Ortada hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı için eylem suç olma özelliğini devam ettirecektir. Asta ceza verilemese de üstün sorumluluğu konusunda duraksama yoktur. Bkz. Dursun, Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman Ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, s. 239-241; Muhammed Demirel, **Amirin Emri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 103-107.

Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, emrin yerine getirilmesinden TCK m.24/4 gereği emri veren sorumlu olacaktır.

TCK m.25/1’de “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” hükmüyle belirtili meşru savunma ve TCK m.26/1’de “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” hükmü ile belirtili hakkın icrası işkence suçu bakımından uygulama alanı bulmaz. Meşru savunma ve zorunluluk haline dayanılarak işkenceyi meşrulaştırmak mümkün değildir.⁵¹⁷ Haklar hiyerarşisi çizilecek olursa, temel norm olarak, en üstte insan onuru yer almaktadır, bu nedenle insan onurunun hiçbir hukuksal yarar karşısında feda edilmesi düşünülemez.⁵¹⁸ “İnsan onurunu en yüksek değer olarak tanımayan bir düzen hukuk devleti olarak tanımlanamaz.”⁵¹⁹ Modern ve insan haklarına dayalı bir hukuk devleti bazı şartlarda vücut bütünlüğüne, yaşam hakkına yönelik darbeyi kaldırabilir, ancak onuru yok etmeye yönelik müdahaleyi asla kaldıramaz.⁵²⁰

TCK m.26/2’de “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” hükmü bulunmaktadır.

Rıza; razı olma, isteme, onama anlamlarına gelmektedir. Rıza genelde üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen kişisel menfaatler söz konusu olunca önem arz etmektedir. İnsanların bu alanda kendi geleceklerini belirleme hakları mevcuttur ve bu hakkı kullanarak kimi menfaatleri üzerinde tasarrufta bulanabilmektedirler.⁵²¹

Rızanın hukuka uygun olabilmesi için, rıza gösterenin anlama ve isteme kabiliyetinin var olması, gösterdiği rızanın kapsam ve sonuçlarını algılayabilmesi, hiçbir baskı ve zorlama altında kalmaması, serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olması gerekir ve rıza ahlaka adaba, kanuna aykırı olmamalıdır.⁵²²

⁵¹⁷ Önok, **a.g.e.**, s. 460.

⁵¹⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 298.

⁵¹⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 462.

⁵²⁰ Önok, **A.e.**, s. 463.

⁵²¹ Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s. 194.

⁵²² Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s. 263.

Tasarrufu kişinin şahsına bırakılmış haklara ilişkin olarak rıza hukuka uygunluk sebebidir. Kamusal nitelikte olan, devletin ve toplumun menfaatini ilgilendiren alanlarda bireyin rızası etkisizdir.⁵²³ Rıza bireye ait menfaatler bakımından da sınırsız bir hukuka uygunluk nedeni değildir.⁵²⁴ Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü için rızaya konu fiil, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmamalı, kamusal alanda devletin ve toplumun yararını ilgilendiren alana ilişkin olmamalıdır.⁵²⁵ Şikayete tabi olmayan bu suçta korunan hukuki menfaatler de dikkate alındığında mağdurun rızasının önemi bulunmamaktadır.⁵²⁶ İşkence ile korunan hukuki menfaatler kişilerin mutlak surette tasarrufta bulunacağı değerlerden değildir.⁵²⁷ Bu nedenle açıklanan rıza işkence suçunu hukuka uygun hale getirmeyecektir.

MK m.23/2’de “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.” denilerek kişinin hürriyeti ve dokunulmazlığı kendisine karşı korunmuştur. İşkenceye yönelik rıza kişilik haklarından vazgeçmek, insanın kişiliğini ve onurunu önemsiz saymak anlamına geleceğinden hukuka aykırıdır.⁵²⁸

İfade verenin beyanı, kendi özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma gibi iradeyi sakatlayan bedensel ve psikolojik müdahaleler yapılamaz.⁵²⁹

CMK m.148/3’de “Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.” denilmiştir.

İşkencenin doğasında, kişiyi iradesine aykırı fiile zorlamak, zor kullanmak söz konusudur. Yani, mağdurun karşı koyması ve bu karşı koyma iradesini kırmaya yönelik fiillerin yapılması söz konusu olmakta, bu nedenle de mağdurun rızasının

⁵²³ Üzülmaz, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 238.

⁵²⁴ Aydın, **a.g.e.**, s. 199.

⁵²⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 971.

⁵²⁶ Bakıcı, **A.e.**, s. 971.

⁵²⁷ Aydın, **a.g.e.**, s. 199.

⁵²⁸ Üzülmaz, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 239.

⁵²⁹ Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 115.

geçerli olup olmadığının araştırılması başlı başına bir paradoks oluşturabilmektedir.⁵³⁰

AİHM kararlarında terör ya da organize suçlarla mücadelede karşılaşılan zorlukların dahi işkenceyi haklı kılmayacağı, meşrulaştırmayacağı belirtilmiştir.⁵³¹

V. 5237 SAYILI TCK'DA VE 765 SAYILI TCK'DA TANIMLI İŞKENCE SUÇLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde ilan edilen 1839 tarihli Tanzimat ve 1856 tarihli Islahat Fermanlarında işkence ve eziyet yapılması yasaklanmıştı. Tanzimat döneminde yürürlüğe giren 1840 (1256) tarihli Kanun-ı Ceza'nın 3. faslının 1 ve 1851 (1267) tarihli Kanun-ı Cedidin 2. faslının 4. maddelerinde, kamu görevlilerinin kişilere karşı kötü muamele etmeleri suç olarak düzenlenmişti.⁵³²

1876 Anayasası m. 26 'da “*işkence vesair her nevi eziyet katiyen ve külliyyen memnudur*” hükmü ile işkence yasağını düzenlemiştir.⁵³³ İşkence 1924 Anayasası m.73, 1961 Anayasası m. 14/3, 1982 Anayasası m.17/4 ile yasaklanmıştır.⁵³⁴

765 sayılı TCK'da işkence suçu “Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler” başlıklı üçüncü babının “Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler” başlığı altında düzenlenmekte idi. 765 Sayılı TCK'nın Mehaz Kanununda bulunmayan düzenleme, 1858 (1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunun 103'üncü maddesinden alınmıştır.⁵³⁵

Maddenin ilk hali “*Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselere cürümlerini söyletmek için*

⁵³⁰ İlhan Üzülmöz, “Türk Hukukunda İşkence Cürmü TCK'nın 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2001, s. 213.

⁵³¹ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 355.

⁵³² Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, t.y., 1989, s. 97-110.

⁵³³ Ümit Gül, “Sıkıyönetim Yargısı ve İşkence”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 1993, s. 37.

⁵³⁴ Burhan Kuzu, **1876 Kanuni Esasisinde Suç Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Sonraki Anayasalarımızla Karşılaştırmalı Olarak Açıklanması**, 1988, s. 33.

⁵³⁵ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 67.

işkence ederse beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mahkum olur.

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

Amirler cürümdem feran zimethal sayılır.

İşkence olunan kimse bundan müessiren ölürse fail 452'ci madde ile cezalandırılır ve eğer işkence bir uzvun kat veya emelden sukutunun veya diğer daimi bir maluliyet veya mayubiyeti mucip olursa faili 456'ncı madde mucibince cezalandırılır.” şeklinde idi.⁵³⁶

765 Sayılı TCK m.243 yürürlükten kalktığı 1 Haziran 2005 tarihine kadar ilki 05.01.1961 tarihli 235 sayılı Kanunla, ikincisi 26.08.1999 tarihli 4449 sayılı Kanunla 2 kez değişikliğe uğramıştır.⁵³⁷

TCK m.243, 05.01.1961 tarih 235 sayılı kanunla değişiklik yapıldıktan sonra aşağıdaki halini almıştır.

“Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile mahkum olur.

Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452'nci, sair hallerde 456'ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”⁵³⁸

235 Sayılı Kanunla, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 5. Maddesi esas alınmış, işkence kavramının yanına, “zalimane”, “gayriinsani”, “haysiyet kırıcı” ibareleri eklenmiş, genel esaslara aykırı olan 2. ve 3. fıkralar madde metninden çıkarılmıştır.⁵³⁹

TCK m.243, 26.08.1999 tarih 4449 sayılı kanunla maddenin 1.fıkrası değiştirilmiş değişiklik yapıldıktan sonra aşağıdaki halini almıştır.

⁵³⁶ Kayıhan İçel, Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. bs., İstanbul, Beta Yay., 1994, s. 582.

⁵³⁷ İlhan Üzülmmez, 765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 319.

⁵³⁸ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 67.

⁵³⁹ Üzülmmez, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 56, 57.

“Madde 243 - (Değişik: 235 - 5.1.1961) (Değişik 1. fıkra: 4449 - 26.8.1999)
Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.

Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452’nci, sair hallerde 456’ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”⁵⁴⁰

4449 sayılı kanunla yapılan değişiklikle “mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurları” ibarelerinin yerine “memur veya diğer kamu görevlileri” ibaresi eklenmiş, yine sanığın yanı sıra şüpheli, mağdur, şahsi davacı, davaya katılan, tanık, şikayet ve ihbar hakkı sahibiyle birlikte, bunun dışında herhangi bir sebeple işkence ve kötü muameleyle maruz kalanların da suçun mağduru olabileceği belirtilmiştir. Manevi unsur yönünden genişlemeye gidilmiş “...cürümlerini söyletmek..., olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple...” yapılabileceği belirtilmiştir. Suçun cezası beş yıla kadar hapisten, sekiz yıla kadar ağır hapse çıkarılmıştır. “Müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet” ibaresi “sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet” olarak sadeleştirilmiştir.⁵⁴¹

Kısaca belirtilecek olursa 4449 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile işkence suçunun mağdurlarının sayısı artırılmış, manevi unsurun kapsamı genişletilmiş, suçun cezası artırılmış, bu doğrultuda günümüzdeki insan hakları anlayışına daha uygun bir suç tipi ihdas edilmiştir.⁵⁴²

İşkence ile daha etkin mücadele amacıyla 02.01.2003 tarihinde 4778 sayılı Kanun ile 765 Sayılı TCK m.245’e “243’üncü madde ile bu maddede yazılı

⁵⁴⁰(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> 01.02.2019.

⁵⁴¹ Üzülmüş, 765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu, s. 320.

⁵⁴² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 279.

*suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez” şeklinde 2. fıkra eklenmiştir.*⁵⁴³

Yine 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 2. maddesine “765 s. Türk Ceza Kanunu’nun 243) ve 245’inci maddeleri ile CMUK’un 154/4’üncü maddesinin kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu kanun hükümleri uygulanmaz” şeklinde 5. fıkra eklenerek 4483 s. kanunun izin sistemine takılmadan Cumhuriyet Savcılarının doğrudan soruşturma yapıp dava açmalarının önü açılmıştır.⁵⁴⁴

765 Sayılı TCK’nın 243. ve 245. maddelerinde yer alan suçlar, unsurları ve kapsamı genişletilmek ve cezası ağırlaştırılarak işkence başlığı altında 94.ve 95. maddelerde yeniden düzenlenmiştir.⁵⁴⁵

Yukarıda tanımlar kısmında işkencenin dar ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamı olduğu yönünde görüşler olduğunu değinilmişti. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda (YTCK) m. 94’te bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi işkence sayılmıştır.

TCK m. 94 hükmü vd., An. m.17/3’deki “işkence yasağı” ve An. m.38/5 ile CMK m.147/1’de yer alan “şüpheli veya sanığın susma hakkı” hükümlerinin yaptırımını oluşturmaktadır.⁵⁴⁶

Yeni Türk Ceza Kanunu’nda (YTCK) işkence suçu geniş anlamda işkencenin de sınırlarını aşar şekilde düzenlenmiştir. Maddede, işkence dışında zalimane ve gayriinsani muamele kavramlarına maddi unsur olarak yer verilmemiş, işkence ve benzeri kötü muameleleri birbirinden ayırt etmede genel olarak kullanılan, işkencenin maddi veya manevi ağır acı ve ıstırap veren hareketlerden, diğer muamelelerin ise bu seviyeye varmayan kötü muamelelerden oluştuğu yönündeki anlayıştan vazgeçilmiş, doğrudan insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde bedensel ve ruhsal dokunulmazlığı, bireyin algılama veya irade yeteneğini etkileyen her davranış işkence sayılmış, işkence suçunun oluşumu için failin belli amaçlarla hareket etmesi

⁵⁴³ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 68.

⁵⁴⁴ Demirbaş, **A.e.**, s. 68.

⁵⁴⁵ Arslan, Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 422.

⁵⁴⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 68.

aranmamış, amaç ne olursa olsun işkenceyi oluşturan fiillerin bulunması yeterli sayılmıştır.⁵⁴⁷

Ceza kanunlarında işkence fiilinin cezalandırılmasında üç sistem esas olarak benimsenmiş olup işkenceyi, devlet idaresi aleyhine, adliye aleyhine ve şahıslara karşı bir suç olarak kabul etmektedirler. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu(ETCK) m.243 işkenceyi failin kamu görevlisi olmasından hareketle kamu idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlemiştir.⁵⁴⁸ Söz konusu suç ile birden fazla hukuksal değer korunsa da, bu korunan değerler arasında kamu idaresine ait yararların ön plana çıktığı, insan onuru ve vücut bütünlüğünün ikinci planda tutulduğu anlaşılmaktadır.⁵⁴⁹ 5237 Sayılı Kanunda işkence kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.⁵⁵⁰ YTCK'daki işkence suçunun adliye ve kamu idaresine ait değerler ile ilgisi azalmış, insan onuru ve vücut bütünlüğü ön plana çıkarılmıştır.⁵⁵¹ Bu suç ile öncelikli olarak kişinin maddi manevi dokunulmazlığı, kişilerin ruh ve beden sağlığı, şerefının korunması, irade özgürlüğü, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.⁵⁵²

İşkence suçu her iki kanun bakımından da mahsus (özü) suçtur. 765 sayılı TCK'da bir memurun suçun faili olabilmesi için ifade almak ve sorguya çekmek konusunda yetkili bir kimse olması gerekirdi.⁵⁵³ 765 Sayılı TCK'da suçun faili, mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından, vesair hükümet memurlarından biridir.⁵⁵⁴ TCK m.243, 26.08.199 tarih 4449 sayılı kanunla maddenin 1.fıkrası değiştirilmiş, değişiklik yapıldıktan sonra suçun faili memur ve diğer kamu görevlileri olarak değiştirilmiştir. Kamu görevlisi ibaresinin karşılığı 765 sayılı TCK'da memurdur. (ETCK m.279/1,1-2)

İşkence suçunun uygulama alanını genişletmek isteyen kanun koyucunun kovuşturmaya yetkili memur failleri göstermek için “memur” kovuşturmaya yetkili olmayan fakat her hangi bir sebeple işkenceye başvuran diğer memur failleri

⁵⁴⁷Üzülmez, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 230.

⁵⁴⁸ Üzülmez, **A.e.**, s. 231.

⁵⁴⁹ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 323.

⁵⁵⁰ Üzülmez, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 231.

⁵⁵¹ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 323.

⁵⁵² Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt. I, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 94.

⁵⁵³ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 271.

⁵⁵⁴ Dönmezer, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, s. 131.

göstermek için “diğer kamu görevlileri” terimini kullanmış olabileceği düşünülebilir.⁵⁵⁵ Ancak TCK m.243 sadece bir kovuşturma sırasında (cezai, idari, disiplin) yapılan işkence ve benzeri kötü muameleleri cezalandırdığı için yukarıdaki görüşe katılmak mümkün değildir.⁵⁵⁶ Bu nedenle diğer kamu görevlileri ibaresi ile gereksiz tekrar yapıldığını kabul etmek gerekir. İşkence suçunun faili ETCK m. 279’daki anlamıyla memurdur.⁵⁵⁷

765 sayılı TCK’da bir memurun suçun faili olabilmesi için ifade almak ve sorguya çekmek konusunda yetkili bir kimse olması gerekirdi.⁵⁵⁸ Ayrıca 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre ön inceleme yapmaya yetkili olanlar da bu gruba dahildir.⁵⁵⁹

TCK m.94’te suçun faili kamu görevlisi olarak düzenlenmiştir. İşkence suçuna kamu görevlisi olmayan kişilerinde azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak etmesi mümkündür, ancak bu kişiler 4. fıkra gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılır.⁵⁶⁰

765 Sayılı TCK’da, 26.08.1999 tarih 4449 sayılı kanunla TCK m. 243/1 hükmünde değişiklik yapılınca kadar suçun mağduru “maznun” yani “sanık” olarak düzenlenmişti. Yapılan değişiklikle suçun mağduru genişletilmiş, şüpheli ve sanık dışında, mağdur, şahsi davacı, davaya katılan (müdahil) ve tanıklar da işkence suçunun mağduru olabilir hale gelmiş, 5237 Sayılı TCK’da da suçun mağduru herkes olarak düzenlenmiştir.⁵⁶¹ Maddenin 2. fıkrasının a ve b bentlerindeki mağdurlara karşı, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁵⁶²

YTCK’da işkence suçunun maddi unsuru insan onuruna aykırı surette belli bir süreç içerisinde sistematik şekilde uygulanan, “bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren”, “algılama veya irade yeteneğini etkileyen”, “aşağılanmasına yol açan”

⁵⁵⁵ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 78.

⁵⁵⁶ Üzülmüş, **A.e.**, s. 78.

⁵⁵⁷ Üzülmüş, **A.e.**, s. 78.

⁵⁵⁸ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 271; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 84.

⁵⁵⁹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 248.

⁵⁶⁰ Şen, **a.g.e.**, s. 331.

⁵⁶¹ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 89.

⁵⁶² Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 1-178), s. 94.

hareketlerde bulunmaktan oluşmaktadır.⁵⁶³ ETCK’da işkence suçunun maddi unsuru “işkence etmek yahut zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurmak” olarak düzenlenmiştir.⁵⁶⁴

765 Sayılı TCK’da suçun manevi unsuru özel kasttır. Failin mağdura “cürmünü söyletmek” saikiyle hareket etmiş olması maddede belirtili fiilleri yapmış olması gerekirdi.⁵⁶⁵ Manevi unsur yönünden, şüpheli, sanık, davacı, müdahil ya da tanık olacak kişilerin suçu ya da yargılama konusu olayı söylemeleri yönünde özel bir kastın arandığı madde metninde düzenlenmişti.⁵⁶⁶ İşkence ve sair kötü muameleler suça maruz kalana, “cürümlerini söyletmek”, “olayları bildirmesini engellemek”, “şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek” yahut “şikayet ve ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer her hangi bir sebeple” yapılmalıdır.⁵⁶⁷ Tüm bu hareketler yapılırken failin bu hareketlerin hukuka aykırı olduğunu ve bilmesi ve istemesi gerekir.⁵⁶⁸ YTCK’da ise özel kast aranmamış suçun işlenmesi bakımından genel kast yeterli görülmüştür.⁵⁶⁹

765 sayılı TCK’dan farklı olarak YTCK’nın 95/4 maddesine göre, işkence neticesinde işkence yapılan kişi öldüğü vakit, faile işkence sonucu verilecek ceza artırılmayacak, fail nitelikli adam öldürme suçunun cezası olan ağırlaşmış müebbet hapis cezası uygulanacaktır.⁵⁷⁰

Kimi yazarlarca YTCK m.94-96’daki düzenlemelerinin, ETCK m.243-249 düzenlemelere göre yüzeysel olduğu da belirtilmiştir.⁵⁷¹

Genel olarak değerlendirildiğinde her iki düzenleme arasındaki farkların yukarıda belirtili şekilde olduğu saptanmıştır.

⁵⁶³ Üzülmmez, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 233.

⁵⁶⁴ Demirbaş, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, s. 216.

⁵⁶⁵ Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCKm.243)**, s. 41.

⁵⁶⁶ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 323.

⁵⁶⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 289.

⁵⁶⁸ Önder, **a.g.e.**, s. 223.

⁵⁶⁹ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 323.

⁵⁷⁰ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3148.

⁵⁷¹ Köksal Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C. II, S. 5, 2005, s. 224.

VI. İŞKENCE SUÇUNUN YASAK İFADE ALMA VE SORGU YÖNTEMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

CMK m.147’de şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde hangi hususlara uyulacağı belirtilmiştir.

İfade ve sorgu, suçlanan kişilerin olay hakkında bildiklerini kolluk görevlileri, cumhuriyet savcısı veya hakim önünde anlatmalarıdır.⁵⁷² İfade ve sorgu yargılamada maddi gerçeği ortaya çıkarmak için kullanılan birer araçtır.⁵⁷³ Ceza muhakemesinde Ortaçağ Avrupa hukukunda itham⁵⁷⁴ sisteminden tahkik⁵⁷⁵ (engizisyon) sistemine geçiş yaşanmış, işkence kanunlarda meşru bir yargılama yöntemi olarak yer almış Aydınlanma Çağı ve sonrasında yasalardan çıkarılmış, daha sonra maddi gerçeğin araştırılmasına yönelik sistemler (işbirliği)⁵⁷⁶ benimsenmiştir.⁵⁷⁷ Ceza muhakemesi suçlunun insan haklarına saygılı bir şekilde, hak ettiği cezayla mahkum edilmesini, suçsuzun ise haksız yere cezalandırılmasını önlemek amacı ile yapılır. Araştırmalar

⁵⁷² Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 162.

⁵⁷³ Yurtcan, **A.e.**, s. 169.

⁵⁷⁴ Bir kimsenin suçlu olarak cezalandırılması için diğer bir kimse tarafından itham edilmesi ve itham edenin suçluluğu ispat etmesi esası teşkil ettiğinden bu sisteme itham sistemi adı verilmiştir. Bu sistemde hakimın harekete geçmesi için ithama ihtiyaç vardır. İtham hususunda herkes serbesttir. Ceza muhakemesi medeni muhakemeye benzer. Taraflar eşit durumdadır. Sanık mahkumiyet hükmü kesinleşinceye kadar tutuklanamaz. Hakim bir maçtaki hakem gibidir. Delil toplamada serbest olmayıp tarafların ortaya koyduğu delillerle bağlıdır. Muhakeme baştan sona kadar açıktır, sözlüdür, çelişmelidir. Bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. bs., Ankara, Beta, 2006, s. 65.

⁵⁷⁵ Tahkik sisteminin esası toplum menfaatinin fert menfaatinden üstün tutulması ve hakikatin araştırılmasıdır. Yargılama makamı itham sistemine göre üstün duruma geçmiş ve diğerleri silik ve sönük kalmışlardır. Hakim işe kendiliğinden el koyabilir. Hakim delilleri toplamak konusunda serbesttir. İddia ve müdafaanın delilleri ile bağlı değildir. Muhakemenin her safhası gizlidir, çelişmesizdir. Yani sanığın taraf olarak aktif rolü yoktur, sadece yazılı müdafaası alınır. Sanık mahkumiyet kararından önce tutuklanabilir. Bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 66.

⁵⁷⁶ İşbirliği sisteminde hakim işe kendiliğinden el koyamaz, bir iddiaya ihtiyaç vardır. Bu iddiayı ortaya koymak için savcılık makamı kurulmuştur. Hakim tarafların delilleriyle bağlı değildir. Soruşturma gizli ve yazılıdır, duruşma devresinde muhakeme açık sözlü ve çelişmelidir. Çelişme sadece taraflar bakımından değil hakimde çelişmeye katılır. Bu çelişme yüze karşılığı gerektirir. Sanığın bir kişiliği vardır. Sanık bir eşya değildir. Günümüzde bu sistem benimsenmiştir. Bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 67.

