

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA EZİYET SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Enes YILMAZ

MAYIS - 2017

TRABZON

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA EZİYET SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Enes YILMAZ

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU

MAYIS - 2017

TRABZON

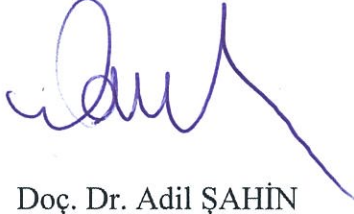
ONAY

Enes YILMAZ tarafından hazırlanan “Türk Ceza Hukukunda Eziyet Suçu” adlı bu çalışma 12/06/2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/~~oyçokluğu~~ ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim dalında **yüksek lisans tezi** olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU (Başkan)



Yrd. Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU (Danışman)



Doç. Dr. Adil ŞAHİN



Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduklarını onaylarım.

Prof. Dr. Yusuf SÜRMEN

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynağa eksiksiz atıf yapıldığını, aksinin ortaya çıkması durumunda her tür yasal sonucu kabul ettiğimi beyan ediyorum.

Enes YILMAZ

09/05/2017

ÖNSÖZ

Günümüzde ceza hukuku, kendisine pek çok alanda özellikle aile içi şiddet vakalarıyla her geçen gün daha çok yansıma alanı bulmaktadır. Çalışma konusu seçilirken, bu konunun hem öğretinin gündemindeki hem de taşıdığı güncellik itibarıyla uygulamayı ilgilendiren bir konu olması düşünülmüştür. Bu çerçevede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununca getirilen yeni suçlardan birini oluşturan çalışma konumuz, bünyesindeki eksikliklerden dolayı tez olarak ileri sürülebilecek bir niteliğe sahiptir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden bugüne değin eziyet suçuna yönelik monografik bir çalışmanın bulunmaması, büyük bir eksiklik olarak karşımızda durmaktadır.

Bu düşüncelerle başladığımız çalışmamızın temel konusunu, Anayasa'daki eziyet yasağı başta olmak üzere, esas itibarıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki eziyet suçu oluşturmuştur. Birçok uluslararası belgede kişilerin maddi ve manevi bütünlükleri koruma altına alınmıştır. Bu çalışmada incelenen anayasal ve yasal düzenlemelerde de kişilerin maddi ve manevi bütünlükleri, insan onuru kavramının çatısı altında korunmak istenmiştir. Gerek uluslararası gerekse ulusal düzeydeki düzenlemeler çalışmamızda, başta birbirleriyle benzeşen ve ayrışan yönleriyle sonrasında ise hem öğretideki hem de yargı kararlarındaki algılanışıyla detaylı biçimde incelenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmanın ortaya çıkarılmasında maddi ve manevi yardımlarını esirgemeyen ve özellikle fikri bazda sağlamış oldukları katkılarından ötürü değerli hocalarım Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Yrd. Doç. Dr. Namık Kemal Topçu, Yrd. Doç. Dr. Soner Demirtaş ve kıymetli kürsü arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim.

Mayıs 2017

Enes YILMAZ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
ÖZET	IX
ABSTRACT	X
KISALTMALAR LİSTESİ	XI
GİRİŞ.....	1-3

BİRİNCİ BÖLÜM

1. EZİYET KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİMİ.....	4-26
1.1. Eziyet Kavramı	4
1.2. Tarihi Gelişimi.....	7
1.2.1. Osmanlı Devleti Dönemindeki Gelişmeler	7
1.2.2. Cumhuriyet Dönemindeki Gelişmeler	16

İKİNCİ BÖLÜM

2. ULUSLARARASI BELGELERDE VE BAZI ÜLKELERDE ELE ALINIŞI VE BENZER SUÇ TİPLERİYLE İLİŞKİSİ.....	27-132
2.1. Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ülkelerde Ele Alınışı	27
2.1.1. Uluslararası Belgelerde Ele Alınışı.....	28
2.1.1.1. Genel Olarak	28
2.1.1.2. Çocuk Hakları Bildirisi ile Çocuk Hakları Sözleşmesi	37
2.1.1.3. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi.....	38
2.1.1.4. Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi.....	39
2.1.1.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS).....	39
2.1.1.6. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (MSHS).....	51

2.1.1.7. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (İKS)	53
2.1.1.8. Avrupa İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Sözleşmesi (AİÖS).....	56
2.1.1.9. Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddeti Önleme ve Bunlarla Mücadele Avrupa Sözleşmesi (Av.KKŞMS)	57
2.1.1.10. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü (Roma Statüsü).....	58
2.1.1.11. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü)	61
2.1.1.12. Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Yeri ve Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağını Ele Alışı	62
2.2.1.12.1. Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Yeri	64
2.2.1.12.2. Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağını Ele Alışı	69
2.1.2. Bazı Ülkelerde Ele Alınışı	74
2.1.2.1. İspanya.....	75
2.1.2.2. Fransa.....	76
2.1.2.3. Almanya.....	77
2.2. Benzer Suç Tipleriyle İlişkisi	79
2.2.1. İşkence.....	80
2.2.1.1. Tipiklik Bakımından	80
2.2.1.2. Korunan Hukuki Değer Bakımından	81
2.2.1.3. Maddi Unsurlar Bakımından	84
2.2.1.3.1. Genel Olarak.....	84
2.2.1.3.2. Fail Bakımından	87
2.2.1.3.3. İhmali Davranış Bakımından.....	98
2.2.1.3.4. Mağdur Bakımından	102
2.2.1.3.5. Fiil Bakımından	103
2.2.1.3.6. Suçu Etkileyen/Suçta Etki Eden Haller Bakımından	107
2.2.1.4. Neticenin Ağırlaşması Durumu Bakımından.....	108
2.2.1.5. Manevi Unsur Bakımından.....	111
2.2.1.6. Yaptırım, Soruşturma ve Kovuşturma Bakımından	112

2.2.2. Kasten Yaralama	115
2.2.3. Aile Düzenine Karşı Suçlar.....	118
2.2.3.1. Kötü Muamele	119
2.2.3.1.1. Dar Anlamda Kötü Muamele Suçu	120
2.2.3.1.2. Disiplin Yetkisini Kötüye Kullanma Suçu	125
2.2.3.2. Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali	130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TÜRK CEZA HUKUKUNDA EZİYET SUÇU..... 133-203

3.1. Genel Olarak.....	133
3.2. Korunan Hukuki Yarar/Menfaat/Değer.....	135
3.3. Suçun Maddi Unsurları.....	137
3.3.1. Fiil	137
3.3.2. Fail	153
3.3.3. Mağdur	154
3.3.4. Konu.....	155
3.3.5. Suçu Etkileyen/Suçta Etki Eden Haller.....	156
3.3.5.1. Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye ya da Gebe Kadına Karşı	158
3.3.5.2. Üstsoy veya Altsoy, Babalık veya Analığa ya da Eşe Karşı.....	162
3.4. Manevi Unsur	165
3.5. Hukuka Aykırılık Unsuru	167
3.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	169
3.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme.....	169
3.6.2. İştirak	174
3.6.3. İçtima.....	177
3.6.3.1. Bileşik Suç	179
3.6.3.2. Zincirleme Suç.....	182
3.6.3.3. (Farklı Neviden) Fikri İçtima.....	185
3.6.3.4. Gerçek İçtima.....	188
3.6.3.5. Neticenin Ağırlaşması Durumu	193

3.7. Yaptırım, Zamanaşımı, Soruşturma ve Kovuşturma	199
SONUÇ ve ÖNERİLER.....	204
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	215
ÖZGEÇMİŞ.....	232



ÖZET

“Türk Ceza Hukukunda Eziyet Suçu” başlıklı bu çalışmada, öncelikle 765 sayılı Kanun döneminde bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olan eziyetin kavramsal ve tarihsel bazda, uluslararası ve ulusal düzlemde sahip olduğu yeri, bütün boyutlarıyla gözler önüne sermek amaçlanmaktadır.

Bu noktada, eziyet suçunun kapsamı, benzer suç tipleriyle ilişkisi, ulusal ve uluslararası mevzuattaki yeri ve bir suç tipi olarak kabul edildiği ülkelerde nasıl ele alındığına odaklanır.

Bahsi geçen hususlara odaklanılan çalışmada, eziyet suçuna ilişkin ceza hukuku sistemimizde mevcut olan sorunlar dile getirilmiş ve bunlara yönelik doktrinel ve içtihadi yaklaşımlarla çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Eziyet, İşkence, İnsan Onuru, Kötü Muamele, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Davranış.

ABSTRACT

In this work titled “The Crime of Torment in Turkish Penal Law”, it is aimed to reveal with all dimensions the place where the torment which is not organized as a type of crime in the period of Law No. 765 has conceptual and historical basis in international and national level.

At this point it focuses on how the scope of the crime of torment is related to similar crime types, its position in national and international legislation, how it is handled in countries where it is accepted as a type of crime.

In the work focused on the subject of mentioned, the problems that existed in our criminal justice system related to the crime of torment were voiced and proposed solutions by the doctrinal and judicial approaches towards them.

Keywords: Torment, Torture, Human Dignity, Illtreatment, Inhuman and Degrading Treatment.

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AD	: Adalet Dergisi
Af.ÇHEŞ	: Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı
Af.İHHŞ	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
Alm.CK / StGB	: Alman Ceza Kanunu / Strafgesetzbuch
Alm.CMUK / StPO	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu / Strafprozeßordnung
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS / İHAS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi / İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ¹
AIÖS	: Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi
Ame.İHS	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
Ame.İÖCS	: Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ü.S.B.F.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Av.KKŞMS	: Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddeti Önleme ve Bunlarla Mücadele Avrupa Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. No:	: Başvuru Numarası
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
c.	: cümle

¹ Aktardığımız kimi yargısal ve doktrinel kaynaklarda “İHAS” kısaltması kullanılmış olmakla birlikte, bizim çalışmamızda esas itibarıyla “AIHS” şeklindeki kısaltma tercih edilmiştir.

CD / Yx.CD	: Ceza Dairesi / Yargıtay İlgili Ceza Dairesi
CEHAMER	: İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi
CGK / YCGK	: Ceza Genel Kurulu / Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CK	: Ceza Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CPT	: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
Çev.	: Çeviren
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
D.	: Daire
dergiabant	: Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu (765 sayılı)
f.	: fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HDÖ	: Hükümetler Dışı Örgüt
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
Hızl.	: Hazırlayan
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İKB	: Tüm Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi
İKS	: İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayrıinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar

KHukA	: Kamu Hukuku Arşivi
KKŞOKB	: Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi
m. / md.	: madde
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MS	: Milattan Sonra
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi
OSAV	: Osmanlı Araştırmaları Vakfı
p.	: paragraf
PVSK	: Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
tdk / TDK	: Türk Dil Kurumu
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
ttb	: Türk Tabipler Birliği
UCD / UCM	: Uluslararası Ceza Divanı / Uluslararası Ceza Mahkemesi
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve sair
Y.	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu (5237 sayılı)

GİRİŞ

Atasözü olarak söylenegeldiği gibi “Beşer, şaşar.”¹ İşte, tam da bu noktada, beşerin gerek şaşırdığında sergilediği muamelelerde gerekse ceza hukukunun ilgi alanına giren muamelelerine karşılık son çare olarak verilecek cezalarda insan olduğunu unutmaması gerekir². Bu husus, literatürde *insanilik ilkesi* olarak karşımıza çıkar. İnsanilik ilkesi, Anayasanın 17. maddesinde de ceza ve muamelelerin insan onuruyla bağdaşır nitelikte, yani insani olması şeklinde ifadesini bulmuştur³.

Kanun koyucu, bahsini ettiğimiz insaniliği, Adalet Komisyonu Raporu’nda benimsediği suç politikası vasıtasıyla kusur, hukuk devleti ve hümanizm ilkelerinin dayandığı felsefi temellerle gerçekleştirebileceğinin altını çizmiştir⁴. Bu çizgide, *ceza kanununun insana saygı esasına dayanması, işkence ve eziyet niteliğini gösteren uygulamaları etkin bir biçimde yasaklaması, insan onuruyla bağdaşmayan cezalar içermemesi, (...) hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır*.

Türk Ceza Kanunu’nun yanı sıra, hatta bundan daha önce suç politikasının dayandığı bu temel felsefi ilkelerin Anayasa’nın Başlangıç kısmında⁵, Cumhuriyetin

¹ “Tanrı insanı eksiksiz yaratmamıştır, kişilerin yanılmasını, doğrudan şaşmasını hoş görmek gerekir” anlamında söylenir. Ali Püsküllüoğlu, **Türkçe Sözlük**, Arkadaş Yayınevi’nde 1. Baskı, Ankara: Arkadaş Yayınevi, 2012, s.1015.

² İki de Arapça kökenli olan ve dilimizde unutmaya karşılayan *nisyân* ile *insan*’ın aynı kökten geldiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. “Çok unutan ve unutkan olduğu için “Nisyân” kökünden “İnsiyan” olmuş, hemzesi Arap dili ve gramer kâidelerine göre fazlalık kabul edilerek atılmış ve “İnsan”a dönüşmüştür.” İrfan Gündüz, “Zikir ve İnsan”, **Altınoluk**, S.143, (1998), s.34, <http://dergi.altinoluk.com> (10.04.2017).

³ Faruk Erem, “İşkence”, **TBBD**, S.2, (1988), s.198.

⁴ Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökçen, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.10.

⁵ **Anayasa Başlangıç-** “(...) Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde *onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine* doğuştan sahip olduğu; (...) FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere.
TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur.”

niteliklerini sayan 2. maddede⁶ ve Devletin temel amaç ve görevlerini ihtiva eden madde 5'te⁷ göz önünde bulundurulduğu ve insan onuru ile daha pek çok bağlantı noktasının olduğu söylenmelidir⁸. Buna göre günümüzde, söz konusu maddeler kapsamında Devlet'in vatandaşlarına yönelik sadece "asgari yaşam standardı" sunması yeterli olmayıp, vatandaşlarının sırf insan olmalarından ileri gelen saygınlığını en küçük bir şekilde zedelememesi de insan onurunun bir gereğidir⁹. Bu açıdan, özellikle insan onuru bağlamında, insan hak ve özgürlüklerini insanca bir düzen kurma çabalarının bir parçası olarak kabul etmek zaruridir¹⁰.

Bu zorunluluğun bir nişanesi olarak kanun koyucu tarafından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bünyesinde eziyet suç tipinin ihdası suretiyle, kişinin insan onuru ile bedensel ve ruhsal bütünlüğü ayrıca koruma altına alınmak istenmiştir. Korunması gereken en yüce değer olarak insan onuru, işkencenin akabinde eziyet düzenlemesiyle ayrı bir yasal güvenceye kavuşturulmuş ve böylelikle insan onuru ile bahsolunan hakların ihlalinin müeyyidelendirilmesi amaçlanmıştır. Ancak gerek 765 sayılı Kanun döneminde gerekse başka ülkelerde yaygın ve yerleşik bir örneği bulunmayan eziyet müessesesi bakımından bazı noksanlıkların söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir.

Özellikle eski kanun döneminde böyle bir suç tipinin tanzim edilmemiş olması ve 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana eziyet suç tipine ilişkin tez olarak addedilebilecek boyutta ayrı bir çalışmanın ortaya konulmaması, bizi bu yönde çalışmaya sevk etti. Bu düşüncelerle başlanılan elinizdeki eserde, literatüre naçizane bir katkı sunabilmek ümidiyle konuya ilişkin problemlerin tespitine ve saptanan sorunlara yönelik sağlam çözüm önerilerine ulaşmak amaçlanmıştır. Bu bağlamda, teorik ve pratik yeterince

⁶ **Anayasa m.2-** "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, *insan haklarına saygılı*, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

⁷ **Anayasa m.5-** "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

⁸ R. Murat Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s.351.

⁹ İlyas Doğan, "İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri", İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (43-78), Ankara: Astana Yayınları, 2015, s.48.

¹⁰ A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 10. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s.4.

kaynağa müracaat edilerek, çalışma konusu oldukça kapsamlı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

Zikredilen incelemenin en iyi şekilde açıklanabilmesi amacıyla üç bölümden müteşekkil tezimizin ilk bölümünde, eziyet kavramı ve tarihi gelişimi hakkında bilgiler yer almaktadır. Burada öncelikle, kavramın sözlük anlamı itibarıyla taşıdığı manalar ifade edilmiş, akabinde ise doktrinde yapılan tanımlar örneklendirilmiştir. Daha sonra da eziyet kavramının kronolojik olarak ortaya çıkan ferman, kanunname, anayasa, yasa ve tasarılar da, ne şekilde yer aldığına, *Tarihi Gelişimi* başlığı altında ana hatlarıyla değinilmiştir.

Türk Ceza Hukuku'nda işkence, kötü muamele, yaralama, hakaret, cinsel taciz gibi suç tipleri, eziyet ile keskin ayırım noktaları olmaksızın benzerliklere sahiptir. Ayrıca söz konusu suçlar ve eziyet, uluslararası mevzuatta da ele alınmaktadır. Bu sebeple ikinci bölümde, eziyet suçunun benzer suç tipleriyle ilişkisine, uluslararası mevzuattaki ve bazı ülkelerdeki ele alınışına uzunca bir yer ayrılmıştır. Bu bölümde, çalışma konusunun uluslararası belgelerde tek tek nasıl ifade edildiğini gördükten sonra, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki konumu ile Anayasa Mahkemesi'nin meseleye yaklaşımı üzerinde durulmuştur.

Tezimizin asıl konusunu üçüncü bölüm oluşturmaktadır. Burada ise, “Türk Ceza Hukukunda Eziyet Suçu”nun ceza hukuku müesseseleri bağlamında tüm ayrıntılarıyla irdelendiği söylenebilir.

Sonuç olarak, düzenlemenin mahiyeti, tespit edilebildiği kadarıyla eksiklikleri ve buna mukabil çözüm önerileri dile getirilerek elinizdeki çalışma ortaya çıkmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. EZİYET KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİMİ

1.1. Eziyet Kavramı

Eziyet, sözlük anlamı itibarıyla zulüm¹¹, sıkıntı veya güçlük¹²; aşırı güçlük, sıkıntı, üzü, zahmet¹³; maddi ve özellikle manevi baskı, acı, üzüntü¹⁴; incinecek, incitecek hal, güçlük, cefa, meşakkat¹⁵; ezâ, incinmek, maddi veya manevi zarar¹⁶; bir kişiye veya gruba başka bir kişi veya grup tarafından ısrarlı olarak kötü davranılması¹⁷ gibi ifadelerle pek çok farklı şekilde tanımlanmıştır. Bunların da ötesinde eziyeti, Türk Ceza Kanunu’nun 96. maddesinde düzenlenmiş olan suç türü¹⁸ olarak ifade etmek de mümkündür.

Ayrıca doktrinden örnek vermek gerekirse, *Koca ve Üzülmmez*, eziyeti “*Kişilere aşırı sıkıntı veren her türlü hareketi eziyet olarak nitelendirmek mümkündür.*” demek suretiyle tanımlama yoluna gitmiştir¹⁹.

¹¹ “(...) adalet duygularına aykırı işlerde bulunmak, gadir, **eziyet**, haksızlık etmek gibi kavramlar da zulüm kelimesiyle belirtilmiş ve (...) Zulüm, her çeşit haksızlık ve eziyeti içine alan, çok geniş kapsamlı bir sözcük olarak karşımıza çıkıyor. Erkeğin kadına, satıcının alıcıya, babanın çocuğa *zulmetmesi* mümkündür. Nitekim kelime bu anlamda da çok kullanılmıştır: “Zalim bir koca” gibi biçimlerde bugün bile kulağıma ve gözümüne çarpmaktadır.” Ahmet Mumcu, **Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı**, 3. Baskı, Ankara: Phoenix Yayınevi, 2007, s.xvii-xviii.

¹² bkz. www.tdk.gov.tr (17.03.2016).

¹³ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, 10. Baskı, Ankara: TDK Yayınları, 2005, s.673.

¹⁴ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s.359.

¹⁵ Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lügat**, 25. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2008, s.246; Ali Nazîmâ ve Faik Reşad, **Mükemmel Osmanlı Lügati**, (Hzl. Necat Birinci ve diğerleri), 3. Baskı, İstanbul: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2009, s.91.

¹⁶ “Masdar olarak “incinmek” anlamına gelen eza isim olarak genellikle “acı, maddi veya manevi zarar, eziyet” şeklinde karşılanmış ve “üzüntü, elem doğuran etken, maddi zararı dokunan şey” diye tarif edilmiştir.” Mustafa Çağrı, “Ezâ”, “Eziyet”, **TDV İslam Ansiklopedisi içinde** (35-36), **C.12**, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995, s.35 ve 66, <http://www.islamansiklopedisi.info> (17.03.2016).

¹⁷ bkz. <http://www.turkcebilgi.com/eziyet> (17.03.2016).

¹⁸ Selahattin Bağdatlı, **Hukuk Sözlüğü**, İstanbul: Derin Yayınları, 2012, s.206.

¹⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.259.

Soyaslan'ın yaptığı eziyet tanımı ise, maddi anlamda vücut bütünlüğünü bozacak surette ve manevi anlamda ise ruh sağlığını etkileyecek surette “Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışların yapılmasıdır.”²⁰

Öte yandan, Artuk ve diğerleri ise, “Bir kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olmaksızın herhangi bir kimse üzerinde gerçekleştirdiği sistematik nitelikteki insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı veren, aşağılayıcı hareketler de eziyet olarak değerlendirilir.” demektedir²¹.

Ayrıca Hafizoğulları ve Özen'e göre de benzer şekilde, “Bir kamu görevlisi tarafından işlenmemiş olan, ancak bedensel veya ruhsal yönden acı veren, algılama veya irade yeteneğine etki eden yahut aşağılayan insan onurunu kırıcı her hareket eziyet suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır.”²²

Eziyet, kavram olarak öncelikle “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” kenar başlığı altında Anayasa'nın 17/3. maddesinde “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Buna ek olarak, böyle bir düzenlemeye niçin gidildiği sorusunun cevabı 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin gerekçesinde şu şekilde ortaya konulmuştur²³:

Kişinin sahip bulunduğu hak ve hürriyetler, bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirtilmiştir. Bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için devlet, gerekli tedbirleri alacaktır. Kişinin, rızası olmadan, bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulması yahut organlarının alınması yasağı, vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğindedir.

Maddenin ikinci (üçüncü) fıkrası işkence, eziyet yahut insan hürriyetleriyle bağdaşmayan ceza ve muamele yasağı koymaktadır. Uzun açıklamalara gerek yoktur ki işkence, eziyet insan hürriyetiyle bağdaşmayan ceza veya muamele, bugün ulaşılmış bulunduğumuz uygarlık düzeyinde, hem insani duyguları rencide eder niteliktedir; hem de kişinin vücut bütünlüğüne bir tecavüzdür.

²⁰ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s.223.

²¹ Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s.258.

²² Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Basım, Ankara: US-A Yayıncılık, 2016, s.128.

²³ Mehmet Akad ve Abdullah Dinçkol, **1982 Anayasası – Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul: Alkım Yayınevi, 1998, s.89.

Anayasa'dan sonra, eziyet kavramına 5237 sayılı TCK m. 96'da “Eziyet” kenar başlığı altında sadece iki fıkra halinde yer verilmiştir²⁴.

Madde gerekçesinde “*Madde metninde eziyet suçu tanımlanmıştır.*” denmesine karşın, yukarıda da görüldüğü gibi eziyet kavramına yer veren gerek Anayasa gerekse TCK, bu kavramın içeriğine yönelik dişe dokunur bir somutluktan oldukça uzaktır²⁵. Ancak aradığımız somutluk, yine gerekçede “*Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir.*” denilmek suretiyle dile getirilmiştir.

Suçun tipikliğine ilişkin böyle bir tanıma niçin madde metninde yer verilmediğini anlamanın güçlüğü²⁶ ile birlikte, bu şekilde madde metninde yer alan muğlak “*bir kimsenin eziyet çekmesine neden olacak davranışlar*” ifadesi esasen bir yorum kaynağı olarak başvurulması gereken madde gerekçesinde tanımlanmış bulunmaktadır²⁷. Buna göre eziyet suçu, bir kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal olarak acı çekmesine, aşağılanmasına sebep olacak davranışlardır.

²⁴ **TCK m.96-** “(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin; a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı, İşlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

²⁵ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.257; Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s.509; Handan Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Eziyet Suçu”, **Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci’ya Armağan – İÜHFİM**, C.LXXI, S.1, (2013), 1273-1290, s.1274; Erdener Yurtcan, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, 2. Baskı, İstanbul: Kazancı Yayınları, 2006, s.196; “TCK’daki “*ilginç*” ve yeni maddelerden biri, eziyet suçuyla ilişkin düzenlemedir. Anayasa m.17/3’te “*işkence ve eziyet yapmak*” yasaklanmıştır. Anayasa’nın mantığı gereği soyut olarak ifade edilen bu yasak hiçbir şekilde somutlaştırılmadan, bir anayasal kural gibi TCK’ya monte edilmiştir.” Durmuş Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.288; Murat Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, Nur Centel (Ed.), **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, içinde** (169-240), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s.193; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.327.

²⁶ Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.290.

²⁷ “Ceza Hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesi yasa hükümlerinin belirli olmasını da gerektirir. Bu hüküm ise oldukça belirsizdir ve uygulanması sırasında yorumlanmaya muhtaçtır. Yorum araçlarından birisi de yasanın gerekçesidir.” Füsün Sokullu-Akinci, “İşyerinde Şiddet ile Savaşım ve Hukuksal Boyutları”, Serpil Aytaç ve Nuran Bayram (Ed.), **İşyerinde Şiddet, içinde** (101-150), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, s.112-113.

1.2. Tarihi Gelişimi

Eziyet, 5237 sayılı TCK m.96’da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenene kadar ne Osmanlı döneminde ne de Cumhuriyet dönemindeki mevzuatımızda müstakil bir düzenleme şeklinde kendisine yer bulabilmiştir.

Bu sebeple elinizdeki çalışmada, eziyet kavramının geçtiği kaynaklar ve bu kavramla alakalı mühim görülen hususlar “*Osmanlı Devleti Dönemindeki Gelişmeler*” ve “*Cumhuriyet Dönemindeki Gelişmeler*” başlıkları altında kronolojik olarak sunulmaya gayret edilmiştir.

1.2.1. Osmanlı Devleti Dönemindeki Gelişmeler

Tarihsel süreç göz önüne alındığı takdirde, her ne kadar belli bir döneme kadar “eziyet”ten bahsedilmiyorsa bile onun anlamlarından birini teşkil eden “zulüm” kavramından oldukça kapsamlı bir şekilde bahsedilmektedir²⁸:

Osmanlı Devleti’nde kamu hizmeti görenlerin işledikleri suçların büyük bir bölümü, niteliği oldukça belirsiz zulüm (zulm) kavramı ile ifade ediliyordu. (...) Osmanlı hukukuna göre zulüm, şeriatça ve örfçe tanınmamış çeşitli bid’atlerin, kamu hizmetlileri tarafından reayaya uygulanmasıyla işlenen türlü suçların adıdır. Şüphesiz, bir kamu hizmetlisinin, diğer bir yöneticiye karşı da bu tür suçları işlemesi mümkündür. (...)

Bu tanımdan anlaşıldığı gibi zulüm, çok geniş kapsamlı bir suç, başka bir deyişle suçlar grubudur. Ağırlık derecesi ve sonuçta cezası değişik olabilir. Bu konuda karar verecek yetkililerin görüşleri, suçun ağırlığını ve cezasını saptamakta en önemli etkidir. Çünkü bu suç, şer’an kesin olarak tanımlanmış ve sınırlandırılmış değildir.

Sınırları kesin ve belirli olmayan zulüm suçlarının başlıcaları, halktan kanunsuz maddi çıkar sağlamak, zor kullanmak, sahtecilik ve dolandırıcılık yoluyla zulüm, eşkıya ile işbirliği ve irtikap yoluyla zulüm şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁹. Aslında burada hususen belirtmek gerekir ki günümüzde eziyet suçunun muğlak addedilen yapısı geçmişteki zulüm suçlarının yanında oldukça hafif kalmaktadır.

²⁸ Mumcu, a.g.e., s.xv ve 6.

²⁹ Mumcu, a.g.e., s.11 vd.

İslam hukukunun temel kaynaklarını teşkil eden Kur'an ve Sünnet tarafından belirlenen had³⁰ ile kısas³¹ suç ve cezalarının dışındaki tazir³² suç ve cezaları, Tanzimat³³ dönemine kadar olan kısımda umumi kanunnameler içinde yer alırken, bunlara Tanzimat döneminde 1840, 1851 ve 1858 yıllarında çıkarılan Ceza Kanunnameleri içerisinde özel olarak yer verilmiştir³⁴. Hatta bunlardan önce merkezi gücü elinde bulunduran padişahla yerel güç olarak ortaya çıkmış olan ayanlar arasında bir denge kuran ve daha özelde ise “vergi toplamak için *zulme* başvurulmaması” noktasında bir anlaşma ihtiva eden 1808 tarihli Sened-i İttifak da zikredilmeden geçilmemelidir³⁵.