⁵⁷⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 274-278.

yaşanmış olaylar üzerine yapılır, varsayımlarla uğraşılmaz.⁵⁷⁸ Ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırılır, bu sebeple her şey delildir, başka şekilde ifade edilecek olursa delil serbestliği ilkesi geçerlidir.⁵⁷⁹

Bu maddi gerçek araştırılırken, insan onurunun gözetilmesi gerektiği belirtilmiş, anayasa ve kanunlarla yasaklanmış yöntemler getirilmiştir.⁵⁸⁰ Ceza muhakemesi işlemlerindeki sınır, insan onurudur.⁵⁸¹ Hukuk devleti esasına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve delillerin değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlandırmalar delil yasaklarını oluşturmaktadır.⁵⁸²

Eski Türklerde suç isleyenleri cezalandırmak devletin görevindeydi.⁵⁸³ İslamiyet'in kabulünden önce ve sonra bir sorgu tekniği olarak işkenceye Türk devletlerinde rastlanmaz. Osmanlı İmparatorluğu'nda da bir ceza muhakemesi işlemi olarak işkence yoktur.⁵⁸⁴ Ancak işkence uygulamalarına rastlanmıştır. İşkence İslam yargılama hukukunda hiçbir zaman bir usul kurumu olarak mevcut olmamıştır.⁵⁸⁵ İşkencenin caiz olmadığı Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin fetvasında belirtilmiştir. Bu fetvada zabıta makamlarının işkence etmeleri mümkün olmadığı gibi, emrederek cevap istemelerinin de mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁵⁸⁶

1992 yılında 3842 sayılı kanunla CMUK'ya m.135a eklenmiş, yasak sorgu yöntemleri sayılıp yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş dahi olsa delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Yine 3842 sayılı kanunla CMUK'ya m.254/2 eklenmiş hukuka aykırı delillerin hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeden önce Yargıtay, her ne kadar işkence ve kötü muamele ile elde edilen ikrara tek başına değer vermiyor idiyse de, bu ikrar

⁵⁷⁸ Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku: **Hazırlık Soruşturması ve Polis**, 3. bs., İstanbul, Beta, 1993, s. 31.

⁵⁷⁹ Bahri Öztürk, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları", **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, 2005, s. 131.

⁵⁸⁰ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 170.

⁵⁸¹ Köroğlu Kaya, "İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller" **TAAD**, Yıl.7, S. 24, 2016, s. 487.

⁵⁸² Bakım, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁸³ Sadri Maksudi Aral, **Türk Tarihi ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 206.

⁵⁸⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 278.

⁵⁸⁵ Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Konya, Mimoza Yayınları, 2010, s. 415.

⁵⁸⁶ Mehmet Ertuğrul Düzdağ, **Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı**, 2. bs., İstanbul, Enderun Kitabevi, 1983, s. 138,139.

vasıtasıyla elde edilen deliller muhakemede kullanılabilirdi.⁵⁸⁷ Anayasa’da 3.10.2001 yılında 4709 sayılı değişiklikle benzer düzenleme yapılmış bu ilke yerini AY m.38’de “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” şeklinde almıştır.⁵⁸⁸ 3842 sayılı kanunla getirilen değişiklikler 5271 sayılı CMK’da da daha geniş biçimde benimsenmiş hukuka aykırı delillerin mutlak olarak değerlendirme yasağı kapsamında olduğu belirtilmiştir.

AY m.17/3’te “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*” denilerek insan onuru koruma altına alınmış CMK m.148’le de ifade ve sorguda yasak yöntemler belirtilmiş insan onuru korunmuştur.

İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması, kişisel ve toplumsal bazı değerlerin korunması adına devletin delil toplama ve değerlendirme faaliyetine sınırlamalar getirilmiştir. Şüpheli veya sanığın özgür iradesini etkileyecek yöntemlere başvurulması yasaklanmıştır.⁵⁸⁹

Şüpheli ya da sanığın haklarının korunmadığı veya yeterince korunmadığı bir ortamda insanın insanca yaşamak hakkını taşıdığını iddia etmek mümkün değildir.⁵⁹⁰

CMK m.148/1 “*Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.*” denilerek yasak sorgu yöntemlerinden bahsedilmiştir.

“*Bu yasak yöntemlerin sadece fiziksel olanlarla sınırlandırılmaması, her türlü bedensel ve ruhsal etki yaratan girişimleri kapsayacak şekilde anlaşılması amaca daha uygun olacaktır.*”⁵⁹¹ Bu hallerin ortak özelliği ruhsal ve bedensel olarak iradeyi bozmalarıdır.⁵⁹²

CMK m.148’de “ şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır” kuralı, An. m.2, 5, 17 ve 38’de belirtilen ve anayasal düzeyde koruma bulan hukuk

⁵⁸⁷ Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 124-125.

⁵⁸⁸ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 757.

⁵⁸⁹ Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 484.

⁵⁹⁰ Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1982, s. 3.

⁵⁹¹ Özdemir, **a.g.e.**, s. 174.

⁵⁹² Cengiz Topel Çiftcioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. VII, S. 65, 2015, s. 24, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/3635>, 02.04.2019.

devleti, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, masumiyet karinesi ve hiç kimsenin kendisini suçlayıcı beyanda bulunamayacağı ilkesinin bir yansımasıdır.⁵⁹³

B. Yasak İfade Alma Ve Sorgu Yöntemleri

1. Kötü Davranma

Kötü davranma, ifade alan ya da sorguya çeken kişinin kasti saldırı ve zarar verme şeklinde ortaya çıkan davranışlarıdır. Bu sebeple sadece cismen eza ya da vücudun gerçek anlamda yaralanması değil, sağlığının bozulmasına yönelik olan ve çok önemsizler dışında, vücuda ve akli sağlığa yönelen bütün tecavüzler bu kavram içindedir.⁵⁹⁴ Kötü davranma, ifadesi alınan ya da sorgulanan kişiyi karanlık, soğuk izbe odada tutma, bedeni belirli ve rahatsız edici bir şekilde tutmaya zorlama, soğuk veya ısıya maruz bırakma, çeşitli şekillerde itip kakma, saçlarından çekme, yüzüne tükürme, üzerine kirletecek bir şey atma, gözlerini bağlama, ağzını tıkama, tekmeleme, tokat atma, gürültü yapma, elbiselerinden tutarak yaka paça sürüklenme, şeklindeki fiillerdir.⁵⁹⁵ Yine aç bırakma, ifade almada göz alıcı ışık kullanma, uykuda devamlı rahatsız etme, yüksek gürültüye maruz bırakma kötü davranmaya örnektir. Uzun süre devam eden bu tür muameleler işkence teşkil eder.⁵⁹⁶ Kötü davranma ve işkence içi içe geçmiştir, kötü davranmada ağırlıklı nokta bedeni, işkencede ise ruhi saldırı söz konusu olmalıdır.⁵⁹⁷ İşkencenin karakteristik özelliği sistematik ve belirli bir amaca yönelik olmasıdır.⁵⁹⁸

⁵⁹³ Bakım, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁹⁴ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 170.

⁵⁹⁵ Timur Demirbaş, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:71, 1996, s. 283.

⁵⁹⁶ Ali Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 3. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s. 485.

⁵⁹⁷ Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, s. 331.

⁵⁹⁸ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 244.

2. İşkence

İşkence, uzun süreli veya tekrarlanarak sistematik biçimde uygulanan fiziki veya ruhsal acı veren davranışlardır. Şüpheli ya da sanık alçaltıcı muameleye tabi tutulamaz, korku ve paniğe kapılmasına sebep olacak davranışlarda bulunulamaz.⁵⁹⁹ Şüpheli ya da sanık üzerinde ruhi etkinin az olduğu durumlarda da işkence söz konusu olabilir. Çocuklarının bakımının sağlanmamış olduğu, karısının tutuklandığı şeklindeki gerçeğe uygun haberlerin verilmesiyle de mümkündür. Şüpheli ya da sanığın özel acı hissiyatı hiçe sayıldığında da işkence mümkün olabilir. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, özellikle çok sevdiği çocuğunu öldüren şüphelinin, yalvaran ricalarına rağmen, eğer fiilin işlenişinin diğer ayrıntılarını açıklamazsa, çocuğunun cesedine götürüleceği şeklinde tekrarlar tehdit edilmesi ve daha sonra cesedin yanına getirilmesi üzerine, şüphelinin orada bağırarak yıkılması ve bir itirafta bulunması olayında, işkence yapıldığını, yasak sorgu yöntemlerinin uygulandığı, buna ilişkin maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir.⁶⁰⁰

Yine gündüz yapılabileceği halde tekrar edilen gece ifade almalarında kural olarak işkenceden söz edilebilir.⁶⁰¹

İşkence devleti vatandaş sevgisinden yoksun kılarak, için için kemiren bir suçtur.⁶⁰²

3. İlaç Verme

İlaç verme, ifadesi alınanın bedeni veya ruhi durumuna etki eden ve irade özgürlüğüne bir zarar vermeyi hedefleyen maddelerin verilmesidir.⁶⁰³ Şüpheliye veya sanığa ilaç vermek suretiyle, ondan normal şartlar altında alınamayacak ifadeye ilacın etkisiyle ulaşılarak bu yolla ifade verenin veya sorgulananın irade özgürlüğü ve susma hakkı ihlal edilmektedir.⁶⁰⁴ CMUK m.135a'da “zorla ilaç vermek” şeklinde

⁵⁹⁹ Centel, Zafer, **A.e.**, s. 243.

⁶⁰⁰ Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, s. 333.

⁶⁰¹ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 130.

⁶⁰² Recep Kibar, **Türk Hukukunda Sanık Hakları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s. 66.

⁶⁰³ Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, s. 334.

⁶⁰⁴ Bakım, **a.g.e.**, s. 140.

düzenleme vardı. Buradan ilaç vermenin serbest olduğu, zorla vermenin yasaklandığı sonucu çıkmaktaydı. Ayrıca ilacın zorla verildiğinin ispatı da son derece güçlü. Bu nedenle 5271 sayılı CMK m.148’de bu durum ilaç verme olarak düzenlenmiştir.⁶⁰⁵ İlaç verme, katı, sıvı veya gaz şeklindeki her türlü maddenin vücuda verilmesidir. Yutturma, yiyecek ya da içeceklerle katma, solunum ya da zerk ya da ovma yoluyla vücuda verilebilir.⁶⁰⁶ Burada söz konusu olabilecek ilaçlar, sarhoş edici, uyuşturucu, direnme gücünü kırıcı, uyku verici veya uyarıcı ilaç ve benzerleridir.⁶⁰⁷ Kişiyi güçlendirici ve zindeleştirici ilaçlar verilmesi yasak sorgu yöntemine girmez. Yine şüpheli ya da sanığın ifade ya da sorgu esnasında kahve içmesine müsaade edilmesi yasak sorgu yöntemi kapsamına girmez.⁶⁰⁸ Verilen ilaçlar şüphelide veya sanıkta fiziksel olarak şiddetli ağrı ya da acılara sebep oluyorsa ilaç verme değil işkence oluşmaktadır.⁶⁰⁹ CMK m.148 şüpheliye veya sanığa ilaç niteliğindeki maddeleri vermemeyi değil, vermeyi kapsamaktadır. Sigara tiryakisi olan sanığa sigara verilmeyerek itirafından sonra sigara verileceğine söz verilmesi ya da hastalığı nedeniyle ilaç alması gereken şüpheliye ilaçlarını vermemek işkence kapsamına girmektedir.⁶¹⁰

Narkoanaliz yani gerçeklik serumu ile şüpheli ya da sanığın irade özgürlüğü sınırlanır, irade özgürlüğüne zarar verilir. Narkoanaliz nefsi çözücü bir vasıttır, kişinin kendisini açıklamasına yüksek hazır olmayı amaçlar. İlacın etkisiyle kendinden geçmiş kişiye uygun sorularla telkin edilerek, ondan her istenen ifadenin alınması mümkün hale gelebilmektedir. Bu sebeple bu yöntemler kabul edilmemektedir.⁶¹¹

4. Yorma

Yorma, kişinin iradesi üzerindeki kontrolünün ortadan kalkmasına neden olacak davranışlardır. Kişinin yarı uykulu ve bitap bir hale getirildikten sonra hemen

⁶⁰⁵ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 131.

⁶⁰⁶ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 170.

⁶⁰⁷ Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 485.

⁶⁰⁸ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 194.

⁶⁰⁹ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 141.

⁶¹⁰ Demirbaş, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, s. 287.

⁶¹¹ Demirbaş, **A.e.**, s. 335.

ifadesinin alınması durumunda bu halden bahsedilebilir.⁶¹² Bir şüphelinin itirafının alınmasında otuz saat aralıksız uykusuz bırakılması da yorma kapsamına girecektir.⁶¹³ Her yorucu sorgu yasaklanmış değildir. Yorucu ifade alma ile yorma birbirinden ayırt edilmelidir. Yasaklanan, ifade alma işleminin kişiyi bitkin hale getirinceye kadar sürdürülmesidir.⁶¹⁴ Sanığın zabıta tarafından ayakta, uykusuz, susuz ve gıdasız bırakılarak aralıksız gece gündüz sorguya çekilmesi suretiyle elde edilen itirafta, hakikat payı büyük değildir. Bu şekilde sorguya çekilen kişide zihni bir baş dönmesi meydana gelir, sorgunun sona ermesi için istenilen her şeyi kabul ve itiraf eder. Yorgunluk ve açlık vücudu zehirler.⁶¹⁵ Yorgunluğun kasıtlı olarak görevli tarafından yerine getirilmesi gerekmez, görevlinin şüpheli ya da sanıktaki yorgunluğu bilip bilmemesi de yorgun halde alınan ifadenin hukuka aykırı sayılması bakımından bir öneme sahip değildir.⁶¹⁶

5. Aldatma

Aldatma, ifadesi alınan ya da sorgulanan kişinin irade özgürlüğüne zarar veren hileli davranışlardır.⁶¹⁷ Gerçeğin tahrif edilmesi, gizlenmesi, gerçek olmayan hususların gerçekmiş gibi takdim edilerek şüpheli ya da sanığın hataya sevk edilmesi, kişinin iradi davranma hürriyetini elinden alan her türlü davranış aldatmadır.⁶¹⁸ Aldatma, ifade veren ya da sorguya çekilen kişiye karşı hukuka aykırı yöntemler kullanılarak kişinin kendi özgür iradesi ile düşünüp karar vererek bunu uygulamasının etkilenmesidir. Hukuki sorunlara ya da olaya ilişkin olabilir. Örneğin kişinin ifadesinin alınacağı ya da sorguya çekileceği olayda kişiye tanık olarak dinleneceği belirtilip gerçeği söylemeye mecbur olduğunun belirtilmesi, yalnızca para cezasına mahkum olacağının belirtilmesi vb. durumlar hukuki aldatmadır.

⁶¹² Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 348.

⁶¹³ Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, s. 336.

⁶¹⁴ Bakım, **a.g.e.**, s. 143.

⁶¹⁵ Erem, **Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi**, s. 263.

⁶¹⁶ Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 486.

⁶¹⁷ Ali Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre CMK El Kitabı**, 3. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s. 375.

⁶¹⁸ Cumhur Şahin, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirmeleri Sorunu”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, Beta, 1998, s. 352.

Örneğin gerçek olmadığı halde suç ortaklarının suçunu ikrar ettiklerinin söylenmesi olaya ilişkin aldatmadır.⁶¹⁹

İfade alan yanılarak söz gelimi sanığa fiili rahatlıkla itiraf edebileceğini çünkü yürürlükteki hukuka göre bu fiilin cezalandırılabilir olmadığını söylemişse, burada elde edilen itiraf değerlendirilemez durumdadır. Çünkü sanığın açıklanan hukuki bilgilerin doğruluğu üzerinde hakkı vardır ve bu sebeple sanığın böyle bilgilere güvenerek yaptığı açıklamalar onun zararına olarak değerlendirilemez.⁶²⁰ Şüpheli ya da sanık edindirildiği yanlış kanı sebebiyle belirli açıklamalarda bulunmaya yönlendirildiğinden, aldatma yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinden olup alınan ifadeler hukuka aykırıdır. Delil değeri taşımamaktadır.⁶²¹

6. Cebir veya Tehditte Bulunma

Cebir veya tehditte bulunma, aslında kötü davranma kapsamında değerlendirilebilir. Kişinin irade özgürlüğünü ortadan kaldıracak biçimde bedeni üzerinde fiziki etki yaratacak yöntemlerin kullanılması yasaktır. Kanunda yazılı haller haricinde bedensel cebir uygulanamaz. Örneğin kolluk gözaltı işlemine karşı direnen kişiye orantılı cebir kullanabilir. Tehdit halinde ise bir kötülük, bir tecavüz şüpheliye bildirilmekte, şüpheli tehdit konusunun ileride vuku bulacağı korkusuyla, belli bir davranışta bulunmakta, örneğin suçu ikrar etmekte veya üstlenmektedir.⁶²² Cebir veya tehdidin ortak özellikleri, bedensel veya ruhsal olarak iradeyi bozmalarıdır.⁶²³

7. Bazı Araçları Kullanma

Bazı araçları kullanma, kanunda sayılmayan ancak şüphelinin iradesini etkileyen başka müdahalelerin yapılması da yasaktır.⁶²⁴ İrade özgürlüğüne zarar

⁶¹⁹ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 171.

⁶²⁰ Demirbaş, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, s. 291.

⁶²¹ Bakım, **a.g.e.**, s. 145.

⁶²² Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 245.

⁶²³ Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 487.

⁶²⁴ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 246.

veren ve vücudun özüne saldıran yalan makinesi ve hipnoz gibi aletlerin ifade alma ve sorguda kullanılması bu duruma örnektir.⁶²⁵ Yalan makinesi veya poligraf, ifadesi alınan kişideki tansiyonu, nabızı, nefes tutmayı, terlemeyi ve adale reflekslerini ölçüp, bu ölçümleri işaret çizgileriyle tespit eden ve bundan ölçüm esnasında verilmiş cevapların doğruluğu üzerinde yargıları kabul ettirmek zorunda olan bir alettir. Doğruluk tespiti eksik olduğundan, yetersiz delil tehlikesi oluşturur, yargı organlarını yanlışlığa götürür. Dolayısıyla bu makinenin uygulanması CMK m.148 gereği yasaktır.⁶²⁶ Çünkü yalan makinesi ile şüpheli ya da sanığın ruhuna ve onun bilinçsiz hareketlerine bağlı gözleme müsaade edilmemiştir.⁶²⁷

Hipnoz, kişinin davranışlarını kontrol altında tutan ve bilince yapılan bir telkinle iradeyi etkisiz hale getiren psikolojik bir uygulamadır.⁶²⁸ Hipnoz, narkoanaliz gibi şuura, yani özgür iradeye zarar verdiğinden şüphelinin ifadesinin alınmasında ya da sanığın sorgusunda uygulanmasını kabul etmek mümkün değildir.⁶²⁹

Şüpheli ya da sanığın özgür iradesine tesir eden kanunda sayılmayan diğer yöntemler de yasaktır.⁶³⁰ CMK m.148’de yasak usuller örnekseme yolu ile gösterilmiştir. “...gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.” denilerek bu yöntemlerin sayılanlarla sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Yine şüpheliye sustuğu sürece gözetim altında tutulacağının söylenmesi, aç bırakılması bu duruma örnektir.⁶³¹

8. Kanuna Aykırı Vaat

CMK m.148/2’de kanuna aykırı vaat yapılmayacağı “*Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanuna aykırı vaat, kişisel ya da olaya ilişkin her hangi bir iyileştirme yapılacağı konusunda söz vermedir. Vaat edilen hususun yerine getirilmesi hukuken mümkün olmamalıdır.⁶³² Söz konusu vaat

⁶²⁵ Parlar, *İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre CMK El Kitabı*, s. 376.

⁶²⁶ Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, s. 342.

⁶²⁷ Demirbaş, *İşkence Suçu*, s. 137.

⁶²⁸ Üzülmüş, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s. 142.

⁶²⁹ Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, s. 343.

⁶³⁰ Demirbaş, *A.e.*, s. 344.

⁶³¹ Parlar, *İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre CMK El Kitabı*, s. 378.

⁶³² Yurtcan, *a.g.e.*, s. 171.

şüpheli ya da sanığın irade özgürlüğüne zarar verici nitelikte olmalıdır. Sanığın suçunu itiraf etmesi halinde serbest bırakılacağı vaadi, sorguyu yapanın yetkisinde olsun ya da olmasın kanuna aykırıdır. Yetkisinde olmayan bir konuda örneğin kolluk görevlisinin, suçun itirafı halinde kişiyi serbest bırakacağını, tutukluluğu kaldıracağını söylemesi kanuna aykırı vaat olduğu gibi aynı zamanda bir aldatmadır.⁶³³

Herhangi bir bilgi ya da belli içerikteki ifadeyi elde etmek için yarar vaadinde bulunmak hukuka aykırıdır. Şüpheli veya sanık vaatte bulunanın verdiği söze bağlı kalacağına güvenerek kendisine sağlanacak olan yarar karşılığında istenilen nitelikte açıklamayı yapmaktadır. Şüpheli veya sanığın istenilen yönde açıklama yapmasına ifade alanın kanuna aykırı vaadi neden olduğundan aslında şüpheli ya da sanık aldatılmış olup irade özgürlüğü kaldırılmaktadır.⁶³⁴

C. Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleriyle İşkence Suçu Arasındaki İlişki

CMK m.148/3’de “*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*” ilkesi ceza yargılaması sistemimizin insan haklarına saygılı bir nitelik kazandığını göstermektedir.⁶³⁵

CMK m.148’in ihlali, alınan tüm ifadeyi içermiyorsa, o zaman ihlale dayanmayan yani hukuka uygun olarak elde edilen kısım geçerlilik değeri taşıyacaktır.⁶³⁶

CMK m.148 sadece işkenceyi önlemek amaçlı yapılan bir düzenleme değildir, maddede sayılı işkence diğer ve insanlık dışı davranışlardan şüphelinin veya sanığın haysiyetini korumak, onun ceza muhakemesinde maddi gerçek aranırken bir obje haline getirilmesini önlemektir.⁶³⁷ Bu madde ile şüpheli ya da sanığın ceza muhakemesinin objesi değil sujesi olduğu garanti altına alınmıştır. Maddi gerçek her ne pahasına olursa olsun değil, sadece hukuk devletinde olan muhakeme kuralları

⁶³³ Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 487.

⁶³⁴ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 145; Bakım, **a.g.e.**, s. 152.

⁶³⁵ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 172.

⁶³⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 140.

⁶³⁷ Öztürk, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları**, s. 133.

çerçevesinde araştırılabileceği kural olarak kabul edilmiştir. Şüpheli ya da sanığın iradi karar verme ve iradi davranma yeteneğinin zedelenmesi yasaktır.⁶³⁸ İnsana şahsiyet değeri kazandıran yetenekler maddi gerçeğin araştırılması için feda edilemez.⁶³⁹ Suç şüphesi altında bulunan kişi hiçbir zaman soyut obje haline indirgenemez.⁶⁴⁰ Yasak sorgu yöntemleri insan haysiyetini ihlal ettiği için rıza ile verilse bile değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir.⁶⁴¹ Çünkü kişinin, insanlık onuru, kişilik ve haysiyeti üzerinde tasarruf hakkı bulunmamaktadır.⁶⁴² Bu hüküm kişilerin ifadesinin alınmasında ve sorgusunda hukuk devletinin varlığı ve insan onurundan yola çıkan vazgeçilemez, sağlam temeller ortaya koymaktadır.⁶⁴³ Şüpheli ya da sanığın özgür iradesi korunmakla bu yöntemle aynı zamanda savunma hakkı güvence altına alınmaktadır.⁶⁴⁴

CMK m.206/2-a'da "Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse." reddedileceği belirtilmiştir.⁶⁴⁵

CMK m.217/2'de "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*" denilmiştir.⁶⁴⁶

⁶³⁸ Koca, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, s. 300.

⁶³⁹ İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, "İşkence Suçu", t.y., s. 2, (Çevrimiçi) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf, 01.04.2019.

⁶⁴⁰ Hans Walder, **Die Vernehmung des Beschuldigten**, Hamburg, 1965, s. 58. Aktaran, Özgenç, Şahin, İşkence Suçu, s. 2.

⁶⁴¹ Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 488.

⁶⁴² Koca, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, s. 302.

⁶⁴³ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 127.

⁶⁴⁴ Koca, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, s. 301.

⁶⁴⁵ Ancak, delil elde etmeye ilişkin her hukuka aykırılığın o delilin yargılamada kullanılmasına engel oluşturup oluşturmayacağı hususu üzerinde de ayrıca durulmalıdır. Eğer ihlal edilen kural bir hak ihlaline neden olmuyor ve yargılama faaliyetlerinin bütünü itibarıyla adil yargılanma ilkesi zedelenmiyorsa, o delilin yargılamada değerlendirilemeyeceğinden bahsedilemeyecektir. Bkz. Yargıtay 16.CD, 21.04.2016 tarih, E.2015/4672, K.2016/2330, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, 11.03.2019.

⁶⁴⁶ "CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan; "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklindeki hükümle, ceza muhakemesinde kullanılacak delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre bütün deliller kanunda gösterilen yöntemle uygun olarak elde edilmelidir.

Delil elde etmeye ilişkin her hukuka aykırılığın, o delilin yargılamada kullanılmasına engel oluşturup oluşturmayacağı hususu üzerinde de durulmalıdır.

Delil elde edilmesine ilişkin olarak ihlal edilen kural, hak ihlaline neden olmuyor ve adil yargılanma ilkesi de zedelenmiyorsa, yargılamada değerlendirilemeyeceği veya hükme esas alınmayacağından söz edilemez. Örneğin; usulüne uygun olarak alınmış arama kararına istinaden herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama neticesi ele geçen delillerin, sadece arama sırasında hazır bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle mahkûmiyet hükmüne esas alınmayacağı kabul edilemeyecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.06.2007 gün ve 147-159 ile 13.03.2012 gün ve 278-96 sayılı kararlarında da aynı sonuca

Maddenin gerekçesinde “örneğin işkence, narkoanaliz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne yönelik saldırılar yolu ile elde edilen deliller hükme esas alınmayacaktır.” denilerek hukuka

ulaşılmıştır. Aksinin kabulü, ceza yargılamasında hakkaniyete aykırı neticelerin doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açabilecek, son derece ağır sonuçları da beraberinde getirecektir. Nitekim CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde; "Maddenin son fıkrası, usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı ilkeyi belirtmektedir. İlke, delilin doğruluğunu, haklılığını hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını gütmektedir. Böylece ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde olsun, hukuka aykırı olarak; örneğin, işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınmayacaktır" denilerek bir delilin hükme esas alınmasına engel oluşturan hukuka aykırılığın "sanığın temel haklarını" ihlal eden aykırılıklar olduğu belirtilmiştir.

Basit şekle aykırılıklar da dahil olmak üzere, hukuka uygun şekilde elde edilmeyen her türlü delilin hükme esas alınmaması gerektiği yönünde öğretide bir kısım görüşler bulunmakla birlikte, bir kısım yazarlar da; "Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kavramındaki 'hukuka aykırılık', sanığın temel haklarını ihlal eden bir hukuka aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Muhakemenin sonunda, yapılan işlemler bütün olarak değerlendirilmeli, muhakeme neticesinde, hukuka uygun veya aykırı yöntemle elde edilen deliller kullanılarak verilen hüküm, Anayasanın 36'ncı maddesinde gösterildiği biçimde 'adil' ise, bir delil hukuka aykırı yöntemle elde edilse dahi kullanılabilir." (Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 1080), "Hak ihlali kriterlerine yer vermeyen değerlendirme herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılığın, mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceğinden uzun vadede son derece ağır sonuçların doğmasına yol açabilir. Burada her şekli aykırılık aynı zamanda hak ihlaline de yol açar gibi toptancı bir iddianın ileri sürülmesi mümkündür; ancak böyle bir iddianın gerçeğe ilgisi bulunmamaktadır. Gündüz yapılması gereken arama gece yapılmışsa, bundan başka hiçbir hukuka aykırılık söz konusu değilse, burada hangi hak ihlal edilmiştir. Hiçbir hak ihlal edilmemiştir. Sadece şekli aykırılık söz konusudur." (Bahri Öztürk-Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Özge Sırma-Yasemin Saygılar-Esra Alan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 376) şeklinde görüş bildirmişlerdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de P.G.-J.H/Birleşik Krallık ve Khan/Birleşik Krallık davalarında; soyut şekilde hukuka aykırı delillerin dışlanmaması gerektiğine işaret etmiş, somut olay dikkate alındığında, hukuka aykırı da olsa delilin kullanılmasının söz konusu olabileceğini, asıl önemle üzerinde durulması gereken hususun, yargılamanın bütün olarak adil olup olmadığı konusu olduğunu belirtmiştir.” Bkz. YCGK, 03.06.2014 tarih, E.2013/10-612, K. 2014/302 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

“YCGK'nın arama esnasında iki arama tanığının bulundurulmamasının sonuca etkili olmayan nisbi aykırılık olduğuna ilişkin kararı olsa da Anayasa Mahkemesi'nin, 19.11.2014 tarih ve 2013/6183 Başvuru Numaralı Kararında, ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmadan yapılan arama sonucunda elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermesi üzerine YCGK, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı karşısında bu kabullerinden vazgeçtiğini açıkça belirtmiştir. YCGK, 28.04.2015 tarih, 2013/464, 2015/132 sayılı Kararında, her ne kadar 26.06.2007 gün, 147-159 sayılı ve 13.03.2012 gün, 278-96 sayılı CGK kararlarında sırf arama sırasındaki şekle ilişkin bu koşulun ihlal edilmesine dayanarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı ve ele geçen delillerin de “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelenemeyeceği sonucuna ulaşılmış ise de, Anayasa Mahkemesi'nin konutta arama tanıkları hazır bulundurulmadan yapılan arama ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdiğinden, mevcut içtihatların yeniden gözden geçirilmesi gerektiği belirtilerek, CMK'nın 119/4. maddesinin amir hükmüne aykırı olarak kapalı alanlarda yapılan aramalarda o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmadan icra edilmişse aramanın hukuka aykırı olduğunun ve arama sonucu elde edilen suç konu eşyanın hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu açıklanmıştır.”Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2015-8120-k-2015-8111-t-7-12-2015>, 08.06.2018.

aykırı delilden türemiş delillerin de hukuka aykırı delilin uzak etkisi gereği kabul edilmeyeceği⁶⁴⁷ belirtilmiştir.⁶⁴⁸

Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramına dahildir.⁶⁴⁹

Hukuka aykırı delillerin elde edilişlerinin doğrudan ya da dolaylı olmasının önemi yoktur. Örneğin işkence ile bir ikrar elde edilmiş, bu ikrar sayesinde de suç aleti ve başkaca önemli deliller hukuka aykırı bir yöntemle elde edildiğinden ceza muhakemesinde kullanılması kesinlikle mümkün değildir.⁶⁵⁰ Suçunu ikrar eden sanık üzerindeki her türlü baskı, işkence ve kötü muamele ikrarın geçerliliğini bozar. Kadı sanığı itirafa zorlamamalıdır.⁶⁵¹ Yargıtay, ifade alma ve sorgu sırasında işkencenin önlenmesi için cesur kararlar vermiştir. İkrarın delil niteliğinde olabilmesi için; ikrar olunan olayın mümkün olması, hakim huzurunda olması, geri alınmaması ve yan delillerle desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁵² Yasak usullerle elde edilmiş ifadeler hiçbir şekilde duruşmada okunamaz, bu ifadeye tanık olan kişilerde tanık olarak dinlenemez.⁶⁵³ Yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen deliller ne ceza muhakemesinde ne de başka bir muhakemede kullanılamaz.⁶⁵⁴ AY m.38 gereği bu kural sadece ceza muhakemesinde değil, tüm muhakeme hukuklarında geçerlidir.

⁶⁴⁷“Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıtlar dışındaki diğer kanıtların mahkumiyet için yeterli olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. ...Görüldüğü gibi, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C.Başsavcılığı'nca, ihbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbarın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Diğer yünden, dosyada sanığa ait bir ikrar bulunmadığı gibi, bir an için sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi, maddi kanıtlarla desteklenmeyen ve özgür irade ürünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir.” YCGK, 17.11.2009 tarih, E.2009/7-160, K.2009/264 sayılı kararı. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁴⁸ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 762.

⁶⁴⁹ AYM'nin 22.06.2001 tarih 2-2 sayılı kararı. Bkz. Yener Ünver, Hakan Hakari, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 615.

⁶⁵⁰ Öztürk, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, s. 134.

⁶⁵¹ Mehmet Akman, **Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması**, İstanbul, Eren Yayıncılık, 2004, s. 64.

⁶⁵² YCGK, 02.04.1985, 6/511-182 sayılı kararı. Bkz. Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 115.

⁶⁵³ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 247.

⁶⁵⁴ Koca, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, s. 145.

Disiplin soruşturmaları ile kabahatlerin muhakemesinde de hukuka aykırı delile dayanılmaz.⁶⁵⁵ AY m. 38. gereği kamu görevlisi olmayan üçüncü kişiler tarafından da hukuka aykırı yollarla delil elde etmenin yasaklanmış olduğunu söyleyebiliriz.⁶⁵⁶ Kullanılması temyiz sebebi olacak ve hüküm mutlak surette bozulacaktır.⁶⁵⁷

Hukuka aykırı olarak elde edilen delil vasıtasıyla ulaşılan, yani elde edilen diğer deliller de ceza muhakemesinde kullanılmaz. “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” kuralı çerçevesinde değerlendirme yasağının uzak etkisi kabul edilmektedir.⁶⁵⁸ Yasaya aykırılık varsa bu aykırılığın mutlak ya da nisbi olmasına bakılmaz ve bu şekilde elde edilen kanıtlar Türk ceza yargılaması sisteminde kullanılmaz.⁶⁵⁹ Türk hukukunda her hangi bir ayırım yapılmamıştır, hukuka aykırı delilden türeyen ve kendisi de hukuka aykırı olan türemiş delil de aynı hükümlere tabidir.⁶⁶⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2010 yılında vermiş olduğu Gafgen/Almanya kararı öncelikle işkence tehdidinin AIHS’in 3. maddesi kapsamında insanlık dışı davranış oluşturduğunu ve bu şekildeki bir davranışın, birinin hayatı tehlikede olsa dahi haklı görülemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁶¹ Onbir yaşındaki bir çocuğun hayatını kurtarmak saikiyle, şüpheli Magnus Gafgen’den işkence tehdidi ile alınan ikrardan yola çıkılarak elde edilen delillerin, şüphelinin ikrarının doğrulanması için kullanılmasının, yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediği hem Alman Mahkemeleri hem de AIHM tarafından tartışılmıştır. Sonuçta hem ulusal mahkemeler hem de AIHM, şüpheliden işkence tehdidi ile alınan ikrarın hukuka aykırı olduğunun ve bunun yargılamada kullanılmayacağını, şüpheliye yargılama başlamadan önce bildirildiğini; buna rağmen şüphelinin kendi isteğiyle ikrarda bulunduğunu, hukuka aykırı olarak alınan ikrardan yola çıkılarak elde edilen maddi delillerin yalnızca şüphelinin hukuka uygun olarak verdiği

⁶⁵⁵ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 757-758; Parlar, **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre CMK El Kitabı**, s. 522.

⁶⁵⁶ Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gafgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 111, 2014, s. 402, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1370>, 08.06.2018.

⁶⁵⁷ Koca, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, s. 145.

⁶⁵⁸ Koca, **A.e.**, s. 145.

⁶⁵⁹ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 616.

⁶⁶⁰ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 762.

⁶⁶¹ Dülger, **a.g.e.**, s. 328.

ikrarlarının doğruluğunun denetlenmesinde kullanıldığını ve bunun yargılamayı adil olmayan bir hale getirmediğini belirtmişlerdir.⁶⁶² Kararda önceki ikrarların delil olarak kullanılmadığı belirtilmiştir.⁶⁶³

CMK m.230/1-b’de mahkumiyet hükmünün gerekçesinde “*Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.*” gerektiği belirtilmiştir.

CMK m.289/1-i bendinde “*Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.*” hukuka kesin aykırılıklar arasında gösterilmiş ve mutlak bozma nedeni sayılmıştır.⁶⁶⁴

Delilin hukuka aykırı olduğunun tespiti durumunda, yukarıdaki maddelerden hukuka aykırı delilin dosya içinde tutulması gerektiği anlaşılmaktadır. Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde hukuka aykırı delillerin açıkça gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca delilin hukuka aykırı olduğu kararı denetime açık olmalıdır. Bu nedenlerle hukuka aykırı deliller dosya içinde tutulmalıdır.⁶⁶⁵

İfade alma ve sorgu yöntemlerinin ve usulün doğasında bulunan yorucu, üzücü, kaygı ve stres doğurucu nitelik, irade serbestliğini bozmadığı sürece ve bu süreç, kişinin fiziki veya manevi direncini bozmaya yönelik olarak yıpratıcı özelliğini sistematik biçimde arttırmayı amaçlayan tarzda kasten uygulanmadıkça, işkence veya benzeri zalimane veya insanlıkdışı muamele oluşturmayacağı belirtilmiştir.⁶⁶⁶

Öğretide bir kısım yazarlarca narkoanaliz (gerçeklik serumu), yalan makinası, hipnotizma gibi araçlar kişinin iradesini kırııcı, ruh ve beden bütünlüğüne saldırı niteliği taşıdığı için kabul edilemez bulunmuş ve işkence olarak değerlendirilmiştir.⁶⁶⁷ CMK m.148’de belirtilen ilaç verme, yorma, aldatma, bazı araçları uygulama, kanuna aykırı vaatte bulunma gibi davranışların algılama ve irade yeteneğini etkileyen fiiller olduğu söylenmiş, narkoanaliz, yalan makinesine

⁶⁶² Dülger, **a.g.e.**, s. 325.

⁶⁶³ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 750.

⁶⁶⁴ Mert Asker Yüksektepe, **Bölge Adliye Ceza Dairelerinin Bozma İlamlarına Göre Hukuku Kesin Aykırılık**, İstanbul, Aristo yayınevi, 2018, s. 27.

⁶⁶⁵ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 764.

⁶⁶⁶ Önok, **a.g.e.**, s. 438.

⁶⁶⁷ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 93.

bağlama, hipnoz gibi durumların da algılama ve irade yeteneğini etkileyen hareketler olduğu belirtilmiştir.⁶⁶⁸ Mağdurun dayanma gücünü kırmaya, onu güçten düşürmeye, ikrar veya beyanda bulunması halinde bunun kendisi için iyi olacağına, kurtulacağına yönelik imalarında işkence kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶⁹

Bizimde katıldığımız aşağıdaki görüşe göre insan onuruna aykırı olmasına rağmen acı ya da eza vermeyen fakat kişiliği yok etmeye yönelik modern yöntemler açısından kıstas fiilin haksızlık içeriği, ağırlığı olmalıdır.⁶⁷⁰

İşkence yasağının amacı ceza muhakemesi hukukunun usulüne uygun yürütülmesini temin etmek değildir. İşkence suçuyla korunan hukuki yarar delil yasaklarına yüklenen işlevlerin tamamıyla uyuşmamaktadır.⁶⁷¹ CMK m.148'deki yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinin her birinin asgari ağırlık düzeyine ulaşmaması sebebiyle her zaman işkence suçunun oluştuğunu söylemek mümkün olmaz. CMK m.148 sadece işkenceyi önlemek amaçlı yapılan bir düzenleme değildir, maddede sayılı işkence diğer ve insanlık dışı davranışlardan şüphelinin veya sanığın haysiyetini korumak, onun ceza muhakemesinde maddi gerçek aranırken bir obje haline getirilmesini önlemektir.⁶⁷² Bunun yanında işkence suçu, insanca olmayan belirli ağırlığa sahip nitelikteki fiilleri cezalandırmak için öngörülen bir kavramdır.⁶⁷³ Bundan dolayı her işkencenin delil yasağına yol açtığı fakat her delil yasağının işkence olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.⁶⁷⁴

Yukarıdaki bölümde de açıkladığımız üzere kişiye kanuna aykırı menfaat vaat⁶⁷⁵ edilmesi, örneğin “konuşması halinde ödüllendirilip serbest bırakılacağına” söylenmesi” mağduru irade dışı davranmaya sevk eder insan onuruna aykırıdır ve irade yeteneğini de etkilemektedir. Ancak bunun işkence suçuna dahil edilebilmesi için belli bir vahamet taşıması, mağdurun maruz kaldığı saldırının bu nitelendirmeyi

⁶⁶⁸ Meran, **a.g.e.**, s. 248.

⁶⁶⁹ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 566.

⁶⁷⁰ Önok, **a.g.e.**, s. 441.

⁶⁷¹ Önok, **A.e.**, s. 443.

⁶⁷² Öztürk, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, s. 133; Önok, **a.g.e.**, s. 438 vd.

⁶⁷³ Önok, **a.g.e.**, s. 443.

⁶⁷⁴ Önok, **A.e.**, s. 438 vd.

⁶⁷⁵ Koca'ya göre CMK m.148'de belirtilen “aldatma” ve “kanuna aykırı vaatte bulunma” gibi yasak sorgu yöntemleri de insan haysiyetine ve özgür iradeye aykırıdır, bu nedenle işkence teşkil ederler. Önok, uluslararası içtihatlarda ve mukayeseli hukukta kabul edilen asgari eşik kriterinin tümüyle devre dışı kalacağı nedeniyle bu düşünceye karşı çıkmıştır. Bkz. Önok, **a.g.e.**, s. 443.

haklı kılması gerekmektedir.⁶⁷⁶ “Kişiyi yasa dışı yarar vaat edilmesi, aldatılması gibi uygulamalarda çoğu zaman insan onuruna ağır müdahale söz konusu olmaz.”⁶⁷⁷ Örneğin polis tarafından ifadesi alınan şüphelinin, itiraf halinde ceza almayacağı vaadiyle kandırılması halinde CMK m.148’de belirtili yasak ifade alma yöntemi mevcuttur. Ancak burada işkence suçunun oluştuğunu söylemek mümkün değildir.⁶⁷⁸ Yasak ifade alma sorgu yöntemlerine başvurulduğu vakit, mağdurun maruz kaldığı saldırının ağırlığı bu nitelendirmeyi gerekli kılmadıkça, yani insan onuruna yapılan saldırı ya da verilen zihinsel veya fiziksel acı belli ağırlık düzeyine ulaşmadıkça işkence suçundan bahsedilmemelidir.⁶⁷⁹

Yasak sorgu yöntemlerine başvurulduğunu öğrenen hakim bu durumu derhal araştırmalıdır. Bu öğrenme savunma makamının ileri sürmesi ile olabileceği gibi re’sen hakim de buna karar verebilir.⁶⁸⁰ Bu iddialar yargı organı tarafından dikkate alınmadığında hem yasak deliller kullanılmış olacak, hem de bu yöntemlere başvuranlar yaptırımdan kurtulacaktır. Bu ise yargı organına güveni azalttığı gibi iktidarın meşruluğunu da tartışılır hale getirecektir.⁶⁸¹

Yukarıdaki düzenlemelerden anlaşılabileceği üzere devlet yasak sorgu yöntemlerini ve bu yöntemlere başvuranları onaylamadığını yönetsel, yargısal ve yasama organı çalışmaları ile göstermeli, bunu iyice belletmelidir.⁶⁸²

⁶⁷⁶ Önok, **A.e.**, s. 441,445.

⁶⁷⁷ Önok, **A.e.**, s. 442.

⁶⁷⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 293.

⁶⁷⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 445; Aksi görüş için Bkz. Bakım, **a.g.e.**, s. 152,153.

⁶⁸⁰ Bayraktar, İşkenceyi Önlemenin Yolları, s. 190.

⁶⁸¹ Bülent Algan, “İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2011, s. 27.

⁶⁸² Kibar, **a.g.e.**, s. 67.

ÜÇÜNCÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ, YARGILAMA USULÜ, SUÇUN YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

A. Teşebbüs

Suç belli bir süreç içinde gerçekleştirilmektedir. Bu süreçte fail, belli bir suçu işlemek için karar vermekte, daha sonra bunun icrasına yönelik olarak hazırlık yapmakta ve son olarak icra hareketlerinin yerine getirilmesiyle veya neticenin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmaktadır. İcrasına başlanan fakat elde olmayan nedenlerle tamamlanmayan suça teşebbüs aşamasında kalmış suç denilmektedir.¹

TCK m.35/1’de “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” denilerek suça teşebbüs tanımlanmıştır.

Teşebbüsten söz edebilmek için suçun işlenmek istenmesi, suçun kasten işlenebilen bir suç olması, gerçekleştirilen bir fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması, neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması, suçun icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte, bu hareketlerin tamamlanamamış olması veya kanuni tanımdaki neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.²

Suçta teşebbüs durumunda kanuni tanıma göre eksik kalan husus, sırf hareket suçlarında icra hareketlerinin tamamlanamamış olmasıdır. Suçun kanuni tanımında ayrıca neticeye yer verildiği suçlarda ise, icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleştirilememesidir.³

¹ Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2011, s. 331.

² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Uygulamalı Ceza Hukuku :Genel Hükümler, Özel Hükümler, Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 73.

³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 331.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun m.35'in gerekçesinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımının kaldırıldığı, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından, teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alındığı belirtilmektedir. Böylece teşebbüs derecesinde kalan suçun cezasından yapılacak indirim oranının belirlenmesi, meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı dikkate alınarak yargı mercileri tarafından takdir edilecektir.⁴

İşkence, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştirilmesidir.⁵ Bedensel veya ruhsal yönden acı çekmeye yol açacak davranışların yapılması yeterlidir. Buna karşılık mağdurun duyarsızlığı ya da fiziki yapısının dayanıklı olması gibi kişisel durumundan kaynaklanan sebeplerden dolayı acı duymamış olması suçun tamamlanmasına engel değildir. Yapılan hareket bu türden sonuçları doğurmaya elverişli olduğu takdirde suç oluşur.⁶ Suç tipinde öngörülen tipik zararın gerçekleşmesinin anlamı suçla korunan hukuki yararın zedelenmiş olmasıdır. Zararlı neticenin doğması bakımından örneğin bedensel bütünlüğün ihlal edilmiş olması şart değildir. Önemli olan husus hareketin objektif niteliği itibarı ile bu türden neticeleri doğurmaya elverişli olmasıdır.⁷ Kamu görevlisi hareketlerine başladıktan sonra engel bir nedenin çıkması sonucu icra hareketlerini tamamlayamazsa teşebbüs söz konusu olacaktır.⁸

Mağduru falakaya yatırmak üzere hazırlanmış polis memurlarının son anda yakalanması,⁹ kişinin çırılçıplak soyundurulup insanların izlemesini sağlamak isterken polisin gelmesiyle bu amacın gerçekleştirilememesi,¹⁰ işkence yapmak amacıyla mağdurun eline elektrik kablosu bağlanırken, amirin gelerek buna engel

⁴ Bakım, **a.g.e.**, s. 169.

⁵ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 291; Başbüyük, **a.g.e.**, s.1476, 1477.

⁶ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 573; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3149; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 299; Önok, **a.g.e.**, s.476; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 280; Başbüyük, **a.g.e.**, s.1477.