3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda eziyet ibaresi hiç geçmese de vatandaşların can, mal, ırz ve namus güvenliklerinin³⁶ Müslim-Gayrimüslim ayrımı

³⁰ “İslam Hukukunda bazı suçlar için Kur'an'da belirtilmiş değişmez cezalara **hadd** denir.” İlhan Akbulut, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **AÜHFD**, C.52, S.1, (2003), 165-181, s.173; Coşkun Üçok ve diğerleri, **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s.91 vd; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2015, s.249.

³¹ Akbulut, a.g.e., s.170-171; Cin ve Akyılmaz, a.g.e., s.264.

³² Akbulut, a.g.e., s.178-179; “İslam hukukunun tazir suç ve cezalarını düzenleme yetkisini ulu'l emr'e bırakması sebebiyle Osmanlı Devleti'nde örfi hukuk düzenlemelerinin önemli bir parçasını bunlar oluşturmuş, padişahlar sahip oldukları sınırlı yasama yetkisini kullanarak ölüme kadar uzanan tazir cezaları verebilmişlerdir. Kamu düzenini ve kamu menfaatinin korumak (maslahat ve nizam-ı memleket) veya caydırıcı olması için (ibreten li's-sairin) hükümdarlar tazir suç ve cezalarını belirleyebilmişler ve bu yetki kanunnamelerde “siyaseten” veya “taziren” ifadeleri ile vurgulanmıştır. Son derece geniş kapsamlı olan tazir suç ve cezalarına Fatih'ten itibaren vaz edilen umumi kanunnamelerde ayrı bir bölümde yer verilmiştir.” Cin ve Akyılmaz, a.g.e., s.271-272.

³³ “Tanzimat, birkaç yüzyıldır süren Osmanlı çöküşünü ve özellikle Avrupa karşısında çeşitli yönlerden geride kalışını yavaşlatmak ve durdurmak için girişilen yenilik hareketlerinin en hız kazanmış devresinin adıdır.” Said Nuri Akgündüz, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İlahiyat Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı, 2010, s.41; Said Nuri Akgündüz, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, **dergiabant**, C.4, S.8, (2016), 1-16, s.1; Tarihçiler arasında Tanzimat Dönemi'ni *III. Selim* (1789-1807)'in ve *II. Mahmud* (1808-1839)'un ıslahatları ile başlatma eğilimi olduğu noktasında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Said Nuri Akgündüz, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması**, s.43 vd.

³⁴ Cin ve Akyılmaz, a.g.e., s.277; “Her üç kanunu da padişah, taziren cezalandırma hakkına dayanarak çıkarmıştır ve öngörülen cezalar tazir nev'indendir. Bununla birlikte kanunlarda kısas ve diyeti gerektiren suçlarla ilgili hükümler de mevcuttur. Hattâ bazen İslam Hukûku had ile cezalandırılan fiiller için de kanunlarda farklı müeyyideler öngörülmektedir. Bize göre, bu tarz düzenleme; hakkullaha ve hakkı âdemîye karşı işlenen suçlar için, şer'an vaz edilen cezaları ihmal etmek, uygulamamak düşüncesinden değil, bu fiilleri ayrıca taziren cezalandırmak maksadıyla yapılmıştır.” Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s.91.

³⁵ Tekin Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, **İnsan Hakları Yılı**, C.10-11, Y.1988-1989, 17-64, s.19.

³⁶ Değirmeye çalıştığımız hususu biraz daha geniş bir perspektiften inceleyecek olursak, şu görüşü de iyi analiz etmek gerekecektir: “(...) Tanzimat Fermanından evvel Müslüman ülkelerde ve dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde vatandaşın temel hak ve hürriyetleri yoktu, hukuk devletinden bahsedilemezdi ve mutlakiyet ile idare edilen devlet olmasından dolayı temel hak ve hürriyetler Padişahın iki dudağı arasındaydı gibi peşin fikirlerle meseleye bakmak, İslam Hukukunu ve tarihini bilmemektir.” Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku**, C.I, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011, s.427.

yapılmaksızın Devlet güvencesi altında olduğu ve bu yönde gerekli her türlü tedbirin Devlet tarafından alınacağı hüküm altına alınmıştır³⁷. Dönemi baz alındığında bu gelişmelerin, özellikle ceza ve yargılamalardaki keyfiliklerin önlenmesi suretiyle *ceza adaleti* bağlamında önemli ilerlemeler sağladığını söylemek mümkündür³⁸.

Tanzimat Fermanı'nda, daha önce meydana gelen adaletsizlikleri giderebilmek adına³⁹, özellikle kanun önünde eşitlik ilkesini hayata geçirmeye matuf olarak bir ceza kanunnamesi tanzim ettirileceği ifade edilmişti⁴⁰. Bu minvalde, en azından şeklen tanzim ve tertip noktasında Batı'dan yararlanmak suretiyle Tanzimat Dönemi'nde çıkartılan ilk kanunnamede, Fermanın altını çizdiği hususlar teyit edilerek pekiştirilmiştir⁴¹. Ayrıca bu düzenleme, ilgili suç tiplerini ve sınırlarını tek tek daha belirgin bir şekilde ifadelendirerek, Osmanlı Hukuku'nda sınırları oldukça belirsiz olan *zulüm* kavramını, sistematığının dışında bırakmıştır⁴².

³⁷ “(...) işbu kavanini mukteziyenin mevaddı esasiyesi dahi emniyeti can ve mahfuziyeti ırz ve namus ve mal tayini vergi ve asakiri mukteziyenin sureti celp ve müddeti istihdamı kaziyelerinden ibaret olup şöyle ki dünyada candan ve ırzu namustan eazz bir şey olmadığından bir âdem anları tehlikede gördükçe hilkati zatiye ve cibiliyeti fitriyesinde hiyanete meyil olmasa bile muhafazai can ve namusu için elbette bazı suretlere teşebbüs edeceği ve bu dahi devlet ve memlekete muzır olageldiği müsellemler olduğu mısillü bilakis can ve namusundan emin olduğu halde dahi sıdku istikametten ayrılmıyacağı ve işi ve gücü hemen devlet ve millete hüsni hizmetten ibaret olacağı dahi bedihi ve zahirdir(...)” Tanzimat Fermanı'nın tam metni için bkz. Suna Kili ve A. Şeref Gözübüyük, **Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, 3. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006, s.12; https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_005.pdf.

³⁸ Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 3. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1999, s.110.

³⁹ “1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayûn'u “Kur'an hükümlerine ve şer'î kanunlara kemaliyle riayet olunarak” yeni kanunlar yapılacağını va'd etmiştir. Bu va'd, daha sonra çıkarılan çeşitli ceza kanun ve nizamnameleri ile gerçekleşmiştir.” Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.541.

⁴⁰ Gökçen, a.g.e., s.12; Said Nuri Akgündüz, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması**, s.45; “(...) işbu kavanini şeriyye mücerret din ve devlet ve milleti ihya için vaz olunacak olduğundan canibi hümayunumuzdan hilâfına hareket vuku bulmayacağına ahdümisak olunup Hırkai Şerife odasında cemi ülema ve vükelâ hazır oldukları halde kasemi billah dahi olunarak ulema ve vükelâ dahil tahlif olunacağından ana göre ulema ve vüzeradan velhasıl her kim olur ise olsun kavanini şeriyyeye muhalif hareket edenlerin kabahati sabitelerine göre tedibatı lâyıklarının hiç rütbeye ve hatır ve gönüle bakılmıyarak icrası zımnında mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin ve cümle memurunin elhaletühazihi miktarı vafi maaşları olarak şayet henüz olmıyanları var ise onlar dahi tanzim olunacağından şer'an menfur olup harabiyeti mülkün sebebi azami olan rüşvet maddei kerihasının fımabad ademi vukuu maddesinin dahi bir kanuni kavi ile tekidine bakılsın.” Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s.13; https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_005.pdf.

⁴¹ Rabia Beyza Candan, “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, AndHD, C.1, S.1, (2015), 63-81, s.72 ve 79; Said Nuri Akgündüz, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması**, s.55; Said Nuri Akgündüz, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, s.6; Gökçen, a.g.e., s.95-96.

⁴² “Konumuz için önemli olan, eskiden *zulüm* olarak nitelenen tüm suçların tek tek belirtilmesidir.” Mumcu, a.g.e., s.36-37.

Bununla birlikte, Tanzimat Dönemi’nde temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasına yönelik⁴³ girişilen kanunlaştırma faaliyetlerinde, çağdaş anayasa mantığına ve günümüz anayasalarındaki düzenlemelere benzer surette soyut hükümler yer almış⁴⁴ ve bu yönde, sırasıyla 1256 (1840) tarihli Kanun-ı Ceza, 1267 (1851) tarihli Kanun-ı Cedit ve 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu çıkarılmıştır⁴⁵. Görüldüğü üzere, Tanzimat Dönemi’nde bu kanunlaştırmalarla büyük ölçüde hukuk alanında önemli ıslahatlar yapılmış⁴⁶, ancak kurulan yeni mahkemelerle şeklen önemli değişiklikler sağlanmışsa da içerik itibarıyla “eski”den tam manasıyla kopulamamıştır⁴⁷.

Bahsini ettiğimiz döneme kadar hem çalışma konumuz olan eziyet hem de onunla iç içe özellik arz eden işkence, kanuni bir dayanaktan yoksundur. Tabi bu durum, işkence ve eziyet teşkil eden eylemlerle karşılaşılmadığı şeklinde değerlendirilmemelidir. Aksine Osmanlı Devleti’ndeki mahkeme kayıtları olan kadı sicilleri incelendiğinde özellikle 16. yüzyılda bir sorgulama yöntemi olarak işkencenin oldukça yoğun bir şekilde kullanıldığı ve hatta zaman zaman işkence tabiri yerine “*örf*” veya “*örf-i ma’ruf*” terimlerinin tercih edildiği görülmektedir⁴⁸. Buradan anlaşılması gereken, günümüzdeki karşılığıyla işkence ya da eziyet suç tiplerine denk düşen haksız davranışlara rastlandığı; ancak bu ihlal grubunun bir yaptırımla karşılanmadığıdır.

⁴³ Said Nuri Akgündüz; “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, s.4; “Görülüyor ki Tanzimat Fermanında İnsan Haklarının temelini oluşturan yaşama, onur gibi ilkelerle mülkiyet hakkı kesin güvenceye alınıyor. Bu “*kesin*” güvence, “*yasa*” egemenliğidir. Ceza yasası karşısında herkesin eşit olmasıdır. Nitekim, Fermana göre hazırlanan 1840 tarihli ilk Ceza Yasasının (Kanunnamesinin) ilk maddesinde şöyle bir ifade vardır: “*Devlet-i Aliyye memurlarından ve alelittlak (genel olarak) sair eşhastan (diğer kişilerden) hiç kimse diğer birisinin canına kast edemeyeceğine binaen faraza vüzeradan (vezirlerden) birisi tarafından bir çobanın bile canına kast vukuunda ol vezirin hakkında dahi kisas-ı şer’i (şer’i ceza olan kisas) icra oluna.*”“ Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 7. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s.170.

⁴⁴ Gökçen, a.g.e., s.XIII; Said Nuri Akgündüz, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması**, s.51.

⁴⁵ Kanunnamelerin tam metinleri için bkz. Gökçen, a.g.e., s.95 vd.

⁴⁶ Esas itibarıyla Osmanlı yenileşmesi ya da ıslahatları denildiğinde akla öncelikle askeri hamleler gelse de “zamanla görülmüştür ki, bozulan ve ıslaha ihtiyaç duyan sadece ordu değil, aslında ordu ile de bir şekilde alakası bulunan idarî, malî, hukukî vs. birçok kurumdur.” Said Nuri Akgündüz; “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, s.2.

⁴⁷ Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 5. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2015, s.560.

⁴⁸ Bir Sorgulama Yöntemi Olarak İşkence hakkında kadı sicillerinden örnekler ve kapsamlı bilgi için bkz. Mehmet Akman, **Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması**, İstanbul: Eren Yayıncılık, 2004, s.83-87; **benzer şekilde bkz.** Mustafa Avcı, “Klasik Osmanlı Hukukunda Hâkim, Hâkimin Görevi İhmali ve İşkence Uygulaması”, **Osmanlı Devleti’nde Eğitim Hukuk ve Modernleşme, içinde** (67-179), İstanbul: Ark Kitapları, 2006; Mustafa Avcı, “Osmanlı Hukukunda İşkence Uygulaması”, **Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi**, S.147, (2003), 45-76.

Dönemine göre büyük bir ilerleme sağlayan 1840 tarihli Kanun-ı Ceza'da⁴⁹, günümüzdeki anlamları itibarıyla eziyet ve işkence ibareleri doğrudan ifade edilmemiş olsa da hangi rütbe ve sınıftan olursa olsun bir başkasına kötü davranıp itibarına söz etmeye cesaret eden kamu görevlisinin sorumluluğu tarif edilmiştir⁵⁰.

Kanun-ı Ceza'nın yürürlükte kaldığı on bir yıl boyunca geçirmiş olduğu değişikliklere rağmen, çöküş sürecindeki Osmanlı'nın ihtiyaçlarını tam manasıyla karşılayamamasından ötürü, 1851 tarihli Kanun-ı Cedid tarih sahnesine çıkmıştır⁵¹. 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'in *Fasl-ı Sâni* (İkinci Fasl) *Dördüncü Maddesinde*, bir önceki kanunnamede olduğu gibi işkence ve eziyet ibarelerine doğrudan yer verilmemiştir⁵². Ancak söz konusu düzenlemelerde bu ifadelerin dolaylı da olsa günümüzdeki manasıyla tarif edildiği söylenebilir.

⁴⁹ Candan, a.g.e., s.72-73.

⁵⁰ Mehmet Emin Artuk, "İşkence Suçu (TCK m.94, 95)", **CHD**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Y.3, S.7, (2008), 5-40, s.12; Candan, a.g.e., s.76 ve 79; "İrz ve namusu dahi kişinin canı gibi aziz ve muhterem olarak muhafaza ve vikayesi mukteza-yı hamiyet ve mübtega-yı insaniyetden (insanlık gereği ve hamiyet icabı) olup faraza bir adamın itibarına dokunulacak söz söylemek ve bir adamı dövmek ve bir şahsa sövmek onun namusunu hetketmek (yırtma, yarma) demek olduğundan ve bundan böyle zabitan-ı askeriye ve neferât ve kavas (kapı önünde okla nöbet tutan kimse) ve sair umûr-i zabtiye ve rabtiye memurları hod-be-hod (kendi kendisine, kimseye danışmadan) kimseyi dövmeyip ve kimseye bed lakırtı söyleyemeyip fakat onların memuriyetleri sokaklarda kavga ve niza vukuunda bazı erbab-ı töhmetin zuhurunda tutup hiçbir şey yapmaksızın doğruca iktiza eden zâbita mahalline götürüp teslim etmekten ibaret olacağından fimâbâd (bundan sonra) gerek umûr-ı zabtiye ve rabtiyeye memur olan asâkir ve kavalardan ve alel-ittlak herhangi rütbe ve sınıftan olur ise olsun, her kim bir gayrisine sövecek ve itibarına dokunur bir söz söyleyecek olur ise faraza bu keyfiyet Dersaadette vuku bulup da buna mütecasir olan dahi ya Devlet-i Aliyyenin eshâb-ı merâtibinden veyahut ulemâdan olur ise dâvâsı mutlaka Meclis-i Ahkâm-ı Adliyyede görülerek cünhasının cesâmetine göre zabiti tarafından beş günden yirmibeş güne kadar mahpus ola ve cünhası gayet hafif olduğu tebeyyün ettiği takdirde meclisçe kendisini takdir ve tevbih ile iktifa oluna." Gökçen, a.g.e., s.97-98; Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.606.

⁵¹ Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.541; Avcı, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, s.561; Candan, a.g.e., s.80; Said Nuri Akgündüz, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları", s.7; "İlk kez "tekerrür" ve "iştirak"e ilişkin hükümlerin yer aldığı bu Kanun eskisine göre büyük bir yenilik getirmez; ancak çok önemli bir ilke kabul edilmiştir: Bu da veresinin kisası gerektirecek durumlarda suçluyu affetmesinin devletçe bağlayıcı olmaması ilkesidir. Yani suçlu affedilse bile devlet onu cezalandırabilecektir. Böylece, İslam ceza hukukunun özel hukuka yaklaşan bir ilkesi kaldırılarak "**kamu davası**" anlayışı Türk hukukuna girmiştir. Fakat savcılık kurumu Osmanlı hukukuna henüz yerleşmediği için, bu soruşturmayı devlet adına kimin yapacağı belli değildir." Üçok ve diğerleri, a.g.e., s.344.

⁵² Artuk, "İşkence Suçu (TCK m.94, 95)", s.12; "Zâbitân-ı askeriye ve neferât ve sair umum zabtiye memurları hod-be-hod kimseyi dövmeyip ve bed lakırtı söyleyemeyip fakat onların memuriyetleri sokaklarda kavga ve niza vukuunda bazı erbab-ı töhmetin zuhurunda tutup hiçbir şey yapmaksızın doğruca iktiza eden zâbit mahalline götürüp teslim etmesi ve götürülecek olanlar dahi ömr-i şer'isi olmadıkça zabite itaatle istenilen mahalle gitmeye müsareat (koşmak, hızlı gitmek) eylemesi lazım geleceğinden o misillülerden zabite adem-i itaatle huysuzluk edenler bulunur ise hakkında icab-ı vech ile muâmele-i cebriye icrası caiz görüle." Gökçen, a.g.e., s.110; Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.616.

Bir geçiş dönemi olarak Tanzimat Devri'nde ortaya konulan bu *kısmî* kanunlaştırmaya çalışmalarıyla “*Fıkıh nazariyatından ayrıldığı*”nı, söz konusu düzenlemelerin esas itibarıyla Cumhuriyet dönemindeki *küllî* hukuk inkılabına zemin hazırladıđını⁵³ ve bu sebeple günümüz Türkiye'sinde yer alan pek çok içtimai ve siyasi kurumun kökeninin Osmanlı Devleti'nin yapısına dayandığını, hatta bugünkü hukuk sistemine geçiş sürecini de kolaylaştırdıđını⁵⁴ ifade etmek gerekmektedir.

Diğer bir önemli gelişmeye değinecek olursak, Islahat Fermanı, Osmanlı Devleti ile Rusya arasında meydana gelen Kırım Savaşı'na, Osmanlı'nın yanında müdahil olan İngiltere ve Fransa'nın ağır siyasi baskısıyla 28 şubat 1856 tarihinde ilan edilmiřtir⁵⁵. Hukukî açıdan Tanzimat Fermanı'nın tamamlayıcısı olan Islahat Fermanı'nda⁵⁶, Tanzimat Fermanı'ndan biraz daha farklı ve ayrıntılı olarak karakol ve hapishanelerin ıslah edileceği ve eziyet, işkence, dayak, kötü muamele ve angarya işlerin kaldırılacağı şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Dahası, bu hususların bir “*ceza kanunnamesi iktizasınca tekdİR ve tedip olunacağı*” belirtilmiřtir⁵⁷. Dikkat edileceği üzere, *hukuku insaniyyeyi hukuku adalet ile tevfiİK etmek için* işkence ve eziyet yasağı doğrudan bu ibarelerle ilk kez Islahat Fermanı'nda zikredilmiřtir⁵⁸.

⁵³ Said Nuri Akgündüz, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması**, s.50, 174 ve 192; Said Nuri Akgündüz, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, s.3; M. Âkif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, Tıpkı 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, s.419-420.

⁵⁴ ok ve diğerleri, a.g.e., s.167, 319 ve 321; Mumcu, a.g.e., s.55-56.

⁵⁵ Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s.171; Selçuk Akşın Somel, “Kırım Savaşı, Islahat Fermanı ve Osmanlı Eğitim Düzeninde Değişimler”, Halil İnalçık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (Ed.), **Tanzimat – Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, 5. Basım *içinde* (683-708), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2015, s.692.

⁵⁶ Said Nuri Akgündüz, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması**, s.46; ok ve diğerleri, a.g.e., s.334; Shahriyar Yusif, “**1858 Osmanlı Ceza Kanunnamesi**”, s.2, <https://www.academia.edu> (22.01.2017); izaha çalıştığımız bu hususu daha iyi idrak edebilme adına biraz daha geniş bir perspektiften inceleyebilmek için bkz. Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.431.

⁵⁷ Gökçen, a.g.e., s.13; “(...) **hukuku insaniyyeyi** hukuku adalet ile tevfiİK etmek için mazannei sui olanların veyahut tedibatı cezaiyyeye müstahak bulunanların haps ve tevkiflarına mahsus olan kaffeİ mahbes ve mahali sairede usul hapsiyenin mümkün mertebe müddeti kalile zarfında ıslahına mübaşeret olunması ve herhalde hapishanelerde bile canibi saltanatı seniyyemden vazı kılınan nizamı inzibatiyyeye muvafık olan muamelatten maada hiçbir gna mcazatı cismaniye ve **eziyet** ve işkenceye müşabih kaffeİ muamele dahi kmilen lağv ve iptal kılınması ve bunun hilafında vuku bulacak hareket şediden men ve zecrolunacağından maada bunun icrasını emreden memurin ile bilfiil icra eyliyen kesaanın dahi **ceza kanunnamesi iktizasınca tekdİR ve tedip olunması** ve Darssaltanatı seniyyem ve eyalat ve bilād ve kurada umuru zaptiyenin tanzimi maddesi asudei hal olan kaffeİ tebaai mlukaneme kendi mal ve canlarının muhafazasına sahihen ve kaviyyen emniyet verecek surette tanzim kılınması(...)” Islahat Fermanı'nın tam metni için bkz. Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s.19; https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_005.pdf (10.07.2016).

⁵⁸ Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların nleneşmesi”, s.19-20; burada ayrıca şu hususun üzerinde durulması gerekmektedir: “Islahat Fermanı'na göre, “insan

Belirtmek gerekir ki, muhakkak tarzda olumlu ve olumsuz yanları⁵⁹ olan Islahat Fermanı'nın yayınlanması ve sonrası süreçte Osmanlı Devleti üzerindeki yabancı etkisi çok açıktır⁶⁰. Bunun en bariz göstergelerinden birisini de Türkiye için laik hukuk sistemine geçişte mühim bir yer ihraz eden 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu oluşturmaktadır. Hükümleri bakımından günümüz anlayışına çok yakın olan bu kanun, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun tercümesi olarak karşımıza çıkar⁶¹.

1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun sistematığı içerisinde yer alan işkence ve eziyet tabirleri sırasıyla şu maddelerde geçmektedir:

- “Zararı Âm Olan Cinayet ve Cünha ile Mücâzât Müterettibeleri Beyanındadır” başlıklı Birinci Bab'ın “Devlet-i Aliyyenin Emniyet-i Dahiliyesini İhlal Eden Cinayet ve Cünhalar” başlıklı İkinci Fasil 62. maddesinin İlavesi⁶²

haklarını adalet ile uyumlu hale getirmek için şüphelilerin veya hakkında ceza tedbiri uygulanması gerekenlerin hapis ve tutukluluk yöntemlerinin mümkün mertebe kısa sürede ıslah edilmesi” gereğine işaret edilmektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği ile adil yargılanma hakkı ekseninde atıf yapılmış olsa da, bahsi geçen “insan hakları” kavramının bir anayasal belgede kullanılması, Türkiye toplumu için bir “ilk”e işaret etmektedir. Islahat Fermanı'nda, yine insan hakları kavramını karşılamak üzere “teminat” (güvence, garanti), “imtiyaz” (ayrıcalık, olanak), “muafiyet” (bağışıklık, ayrı tutulma), “ruhsat” (izin, müsaade), “serbesti” ve “müsaade” (izin) gibi kelimelere de başvurulmuştur.” Adil Şahin, **Batılı Anlamda Özgürlük versus İktidar**, Trabzon: Celepler Matbaacılık, 2015, s.234-235.

⁵⁹ “Yabancı baskısının belli olduğu bu Ferman'da hem olumlu hem de olumsuz yanlar vardır: *Olumlu yan*, Tanzimat Fermanı'nın eşitlik konusunda tamamlanmasıdır. Artık din ve mezhep farkı kalkıyor, bütün Osmanlılar eşit duruma getiriliyordu: Yani gayrimüslimler de devlet hizmetine alınacak, vergileri adil duruma getirilecekti. İslam aleminde bir hukuk devrimi sayılacak bu hükümler yanında, Osmanlı gayrimüslim yurttaşlarına cemaat işlerinde bazı yeni haklar tanınması, yabancıların (yani başka bir devlet uyruğu olan kimselerin) Osmanlı ülkesinde yargılanmaları işine yargı bağımsızlığı ile bağdaşmayan hükümler getirilmesi, gene yabancılara Osmanlı ülkesinde taşınmaz mal sahibi olmaları gibi aykırı haklar verilmesi Ferman'ın *olumsuz* yanlarıdır. Ama, “Türk İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri” tarihinde Islahat Fermanı yasalar karşısında mutlak eşitliği getirmesi açısından son derece önemli bir belgedir.” Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s.171-172.

⁶⁰ Said Nuri Akgündüz; “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, s.3; “On dokuzuncu asır ise Batı'da yeni hukukî düzenlemelerin ve özellikle kanunlaştırmaların yapıldığı bir asırdır. Bu yeni akımın Osmanlı Devleti'ne etki etmemesi düşünülemezdi. Bu sebeple Tanzimat ricali her alanda olduğu gibi hukuk alanında da Batı'yı örnek almayı, hatta çoğu kere Batı devletlerinin kanunlarını ufak değişikliklerle tercüme ederek Osmanlı Devleti'ne mal etmeyi tercih etmiştir. Batı'nın rolü sadece kendi hukuk düzeninin Osmanlı devlet adamlarını etkilemesi şeklinde olmamış, bazı Avrupa devletleri kendi kanunlarının ve hukuk düzenlerinin Osmanlı Devleti tarafından alınması için Osmanlı Devleti'ne sürekli baskı yapmışlardır.” (Bu baskıların altında yatan konumuzun epeyce dışındaki ekonomik ve ticarî sebeplere yönelik ayrıntılı bilgi için bkz.) M. Âkif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.422 vd.

⁶¹ Gökçen, a.g.e., s.XIII ve 14; Cin ve Akyılmaz, a.g.e., s.555-556.

⁶² “Her kim Devlet-i Aliyyenin emlak ve emval ve nükûdunu veya ahaliden bir cemm-i gafirin (büyük bir cemaat) emlakini zapt ve yağma ve gâret etmek ve bu misillü cinâyât eshabının aleyhinde hareket eden asâkir-i Devlet-i Aliyyeye karşı durmak zımında teşekkül etmiş olan müsellağ eşkiya cemiyetine baş olur veyahut bu cemiyet içinde bir kumanda sahibi bulunur ise idam olunur. Ve bu makûle eşkiya cemiyetlerinde dahil bulunanlardan ol cemiyetlerde söz ve kumanda sahibi olmayanlar mahall-i fesatta tutuldukları halde muvakkaten küreğe konulur.

- aynı Bab'ın “*Memûrîn-i Hükümet Tarafından Efrad Hakkında Teaddiyat ve Suî Muâmelât Vukuunda İcra Olunacak Mücâzât*” başlıklı Altıncı Fasil 103. maddesi⁶³
- “*Eşhas Hakkında Vuku Bulan Cinayet ve Cünhalarla Mücâzât-ı Müterettibeleri*” başlıklı Bab-ı Sanî'nin “*Katil ve Cerh ve Darp ve İhâfeye Dairdir*” başlıklı Birinci Fasil altındaki 173. maddesi⁶⁴
- Bab-ı Sanî'nin “*Hilâf-ı Usûl Hapis ve Tevkif-i Eşhas ve Sabi ve Murahık Sirkati ve Kız Kaçırarak Fezâhâtı*” başlıklı Dördüncü Fasil'daki 204. maddesi⁶⁵

Eziyet ve işkence ibarelerini muhtevalarında barındıran bu maddelerden özellikle 1858 tarihli Kanunname-i Hümayunun 103'üncü maddesi üzerinde durmak ve 765 sayılı TCK'daki işkence düzenlemesi olan m.243'ün⁶⁶ bu maddeden alındığını, ancak madde

Zeyl (İlave) Dağlarda ve kırlarda müsellağ oldukları halde gezerek rast geldikleri yolcuları tutup soymak fezihasını irtikâp eden eşhas ki kutta-i tarik tesmiye olunurlar, bu makûleler hal ve sıfatlarına ve derece-i şekâvetlerine göre muvakkat veyahut müebbet kürek cezası ile mücâzât olunur. Fakat içlerinde bu cinayette sabıkalı ve şekâvet-i müstemirre (eşkıyalıkta devam eden) eshabından olanlar veyahut tuttukları eşhasa işkence ve gaddarâne sûrette eziyet edenler veya kat-ı tarik yolunda adam öldürmüş bulunanların idamlarına hüküm olunur.” Gökçen, a.g.e., s.128; Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.630.