⁷ Önok, **a.g.e.**, s.476.

⁸ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 291.

⁹ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 280.

¹⁰ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 217.

olması ve böylece icra hareketinin failin elinde olmayan nedenle tamamlanamaması durumunda olduğu gibi.¹¹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.94'te de tehdit yoluyla gerçekleştirilen işkence bakımından, failin mağduru tehdit etmesiyle suç tamamlanacağından teşebbüs mümkün olmayacaktır.¹²

İşkence suçunun bir diğer seçimlik hareketi olan mağdurun aşağılanması yol açacak hareketler bakımından da teşebbüs söz konusu olabilir. Bir davranışın aşağılayıcı olup olmadığı o hareketin tam olarak ortaya konmasıyla mümkün olacağından aşağılayıcı hareketlerin başlangıcının tespit edilmesinin zor olacağı ifade edilmiştir. Bazen mağdurun bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine yönelik hareketler yarım kalsa da, suçun tamamlanmayan kısmını oluşturan hareket aşağılayıcı olabilir. İkrar elde etmek için elektrik verilmek istenen sanığın çamaşırlarının çıkarıldığı anda karakola gelen savcı tarafından suçun engellenmesi durumunda kendisine elektrik verilmemiş olsa da görevli polis memurları tarafından çıplak bırakılan sanık aşağılanmıştır.¹³

İşkence suçunda fiil sistematik bir hal alması gerektiği için bu suça teşebbüs zor gözükmektedir. İşlenen fiil sistematik hal alınca suç tamamlanmış olmaktadır. İnsan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren, algılama veya irade yeteneğini etkileyen veya aşağılayan fiillerin sistematik uygulama halini aldığı ana kadar gerçekleştirilen hareketlerin işkence kastıyla işlendiğinin tespiti halinde teşebbüsü oluşturacaktır.¹⁴

TCK m.36 “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” hükmü gereği failin gönüllü vazgeçmesi durumunda teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı vazgeçme anına kadar uygulanan hareketlerin oluşturduğu suçlardan dolayı sorumlu tutulacaktır.

¹¹ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 107.

¹² Bakım, **a.g.e.**, s. 171.

¹³ Önok, **a.g.e.**, s. 479; Bakım, **a.g.e.**, s. 173.

¹⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 255.

Örneğin sadece kasten yaralama, hakaret gibi suçlardan sorumluluk gündeme gelecektir.¹⁵

Vazgeçme aşamasına kadar örneğin kasten yaralama suçunun gerçekleştiği düşünülürse, TCK m.94/5 maddesi uyarınca amir hakkında ya da ihmal de bulunan başka fail hakkında TCK m. 88 hükmü yani kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi hali uygulanacaktır. TCK m.88 gereği indirimde yapılabilecektir. Çünkü TCK m.94/5'teki indirim yapılmaması hali işkence suçu için öngörülmüştür.¹⁶

İşkence suçu kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suç olduğu için bu sıfatı taşımayan kişilerin bu suçu işlemeye teşebbüs etmesi mümkün değildir. Çünkü özgü suçlarda ceza normu belirli sıfatı taşıyan kişilere yöneliktir ve bu sıfatı taşımayan kişi ceza normunun muhatabı olmaz, dolayısıyla davranışları özgü suça aykırılık teşkil etmez.¹⁷

B. İştirak

Suçta iştirak, tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun icrasına, nedensellik değeri taşıyan hareketler yaparak maddi veya manevi nitelikte katkı sağlamaktır.¹⁸ Türk Ceza Kanununda suçta iştirak faillik ve şerikliği kapsayan bir üst kavram olarak kabul edilmiş olup, şeriklik ise azmettirme ve yardım etmeyi kapsamaktadır.¹⁹

Azmettiren ve yardım eden, yani şerik, suçun icrasına iştirak etmekle beraber, kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirmeyen suç ortaklarıdır. Bu suç ortaklarının gerçekleşen fiilden sorumlu tutulabilmesi failin icra ettiği fiile bağlı olup, bu husus TCK m.40'taki bağlılık kuralında açıklanmıştır.²⁰

Şerikin sorumlu tutulabilmesi için icrai ya da ihmali davranışta bulunması gerekir, şerikin suçun konusu ile doğrudan bağlantısı yoktur ancak, suçun faili ile doğrudan ilişkisi söz konusudur.²¹

¹⁵ Koca, Üzülmüş, **A.e.**, s.255.

¹⁶ Meran, **a.g.e.**, s. 256.

¹⁷ Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 254; Üzülmüş, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 240; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 972.

¹⁸ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 721.

¹⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 360.

²⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 723.

²¹ Artuk v.d., **A.e.**, s. 764; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 542.

Suçun yasal tanımındaki fiili gerçekleştiren (fail veya müşterek fail) hukuksal değeri doğrudan ihlal etmesinden dolayı sorumlu olmakta iken, yasal tanımdaki davranış dışında herhangi bir fiille suçun oluşmasına nedensel katkıları bulunanlar (yardım eden veya azmettiren), fail tarafından gerçekleştirilen bu (doğrudan) hukuksal değer ihlaline katılmak suretiyle suçla korunan hukuki değeri dolaylı olarak ihlal etmekte ve buna bağlı olarak sorumlu olmaktadır. Kanuni tanımdaki fiili bizzat gerçekleştirmemesinden dolayı suçla korunan hukuksal değeri bizzat ihlal edemeyen şerikin sorumluluğu failin hukuksal değer ihlaline sebebiyet vermesine bağlıdır. Yani bağıllık kuralı faillik statüsüne sahip olmayan fakat suçun gerçekleşmesine nedensel katkı sağlayan suç ortaklarının işlenen fiilden sorumlu olmasını sağlamaktadır.²²

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bağıllık kuralı kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirmeyen şerikin yani azmettiren ya da yardım edenin sorumlu tutulması için gerekli olan fiil hakimiyetinin ve özgü suçlarda özel faillik niteliğine sahip olmayan şerikin, yani azmettirenin ya da yardım edenin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi için özel faillik niteliğinin yerine ikame olmaktadır. Buna bağıllık kuralının çifte fonksiyonu denmektedir.²³

Fiil üzerinde hakimiyet kuramadığı ya da özel faillik vasfını taşımadığı için fail olarak nitelendirilemeyen suç ortağı, fiilden bağıllık kuralı aracılığıyla sorumlu olacaktır.²⁴

Kanunlarda bazı suç tipleri vardır ki, bu suçlar tarif edilirken suçun failinin belli şahsi özelliklerinin belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Bu sebeple söz konusu suçlarda ancak kanuni tarifte belirlenen vasıfları taşıyan kişiler fail olabilmektedir.²⁵ Özel bir yükümlülüğün ihlalinin söz konusu olduğu suçlarda fail, ancak bu özel yükümlülük altında olan kişiler olabilecektir.²⁶

İşkence suçunun faili kamu görevlisi olması nedeniyle fail yönünden özgü (mahsus) bir suçtur. Özgü suçlara iştirakın ne şekilde cezalandırılacağı TCK m. 40/2’de “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak

²² Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 953.

²³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 764.

²⁴ Artuk v.d., **A.e.**, s. 764.

²⁵ Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 165.

²⁶ Özgenç, **A.e.**, s. 171.

sorumlu tutulur.” şeklinde belirtilmiş, TCK m.94/4’de “*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*” denilerek bağıllık kuralına istisna getirilmiştir. Bu kuralın nasıl anlaşılacağı tartışma konusudur. Öğretide bir görüşe göre TCK m.94/4 düzenlemesinden anlaşılması gereken, kamu görevlisi olmayıp işkenceye iştirak eden kişinin artık TCK m.40/2 gereği sadece azmettiren veya yardım eden olarak değil, iştirakin durumu hangi iştirak şeklini gerektiriyorsa ona göre cezalandırılacaktır. Normal şartlarda fail olarak sorumlu tutulamayan sivil şerik, hareketin niteliğine göre doğrudan ya da birlikte fail olarak da cezalandırılabilecektir, iştirak durumuna göre yardım eden olarak da sorumlu tutulması mümkündür. Suça olan katkısına göre cezalandırılacaktır. Yardım edenleri asıl fail gibi cezalandırmak zarar ve sübjektif sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmaz.²⁷ Bu görüş kabul edilecek olursa işkence suçunun özgü suç olmayacağı, birinci fıkrafta geçen kamu görevlisi ibaresini içeren tanımın bir anlamının olmayacağı belirtilmiştir.²⁸

Öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre işkence suçuna iştirak eden herkesin suçun işlenmesinde işlediği rol ne olursa olsun, birlikte fail olarak suçun tam cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.²⁹ Bu durumda örneğin karakolda çaycılık yapan kişi işkenceye katılıp mağdura karşı kasten yaralama niteliği taşıyan filler işlemesi halinde birlikte fail olacaktır.³⁰ İşkence suçu özgü suç niteliğinde oluşu için ancak failin sıfatını bilerek suça katılan kişi suç ortağı sayılır.³¹

İşkence suçuna verilen önem nedeniyle kanun koyucu özel hüküm koymuş, iştirakte genel hükümlerden ayrılmıştır.³²

Kanundaki bu düzenlemeyle işkence suçunun işlenişine iştirak eden ancak kamu görevlisi olmayan özel kişilerin, sadece kamu görevlisi olmamaları sebebiyle yardım eden olarak daha az cezayla cezalandırılmasının önüne geçilmek istenilmiştir.³³

²⁷ Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 366, 367; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 255, 256; Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 217,218; Soyaslan, **a.g.e.**, s. 209.

²⁸ Önok, **a.g.e.**, s.482.

²⁹ Önok, **a.g.e.**, s. 482; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 302; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 82; Bakım, **a.g.e.**, s. 174; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 280, 281; Şen, **a.g.e.**, s.331, 332; Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1478.

³⁰ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 280, 281.

³¹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 302.

³² Soyaslan, **a.g.e.**, s. 209.

³³ Bakım, **a.g.e.**, s. 99.

Kamu görevlisinin işlediği işkence suçuna diğer bir kamu görevlisinin katılması halinde iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır ve her kamu görevlisi suça olan katkısına göre kanunun öngördüğü şekilde cezalandırılır. TCK m.37-41’de bu durum düzenlenmiştir.³⁴ Kişiyi, özgü (mahsus) suçun işlenişinden fail olarak sorumlu tutabilmek için kişinin kanuni tariftaki fiil üzerinde hakimiyet kurması gerekir. Yani kanuni tariftaki fiilin oluşum seyrine hakim olması gerekir. Aksi durumda suçun işlenişine katkıda bulunan kişi özel yükümlülük altında olsa da özgü suçtan ancak genel hükümler gereği azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacaktır.³⁵

Öğretide bir görüşe göre kamu görevlisi olmayan kişilerin işkence suçuna katılabilmelerinin ön koşulu, kamu görevlisi olan bir kişinin işkence suçunu işlemesidir, suça katılanların hiçbiri kamu görevlisi değilse işkence söz konusu olmayacak, eziyet suçu oluşacaktır.³⁶

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre kamu görevlisinin, bu niteliği taşımayan kişiyi, 3. bir kişiye işkence yapması hususunda zorlaması durumunda, dolaylı fail konumundaki kamu görevlisine fiili kendisi gerçekleştirmiş gibi işlem yapılacağı, suçta araç olarak kullanılan kişi işkence suçu için gerekli özgü sıfata haiz olmasa da, dolaylı failin işkence suçundan sorumlu tutulacağı savunulmaktadır. Suçun doğrudan failinin kamu görevlisi olmaması nedeniyle suçun eziyet olarak nitelendirilmesi, kamu görevlisinin de dolaylı fail olarak faili eziyet etmeye zorladığından bahsedilmesi kamu görevlisinin sorumluluğunu yersiz şekilde azaltacaktır. Bu sebeple suçun asli faili dolaylı fail olarak kabul edilmelidir.³⁷

TCK m.94/5’te “*Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*” şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu hüküm sayesinde, işkence faillerinin tespit edilemediği olaylarda, en azından hangi birimde olayın gerçekleştiğinin tespiti kaydıyla, kişilere işkence yapıldığını görmesine

³⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 255; Üzülmüş, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu**, s. 241.

³⁵ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 171; Aydın, **a.g.e.**, s. 200.

³⁶ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3149.

³⁷ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 303; Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 367.

rağmen, bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına seyirci kalan amir konumundaki kamu görevlisinin sorumlu tutulması mümkündür.³⁸

TCK m. 40/3'te *“Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”* denilerek suçun icra hareketlerine başlanmış veya ortada en azından cezalandırılabilir bir teşebbüsün olması gerektiği anlaşılmıştır.³⁹

TCK m.41/1'de *“İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.”* denilerek gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçmeden faydalanır, çünkü gönüllü vazgeçme cezaı kaldıran bir şahsi sebeptir.⁴⁰

Uygulamada, işkenceye maruz kalan kişiyi muayene eden doktorun, işkence bulgularına rağmen bunu raporunda göstermemesi durumuna da rastlanmaktadır. Bunu TCK'nın aşağıdaki hükümlerini göz önüne alarak değerlendirmek gerekmektedir.

TCK m.204/2'de *“Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır.

TCK m.210/2'de *“Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”* hükmü yer almaktadır.

Yine TCK m.280'de *“Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

³⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 302.

³⁹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 765.

⁴⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 549.

Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” hükmü yer almaktadır.

Gerçeğe aykırı rapor düzenlemek durumunda işkence suçuna iştirak söz konusu olmaz. Çünkü tamamlanmış suça iştirak edilemeyeceği gibi, böyle bir durumda failde de iştirak iradesinin var olduğundan bahsedilemez. Bu nedenle kamu görevlisi konumundaki doktor hakkında TCK m. 204/2’de belirtili “resmi belgede sahtecilik”⁴¹ suçu oluşur.⁴²

TCK m.210 hükmü kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları için yapılmış bir düzenlemedir.⁴³

Ayrıca işkence suçunun işlendiğini yetkili makamlara bildirmeyen sağlık mesleği mensupları hakkında TCK m.280’e göre cezalandırılabilir.⁴⁴ Bu suçun oluşması için sağlık mesleği mensubu görevini yaptığı sırada, suç teşkil eden bir belirti ile karşılaşmalıdır. Bu işlenmiş bir suç olabileceği gibi işlenmekte olan bir suç da olabilir.⁴⁵

C. İctima

İştirak konusunda ele alınan husus birden çok failin bir fiilde bir araya gelmelerine bağlanan sonuçlar iken, içtima da ele alınacak husus birden çok fiilin bir failde toplanması halinde failin nasıl cezalandırılacağı hususudur.⁴⁶ Ceza hukukunda temel kural “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır.” ilkesidir. Bu kuralın istisnası, suçların içtimaı bölümünde toplanmıştır. İstisnalar dışında kalan her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi

⁴¹ “...Özetlenen bu oluş içerisinde, polis memurları sanıklar... ve ...'in maktul... ile katılanlar.... ve'e, sanık ...'in katılan'a, sanıklar, ... ve'nın maktul...e yönelik olan ve görevli bulundukları sahalarda sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde süreklilik arz eder şekilde gerçekleştirdikleri eylemlerinin işkence suçunu oluşturduğu, sanık ...'in ise tutukluları muayene etmeden rapor düzenlemek suretiyle resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği anlaşılmakla...” Bkz. Bkz. YCGK, E.2014/269, K.2017/108, 14.02.2017 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 01.04.2019.

⁴² Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 302; Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 217; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3162..

⁴³ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 302.

⁴⁴ Bakım, **a.g.e.**, s. 175.

⁴⁵ Rahim Erbaş, **Türk Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, İstanbul, On İki Levha Yay., 2015, s. 128,129.

⁴⁶ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 604.

gerekmektedir.⁴⁷ Suçların içtimasında bileşik suç (TCK m. 42), zincirleme suç (TCK m.43/1), fikri içtima (TCK m. 43/2, m.44) hususları incelenmektedir. Doktrinde ayrıca görünüşte içtima halleri de suçların içtimayı başlığı altında incelenmektedir.⁴⁸

1. Bileşik Suç

TCK m.42 “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*” hükmüyle bileşik suç tanımlanmış ve bu durumda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

İşkence fiilinin TCK m.94/ 2 ve 3 fıkralarında belirtildiği şekilde işlenmesi halinde bileşik suç hükümlerine göre hareket edilecektir.⁴⁹

TCK m.94/3’de “*Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” hükmü yer almıştır. İşkencenin cinsel taciz yoluyla işlenmesi halinde fail ayrıca cinsel tacizden sorumlu tutulmayacaktır.⁵⁰

TCK m.95 ile TCK m.87 neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller bakımından aynı olmakla birlikte farklılıklar da içermektedir. Bileşik suç kuralları gereğince işkence suçunda ortaya çıkan nitelikli haller durumunda fail ayrıca TCK m.87’den cezalandırılmayacaktır. TCK m.87’deki haller ayrıca TCK m.95’de gösterilmiştir. Burada bir suçun diğer suçun ağırlatıcı hali olması söz konusudur. Dolayısıyla faile TCK m.95 yanında ayrıca TCK m.87’den ceza verilmeyecektir.⁵¹

İşkence fiili sırasında kastın aşılması suretiyle ölüme neden olunması halinde yine TCK m.87/4 değil TCK m.95/4 maddesi uygulanacaktır.⁵²

İşkence oluşturan fiiller başka suçların unsuru olarak da yer almıştır. TCK m.77/1-c’de işkencenin insanlığa karşı suçlar arasında yer aldığı anlaşılmaktadır. İşkence eziyet veya köleleştirme suçun seçimlik hareketlerinden biridir. Dolayısıyla

⁴⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 781.

⁴⁸ Artuk v.d., **A.e.**, s.781,782.

⁴⁹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 256.

⁵⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 292.

⁵¹ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 108-109.

⁵² Meran, **a.g.e.**, s. 2456.

işkencenin siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi durumunda bu suç insanlığa karşı suçların bir unsurunu oluşturacağından bileşik suç hükümleri uygulanacak ve işkence insanlığa karşı suçların içinde eriyecektir.⁵³ İnsanlığa karşı suçlar, herhangi bir sivil topluluğa karşı geniş çapta veya sistematik bir saldırının parçası olarak gerçekleştirilen fiillerden oluşmaktadır.⁵⁴

İşkence oluşturan davranışlar TCK m.76'da öngörülen soykırım suçunu da oluşturabilecektir. “Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme”, “Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması” gibi seçimlik hareketler suçun seçimlik hareketlerinden sayılmıştır. Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı maddede öngörülen fiillerden birinin işlenmesinin soykırım suçunu oluşturacağı belirtilmiş olduğundan bu gibi fiillerden dolayı işkence suçundan ayrıca ceza verilemeyecektir.⁵⁵

Yine 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı kanunla yapılan değişiklikle TCK m.79/2-b'de göçmen kaçakçılığının “onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi” hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu durumda göçmen kaçakçılığı suçunun bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi durumunda TCK m.79/2-b ile TCK m.94 arasında bileşik suç ilişkisi ortaya çıkacak ve fail göçmen kaçakçılığından cezalandırılacak işkence suçundan ayrı bir ceza verilmeyecektir.⁵⁶

2. Zincirleme Suç

TCK m.43'de zincirleme suç “1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı

⁵³ Bayraktar v.d., a.g.e., s. 364.

⁵⁴ Ayşen Seymen Çakar, “İnsanlığa karşı Suçlar”, **TBB Dergisi**, S. 103, 2012, s. 184, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.trm2013-103-1231>, 08.06.2018.

⁵⁵ Bayraktar v.d., a.g.e., s. 365.

⁵⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 109.

suç sayılır. (Ek cümle: 5377 - 29.6.2005 / m.6) 'Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.'

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu durumda değişik zamanlarda bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı gerçekleştirilen işkence fiilleri bakımından zincirleme (müteselsil) suç hükümleri uygulanmayacaktır.⁵⁷ Her bir işkence hakkında gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.⁵⁸

İşkence teşkil eden hareketlerin sistematik ve süreklilik arz eder tarzda işlenmesi aranırsa (gerekçe bu yönde) o zaman kendi aralarında bir bütünlük teşkil eden birden fazla hareket tek bir işkence suçunu oluşturacaktır. Ancak kendi arasında işkence teşkil edecek yoğunluğa ulaşmış birden çok davranış sürecinin arasına belirli bir zaman dilimi girmişse artık yeni bir kastla tekrar suç işlendiği söylenebilir.⁵⁹

Failin mağdura suçun delillerini söyletmek, itiraf elde etmek, ya da başka bir sebeple değişik günlerde işkence yapması halinde, her bir işkence fiili bakımından TCK m.94'te tanımlı suç oluşmasına ve bir suç işleme kararının icrası kapsamında olmasına rağmen TCK m.43/3 gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak ve fail her fiilden ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁶⁰ Hareketlerin arasına kastın yenilendiğini gösterir belirli bir zaman dilimi girmesi halinde böyle bir uygulama yapılacaktır.⁶¹

Aynı mağdura hem bedensel veya ruhsal yönde acı çekmesine, hem algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, hem de aşağılanması yönelik hareketlerin aynı anda ya da art arda yapılması durumunda bunlar işkence suçunun seçimlik hareketleri olacağından tek suç oluşacaktır.⁶²

⁵⁷ Üzülmmez, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, s. 242.

⁵⁸ Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 256.

⁵⁹ Önok, **a.g.e.**, s.488; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 300.

⁶⁰ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 109.

⁶¹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 300.

⁶² Tezcan, Erdem, Önok, **A.e.**, s. 300.

3. Fikri İçtima

TCK m.44 “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” şeklindedir.

TCK m.44 hükmü fail tarafından gerçekleştirilen eylemin kanunun birden fazla hükmünü ihlal etmesini fikri içtima için yeterli görmüştür. Fikri içtima koşullarının gerçekleşmesi için “bir eylem” in olması ve “farklı kanun hükümlerinin ihlal” edilmiş olması yeterlidir.⁶³

İşkence fiilinin tehdit şeklinde ya da hakaret şeklinde gerçekleşmesi durumunda TCK m.94 ile TCK m.106 ve 125 arasında fikri içtima söz konusu olacağından failin sadece TCK m.94 ile cezalandırılması söz konusu olacaktır.⁶⁴

İşkence sırasında tokat atılması (TCK m.86 yaralama) durumunda da TCK m.44 hükmü gözetilerek sadece en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi yani işkence suçundan hüküm kurulmalıdır.⁶⁵

Fikri içtima hali işkence ile kasten yaralama ve kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçları arasında da söz konusu olabilmekle birlikte, bu iki suç TCK m. 95’de neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller olarak düzenlenmesi nedeniyle, belirtilen sonuçların gerçekleşmesi durumunda bileşik suç kurallarına (TCK m.42) göre hareket edilerek sorun giderilecektir.⁶⁶

TCK bakımından m.94 ile m.256 (zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması)⁶⁷ ve 257 (görevi kötüye kullanma) arasında özel-genel norm ilişkisi vardır. Bu nedenle m.256 ve 257 uygulanmayacaktır.⁶⁸ Bu durumda özel-genel norm, asli-tali norm, tüketen-tüketilen norm ilişkisinden hareketle sonuca varılmaktadır.⁶⁹ Bir olaya birden fazla norm uygulanabilir görünmektedir, ancak yalnızca biri uygulanmaktadır. Görünüşte içtima hali söz konusudur.

⁶³ Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 126.

⁶⁴ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 110.

⁶⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 972.

⁶⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 110.

⁶⁷ Demirbaş’a göre işkence suçu ile görevi kötüye kullanma suçu arasında özel-genel norm ilişkisi, işkence suçu ile zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu arasında asli-tali norm ilişkisi söz konusudur. Bkz. Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 108.

⁶⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 287.

⁶⁹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 782.

4. Gerçek İçtima

Yukarıda açıkladığımız fikri içtima uygulanırken fiil tekliği esas alınır. Fiil tekliği doğal anlamda hareketi, doğal hareket tekliğini ve tipik hareket tekliğini⁷⁰ ifade eder.⁷¹ Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için gerçekleşen suçlar bakımından fiilin aynı olması gerekir. Gerçekleşen suçlar bakımından icra hareketlerinin tam çakışması, örtüşmesi durumunda, fikri içtima açısından icra hareketlerinin tam ayniyeti söz konusudur. Birçok tipikliğin objektif icra hareketleri somut olayda tam örtüşüyorsa tam ayniyet söz konusudur. Bu durumda fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.⁷²

İşlenen suçlardan birine ait icra hareketlerinin diğer suçun icra hareketlerini kapsamaması veya her iki suçun icra hareketlerinin kesişmesi durumunda icra hareketlerinin kısmi ayniyetinden söz edilir. Bu durumda fikri içtimanın uygulanması doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda fikri içtima hükümleri uygulanmaz. Çünkü kısmi ayniyet halinde fiiller aynı değildir.⁷³

Fikri içtima için tam ayniyetin şart olmadığını kabul eden görüşe göre suç teşkil eden normların objektif tipindeki icra hareketlerinin kısmen örtüşmesi fiil aynılığı için yeterlidir.⁷⁴

İşkence cinsel davranışlarla mağdurun cinsel dokunulmazlığının ya da vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle yapıldığı takdirde fail ayrıca cinsel saldırı suçundan cezalandırılır.⁷⁵ Bu durumda TCK m.44'te "*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*" hükmünün getirdiği kural bertaraf edilmektedir.⁷⁶

⁷⁰ Fikri içtima için hukuki anlamda hareket tekliği esasının yerinde olacağı belirtilmiştir. Bkz. Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 810.

⁷¹ Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 780.

⁷² Akbulut, **a.g.e.**, s.781; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 810.

⁷³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 810.

⁷⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s.781; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 540 vd.

⁷⁵ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 292; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 281; Önok, **a.g.e.**, s.486; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 486; Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 361; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 109; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 256.

⁷⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 292.

Madde gerekçesinde de mağdur üzerinde gerçekleştirilen hareketlerin cinsel saldırı niteliği taşıması halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Öğretide diğer bir görüşe göre gerekçenin bağlayıcılığının bulunmadığı noktasından hareketle, işkence suçunda davranışın sistematik ve sürekli olmasının zorunlu olmadığı kabul edildiği takdirde, farklı sonuca varmanın mümkün olduğu, tek bir fiille hem cinsel saldırı hem de işkence suçunun oluşacağı belirtilmektedir. Konuşması için mağdurun ırzına geçilmesi⁷⁷ halinde, tek hareketle hem işkence hem de cinsel saldırı suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu çerçevede fikri içtima kuralları gereğince fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır.⁷⁸

Mağdura işkence edilmiş, ayrıca üzerinde bulunan parasının ya da değerli eşyasının alınması durumunda da iki ayrı suç oluşacaktır.⁷⁹

Failin işkenceyi gizlemek amacıyla mağduru öldürdüğü durumlarda iki ayrı suç oluşacak ve TCK m.94 ve 82/1-h maddeleri uygulanacaktır.⁸⁰ Böyle bir durumda suçların içtimaindan bahsedilemez. Fail başlangıçta itiraf elde etmek ya da başka bir sebeple işkence yapmış daha sonra da onu öldürmüştür. Ortada iki ayrı fiil ve iki ayrı suç bulunmaktadır.⁸¹

II. YARGILAMA USULÜ

An. m.129/son fıkrasında “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.*” denilerek 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması

⁷⁷ Şen’e göre işkencenin cinsel saldırı yoluyla gerçekleştirildiği halde ortada tek suç vardır. Bu sebeple 94. maddenin 1. fıkrası cinsel saldırı suçunun unsurları içine girmektedir. İşkence fiilinden bahsetmek için 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi kamu görevlisinin işkenceyi belirli bir maksatla yapmasının aranması gerektiği görüşündedir. Bundan vazgeçildiği için bir fiilden dolayı iki ayrı ceza verilmesi gibi bir sonucun ortaya çıktığı, dolayısıyla cinsel saldırı ve istismar fiillerinin de 94. maddenin 3. fıkrasına dahil edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Şen, **a.g.e.**, s.338.

⁷⁸ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1480.

⁷⁹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 972.

⁸⁰ Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 256; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 110.

⁸¹ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 110.

Hakkında Kanun gereği, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için “izin sistemi” getirilmiştir.

İşkence takibi şikayete bağlı olmayan re’sen soruşturulan suçlardır. Şikayet, ihbar ya da başka bir yolla suç işlendiğini öğrenen Cumhuriyet Savcısı derhal soruşturmaya başlayacaktır.⁸²

765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında memur suçu olması sebebiyle işkence failleri hakkında soruşturma yapılabilmesi 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre, soruşturma izni alınmasına bağlıydı.⁸³

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 2. maddesine işkence ile daha etkin mücadele amacıyla 02.01.2003 tarihinde 4778 sayılı Kanun ile “765 s. Türk Ceza Kanunu’nun 243) ve 245’inci maddeleri ile CMUK’un 154/4’üncü maddesinin kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu kanun hükümleri uygulanmaz” şeklinde 5. fıkra eklenerek 4483 sayılı kanunun izin sistemine takılmadan Cumhuriyet Savcılarının doğrudan soruşturma yapıp dava açmalarının önü açılmıştır.⁸⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında da 5252 sayılı Kanun’un m.3/1’e göre,⁸⁵ TCK m.94’te yer alan işkence ve TCK m.256’da yer alan zor kullanma yetkisinin sınırının aşılması suçları için halen yürürlükte olan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun izin sistemi uygulanmayacaktır.⁸⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da işkence suçunu işleyen kamu görevlileri hakkında soruşturma izni alınmaksızın Cumhuriyet Savcıları tarafından işkence suçu failleri doğrudan soruşturulacak, dava açılacaktır.⁸⁷

CMUK m.154/4 maddesi kapsamında soruşturmalardan anlaşılması gereken CMK m.161/5 maddesidir.⁸⁸

⁸² Bakıcı, **a.g.e.**, s. 972.

⁸³ Bakım, **a.g.e.**, s. 198.

⁸⁴ Demirbaş, **İşkence Suçu a.e.**, s. 68.

⁸⁵ 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 3. Maddesi “Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.” şeklindedir.

⁸⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 114.

⁸⁷ Bakım, **a.g.e.**, s. 198-199.

⁸⁸ Demirbaş, **İşkence Suçu a.e.**, s. 114.

Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri başlıklı CMK m.161/5 ve 6. fıkralarda, “(5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri (Ek ibare: 5353 - 25.5.2005 / m.24), en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü" uygulanır.

“(6) (Değişik: 2/1/2017-KHK-680/9 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/8 md.) Vali ve kaymakamların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine aittir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır.”⁸⁹ şeklinde doğrudan soruşturma yetkisi düzenlenmiştir.

Adliye ile ilgili görevler dışında kalan ve adliyeyle ilgili olmayan işleri yürüten diğer tüm kamu görevlileri açısından, CMK m.161/5 söz konusu olmayacağından, işkence suçunu işleyen ve adli görevle ilgisi olmayan kamu görevlileri için 4483 sayılı kanun uygulanacak, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 2. maddesine işkence ile daha etkin mücadele amacıyla 02.01.2003 tarihinde 4778 sayılı Kanun ile eklenen madde gereği yine doğrudan soruşturma yapılacaktır.⁹⁰

Belirtilen bu düzenlemeye Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m.26 ile istisna getirilmiştir. 2937 sayılı kanun m.26/1’de soruşturma izni “(Değişik: 17/2/2012 - 6278/1 md.) MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanı (...)⁹¹

⁸⁹ Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/>, 01.04.2019.

⁹⁰ Yılmaz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 139.

⁹¹ 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK’nin 152 nci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “veya Başbakan” ibaresi madde metninden çıkarılmış; ikinci fıkrasında yer alan “MİT Müsteşarlığına”, “MİT Müsteşarlığının” ibareleri sırasıyla “MİT’e”, “MİT’in” şeklinde; dördüncü fıkrasında yer alan “MİT Müsteşarı” ibaresi “Teşkilat Başkanı” şeklinde; altıncı fıkrasında yer alan

tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Cumhurbaşkanının iznine bağlıdır.”⁹² denilerek bu kişilerin soruşturulması Cumhurbaşkanı’nın iznine bağlanmıştır.

Hakimler ve savcıların bu suçu işlemesi halinde, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu uygulanacak m.82 “*Hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.*” hükmü gereği hakim ve savcıların “görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları” olduğunda haklarında soruşturma açılabilmesi için Adalet Bakanlığı’nın izni gereklidir.

Bu suçun kovuşturmasında görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun m.12 gereği Ağır Ceza Mahkemesi’dir.

Yetkili yargı mercii, işkenceyi oluşturan davranışların yapıldığı yerdeki adli merciidir.⁹³

TCK m.94/1 fıkrası hariç suçun yatırımının alt sınırı beş yıl hapis cezasını geçtiği için 5271 Sayılı CMK m.150/3 gereği zorunlu müdafî tayin olunmalıdır. CMK m.100/3-a-4 gereği bu suçlarda tutuklama kararı verilebilir. CMK m.135/8-a-3 gereği bu suçlarda şüpheli veya sanığın iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür.

TCK m.13/1-c gereği yabancı ülkede vatandaş veya yabancı tarafından işlenen işkence suçunda Türk yasaları uygulanacaktır. TCK m.18/1-3’de bu kişinin geri verme talebinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya

“MİT Müsteşarının” ibaresi “Teşkilat Başkanının” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/>, 01.04.2019.

⁹² 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK’nin 74 üncü maddesiyle, bu fıkra da yer alan “Başbakan” ibaresi “Cumhurbaşkanı veya Başbakan” şeklinde, “Başbakanın” ibaresi “Cumhurbaşkanının” şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanunun 70 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/>, 01.04.2019.

⁹³ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3165.

maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa talebin kabul edilmeyeceği belirtilmekteydi. Ancak TCK m.18, 5.5.2016 tarih ve 29703 sayılı R.G.'de yayımlanan, 23.4.2016 tarih ve 6706 sayılı Kanunun 36/ç maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.

23.4.2016 tarih ve 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nun 11/1-a ve 11/1-b maddesinde “*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, iadesi talep edilen kişinin Türk vatandaşı olması.*” ve “*İadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmayaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması.*” durumunda iade talebinin kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.

Yine 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.4'te belirtili geri gönderme yasağı kapsamında “*Bu kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.*” hükmü gereği yabancının geri gönderilemeyeceği belirtilmiştir. Aynı kanunun 55 ve 63. maddelerinde de geri gönderme yasağının benimsendiği görülmektedir.⁹⁴

III. YAPTIRIM

İşkencenin temel şeklinde failin cezası üç yıldan oniki yıla kadar hapidir. Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı işlenmesi halinde öngörülen ceza sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapidir.

⁹⁴ Aslı Bayata Canyaş, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”, **Hacettepe HFD**, C. V, S. 1, 2015, s. 73. (Çevrimiçi) <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C5S1makale4.pdf>, 08.06.2018.

Avukata veya diğerk kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde öngörülen ceza sekiz yıldan onbeş yıla kadar haptır.

Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, öngörülen ceza on yıldan onbeş yıla kadar haptır.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırmış hallerin gerçekleşmesi durumunda; m.95/1'e giren durumlarda m.94'e göre belirlenecek ceza yarı oranında, m.95/2'ye giren durumlarda m.94'e göre belirlenecek ceza bir kat artırılacaktır.

TCK m.95/3'te belirtilen durumda vücutta kemik kırılmasına neden olunması halinde ceza sekiz yıldan onbeş yıla kadar haptır.

TCK m.95/4'te belirtili fiil sonucu mağdurun ölmesi durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür.

İşkence ile daha etkin mücadele amacıyla 02.01.2003 tarihinde 4778 sayılı Kanun ile 765 Sayılı TCK m.245'e "*243'üncü madde ile bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez*" şeklinde 2. fıkra eklenmiştir.⁹⁵

Bu hükümler şu an yürürlükten kaldırılmış ve yerine TCK m.94 ve 95 getirilmiştir.

Cezanın alt sınırı TCK m.94/1'de üç yıl ve TCK m.94/2'de sekiz yıl hapis cezası olduğundan bu süreler TCK m.49/2 maddesinde belirtili kısa süreli hapis sayılmadığından TCK m.50 uyarınca adli para cezasına çevrilmeleri ve iki yılı aşmış olması nedeniyle TCK m.51. madde uyarınca ertelenmesi mümkün değildir.⁹⁶ Kural olarak bu şekilde görünse de bazı durumlarda aksi durumların ortaya çıkması mümkün olmaktadır.

Hapis cezasının ertelenmesini düzenleyen TCK m.51/1 "*İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.*" şeklindedir.

İşkence faili için hükmedilen ve alt sınırdan verilen hapis cezasına çeşitli indirimler uygulanmasıyla cezanın iki yıla inmesi, işkence suçunun teşebbüs aşamasında kalması, failin işkence suçunu olası kastla işlemesi, işkence suçunu

⁹⁵ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 68.

⁹⁶ Meran, **a.g.e.**, s. 261.

işleyen kamu görevlisinin altmış beş yaşını bitirmiş olması, yaş küçüklüğü gibi sebeplerle işkence suçunun cezasını erteleme kapsamında kalması mümkün gözükmemektedir.⁹⁷ Yukarıdaki sebeplerle faile verilecek ceza bir yılın altına düşerse bu ceza TCK m.50 gereği seçenek yaptırımlara çevrilebilecek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması⁹⁸ veya hapis cezasının ertelenmesi mümkün olacaktır.⁹⁹ İşkence suçu için öngörülen cezanın alt sınırı olan üç yıl, erteleme vb. hükümlerinin uygulanmasına olanak verecek kadar azdır.¹⁰⁰ Ceza alt sınırının artırılması yoluna gidilerek, ya da 765 Sayılı TCK m.245/2 maddesindeki gibi düzenleme yapılarak işkence suçunun cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının veya hapis cezasının ertelenmesinin önüne geçecek düzenlemenin daha yerinde olduğu kanaatini taşımaktayız.

AİHM 5271 sayılı CMK'daki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu işkence suçunda mahkumiyet hükümlerinin etkisiz kalmasına yol açması nedeniyle kabul edilemez tedbirler kategorisinde kabul etmektedir. Bu kurumun suçluların cezadan muaf tutulmasını sağladığı belirtilmektedir. AİHM 3 Temmuz 2012 tarihli Taylan/Türkiye kararında polis memurlarının başvurana işkence uyguladıklarına ilişkin 10 ay hapis uygulanmasına ve memurların 2 ay 15 gün kamu hizmetlerinden yasaklanmasına hükmeden, kararı hükmün açıklanmasının geri bırakılması şeklinde veren mahkemenin kararını, hakimlerin hukuka aykırı ciddi fiillere göz yumulamayacağını göstermekten ziyade, bu tür davranışların sonuçlarını en aza indirmek için kendi takdir yetkilerini kullandıkları kanaatine varmıştır. Bu davada AİHM, AİHS m. 3'ün usul yönünden ihlal edildiği kararı vermiştir.¹⁰¹ Bu durum hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun devletin pozitif ve usuli yükümlülüğü ile bağdaşmadığını göstermektedir.

⁹⁷ Bakım, **a.g.e.**, s. 196.

⁹⁸ AİHM, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231'de bulunan "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" kurumunu işkence suçunda mahkumiyet hükümlerinin etkisiz kalmasına yol açması nedeniyle kabul edilemez tedbirler kategorisinde kabul etmektedir. Bkz. Handan Yokuş Sevük, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 7, S. 20, 2012, s. 21, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/3039>, 02.04.2019.

⁹⁹ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 3164.

¹⁰⁰ Bakım, **a.g.e.**, s. 196.

¹⁰¹ Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 21, 22.

TCK m.94/1'deki cezanın alt sınırı üç yıl, üst sınırı on iki yıldır. Suçun basit hali bakımından hakime oldukça geniş takdir hakkı tanınmaktadır.¹⁰² Hakim cezayı belirlerken TCK m.61'deki kriterleri dikkate alarak işkence suçunun alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir. Örneğin seçimlik hareketlerden hepsinin birden yapılması durumunda cezanın artırılması yoluna gidebilecektir.¹⁰³ Bu konuda önemli olan hususlardan biri de, TCK m.61/1-g'de cezanın belirlenmesinde failin güttüğü amaç ve saik kriteridir. Terör örgütünü çökertmek, başkasının hayatını kurtarmak, yakın bir tehlikeyi önlemek, devleti korumak gibi bir takım amaçlarla işkence yapılmasını, failin güttüğü amacın iyi olmasına yorarak TCK m.61/1-g'yi fail lehine yorumlayıp cezayı alt sınırdan uygulamak işkenceye hoşgörü ile ya da anlayışla yaklaşım sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir.¹⁰⁴ Yine TCK m.62'de sayılan takdiri indirim sebeplerinin uygulanmasında işkencenin iyi bir amaçla yapıldığı, ya da kamu görevlisinin tecrübesizliği, bilgisizliği sebebiyle işkence suçunun işlendiği şeklindeki yaklaşımlardan mutlaka kaçınılmalıdır. Aksi durum yargı merciinin kamu görevlilerine verdiği çok tehlikeli bir mesaj olarak anlaşılabilir.¹⁰⁵

Hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak TCK m.53'teki hak yoksunluklarına hükmedilir. TCK m.53 uyarınca hak yoksunluğuna hükmedilmemesi hatta hak yoksunluğuna hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmesi durumunda sanık yararına kazanılmış hak teşkil etmez.¹⁰⁶

Yargıtay CGK bir kararında, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmanın mahkumiyetin doğal sonucu olduğunu, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hak teşkil etmeyeceğini, bu nedenle hükümdeki yasaya aykırılık ceza ile ilgili olmayıp güvenlik tedbiri ile ilgili olduğundan aleyhe bozma yasağı kapsamına konu olmayacağını belirtmiştir.¹⁰⁷

¹⁰² Önok, **a.g.e.**, s. 500.

¹⁰³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 284.

¹⁰⁴ Önok, **a.g.e.**, s. 501.

¹⁰⁵ Bakım, **a.g.e.**, s. 197.

¹⁰⁶ Meran, **a.g.e.**, s. 261.

¹⁰⁷ YCGK 12.12.2006, E.2006/11-301, K.2006/296. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

IV. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı genel olarak bir işin üzerinden belirli bir süre geçmekle, o işin artık hükümsüz kalmasını ifade etmektedir. Ceza hukukunda zamanaşımı, devletin cezalandırma hakkını ortadan kaldıran bir sebeptir. Suç işlendikten sonra ceza normunda yazılı sürenin geçmesi ile dava açılmaması durumunda dava zamanaşımından, ceza verilip kesinleştikten sonra mahkumiyet hükmünün belirli süre zarfında infazına başlanamaması durumunda ceza zamanaşımı söz konusudur.¹⁰⁸

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesine göre işkence suçunun zamanaşımı süresi, 10 yıldır. Dava zamanaşımına ilişkin düzenlenme TCK m.66'da, ceza zamanaşımına ilişkin düzenleme TCK m.68'de yer almaktadır. TCK m.66/4'e göre zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı esas alınır.

Ayrıca kanunda dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir (TCK m.66/3). Buna göre, işkence suçunun basit seklinin zamanaşımı süresi 15 yıldır (TCK m.66/1-d). İşkence suçunun üst sınırının 15 yıl olduğu durumlarda uygulanacak ceza zamanaşımı, TCK m.68/1-d'ye göre yirmi yıldır. İşkence sonucu ölüm meydana gelmişse ceza zamanaşımı TCK m.68/1-a uyarınca kırk yıldır.

11.04.2013 tarihli 6459 sayılı Kanunun 9. maddesi ile TCK m.94'e 6. fıkra eklenmiş *“Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.”* denilerek zamanaşımın işlemeyeceği belirtilmiştir.

Bu hüküm işkence ile mücadele bakımından çok önemli bir düzenlemedir. İşkence suçu ne zaman işlenmiş olursa olsun cezalandırılabilmesi yoluna gidilmiştir. AIHM kararları kapsamında bir düzenleme yoluna gidilmiştir. İşkence ve kötü muamele suçunda gerçekleşen ölümlerin, ruhsal ve bedensel sakatlanmaların, cinsel saldırıların ve diğer saldırıların ve mağduriyetlerin hem yaşam hakkının ihlali hem de

¹⁰⁸ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 982.

insanlığa karşı suç teşkil ettiği AIHM kararlarında vurgulanmıştır. Bu nedenle bu tür suçlarda zamanaşımı olmayacağı kabul edilmiştir.¹⁰⁹

TCK m.72/2’de “*Dava ve ceza zamanaşımı re’sen uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler.*” hükmü yer almaktadır. Zamanaşımı niteliği gereği resen göz önünde bulundurulur.

TCK m.94/6 hükmünün yürürlük tarihi olan 30.04.2013 tarihinden önceki suçlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışması ortaya çıkmaktadır. Zamanaşımı maddi ceza hukuku normu olduğundan TCK m.7 hükmü zamanaşımı açısından da uygulanır. Aleyhe kanun geçmişe yürümeyeceğinden ve TCK m.94/6’daki getirilen düzenleme aleyhe olduğundan geçmişe yürümeyecektir.¹¹⁰

¹⁰⁹ Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 282.

¹¹⁰ Özbek v.d., **A.e.**, s. 282.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi işkence olarak tanımlanmıştır. İşkence insanın maddi ve manevi bütünlüğüne yapılan bir saldırıdır. İnsanın kişiliğini yok eden bir uygulamadır.

İşkence, insanlık tarihi boyunca uygulanan, çeşitli amaçlar doğrultusunda yapılan, süreklilik taşıyan bir yöntem olmuştur. İşkence genellikle bilgi almak, ikrar, itiraf sağlamak, suç işlediği iddia edilen kişileri cezalandırma ya da suçu sabit olan kişilere ayrıca bir yaptırıma tabi tutuma, toplumun farklı kesimlerinin baskı altına alınması, sindirilmesi ve tasfiyesi için uygulanmaktadır.

İşkencenin önlenmesi konusunda ortaya konulan çabaların yetersiz kalması uluslararası alanda sürekli yeni çalışmaların yapılmasına yol açmıştır.

Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmenin 2. maddesinde “*hiçbir istisnai durum, ne savaş hali, ne de savaş tehdidi, iç siyasi istikrarsızlık veya herhangi bir olağanüstü hal işkencenin uygulanması için gerekçe olarak gösterilemez. Bir üst görevlinin veya resmi merciin emri işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.*” hususu belirtilerek hukuka uygunluk nedeninin olmadığı belirtilmiştir.