⁶³ Yusif, a.g.e., s.12-13; “Mehâkim ve mecalis erbabından ve sair memurin-i devletden biri müttehem (kendisine suç isnat olunan) olan eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeği, hüküm veyahut icra eder ise muvakkaten kalebentlik ve müebbeten rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezaları ile mücâzât olunur. Ve bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan âmirlerinin emri ile yapmış ise bu cezalar emri eden kimse hakkında icra kılınır ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir gûne zarar ve noksan isabet eyler ise buna cüret eden memur hakkında kâtil veyahut cârih cezası dahi icra edilir.” Gökçen, a.g.e., s.136; Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.635.

⁶⁴ “Bir kimse cinâyet ve şekâvet-i müstemirre eshabından olup bir cinayeti azimeyî işletmek için diğer eşhasa işkence yahut pek ziyade gaddarâne sûretle eziyet eder ve bunun sabıkalı olduğu tahakkuk ve teayyün eyler ise siyaseten katil cezasıyla hüküm olunur.” Gökçen, a.g.e., s.147; Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.643.

⁶⁵ “Mâdde-i sâbıkada* mezkûr olan tevkif-i eşhas cürümünü bir kimse devlet memuru zî (elbise) ve kıyafetine girerek veyahut sahte isim söyleyerek veyahut memurin tarafından sahte emir göstererek icraya cesaret eyler ise hakkında muvakkat kürek cezası icra olunur.

Kezalik tevkif olunan şahıs idam ile ihafa olunmuş veya hakkında cismen eziyet ve işkence edilmiş ise buna cesaret eden şahıs her halde muvakkat kürek cezasına müstehak olur.”

*Önceki madde (203. Madde): “Her kim olur ise olsun memurin-i hükümetin emri olmaksızın ashab-ı töhmetin tevkifi hakkında kavânin ve hizâmâtın tayin etmiş olduğu usûlün haricinde olarak bir şahsı hapis ve tevkif eyler veya rehin sûretiyle saklar ise altı mahtan üç seneye kadar hapis ile mücâzât olunur. Bu suretle hapis ve tevkif olunan veya rehin sûretiyle saklanılan eşhası ihfâ için bilerek yer gösteren kimse dahi kezalik üç mahtan üç seneye kadar hapis olunur.” Gökçen, a.g.e., s.153; Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.647.

⁶⁶ **765 sayılı TCK m.243- (Değişik madde: 05/01/1961 - 235/2 m.) (Değişik fıkra: 26/08/1999 - 4449/1 m.)** “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.” <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (26.02.2017).

metninde “eziyet ve işkence” ibarelerinden yalnızca “işkence” sözcüğüne yer verildiğini zikretmek mecburiyetindeyiz⁶⁷.

Tam burada şu küçük ayrıntıyı da not etmek yerinde olacaktır: Yukarıda 765 sayılı TCK’nın mehazı olduğunu beyan ettiğimiz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda müstakil bir işkence suçu bulunmamaktadır. Bu sebeple 243. maddenin kaynağını, doğrudan 1858 tarihli Kanunname’nin 103. maddesi oluşturur⁶⁸.

Öte yandan, bahsetmeden geçilmemesi gereken 1875 tarihli Ferman-ı Adalet de eza verici davranışlardan sakınılmasını, aksi takdirde bundan sakınmayan kişilerin en şiddetli şekilde cezalandırılacağını ifade buyurmuştur⁶⁹.

Eziyet kavramı ve suçunun tarihi gelişiminin irdelendiği bu kısımda, kronolojik sıraya uygun şekilde bugüne değin kabul edilmiş Anayasalarımızdaki düzenlemelere değinilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak yer verilen düzenleme, 23 Aralık 1876 tarihli Kanun-ı Esasî’nin “*Tebaa-i Devlet-i Osmaniye’nin hukuk-ı umumiyesi*” başlığı altındaki “*İşkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyyen memnudur.*” diyen 26. maddedir⁷⁰. Bu maddenin, modern İnsan Hakları Doktriniyle kesin olarak uyuşan tek hak olduğu ifade edilmektedir⁷¹.

20 Ocak 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, içinden geçilen ve bir ölüm kalım mücadelesi olan Kurtuluş Savaşı ortamında sadece egemenliğin kayıtsız ve şartsız milletin olacağı, bu durumun da ancak Büyük Millet Meclisi bünyesinde kendisini bulacağı bir

⁶⁷ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.13; Ayşe Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, içinde** (527-592), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, 1999, s.546.

⁶⁸ İzzet Özgenç ve Cumhur Şahin, “İşkence Suçu”, **GÜHFD**, C.IV, S.1-2, (2000), 178-200, s.185.

⁶⁹ “Özellikle “Hiç kimsenin bilâ hüküm mahpeste kalmaması ve muamelei cevriye ve **ezaiyenin** asla vukuuna meydan verilmemesi farizeden bulunmakla o misillü ef’al ve harekatı ve umuru kanuniyede sui istimali tahakkuk edenlerin şediden mücazaatı mukarrer bulunduğunun ilânı”(…) öngörülmekteydi.” Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, s.20.

⁷⁰ 1876 Anayasası’nın tam metni için bkz. A. Şeref Gözübüyük, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, 8. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s.11-25; Suna Kili, **Türk Anayasaları**, 2. Basım, İstanbul: Tekin Yayınevi, 1982, s.12; Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s.36-51; Erdal Abdulkakimoğulları (Ed.), **Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.183-202; Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku**, C.I, s.439.

⁷¹ Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s.178.

teşkilatlanmayı ortaya koyan yirmi dört maddeden müteşekkil bir Anayasa'dır⁷². Ortam ve şartlar elvermediği için temel hak ve özgürlüklere (dolayısıyla eziyet kavramına) ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir.

1.2.2. Cumhuriyet Dönemindeki Gelişmeler

Kurtuluş Savaşı'nı geride bırakan Türk halkının 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in ilanından sonra, muasır medeniyet seviyesinin üzerine çıkma amacıyla giriştiği inkılapların temel taşlarından biri olan 1924 Anayasası'nda⁷³, "*Türklerin Hukuk-u Âmmesi*" başlıklı Beşinci Fasıll altında "*İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur.*" denilerek 73. madde tanzim edilmiştir⁷⁴.

1961 Anayasası'na gelindiğinde ise eziyet, "*Temel Haklar ve Ödevler*" başlıklı İkinci Kısım, "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" başlıklı İkinci Bölüm ve "*Kişi dokunulmazlığı*" kenar başlığı altında "*Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz.*" denilmek suretiyle 14. maddenin 3. fıkrasında zikredilmiştir⁷⁵. 1961 Anayasası için ayrıca söylenegelen bir husus da temel ilke olan özgürlükler bakımından alabildiğine geniş, istisna olan sınırlamalar bakımından ise bir o kadar dar bir çerçeve çizdiğiidir. Bu kapsamda söylenmesi gereken bir şey vardır. O da özgürlüklerin sınırlanması noktasında 1961 Anayasası'nın *kimseye eziyet ve işkence yapılamayacağı (m.14/3)*, *insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezalar konulamayacağı (m.14/3-4)* ve *angaryanın yasak olduğu (m.42/3)* şeklindeki üç temel hakkı, söz konusu çerçevenin dışında tuttuğudur⁷⁶. Yani bu temel hakların, sınırlandırılması dahi mümkün değildir.

⁷² Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s.191 vd.; "1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Osmanlı-Türk Anayasacılığında en keskin dönüm noktasıdır. Bu Anayasa, kısalığını kat kat aşan bir önce'ye, sonra'ya ve büyük öneme sahiptir." Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s.225; 1921 Anayasası'nın tam metni için bkz. A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s.41-44; Kili, a.g.e., s.36-39; Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s.105-108.

⁷³ Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s.195 vd.; "Bu geçiş döneminden başarıyla çıkılmasından sonra, devletin temel kuruluşunu, toplumun ve bireylerin konumunu ve haklarını belirleyecek yeni bir yapılanmaya ihtiyaç vardı. "İki Anayasalı" (1876-1921) duruma da artık bir son verilmeliydi. Böylece yeni meclis, yeni devletin yeni anayasasını yapma tarihsel göreviyle karşı karşıyaydı." Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s.290.

⁷⁴ Abdülhakimoğulları, a.g.e., s.175; A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s.68; Kili, a.g.e., s.58; Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s.144; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s.310.

⁷⁵ Abdülhakimoğulları, a.g.e., s.112; A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s.112; Kili, a.g.e., s.73; Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s.194.

⁷⁶ 1961 Anayasası'ndaki İnsan Haklarının ve Kamu Özgürlüklerinin Sınırları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s.220 vd.

1982 Anayasası ise, eziyeti, “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı İkinci Kısım, “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlıklı İkinci Bölüm, “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlıklı 17. maddesinin 3. fıkrası altında “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” şeklinde tanzim etmiştir⁷⁷.

1961 Anayasası’ndaki hükümler kısmen muhafaza edilmesine karşın, 1982 Anayasası’nda tercih edilen ifadelendirme noktasında, hukuksal anlatım bakımından *insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezalar konulabileceği* gibi yanlış anlaşılabilir noksanlıkların bulunduğu söylenebilir⁷⁸. 1982 Anayasası’nın 13 ve 15. maddelerinde⁷⁹ olduğu gibi, insan hak ve özgürlüklerine Anayasalarca belirlenen şartlar altında sınırlama getirilebileceği, hatta çok sıkı şartlar altında bu hakların kullanımının kısmen veya tamamen durdurulabileceği bilinen bir gerçektir⁸⁰. Fakat “*Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz*” (Madde17/3) hükmü söz konusu sınırlamaların tamamen dışındadır⁸¹. 1982 Anayasası da işkence ve eziyet yasağını, selefi 1961 Anayasası’nın yaptığı gibi, hiçbir koşulda ihlali mümkün olmayan bir insan hakkı olarak kabul etmiştir⁸².

⁷⁷ Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.14.

⁷⁸ “1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasası uyarınca da “kimseye eziyet ve işkence yapılamaz” (Madde 17/3). 1961 Metni (Madde 14/4) “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz*” derken, Anayasamız işkenceyi yasakladıktan sonra “*kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayacak bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*” sözlerine yer vermektedir. İki metin arasında mantıksal bir yorum çok aykırı sonuçlara götürür. Bu mantığa göre insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza “konulabilir”, ama kimse ona “tâbi tutulamaz”. Elbette ki Anayasa koyucunun iradesi bu merkezde değildir. Kimseye insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza verilemeyeceğine göre, bu tür cezaların konulmasında yarar yoktur. Bu nokta, Anayasanın hukuksal anlatım bakımından da aksayan yanlarını gösteriyor.” Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s.246.

⁷⁹ **Anayasa m.13-** “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasa m.15- “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

⁸⁰ Bülent Algan, “İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, içinde** (1-36), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No:316, 2011, s.10.

⁸¹ Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, s.22; Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s.281.

⁸² Algan, a.g.e., s.4.

Özetle işkence ve eziyet yasağının, 1876 Anayasasından beridir burada zikrettiğimiz belgelerde ve anayasalarda değişmez bir kural olarak benimsendiği ifade edilmelidir⁸³.

Her ne kadar içeriğinde eziyete ilişkin bir ibare geçmese de ülkemizde geçerli olduğu dönemde idam cezasını⁸⁴ da barındıran 22 Mayıs 1930 tarihli 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun *Cürümler ve cezaları* başlıklı Üçüncü Bap, *Seferberlikte insanlar ve mallar aleyhine yapılan cürümler* başlıklı Yedinci Fasil altında, *Muharebe meydanlarında ölümlerin, esirlerin, yaralıların mallarına tecavüz edenler* kenar başlığıyla işkence yasağının mutlaklığına ilişkin iddiamızı destekler mahiyetteki 127. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını gösterebiliriz: “2. Nakline memur olduğu yaralıyı bir sebep ve zaruret olmaksızın terkeden veyahut bir yaralıya işkence eden beş seneye kadar hapsolunur. 3. Yaralıyı soyarak kastıyla işkence eden veya soyarken tekrar yaralayan ölüm cezasıyla cezalandırılır.”⁸⁵

Ölüm cezasının bir işkence olup olamayacağı ya da ölümünü bekleyen mahkûmun infazı gerçekleşene değin geçen sürecin başlı başına bir işkence teşkil edip etmediği sorusu sorulmalıdır. Aynı hususu eziyet kapsamında da düşünebileceğimiz bu soruya cevap kabilinden, ölüm cezasında infazı bekleyen kişinin büyük bir ruhi acı ve ıstırap içine

⁸³ Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, s.20-21.

⁸⁴ Daha detaylı bilgi için, ölüm cezasını müstakil başlıklar altında işleyen şu eserlere bkz. Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2016, s.135-147; Faruk Erem, **Bir Ceza Avukatının Anıları**, 10. Baskı, Ankara: Murat Kitabevi, 2014, s.7-15.

⁸⁵ Buraya “**ölüm cezaları**” endeksinde birkaç not düşmekte fayda vardır: Öncelikle bu hususta Türk Hukuk Düzeninde ölüm cezasını kaldıran mevzuat değişiklikleri ve AİHS 6 ve 13 Numaralı Protokoller ışığında değerlendirilmesi gereken süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, 8. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012, s.139 vd.; öte yandan üzerinde önemle durulması gereken şu satırları da es geçmemek gerekmektedir: “Türkiye’nin AİHS/P-13’e 09/01/2004 tarihinde imza koyduğunu; AİHS/P-13’ü onaylamak üzere, 06/10/2005 tarih ve 5409 sayılı Kanunu çıkarttığını; onay belgesini 20/02/2006 tarihinde depo ettiğini ve bu belgenin Türkiye bakımından 01/06/2006 tarihinden itibaren yürürlük kazandığını yukarıda belirtmiştik. Bir uluslararası insan hakları belgesini imzalamak demek, o belgedeki standartlara ulusal mevzuatı uyumlaştırmak yönünde gerekli değişiklikleri yapma “siyasi taahhüdünde” bulunmak demektir. Gelin görün ki, Türkiye 09/01/2004 tarihinde AİHS/P-13’e imza koyarken, buna uygun iç hukuk düzenlemelerini yapma yönünde adım atmamaktaydı. Hatta tam tersine, hemen izleyen günlerde, ölüm cezası öngören normlar içeren 22/01/2004 tarih ve 5078 sayılı Kanunu çıkartarak 22/05/1930 tarih ve 1632 sayılı “Askeri Ceza Kanunu”nda değişiklikler yapmaktaydı. Dikkati çekmemiz gerekir ki, 2012 yılı itibarıyla henüz askeri ceza mevzuatında bu ekseninde yapılması gereken değişiklikler gerçekleştirilmemiştir. Üstelik bu yönde bir kanun değişikliği hazırlığı yapıldığına dair hiçbir haber de ulusal basında yer almamaktadır. Dolayısıyla, AİHS/P-13’ü onaylayan Türkiye, askeri ceza mevzuatından da ölüm cezasını ayıklayan yasal değişiklikleri yapmakla yükümlüdür.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.149-150.

sürüklenmediğini söyleyemeyiz. Bu sebeple hukuka uygun bir yaptırım olarak halen varlığını sürdürdüğü ülkelerde ölüm cezasının infazının mahkûmun duyacağı fiziksel ve zihni acının minimum düzeyde gerçekleşmesine matuf olması gerekir⁸⁶.

Bu konu ile ilgili kısaca zikretmekle yetineceğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin şu iki kararı üzerinde önemle durulmalıdır⁸⁷:

i) Mahkeme'nin bu satırlarda bahsedildiği şekilde bizatihi ölüm cezasının üçüncü maddeyi ihlal etmediği, ancak infaz için zaman bakımından geçmek bilmeyen bekleyişi, yani “ölüm koridoru” olgusunu, m.3'e aykırı bulduğu *Soering v. Birleşik Krallık* kararı⁸⁸.

⁸⁶ “Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesinin yorumuna göre, ölüm cezasının Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesine uygun olabilmesi için, ölüm cezasının infazı, hem mutlak olarak (m.6) hükmü sınırlamalarına uyumlu olmalı, hem de mahkûmun duyacağı fiziksel ve zihni acının olası en düşük düzeyde gerçekleşmesini temin edecek biçimde gerçekleştirilmelidir. Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesine göre, hukuka uygun yaptırımlardan doğan acı ve ıstırap işkence sayılmaz. Bu hükmün sözleşme hazırlanırken, özellikle şeriat düzeninin yürürlükte bulunduğu ülkelerin ısrar ve empozeleri ile vurgulandığı ve metne dahil edildiği belirtilmektedir.” Nuhoğlu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.565.

⁸⁷ Zikredilen kararların incelemesi ve varılan sonuç için bkz. “Demek ki, artık günümüzde, yargılama sırasında ve infaz öncesinde başvuru bekleyen koşullardan bağımsız olarak, AIHM'e taraf bir devlet, bir kimseyi ölüm cezasına mahkûm edilme hususunda ciddi bir tehlikeyle karşılaşacağı bir devlete iade veya sınır dışı edemez.” Durmuş Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011, s.157-158.

⁸⁸ “Söz konusu davada Birleşik Krallık'ın, başvuru konusundaki şikayetine konu olan Virginia mercilerinin uygulama ve düzenlemeleri üzerinde herhangi bir yetkiye sahip olmadığı bilinmektedir. Ancak bütün bu unsurlar Sözleşmeli Taraflar'ın, yetki alanları dışında gerçekleşen bir iadenin önceden tahmin edilebilir olumsuz sonuçlarının tümü ya da bir kısmı ile ilgili olan sorumluluklarını, 3. Madde (madde 3) yönünden, ortadan kaldırmaz.

Bir Sözleşmeli Devlet'in, kaçak bir şahsı, işlemiş olduğu iddia edilen suç ne kadar ağır olursa olsun, işkence görme tehlikesinin bulunduğu dair ciddi bir ihtimal olduğuna inanılan başka bir Devlet'e bile iade etmesi, AIHS'in temelinde yatan değerlerle ve AIHS'in Dibacesi'nde yer alan “siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir miras” ifadesiyle bağdaşmaz. Bu koşullarda iade, 3. Madde'nin (madde 3) kısa ve genel ifadesinde açık bir şekilde ele alınmasa da, Madde'nin ruhuna ve maksadına aykırı olacaktır. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu iade etmeme yükümlülüğü kaçak şahsın iade edileceği Devlet'te söz konusu Madde'nin (madde 3) yasakladığı insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da cezaya maruz kalma tehlikesinin bulunduğu durumları da kapsar.

(...) AIHS'in muhtemel ihlallerin varlığını ya da yokluğunu belirlemek normal şartlarda Sözleşme kurumlarının görevi değildir. Ancak bir başvuru, iadesi için alınan bir karar uygulandığı takdirde, iadesini talep eden ülkede karşılaşacağı önceden tahmin edilebilir sonuçlar nedeniyle bunun 3. Madde'ye (madde 3) aykırı olacağını öne sürerse, muhtemelen maruz kalınacağı iddia edilen acının ciddi ve tamiri imkansız boyutları düşünüldüğünde, bu Madde'nin (madde 3) sunduğu güvencenin etkin şekilde uygulanabilmesini sağlamak için bu ilkeden uzaklaşmak gerekir (bkz. yukarıdaki paragraf 87).

(...) İsnat edilen suç hakkında dava açmakla sorumlu olan ulusal iddia makamı bu kadar katı bir tutum benimsemişken, başvuru konusundaki ölüm cezasına çarptırılma ve dolayısıyla “ıdam koğuşu” deneyimini yaşama riskiyle gerçekten karşı karşıya olduğunu düşündürecek hiçbir inandırıcı neden bulunmadığı yolunda Mahkeme'nin görüş bildirmesi mümkün değildir.

[...] “ıdam koğuşunda” bu kadar ağır koşullarda bu kadar uzun süre geçirilmesi, sürekli ölüm cezasının infazını beklemenin yarattığı devamlı ve giderek artan ıstırap ve özellikle başvuru konusundaki suçun işlendiği

ii) Mahkeme'nin diğetine göre daha yakın tarihli bir içtihadı olan ve ölüm cezasını başlı başına insanlık dışı ve küçük düşürücü bularak m.3'ün ihlal edildiğine hükmettiği *Al-Saadoon ve Mufdhi v. Birleşik Krallık* kararı⁸⁹.

Tekrar konumuza dönecek olursak, 765 sayılı Kanun döneminde, işkence suçu haricinde ayrı bir eziyet suçu bulunmamaktaydı. 765 sayılı TCK m.243 altında düzenlenen işkence suçu bakımından ise, ilga edilmeden önce maddeyi uluslararası sözleşmelere uyum sağlamak üzere son haline getiren 1961 ve 1999 yıllarında iki önemli değişiklik yapılmıştı⁹⁰.

Söz konusu değişikliklerin ilki olan 1961 tarihisinde, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne uygun biçimde madde metnindeki “işkence” kavramının yanına “zalimane”, “gayriinsani” ve “haysiyet kırıcı” ibareleri eklenmiştir.

1999 tarihli ikinci değişiklikte ise, fail, mağdur ve manevi unsur bakımından suçun kapsamını genişletici bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu değişiklik, özellikle manevi unsuru saik bakımından genişletmiş ve işkencenin “...cürümleri söyletmek..., olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet ve ihbarda

tarihteki yaşı ve ruhsal durumu gibi kişisel özellikleri dikkate alındığında, başvurusunun A.B.D.'ye iade edilmesi, kendisini 3. Madde'de (madde 3) belirtilen eşiği aşan bir kötü muamele riskine maruz bırakacaktır.

(...) Buna göre, Dışişleri Bakanı'nın A.B.D.'ye iade etme kararı, uygulandığı takdirde, 3. Madde'nin (madde 3) ihlaline yol açacaktır.” **Soering v. Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, T.7.7.1989**, Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s.23, 63 ve 83-84.

⁸⁹ “AİHS yazıldığı zaman ölüm cezası uluslararası insan haklarını koruma normlarına aykırı değildiyse de, o zamandan beridir Avrupa Konseyi'ne üye bütün devletler bu cezanın hem pratikte hem de hukuki anlamda tamamen kaldırılmasına doğru yol almıştır. Böylece, idam cezasını barış zamanında (6 no'lu Protokol) ve her durumda (13 no'lu Protokol) kaldıran AİHS'ne ek iki Protokol yürürlüğe konulmuş ve bu Protokoller'in her ikisi de Birleşik Krallık tarafından onaylanmıştır. İki tanesi dışında bütün üye devletler 13 no'lu Protokol'ü imzalamış ve üçü dışında diğerleri bu Protokol'ü onaylamıştır. Bu rakamlar ve devletlerin idam cezasından vazgeçme yönündeki istikrarlı uygulamaları AİHS'nin 2. maddesinin bugün bekleyişi nedeniyle yoğun ruhsal eziyet kaynağı da olan – bu cezanın insanlık dışı ve onur kırıcı bir ceza veya muamele oluşturduğunu kabul etmeye engel hiçbir şey yoktur.” **Al-Saadoon ve Mufdhi v. Birleşik Krallık, B. No: 61498/08, T.2.3.2010**, <http://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2017).

⁹⁰ Özgenç ve Şahin, a.g.e., s.185; yazarların aynı çalışmada 1999 değişikliğinde suçun manevi unsurunun oldukça karmaşılaştırıldığı hususundaki eleştirileri için bkz. s.193.

bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle...”, “...veya diğer herhangi bir sebeple...” yapılabileceğini öngörmüştür⁹¹.

Bu şekilde yapılan 1961 ve 1999 yıllarındaki değişikliklerden sonra 5237 sayılı TCK m.94’ün devreye girdiği 1 Haziran 2005 tarihine kadar yukarıda arz ettiğimiz uluslararası sözleşmelerdekilere benzer bir ifadelendirme ile yürürlükte kalmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki 765 sayılı Kanun döneminde ne işkence ne de diğer muameleler doğrudan tanımlanmıştır⁹². Uluslararası bildiri ve sözleşmelerde de net bir ayrımı yapılmayan⁹³, ancak önemi dolayısıyla tanımlanması da gereken⁹⁴ bu hareketlerin öğretiyeye⁹⁵ ve uygulamaya bırakılan tanımlama işi ise⁹⁶, ülkemizde ilk olarak, 1983 tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında şu şekilde görülmektedir⁹⁷:

⁹¹ İlhan Üzülmmez, “İşkence Suçu”, **HPD**, (2004/2), 147-151, s.147; İlhan Üzülmmez, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s.56-57; İlhan Üzülmmez, “765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde** (319-339), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, 2009, s.319-320; Algan, a.g.e., s.11.

⁹² Fatih Selami Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, Köksal Bayraktar ve diğerleri (Hızl.), **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı C.II, içinde** (1023-1041), Ankara: Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, 2008, s.1031; Eralp Özgen, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, **TBB**, S.2, (1988), 208-233, s.218; Üzülmmez, “İşkence Suçu”, **HPD**, s.148; İlhan Üzülmmez, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y.2, S.5, (2005), 227-247, s.234; bu kapsamda, 765 sayılı Kanun dönemini daha iyi anlayabilmek maksadıyla “İşkencenin Tanımı, Hukuki Mahiyeti ve Unsurları”, “İşkence Suçu Kavramı ve İşkence Suçunun Kanunlarda Düzenlenmiş Şekli” ile “Maddi Unsur” hususunda kapsamlı bilgi için bkz. Üzülmmez, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.3-20 ve 94-124.

⁹³ İlyas Doğan ve Mehmet Kaya, **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s.7.

⁹⁴ Köksal Bayraktar, “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, **Bülent Davran’a Armağan, içinde** (185-190), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:6, 1998, s.186.

⁹⁵ “Söz konusu suçu oluşturan fiiller, “*ışkence etmek*”, “*zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurmak*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifadelerin ne anlama geldiği doktrine atıfla Yargıtay kararlarında açıklanmaya çalışılmıştır. (...) Maddede yer alan “*ışkence, zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleler*” suç siyaseti açısından isabetli kavramlar değildir. Çünkü bu kavramların içeriğini belirlemek ve bunları birbirinden ayırmak mümkün değildir. Suç teşkil eden her davranış, -tabir yerinde ise- “gayriinsani”dir ve bir haksızlığı ifade etmesi itibarıyla “zalimane davranış”tır.” Özgenç ve Şahin, a.g.e., s.187 ve 189; Sahir Erman ve Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1992, s.236-238; Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s.222.

⁹⁶ Doktrine ve uygulayıcıya bırakılan söz konusu kavramların gerek tanımlanması gerekse aralarındaki sınır ve farklılıkların belirlenmesi işinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Üzülmmez, “765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, s.323-336; AİHS m.3’te, ifade edilen ancak tanımlanmayan işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelerin tanımlanma ve içeriklerinin belirlenmesi işi, uzunca bir müddet iki ayrı organ olarak görev icra eden Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na ve Mahkemesi’ne bırakılmıştır. Sevi Bakım, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008, s.7.

⁹⁷ **YCGK, T.04.04.1983, E.1983/8-64, K.1983/156**, <http://www.kazanci.com> (27.02.2017); Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.2**, Beşinci Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No.64, 1988, s.952.

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, hakim 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.

Aynı hususlar, 1987 yılında başka bir olay kapsamında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne yeniden geldiğinde, Kurul 1983 tarihli kararına atıf yapmak suretiyle aynı tanımlamayı benimsemiş ve ayrıca buna ek olarak bir derecelendirmeye gidip, insani olmayan ve haysiyet kırıcı muamelelerin işkence düzeyine varmayan nitelikte olduğunu belirtmiştir⁹⁸.

Yapılan bu belirlemelerle birlikte 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde Türk Ceza Hukuku'nun işkenceyi sınırlı bir kapsamda dar anlamıyla kabul ettiği söylenebilir⁹⁹. Ancak aşağıda ilgili başlık altında zikredilen Fransız Ceza Kanunu ve modern hukuk anlayışının da etkisiyle¹⁰⁰, gerek farklı tarihlerde hazırlanan Dönmezer Tasarılarında gerekse günümüz

⁹⁸ Nuhoğlu, "İşkence Yasağı ve İşkence Suçu", s.563 vd.; Üzülmüş, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", **Hukuk ve Adalet**, s.234; "Doktrin ve mahkeme içtihatlarında:

a - İşkence : Bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri,

b - İnsani olmayan muameleler : İnsanlık kişiliğini ve duygusunu, önemli derecede incitici fiilleri,

c - Zalimane muameleler : Mağdure yapılan maddi veya manevi ızdırap verici her türlü muameleleri,

d - Haysiyet kırıcı hareketler ise : Bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde olan fiilleri, İfade eylediği, bu kötü muamelelerin neler olduğunu kanunun tek tek saymayıp hakim takdirine bıraktığı belirtilmektedir. (CGK.nun 4.4.1983 gün ve 8-64/156 sayılı kararı)

İnceleme konumuzu teşkil eden olayda da, sanığın müdahili cürmünü söyletmek için, raporunda açıklandığı gibi bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde, dövmesi, "işkence" olarak mütalaa edilmese bile; kuşkusuz "insani olmayan" ve "haysiyet kırıcı" muamele niteliğindedir." **YCGK, T.5.10.1987, E.1987/8-156, K.1987/423**, <http://www.kazanci.com> (27.02.2017); Abdullah Pulat Gözübüyük, a.g.e., s.944.