İşkence mutlak olarak yasaklanmış, jus cogens nitelik kazanmış, uluslararası teamül hukuku olarak zorlayıcı nitelik kazanmış, bu durum uluslararası ve bölgesel antlaşmalarla doğrulanmış, istisna ve sınırlama kabul etmez niteliği kuvvetlendirilmiştir. Jus cogens kelime anlamı olarak buyruk kural amir hüküm manasına gelmektedir. Temeli Roma Hukuku’na dayana jus cogens 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku sözleşmesi ile pozitif hukukta resmi olarak yerini almıştır. Sözleşmenin 53. maddesinde jus cogens norm, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek norm olduğu kabul edilmiştir. Bir antlaşmanın yapılması sırasında milletlerarası hukukun emredici normu ile çatışması halinde batıl olacağı belirtilmiştir. Bütün devletler tarafından kabul edilip sapmanın mümkün

olmadığı bu kurallar, herkesi karşı ileri sürülebilir.¹ Jus cogens nitelik, işkencenin yasak olması ilkesinin çiğnenebilmesi mümkün olmayan, temel emredici nitelik olduğunu ifade etmektedir.²

Savaş hali, savaş tehlikesi, ulusal güvenliğin tehdit ediliyor olması, siyasi iktidarsızlık, olağanüstü halin varlığını gerektirir durumlar gibi koşullar dahi işkenceyi haklı kılmaz.³

AİHM örgütlü terörizm ve suçla mücadele alanı gibi benzer durumlarda dahi AİHS m.3 hükmüne aykırılığın sözleşme tarafından yasaklandığını belirtmiştir.⁴ Hiçbir yüce amaç, vatanseverlik, milli birlik ve beraberliğin korunması, ülke bütünlüğü araç kılınarak işkence meşru gösterilemez.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, insan onuru merkezli bir koruma öngören işkence suçu bakımından, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak herhangi bir sebebin varlığı söz konusu değildir.⁵

Türk Ceza Kanunu'nda failin belli bir saikle hareket etmesi gerektiği unsuruna yer verilmemiş, ETCK'daki, zalimane ve gayriinsani muamele gibi kavramlara yer verilmemiş bunun yerine insan onuruyla bağdaşmayan hareketlerden söz edilmiştir.

An. m.17/3'teki "işkence yasağı", An. m.38/5 ile CMK m.147/1'de yer alan "şüpheli veya sanığın susma hakkı", CMK m. 148'de belirtilen "işkence yasağı" hükümlerinin ihlalinin yaptırımını olan TCK m.94 vd. (işkence suçu) ile korunmak istenilen hukuksal yarar öncelikli olarak kişinin maddi ve manevi dokunulmazlığı, irade özgürlüğü, adliye, adil yargılanma hakkı ve kamu idaresidir.

İşkence suçuyla insanı insan yapan değerlerin, yani insan onurunun, algılama ve irade yeteneğinin, bedensel ve ruhsal dokunulmazlığın doğrudan korunan değer haline getirilmesi işkence suçu bakımından önemli bir anlayış değişikliği olduğunu göstermektedir.

¹ Melike Akkuş, "Uluslararası Hukukta Normatif Hiyerarşi", **Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2015, s. 351, 352, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/4159>, 13.11.2019.

² Taneri, **a.g.e.**, s. 507.

³ Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 557-558.

⁴ Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 116.

⁵ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 1472.

İşkence seçimlik hareketli suç olup, hareketlerin nev'i, biçimi, ne şekilde yapılacağı maddede gösterilip sınırlandırılmamıştır. Bu sebeple her somut olayda yapılan hareketler değerlendirilip işkencenin oluşup oluşmadığı saptanmalıdır.

Kamu görevlisince yapılan her davranış işkence olmayıp, davranışın belli bir ağırlığa ulaşması gerekir. Yapılan kötü muamelenin süresi, devamlı tekrar edilip edilmediği, maddi ve manevi etkileri, yani verdiği acının şiddeti, işkenceye maruz kalanın üzerinde yarattığı etki, irade serbestisini ortadan kaldırıp kaldırmadığı, algılama yeteneğini etkileyip etkilemediği, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, vücut yapısı, engelli olup olmadığı vb. durumları gözetilerek değerlendirme yapılmalıdır.

Sistematiğin olma, mağdura karşı yapılan birden fazla saldırının genel bir tutum çerçevesinde gerçekleştirilen birçok benzer davranışın bir parçası olması ya da önceden kararlaştırılmış organize bir seyir izlemesi olarak düşünülebilir. Bir politika ya da plan çerçevesinde fiilin işlenmesi gerekmez.⁶ Bazı fiiller mahiyeti itibarı ile sistematik bir uygulama özelliği taşırlar. Bunlar, Filistin askısı, foseptik çukurunda bekletilmiş bezle kişinin gözlerinin bağlanması, falaka şeklindeki eylemleri bu şekilde nitelemek mümkündür.

Uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ceza hukuku ve karşılaştırmalı ceza hukuku bakımından fiilin işkence teşkil edebilmesi için belli bir ağırlık düzeyine varması gerekliliği aranmıştır. Ancak TCK açısından Türk doktrinde baskın görüş aksi yöndedir. Yine işkencenin sistematik olmasının, süreklilik arz etmesinin gerektiği baskın görüş olarak doktrinde ifade edilmiştir. Yargıtay'ın, fiilin belirli ağırlık düzeyine varması ölçütünün belirleyici olmasını genellikle reddettiği söylenebilir. Sistematik ve süreklilik koşullarını işkence suçunun oluşumu için aradığı görülmektedir.⁷

İşkence suçu icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir. TCK m.94/5'te "*Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*" şeklinde belirtilmiştir.

⁶Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 287, 288.

⁷ Öznur Sevdiren, "İşkence Suçunda Tipik Fiil Yönünden 'Acı ve Ezanın Ağırlığı' ile Suçun 'Sistematik ve Belli Bir Süreç İçinde İşlenmesi' Ölçütlerinin Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 14, S. 40, 2019, s.363, 365, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/19305>, 13.12.2019.

Burada ihmali bir sorumluluk olduğu için, failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında olduğu belirtilerek, bu düzenlemenin kamu görevlisinin garantörlük yükümlülüklerini ihlal etmesi bakımından özel bir hüküm olduğu belirtilmiştir.⁸ Soyut yükümlülüğün bulunması, amirin sorumlu tutulabilmesi için yeterli olmayıp bu yükümlülüğün somut olayda da yerine getirilebilme olanağı bulunmalıdır. İhmali hareketin cezai sorumluluk doğurabilmesi için failin neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmalıdır.

İşkence suçunun faili kamu görevlisi olması nedeniyle fail yönünden özgü (mahsus) bir suçtur. Özgü suçlara iştirakın ne şekilde cezalandırılacağı TCK m. 40/2’de “*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*” şeklinde belirtilmiş, TCK m.94/4’de “*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*” denilerek bağlılık kuralına istisna getirilmiş, suçun tam cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Failin, insan onuruyla bağdaşmayan ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları yaptığını bilmesi ve istemesi kastın varlığını için yeterlidir.

Bu suçun mağduru herkes olabilir. TCK m.94/2-a ve b bentlerince mağdurun özelliğinden kaynaklı cezanın artırılmasını gerektirir nitelikli hal ve TCK m.94/3 fıkrasında suçun işleniş şekli bakımından cezanın artırılmasını gerektirir nitelikli hal düzenlenmiştir. Yine TCK m.95’te işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmiştir.

11.04.2013 tarihli 6459 sayılı Kanunun 9. maddesi ile TCK m.94’e 6. fıkra eklenmiş “*Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.*” denilerek zamanaşımın işlemeyeceği belirtilmiştir.

Türkiye’de işkence iddiaları karşısında çoğu kez kayıtsız kalınması, işkence yapmakla suçlanan kamu görevlilerinin kollanması, faillere hiç soruşturma açılmaması, soruşturmanın kovuşturmaya dönüşmemesi, dava açılan olaylarda işkence yerine daha az cezayı gerektiren suçlardan iddianame tanzim edilmesi, sanıklara hiç ceza verilmemesi, işkence dışında cezalar verilmesi, cezaların

⁸ Önok, **a.g.e.**, s. 384; Bakım, **a.g.e.**, s. 107.

ertelenmesi cezasızlık olgusunu oluşturmakta, bu durumda işkence yapılmasını mümkün kılmaktadır.

Bir kişinin insanlık onur ve haysiyeti saldırıya uğradığı vakit, birey veya toplum olarak hepimizin temel hak ve özgürlüğü insanlık onuru çiğnenmektedir. Bu sebeple problem hakkı çiğnenen ile ona saldıran arasında değildir. Bu olayı kamusal hatta evrensel boyutta ele almadığımız sürece, işkenceye zulme sessiz kalmış oluruz.⁹ Eğer bir ülkede işkence yapılıyor ve bizler de susuyorsak işkenceye katılıyoruz demektir.¹⁰ İşkencecileri belirli şekilde davranmaya sevk eden saikler de toplumsal ilişki ve etkilerden güç almaktadır. Temel olarak işkenceyi önlemenin yolu yasalardan değil insanların beyninden geçmektedir.¹¹ Bu sebeple kamuoyu ve medyanın işkence iddialarının üzerine ciddi şekilde eğilmesi sağlanmalıdır.¹²

İşkencenin otoriter rejimlerde ya da gerçek anlamda demokratikleşmemiş ülkelerde yaygın olduğu ve uygulandığı gerçeği karşısında, bu uygulamaya yani işkenceye karşı en etkili çarelerden biri rejimin demokratikleşmesidir.¹³

Bir devleti güçlü kılan zamana ve ihtiyaca göre konulan kanunlardır.¹⁴ Devletin dayandığı hukuk, bireysel hak ve özgürlükleri gözetmez, farklı kimlikleri, kültürleri, söylemleri bastırmaya kalkarsa devlet zorbalaşır, ortada ne sivil toplum ne de hukuk devleti kalır. Hukuk devletinde haklar ve özgürlükler devletçe lütfedilmezler, yalnızca tanınır ve güvence altına alınırlar. Devletin ve bireyin hukuku hiçe sayma hakkı yoktur. Bağımsız yargı, devleti taahhütlerini yerine getirmeye zorlayan biricik aygıttır.¹⁵ Montesquieu'nün dediği gibi yargılama erki yasama ve yürütmeden ayrılmamış ise hürriyet yoktur.¹⁶ Bu sebeple yargı bağımsızlığı temin edilip, hakim güvencesi sağlanmalı, hakimın işkence iddialarının

⁹ Sahir Erman, “ Sentez Raporu”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, Beta, 1998, s. 75.

¹⁰ Gültaş, **a.g.e.**, s. 76.

¹¹ Önok, **a.g.e.**, s. 541.

¹² Demirbaş, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, s. 222.

¹³ Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, s. 55.

¹⁴ Turgut Akpınar, **Türklerin Din ve Hukuk Tarihi Üzerine Makaleler**, İstanbul, İletişim Yayınları, 1999, s. 185.

¹⁵ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çeviren: Sami Selçuk, s. 15,17.

¹⁶ Faruk Erem, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. bs., Ankara, Işın Yayıncılık, 1986, s. 28.

üzerine gidebilmesinin önünde hiçbir engel kalmamalıdır. Yani yargının olayların üzerine süratle gitmesi ve davaların hızla sonuçlandırılması sağlanmalıdır.¹⁷

Cumhuriyet Savcılarının işkence suçluları hakkında dava açma kararı verirken, bağımsızlıklarının kısıtlanmaması gerekmektedir.¹⁸ İşkence suçlularının soruşturulmasının önünde hiçbir engel kalmamalı, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m.26 ile getirilen izin sistemi en azından işkence iddiaları bakımından kapsam dışı bırakılmalıdır.¹⁹

İşkence ile daha etkin mücadele amacıyla 02.01.2003 tarihinde 4778 sayılı Kanun ile 765 Sayılı TCK m.245'e "*243'üncü madde ile bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez*" şeklinde 2. fıkra eklenmiştir.²⁰ Ancak bu düzenlemeler YTCK'nın yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmıştır. İşkence suçu sonucu verilen cezaların hükmün açıklanmasının geri bırakılamayacağı, ertelenemeyeceği, adli para cezasına ya da seçenek yaptırımlardan birine çevrilemeyeceğine dair düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

İşkence suçunun cezasının alt sınırı yükseltilmeli, yargılama sonucunda hükmedilen cezanın etkili şekilde infazı sağlanmalı, mahkum edilen kişinin koşullu salıverme süresinden faydalanabilmesi için infazda geçirilecek sürede artış öngören bir düzenleme yapılmalıdır.²¹ Koşullu salıverilme olanağının bazı durumlarda tamamen ortadan kaldırılmasının suç politikalarıyla ve insan onuruyla bağdaşmadığı AİHM tarafından belirtilmiştir. Yukarıda önerilen düzenleme koşullu salıverilmeyi ortadan kaldırmayıp ceza infaz kurumunda geçirilecek süreyi diğer suçlara oranla artırmaya yönelik olduğu için devletin usuli yükümlülüğü ile de bağdaşan bir düzenleme olduğu kanaatini taşımaktayız.²²

03.05.2016 tarihinde 6713 sayılı Kanunun 10. maddesi ile CMK'ya ek madde 1 hükmü eklenmiş, madde "*(1) Kolluk görevlileri hakkındaki öldürme, kasten yaralama, işkence, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ve suç işlemek*

¹⁷ Demirbaş, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, s. 222.

¹⁸ Eryılmaz, İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi, s. 104.

¹⁹ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 154.

²⁰ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 68.

²¹ Gizem Dursun, **İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin, 2018, s. 193, 194.

²² Dursun, **A.e.**, s. 171.

amacıyla örgüt kurma suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili iddialara ilişkin soruşturmaları cumhuriyet savcıları bizzat ve öncelikle yapar. Bu suçlardan dolayı kolluk görevlileri hakkında açılan davalar, acele işlerden sayılır. Bu tür davaların kanun yolu incelemesi de öncelikli olarak yapılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Her ne kadar işkencenin önlenmesi amacıyla önemli bir düzenleme olsa da sadece kolluk görevlileri hakkında olması diğer kamu görevlileri ve iştirak edenler açısından bir zorunluluk getirilmediği için eksik bir düzenleme olmuştur.

30.07.2003 tarihinde 4963 sayılı Kanunla CMUK’ya eklenen ek 7. madde gibi bir madde de 5271 sayılı CMK’ya da eklenmelidir. Bu nedenle “TCK m.94 ve 95’te düzenlenmiş işkence suçunu işleyenler hakkında soruşturma ve kovuşturmalar acele işlerden sayılır, öncelik ve ivedilikle ele alınır, bu suçlarla ilgili davalarda duruşmalara zorunluluk olmadıkça otuz günden fazla ara verilemez.” şeklinde düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır.²³ CMK’da bu şekilde hüküm olmasa bile An.m.90 hükmü dikkate alındığında BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi iç hukuk metni haline geldiği için sözleşmenin 12. maddesi gereği Türkiye “derhal ve tarafsız soruşturma” yürütme yükümlülüğü altındadır.²⁴

Savcılar polis veya güvenlik güçleri mensuplarının ifadesini almaktan ve sorgulamaktan çekinmemelidir. İşkence iddiaları karşısında derhal harekete geçmelidirler.²⁵ Soruşturmanın başlatılması için açık bir şikayet aranmamalı, işkence ya da kötü muamele belirtisi varsa soruşturma başlatılmalı, bağımsız bir şekilde etkili şekilde hareket edilmeli, soruşturma makul bir özen ve hızla yapılmalı, soruşturmanın şeffaflığı ve kamu tarafından denetimi sağlanmalıdır.²⁶ Devlet işkence fiilinin gerçekleştirildiği iddialarını hemen kısa sürede etkin ve eksiksiz olarak²⁷

²³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 275.

²⁴ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s. 207.

²⁵ Eryılmaz, İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi, s. 105.

²⁶ Doğru, **İHAS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, s. 170-184.

²⁷ CMK m.172/3 maddesi “(3) (Ek: 11/4/2013-6459/19 md.) Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.” şeklindedir. Bu madde hükmü kovuşturma aşamasını da kapsayacak şekilde düzenlenmelidir. AIHM etkin soruşturmayı, soruşturma aşaması ile birlikte, kovuşturma, temyiz aşaması, idare ve hukuk mahkemelerinde yürütülen işlem ve davalarla birlikte değerlendirmekte etkin inceleme ve yargılama beklemektedir. Bkz. Dursun, **İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, s. 189, 190.

araştırmak zorundadır. Bu devletin pozitif yükümlülüğüdür. İşkence iddiasında bulunan kişiler veya tanıklar her türlü saldırıya karşı korunmalıdır.²⁸

Uygulamada savcılığın yetkilerinin büyük bir kısmını fiilen kolluğa devretmeleri sonucu soruşturmayı kolluğun yaptığı izlenimi hakim olmuştur. Özellikle işkence gibi belli suçlar açısından ya da genel olarak kolluğun yapabileceği işlemlere sınırlamalar getirilmesi yerinde olacaktır. Bu kapsamda ifade alma, yüzleştirme, teşhis, fezleke tanzimi, delil takdiri gibi işlemlerin kollukça yapılmasının önüne geçilmelidir. Kolluk suçüstü hali ya da delil kaybolması ihtimalinin olduğu vb. durumlarda devreye girmelidir.²⁹ İşkence vakalarının çok büyük bir kısmı kollukta meydana geldiği dikkate alındığında toplumda onarılmaz yaralar açan işkenceyi önlemenin yolu, kolluk aşamasındaki soruşturma yöntemlerinin değiştirilmesinden geçmektedir.³⁰

CMK m.94/4 fıkrasında sayılı suçlarda kolluğa gözaltı yetkisi veren 5271 sayılı CMK m.94/4 fıkrası “(4) (Ek: 27/3/2015-6638/13 md.) Suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.” yürürlükten kaldırılarak gözaltı vb. koruma tedbirlerinin mutlaka yargı makamlarının takdirine bırakılması gerekmektedir.

²⁸ Bedri Eryılmaz, “İşkence Yasağına Yönelik İç Hukukta İç Hukukta Öngörülen Usule İlişkin Güvenceler”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 410,411.

²⁹ Erem, **İşkence**, s.205.

³⁰ Güney Dinç, “Savunma Hakkı ve İşkence”, **TBB Dergisi**, S. 2, 1988, s. 59.

Türkiye’de Olağanüstü Hal³¹ dönemi vb. uygulamalar gözaltı³² ve tutukluluk sürelerinin uzunluğuyla dikkate alındığında işkence iddialarını³³ kuvvetlendirmektedir. İstisna ve geçici olarak öngörülen bu rejim de hukuk rejimidir. İşkence bu istisnai rejimde de ortaya çıksa mağdurlar ulusal ve uluslararası hukukun koruması altındadır.³⁴ Belli dönemler dahil gözaltı ve tutukluluk sürelerinin kısaltılması işkencenin önlenmesinde etkili olacaktır.³⁵

Cumhuriyet Savcılığına bağlı adli kolluğun kurulması, savcının emrinde çalışan kolluğun işkence uygulamasını önleyecektir.³⁶ Savcılığın emri altındaki kolluğun işkenceyi uygulamasının imkansız olduğu doktrinde ifade edilmiştir.³⁷ Sırf adli hizmetlerle görevlendirilmiş, bu konuda eğitilmiş, delil toplama ifade alma vb. konularda uzman bir kolluğun oluşturulması işkence iddialarının azaltacaktır.³⁸

³¹ “İşkencenin önlenmesinde önemli rolü olan ancak yıllardır uygulamada büyük ölçüde ihmal edilen usul güvenceleri, OHAL sürecinde KHK’lar ile yapılan yasal düzenlemeler sonucu önemli ölçüde tahrip olmuştur. Bu yasal düzenlemelere de dayalı olarak, kişiye gözaltı hakkında bilgilendirme, üçüncü taraflara bilgilendirme, avukata erişim, hekime erişim, uygun ortamlarda uygun muayenelerinin gerçekleştirilmesi ve usulüne uygun raporların düzenlenmesi, hukukilik denetimi için süratle yargısal makama başvurulabilme, gözaltı kayıtlarının düzgün tutulması, bağımsız izlemelerin mümkün olması başlıklarında toplanabilecek usuli güvencelerin son dönemde büyük ölçüde ortadan kaldırıldığını ve bu konuda bütünüyle keyfi bir ortam yaratıldığını ifade etmek mümkündür.” Bkz. **2017 İnsan Hakları İhlalleri Raporu: OHAL Altında Geçen Bir Yıl**, (Çevrimiçi) <https://www.ihd.org.tr/2017-insan-haklari-ihlalleri-raporu-ohal-altinda-gecen-bir-yil>, 01.04.2019.

³² OHAL KHK’ları ile gözaltı süresi 30 güne (667 sayılı KHK m.6) kadar artırılmış, gözaltının ilk 5 günü avukatla görüşün kısıtlanabilmesi kuralı (668 sayılı KHK m.3/1-m) getirilmiştir. Gözaltında ve tutuklandıktan sonra avukata erişim hakkı sınırlandırılmış ve gizli olması gereken avukat-müvekkil görüşmeleri kayıt altına alınarak çok ciddi savunma hakkı ihlali yaratılmıştır. Bu şekilde işkence ve kötü muamele yapılmasına zemin hazırlanmıştır. 23 Ocak 2017 günü çıkarılan bir başka KHK ile gözaltı süresi 14 güne indirilmiş (684 sayılı KHK m.10, gözaltı süresi 7 gün olup 7 gün de Cumhuriyet Savcısına uzatma hakkı verilmiştir.), gözaltının ilk 5 günü avukatla görüşün kısıtlanabilmesi kuralı (684 sayılı KHK m.11) kaldırılmıştır. Ancak, 14 günlük sürenin de uzun olduğunu ve uluslararası belgelere aykırı olduğu belirtilmiştir. Bkz. **2016 Yılı Türkiye İnsan Hakları İhlalleri**, (Çevrimiçi) <https://www.ihd.org.tr/2016-yili-turkiye-insan-haklari-ihlalleri>, 01.04.2019.

³³ “15 Temmuz darbe girişiminin faillerini açığa çıkarmak üzere soruşturmalar vakit geçirilmeksizin başlatılarak kısa sürede binlerce asker ve sivil kişi gözaltına alınmıştır. Ancak gözaltına alınanlar ile ilgili medyaya yansıyan haber ve görüntülerde, yüzlerinde ve vücutlarında fiziksel şiddetin kanıtı olan yara izleri ve berelenmeler bulunan, ters kelepçelenmiş, çıplak vaziyette tutulan, yüzükoyun yere yatırılmış ya da bir samanlıkta oturtulmuş onlarca kişi görülmüştür.”, Ohal döneminde cezaevlerinde ölüm olayları artmış, kayıp kaçırma vakaları yaşanmış, işkence şikayetlerinde büyük artış gözlenmiştir. Bkz. **2016 Yılı Türkiye İnsan Hakları İhlalleri**, (Çevrimiçi) <https://www.ihd.org.tr/2016-yili-turkiye-insan-haklari-ihlalleri>, 01.04.2019.

³⁴ Gemalmaz, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, s. 424.

³⁵ Üzelmez, Türk Hukukunda İşkence Cürmü TCK’nın 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi, s. 259.

³⁶ Üzelmez, Türk Hukukunda İşkence Cürmü TCK’nın 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi, s. 260.

³⁷ Erem, **İşkence**, s. 200.

³⁸ Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, s. 57.