⁹⁹ Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, İstanbul: BDS Yayınları, 1994, s.29.

¹⁰⁰ **Aksi yönde bkz.** "Öntasarı, işkenceye verilecek cezayı üç yıl, bu fiilin nitelikli hallerinden biri olarak bir memur tarafından işlenmesi halini ise beş yıl olarak öngörmektedir. Bir insanın ölüm korkusu içinde maddi ve manevi ıstıraba maruz kılınarak ve hürriyetinden de yoksun bırakılarak kendisine karşı konulamayacak kimseler tarafından işlenen işkence fiili beş yıl ile cezalandırılmaktadır.

Öte yandan yine Öntasarı'da, mala karşı işlenen suçlardan olup da, cebir, şiddet veya tehditle işlenebilen yağma (gasp) suçunun cezası 10 yıldan başlamakta, silahlı veya geceleyin veya yol kesmek gibi nitelikli hallerde bu ceza 15-20 yıl aşağı sınırla cezalandırılmaktadır.

Dikkatli bir okuyucu, hukukçu olmasa dahi, bu şekildeki bir düzenlemenin, Öntasarı Gereğesinde ifade edilen gerekçelere aykırı olduğunu, yine Öntasarının ifadesiyle, "*Şuradan buradan derlenmiş hükümlerle,*

Kanununda işkencenin ve diğer muamelelerin tıpkı bir anayasal kural gibi geniş anlamıyla ele alındığı ifade edilmelidir¹⁰¹. Bahsini ettiğimiz anlamın genişliğini somutlaştırabilmek adına, 2003 yılında ortaya atılan TCK Tasarısında “*Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.*” (m.142) hükmü ile en küçük bir sınır dahi çizilmediği ve uygulayıcılara alabildiğine geniş bir takdir alanı bırakıldığı söylenebilir¹⁰².

Dönmezer Tasarıları olarak ifade edilen metinlerin, ilki 1987, ikincisi 1989¹⁰³, üçüncüsü 1997¹⁰⁴ ve nihayet sonuncusu 2001 Tasarıları¹⁰⁵ olmak üzere yaklaşık yirmi yıllık bir çalışma sürecinin ürünleri olduğunu zikretmek gerekir¹⁰⁶. Daha önce ifade ettiğimiz üzere yine belirtecek olursak, bu çalışmalarda da eziyet suçu doğrudan yer almamıştır. Buna karşın, söz konusu tasarılarda işkence suçunun ise, madde numaraları

hal ve şartlara tabi olunarak veya bir kısım kamuoyunun yahut baskıların etkisi altında kalınarak meydana getirilmiş veya hükümleri değiştirilmiş bir ceza mevzuatı” olduğunu çıkarabilecektir.

İnsan akıl ve beden bütünlüğüne kasteden fiillerin, insanların mallarına karşı girişilen saldırı ve el koyma hükümlerinden daha az bir ceza ile cezalandırılmaları önerisi, Öntasarıda zikredilen “evrensel değerlere, çağın telakkilerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olduğu her halde iddia edilememelidir.” Muharrem Balcı, “Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997) ve Panik Mevzuatı”, 1998, <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/makaleler/85.pdf> (29.03.2017).

¹⁰¹ Bayraktar, “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, s.185; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.288; “Bu konuda 2001 ve 2003 tarihli TCK Tasarıları (m.142-144) daha da kapsamlı düzenlemelere gitmektedir.” Durmuş Tezcan ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.271.

¹⁰² Algan, a.g.e., s.12; söz konusu düzenlemelerin belirsizliğine ilişkin bkz. “Böylece bu konuda yargıya geniş takdir yetkisi verilmektedir. Bu takdir yetkisi bazen Cumhuriyet Savcısı tarafından işkenceci sanıkların işkence suçu yerine “fena muamele” olarak vasıflandırılabilir bir suçtan yargılanmaları için iddianameye mesnet teşkil edecek ve işkenceci sanıklar için çok az bir ceza talebini gerektirecek, bazen de sanıkların yeterli delil elde edilememesi yüzünden, adli tıp raporları hilafına beraat etmelerine neden olabilecektir.” Muharrem Balcı, a.g.e., s.4.

¹⁰³ “İşkence, 1987 ve 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarılarında adliye aleyhine bir suç olarak düzenlenmiştir. 1987 Öntasarısının ikinci kitabının üçüncü kısmında “Adliyeye Karşı Suçlar”ın cezalandırıldığı yedinci bölümde “Suçu söylemek için işkence ve kötü muamele” başlıklı 389. maddede; 1989 Öntasarısında ise, yine ikinci kitabın üçüncü kısmında aynı başlık ile 430. maddede düzenlenmiştir.” Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.196.

¹⁰⁴ Doğrudan konumuzu da ilgilendirir surette bir inceleme için bkz. Timur Demirbaş, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, **Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, içinde** (205-222), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayın No:8, 1999, s.212-220.

¹⁰⁵ “İşkence suçu 1997 TCK Tasarısında ise, özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitabın “kişilere karşı suçlar” başlıklı birinci kısmının “işkence” başlığını taşıyan ikinci bölümünde 139, 140 ve 141. maddelerde düzenlenmiştir. (...) TCK 2000 Tasarısının işkenceye ilişkin düzenlemeleri (m.140-142) küçük değişiklikler dışında 1997 TCK Tasarısıyla aynıdır.” Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.197 ve 199.

¹⁰⁶ **Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 12.5.2003 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı yazısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı ile Gerekçesi (2003 TCK Tasarısı ile Gerekçesi)**, <http://www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, (09.03.2017); Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, (Hzl. Köksal Bayraktar ve diğerleri), 14. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2016, s.173-174.

küçük farklarla değişse¹⁰⁷ de 1994 tarihli Fransız Ceza Kanununu çağrıştırır surette ele alındığını söyleyebiliriz. Anayasa m.17/3'te tanzim olunan işkence ve eziyet yasağını 139 vd. maddelerinde müeyyidelendiren 1997 Tasarısının 139. maddesinin gerekçesinde bu konuya ilişkin şu ifadelere yer verilmiştir¹⁰⁸:

Tasarı işkenceyi, kim tarafından icra olunursa olunsun insanın bedensel ve ruhsal bütünlüğüne karşı işlenen bir insanlık suçu olarak tespit ederken, geniş ölçüde olmak üzere, 1994 yeni Fransız Ceza Kanununun 221-1 ve izleyen maddelerinden esinlenmiştir. İşkence, Fransız Kanununda da ayrıca tarif edilmemiş, yerleşmiş içtihatlarla atıf yapılmıştır. Aslında ülkemizin de 24.1.1988 gün ve 3441 sayılı Kanunla onayladığı, Birleşmiş Milletlerce 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilen "İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin 1 inci maddesi iç hukukumuz bakımından uygulanması zorunlu tarifi vermektedir. Buna nazaran "Bir kişide şiddetli fizik ve ruhi ızdırıp husule getirmek için kasten uygulanan her türlü eylem"

¹⁰⁷ -1997 Tasarısı İşkence m.139, T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), s.62; Sulhi Dönmezer ve Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, s.327 ve 773; 2001 Tasarısı İşkence m.142, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, **Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu**, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2004, s.118: "Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir."

-1997 Tasarısı I.Nitelikli İşkence m.140, T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), s.62-63; Dönmezer ve Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, s.327-329 ve 773-774; 2001 Tasarısı Nitelikli İşkence m.143, Yenisey ve Nuhoglu, **Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu**, s.118: "Yukarıdaki maddede belirtilen suç:

A.1) Onbeş yaşını doldurmamış bir çocuğa karşı,

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

3) Mağdurun eşi tarafından,

4) Silah vasıtası veya tehdidi ile, işlenirse, fail hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

B.1) Usule yahut babalık veya analığa karşı,

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

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

4) Suçun asli veya fer'i faili sıfatını taşıyan birden çok kimselerce, 5) Taammüden, 6) Memur veya bir kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle, 7) Bir cinsel saldırı ile birlikte, işlenirse failin cezası beş yıldan on yıla kadar haptir.

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

-1997 Tasarısı II.Nitelikli İşkence m.141, T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), s.63; Dönmezer ve Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, s.329 ve 774; 2001 Tasarısı Ağır Nitelikli İşkence m.144, Yenisey ve Nuhoglu, **Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu**, s.118: "Suç, daimi malüllüğü veya uzuv kaybını sonuçladığında fail hakkında oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suç, mağdurun ölümüne neden olduğunda ceza ağırlaştırılmış müebbet haptir."

¹⁰⁸ Demirbaş, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi", s.207 ve 209; Dönmezer ve Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, s.525; ayrıca bkz. 2.1.2.2. Fransa başlığı altındaki açıklamalarımız.

işkencedir. Sözleşme bu hareketin failini kamu görevlisi olarak belirlemek suretiyle mahsus bir suç ihdas ettiği halde 139 uncu madde işkenceyi genel bir suç haline getirmiştir.

Aynı ibareler, bir bütün halinde 2001 Tasarısının aynısı olmasa da Başbakanlık'tan Meclise sevk edilen 2003 Tasarısında da yer almıştır¹⁰⁹. Bu husus, “*Aslında 2001 ve 2003 TCK tasarılarında işkence suçunun fail açısından genel bir suç tipi haline getirilmesi ve korunan hukuki yararın da “vücut bütünlüğü” olması karşısında, işkence ile kasten yaralamayı ayırt etmede sorunlar olacağı*” şeklinde ifade edilmiştir¹¹⁰.

Bu safhadan sonra, başkanlığını Kastamonu Milletvekili Hakkı Köylü'nün yürüttüğü Komisyonun çalışmaları neticesinde, çok hızlı bir şekilde 2004 Tasarısı ortaya çıkmış ve bu tasarı küçük birkaç değişiklikle yasalaşarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu meydana getirmiştir¹¹¹. 5237 sayılı TCK'da m.94-96'da yer alan işkence ve eziyet, 2004 Tasarısında 97-99. maddelerdeki halleriyle aynen kabul edilmiştir¹¹².

Görüldüğü üzere kronolojik olarak arz etmeye çalıştığımız bu tarih skalasındaki belgelerde¹¹³, çalışmamızın inceleme konusu olan eziyet, tam manasıyla günümüzdeki

¹⁰⁹ 2003 TCK Tasarısı ile Gerekçesi, s.63.

¹¹⁰ Timur Demirbaş, **İşkence Suçu**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.77.

¹¹¹ Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.7; “Bu Kanun, kısa sürede aceleyle hazırlandığı, dili, sistematigi ve doyurucu bir gerekçeye sahip olmadığı ileri sürülerek eleştirilmiştir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, 14. Bası, s.172.

¹¹² Yenisey ve Nuhoglu, **Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu**, s.118-119; bu maddelere yönelik eleştiriler için bkz. “Özellikle, 99.maddedeki eziyet suçunun ne olduğunu, anlayabilmek ve kanunilik ilkesi ile bağdaştırabilmek mümkün değildir. Gerçekten, bir kimsenin “eziyet çekmesine yol açacak davranış” nedir? Bu durumda örneğin, halk otobüslerinde insanların üst üste sıkıştırılarak taşınması bu suçu oluşturabilir mi? Maddede özel kast öngörülmediğine, suçun failinin de herkes olabileceğine göre buna hemen hayır yanıtı verilemez. Ayrıca, bu suçun, 97.maddedeki işkence suçundan farklılığı da anlaşılamamaktadır.” Ümit Kocasakal ve diğerleri, “Kişilere Karşı Suçlar”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, İstanbul: İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi – Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.53; **benzer şekilde bkz.** Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, İstanbul: İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi – Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.139; Türk Ceza Kanunu Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (285-317), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s.307-308; daha geniş kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin Görüşü, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, İstanbul: İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi – Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.172-173; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (327-355), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s.350-351.

¹¹³ Zikredilen tarihsel süreçle ilişkin daha kapsamlı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk ve Ali Rıza Çınar, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (37-84), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004; daha kısa ve istatistiki bilgiler için bkz. Mustafa

ceza kanunu sistematüğinde olduğı gibi bir yer edinememiştir. İşkence ile birlikte adının geçtiğı düzenlemelerde ise, çok genel ve soyut ifadelendirmelere başvurulduğı için de kanunilik ve belirlilik ilkeleri zayıflatılmıştır. Ancak her şeye rağmen gerek ulusal mevzuattaki gelişmeleri gerekse aşağıda inceleyeceğimiz uluslararası belgelerdeki düzenlemeleri birlikte değerlendirdiğimizde, olumlu bir yöne doğru gidildiğini ve en azından bu yönde çaba gösterildiğini söylemek gerekir¹¹⁴.



Avcı, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı’nın Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (199-232), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s.200-211.

¹¹⁴ Algan, a.g.e., s.10; Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s.29.

İKİNCİ BÖLÜM

2. ULUSLARARASI BELGELERDE VE BAZI ÜLKELERDE ELE ALINIŞI VE BENZER SUÇ TIPLERİYLE İLİŞKİSİ

2.1. Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ülkelerde Ele Alınışı

Bir meselenin uluslararası belgelerde ve başka ülkelerde nasıl ele alınacağı, bir insan hakkının tanınması, tanımlanması ve devletlere düşen yükümlülüklerin belirlenmesi bakımından Birleşmiş Milletler sisteminin gördüğü öncü rolle evrensel, devletlere düşen sorumlulukların denetimi bakımından bölgesel ve esas itibarıyla ilgili hakkın gerçekleştirilmesi ve ihlallerin önlenmesi bakımındansa ulusal düzeylerde olmak üzere üç boyutta kendini gösterir¹¹⁵.

Biz de bu başlık altında çalışma konumuz ve onunla ilişkili diğer kavramların uluslararası, bölgesel ve nihayetinde ulusal düzlemde nasıl ele alındıklarını göreceğiz.

¹¹⁵ Abdurrahman Eren, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (119-180), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, 2009, s.119; konuyu biraz daha açarak, geldiğimiz noktadan sonrasına yönelik meselenin meraklılarına encamlı bir bakış açısı kazandırabilmek amacıyla, burada *Yüzbaşıoğlu*’nun ifadelerini de aktarmakta fayda görüyoruz: “Günümüzde insan haklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesi ulusal hukuk (iç hukuk) boyutunu aşarak evrensel nitelik kazanmıştır. Nitekim, başta Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve Avrupa Konseyi olmak üzere, evrensel ve bölgesel örgütlerin kuruluş nedeni ve bu örgütlerce kabul edilen insan haklarına ilişkin bildiri, sözleşme ve diğer belgelerin amacı insan haklarını ulusal-üstü koruma altına almak ve bunlara ilişkin evrensel standartlar belirlemektir. Bununla birlikte, insan haklarının asıl ve öncelikli korunması ulusal hukuk düzenlerinin işidir. Ulusal-üstü korunma, ulusal korumayı tamamlayıcı, ikincil, yedek niteliktedir. İnsan haklarının tarihsel gelişim çizgisinde geleneksel, liberal ya da yerleşik anlayış, insan hakları ihlalleri bakımından tehlikenin devletten geldiği varsayımına dayanır. Zamanla bireyler ya da topluluklar gibi, Devlet dışındaki hukuk öznelerinin de, temel haklara aykırı davranışlarda bulunabileceği, bu doğrultuda, temel hakların bireyler arası ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanında da korunması gerektiği kabul edilmişse de, ulusal hukuk düzenlerinde insan hakları ihlallerinde asıl sorumluluk Devlet üzerindedir. 1982 Anayasası’nın beşinci maddesinde, “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Madde bütünüyle bakıldığında, her ne kadar özgürlük otorite ilişkisinde, otoriteye öncelik veren ve özgürlükleri arka planda tutan bir anlayışla kaleme alınmışsa da, insan haklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesinde devletin sorumluluğu açıkça vurgulanmıştır.” Necmi Yüzbaşıoğlu, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, Oktay Uygun (Ed.), **İnsan Hakları**, içinde (397-406), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.397.

Ancak bu incelemeye geçmeden önce, hemen hemen bütün genel ve özel sözleşmelerin konuyu düzenleyen maddelerinde işkencenin hemen ardından, zalimane davranış, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza kavramlarına yer verildiği, dikkat çeken bir anekdot olarak zikredilebilir¹¹⁶.

2.1.1. Uluslararası Belgelerde Ele Alınışı¹¹⁷

2.1.1.1. Genel Olarak

Bu genel girizgahtan sonra, eziyet suçu, aşağıda incelenecek uluslararası belgelerde doğrudan görülme bile insan onuruyla bağdaşmayan insanlık dışı ya da küçültücü kötü muameleler gibi kavramların içerisinde dolaylı olarak bulunabilir. Zira eziyet suçunu meydana getiren insan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı veren hareketler, literatürde gayriinsani ve zalimane olarak nitelenen davranışlara karşılık gelmektedir¹¹⁸.

Bir kısmı değişik kategorilerde hak ve özgürlükleri de içerecek “genel bildiri ve sözleşme”, bir kısmı ise doğrudan işkence ve kısaca kötü muamelelerin önlenmesine ilişkin “özel sözleşme” niteliğinde olan belgelerin içeriğindeki söz konusu düzenlemeler, kendi aralarında küçük ifade farklılıklarına sahip olmalarına rağmen, ana hatlarıyla imzacı devletlere bütün organlarıyla insan onurunu merkeze alarak koruma ve gözetim görevini yüklemiştir¹¹⁹.

¹¹⁶ Ömer Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, **GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı**, içinde (421-460), C.XII, S.1-2, (2008), s.423.

¹¹⁷ İşkence suçu özelinde Uluslararası Belgelerin, öncelikle Uluslararası ve Bölgesel Düzeyde Yapılan Belgeler, sonrasında Bildiriler, Sözleşmeler ve Türkiye’nin Tarafı Olduğu Sözleşmeler şeklinde ayrılmak suretiyle oldukça sistemli incelemesi için bkz. Bakım, a.g.e., s.29-70.

¹¹⁸ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.23.

¹¹⁹ Ömer Anayurt, “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (181-212), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, 2009, s.181; Zeki Hafizoğulları ve Muammer Ketizmen, “İşkence ve Eziyet Suçları”, Mehmet Ünal ve diğerleri (Ed.), **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağanı**, içinde (1207-1214), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.1207; Hakan Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (341-374), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, 2009, s.341; Yener Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **CHD**, Y.3, S.7, Ankara: Seçkin Yayıncılık, (2008), 40-82, s.55; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.227.

İşkence suçu gibi eziyet suçunun kanunda tanzimi de Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, 10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme, 16 Aralık 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile 10 Şubat 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne imza koymak suretiyle altına girdiği yükümlülüğün bir gereğidir¹²⁰. Bir başka şekilde ifade edecek olursak, işkence bakımından söz konusu olduğu gibi eziyet açısından da birinci derecede önlem alma yükümlülüğü devletindir¹²¹. Bunlara ek olarak, 26 Kasım 1987 tarihli Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi ile 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi de örnek gösterilebilir.

Burada, adı geçen belgeleri tek tek ele almaya başlamadan önce, her ne kadar doğrudan bir bağlayıcılığı olmasa da oldukça mühim görünen fakat bir o kadar da dikkatlerden kaçan şu iki çalışmaya değinmeden geçmemek gerekiyor. Bu çalışmalar, 19 Eylül 1981'de neşredilen “İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi”¹²² ile 10 Kasım 1983'te neşredilen “Örnek İslam Anayasası”¹²³ dır¹²⁴.

Beyanname'nin “İşkenceden Korunma Hakkı” başlıklı 7. maddesi¹²⁵ ile “Sığınma Hakkı” başlıklı 9. maddesi¹²⁶ içerikleri itibarıyla çalışma konumuz olan eziyeti

¹²⁰ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.5; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.273; Özgenç ve Şahin, a.g.e., s.183 ve 185; Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.76; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.85.

¹²¹ Algan, a.g.e., s.2.

¹²² “Dünya İslam Konseyi'nin önderlik ettiği ve sahasında mütehassıs İslam Hukukçuları tarafından, tamamen ayet ve hadislere dayanılarak hazırlanan “İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi” adlı hak ve hürriyetler bildirisi, dayandığı ayet ve hadisler de dipnotlarda verilerek neşredilecektir. Türk Hukuk camiasının yeterince haberdar olmadığını gördüğümüz bu beyanname, daha önce var olmayan hak ve hürriyetleri, neşredildiği tarihte ilan ediyor değildir. Belki 1400 senedir var olan, ancak bir türlü görülmek istenmeyen İslam'daki insan hak ve hürriyetlerini ifade eden mukaddes metinler bir bildiri mahiyetinde tedvin edilmiş bulunuyor.” Ahmed Akgündüz, **İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi**, 4. Baskı, İstanbul: OSAV Yayınları, 1997, s.13.

¹²³ Ahmed Akgündüz, **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası**, 5. Baskı, İstanbul: OSAV Yayınları, 1997, s.16.

¹²⁴ Asılları Arapça, İngilizce ve Fransızca olarak yayınlanan bu çalışmaların Türkçe tercümeleri için bkz. Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.475-510; Ahmed Akgündüz, **İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi**, s.97-129; Ahmed Akgündüz, **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası**, s.119-152.

¹²⁵ “A) Sanıktan da öte, suçluya dahi işkence yapmak caiz değildir. Nasıl ki, bir şahsı, işlemediği suçu itiraf etmeğe zorlamak caiz görülmemiştir ve ikrah ve icbar yoluyla elde edilen beyan ve ikrarlar, geçersizdir, bătıldır.*

barındırırlar. Öte yandan, Örnek Anayasa'nın “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı *İkinci Bab*'ının 5. maddesinde¹²⁷ işkenceyle birlikte eziyet de yasaklanmıştır.

Bu belgeler gibi bağlayıcılığı olmamasına ve uluslararası bir denetim mekanizması öngörmemesine karşın bir yorum kaynağı olarak yol gösterici mahiyette çok mühim bir konum ihraz eden ve işkence hususunda en iyi tanımlamayı yaptığı söylenen 9 Aralık 1975 tarihli Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi (İKB)¹²⁸ de gözden kaçırılmamalıdır¹²⁹. Burada önemle üstünde durulan mevzu, devlet gücünü temsil eden işkencecinin sergilediği davranışları özel kast altında icra ettiğidir.

Yine ülkemiz açısından bağlayıcılığı olmasa da farklı kıtalarda tanzim edilen bölgesel düzeyde ortaya konan çabaların¹³⁰ meyvesi olan benzer belgeleri¹³¹ de yine temel

B) Ferdin işlediği suç ne olursa olsun ve İslam Hukukunun o suça takdir ettiği ceza ne olursa olsun, ferdin insaniyeti ve insan olması hasebiyle sahip olduğu şeref ve asâleti, mahfuz kalır.

”Şüphesiz ki, Allah, dünyada işkence edenleri ahirette azaplandırır.”, Bu hadisi, Nesâî dışındaki Kütüb-i Sitte sahipleri nakletmiştir.” Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.500; Ahmed Akgündüz, **İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi**, s.112.

¹²⁶ “**A)** İşkenceye ve zulme ma'rûz her Müslüman, Dâr'ül-İslam sınırları içerisinde, emin olabileceği bir yere sığınma hakkına sahiptir. İslamiyet bu hakkı, cinsiyeti, inancı veya rengi ne olursa olsun, her eziyete ma'rûz şahsa tanır ve Müslümanlara da kendilerine sığınacak kimselere emniyet ve güven içinde yaşama hakkını vermeleri görevini yükler.*

”Eğer kendilerine eziyet ve ta'n edilen müşriklerden biri senden eman dilerse, ona eman ver. Ta ki, Allah'ın kelimini dinlesin. Sonra da onu emîn olabileceği yere kadar selametle ulaştır.”, Kur'an, Tevbe, 7.” Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.501; Ahmed Akgündüz, **İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi**, s.113.

¹²⁷ “a- Kimseye, hiçbir şekilde bedeni yahut manevi işkence yapılamaz; kendisine, Âile fertlerinden birine yahut değer verdiği kişilere eziyet veya hakaretle tehdit edilemez. Ayrıca suç ikrarına veya kendisine yahut başkasına zararlı olan bir fiil, söz ve de bir başka şeye ikrah edilemez.

b- İşkence suçtur. İşkence suçunda, suç ve ceza zamanaşımı söz konusu değildir.*

*Kur'an, Ahzâb, 58: “Erkek ve kadın bütün mü'minlere, işlemedikleri bir suç yüzünden işkence ve eziyet edenler, muhakkak bir yalan ve apaçık bir suç yüklenmişlerdir.”; İbn-i Mace: “Allah, benim ümmetimden, hata, unutmaya ve ikrah hallerinde yaptıklarını affetmiştir.”; Beş Hadis Kitabı: “Allah, kıyamet günü, dünyada insanlara işkence edenleri azaplandırır.”“ Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, s.480; Ahmed Akgündüz, **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası**, s.125.

¹²⁸ **İKB m.1/2-** “İşkence, zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezanın ağırlaştırılmış ve kasıtlı işlenen şeklini oluşturur.” Bildiri'nin tam metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, s.807-813.

¹²⁹ Algan, a.g.e., s.5; Nuhoğlu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.532-533.

¹³⁰ Doğan ve Kaya, a.g.e., s.78.

¹³¹ “Bölgesel ölçekte insan haklarının korunmasından söz ettiğimizde kuşkusuz, üç önemli belge aklı gelmelidir: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. Bunlardan kuşkusuz en etkin olanı Türkiye'nin de taraf olduğu 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.” Murat Yanık, “1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası

bir başvuru kaynağı, bir yorum aracı olarak değerlendirebiliriz¹³². Bu kabilden, öncelikle 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS)¹³³ zikredilebilir¹³⁴. Bu Sözleşme'nin *İnsanca muamele görme hakkı* kenar başlıklı 5. maddesinin özellikle mevzumuzla ilişkili 1. ve 2. fıkraları¹³⁵, insanın kişiliğinde mevcut olan onuruna saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, söz konusu maddeye, *insanca muamele görme hakkı* kenar başlığını uygun görmüştür. En azından Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlıklandırmadaki başarısı itibarıyla, üçüncü maddesinde *işkence yasağı* kenar başlığına yer veren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne nazaran daha güzel bir tercihte bulunduğu söylenebilir¹³⁶.

Ayrıca bu Sözleşme'nin 27. maddesi¹³⁷ ilk fıkrasında, Taraf Devletin belirli şartların varlığı halinde *Güvencelerin askıya alınmasını* düzenlerken, ikinci fıkrasında

Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", **GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı**, içinde (1133-1162), C.XII, S.1-2, (2008), s.1141.

¹³² Başarıya ulaşmış çalışmaları, Amerika kıtasında, 30 Nisan 1948 tarihinde Amerikan Devletleri Örgütü Şartı ile ortaya çıkan Amerikan Devletleri Örgütü, Afrika kıtasında ise, 25 Mayıs 1963 tarihinde Afrika Birliği Şartı ile kurulan Afrika Birliği inşa etmiştir. Bu hususta daha kapsamlı ve detaylı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.335-513; Amerika ve Afrika kıtalarındaki durumu kısa ve öz bir şekilde ortaya koyan şu çalışmalara da ayrıca bkz. İlyas Doğan ve Omca Özdemir, "Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi", İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (307-338), Ankara: Astana Yayınları, 2015; İlyas Doğan ve Omca Özdemir, "Afrika'da İnsan Haklarının Gelişimi ve Koruma Mekanizmaları", İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (339-366), Ankara: Astana Yayınları, 2015.

¹³³ Algan, a.g.e., s.9; Sözleşme'nin tam metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, s.730-761.

¹³⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.10.

¹³⁵ **Ame.İHS m.5-** "1. Her kişi, bedeni, zihni ya da moral/(ahlaki/manevi) bütünlüğüne saygı gösterilmesine hak sahibidir. 2. Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insan kişiliğine yerleşik onuruna saygı gösterilerek muamele görecektir." Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.732; Mehmet Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.408.

¹³⁶ Anayurt, "İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", s.187.

¹³⁷ **Ame.İHS m.27-** "1. Bir Taraf Devlet, bağımsızlığını ya da güvenliğini tehdit eden savaş, kamusal tehlike ya da diğer tehlike zamanında, söz konusu durumun yol açtığı zorunlulukların kesin biçimde gerektirdiği ölçüde ve süreyle bu Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerinden sapma teşkil eden önlemleri, bu tür önlemlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükleriyle bağdaşmayan nitelikte olmaması ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da sosyal köken temelinde ayrımcılık yapmaması koşuluyla, alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, aşağıdaki Maddelerin herhangi bir biçimde askıya alınmasına yetki vermez: Madde 3 (Hukuk kişiliğine hak), Madde 4 (Yaşam hakkı), **Madde 5 (İnsanca muamele görme hakkı)**, Madde 6 (Köle olmama özgürlüğü), Madde 9 (Ex post facto [fiilden sonra konan] yasalara tabi olmama özgürlüğü), Madde 12 (Vicdan ve din özgürlüğü), Madde 17 (Aileye ilişkin haklar), Madde 18 (İsim hakkı), Madde 19 (Çocuk hakları), Madde 20 (Vatandaşlık hakkı), Madde 23 (Yönetime katılma hakkı) ya da bu hakların korunması için zorunlu bulunan yargısal güvenceler.