Devlet bireyi işkenceye karşı korumak için hukuki ve fiili tedbirler almak zorundadır. Hukuki tedbirlerin en önemlisi, devletlerin işkence suçunu cezalandıran normları düzenleyerek uygulamalarıdır. Kamu görevlisinin şiddet veya ihmaline karşı kişiyi korumak amaçlı kamera sistemi kurma, gözaltında, tutukevinde veya cezaevinde insanî yaşama³⁹ koşullarını sağlama⁴⁰, çocuk şüpheli ve sanıkların büyüklerin kaldığı yerde tutulmaması,⁴¹ fiili tedbirler arasında sayılabilir.⁴² İnsan

³⁹ TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun Elazığ T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu'nda mahpusların; infaz koruma memurlarından kötü muamele gördükleri, küfür, şiddet yaşadıklarını, örneğin bir infaz memurunun revirde İstiklal Marşı okumaya zorladığını, “müslüman değilsin” sözleriyle hakaret ettikleri; memurların kendilerine küfür ettikleri; spor imkanlarının yeterli olmadığı; tehdit edildiklerini; hastalık durumlarında zaman zaman kendilerine inanmadıkları, sevk taleplerinin yerine getirilmediği; sayım sırasında üst kattan aşağı inmeyen mahpusların erkek infaz koruma memurlarınca coplarla, saçlarından sürüklenerek aşağı indirildikleri; ortak alanda kamera bulunması ve kameranın tam banyo kapısının karşısında yer almasını ahlaki bulmadıkları; diğer cezaevlerinde böyle bir uygulama olmadığı, güvenlik gerekçesi olarak sunulmasına karşılık kendileri darp edildiği zaman hiçbir kamera kaydına ulaşılmadığı, kameranın avluda olmasının daha uygun olabileceği; müşahede odasındaki kameranın da yerinin çok uygunsuz olduğu, kameranın önünde tuvalet ihtiyaçlarını açıkta gideremeyecekleri; kabul etmedikleri bu uygulamalar neticesinde 7 Kasım 2016 tarihinde idari personelin kendilerine müdahale ettiği, yangın çıkartacakları bahanesiyle ışıkların kapanarak memurların coplarıyla koğuşlara girdiği, üzerlerine su sıkıldığı, memurların yaşı büyük olan 3 kadına dokunmadıkları ama diğerlerini darp ettikleri, plastik sandalyeleri kırdıkları, ağır küfürler ve hakaretler yağdırdıkları, üst kattakileri merdivenden aşağı sürükledikleri, yaşananların yalnızca kimlik meselesi olmadığı, kendilerine genel olarak insanca yaklaşılmadığı, özellikle siyasi mahpuslara idare tarafından farklı bir yaklaşım tarzı olduğu; askeri bir düzen uygulanmak istendiği; infaz koruma memurlarının kendilerine önyargılı yaklaştıkları, tüm yaşanan olumsuzlukların bundan kaynaklandığı; memurların kendilerine zaman zaman ajanlık teklif ettikleri; bir gün havalandırma alanında oturma eylemi yaptıkları, saçlarından çekilerek içeri alındıkları; diğer cezaevlerinde ayda 1 olan açık görüş imkanının burada 2 ayda bir yapıldığı; koğuşta bebekli olan mahpusun yürüteç ve bebek maması ihtiyacı olduğu, kendi yedikleri yemekten bebeğe veremediği için kendi pişireceği şekilde mutfak gereklilerine izin verilmesini istediği, kantinde çocuk gereçleri satılmasını talep ettiği; başgardıyanın kendisi hakkında yapılan bir suç duyurusunun geri çekilmesi için kendilerini ikna etmeye çalıştığı, ancak başka zaman “Burada hukuk da benim, devlet de benim” gibi söylemlerinin olduğu; hastanede kelepçeli muayene uygulamasına bir son verilmesi gerektiği vb. şikayetlerde bulunmuşlardır. Raporda kurum kapasitesinin 654, mahpus sayısının da 1263 olduğu belirtilmiştir.. Bkz. **Elazığ T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu**, 26. Dönem 3. Yasama Yılı 2018, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem26.htm, 04.04.2019.

⁴⁰ TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu'nda “Alt Komisyonumuzun önceki raporlarında da belirttiği üzere, kapasite üstü mevcut; yemek, kişisel eşyaların muhafazası, ortak kullanım alanlarında yetersizlik, yatak-dolap gibi demirbaş eşyalarında yetersizlik gibi günlük yaşam şartlarını olumsuz etkilemekte, hastane sevklerinde gecikmelere, sportif ve sosyal faaliyetlerin kısıtlanmasına ve mahpusların açık görüşte aileleriyle nitelikli görüşme gerçekleştirememelerine sebebiyet vermektedir. Adalet Bakanlığının ceza infaz kurumları inşasına hız vermesi aciliyet taşımaktadır. Sıcak su saatleri ve miktarı konusundaki şikayetlerin giderilmesi için gereken önlemler alınmalıdır. Benzer şekilde kütüphane imkanları da artırılmalıdır.” şeklinde tespitlerde bulunmuştur. Bkz. **Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu**, 26. Dönem 2. Yasama Yılı 2017, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017_bursa_h_tipi_raporu.pdf, 04.04.2019.

⁴¹ Çocuk mahpuslar yetişkin mahpuslardan ayrı tutulmalıdır. Avrupa Cezaevi Kuralları da aynı ilkeyi içermektedir. Söz konusu ilkeler ışığında, çocuk mahpusların yetişkin ceza infaz kurumlarının bir bölümünde barındırılması uygulamasından vazgeçilmelidir. Bkz. Aksoy Retornaz, **a.g.e.**, s. 132.

hakları cezaevlerinde, tutukevlerinde, karakollarda kendini gösterir. Buralar bir ülkenin gelişmişliğini gösterir.⁴³

Şüpheli ya da sanık özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan başlayarak bu rejimin sona erdiği ana kadar etkin, somut hukuksal güvencelere kavuşturulmalıdır. Bu kapsamda kişilerin anayasal ve yasal haklarını kullanmasına engel çıkarılmamalıdır. Kişinin avukatının yanında bulunması, gizli değil bilinen yerde alıkonulması (kaçırma,⁴⁴ kayıp vb. olaylarında işkencenin engellenmesi amacıyla), onu özgürlükten yoksun bırakan görevlilerin kimliğinin bilinmesi, sürecin tümünün tam ve sağlıklı kaydı tutulmasının sağlanması, sürecin her aşamasında idari ve yargısal denetimin sağlanması, kişinin yakınları ile genel anlamda kamuoyunun yapılan tasarrufun mahiyeti ve işleyişi ile etkin şekilde ilgilenebilmelerinin sağlanması için gerekli önlemler alınmalıdır. Kayıtlardaki belirsizlik ya da tahrifat amirlerin en ağır biçimde sorumluluğuna yol açacak bir düzenlemeye bağlanmalıdır.⁴⁵

Adli işlemler esnasında işkencenin önlenmesinin bir yolu da ifade ve sorgunun görüntü kaydedici cihazlarla kaydedilmesidir. CMK’da bunu yasaklayan bir düzenleme bulunmadığından bu yola başvurulabilir.⁴⁶ Buna yönelik hukuki ve fiili şartların oluşturulması işkence iddialarının ortadan kaldırılması için önemlidir.⁴⁷

İşkence mağdurlarının gözlerinin bağlı olması, faillerin yüzünü göstermemesi, birbirlerini takma adla çağırımları, işkenceyi yapan ifade alanla ifade tutanağını imzalayanın ayrı kişiler olması, olaya tanık kimsenin olmaması işkence iddialarını soyut halde bırakmakta ve failleri cesaretlendirmektedir.⁴⁸ Bu sebeple adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan müdafiden yararlanma hakkı, hiçbir

⁴² Melek Acu, “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, **TBB Dergisi**, S. 110, 2014, s. 413, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1355>, 08.06.2018.

⁴³ Kılıç, **a.g.e.**, s. 154.

⁴⁴ “İşkencenin ispatlanmasını güçleştirmek amacıyla “kayıt dışı gözaltılar” ın gerçekleştiği bilinmektedir. Bu uygulama, işkence ve kötü muamelelerin önlenmesi amacıyla yapılan hukuki düzenlemeleri etkisiz bırakmaktadır.” Bkz. Zeynep Engin, “İşkence Ve Türkiye: Türkiye’de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2015, s. 15, (Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2016/4/fakulte-dergisi-2015-1.pdf>, 02.04.2019.

⁴⁵ Gemalmaz, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, s. 429.

⁴⁶ Nal, **a.g.e.**, s. 176.

⁴⁷ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 275.

⁴⁸ Özgen, **a.g.e.**, s. 223.

kısıtlamaya⁴⁹ veya mali güçle orantılı veya ekonomik statüye bağlı olmadan ya da hiçbir suç veya kişi ayırımı yapmadan soruşturma aşaması dahil yargılamanın tamamında herkese zorunlu olarak sağlanmalıdır.⁵⁰

Müdafî hizmeti sunan avukatların güvenlikleri ve mesleki güvenceleri korunmalıdır. Avukata erişim hakkını kullandırmayan veya engelleyen kolluk güçleri hakkından cezai ve idari soruşturma açılarak, etkili bir cezalandırma sistemi uygulanmalıdır.⁵¹ Avukatın ifadeye katılmasının önüne fiili engel çıkarılmamalıdır. Yasak usullerle alınan ifadelerin avukat huzurunda alınmış gibi avukata imzalatılmasının önüne geçilmelidir.

İşkence konusunda tüm ilgililer, yani kanunu uygulayan personel, sivil veya asker, tıbbi personel, kamu görevlileri, yakalama, gözaltına alma, hapsedilme, ifade ve sorgu yapacak vb. personel eğitilmelidir.⁵² Kolluk görevlilerine insan hakları eğitimi, öfken kontrol eğitimi ve meslek etiği konularında periyodik eğitimler verilmelidir.⁵³ Kanun koyucu işkence suçu failleri için çok ağır cezalar öngörse bile, toplum bilinçlendirilmedikçe ve özellikle kanunları uygulayan kamu görevlileri eğitilmedikçe işkence suçları artarak devam edecektir.⁵⁴ Bu sebeple kolluk görevlileri eğitilmeli ve görevlilerin eğitim düzeyi yükseltilmelidir.⁵⁵

İstanbul Protokolünde belirtildiği üzere işkence konusunda ve rapor hazırlanmasında tıp personeli eğitilmelidir. Hekimlerin işkence ve kötü muamele delillerini ortaya koyarak tarafsız bir şekilde raporlarını hazırlamalarının sağlanması gerekmektedir.⁵⁶ Her ne kadar Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.9 ‘da hekimle muayene edilen şahsın yalnız kalacağının esas olduğu belirtilse de bu durumun uygulamaya yansımaları için yani hekimle muayene edilenin

⁴⁹ CMK m.154/2’ye 01.02.2018 tarihinde kanunlaşan “(2) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/3 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/3 md.) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.” fıkrasının eklenmesi bu kapsamda yerinde olmamıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/>, 01.04.2019.

⁵⁰ Bakım, **a.g.e.**, s. 214; Özgen, **a.g.e.**, s. 223.

⁵¹ Bakım, **a.e.**, s. 214.

⁵² Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, s. 56.

⁵³ Turan Güzelöğlu, **Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 106.

⁵⁴ Acı, **a.g.e.**, s. 413.

⁵⁵ Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 118.

⁵⁶ Kılıç, **a.g.e.**, s. 138, 139.

baş başa kalması için gerekli önlemler alınmalıdır.⁵⁷ Yalancı negatif raporların önüne geçebilmek için meslek içi denetim mekanizması (görevden uzaklaştırma, mesleği icra ehliyetinin iptal edilmesi⁵⁸ gibi yaptırımlar düzenlenmeli) kurulmalıdır. Muayene esnasında tıbbın ulaştığı teknoloji birikimi ve cihazları kullanılabilir.⁵⁹ Raporlar hazırlanırken adli makamlar tarafından sorulan sorulara mutlaka cevap verilmeli, sorulmamış olmakla birlikte adli soruşturmanın boyutunu etkileyecek bulgular da rapora yazılmalıdır.⁶⁰ İşkence iddiasında etkin soruşturmanın en önemli aşamalarından birini, sorumluların yargılanması için işkence vakası hakkında tıbbi delillerin elde edilmesi ve elde edilen tıbbi delillerin belgelendirilmesi oluşturur.⁶¹ Bu sebeple sadece fiziksel değil psikolojik bulgular da rapora yazılmalıdır.⁶²

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında verdiği bir kararında, işkence ve kötü muamele iddialarının araştırılmasındaki en önemli delillerden olan sağlık raporlarının, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) tarafından tavsiye edilen standartlara ve İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Bir Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine İlişkin Kılavuz'da (İstanbul Protokolü) yer alan ilkelere uygun olması gerektiğini, gerekli standartların altında kalan sağlık raporların tek başlarına kötü muamele iddialarının kanıtlanması ya da aksinin ispatlanmasında yeterli görülmemekte olduğunu belirtmiştir.⁶³

İşkencenin önlenmesi, zarar görenin haklarının korunması bakımından devletin ve kamu görevlisinin işkenceden sorumlu tutulması gerekmekte maddi ve

⁵⁷ Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 118.

⁵⁸ Gemalmaz, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, s. 431.

⁵⁹ Halil İbrahim Türkyılmaz, “İşkence ve Adli Tıp’ta Tespiti Sorunu”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul, 1998, s. 126.

⁶⁰ Polat, **a.g.e.**, s. 128

⁶¹ Kök, “İstanbul Protokolü Bağlamında Hekime Ulaşma Hakkı ve Hekimin Uymakla Yükümlü Olduğu Etik İlkeler”, s. 69.

⁶² Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi, s.39.

⁶³ Bkz. Anayasa Mahkemesi, Muzaffer Özer ve Diğerleri Başvurusu, B. Baş. No: 2013/1146, 04.02.2016 Tarihli Kararı, Paragraf, 51,(Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1146?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=1146>, 13.11.2019.

manevi tazmin yoluna gidilmelidir.⁶⁴ Bu kapsamda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.13/2'ye 26.03.2002 tarih ve 4748 sayılı Kanunun 3. maddesi ile “İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi...”ne olanak sağlanması yerinde olmuştur.⁶⁵ Ancak bu tazminat AY m.129/5 hükmü gereğince mutlak surette işkence suçunun failine rücu edilmesi zorunlu kılınmalıdır. Bu sebeple işkence yapan personele rücu edilmesi hakkının saklı tutulması değil (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesi), ilgili kamu görevlisine rücu edileceği mecburiyeti getirilmelidir.⁶⁶ Yaptığı işkencenin devlet menfaatine olduğuna inanan ya da inandırılan, önüne gelen herkesin işkenceyi hak ettiğini düşünen işkence suçunun failine hukuk veya idare mahkemesi tarafından hükmedilen tazminatın ya da AİHM tarafından kararlaştırılan tazminatın ödettirilmesi onun bir tür dokunulmazlık zırhından artık yararlanamayacağının, ödemesi gereken yüklü bir bedelin olduğunu düşündüreceğinden işkencenin önlenmesinde son derece etkili olacaktır.⁶⁷

AİHM, Türkiye’yi sistematik bir şekilde sözleşmenin en temel hükümlerini ihlal ettiğine yönelik kararlar vermektedir.⁶⁸ Bu durumun en önemli nedeni soruşturmanın çoğu kez savcının gözetim ve denetiminden uzak bir şekilde yerine getirilmesi ve işkence suçu faillerinin iç hukukta takip edilip cezalandırılmamasıdır.⁶⁹ 12 Eylül 2010 tarihinde kabul edilen An. m.148’deki bireysel başvuruya ilişkin değişiklik kapsamında “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun

⁶⁴ Savaş Bayındır, “İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk ve Türk Hukukundaki Sorunlar”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 435.

⁶⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 275.

⁶⁶ Türkan Yalçın Sancar, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, S. 4, 2002, s.168, (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/469/5374.pdf>, 01.04.2019.

⁶⁷ Bakım, **a.g.e.**, s. 221.

⁶⁸ Mehmet Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi”, **Çankaya University Journal of Law**, 8/2, 2011, s. 105, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/45454>, 08.06.2018.

⁶⁹ Mehmet Emin Artuk, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, **Güncel Hukuk**, Sayı:4, 2005, s. 19.

yollarının tüketilmiş olması şarttır.” Bireysel başvurularda istenen amaca ulaşmak için Anayasa Mahkemesinin AİHM içtihatlarına uygun kararlar vermesini gerektirmektedir.⁷⁰ “Bu nedenle AYM; özgürlüğünden mahrum kalmış kişilerin devlet şiddetine uğradığı durumlarda mağdurun konumuna ve saldırının amacına bakmalıdır. Eğer saldırı ceza muhakemesi, cezalandırma ve caydırma amaçlarından bir veya daha fazlası nedeniyle çaresiz bir kişi üzerinde yapılıyorsa, burada işkencenin var olduğu kabul edilmelidir.”⁷¹

Hükümetin, mülki amirlerin, diğer amir ve idarecilerin hak ihlallerine karşı takındıkları genel tutumları çok önemlidir. Eğer idareciler bu tür hak ihlallerini hoşgörü ile karşılıyorsa, hatta “devletin bölünmez bütünlüğü” ve “terörizmle mücadele” “milli birlik ve beraberlik” vb. bir takım gerekçelerle bu hak ihlallerini meşru görüyorsa, işkenceyi uygulayan, suçların aydınlatılmasının ve suçluların cezalandırılmasının, kişi haklarının üstünde olduğunu düşünecek, idarenin de zımni isteği doğrultusunda hak ihlallerine devam edebilecektir.⁷² İşkencenin önlenememesinde amirlerin müsamahası, eylemlerden haberdar olduğu halde yapanların cezalandırılmaması, tekrarlanmasının önlenmemesi ve araştırılmaması etkili olmaktadır. Buna resmi müsamaha da denilmektedir. İşkencenin önüne geçebilmek için bu müsamahaya izin verilmemelidir.⁷³

Devlet işkence olaylarını önlemek amacıyla, gözaltına alınan, tutuklanan, hapsedilen kişiler hakkında karakol, tutukevleri, cezaevleri vb. kurumlarda uygulanan kuralları ve uygulamaları sistemli bir şekilde denetlemelidir. Denetim sonunda ihmalî görülen yetkililer mutlaka cezalandırılmalıdır.⁷⁴ Bu kurumların modern ve denetimli hale getirilmesinin işkencenin önlenmesinde önemi büyüktür.⁷⁵

İşkence suçunun faili olduğu iddia edilen kamu görevlileri bakımından ivedi olarak disiplin soruşturması başlatılmalı, soruşturma sonucunda ciddi bulgular var

⁷⁰ Turhan, **a.g.e.**, s.105.

⁷¹ Altıparmak, **a.g.e.**, s.183.

⁷² Doğru, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı Bağlamında Polisin İnsan Hakları Tutumu: Ankara ve Diyarbakır Örneği, s. 151.

⁷³ Üzülmüş, Türk Hukukunda İşkence Cürmü TCK’nın 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi, s. 261.

⁷⁴ Üzülmüş, **a.g.e.**, s.263.

⁷⁵ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s. 154.

olduğu takdirde ilgili hakkında caydırıcı cezalar tayin edilmeli, cezai yargılama boyunca kamu görevlisi görevinden uzaklaştırılmalıdır.⁷⁶

Cezaevlerinde tutuklu ve hükümlülerin sağlık hizmetinden yararlanması sağlanmalı, sağlıklı çevre, güvenilir su, besin ve tutulma koşullarının⁷⁷ sağlanması, hasta olmaları halinde tedavi hizmetinden faydalanmalarının sağlanması, ihtiyaç duydukları ilaç ve tıbbi malzemeye erişimlerinin sağlanması, tıbbi, cerrahi, psikiyatrik her türlü sağlık hizmetinin sağlanması vb. yükümlülükler işkencenin önlenmesi bakımından önem taşımaktadır.⁷⁸

Yargıtay, ikrarın delil niteliğinde olabilmesi için; ikrar olunan olayın mümkün olması, hakim huzurunda olması, geri alınmaması ve yan delillerle desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁹ Bu şekilde kararlarla, özellikle CMK m.148 kapsamında yasak sorgu kapsamında elde edilen delillerin, hukuka aykırı delillerin yargılamaya esas alınmayacağı yönünde kararlar uygulamaya yerleşirse kolluk bu yöndeki çabalarından vazgeçecek ve işkencenin önlenmesinde cesur adımlar atılmış olacaktır.

İşkence görmeme hakkı ne sınırlanabilir, ne yasaklanabilir ne de askıya alınabilir.⁸⁰ Jus cogens olarak kabul edilen bu hakkın ihlalini halinde elde edilen delillerin mutlak olarak kullanılamayacağı kuralı istisnasız uygulanmalıdır.

Uygulayıcılara hukukun evrensel ilkeleri benimsetilmelidir. Evrensel hukuk kuralı olan “delilden şüpheliye ulaşmak” yerine şüpheliden delile ulaşmaya çalışılmasının önü kapanmalıdır.⁸¹

İşkence mağdurlarına tıbbi, psikolojik, hukuksal, sosyal, mali vb. alanlarda yardım ve rehabilitasyon hizmetleri sağlanmalıdır.⁸²

⁷⁶ Dursun, **İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, s. 194.

⁷⁷ “Başlangıçta 440 kişi kapasiteli kurum, odalarda bulunan 1 adet ranza 4’e çıkarılarak kapasite 1756’ya çıkarılmıştır.” **Maltepe Açık Ve 2 No’lu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu**, 26. Dönem 3. Yasama Yılı 2018, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/maltepe_rapor_08022018.pdf, 04.04.2019.

⁷⁸ Doğan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Tutuklu Ve Hükümlülerin Sağlık Hakkı, s. 90-92.

⁷⁹ YCGK 02.04.1985, 6/511-182 sayılı kararı. Bkz. Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 115.

⁸⁰ Anayurt, **a.g.e.**, s. 215.

⁸¹ Bakım, **a.g.e.**, s. 213.

⁸² Gemalmaz, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, s. 431.

İşkencenin önlenmesi için Türkiye Barolar Birliği, Türk Tabipleri Birliği gibi meslek kuruluşlarının üyelerinden oluşan İnceleme ve Soruşturma Komisyonu oluşturmalı ve Komisyon işkencenin önlenmesi komitelerin yetkileriyle donatılmalı ve bu konuda mevzuatımızda düzenleme yapılarak Komisyon'a istediği yerde ve zamanda inceleme ve soruşturma yapma yetkisi tanınarak bu yetki güvence altına alınmalıdır. Komisyonun işkence iddialarıyla ilgili yaptığı incelemeler ve bunların sonuçlarını kamuoyuyla paylaşmalıdır.⁸³

TBMM İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Komisyonu (tüm kurullara yönelik işkence ve kötü muameleyi soruşturma yetkisine sahiptir), İnsan Hakları Başkanlığı ve İnsan Hakları İl ve İlçe Kurulları (bir il ve ilçedeki cezaevleri dışındaki birimleri özellikle nezarethaneleri denetleme yetkisine sahiptir), Cezaevleri ve Tutukevleri İzleme Kurulları'nın (cezaevlerinde önleyici denetim yetkisine sahiptir) bağımsız, tarafsız yapıya kavuşturulmalıdır.⁸⁴

İşkenceyi önleme konusunda Türkiye, BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi m.2 gereği “etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri” almayı taahhüt etmiştir. Bu kapsamda alınabilecek tüm tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirlerin alınması ertelenemez ve geciktirilemez.

⁸³ Bakım, **a.g.e.**, s. 215,216.

⁸⁴ Eren, Türkiye’de Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve İşkenceyi Önlemedeki Roller, s. 295.

KAYNAKÇA

- Acu, Melek : “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, **TBB Dergisi**, S. 110, 2014, s. 403-434, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1355>, 08.06.2018.
- Akbulut, Berrin : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Akçam, Taner : **İşkenceyi Durdurun İnsan Hakları ve Marksizm**, 1. bs., İstanbul, Ayrıntı Yayınevi, 1991.
- Akdağ, Selami : **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Olgaç Matbaacılık, 1976.
- Akkuş, Melike : “Uluslararası Hukukta Normatif Hiyerarşi”, **Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2015, s. 343-361, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/4159>, 13.11.2019.
- Akman, Mehmet : **Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması**, 1. bs., İstanbul, Eren Yayıncılık, 2004.
- Akpınar, Turgut : **Türklerin Din ve Hukuk Tarihi Üzerine Makaleler**, 1. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 1999.
- Aksoy Retornaz, Emine Eylem : “Mahpus Çocukların Hakları”, **Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 1, 2014, s. 127-138, (Çevrimiçi) http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2014_1.pdfgalatarsay 2014, 02.04.2019.
- Albayrak, Mustafa : **Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu ”Öz Kitap”**, 9. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Algan, Bülent : “İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2011, s. 1-36.
- Altıparmak, Kerem : “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, **Anayasa Yargısı**, C. 32, 2015, s. 145-184, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/media/4437/5.pdf>, 01.04.2019
- Anayurt, Ömer : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**,

Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 213-282.