3. Anılan askıya alma yetkisini kullanan herhangi bir Taraf Devlet, uygulanmaları askıya alınan hükümler, bu askıya almanın ortaya çıkmasına yol açan nedenler ve bu tür askıya almanın sona ermesi bakımından belirlenen tarih konusunda, Amerikan Devletleri Örgütü Genel Sekreteri aracılığıyla, diğer

herhangi bir şekilde askıya alınması mümkün olmayan haklar arasında insanca muamele görme hakkına da yer vermiştir. Buna ek olarak, Sözleşme'nin, 33. maddesiyle Taraf Devletlerin sorumluluklarına riayetlerini sağlamak ve olası ihlalleri denetlemek noktasında Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurularak yetkilendirildiğini belirtmek gerekir¹³⁸.

Gelinen noktada zikredilmesi gereken bir diğer belge, *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin hiç kimsenin işkenceye ya da zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağına ilişkin hükmünün farkında olarak*, Amerikan Devletleri Örgütü'nce 9 Aralık 1985 tarihinde ilan edilen Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'dir¹³⁹. Bu Sözleşme'nin ilk maddesinde¹⁴⁰ Taraf Devletlerin işkenceyi önleme ve cezalandırmayı üstlendikleri ve akabinde ikinci maddesinde¹⁴¹ işkenceden ne anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴². Bunun yanı sıra, Sözleşme, altıncı maddesinde¹⁴³ Taraf Devletlere, etkin yargısal tedbirler alma misyonu

Taraf Devletleri derhal bilgilendirecektir.” Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I*, s.742; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.412.

¹³⁸ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2*, s.356; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I*, s.744.

¹³⁹ Algan, a.g.e., s.9; Sözleşme'nin tam metni için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I*, s.907-916.

¹⁴⁰ **Ame.İÖCS m.1-** “Taraf Devletler, bu Sözleşme hükümleri uyarınca, işkenceyi önlemeyi ve cezalandırmayı üstlenirler.” Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I*, s.909; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.413.

¹⁴¹ **Ame.İÖCS m.2-** “Bu Sözleşmenin amaçları bakımından işkence, suç kovuşturması amacı çerçevesinde, bir kişiyi yıldırmanın, onu kişisel olarak cezalandırmanın bir yöntemi olarak ya da engelleyici nitelikli bir tedbir ya da doğrudan bir ceza uygulaması olarak ya da herhangi bir başka amaç güderek, o kişi üzerinde kasıtlı olarak tatbik edilen ve bedensel/(maddi) ya da ruhsal/(manevi) acı yahut elem veren herhangi bir eylem olarak anlaşılacaktır. Ayrıca, bir kişi üzerinde tatbik edilen yöntemler bedensel acıya ya da manevi şiddetli endişeye/(ıstıraba) yol açmasa bile, mağdurun kişiliğini yok etmek yahut onun bedeni ya da akli yetilerini zayıflatmak kastıyla uygulandığında da işkence olarak da mütalaa edilecektir.

İşkence kavramı, bu maddede anılan eylemlerin icra edilmesini ya da yöntemlerin kullanılmasını içermemesi kaydıyla, hukuka uygun önlemlerin sadece bir yansıması olarak ya da onlara yerleşik biçimde açığa çıkan bedeni yahut manevi acıyı ya da elemi içermeyecektir.” Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I*, s.909; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.413-414.

¹⁴² “Tanımın yalnızca işkence için verilmiş olmasının anlamı, Ame.İÖCS (m.6/III ve 7/II)’de geçen ve esasen genel insan hakları sözleşmelerinin işkence yasağını düzenleyen ilgili hükümlerinde de ifadesini bulan (AİHS m.3; Ame.İHS m.5/2; MSHS m.7) “*diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza*” terimleri bağlamında bir tanımın getirilmemiş olduğudur. İleri sürülebilecek bir görüş, işkence dışındaki diğer kötü muamele formlarına dair tanım yokluğunun konuyu tamamen boşlukta ve belirsiz bıraktığı için isabetsizliği olabilir. Buna karşılık, olası tanımın hükmü uygulayacak organ açısından gereksiz bir kayıtlayıcı faktör teşkil edebileceği; konunun sözleşme organları içtihatlarına bırakılmasının daha yerinde olduğu da pekâlâ ileri sürülebilir.” Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2*, s.414-415.

¹⁴³ **Ame.İÖCS m.6-** “Madde 1 hükümleri uyarınca, Taraf Devletler kendi yargı yetki alanları içinde işkenceyi önlemek ve cezalandırmak üzere etkin önlemleri alacaklardır.

yüklemektedir. Ve bu görevin, yalnızca işkencenin önlenmesi ve cezalandırılması bakımından olmayıp, diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezayı önlemek ve cezalandırmak üzerine de olacağı vurgulanmalıdır¹⁴⁴. Bu noktada, Sözleşme'nin beşinci maddesiyle işkence yasağına en ufak bir taviz tanınmadığını da ekleyebiliriz¹⁴⁵.

Yeri gelmişken, burada konumuzla ilintili olması bakımından, 9 Haziran 1994 tarihli Amerikalılararası Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Sözleşme'de (Ame.KKŞÖS)¹⁴⁶ yer alan *Kişiliğine mündemiç onuruna saygı gösterilmesi hakkının* da dahil olduğu hak ve özgürlükler kapsamında, her kadının hak sahibi olduğunu da zikretmekle yetinelim¹⁴⁷.

Taraf Devletler, ceza yasalarında işkence oluşturan tüm eylemleri ve işkence yapma teşebbüslerini suç olarak düzenleyecekler ve bunların ciddi niteliğini dikkate alarak, bu tür eylemler için ağır cezalar öngörecektir.

Taraf Devletler, aynı şekilde, kendi yargı yetki alanları içinde, diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muameleyi ya da cezayı önlemek ve cezalandırmak üzere de etkili önlemleri alacaklardır.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.911; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.414.

¹⁴⁴ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.415.

¹⁴⁵ **Ame.İÖCS m.5-** “Savaş hali, savaş tehlikesi, sıkıyönetim ya da olağanüstü hâl, iç kargaşa ya da ayaklanma, anayasal hakların askıya alınması, iç siyasal istikrarsızlık ya da diğer kamusal tehlike yahut doğal felaket gibi durumların varlığı, işkence suçunu meşrulaştırmak üzere ileri sürülemez ya da bu gerekçelere dayanılmaz.” Doğan ve Kaya, a.g.e., s.11.

¹⁴⁶ Sözleşme'nin tam metni için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.941-952; Ayrıca bkz. Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.419-422.

¹⁴⁷ **Ame.KKŞÖS m.4-** “Her kadın, bölgesel ve uluslararası belgelerde düzenlenen bütün insan haklarının ve özgürlüklerinin tanınması, bunlardan yararlanması, bunları kullanması ve bunların korunması hakkına sahiptir. Bu haklara, diğerlerinin yanı sıra, aşağıdakiler de dahildir:

- a. Yaşamına saygı gösterilmesi hakkı;
- b. Bedeni, akli ve ahlaki bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkı;
- c. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı;
- d. İşkenceye maruz bırakılmama hakkı;
- e. Kişiliğine mündemiç onuruna saygı gösterilmesi hakkı ve ailesinin korunması;
- f. Kanun önünde ve kanunla eşit şekilde korunma hakkı;
- g. Haklarını ihlal eden eylemlere/(tasarruflara) karşı korunmak üzere yetkili bir mahkemeye basit şekilde ve ivedilikle başvurma hakkı;
- h. Serbestçe örgütlenme hakkı;
- i. Kanun çerçevesinde dinsel ya da inançları uyarınca serbestçe ibadette bulunma hakkı; ve
- j. Ülkesinin kamu hizmetlerine eşit şekilde girme ve karar alma süreci dahil olmak üzere, kamusal işlerin yürütümünde yer alma hakkı.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.944-945; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.432; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.420.

Bir yorum aracı olarak başvurabileceğimiz bir başka uluslararası belge, 26 Haziran 1981 tarihinde imzalanan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır(Af.İHHŞ)¹⁴⁸. Şartın 5. maddesi¹⁴⁹, insan onuruna saygı gösterilmesini ve buna bağlı olarak gerçekleştirilecek her türlü sömürü ve aşağılamanın da yasaklanacağını söyler. Bu amaçla da 30. maddenin gösterdiği şekilde¹⁵⁰, *Afrika'da insan ve halkların haklarını geliştirmek ve bunların korunmasını temin etmek üzere, Afrika Birliği bünyesi içinde, bir denetim organı olarak Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu kurulmuştur*¹⁵¹.

Komisyonun yanı sıra, Afrika kıtasında özgürlük, eşitlik, adalet, barış, insan onuru ve Afrika Halklarının meşru beklentilerini gerçekleştirme, devam ettirme ve güvence altına alma amacıyla Afrika Birliği bünyesinde, 9 Haziran 1998 tarihinde kabul edilen Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının, Bir Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi Kurulmasına Dair Protokolü¹⁵² ile “Mahkeme” ve 11 Temmuz 2003 tarihinde kabul edilen Afrika Birliği Adalet Divanı Protokolü ile “Adalet Divanı” kurulmuştur. Ayrıca 1 Temmuz 2008 tarihinde kabul edilen Afrika Adalet ve İnsan Hakları Divanı Statüsüne Dair Protokol¹⁵³ ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi ve Afrika Birliği Adalet Divanı tek bir Divan şeklinde birleştirilmiş ve “*Afrika Adalet ve İnsan Hakları Divanı*” meydana getirilmiştir¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Algan, a.g.e., s.9; Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.11; Şartın tam metni için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.967-987.

¹⁴⁹ **Af.İHHŞ m.5-** “Her birey, varlığına yerleşik/(mündemiç) kişi onuruna saygı gösterilmesi ve hukuksal statüsünün tanınması hakkına sahiptir. Özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı ceza ve muamele olmak üzere, sömürü ve aşağılamanın her biçimi yasaklanacaktır.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.970; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.435.

¹⁵⁰ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.977.

¹⁵¹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.457-458.

¹⁵² Protokolün tam metni için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.1063-1074.

¹⁵³ Protokolün ortaya çıkması bakımından yaşanan süreç hakkında detaylı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.476 vd.; Protokolün tam metni için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.1137-1165.

¹⁵⁴ Buraya düşülmesi gereken çok önemli bir şerh vardır: “Protokol (m.9/1) uyarınca, bu Protokol ve ekini oluşturan Statü, on beş (15) Üye Devlet tarafından onay belgelerinin depo edilmesinden otuz (30) gün sonra yürürlüğe girecektir. Aralık 2012 tarihi itibarıyla 28 Devlet imza koymuş ve 5 Devlet ise onaylama işlemini yapmıştır. En yakın geçmişte bu işlemi yapan devlet olan Kongo bu Protokole 06/08/2012 tarihinde taraf olmuştur.

Afrika Birliği üyesi olan Devlet sayısının 53 olduğu ve Protokolün kabul edilmesinin üzerinden dört yılı aşan süre geçmesine karşın sadece beş Devlet tarafından onaylanmış bulunduğu ve bu Protokolün hazırlanmasında, örneğin Libya gibi, girişimci rol üstlenen özellikle Kuzey Afrika devletlerinde 2010-2012 döneminde gerçekleşen ayaklanmalar sonucu değişen iktidar yapıları dikkate alınrsa, belgenin

Öte yandan, yine Afrika kıtasında, 11 Temmuz 1990 tarihinde kabul edilen Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'ndan da bahsedilebilir(Af.ÇHEŞ)¹⁵⁵. Şartın *Çocuk istismarına ve işkenceye karşı koruma* kenar başlıklı 16. maddesi, Taraf Devletlere, çocukların korunması için her türlü *yasal, yönetsel, sosyal ve eğitimsel spesifik önlemleri alma* sorumluluğunu yüklemektedir¹⁵⁶. Söz konusu yükümlülüğün denetim ve takibi adına, Şartın 32. maddesi gereğince de *çocuk haklarını ve esenliğini korumak ve geliştirmek üzere Afrika Birliği içinde*, çerçevesi Şartın devam eden maddelerinde belirlenen Çocuk Hakları ve Esenliği Hakkında Uzmanlar Afrika Komitesi teşekkül ettirilmiştir¹⁵⁷.

Afrika kıtası üzerinde karşımıza çıkan bir diğer belge de 11 Temmuz 2003 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının, Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü (kısaca Afrika Kadın Protokolü)dür¹⁵⁸. Çalışma konumuzla bağlantısı bakımından geldiğimiz noktada, *Kişi onuru hakkını* düzenleyen Madde 3'ün¹⁵⁹, fıkralarında (özellikle üçüncü fıkrasında) Taraf Devletlere, kadınların sömürülmesini yahut aşağılanmasını engellemeye matuf tedbirleri alma ve uygulama görevini yüklediğini ve Madde 4'ün, ilk fıkrasında *her kadının yaşamına ve kişi bütünlüğü ile güvenliğine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu ve buna mukabil her türlü sömürü, zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı ceza ve muamelenin yasaklanacağı* düzenlemesini yaptığını görmekteyiz¹⁶⁰.

yürürlüğe girmesi için gereken 15 onay/katılım sayısına kısa erimde ulaşacağını beklememek gerekir.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.497.

¹⁵⁵ Şartın tam metni için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.1035-1062.

¹⁵⁶ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.1046; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.438.

¹⁵⁷ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.510-511; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.1057 vd.

¹⁵⁸ Protokolün tam metni için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.1075-1099.

¹⁵⁹ **Afrika Kadın Protokolü m.3- “1)** Her kadın, insanın varlığına yerleşik kişi onuru hakkına ve insan haklarının ve yasal haklarının tanınması ve korunması hakkına sahip olacaktır.

2) Her kadın, bir kişi olarak(sıfatıyla) saygı görme ve kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip olacaktır.

3) Taraf Devletler, kadınların sömürülmesini yahut aşağılanmasını yasaklamak üzere uygun önlemleri alacak ve uygulayacaklardır.

4) Taraf Devletler, her kadının kişi onuruna saygı gösterilmesi hakkının korunmasını ve kadınların, özellikle cinsel ve sözel şiddet olmak üzere, her türlü şiddetten korunmasını temin etmeye yönelik uygun önlemleri alacak ve uygulayacaklardır.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.1082.

¹⁶⁰ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.502; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.1082.

Yukarıda ele almaya çalıştığımız Amerika ve Afrika kıtalarındaki belgeler ile aşağıda ele alacağımız Avrupa kıtasındaki sözleşmelerin yanı sıra, kadim kıta olarak bildiğimiz Asya’da, ayrıca binlerce adanın yer aldığı Pasifik’te benzer şekilde herhangi bir çalışma yapıp yapılmadığı sorusu akıllara gelmektedir.

Bu probleme çözüm olarak ifade edilmelidir ki, esas itibarıyla ortaya koyulan sözleşme ve devamında teşekkül ettirilen koruma mekanizmaları temelde bir bölgesel örgüte yahut bir örgütlenme sürecine dayanmaktadır. Ancak söz konusu süreçler ve çalışmalar kimi yerde bütünüyle başarısız olmuşken, kimi yerde ise kısmen bir başarı elde edebilmiştir¹⁶¹.

Burada bölgesel bazda bir örgütlenmeye gitse bile sözleşmesel bazda netice alamayan, Arap ve İslam dünyası endeksinde teşekkül ettirilen Arap Devletleri Birliği¹⁶² ve daha sonra ismini İslam İşbirliği Teşkilatı¹⁶³ olarak değiştiren İslam Konferansı Örgütü örnek gösterilebilir¹⁶⁴. Öte yandan, ciddi addedilebilecek bir örgütlenmeye dahi gidemeyen Asya-Pasifik bölgesi, her anlamda sahip olduğu çeşitlilikten ötürü¹⁶⁵, Birleşmiş Milletler

¹⁶¹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.515.

¹⁶² “22 Arap ülkesi tarafından kurulmuş uluslararası örgüt Arap Birliği ya da Arap Ligi ülkelerince 15 Eylül 1994 yılında Arap İnsan Hakları Şartı adını alan bir belge kabul edilmiştir. Belge yürürlüğe konamamıştır. Daha sonra Arap Devletler Ligi’ne mensup devletlerin Tunus’ta gerçekleştirmiş olduğu 16’ncı Zirve Toplantısının ardından 2004 Mayıs’ında aynı adı taşıyan yeni bir Şart kabul edilmiştir. Şartın, 1994 tarihli metne göre büyük gelişme sağladığından söz edilebilir. Şartın yürürlüğe girebilmesi için en az yedi devletin onayı şartının da (m.49) gerçekleşmiş olmasıyla birlikte **15 Mart 2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir**. Bu şartın yürürlüğe girebilmiş olması, Arap Dünyasında insan haklarının korunması alanında bugüne kadar atılmış en ileri adımdır. Şart bir başlangıç ve 53 maddeden oluşmaktadır. (...) Görüldüğü üzere, *Arap İnsan Hakları Şartı’nda düzenlenen hakların taraf devletlerce ihlalini denetleyebilecek ve ona yaptırımlar uygulayabilecek etkili bir koruma mekanizmasından söz edilememektedir. Dolayısıyla bu haliyle Afrika Şartı’nın bile çok uzağındadır. Denilebilir ki, Arap Devletler Ligi’nde insan haklarının korunması henüz embriyoner safhadadır.*” Anayurt, “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, s.191-192.

¹⁶³ “Kahire Bildirisi” olarak da anılan 05.09.1990 tarihinde, bir başlangıç ve yirmi beş maddeden müteşekkil olarak kabul edilen İslam İnsan Hakları Bildirisi hakkında kısa değerlendirme için bkz. Anayurt, “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, s.184-185.

¹⁶⁴ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.517 vd.; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.153-155.

¹⁶⁵ “Asya bölgesi ise coğrafi alan olarak dünyanın yedi kıtasının en büyüğüdür ve sosyal, siyasal, hukuksal, kültürel, ideolojik, ekonomik anlayış ve sistem vb. açılardan çok çeşitlilik arz etmektedir. Çok sayıda din, dil, etnik köken farklılıkları bölgenin temel karakteristiğidir. (...)”

Bu veriler ışığında Asya’yı, örneğin Avrupa’da, Amerika’da ve hatta Afrika’da olduğu gibi, belli bir homojen alt dokuya sahip yekpare bir bölge, dolayısıyla yekpare bir kültür çevresi, tarihsel kimlik, ortak sosyo-ekonomik hedefler alanı, eşit ya da birbirine yaklaşık kalkınmışlık düzeyine sahip devletler ve topluluklar sahası, siyasal kurumlar platformu olarak görmek ne olanaklıdır ne de doğrudur. (...)”

Anlaşılmaktadır ki, Asya ve Pasifik bölgeleri, insan haklarının tanınması ve korunmasına ilişkin olarak bölge devletlerinin tümünün benimseyebileceği bir bölgesel insan hakları sözleşmesi biçimlendirilmesi ve

ya da Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun çalışmalarına rağmen, sözleşmesel bir neticeye ulaşamamıştır.

Son olarak, Avrupa Birliği müktesebatı içerisinde AB Anayasasının, 2000'li yılların başında birlik üyesi ülkeler tarafından kabul edileceği düşünülmüş, ancak İspanya, Almanya, İtalya, Belçika, Avusturya gibi Anayasayı onaylamayı başarıyla tamamlayan ülkelere karşın Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumların olumsuz sonuçlanması dolayısıyla söz konusu Birlik Anayasası Projesi ertelenmek durumunda kalmıştır. Yakın zamanda ise, 23 Haziran 2016 tarihinde yapılan halkoylaması neticesinde, İngiltere'nin birlikten ayrılık kararı almasıyla ortak bir AB Anayasası fikri belki de tamamen gündemden düşmüş bulunmaktadır. İşte bu anayasaya entegre edilerek bağlayıcı niteliğe kavuşturulması amaçlanan, AB Bakanlar Konseyi tarafından hazırlanıp 14 Aralık 2000 tarihinde ilan edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da yukarıda bahsedilen belgeler gibi, hala bildiri niteliğinden sıyrılıp bağlayıcılık kazanamamıştır¹⁶⁶.

2.1.1.2. Çocuk Hakları Bildirisi ile Çocuk Hakları Sözleşmesi

Aslında, burada inceleme konusu yaptığımız uluslararası belgelere, insanoğlunun geleceği, tüm sermayesi ve semeresi olan çocuklara her şeyin en iyisini vermekle mükellef olduğu gerçeğini hatırlatan BM Genel Kurulunca 20 Kasım 1959 tarihinde ilan edilen Çocuk Hakları Bildirisi'ndeki¹⁶⁷ şu satırlarla başlamak yerinde olacaktır:

Genel Kurul, Çocuğun mutlu bir çocukluk geçirebilmesi ve hem kendisinin hem de toplumun iyiliği için burada düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilmesi

bununla öngörülen insan hakları organlarıyla sözleşme standartlarının uygulamaya geçirilmesi ve denetiminin sağlanması açılarından peşinen güçlük taşıyan özelliklere sahiptir.

Bir kez, Avrupa'da olduğu gibi bir Avrupa Konseyi, Amerika'da görüldüğü gibi bir Amerikan Devletleri Örgütü ya da Afrika'da karşımıza çıktığı üzere bir Afrika Birliği şeklinde, bölgesel insan hakları sözleşmesini üretecek nitelikte olan ve bölge bakımından genel yetkiye sahip bulunan bir örgüte ne Asya'da ne de Pasifik bölgesinde rastlanabilmektedir. (...)

Bölge geneli için geçerli bir başka ortak saptama ise, bölgedeki devletlerin çoğunluğunun uluslararası düzlemde yapılaştırılan temel insan hakları belgelerine taraf olmada oldukça ve belirgin biçimde isteksiz olmalarıdır. Böylelikle, insan hakları alanında, bölge devletlerinin paylaştıkları ortak standartlar kümesi küçüldüğü gibi, yukarıda değinilen hak ihlalleri pratiklerine karşı ulusüstü düzlemde denetimin sağlanması ve bu alışkanlığın edinilmesi de olanaksızlaşmaktadır." Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C.2, s.523-524.

¹⁶⁶ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı bakımından daha geniş bilgi için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.133-138.

¹⁶⁷ Bildiri'nin tam metni için bkz. Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler**, C.II, s.577-582.

amacıyla işbu Çocuk Hakları Bildirisini, ilan eder ve ebeveynleri, bireyler olarak erkekleri ve kadınları, ve gönüllü kuruluşları, yerel makamları ve Ulusal Hükümetleri bu hakları tanımaya ve aşağıdaki ilkelere uygun olarak yasal ve diğer önlemleri aşamalı biçimde almak suretiyle bu haklara riayet edilmesi çabasını göstermeye çağırır.

Bu noktada çalışma konumuzla da ilişkili olması bakımından, *çocuğun, her biçimiyle zalimliğe/zalimane muameleye karşı korunacağından* bahseden Bildiri'nin 9. ilkesinin ilk fıkrasına¹⁶⁸ değinmekte de fayda vardır.

Öte yandan, 20 Kasım 1989 tarihli BM Genel Kurulu kararıyla kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)¹⁶⁹ de *Birleşmiş Milletler Şartında ilan edilen ilkeler uyarınca insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip olduğu insan onuru ve eşit ve devredilmez haklarını tanımanın, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu değerlendirmesini yaparak*, konumuz bağlamında Madde 37'nin (a) bendinde, Taraf Devletlerin, *hiçbir çocuğun, işkence ya da diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacağı* hakkını, güvence altına alacağını düzenlemiştir¹⁷⁰. Buna ek olarak Sözleşme, Madde 2'deki kapsamlı düzenlemesiyle de Taraf Devletlere, düzenlediği haklara saygı gösterme ve bu hakları korumaya matuf bütün yasal önlemleri alma sorumluluğunu yüklemiştir¹⁷¹.

2.1.1.3. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Eziyet ibaresi, 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilerek ilan olunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesinde¹⁷² direkt olarak ifade edilmemiş olmasına karşın, maddenin içeriğinde “*Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce,*

¹⁶⁸ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II*, s.581.

¹⁶⁹ Sözleşme'nin tam metni için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II*, s.593-627.

¹⁷⁰ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II*, s.594 ve 614.

¹⁷¹ **ÇHS m.2- “1.** Taraf Devletler, çocuğun ya da anne-babasının yahut kanuni vasisinin ırkı, rengi, cinsiyeti, dili, dini, siyasal yahut diğer görüşü, ulusal, etnik ya da sosyal kökeni, mülkiyeti, engellilik durumu, doğumu yahut başkaca statüleri her ne olursa olsun hiçbir ayrımcılığa (“*discrimination*”) tabi tutulmaksızın, kendi yargı yetki alanında bulunan her bir çocuğun bu Sözleşmede düzenlenen haklarına saygı gösterecek ve bu hakları güvence altına alacaklardır.

2. Taraf Devletler, çocuğun anne-babasının, kanuni vasislerinin yahut aile üyelerinin statüleri, faaliyetleri, ifade ettikleri görüşleri ya da inançlarından ötürü, çocuğun her biçimdeki ayrımcılığa maruz bırakılmaktan yahut cezalandırılmaktan korunmasını temin edecek uygun bütün önlemleri alacaklardır.”

Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II*, s.598.

¹⁷² Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.636; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II*, s.7; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.4.

insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.” denilerek mana itibarıyla yerini almıştır. Burada dikkat çekilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir husus, zikredilen işkence ve diğer muamelelerin, uluslararası arenada ilk defa bu hükümle yasaklandığıdır¹⁷³.

2.1.1.4. Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi başta olmak üzere aşağıda kısmen inceleyecek olduğumuz belgelerde de yüceltilmiş olan hak ve ilkeler, *bütün insanların eşitliği, güvenliği, özgürlüğü, beden bütünlüğü ve onuru/(haysiyeti) bağlamındaki bu hakların ve ilkelerin, kadınlara evrensel ölçekte uygulanmasının acil bir gerek/(gereksinim) olduğunu kabul ederek*, BM Genel Kurulunca 20 Aralık 1993 tarihinde Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi (KKŞOKB)¹⁷⁴ ile bir kez daha ilan edilmiştir.

Dahası, konumuzla doğrudan alakalı olması bakımından *İşkenceye ya da diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz bırakılmama hakkı*, Bildiri’nin 3. maddesinin (h) bendinde doğrudan zikredilerek kadınların sahip olduğu hakların kapsamı dahilinde yer aldığı ifade edilmiştir¹⁷⁵.

2.1.1.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹⁷⁶

Avrupa Konseyi üyesi hükümetlerin, 4 Kasım 1950 tarihinde, Roma’da, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi yoluyla oluşturulacak sıkı birliktelik neticesinde dünyada barış ve adaletin tesis edilebileceği yönünde vardıkları

¹⁷³ Algan, a.g.e., s.5.

¹⁷⁴ Bildiri’nin tam metni için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.477-487.

¹⁷⁵ **KKŞOKB m.3-** “Kadınlar, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ya da herhangi bir başka alandaki tüm insan haklarından ve temel özgürlüklerden eşit şekilde yararlanma ve eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Bu haklar, diğerlerinin yanı sıra, aşağıdakileri de kapsar: (a) Yaşam hakkı; (b) Eşitliğe hak; (c) Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı; (d) Yasa/(hukuk) tarafından eşit olarak korunma hakkı; (e) Her türlü ayrımcılıktan masun/(azade) olma/(ayrımcılığa karşı korunma) hakkı; (f) Ulaşılabilir en yüksek düzeyde bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkı; (g) Adil ve elverişli çalışma koşullarına hak; (h) İşkenceye ya da diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz bırakılmama hakkı.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.482.

¹⁷⁶ Sözleşme’nin başlıca özellikleri ve konu, kişi, yer ve zaman bakımından uygulama alanı hususunda bilgi sahibi olmak için bkz. Tezcan ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s.68 vd.

anlaşmadan ortaya, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) çıkmıştır. Öncelikle bu Sözleşme, her şeyin üzerinde tuttuğu *insan haklarına saygı yükümlülüğünü* daha ilk maddesinden¹⁷⁷ taraf devletlere yüklemektedir¹⁷⁸.

Sözleşme öte yandan, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğüne dayalı ortak bir anlayış ve mirastan hareketle bağlayıcı bir denetim mekanizması ortaya koymuştur. Böylelikle bireye sağlanan güvenceleri yaptırımlara tabi tutmasından dolayı, bireyleri, uluslararası hukukun birer süjesi haline getirmiştir¹⁷⁹. Ki, bu da sözleşmenin önemini asıl ortaya koyan özelliğini teşkil eder¹⁸⁰. Bu özelliğin gücüne güç katan kısmı ise, Sözleşme'nin bölgesel düzlemde şüphesiz olarak en etkili işleyen koruma sistemini getirmiş olmasıdır¹⁸¹.

Sözleşme, esas mevzumuzla alakalı kısmında, *işkence yasağı* kenar başlığı ile 3. maddesinde “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya*

¹⁷⁷ **AİHS m.1-** “Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.” Abdulkakimoğulları, a.g.e., s.602; “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu Sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.7; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.207.

¹⁷⁸ Naz Çavuşoğlu, “Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Denetim Sistemi”, Oktay Uygun (Ed.), **İnsan Hakları, içinde** (456-477), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.456; Aisling Reidy, **The Prohibition of Torture – A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights**, Almanya: Avrupa Konseyi, Human rights handbooks, No.6, 2003, s.5, <http://www.refworld.org/docid/49f1829b2.html> (30.04.2017).

¹⁷⁹ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.159; Tezcan ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s.68; “Sözleşme, bireye, haklarını çiğneyen devlete karşı İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilme yolunu açmıştır. İç hukuk açısından, devletin, insan haklarını çiğnemesinden dolayı davalı olarak mahkeme önüne çıkarılması, hukukun üstünlüğü ilkesinin egemen olduğu demokratik ülkelerde yadırganan bir durum değildir. Buna mukabil insan haklarının çiğnenmesinden dolayı devletin uluslararası yargının önüne çıkarılması, uluslararası adaletin, ulusal adalete benzetilmesi ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile gerçekleştirilmiştir. Böylece birey, uluslararası hukukta da hak sahibi durumuna gelmiş, uluslararası hukukun süjesi olmuştur.” Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.13-14.

¹⁸⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.11.

¹⁸¹ Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, s.423; Çavuşoğlu, a.g.e., s.457; “Bölgesel düzeyde konuya yaklaşıldığında, işkenceye karşı en etkin korumayı sağlayan belgenin, özellikle işkenceyi önlemeye yönelik bir belge olmamakla birlikte, öngördüğü yargı ve yaptırım mekanizması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olduğu söylenebilir.” Algan, a.g.e., s.8 ile 21 vd.

cezaya tabi tutulamaz.” demek suretiyle kesin ifadelerle eziyeti muhtevasında barındırmakla birlikte, bireyi mutlak bir koruma altına almıştır¹⁸².

Maddeye ilk bakıldığında kolayca fark edilebileceği üzere, diğer uluslararası metinlerin neredeyse tamamında yer verilen “zalimane” (cruel) ibaresi, sebebi belirtilmeksizin ilginç bir şekilde 3. madde düzenlemesinde tercih edilmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu kavramların soyut bir şekilde sayılmasıyla yetinilmiş; içeriklerinin tespiti ya da diğer bir ifadeyle tanımlamaları AİHM içtihatlarına bırakılmıştır¹⁸³.

Üçüncü madde düzenlemesi, Sözleşme’nin en kısa hükümlerinden biridir. Ancak söz konusu kısıklık, maddenin, muhteviyatında barındırdığı derinliği hiçbir şekilde etkileyemez¹⁸⁴. Zira, bu yasak için, *Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma* kenar başlıklı Sözleşme’nin 15. maddesinin¹⁸⁵, zaruret hali dahil hiçbir istisnayı kabul etmediğini, yani söz konusu yasağın hiçbir koşulda uygulama dışı bırakılamayacağını ifade etmek gerekir¹⁸⁶. Bu da işkence veya benzeri kötü muameleye tâbi olmamayı sert

¹⁸² Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.602; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.8; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.208; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.85.

¹⁸³ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.169.

¹⁸⁴ Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, **Fasikül CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Y.7, S.65, (2015), 14-26, s.19; Reidy, a.g.e., s.8.

¹⁸⁵ **AİHS m.15-** “1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.” Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.606; küçük çeviri farkları için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.14; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.209.

¹⁸⁶ Nuhoğlu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.529; Hakların sınırlandırılması hususunu biraz daha açacak olursak: “AİHS’te haklar ve özgürlüklerin bir bölümü mutlak nitelikte iken (örneğin, işkence yasağı gibi) diğer bir bölümü ise sınırlamalara tabidir. (...) AİHS’te genel bir sınırlama hükmü yoktur; “sınırlandırılabilir” kabul edilen haklar için bir dizi ölçüt sıralanarak sınırlamaların mümkün olabileceği gösterilmiştir. Sınırlama ölçütleri şunlardır:

“Kamu düzeni”, (m.6/1; 9/2); “kamu güvenliği”, (m.8/2; 9/2; 10/2; 11/2); “ulusal güvenlik”, (m.6/1; 8/2; 10/2; 11/2); “ülke bütünlüğü”, (m.10/2); “sağlığın korunması”, (m.8/2; 9/2; 10/2; 11/2); “ahlakın korunması” ya da “ahlakın gereği”, (m.6/1; 8/2; 9/2; 10/2; 11/2); “özel yaşamın korunması”, (m.6/1); “çocukların/gençlerin menfaatleri/yararı”, (m.6/1); “adaletin yararı”, (m.6/1); “yargının yetke ve yansızlığının korunması”, (m.10/2); “başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması”, (m.8/2; 9/2; 11/2); “başkalarının şöhretinin korunması”, (m.10/2); “suçun önlenmesi”, (m.8/2; 10/2; 11/2); “düzensizliğin önlenmesi”, (m.8/2; 10/2; 11/2); “gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi”, (m.10/2).

çekirdekli¹⁸⁷, mutlak¹⁸⁸, dokunulmaz bir hak niteliğine büründürür¹⁸⁹. Madde 3'ün kapsamının mutlaklığı, *İrlanda v. Birleşik Krallık* davasına da şu şekilde yansımıştır¹⁹⁰:

Sözleşme, işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaları, mağdurun davranışından bağımsız olarak, mutlak surette yasaklar. Sözleşme'nin ve 1 ve 4 No.'lu Protokollerin (P1, P4) ağırlıklı maddelerinin çoğunun aksine, 3. Madde (madde 3) istisnalara yer vermediği gibi, 15. Madde 2. fıkra (madde 15-2) hükmü uyarınca, toplum yaşamını tehdit eden genel bir tehlike halinde bile, bu yasaktan vazgeçilmesi söz konusu olamaz.

Ayrıca Sözleşme'nin 19. maddesiyle "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*" teşekkül ettirilmiş ve Mahkeme'ye, Taraf Devletler'in verdikleri taahhütlere uymalarını sağlama misyonu yüklenmiştir¹⁹¹.

Yukarıda dökümü çıkartılan ölçütlere dayalı olarak getirilebilecek "*sınırlamanın tekliği ve koşulları*" bağlamında ise, "yasaya uygun olarak/yasayla öngörüldüğü gibi" (m.8/2; 9/2; 10/2; 11/2) ve "mahkemenin görüşü uyarınca" (m.6/1) şeklinde ifade edilen ölçütlere yer verilmiştir.

Nihayet, sınırlamanın sınırı ölçütü olarak da, "demokratik toplum gereklerine uygunluk" kıstas alınmıştır, (m.6/1; 8/2; 9/2; 10/2 ve 11/2)." Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.21-22.

¹⁸⁷ AİHS'in yanı sıra Anayasa m.15 ve 17 düzenlemelerinden hareketle *kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkı* ile *insan onuruna saygı ilkesinin* ölçü alındığını ve söz konusu düzenlemelerin bu kapsamdaki sert çekirdeği oluşturduğunu ifade edebiliriz. Bakım, a.g.e., s.22.

¹⁸⁸ "İşkence yasağının mutlak niteliği, işkenceyi meşru kılacak hiçbir haklı nedenin kabul edilmemesi anlamına gelir.", Ayrıca AİHS m.15 düzenlemesi, "(...) işkence yasağının mutlak olarak devam edeceği, devletlerin işkenceyi önleme yükümlülüklerini bir kenara bırakabilecekleri veya sınırlandırabilecekleri hiçbir istisnai durumun söz konusu olmadığını ortaya koymuştur." Doğan ve Kaya, a.g.e., s.10 ve 12.

¹⁸⁹ İşkence ve kötü muamele yasağının hukuki niteliği noktasında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, a.g.e., s.133-135; Çiftçioglu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı", s.20; Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.198; Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, s.137 vd., ayrıca aynı eserde "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesi Hükmü ve Değerlendirmesi" için bkz. s.507 vd.; "Üstelik Sözleşmenin tek mutlak nitelik taşıyan hakkı olup hangi dönem ve durum olursa olsun herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. (...) İnsan onurunun korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin varlık nedenini oluşturmaktadır. İşkence de doğrudan insan onurunu hedef alıcı eylemler olarak değerlendirildiğinden, buna maruz kalmama hakkı Sözleşme ile mutlak koruma altına alınmış olup devlete ölçülülük gibi bir test imkanı ya da takdir marjı tanınmamıştır. Esasen bu mutlak koruma uluslararası toplumun en temel normlarından birisini oluşturmaktadır. Bugün uluslararası hukuk bakımından işkence nerede ve hangi zaman ve hangi meşru gerekçe altında olursa olsun mutlak biçimde yasaklanmıştır." Anayurt, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", s.443; Hakkın dokunulmazlığı/mutlaklığı noktasında bazı örneklerle ayrıca bir değerlendirme için bkz. Ömer Anayurt, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde** (213-281), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, 2009, s.214-217.

¹⁹⁰ Dutertre, a.g.e., s.57; **İrlanda v. Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, T.18.1.1978, p.163**; <http://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2017).

¹⁹¹ **AİHS m.19-** "Bu Sözleşme ve protokoller gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle "Mahkeme" olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar." Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.607; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.15; AİHS, ilk halinde Avrupa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonundan oluşan ikili bir denetim sistemi kurmuştu. 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11. Protokolle, daimi Mahkeme, eski Mahkeme ve Komisyonun yerini almıştır. Yokuş Sevik, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının

AİHM, üstlendiği bu misyonu ifa ederken, verdiği kararları, genel itibarıyla sözleşmenin bütünlüğü, özerk ve dinamik yorum ile orantılılık ilkeleri ve demokratik toplumun gerekleri çerçevesinde ele alır¹⁹². Nitekim, soyut nitelik taşıyan normların somut olaylara uygulanması, kapsam ve içeriğinin belirlenmesi bakımından kuralların yorumlanmasını zorunlu kılar. Mahkeme de bu noktada, uluslararası hukukun yorum konusundaki yol gösterici kurallarını (m.31-33)¹⁹³ ihtiva eden 22 Mayıs 1969 tarihli

Değerlendirilmesi”, s.8; Reidy, a.g.e., s.6; Mahkeme’nin, Kabul Edilmezlik Kararı Vermek, Başvurunun Kayıttan Düşürülmesine Karar Vermek, Bireysel Başvuru ve Devlet Başvurularını Çözümlemek gibi Görevleri’ne yönelik detaylı bilgi için bkz. Tezcan ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s.157-168.

¹⁹² Kapsamlı inceleme için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.139-154; İlyas Doğan, “Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (247-270), Ankara: Astana Yayınları, 2015, s.392 vd.

¹⁹³ **22 Mayıs 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi- “Madde 31- Genel yorum kuralı**

1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

a- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;

b- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

a- Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

b- Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.”

“Madde 32- Tamamlayıcı yorum araçları

31. maddenin uygulanmasından hasil olan manayı teyid etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum,

a- manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa,

b- çok açık bir şekilde saçma olan veya makûl olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.”

“Madde 33- İki veya daha fazla dilde tevsik edilmiş olan andlaşmaların yorumu

1. Bir andlaşma iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği zaman, görüş ayrılığı halinde, belirli bir metnin üstün tutulacağını metnin kendisi öngörmedikçe veya taraflar öyle kararlaştırmadıkça, her bir dildeki metin aynı şekilde geçerlidir.

2. Metnin tevsik edildiği dillerden gayri bir dildeki bir andlaşma sureti, ancak andlaşmanın öngörmesi veya tarafların kabul etmesi halinde geçerli bir metin telakki edilir.

3. Andlaşma hükümlerinin her bir geçerli metinde aynı manayı taşıdığı farz edilir.

4. Birinci paragrafta göre, belirli bir metnin üstün tutulduğu durumlar saklı kalmak üzere, geçerli metinler arasında yapılan bir karşılaştırma, 31. ve 32. maddelerin uygulanmasının ortadan kaldırmadığı bir mana farkı ortaya koyarsa, andlaşmanın konu ve amacı göz önünde tutulduğunda metni en iyi uzlaştıran mana benimsenecektir.” Sözleşmenin tam metni için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, (24.03.2017); ayrıca söz konusu maddeler endeksinde “Andlaşmaların Yorumlanması” için bkz. Yusuf Aksar, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s.146-150; benzer şekilde bkz. Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s.91 vd.

Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi¹⁹⁴ hükümlerinden istifade ettiğini açıkça belirtmiştir¹⁹⁵.

Öte yandan, Mahkeme özellikle m.3 endeksinde tanımlarına yer verilmeyen işkence ve insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele bakımından tedrici bir değerlendirme yapmakta, ayrıca bir tanım yapma gayreti içerisine girmemektedir¹⁹⁶. Ancak yine de Mahkeme'nin bahsini ettiğimiz derecelendirmeyi yaparken, BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1975 tarihinde kabul ettiği 3452 sayılı Kararı¹⁹⁷ ile 26 Haziran 1987 tarihli BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nde yer alan işkence tanımlarını özellikle baz aldığı söylenmelidir¹⁹⁸. Buna göre, gerçekleştirilen muamelenin üçüncü maddenin içeriğine dahil olması için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması, en azından şiddete başvurulmuş olması gerekmektedir¹⁹⁹. Ancak üçüncü maddenin içeriğinde böyle bir koşulun doğrudan zikredilmediğini ve asgari ağırlık eşiğine ilişkin mevcut durumun Sözleşme organlarının istikrar kazanmış içtihatlarıyla oluştuğunu eklemeliyiz²⁰⁰. Ayrıca gerek asgari düzeydeki şiddetin gerekse işkenceye götürecek olan ciddi acı ve ıstırapı meydana getirecek olan şiddetin, Mahkeme'nin de tam olarak yaptığı üzere, her somut olayda göreceli bir şekilde

¹⁹⁴ “Andlaşmalar hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kaynakları, uluslararası örf-adet hukuku kuralları ile andlaşmalar çerçevesinde düzenlenmiştir. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (*the Vienna Convention on the Law of Treaties*), mevcut örf-adet kurallarını yazılı hale getirmiş, ayrıca, andlaşmalar hukukunun gelişimine katkıda bulunacak yeni düzenlemelere de yer vermiştir.” Aksar, a.g.e., s.104.

¹⁹⁵ **Golder v. Birleşik Krallık, B. No: 4451/70, T.21.2.1975, p.29 vd.; Ludiche, Belkacem ve Koç v. Almanya, B. No: 6210/73; 6877/75; 7132/75; T.28.11.1978, p.39;** “Anılan Sözleşme’ye göre antlaşmalar “iyi niyetle, antlaşmada yer alan terimler olağan anlamlarında ele alınmak suretiyle ve antlaşmanın konu ve amacı da göz önünde tutularak” yorumlanacaktır.” Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.139.

¹⁹⁶ Madde 3 yasağının üç geniş alanı, (birbirinden) ayırıcı fakat (birbiriyle) bağlantılı tasvir edilmiştir. Öte yandan, Madde 3 işkence, insanlık dışı, aşağılayıcı, davranış ve ceza olmak üzere beş parçaya da bölünebilir. Reidy, a.g.e., s.11.

¹⁹⁷ Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi.

¹⁹⁸ Dutertre, a.g.e., s.66 vd.; Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.12; Reidy, a.g.e., s.11-12.

¹⁹⁹ Reidy, a.g.e., s.10; Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, s.143 vd.; Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.10; Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.87;

AİHM, 25 Mart 1992 tarihli B. v. Fransa kararı, 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda v. Birleşik Krallık Kararı ile 25 Nisan 1978 tarihli Tyrer v. Birleşik Krallık kararlarında, değinmeye çalıştığımız hususun göreceliliğini özetler mahiyette şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “Söz konusu muamelenin 3. Madde’nin ihlali anlamına gelmesi için, asgari derecede şiddet içermesi gerekir. Bu asgari derecenin değerlendirilmesi de esas olarak görecelidir; bu değerlendirme davanın tüm koşullarına, özellikle de nitelik ve içeriğine, muamelenin süresine, fiziksel veya ruhsal etkilerine ve bazen de mağdurun cinsiyet, yaş ve genel sağlık durumuna bağlıdır.” Dutertre, a.g.e., s.63.

²⁰⁰ Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, s.219; Reidy, a.g.e., s.10.

ele alınacağı gözden kaçırılmamalıdır²⁰¹. Tabii olarak bu göreceliliği esas itibarıyla dikkate alacak ve kademeli şekilde değerlendirmeyi yapacak olan kişi hâkim olacaktır²⁰².

Kısacası, değerlendirilecek her üç fiilin de içeriğinde maddi ve manevi acı barındırdığı kuşkusuzdur. Aralarındaki farkın tespiti noktasında Mahkeme'nin dikkate aldığı en temel ölçütün, şiddet farkı olduğu belirtilebilir²⁰³. Tam da bu noktada, tedrici denilen kısım, ortaya konan şiddetin yoğunluğuna göre aşağılayıcı muameleden başlayıp en ağır işkenceye kadar uzanan basamakları ifade eder²⁰⁴. Bahsi geçen derecelendirmeyi, insan onuru ile bağdaşmayan, insanlık dışı muamele ile işkence arasındaki derece, ağırlık ve yoğunluk farkının tespiti olarak ifade etmek de mümkündür²⁰⁵. Bu bağlamda, diğer muamelelere nazaran en barbar ve zalimane niteliğe sahip olması dolayısıyla işkencenin diğer muameleleri de toparlayıcı kapsamda bir “*jenerik (genel) kavram*” olarak görüldüğünü de ekleyebiliriz²⁰⁶.

Bahsini ettiğimiz derecelendirmeye ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin de oldukça önemli kararları olduğunu belirtmek gerekir²⁰⁷. Anayasa m.17/3 çerçevesinde AYM'nin, bu başlık altında incelediğimiz gibi AİHM'in yaptıklarına benzeyen değerlendirmelerine,

²⁰¹ Bakım, a.g.e., s.124; Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.534; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.11; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.87.

²⁰² Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.172.

²⁰³ Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, s.432; İlyas Doğan ve Gülten Çamurcuoğlu, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (451-474), Ankara: Astana Yayınları, 2015, s.451-452.

²⁰⁴ Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, s.226-235; Dutertre, a.g.e., s.65; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.87 ve 96; “Sözleşme organlarına göre, eğer bir ceza ve muamele mağdurda korku, acizlik veya değersizlik duygusu uyandırıyor, onun onurunu zedeleyici ve küçük düşürücü nitelik taşıyorsa “alçaltıcı”; bedensel veya ruhsal yönden şiddetli acı meydana getiriyorsa “insanlık dışı” sayılır. Buna karşılık “işkence” her ikisinin nitelikli ve daha ağır biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, alçaltıcı ceza ve muamele, AİHS m.3'e yönelik en hafif; işkence ise en ağır ihlal durumunu oluşturmaktadır.” Tezcan ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.248.

²⁰⁵ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.53-57; Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, s.147; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.10; Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.198 vd.; Reidy, a.g.e., s.12.

²⁰⁶ “*une notion générique*” Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, s.423; Anayurt, “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, s.181.

²⁰⁷ Örnek kabilinden bkz. **AYM, Hamdiye Aslan Kararı, T.4.11.2015, B. No:2013/2015, §80-88; AYM, Tahir Canan Kararı, T.18.9.2013, B. No:2012/969, §22-24; AYM, Cezmi Demir ve diğerleri Kararı, T.17.07.2004, B. No:2013/293, §83-90.**

aşağıda ayrıca yer verdiğimiz için, tekrara düşmemek adına burada değinmekle yetiniyoruz²⁰⁸.

Mahkeme, özellikle *diğer tüm hakların kullanımı ve varlığı kendisine bağlı olan* yaşam hakkına yönelik ihlallerle ilgili işkence ve diğer muamelelere ilişkin önüne gelen olaylarda, esas olarak kişilerin onuru ve vücut bütünlüğünü koruma temel amacıyla istikrarlı ve tekrar eder bir şekilde sıralama yapar²⁰⁹. Buradan hareketle de ilgili devletin, yürürlükteki adli sisteminin bir bütün olarak bu ihlallere karşı caydırıcı bir etkiye sahip olup olmadığını ve dahası bu cihette Sözleşme'nin 6. maddesinde²¹⁰ düzenlenen “Adil

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2.1.1.12.2. Anayasa Mahkemesinin Meseleyi Ele Alışı.

²⁰⁹ Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Yaşama Hakkı”, **TBB**, S.103, (2012), 137-168, s.137-138; Reidy, a.g.e., s.19; bu minvalde Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararına yansıdığı üzere, “42. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermemesi, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (B. No:2012/752, 12/9/2013, §50-51).

43. Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasanın 17. maddesi, devlete, elindeki tüm imkanları kullanarak, yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için yeterli yasal ve idari bir çerçeve oluşturma ve oluşturulan bu çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir (B. No:2012/752, 17/9/2013, §52).

44. Kamu görevlilerinin güç kullanması sonucu gerçekleştiği iddia edilen ölüm olaylarının da şüphesiz devletin sahip olduğu “hiçbir bireyin yaşamına son vermemesi” negatif yükümlülüğü kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük hem kasıtlı bir biçimde öldürmeyi hem de kasıt olmaksızın ölümle sonuçlanan güç kullanımını içermektedir (Benzer yöndeki AIHM kararı için bkz. McCann/Birleşik Krallık, B. No:18984/91, BD, 27/9/1995, §148).” **AYM, Cemil Danışman Kararı, T.16.07.2014, B. No:2013/6319**, §42-44, <http://www.anayasa.gov.tr> (29.03.2017).

²¹⁰ **AIHS m.6-** “1. Herkes, davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya hatta aleniyet adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

Yargılanma Hakkı” çerçevesinde etkin bir rol üstlenip üstlenmediğini irdeler²¹¹. Bu bağlamda, *Zülfü Akkum ve diğerleri v. Türkiye* kararından hareketle doktrinde de ifade edildiği üzere²¹²:

AIHM, devletin denetleyebildiği alanlarda yaşanan ölüm veya yaralanma olaylarında etkin bir soruşturma yapılmamasını devletin bu tür olayları zımnen görmezden geldiğine yormaktadır. Mahkeme, sağlıklarından devletin sorumlu olduğu gözaltında tutulan kişilerin durumları ile devlet makamlarının denetim tekelindeki bölgelerde yaralı veya ölü bulunan kişilerin durumları arasında bir paralellik kurmaktadır. Böyle bir paralellik, her iki durumun tamamının veya büyük bir kısmının, makamların bilgisi tekelinde olduğu açık gerekçesine dayanmaktadır. İlgili hükümet, “*bu tür davalarda, (...) tekelinde bulunan kritik belgeleri sunmadığı*” veya “*olayların kesin olarak belirlenmesini engellediği durumlarda, ya belgelerin neden başvuru sahiplerinin iddialarını doğrulamada yardımcı olmadığını ispatlamalı ya da söz konusu olayların nasıl meydana geldiğine dair tatmin edici ve inandırıcı bir açıklama*” getirmelidir. Aksi takdirde, Sözleşme’nin 2. ve/veya 3. maddesi kapsamında bir sorundan söz etmek gerekecektir.

Mahkeme’nin yapmış olduğu bu irdelemelerin ışığında, ülkemizin özellikle işkence konusundaki kötü sicilinden hareketle, bu tür iddialara karşı etkin bir soruşturma gerçekleştirilmediği gerekçesiyle işkence faillerinin neredeyse mutlak bir dokunulmazlığa büründüğü söylenmektedir²¹³.

Bu bağlamda, iç hukuk yollarının yeterli ulaşılabilirlik ve etkililiğe sahip olması gereği ortadadır. Aslında “*etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı*”nı tanzim eden Sözleşme’nin 13. maddesinin²¹⁴ bu sebeple düzenlendiği bile söylenebilir. Ayrıca AIHS

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.” Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.604; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.10-11; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.208.

²¹¹ Adil Yargılanma Hakkı’nın kapsamlı incelemesi için bkz. Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, s.215-268; Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.111; Her ne kadar 20 Mart 2001 tarihli Telfner v. Avusturya kararı doğrudan işkence ya da diğer kötü muamelelere yönelik bir karar değilse de içeriğinde yer verilen şu ifadelerle adil yargılanma hakkına yönelik mühim bir hususun altını çizer: “Mahkeme, genel kural olarak, sunulan ve toplanan delilleri değerlendirmenin ulusal mahkemelerin işi olduğunu, Mahkeme’nin görevinin ise yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını saptamak olduğunu hatırlatır. Bu görev, ceza davalarında masumiyet karinesine uyulmasını da içerir.” Dutertre, a.g.e., s.256.

²¹² Doğan ve Çamurcuoğlu, a.g.e., s.465-466.

²¹³ Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.113.

²¹⁴ **AIHS m.13-** “Bu Sözleşme’de düzenlenen hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlalleri gerçekleştiren kişilerin her ne resmi sıfatı haiz oldukları dikkate alınmaksızın, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahiptir.” Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.606; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.13.

m.35/1²¹⁵, kabul edilebilirlik koşulu olarak²¹⁶, bir yandan başvurayı iç hukuk yollarını tüketmeye zorlarken, diğer yandan taraf devleti ulaşılabilir ve etkili yollar kurmaya itmektedir²¹⁷.

Mahkeme'ye göre, burada *ispat yükü* kural olarak Savunmacı Devlet'e aittir²¹⁸. Ancak iç hukuk yollarının tüketilemeyeceği veya bunun amaca uygun düşmeyeceği durumlarda söz konusu kurala başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. İç hukuk yolunun etkisiz olması, açık bir ulusal yasa hükmünün bulunmaması, yerleşmiş bir yargı içtihadının bulunmaması, Sözleşme'ye aykırı yerleşmiş yönetsel uygulamalar, davanın sürüncemede

²¹⁵ **AİHS m.35/1-** “Mahkeme, bir meseleyi ancak, uluslararası hukukun genel olarak tanınan kuralları uyarınca bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra ve kesin/(nihai) kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içinde başvuru yapılmış olduğunda ele alabilir.” Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.610; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.19.

²¹⁶ Özellikle AİHS m.35 bağlamındaki “Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Koşulları” endeksinde oldukça kapsamlı bir inceleme için bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s.594-622.

²¹⁷ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, s.596; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.14.

²¹⁸ Serkan Cengiz ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.34; “AİHM, AİHS'nin 35. maddesinin 1. paragrafının yalnızca işlenen ihlallere ilişkin müsait ve uygun başvuru yollarının tüketilmesini öngördüğünü hatırlatmaktadır. Bu başvuru yolları sadece teoride değil uygulamada da yeterli düzeyde emniyeti hasıl olmalıdır, aksi takdirde arzu edilen etkililik ve ulaşılabilirlikten uzak kalırlar; bütün bu şartların bir arada bulunduğunu gösterme yükümlülüğü Savunmacı Devlet'e düşmektedir (Vernillo-Fransa, 20 Şubat 1991 tarihli karar; Akdivar ve diğerleri-Türkiye, 16 Eylül 1996 tarihli karar; Dalida-Fransa, 19 Şubat 1998 tarihli karar) Ayrıca “genel olarak tanınan uluslararası hukuk ilkelerine göre” istisnai bazı koşullar, başvurayı, kendisine sunulan iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden muaf tutabilir (Henaf-Fransa, başvuru no: 65436/01). (...)

AİHM, bir kimsenin tamamıyla polis memurlarının denetimi altında gözaltında tutulduğu sırada meydana gelen her türlü yaralanmanın ciddi kuşkulara yol açtığını hatırlatır (Salman - Türkiye, no: 21986/93, prg. 100). Dolayısıyla bu yaraların nedeni hakkında makul bir izahatta bulunarak başvuranın iddialarına, hele ki bu iddialar tıbbi belgelerle desteklenmiş ise, şüphe düşüren delilleri sunma görevi Hükümete ait olmaktadır (bkz., diğerleri arasında, Selmouni - Fransa, no: 25803/94, prg. 87; Ayşe Tepe - Türkiye, no: 29422/95, prg. 35, 22 Temmuz 2003).