Arsal, Sadri : **Türk Tarihi ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, İsmail Akgün Matbaası, 1947.

Arsal, Çetin; : **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1. bs., Ankara, Asil Yayın, 2004.
Azizağaoğlu,
Bahattin

Artuç, : “Cinsel Taciz Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:2, S. 7, 2007, Mustafa s. 103-113.

Artuç, : **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. bs., Ankara, Adalet yayınevi, 2008.
Mustafa

Artuç, : **2006-2007-2008 İctihatları İle Türk Ceza Kanunu**, 2. bs., Mustafa; Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
Akkaya,
Çetin; Gedikli,
Cemil

Artuk, : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, **Güncel Hukuk**, S. 4, 2005, s. 18-19.
Mehmet Emin

Artuk, : “İşkence Suçu (TCK m. 94, 95)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 7, 2008, s. 5-40, (Çevrimiçi)
Mehmet Emin <https://www.jurix.com.tr/article/2895>, 02.04.2019.

Artuk, : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, Adalet Yayinevi, 2019.
Mehmet Emin;
Gökçen,
Ahmet;
Alşahin,
Mehmet Emin;
Çakır, Kerim

Artuk, : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. bs., Ankara, Adalet Yayinevi, 2018.
Mehmet Emin;
Gökçen,
Ahmet;
Alşahin,
Mehmet Emin;
Çakır, Kerim

Artuk, : **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 12. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
Mehmet Emin;

Gökcen,
Ahmet;
Yenidünya, A.
Caner

Artuk, : **Uygulamalı Ceza Hukuku :Genel Hükümler, Özel**
Mehmet Emin; **Hükümler, Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. bs., Ankara, Turhan
Gökcen, Kitabevi, 2007, s. 73.

Ahmet;
Yenidünya, A.
Caner

Avcı, Mustafa : **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Konya, Mimoza
Yayınları, 2010.

Aydın, : **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi,
Nurullah 2009.

Aynural, : **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye**
Ömer Mete **Sokma Suçu(TCK 179/3)**, İstanbul, on iki levha yayıncılık,
2018.

Bakı, Sevim : **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu**, 1. bs.,
İstanbul, Beta, 2008.

Bakıcı, Sedat : **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel**
Hükümleri-4, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Başbüyük, İsa : “Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu”, **Dokuz Eylül**
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, 2012, s. 1443-
1485.

Batum, Süheyl : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türk Anayasal**
Sitemine Etkileri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yayını, No.72, 1993.

Bayata : “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri
Canyaş, Aslı Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları
Çerçevesinde İrdelenmesi”, **Hacettepe HFD**, C. V, S. 1, 2015,
s. 73–90, (Çevrimiçi)
<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C5S1makale4.pdf>,
08.06.2018.

Bayındır, : “İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk ve Türk Hukukundaki
Savaş Sorunlar”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**,
Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı,
Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 435-473.

- Bayraktar, Köksal : “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, **Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, Beta, 1998, s. 185-190.
- Bayraktar, Köksal : “İşkence Suçu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2011, s. 145-176.
- Bayraktar, Köksal : “ Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C. II, S. 5, 2005, s. 220-226.
- Bayraktar, Köksal; Keskin Kızıroğlu, Serap; Yıldız, Ali Kemal; Altunç, Sinan; Bostancı Bozbayındır, Gülşah; Erman, Barış; Erman Eroğlu, Fulya; Kurt, Gülşah; Sınar, Hasan : **Özel Ceza Hukuku-Cilt:II, Kişilere Karşı Suçlar-1-(TCK.81-105)**, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yay., 2017.
- Beccaria, Cesare : **Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi**, Çeviren: Muhiddin Göklü, 3. bs., Ankara, İnkılap ve Aka Kitabevleri, 1964.
- Beccaria, Cesare : **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çeviren: Sami Selçuk, 2. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2010.
- Bouchet-Saulnier, Françoise : **İnsancıl Hukuk Sözlüğü**, Çeviren: Selahattin Bağdatlı, 1. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2002.
- Boyar, Oya : “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör: Sibel İnceoğlu, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 137-157.

- Bozbayındır, Ali Emrah : “İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. XIII, S. 145, 2018, s. 45-60, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/16328>, 02.04.2019.
- Centel, Nur : “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S. 1-2, Erzurum, 2000.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. bs., İstanbul, Beta, 2016.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut Özlem : **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C.I, 3. bs., İstanbul, Beta, 2016.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut Özlem : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4. bs., İstanbul, Beta, 2006.
- Çakmut Yenerer, Özlem : **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, 1. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.
- Çelik, Can : “İnsan Hakları Boyutuyla Zorla Besleme”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. VI, S. 53, 2014, s. 39-47, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/dergi/fasikuel-hukuk-dergisi>, 02.04.2019.
- Çiftcioğlu, Cengiz Topel : “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. VII, S. 65, 2015, s. 14-26, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/3635>, 02.04.2019.
- Çor, Yaşar : “Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Suç Araştırmaları Anabilim Dalı, Ankara, 2005.
- Demirbaş, Timur : “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, **Av. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1999, s. 205-222.
- Demirbaş, : **İnfaz Hukuku**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2015.

Timur

Demirbaş, Timur : **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No. 71, 1996.

Demirbaş, Timur : **İşkence Suçu**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2016.

Demirbaş, Timur : **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2015.

Demirbaş, Timur : **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (TCK m.243)**, Ankara, Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yay., 1992.

Demirel, Muhammed : **Amirin Emri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Dershowitz, Alan M. : **Why Terrorism Works: Understanding The Threat, Responding to The Challenge**, New Haven and London, 2002.

Dinç, Güney : “Savunma Hakkı ve İşkence”, **TBB Dergisi**, S. 2, 1988, s. 54-63.

Doğan, Eda : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Tutuklu Ve Hükümlülerin Sağlık Hakkı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2017.

Doğan, İlyas : **Devletler Hukuku**, 3.bs., Ankara, Astana Yayınları, 2016.

Doğan, İlyas; Akıl, Abdülkadir; Çamurcuoğlu, Gülden : “Uluslararası Hukukun Değişim Süreci Ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 3-46.

Doğan, İlyas; Kaya, Mehmet : **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Doğan, İzzettin : “İnsan Haklarının Milletlerarası Himayesi”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No:2618, Hukuk Fakültesi No: 592, Milletlerarası Hukuk ve Münasebetler Enstitüsü No: 13 Yayını, 1979, s. 259-82.

- Doğan, Koray : **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Doğru, Fatih : “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı Bağlamında Polisin İnsan Hakları Tutumu: Ankara ve Diyarbakır Örneği”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Suç Araştırmaları Anabilim Dalı, Ankara, 2006.
- Doğru, Osman : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, 1. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.
- Doğru, Osman : **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, 1. bs., İstanbul, Beta, 1998.
- Doğru, Osman; Nalbant, Atilla : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C.I, 1. bs., Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, Şen Matbaa, 2012.
- Donay, Süheyl : **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1982.
- Donay, Süheyl : **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1. bs., İstanbul, Beta, 2007.
- Dönmezer, Sulhi : **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 17. bs., İstanbul, Beta, 2004.
- Dönmezer, Sulhi : **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 3269, 1984.
- Dönmezer, Sulhi : “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, Beta, 1998, s. 67-74.
- Dursun, Gizem : **İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin, 2018.
- Dursun, Selman : “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman Ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, 2014, S. 2, s. 203-252, (Çevrimiçi) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_2_7.pdf, 06.11.2019.
- Dülger, Murat : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gäfgen Kararı

- Erman, Sahir : “Sentez Raporu”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, Beta, 1998, s. 75-85.
- Erol, Gonca : “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda ‘Tedbir’”, **TBB Dergisi**, S. 130, 2017, s. 55-88, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-130-1655>, 08.06.2018.
- Ertuğrul, Metin : **1918 Sayılı Kanuna Göre Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı-Kaçakçılık Suçları ve İlgili Konular**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2002.
- Eryılmaz, Bedri : “İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 101-118.
- Eryılmaz, Bedri : “İşkence Yasağına Yönelik İç Hukukta İç Hukukta Öngörülen Usule İlişkin Güvenceler”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 407-424.
- Gemalmaz, Mehmet Semih : **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, 1. bs., İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002.
- Gemalmaz, Mehmet Semih : “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, **İnsan Hakları Yılı, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi**, C.14 Ankara, 1992.
- Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, 1. bs., İstanbul, Amaç Yayınları, 1990.
- Gemalmaz, Mehmet Semih : **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, 2. bs., İstanbul, Kavram Yayınları, 1994.
- Gökçen, Ahmet : **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, t.y., 1989.
- Gözler, Kemal : **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 3. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2012.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat : **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. III, 4. bs., İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1980.

- Gözübüyük, Şeref; Gölcüklü, Feyyaz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Gül, Ümit : “Sıkıyönetim Yargısı ve İşkence”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 1993.
- Gülener, Serdar : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında ‘Genel Af’ Kanunları, **Uyuşmazlık Mahkemesi**, s. 411-429, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155570>, 08.06.2018.
- Gülsün, Ramazan : “İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı”, **International Journal Of Legal Progress**, Volume:1, Number:2, Year:2005, s. 17-42, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/227226>, 08.06.2018.
- Gültaş, Veysel : **İnsan Hakları Odağında İşkence**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005.
- Gündel, Ahmet : **5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2009.
- Güzeloğlu, Turan : **Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2008.
- Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere karşı Suçlar**, 5. bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2016.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2003.
- Hakeri, Hakan : “Cezaevi Koşullarında İşkence ve Kötü Muamele”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 375-386.
- Hakeri, Hakan : “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 341-374.

- Heinrich, Bernd : **Ceza Hukuku Genel Kısım-II**, Editör: Yener Ünver, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Hilgendorf, Eric : **Hukuk Devletinde İşkence**, Çev: Bahar Ergil, KHukA, Yıl, 8 Mart 2005.
- İçel, Kayıhan; Yenisey, Feridun : **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. bs., İstanbul , Beta Yay., 1994.
- İnceoğlu, Sibel : “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör: Sibel İnceoğlu, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 7-21.
- Joseph, Sarah : **Qel recours pour les victimes de la torture**, Editör: Eric Sottas, 1. bs., Cenevre, İsviçre, 2006.
- Kaboğlu, İbrahim Özden : **Özgürlükler Hukuku/İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2002.
- Kaftancıoğlu Şahin, Canan : “İşkence Olgularının Adli Tıbbi Değerlendirilmesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.
- Kaya, Köroğlu : “İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller” **TAAD**, Yıl. 7, S. 24, 2016, s. 461-512.
- Kılıç, Yeter : “İşkence ve Hekim Raporları, Tutuklu ve Hükümlünün Sağlık Hakkı, Cezaevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Bakımından Hekimin Durumu Ceza Hukuku Bakımından Konuya Bakış”, **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Sağlık Hukuku Makaleleri**, 1. bs., İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 135-156.
- Kibar, Recep : **Türk Hukukunda Sanık Hakları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.
- Koca, Mahmut : “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 105-146.
- Koca, Mahmut : “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”,

(Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Bölümü, İstanbul, 1998.

Koca, Mahmut; Üzülmaz, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2011.

Koca, Mahmut; Üzülmaz, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

Kök, Ahmet : “İşkence İddialarının Fiziksel Değerlendirilmesi ve Raporlanması”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 75-92.

Kök, Ahmet : “İstanbul Protokolü Bağlamında Hekime Ulaşma Hakkı ve Hekimin Uymakla Yükümlü Olduğu Etik İlkeler”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 65-74.

Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoğlu Ayşe : **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. bs., Ankara, Beta, 2006.

Kuzu, Burhan : **1876 Kanuni Esasisinde Suç Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Sonraki Anayasalarımızla Karşılaştırmalı Olarak Açıklanması**, 1988.

Mahmutoğlu, Fatih Selami : “İşkence ve Eziyet Suçu”, s. 1-16, (Çevrimiçi) <http://fsmahmutoğlu.av.tr>, 30.03.2019.

Mahmutoğlu, Fatih Selami; Karadeniz, Serra : **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 1. bs., İstanbul, Beta, 2017.

Malkoç, İsmail : **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**(Madde 1-178), C.I, 3. bs., Ankara, Malkoç Kitabevi, 2008.

Malkoç, : **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza**

- İsmail : **Kanunu**(Madde 82-149), C.II, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2013.
- Meran, Necati : **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Metin, İsmail; Eraslan, Fetullah : **Türkiye’de Polis ve Kişi Hakları**, 2. bs., İstanbul, İletişim Yay. 1994.
- Nal, Sabahattin : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlıkdışı Muamele”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2007, s. 145-184.
- Nuhoglu, Ayşe : “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, **Prf. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın N0.8, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 527-587.
- Oğuz, Yasemin : Yasemin Oğuz, **Torture as An Ethical Problem: Etik Bir Sorun Olarak İşkence**, T Klin J Med Ethics, S. 8, 2000, s. 83-89, (Çevrimiçi) <http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-etik-bir-sorun-olarak-iskence-34895.html>, 01.04.2019.
- Oral, Gökhan : “Adli Tıp Ve Ruhsal Travma”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 93-100.
- Otacı, Cengiz : “Karar İncelemesi Kan Gütme Saikiyle Ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu”, **İÜHFM C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1489-1498**, (Çevrimiçi) httpdergipark.gov.tr/downloadarticle-file97820, 08.06.2018.
- Önder, Ayhan : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- Önok, R. Murat : **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2006.
- Özbek, Veli : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Seçkin, 2017.
- Özer; Bacaksız, Pınar; Doğan, Koray; Tepe, İlker
- Özbudun, : **Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

Ergun

- Özdemir, Didar : “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2017, s. 149-185, (Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2017/12/gsuhfd-2017-2-361.pdf>, 02.04.2019.
- Özek, Çetin : “Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, **Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan**, İÜHFM., C.LV, 1997/3.
- Özen, Mustafa : **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Özen, Mustafa : “Kasten Yaralama Suçunun Maddi Unsur Bakımından Bazı Suçlarla İlişkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 22, 2008, s. 89-94, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/374>, 02.04.2019.
- Özgen, Eralp : “İşkence ve İnsanlık dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. I, S. 2, 1988, s. 208-233, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/9816>, 02.04.2019.
- Özgenç, İzzet : **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, 1. bs., İstanbul, Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul 1996.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin, 2015.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi** (Genel Hükümler), 3. bs., Ankara, Adalet Bakanlığı Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, 2006.
- Özgenç, İzzet; Şahin, Cumhur : “İşkence Suçu”, t.y., s. 1-23, (Çevrimiçi) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf, 01.04.2019.
- Öztürk, Bahri : Editör, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bs., Ankara, Seçkin, 2016.
- Öztürk, Bahri : “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları”, **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, 2005, s. 131-136.
- Parlar, Ali : **Açıklamalı-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı**, 3. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2018.

- Parlar, Ali : **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre CMK El Kitabı**, 3. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2017.
- Parlar, Ali : **İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 3. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2017.
- Parlar, Ali : **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. I, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.
- Polat, Oğuz : **Klinik Adli Tıp**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2006.
- Selçuk, Sami : **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1998.
- Sevdiren, Öznur : “İşkence Suçunda Tipik Fiil Yönünden ‘Acı ve Ezanın Ağırlığı’ ile Suçun ‘Sistemik ve Belli Bir Süreç İçinde İşlenmesi’ Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 14, S. 40, 2019, s. 335-378, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/19305>, 13.12.2019.
- Sever, Çiğdem : “Soma ve Ermenek’i İşkence Yasağı Üzerinden Düşünmek”, **Güncel Hukuk**, S. 132, 2014, s. 10-11.
- Seymen Çakar, Ayşen : “İnsanlığa karşı Suçlar”, **TBB Dergisi**, S. 103, 2012, s. 169-197, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-103-1231>, 08.06.2018.
- Soyaslan, Doğan : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Soysal, Mümtaz : **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 8. bs., İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1990.
- Sözüer, Adem : **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Sözüer, Adem : Editör: **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, 1. bs., İstanbul, Alfa, 2013.
- Sözüer, Adem; Dursun, Selman; Talas, Serdar : Editörler: **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 4. bs., İstanbul, Alfa, 2017.
- Spiriakos, Dimitris : **Folter als Problem des Strafrechts**, Diss, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990.

- Sung,
Chanterelle : Torturing The Ticking Bomb Terrorist: An Analysis of Juridicially Sanctioned Torture In The Context of Terrorism, Boston Collage Third World Law Journal, Vol. 23:193, 2003.
- Şahin,
Cumhur : **Saniğin Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- Şahin,
Cumhur : “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirmeleri Sorunu”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, Beta, 1998, s. 343-354.
- Şahin,Cumhur ;
Özgenç,İzzet;
Sözuer, Adem : **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı- C.I (Kanunlar)**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2010.
- Şen, Ersan : **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Şenol, Cem : “AİHS Hükümleri Ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi”, **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2012/1)**, s. 259-288, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/157258>, 08.06.2018.
- Taneri,
Gökhan : **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, 1. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.
- Tanör, Bülent : **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 13. bs., İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2005.
- Tanör, Bülent;
Necmi
Yüzbaşıoğlu : **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Beta, 2005.
- Tezcan,
Durmuş;
Erdem,
Mustafa
Ruhan; Önok,
R. Murat : **Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- Tezcan,
Durmuş;
Erdem, : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2004.

Mustafa
Ruhan;
Sancakdar
Oğuz

Tezcan,
Durmuş;
Erdem,
Mustafa
Ruhan;
Şentürk,
Candie;
Tütüncü,
Efsen Erden

: **Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmalar**, 6. bs., Ankara, Seçkin, 2017.

Teziç,
Erdoğan

: **Anayasa Hukuku** (Genel Esaslar), 20. bs., İstanbul, Beta Yay, 2016.

Toplum ve
Hukuk
Araştırmaları
Vakfı

: **İşkence ve Kötü Muamele 2011**, Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, Berdan Matbaacılık, 2011.

Turabi, Selami

: **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2015.

Turhan,
Mehmet

: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi”, **Çankaya University Journal of Law**, 8/2, 2011, s. 77-107, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/45454>, 08.06.2018.

Türkyılmaz,
Halil İbrahim

: “İşkence ve Adli Tıp’ta Tespiti Sorunu”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul, 1998.

Uluslar arası
Ceza
Mahkemesi
Koalisyonu
Mağdur
Hakları
Çalışma
Grubu

: **Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve Mağdur Hakları El Kitabı**, Ankara, Ece Matbaası, 2010.

Ünver, Yener;
Hakeri, Hakan

: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

- Üzülmez, İlhan : 765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Editör: İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Özkan Matbaacılık, 2009, s. 319-340.
- Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, 1. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
- Üzülmez, İlhan : “Türk Hukukunda İşkence Cürmü TCK’nın 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2001.
- Üzülmez, İlhan : **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Üzülmez, İlhan : “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C.II, S. 5, 2005, s. 227-247.
- Walder, Hans : **Die Vernehmung des Beschuldigten**, Hamburg, 1965.
- Yalçın, Berek : “Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi Bağlamında Ülke Ziyaretleri ve Türkiye”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, 2017, s. 60-68, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/14321>, 02.04.2019.
- Yalçın Sancar, Türkan : “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, S. 4, 2002, s. 153-169, (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/469/5374.pdf>, 01.04.2019.
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa : **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. III, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Yenisey, Feridun : (Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku) **Hazırlık Soruşturması ve Polis**, 3. bs., İstanbul, Beta, 1993.
- Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2014.

- Yılmaz, Abdulhalim : “Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 94 ve 95. Maddeleri)”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.
- Yılmaz, Ejder : **Hukuk Sözlüğü**, 10. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Yılmaz, Yeşim : “İnsan Ticareti Ve İctima Sorunu”, **MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan**, s. 884-972, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/456966>, 08.06.2018.
- Yokuş Sevük, Handan : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 7, S. 20, 2012, s. 7-42, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/3039>, 02.04.2019.
- Yokuş Sevük, Handan : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Eziyet Suçu”, **İÜHF**, C. LXXI, S. 1, 2013, s.1273-1290, (Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/97807>, 01.04.2019.
- Yurtcan, Erdener : **Ceza Yargılaması Hukuku**, 15.bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Yüksektepe, Mert Asker : **Bölge Adliye Ceza Dairelerinin Bozma İlamlarına Göre Hukuku Kesin Aykırılık**, 1. bs., İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi : “Mayıs 2004’te Anayasanın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri üzerine Bir Değerlendirme”, Yayına Hazırlayan: Prof. Dr. Öget Öktem Tanör: **Bülent Tanör Armağanı**, 1. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 782-818.

2016 Yılı Türkiye İnsan Hakları İhlalleri, (Çevrimiçi) <https://www.ihd.org.tr/2016-yili-turkiye-insan-haklari-ihlalleri>, 01.04.2019.

2017 İnsan Hakları İhlalleri Raporu: OHAL Altında Geçen Bir Yıl, (Çevrimiçi) <https://www.ihd.org.tr/2017-insan-haklari-ihlalleri-raporu-ohal-altinda-gecen-bir-yil>, 01.04.2019.

AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C.12, İstanbul, Ana Yayıncılık, 1988.

Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2017, s. 155-157, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/yillik-raporlar/2017-yillik-raporu/>, 01.04.2019.

- Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2016**, (Çevrimiçi)
<https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/yillik-raporlar/2016-yillik-raporu/>, 01.04.2019.
- : **Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu**, 26. Dönem 2. Yasama Yılı 2017, (Çevrimiçi)
https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/bursa_h_tipi_raporu.pdf, 04.04.2019.
- : **Büyük Larousse**, C. 18, İstanbul, 1986.
- : **Elazığ T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu**, 26. Dönem 3. Yasama Yılı 2018, (Çevrimiçi)
https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem26.htm, 04.04.2019.
- : **İşkencenin Doğru ve Etkin Belgelenmesi İçin Rehber**, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara, 2004.
- : **İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol**, (Çevrimiçi)
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/130-iskence-ve-diger-zalimane-gayriinsani-veya-kucultucu-muamele-veya-cezaya-kars-birlesmis-milletler-sozlesmesine-ek-ihtiyari-protokol/>, 13.10.2019
- : **Maltepe Açık Ve 2 No'lu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu**, 26. Dönem 3. Yasama Yılı 2018, (Çevrimiçi)
https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/maltepe_rapor_08022018.pdf, 04.04.2019.
- : **Tanzimat I: Yüzüncü Yıl Dönümü Münasebetiyle**, İstanbul, Maarif Matbaası, 1940.
- : **Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, İşkence ve Kötü Muamele Raporu 2011**, Toplum ve Hukuk Araştırmaları Yayınları, İstanbul, Berdan Matbaacılık, 2011.
- : **Türk Hukuk Lugatı**, 3. bs., Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1998.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

(Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>

(Çevrimiçi) <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>

Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

(Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>

(Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>

(Çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr>

(Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>

(Çevrimiçi) <http://fsmahmutoğlu.av.tr>

(Çevrimiçi) <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>

(Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr>

(Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr>

(Çevrimiçi) <https://www.ihd.org.tr>

(Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr>

(Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr>

(Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr>

(Çevrimiçi) <https://www.tihek.gov.tr>

(Çevrimiçi) <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr>

(Çevrimiçi), <https://www.ombudsman.gov.tr>

(Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

(Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>