Mevcut davada AİHM başvuran tarafından yapılan suç duyurusunun sanık polisler aleyhinde olduğunu ve söz konusu sanıkların suçluluğu hakkında karar verme yetkisinin başta ceza mahkemeleri olmak üzere Türk mahkemelerine ait olduğunu gözlemlemektedir. İç hukuk düzeyinde başlatılan sürecin sonucu ne olursa olsun, polislerin suçlu ya da suçsuz bulunmuş olması Savunmacı Devletin AİHS'den doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (Selmouni, adigeçen, prg. 87). Bu itibarla AİHM başvuranın yaralarının nedeni hakkında mantıklı bir açıklama yapma görevinin Devlete ait olduğu hükmüne varmaktadır.” **Nurgül Doğan v. Türkiye, B. No: 72194/01, T.08.07.2008**, <http://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2017); “AİHM, AİHS'nin 35/1 maddesinde belirtilen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının başvuranları öncelikle iddia edilen ihlaller nedeniyle tazminat elde edilebilmesi amacıyla iç hukuk sisteminde normalde mevcut ve yeterli çareleri kullanmaya zorunlu kıldığını hatırlatır. Yolların mevcudiyeti teori ve pratikte yeterince açık olmalıdır; aksi takdirde bunlar zaruri erişilebilirlik ve etkililikten yoksun olacaktır (bkz. Chitayev and Chitayev – Rusya, no. 59334/00). AİHM ayrıca çarenin söz konusu zamanda teori ve pratikte etkili ve kullanılabilir olduğu; yani erişilebilir olduğu, başvuranın şikâyetleri bağlamında telafi sunduğu ve başarı konusunda makul ümit verdiği konusunda AİHM'yi ikna etmek sorumluluğunun bu iddiayı ortaya atan Hükümete ait olduğunu hatırlatır (bkz. Sejdivic – İtalya [BD], no. 56581/00).” **Demirbaş ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 50973/06, 8672/07 ve 8722/07, T.09.12.2008**, <http://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2017).

kalması ve kamu görevlilerince yapılan engellemeler iç hukuk yolunun tüketilmesini gerektirmeyen durumlar olarak karşımıza çıkabilir²¹⁹. Bu şartlar altında, ispat yükü başvurana aittir²²⁰. Buradan hareketle AİHM'in, oldukça liberal bir anlayış sergileyerek²²¹, ister Savunmacı Devlet'in ileri sürdüğü argümanları isterse mağdurun iddialarını olduğu gibi kabul etmediğini, her iki savın da doğruluğunu araştırdığını, ciddi şekilde sorguladığını hatırdan çıkarmamak gerekir²²².

Tam bu noktada, ispat yükü kadar hatırdan çıkarılmaması gereken diğer bir nokta, aranacak *ispat düzeyi*dir. Buna göre, ispat, sağlam, açık, her türlü şüpheden uzak ve kesin niteliğe sahip olmalıdır²²³. Bir AİHM kararıyla konuyu örneklendirmek gerekirse, söz konusu husus, 6 Nisan 2000 tarihli *Labita v. İtalya* kararında şöyle kaleme alınmıştır²²⁴:

Mahkeme, bir delilin değerlendirilmesinde “makul kuşkunun kalmaması” şeklindeki kanıtlama standardını kabul etmektedir; ancak Mahkeme böyle bir kanıtlamaya yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamalardan veya aynı biçimde çürütülememiş karinelere de varılabileceğini eklemektedir (bk. 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda – Birleşik Krallık kararı, Seri A, no. 25, s. 64-65, §161/sonu).

Ancak yine belirtmek gerekir ki, esas olan hak ve özgürlüklerin iç hukuk tarafından korunması olup uluslararası korumanın ikincil ve tamamlayıcı nitelikte olduğudur. Yani AİHS çerçevesinde Mahkeme'nin kesinlikle ikinci bir temyiz mercii olmadığına altı çizilmelidir. Nitekim, devletlerin egemenliğine ve yargı organlarının yetkisine saygı

²¹⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II*, s.599-601; Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.70-72.

²²⁰ Tezcan ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s.93.

²²¹ Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s.180.

²²² Burada esas olarak Mahkeme tarafından “Aranan cevap şudur: GERÇEK BİR BELGELENDİRME YAPILMIŞ MIDIR? YOKSA TARAFLARDAN BİRİ SENARYO MU OLUŞTURMAYA ÇALIŞMAKTADIR? KISACA OLAYIN GERÇEK FOTOĞRAFI ORTAYA KONMAYA ÇALIŞILIR. BU ÇABADA PROTOKOL İLKELERİNE UYGUN BELGELENDİRME HEM İŞKENCE İDDİASININ GÖZDEN KAÇMASINI ÖNLEMekte HEM DE KAMU GÖREVLİLERİNİN HAKSIZ İTHAMLARLA KARŞI KARŞIYA KALMASINI ENGELLEYEREK BİR NEVİ SİGORTA GÖREVİ GÖRMEKTEDİR.” İlyas Doğan ve Abdülkadir Akıl, “İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkencenin Soruşturulması”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde* (47-64), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2009, s.64.

²²³ Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s.179.

²²⁴ *Labita v. İtalya*, B. No: 26772/95, T.06.04.2000, p.121 <http://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2017); “The Court agrees with the Commission’s approach regarding the evidence on which to base the decision whether there has been violation of Article 3 (art. 3). To assess this evidence, the Court adopts the standard of proof “beyond reasonable doubt” but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. In this context, the conduct of the Parties when evidence is being obtained has to be taken into account.” *İrlanda v. Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, T.18.1.1978, p.161/son, <http://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2017).

ilkesinden doğan iç hukuk yollarını tüketmeden uluslararası bir kuruluşa başvuramama ilkesi, uluslararası hukukun temel kurallarından biridir²²⁵.

Meselenin ehemmiyetine binaen ispat yüküne ilişkin, Mahkeme'nin işkence iddialarının hakikatı yansıtip yansıtmaması bir yana, sırf bu savların yeterince soruşturulmamasını bile 3 ve 13. maddelere aykırı bulduğu *Aksoy v. Türkiye*²²⁶ kararından hareketle etkin soruşturma yürütülmesine ne denli önem verdiği anlaşılmaktadır²²⁷.

İşkence iddialarına yönelik yapılacak soruşturmaların etkili olmasından kasıt, sorumluların tespitini ve yaptıklarına mukabil ceza görmelerini sağlayacak nitelikte olmasıdır. Bu kapsamda Mahkeme'nin belirlediği asgari standartlar; soruşturmanın bağımsız, tarafsız ve aleni olması, ayrıca yetkili mercilerin titiz ve hızlı hareket etmeleri gerektiği şeklindedir²²⁸. Yeniden ifade edecek olursak, bahsini ettiğimiz gerekliliği yerine getirme ya da bu yönde aktif olarak alınması gereken önlemleri alma görevi, Sözleşme'ye Taraf Devlet'in sorumluluğundadır²²⁹.

²²⁵ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, s.596; Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.15 ve 63.

²²⁶ “Cumhuriyet savcısının şikayetçinin sakatlığını gördüğü halde hiçbir işlem yapmaması karşısında, şikayetçinin ulusal hukuk yolları vasıtasıyla bir sonuca ulaşamayacağı kanaatine varması kolayca anlaşılabilir. / Böylece Mahkeme, şikayetçinin iç hukuk yollarının tüketilmesi konusundaki yükümlülüğünün özel koşullar nedeniyle aranmayacağı sonucuna varmıştır.” Şeref Ünal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aksoy – Türkiye Davasına İlişkin 18 Aralık 1996 Tarihli Kararı”, **YD**, C.23, S.3, (1997), 372-384, s.377, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergi/69> (04.03.2017); Ayrıca söz konusu kararın kısa bir incelemesi için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.262-265.

²²⁷ Öte yandan, “Mahkemenin bu konuda geliştirdiği öyle bir standart vardır ki, devletlere işkence iddiaları karşısında etkili bir soruşturma yürütmek konusunda fazla bir seçenek bırakmamaktadır. O da, ispat yükü konusundaki hukuktaki “herkesin iddiasını ispatla yükümlü olduğu” ilkesini bir tarafa bırakarak, gözaltına alındığında sağlıklı olan bir kimsenin salıverilme anında yaralı olduğu saptanırsa, bu duruma mantıklı bir açıklama getirme yükünün devlete ait olduğu yönündeki içtihadıdır. Bir başka anlatımla, böyle bir kişinin yaralanmasının, devlete atfedilecek bir nedenden kaynaklanmadığının devlet tarafından ispat edilmesi gerekecektir.” Algan, a.g.e., s.23.

²²⁸ Yokuş Sevrük, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.17-18; **Mehmet Eren v. Türkiye, B. No: 32347/02, T.14.10.2008**, <http://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2017).

²²⁹ “Belirtelim ki burada önemli olan, Devletin bu pozitif yükümüne uymasıdır. Diğer bir deyişle, özgürlüklerin korunmasında aslolan, devlete yüklenen bu yükümün olumlu sonuç vermesi değildir. O halde devlet, araçları ve imkanları dahilinde elinden geleni yapmakla mükelleftir. Bunun sonucunda yine de olumsuz netice alınmış, yani devletin üzerine düşeni yapmasına rağmen bir ihlal önlenememişse, devleti sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Demek ki, devlete yüklenilen mükellefiyet, sonuç değil, araç ve imkan yükümlülüğüdür.” Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, s.142-143.

Toparlayacak olursak, buraya değin anlatılanlar, esas olarak negatif, pozitif ve usulî yükümlülükler şeklinde karşımıza çıkmaktadır²³⁰.

İlk olarak negatif yükümlülüğü izah etmek gerekirse, devletin en ufak bir ihlale sebebiyet vermemesi anlaşılır. İkinci olarak pozitif yükümlülükten de devletin maddenin koruduğu haklar bakımından hiç kimsenin mağduriyet yaşamaması için gereken adımları atması anlamı çıkmaktadır. Son olarak usulî yükümlülük ise, devletin etkin bir şekilde ihlallerin gerçekleşmesini önleyici, ihlaller meydana gelmişse de cezalandırmaya ve infaza yönelik yine etkili ve işler bir mekanizmanın kurulması anlamını taşır²³¹.

Bu bağlamda, özellikle eziyet suçunun muhteviyatındaki belirsizlikler dolayısıyla başarılı bir şekilde tanzim edilemediği söylenebilir²³².

2.1.1.6. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (MSHS)

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, 16 Aralık 1966 tarihinde, BM Genel Kurulu'nda, *“Birleşmiş Milletler Şartı’na göre Devletlerin insan haklarına ve özgürlüklerine her yerde saygı gösterilmesini sağlama ve bu haklara ve özgürlüklere uygun davranma yükümlülüğünü dikkate alarak,”* insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en mühim belgelerden biri kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi üzerinde anlaşmaya varmışlardır.

Sözleşme, *işkence yasağı* kenar başlığı altındaki 7. maddesinde *“Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”* diyerek izaha çalıştığımız eziyeti de ihtiva etmektedir²³³. Gerek eziyet gerek işkence gerekse Sözleşme ile güvence altına alınan diğer hak ve özgürlükler, *Sözleşmenin*

²³⁰ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.163-167; “İşkence ve Kötü Muamelelerden Devletin Sorumlulukları” başlığı altında detaylı inceleme için bkz. Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, s.268-276; Ayrıca AİHS m.2’de yer alan “Yaşama Hakkı” bağlamında devletin bahsi geçen yükümlülüklerinin kapsamlı incelemesi için bkz. Çiftçioğlu, “Yaşama Hakkı”, s.143-154.

²³¹ Çiftçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, s.20.

²³² Hafizoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1207.

²³³ Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.648; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.104; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.23.

iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 2. maddenin koruması altındadır²³⁴. Buna göre, Sözleşme'ye Taraf Devletler, söz konusu hak ve özgürlükleri gerçekleştirmeye yönelik taahhütleri gereği, aktif bir tutum sergilemek sorumluluğunu taşırlar.

Ayrıca Sözleşme'nin 28 vd. maddeleri uyarınca denetim organı olarak teşekkül ettirilen, ancak AİHM'in verdiği gibi bağlayıcı kararlar veremeyen İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme'nin 40 vd. maddelerinde çizilen çerçevede raporlar hazırlayacaktır²³⁵. Bu kapsamda, 7. maddeye ilişkin olarak bir örnek verecek olursak, *Voulanne v. Finlandiya* davasında²³⁶;

Komite, 7. maddenin işkence ve zalimane ya da diğer insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi yasaklamış olduğunu hatırlatır. Komite, nelerin, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumunun yanı sıra bedensel ya da zihinsel etkilerinin, muamelenin uygulanma tarzı ve süresi gibi davanın bütün şartlarının bağlı olduğu 7. maddenin kapsamına giren insanlık dışı veya aşağılayıcı davranışı oluşturduğu değerlendirmesini yapar.

İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı muamelelerin istisnasız biçimde yasaklanması, yani mutlak dokunulmaz nitelik taşımasının bir diğer örneğini MSHS m.4 kapsamında görebiliriz. Buna göre, dördüncü maddenin birinci fıkrasında olağanüstü

²³⁴ **MSHS m.2-** “1. Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.

2. Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler.

3. Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet şu taahhütlerde bulunur:

a) Bu Sözleşmede tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere, ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlense dahi, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı sağlamak;

b) Bu tür bir hukuki yola başvurmak isteyen kişinin hakkının yetkili yargısal, idari ve yasama organları veya Devletin hukuk sisteminin öngördüğü başka bir yetkili makamı tarafından karara başlanmasını sağlamak ve yargısal hukuki yollara başvurma imkanını geliştirmek;

c) Bu gibi hukuki yolların tanınması halinde, yetkili makamlar tarafından bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak.” Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.646-647; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.98-100; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.21-22.

²³⁵ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.121 vd.

²³⁶ Algan, a.g.e., s.20; “The Committee recalls that article 7 prohibits torture and cruel or other inhuman or degrading treatment. It observes that the assessment of what constitutes inhuman or degrading treatment falling within the meaning of article 7 depends on all the circumstances of the case, such as the duration and manner of the treatment, its physical or mental effects as well as the sex, age and state of health of the victim.” **Antti Voulanne v. Finland, Communication No. 265/1987, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40) at 311 (1989)**, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session44/265-1987.htm> (03.03.2017).

hallere ilişkin yükümlülük azaltmaya gidilebilecek şartlar belirlenirken, ikinci fıkrada “aykırı davranılamaz” denilerek sayılan yedi maddeden birisi de işkence yasağının düzenlendiği 7. maddedir²³⁷. Bu kapsamda, AİHS’te olduğu gibi, MSHS’de de söz konusu yasağın hiçbir zaman ve koşulda sınırlanamayacağı mutlak bir şekilde tanzim edilmiştir.

2.1.1.7. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (İKS)

10 Şubat 1984 tarihli bu Sözleşme, işkenceyi etraflıca tanımlayan ilk insan hakları sözleşmesi olması sebebiyle ayrı bir yere sahiptir²³⁸. Öte yandan, Sözleşme’nin ilk maddesinin ilk fıkrası²³⁹ işkencenin tanımını yaparken, 16. maddesi²⁴⁰, taraf devletleri işkencenin yanında nitelik itibarıyla işkenceden ayrılan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele ve cezayı önleme yükümlülüğü altına sokmaktadır²⁴¹. Burada altı

²³⁷ **MSHS m.4-** “1. Ulusun yaşamını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilen olağanüstü durumlarda, bu Sözleşmeye Taraf Devletler, uluslararası hukuka göre üstlendikleri öteki yükümlülükleriyle bağdaşmak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal köken ayrımı gözetmemek koşuluyla ancak durumun gerektirdiği ölçüde bu Sözleşmeye göre üstlendikleri yükümlülüklerle aykırı önlemler alabilir.

2. Bu hükme dayanılarak, 6, 7, 8 (1 ve 2 fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelere aykırı davranılamaz.” Doğan ve Kaya, a.g.e., s.10-11.

²³⁸ Cüneyd Er, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, **TBB**, S.60, (2005), 169-188, s.170.

²³⁹ **İKS m.1/1-** “Bu Sözleşmenin amaçları bakımından “işkence” terimi, bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden ya da üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak; ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırma/(sindirmek) için; ya da ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel/(bedensel) gerekse manevi/(zihinsel) ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylemdir. Bu, kanuna uygun yaptırımların sadece uygulanmasından doğan, (ya da) bu yaptırımların kendisinde var olan yahut arızı biçimde oluşan acı ve ıstırapı içermez.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.817-818; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.45.

²⁴⁰ **İKS m.16-** “1. Her Taraf Devlet, kendi yargı yetkisi altındaki herhangi bir ülkede/(yerde), Madde 1’de tanımı verilen işkence derecesine varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza oluşturan eylemlerin, bir kamu görevlisi yahut kamusal sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle işlenmesini önlemeyi taahhüt edecektir. Özellikle, Madde 10, 11, 12 ve 13’te düzenlenen yükümlülükler, işkence terimine yapılan göndermelerde bunlar, diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya da gönderme yapar şekilde uygulanacaktır.

2. Bu Sözleşme hükümleri, zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele yahut cezayı yasaklayan, yahut sınır dışı ya da iade etmeye ilişkin bulunan herhangi bir başka uluslararası bir belge ya da ulusal hukuk hükümlerine hâlel getirmeyecektir.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.824; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.49.

²⁴¹ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.6; M. Balkan Demirdal, “BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (247-270), Ankara: Astana Yayınları, 2015, s.250; Nuhoğlu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.545, 564 ve 568; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.72; Özgen, a.g.e., s.218.

çizilebilecek bir husus şudur ki, konunun, diğer sözleşmelerden ayrılacak şekilde ayrı iki maddede düzenlenmiş olması, esas itibarıyla içerik veya taraf devletlere yüklenen sorumluluk noktasında hiçbir farklılık arz etmez²⁴².

Ayrıca birinci maddenin ikinci fıkrası²⁴³ da bu minvalde, “*Bu madde, daha kapsamlı uygulama hükümlerini ihtiva eden ya da edebilecek olan herhangi bir uluslararası belgeye ya da ulusal mevzuata hâlel getirmez.*” şeklindeki hükmüyle daha evla düzenlemelere açık kapı bırakmıştır. Tam da bu noktada, AİHS m.3 bağlamında AİHM uygulamasındaki değerlendirmeler, “*günün koşulları ışığında*” muamelenin hangi ihlal kapsamında olduğunu belirtmek cihetinde kendini gösterir²⁴⁴.

Ancak İKS’nin, burada zalimce, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muameleye yönelik gerek bir tanımlama gerekse bir örneklendirme yapmayarak, işkence ile bu davranışlar arasında bir ayrıma gitmiş olduğu söylenebilir. Bunun somut örneğini ise evrensel yargılama yapabilmeye ilişkin hükümler içeren Sözleşme’nin 5 vd. maddelerinin kendilerini işkence ile sınırlamaları oluşturur²⁴⁵.

Somut olarak buradan çıkarılabilecek tek sonuç, gerek İKS’nin birinci ve onaltıncı maddeler ile meseleyi iki ayrı düzenlemede ele alması gerekse AİHM’in içtihatlarıyla

²⁴² “(...) Sonuç olarak uluslararası sözleşmeler ister tek maddede isterse ayrı ayrı maddede düzenlenmiş olsunlar işkence ile kötü muameleler arasında nitelik farkından ziyade gerçekleştiriliş biçim ve yöntem farkı olduğuna işaret etmektedirler. Vurguyu işkenceye yapmış olmakla birlikte insan onurunu ortadan kaldırıcı veya tahrip edici nitelikleri dikkate alınarak diğer davranışlar da onunla birlikte düşünülmüş ve taraf devletler aynı yükümlülüklerle tabi kılınmıştır. Sözleşmeler açısından önemli olan işkence dışında kalan diğer muamelelerin de birey onurunu işkence kadar etkilediği; fiziksel ve ruhsal bakımdan onda derin acı ve ızdıraba yol açtığı olgusunun gözden uzak tutulmamasıdır.” Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatlarında İşkence Kavramı”, s.424.

²⁴³ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.818; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.45.

²⁴⁴ “Bu nedenle de geçmişte işkence kategorisinde görmediği bir hareketi bugün işkence olarak değerlendirebilmektedir. Diğer yandan, muamelenin niteliğini belirlemede iç hukukun nitelemeleriyle bağlı değildir. Ancak, iç hukukta bir muamele işkence olarak nitelendirilmişse Mahkeme bu nitelemeye itibar etmekle birlikte kötü muamele olarak değerlendirilmiş bir muamele Mahkemece işkence olarak görülebilmektedir. Bunun anlamı, iç hukukun Sözleşme sisteminden daha koruyucu, daha özgürlükçü düzenleme ve yaptırımlara her zaman yer verebilme imkanına sahip bulunmasıdır. Taraf devletler, Sözleşme standardının üstünde düzenlemeleri her zaman getirebilirler. Devlete yasaklanan ve dolayısıyla Sözleşme aykırılığı oluşturan durum Sözleşme ile getirilen standardın altında kalınmasıdır. Bu nedenle devlet, Mahkemece insanlık dışı muamele kapsamında görülen bir eylemi işkence olarak düzenleyebilir; fakat işkence olarak değerlendirilen bir eylemi insanlık dışı muamele kapsamında göremez.” Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatlarında İşkence Kavramı”, s.455.

²⁴⁵ Nuhoğlu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.562 ve 568.

işkence ve diğer muameleler arasında tespitini sağladığı nicelik farkının bulunması bakımından, işkenceye verilen ehemmiyetin ne kadar büyük olduğudur²⁴⁶.

Bununla birlikte, yine vurgulamak gerekirse İKS, m.2'deki düzenlemesiyle²⁴⁷ de, işkenceye karşı tavizsiz olduğunu göstermektedir²⁴⁸. Bir başka şekilde ifade edecek olursak, söz konusu düzenleme, diğer uluslararası metinlerde de olduğu gibi işkence suçu bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin kabul etmemektedir²⁴⁹. Dahası İKS, bu hususu, ikinci maddenin üçüncü fıkrasında “*Bir üst görevlinin veya kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.*” diyerek bir kez daha vurgulamıştır²⁵⁰.

Öte yandan ifade etmemiz gereken bir diğer husus ise, işkencenin tanımını veren birinci maddede, işkencenin, faile yönelik olarak “*bir kamu görevlisince veya bu sıfatla hareket eden ya da onun açık yahut örtülü onayıyla herhangi bir kimse tarafından işlenmiş olması*” ibaresini içermesidir. İşkencenin, faili bakımından genel itibarıyla bir özgü suç kabul edildiğini dikkate alacak olursak, bu bağlamda İKS'nin, işkence suçu failinin kapsamını oldukça genişlettiğini eklememiz gerekecektir²⁵¹.

Tüm bu hususların ve Sözleşme'nin öngördüğü diğer düzenlemelerin gözetim ve denetim mekanizması ise, İşkenceye Karşı Komite aracılığıyla sürdürülecektir²⁵². Bu bağlamda, İşkenceye Karşı Komite denetimlerini rapora dayalı, soruşturmaya dayalı, devletlerarası başvuru yoluyla ve bireysel başvuruya dayalı olmak üzere Sözleşme'de

²⁴⁶ Er, a.g.e., s.171-172; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.408.

²⁴⁷ **İKS m.2-** “1. Her bir Taraf Devlet, kendi yargı yetkisine tabi herhangi bir ülkede/(yerde) işkence eylemlerini önlemek üzere etkin yasal, idari, yargısal ya da diğer önlemleri alacaktır.

2. Savaş hali ya da savaş tehdidi, iç siyasal istikrarsızlık yahut herhangi bir başka kamusal tehlike hali gibi her ne olursa olsun hiçbir istisnai durum, işkenceyi haklı göstermek üzere ileri sürülemez.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.818; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.45.

²⁴⁸ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.31; 765 sayılı Kanun dönemini baz alarak yazılmış ve bu husustaki çözümlemeleri de bu yönde olmasına rağmen “İşkencenin Önlenmesi”ne yönelik kanuni, idari, adli ve diğer önlemler için bkz. Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.200-210.

²⁴⁹ Doğan ve Kaya, a.g.e., s.11; Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.575.

²⁵⁰ Özgen, a.g.e., s.231; Yokuş Sevil, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.100.

²⁵¹ “Ayrıca da kamu görevlisinin zor kullanma yetkisini haiz olup olmaması da önem taşımamaktadır.” Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, s.442.

²⁵² Algan, a.g.e., s.6 vd.; Komite'nin kuruluşu, görev ve yetkileri hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, s.825 vd.; Uluslararası denetimin nasıl yapılacağına ilişkin kısa bir bilgilendirme için bkz. Özgen, a.g.e., s.232-233.

tanınan dört farklı metotla birlikte İşkenceye Karşı Seçmeli Protokol ile tanınan ziyarete dayalı denetim metodunu da Önleme Alt Komitesi üzerinden yapar²⁵³.

Komite'ye ilişkin son olarak belirtmemiz gereken husus ise, İKS m.24 mucibince *“Taraf Devletlere ve Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna bu Sözleşme çerçevesindeki faaliyetleri hakkında yıllık bir rapor”* sunacağıdır²⁵⁴.

Öte yandan, altını çizmemiz gerekirse, bu Sözleşme'nin 4. maddesi²⁵⁵, çalışma konumuz olan eziyetin ötesinde tüm işkence teşkil eden eylemlerin, teşebbüs, iştirak ve nitelikli hallerinin uygun yaptırımlarla müeyyidelendirilerek ulusal ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesini hükme bağlamıştır²⁵⁶. Bu kapsamda gerek azmettirmek gerekse yardım etmek suretiyle iştirak eden kişi bakımından sorumluluğu, birlikte fail olarak tanzim eden TCK m.94/4 *“Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, kamu görevlisi gibi cezalandırılır.”* hükmü, Sözleşme'ye uygun bir örnek olarak gösterilebilir²⁵⁷.

2.1.1.8. Avrupa İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Sözleşmesi (AİÖS)

Avrupa Konseyince hazırlandıktan sonra 26 Kasım 1987 tarihinde imzaya açılan bu Sözleşme²⁵⁸ gereğince, Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamelenin ya da Cezanın Önlenmesi Komitesi (*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*) teşekkül ettirilmiştir²⁵⁹.

²⁵³ Demirdal, a.g.e., s.257 vd.

²⁵⁴ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II*, s.832.

²⁵⁵ **İKS m.4- “1.** Her Taraf Devlet, tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununda suç olarak düzenlenmesini temin edecektir. Aynı biçimde, işkenceye teşebbüs edilmesi ile herhangi bir kişinin işkenceye iştirak etme yahut katılma teşkil eden bir eylemi de suç olarak düzenleyecektir.
2. Her Taraf Devlet, bu suçları, ağır/(vahim) niteliklerini dikkate alan uygun yaptırımlarla cezalandırılabilir kılacaktır.” Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II*, s.819; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.46.

²⁵⁶ Algan, a.g.e., s.6; Er, a.g.e., s.175; Nuhoğlu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.549.

²⁵⁷ Yokuş Sevrük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.102.

²⁵⁸ Söz konusu Sözleşme ve ek Protokolleri için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I*, s.255-275.

²⁵⁹ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2*, s.206; Gerek Sözleşme'nin hükümlerini gerekse teşekkül ettirilen Komite'nin işlevlerini daha iyi anlayabilmek için bkz. “Açıklayıcı Rapor”, Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.274-290.

Komite, kabul ettiği Usul Kuralları²⁶⁰ çerçevesinde, özellikle *hiç kimsenin işkence veya insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele yahut cezaya maruz bırakılmayacağını* hükme bağlayan AİHS m.3 doğrultusunda bu başlıktaki Sözleşme’ye imza koyan Avrupa Konseyi üyesi Devletlere yargısal olmayan yöntemlerle önleyici mahiyette ziyaretler gerçekleştirir²⁶¹. Bu ziyaretler neticesinde, Komite, tavsiyelerini de içeren izlenimlerini raporlaştırarak ilgili Taraf Devlete iletir²⁶².

2.1.1.9. Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddeti Önleme ve Bunlarla Mücadele Avrupa Sözleşmesi (Av.KKŞMS)

11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılan bu Sözleşme, Avrupa Konseyi nezdinde, ismiyle müsemma bir tarzda, kadınlara karşı olan şiddeti önleme ve bertaraf etme amacıyla oluşturulmuştur²⁶³. Ancak Sözleşme’nin özellikle öngördüğü denetim sistemi bakımından sahip olduğu problemleri yapı dolayısıyla kısa sürede yürürlüğe girmesini, girse bile etkin bir işlev görmesini beklememek gerektiği kanaatindeyiz²⁶⁴.

²⁶⁰ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.277-293; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.291-302.

²⁶¹ Komitenin ziyaretleriyle ilgili geniş bilgi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.211 vd.

²⁶² Komitenin hazırladığı raporlar ve bu raporların alenileştirilmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.222 vd.; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.290; Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, s.300; Ayrıca Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi’nin standartlarını görmek için bkz. <http://www.coe.int/en/web/cpt/standards> ve yayınladığı raporlara ulaşmak için bkz. <http://www.coe.int/en/web/cpt/annual-reports> (05.05.2017).

²⁶³ Burada her ne kadar biraz ironik olsa da şu dikkate şayan anekdotu düşme gereği duyuyoruz: “Türkiye Av.KKŞMS’ni ilk onaylayan Devlet olmakla bu sorunla mücadelede uluslararası yükümlülük üstlenmeye hazır olduğu siyasi mesajını uluslararası topluma vermiştir. Ancak bu siyasi mesajın ardında samimi bir istenç bulunup bulunmadığı sorgulanmaya açıktır. Şu nedenlerle: (i) Türkiye’de kadınlara karşı şiddet vakalarında ulusal kamuoyunun bilgisine girecek şekilde 2000’li yıllarda kayda değer bir artış bulunmaktadır. (ii) Kadınlara karşı aile içi şiddetle mücadele amacıyla son iki yılda bazı düzenlemeler çıkarılırken, bu alanda faaliyet gösteren HDÖ’ler ile bazı hukukçuların ısrarlı önerilerine ve çabalarına karşın, “toplumsal cinsiyet” temel kavramı ulusal mevzuata geçirilmemiştir. (iii) Ulusal yargı yerleri TCK’daki yenilenmeye rağmen şiddet faili erkeği fiiliyle orantılı şekilde cezalandırmaktan kaçınma ve kravat takıp yargıç önüne çıkan sanıklar hakkında ‘takdiri hafifletici sebepleri’ uygulamaktan ise kaçınmama eğilimini sürdürmektedir. (iv) Hatırlanacağı üzere Türkiye daha önce, benzeri biçimde, AİÖS’yi de ilk onaylayan Devlet olmuştu; ama gerek onay zamanında gerekse de bunun üzerinden uzun yıllar geçmesine karşın Türkiye’de işkence ve kötü muamele patolojisine karşı etkili bir mücadele yürütülemedi. Aynı durumun şimdi Av.KKŞMS’nin onaylanması (ve bu belgenin yürürlüğe girmesi) sonrasında da yinelenmesi olasılığı yüksektir.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.266.

²⁶⁴ Sözleşme’nin problemleri görünen noktalarının kapsamlı eleştirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, s.271 vd.

2.1.1.10. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü (Roma Statüsü)

Uluslararası arenada savaş suçlularının yargılanarak cezalandırılmasına yönelik, kapsamlarının büyüklüğü itibarıyla ilk olarak, Birinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında girişimlerde bulunulmuşsa da başarılı olunamamıştır²⁶⁵.

Esas itibarıyla tarihsel süreçteki ilk yargılama, 8 Ağustos 1945 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, İngiltere ve Fransa tarafından imzalanan Londra Andlaşması ile kurulan “Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi” vasıtasıyla yapılmıştır. Daha sonra sırasıyla 19 Ocak 1946 tarihinde Japonya’daki Amerikan İşgal Kuvvetleri Başkomutanı General Mac Arthur’un yayınladığı bildiri olan “Uzakdoğu İçin Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı”, BM Güvenlik Konseyi’nin 25 Mayıs 1993 tarih ve 827 sayılı “Eski Yugoslavya Ülkesinde 1991’den İtibaren İşlenen Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlun Suç Faillerinin Yargılanması İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Kurulması Kararı” ve bundan sonra yine Güvenlik Konseyi’nin 8 Kasım 1994 tarih ve 955(1994) sayılı kararına dayanan “Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü” savaş suçlularının uluslararası düzlemde yargılanarak cezalandırılmasına yönelik aşamaların münferit örneklerini teşkil etmişlerdir²⁶⁶.

Bu tarihi süreçten sonra, 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü (*kısaca* Roma Statüsü)²⁶⁷ ise, ilk maddesinde yer alan kendi ifadeleriyle belirtecek olursak; *devletlerin ulusal yargı yetkisini tamamlayıcı, uluslararası*

²⁶⁵ Aslında, “19’uncu yüzyılın ikinci yarısında savaşın insancıllaştırılması gereği vurgulanarak, savaşta insan haklarının korunmasına dair ilk adımlar atılmaya başlanmış ve daha sonraki çalışmalara da temel teşkil edecek olan 1864 tarihli “*Savaşta Yaralananların Korunmasına Dair 1. Cenevre Sözleşmesi*” yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme, ilk defa 1870-1871 tarihleri arasında yaşanan *Almanya-Fransa Savaşı*’ndan sonra, Kızıl Haç’ın Uluslararası Komitesi savaş suçlularının uluslararası bir ceza yargısına tâbi tutulmasını talep etmiştir. Komite’ye göre, savaş suçlularının etik olarak kınanmaları dışında, objektif ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmaları ve fiillerinin gerçek bir ceza yaptırımıyla karşılanması gerekliydi. Bu bağlamda, ilk defa uluslararası ceza mahkemesi kavramı kullanılmıştı.” Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.48.

²⁶⁶ Pazarcı, a.g.e., s.652-653; Bu antlaşmaları, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kurucu Statüleri” ve “Uluslararası Bir Ceza Mahkemesi Kurma Çabalarının Tarihçesi” olarak encamlı surette incelemek için bkz. Durmuş Tezcan ve diğerleri, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s.60 ve 262-306; benzer şekilde, “Uluslararası Ceza Divanı’na Varılırken Kat Edilen Yol” hususundaki diğer bir muazzam çalışma için bkz. R. Murat Önok, **Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s.1-86.

²⁶⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nün tam metnine ulaşmak için bkz. <http://sorular.rightsagenda.org> (02.04.2017).

toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip, bağımsız ve daimî bir Uluslararası Ceza Mahkemesini kurmuştur²⁶⁸.

Konumuzla doğrudan ilişkili olduğunu söyleyemsek de bahsetmeden geçemeyeceğimiz bir mevzu olarak, Mahkeme'nin kurulmasının ana gerekçelerini ve insanlığın geleceği adına taşıdığı kritik önemi, “*Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi*” adlı eserin girişinde kısa ve öz bir şekilde bulmak mümkündür²⁶⁹:

1990’lı yıllar, insanlık tarihinin en kederli olaylarının gerçekleştiği ve insanoğlunun hunharca katledilişinin sayısız örneklerinin yaşandığı bir dönem olarak tarihe geçmiştir. İnsan hakları (**human rights**) ve insancıl hukuk (**humanitarian law**) normlarının yoğun şekilde çiğnendiği bu tarih sahnesinin en kaygı verici tarafı ise hak ihlal edicilerin (**violators**) cezalandırılmamaları olmuştur. Uluslararası arenada bu tür gaddarlıklara neden olanların, cezalandırılmaktan emin bir şekilde yaşamalarının önlenmesi yoluyla bir daha bu zulümlerin yaşanmamasının temini için yoğun bir çaba gösterilmiştir. Büyük vahşetleri gerçekleştirenlerin hesap verebilirlikleri ve bu sayede sağlanacak toplumsal uzlaş ve barış, uluslararası toplumun ilgisinin merkezine yerleşmiştir. Böylesi bir ortamda hazırlanan Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (**Rome Statute of the International Criminal Court**), neden yeni bir uluslararası oluşuma ihtiyaç duyulduğunu daha metnin girişinde ifade etmiştir. Buna göre milyonlarca çocuk, kadın ve erkeğin hayal dahi edilemeyen katliamların kurbanı olmalarına yol açan vahim suçlar, bütün dünyadaki barış, güvenlik ve esenlik üzerinde uzun vadede sürekli bir tehdit dalgası oluşturmaktadır. Bu insanlık dramlarına kesin olarak son vermek amacıyla uluslararası ceza hukuku uygulayıcılarının son ciddi hamlesi, Uluslararası Ceza Mahkemesinin (UCM) kuruluşu olmuştur. Ancak hala durdurulamayan kanlı suçlara bir son verilmesi konusunda, ister Statü’ye taraf olsun ister olmasın, egemen devletlerin sorumluluk üstlenmesi, kritik önem derecesini başından beri korumaktadır.

Statü, Mahkeme’nin yargı yetkisini sınırladığı *çok ciddi suçları* beşinci maddesinin ilk fıkrasında şu şekilde saymıştır: “(...) *Mahkeme, bu tüzüğe uygun olarak, aşağıdaki suçlarla ilgili yargı yetkisine sahiptir: (a) Soykırım suçu; (b) İnsanlığa Karşı Suçlar; (c) Savaş suçları; (d) Saldırı suçu.*”

Burada belirlenen suç tiplerinin, her ne kadar kendi aralarında bazı farklılıklar barındırsalar bile, yukarıda adı geçen uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu

²⁶⁸ “Her şeyden önce, temel bir ortak nokta olarak, UCD, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ağır suçların kovuşturulmasıyla görevlidir (Önsöz 10. paragraf, md.1 ve 5).” Önok, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, s.149.

²⁶⁹ Kutlay Telli, **Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.1-2.

antlaşmalarında da düzenlenen uluslararası suç tipleri olduğunu ifade etmek mecburiyetindeyiz²⁷⁰.

Konumuzla alakalı olarak, öncelikle ifade etmemiz gereken husus, yukarıda incelediğimiz uluslararası belgelerde yer verilen işkenceden sonra diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağına yönelik doğrudan bir düzenlemeye Roma Statüsü'nde yer verilmediğidir. Ancak tam bu noktada, Statü'nün sekizinci maddesinde düzenlediği "savaş suçları"nın içerisinde bizim anladığımız manada diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye, özel ifadesiyle de eziyete yer verildiğini ekleyebiliriz²⁷¹.

Bunun dışında, farklı uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin gereği olarak, 5237 sayılı TCK'nın *Özel Hükümler* başlıklı İkinci Kitap, *Uluslararası*

²⁷⁰ Tezcan ve diğerleri, **Uluslararası Ceza Hukuku**, s.465; "Madde bakımından yetki ile Mahkemenin hangi suçlar üzerinde yargı yetkisinin söz konusu olacağı hususu ifade edilmek istenilmektedir. Küresel ölçekte en ciddi suçların cezadan bağışık kalmasının önünün alınması amacıyla, konu yönünden yetki bakımından Roma Statüsü'nün 5'inci maddesi gereğince, UCM'nin görevi, insanlık için en ciddi cürümler (**the most serious crimes**) olarak kabul edilen soykırım suçu (**the crime of genocide**), insanlığa karşı suç (**crimes against humanity**), savaş suçları (**war crimes**) ve saldırı suçunun (**the crime of aggression**) takibi olarak belirlenmiştir." Öte yandan, "bu suç tiplerinin de dışında bazı cürümlerin, insan hakları ve insancıl hukuk normlarını yıkıcı etkisinin her geçen gün arttığı" gerekçesiyle "terör suçu, kitle imha silahlarının kullanılması, insansız hava araçlarının kullanılması ve katil robotların veya otonom silahların kullanılması eylemlerinin her birinin ya ayrı bir suç kategorisi olarak ya da Statü'de yasaklanan 4 suç modeli başlığı altında (özellikle savaş suçu) gruplandırılması gerektiği" görüşü için bkz. Telli, a.g.e., s.22 ve 36-48.

²⁷¹ **Roma Statüsü m.8/2-** "Bu tüzüğün amacına uygun olarak, "savaş suçları" şu anlamlara gelir: (...) (b) Uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ciddi ihlalleri, yani, aşağıdaki fiillerden herhangi birisi: (...) xxi) *İnsan onuruna hakaret eder nitelikte, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranışlar*; (...) (c) Uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışmada, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinin ciddi ihlalleri; yani, silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları ile hastalık, yaralanma, gözetim veya herhangi bir başka nedenle savaş dışı kalmış olanlar dahil olmak üzere çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişilere karşı işlenen aşağıdaki fiiller: i) Yaşam hakkına ve kişiye karşı şiddet, özellikle her türlü öldürme, sakat bırakma, zalimane muamele ve işkence; ii) *İnsan onuruna hakaret eden, özellikle aşağılayan ve küçük düşürücü davranışlar*; (...)"

Bu meyanda bir "Suçun oluşması için, Suçun Unsurları ile asgari bir eşik getirilmiştir. Buna göre aşağılanma, küçük düşürülme ya da sair ihlalin ağırlığı, genel olarak kişi haysiyetine tecavüz edilmiş sayılmasını gerektirecek dereceye varmış olmalıdır. Örnek vermek gerekirse, kişiye bir kerelik hakaret-sövme bu kapsamda olmayabilirken, başkasının dışkısının yedirilmesi şüphesiz bu düzeyde bir ihlaldir. Ölü kişiler üzerinde de bu fiil işlenebilir; mağdurun, aşağılanma ya da küçük düşürülmenin şahsen farkında olması gerekmemektedir, fiilin objektif niteliği önemlidir." Tezcan ve diğerleri, **Uluslararası Ceza Hukuku**, s.524, dn.360; "Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi, insancıl hukukun asgari müstereklerini veya sert çekirdeğini oluşturduğundan, bu kuralların ihlallerinin hangi nitelikte bir çatışmada gerçekleşirse gerçekleşsin, uluslararası hukuka aykırı olduğu öteden beri kabul edilmiş; bu geleneksel anlayış, Statü'de de yerini almıştır." Önok, **Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, s.184.

Suçlar başlıklı Birinci Kısım altında m.76 ila 80 kapsamında soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının ihdas edildiğini de belirtelim²⁷².

2.1.1.11. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü)²⁷³

Doğrudan herhangi bağlayıcılığı olmayan, tavsiye niteliğindeki bu kılavuza ilişkin²⁷⁴ zihnimizde bir şablon oluşturabilmek adına, konuyu özetler nitelikte şu ifadeleri zikredebiliriz²⁷⁵: Bu bağlamda şimdiye kadar ele alınan uluslararası belgeler ve bunların öngördüğü koruma mekanizmalarının meydana çıkarttığı rapor ve içtihatlarla dayanarak işkence ve diğer kötü muameleler, bunların önlenmesine ve etkin surette soruşturulması, belgelendirilmesi ve sorumlularının cezalandırılmasına ilişkin usulî güvencelerle iki grupta incelenebilir. İşte İstanbul Protokolü, söz konusu çerçevede ikinci kapsama giren usulî güvenceleri en ayrıntılı biçimde ortaya koyan belge olarak karşımıza çıkar.

²⁷² “5237 Türk Ceza Kanunu’nda yer alan pek çok farklı suç tipi de yine uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla konulmuş veya değiştirilmiştir. Örneğin, “Soykırım” suçu, Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin hükümleri doğrultusunda ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde düzenlenmiştir. “Göçmen kaçakçılığı” ve “İnsan ticareti” suçları ise Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin hükümlerine uyumlaştırma amacıyla ilk kez 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 201/a ve 201/b maddelerinde düzenlenmiş, sonrasında ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 79 ve 80. maddelerine alınmıştır.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, 14. Bası, s.181.

²⁷³ 9 Ağustos 1999 tarihinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliğine sunulan Protokolün İngilizce tam metni için bkz. **İstanbul Protocol - Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1en.pdf> (05.04.2017); Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından yayınlanan Türkçe çeviri tam metni için bkz. **İstanbul Protokolü - İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu**, (Çev. Hale Eryılmaz ve diğerleri), 2. Baskı, Ankara: Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 2003, ayrıca bkz. http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/06/Istanbul_Protokolu.pdf (05.04.2017).

²⁷⁴ “İstanbul Protokolü, işkence ve kötü muamele iddialarının doğruluğunu değerlendirmek ve mahkeme ve diğer adli makamlara rapor etme noktasında yöntemler ortaya koyan ilk uluslararası rehberdir. Bu protokol, işkence izlerinin ve belirtilerinin nasıl tanımlanırsa mahkemede delil olarak kabul edileceğine dair uluslararası standart ve usulleri içermektedir. (...)

İstanbul Protokolü bağlayıcı bir doküman değildir. Fakat, uluslararası hukuk, hükümetleri, işkence ve diğer kötü muamele olaylarını etkili, hemen ve tarafsız bir şekilde araştırma ve belgeleme yükümlülüğü altına sokmaktadır. İstanbul Protokolü bu amaçla kullanılabilecek yararlı bir araçtır.” M. Bedri Eryılmaz, “İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde** (101-115), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, 2009, s.101; İstanbul Protokolü’nün hazırlanışı ve bir Birleşmiş Milletler Belgesi olarak ortaya çıkışı noktasında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan ve Kaya, a.g.e., s.117-119; Doğan ve Akıl, a.g.e., s.49-51.

²⁷⁵ Doğan ve Kaya, a.g.e., s.115.

Diğer bir açıdan İstanbul Protokolü'nün *güçlü bir teamül hukuku ilkeler demeti olma yolunda* taşıdığı ehemmiyeti, dikkatleri çeken şu iki noktada görebiliriz²⁷⁶: İlk olarak Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda hiçbir itiraza uğramamıştır. İkinci olarak, AİHM, içtihatlarıyla büyük bir uyum içerisinde olan Protokol'ü doğrudan ya da dolaylı olarak vurgulamaktadır²⁷⁷.

Dolayısıyla burada gerek uluslararası düzlemde BM sisteminin gerekse bölgesel düzlemde AİHS sisteminin bir parçası olan taraf ülkenin üstlendikleri *insan haklarına saygı yükümlülüğü* ve *ahde vefa ilkeleri*, özü itibarıyla tavsiye niteliğinde bir bildiri olsa bile İstanbul Protokolü'ne uymayı gerektirir²⁷⁸.

2.1.1.12. Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Yeri ve Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağını Ele Alışı

Genel olarak, uluslararası sözleşmelerin iç hukukta sahip oldukları konumları açıklamaya yönelik biri *düalist(ikici)*, diğeri *monist(tekçi)* olmak üzere iki görüş mevcuttur²⁷⁹.

²⁷⁶ İlyas Doğan ve diğerleri, “Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (3-46), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2009, s.27 ve 46; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.118.

²⁷⁷ “AİHM her ne kadar başvuranın yukarıda belirtilen iddialarını doğrulayamasa da, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin (AİÖK) polis nezaretindeki kişilerin sağlık muayenesine ilişkin standartlarına işaret etmiştir. AİÖK, tüm sağlık muayenelerinin, polis memurlarının duymayacağı ve tercihen görmeyeceği şekilde yapılması gerektiğini öngörmektedir. Ayrıca, her muayenenin neticeleri, tutuklunun ilgili ifadeleri ve doktorun tespitleri doktor tarafından resmi olarak kaydedilmelidir (bkz., AİÖK Standartları (CPT Standards)).

Başvuranın iddiaları doğru olmasa dahi, yani gerçek anlamda bir sağlık muayenesi yapılmış olması halinde dahi, sonuç raporuna belirleyici bir önem atfedilemez; zira, AİHM toplu sağlık muayenelerinin ancak yüzeysel ve gelişigüzel olarak tarif edilebileceği yönünde geçmişte karar vermiştir (bkz., Akkoç - Türkiye, no. 22947/93 ve no. 22948/93; Elçi ve Diğerleri - Türkiye, no. 23145/93 ve no. 25091/94, 13 Kasım 2003). AİÖK, her tutuklu kişinin tek başına muayene edilmesi gerektiğini doğrulamıştır (bkz., AİÖK'nin 5 ve 10 Ekim 1997 tarihleri arasında Türkiye'ye yaptığı ziyaret sonrasında sunulan raporu). Aynı ilke, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'ne sunulan İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu - İstanbul Protokolü'nde (9 Ağustos 1999) belirtilmiştir.” **Mehmet Eren v. Türkiye, B. No: 32347/02, T.14.10.2008**, <http://hudoc.echr.coe.int> (05.05.2017).

²⁷⁸ Eren, a.g.e., s.120 ve 128-130.

²⁷⁹ Doğan ve diğerleri, a.g.e., s.15-20; Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.19; Pazarcı, a.g.e., s.18 vd.; “Bununla birlikte, uluslararası hukukun iç hukuk karşısında üstünlüğü sorunu, eğer uluslararası hukukta *düalist anlayış* kabul edilirse, ortaya çıkmaz bile. Zira bu anlayışta, iç hukuk ve dış hukuk *eşit, bağımsız ve ayrı* iki sistem oluştururlar. / Böylece uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü sorunu sadece *monist anlayış* kabul edilirse ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte monist anlayış taraftarları da uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki konusuna gelince kendi içlerinde ayrılmaktadırlar. Monist doktrinin

Danimarka, Norveç, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere gibi “ikili düzen” anlayışının hâkim olduğu ülkelerde, uluslararası hukuk ile iç hukuk bütünüyle ayrı düzenleri karşılar. Bu sistemde bir hukuk düzeni içindeki normun diğerinde açıkça hüküm ifade edebilmesi için açık bir yollama ya da aktarmaya ihtiyaç vardır.

Diğer taraftan, uluslararası hukuk ile iç hukuku bir bütünün parçaları olarak telakki eden monist görüş kapsamında ise, bu parçalardan hangisinin diğerine göre üstün olduğu tartışma konusudur²⁸⁰. Fakat bu noktadaki genel eğilim, söz konusu yaklaşımı benimseyen Hollanda, Almanya, Avusturya ve İrlanda gibi ülkelerin kendi şartları ve anayasal sistemleri içinde farklılık arz etse de uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğu yönündedir²⁸¹. Bunu, konuya ilişkin bir örnek olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelemek gerekirse²⁸², bizce de makul olan şu yaklaşımı zikretmek isabetli olacaktır²⁸³:

“İnsan haklarına saygı yükümlülüğü” başlığını taşıyan Sözleşmenin 1. maddesinde, “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından yargı yetkisi [egemenlik alanı] içerisinde bulunan herkes için bu Sözleşmenin I. Bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri temin edeceklerdir.” hükmüne yer verilmiştir.

Taraf devletlerin Sözleşmenin II. Bölümünde tanımlanmış olan hak ve özgürlükler listesi bakımından yükümlülük altına girmelerinin kaynağını Sözleşmenin yukarıda sözü edilen 1. maddesinin oluşturduğu belirtilmelidir. Zira II. Bölümde listelenmiş olan hak ve özgürlükler 1. madde olmaksızın beyan niteliğinden öte bir anlam ifade etmeyecektir. Bu bakımdan birinci maddenin anlamının açıklığa kavuşturulması önemlidir. (...)

Bu bağlamda, bir taraf devlet anayasal sistemine bağlı olarak ya Sözleşmede yazılı hak ve özgürlükler listesini olduğu gibi iç hukuka (örneğin bir yasayla) aktaracak, ya da Sözleşme hükümlerini anayasal olarak iç hukukun doğrudan bir parçası olarak kabul etmek suretiyle -örneğin Türk hukukundaki gibi- bu yükümlülüğü yerine getirecektir. Yöntem ister düalistikici, isterse monist-tekçi olsun, taraf devletlerin bu yükümlülüğünün kapsamında bir değişiklik söz konusu olmayacaktır.

İnsan haklarına saygı yükümlülüğünün kapsamı, ilişkili olduğu her bir hak ve özgürlüğün kapsamının belirlenmesiyle doğrudan orantılı bir konudur. Bu bağlamda, Sözleşmenin yaşayan bir organizma olarak nitelendirildiğinin ve böylece Mahkeme tarafından dinamik olarak yorumlandığının altını çizmek gerekir. (...)

Kısaca, Devletin Sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri güvenceye alma noktasında, 1. maddenin başlığında yer alan “insan haklarına saygı yükümlülüğünü” yerine getirmiş sayılabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin her bir hak ve özgürlüğün kapsamı

bir kısmı iç hukukun üstünlüğünü, diğer bir kısmı ise uluslararası hukukun üstünlüğünü kabul etmektedir.” Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları (Ders Kitabı)**, 5. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014, s.78; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.I**, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s.177.

²⁸⁰ “Uluslararası Hukuk Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu” özelinde encamlı bir değerlendirme için bkz. Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.I**, s.172-187.

²⁸¹ Konunun örneklerle birlikte daha iyi anlaşılması için bkz. Aksar, a.g.e., s.170-174; Doğan ve diğerleri, a.g.e., s.20-21; Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, s.668-693.

²⁸² Reidy, a.g.e., s.5.

²⁸³ Yanık, a.g.e., s.1145-1147.

konusunda üretmiş olduğu içtihat hukukunu yakından takip etmesi gerekecektir. Zira bu sınırlar, zaman içerisinde değişmekte ve işin doğrusu sürekli bir evrimle genişlemektedir.

Gerçekten de “*evolütif ve progresif*” denilebilecek geliştirici ve ileri götürücü bir yöntem olan dinamik yorum ilkesi altındaki bu genişlemeyi, “*günün koşulları ışığında*” söz konusu genişlemenin merkezinde yer alan ve AİHM’in, başvuranın maruz kaldığı muameleleri insanlık dışı muamele olarak gördüğü *Tomasi v. Fransa* kararı ile hemen hemen aynı ağırlıktaki başka muameleleri işkence olarak değerlendirdiği *Selmouni v. Fransa* kararlarına dayanarak örneklendirmek mümkündür²⁸⁴. Buradan hareketle, Mahkeme’nin, “*insan haklarının korunmasında standartların ve çitanın giderek yükseldiğini, dolayısıyla demokratik toplumların ana değerlerinin ihlalinde de daha katı ve tolerans eşiği daha düşük değerlendirilmelerin yapılması gerektiği*”nin altını çizdiği ifade edilmelidir²⁸⁵.

Sonuç olarak, belirtmek gerekir ki Mahkeme, Sözleşmecilerce yaygın olarak kabul gören standartlar ve gelişmelerden etkilenmektedir ve etkilenmelidir de²⁸⁶. Nitekim, ancak böylelikle daha adil bir dünya teşekkül ettirilebilir.

2.1.1.12.1. Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Yeri

Özel olarak²⁸⁷ ifade edecek olursak, ahde vefa ilkesi gereği taraf devletleri bağlayan ve uluslararası hukukun da temel kaynağı olan yukarıda bir kısmını zikrettiğimiz belgeler, nasıl akdedileceği, onaylanacağı ve yürürlüğe konulacağı noktasında anayasalarca düzenlenirler²⁸⁸. Bu bağlamda, ülkemizde gerek 1961 Anayasası’nda²⁸⁹ gerekse 1982

²⁸⁴ “Yine Mahkemeye göre, “*Sözleşme teorik ve pratik hakları değil, günün ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde gerçek hakları korumak için ayaktadır*”. Bu nedenle, insan haklarının korunması geliştikçe ve standartlar yükseldikçe Mahkemenin bazı eski içtihatlarında (örneğin spor ayakkabısının altıyla popoya vurma, surata tokat atmanın, okullarda belirli ağırlığa ulaşmayan bedeni cezaların maddeyi ihlal etmediği yönündeki kararlarda) vardığı sonuçların başka benzeri davalarda gözden geçirilmesi gündeme gelebilecektir (Selmouni/Fransa, 28.7.1999, paragraf 101).” Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.168.

²⁸⁵ Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, s.430.

²⁸⁶ Reidy, a.g.e., s.7.

²⁸⁷ Hususen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukuk Düzenindeki Yeri bakımından kapsamlı inceleme için bkz. Tezcan ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s.117 vd.

²⁸⁸ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.I**, s.878; **Anayasa m.90-** “(1) Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Anayasası'nda²⁹⁰ *Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma* kenar başlığı altında uluslararası antlaşmaların yasa gücünde olduğu ve anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği düzenlenerek monist görüş benimsenmiştir²⁹¹.

Yukarıda arz etmeye çalıştığımız yürürlüğe girmiş olan sözleşmeler, kanaatimizce de Anayasa m.90/5 gereğince hukukumuzun bir parçasıdır²⁹² ve dahası Anayasaya aykırılıklarının dahi ileri sürülemeyeceği dikkate alındığında, kanunlar karşısında daha korunaklı ve üstün, ancak anayasa karşısında ise anayasa altı bir konum ihraz etmektedir²⁹³.

Söz konusu meseleye ilişkin üstünlük tartışmalarına cevaben kanun koyucu da 2004 yılında yapılan bir değişiklik ile Anayasa m.90/5'e eklediği "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" cümlesiyle meseleye en azından temel hak ve özgürlükler boyutuyla bir açıklık getirmiştir²⁹⁴. Kaldı ki gerek Anayasa Mahkemesi'nin

(2) Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

(3) Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

(4) Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır." Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, 14. Bası, s.182.

²⁸⁹ **1961 Anayasası m.65/5-** "Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." Abdulkakimoğulları, a.g.e., s.126.

²⁹⁰ **Anayasa m.90/5-** "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (**Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.**) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

²⁹¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.20.

²⁹² "Bu suretle ülkemiz açısından, yukarıda yasama ve yürütme organları için manen doğduğunu belirttiğimiz yükümlülükler, bu sözleşme onanıp bir iç hukuk kuralı haline dönüştürüldüğünden, artık sadece manevî zorunluluk olmaktan çıkmış, hukukî bir zorunluluk haline dönüşmüştür." Özgen, a.g.e., s.211.

²⁹³ Aksar, a.g.e., s.175; Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, s.522; Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.29.

²⁹⁴ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s.52; **ancak**, Anayasa 90/son'un bu konudaki önceliği belirlemiş olmasının tek başına yeterli olmayacağı ve uluslararası normun uygulanabilmesi için ulusal mevzuatın

gerekse Danıştay ve Yargıtay'ın bu değişiklikten önce de Helsinki Bildirisi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Dünya Tabipler Birliği'nin Tokyo Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bazı uluslararası metinleri, “*destek norm*”, “*ölçü norm*” ya da “*bağımsız-ölçü norm*” adları altında dikkate aldığını ifade etmeliyiz²⁹⁵. Bu cihetle aslında

nitelik itibarıyla bu norma uyumlu bir karakteri haiz olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.375-376.

²⁹⁵ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.52; bu bağlamda, uygulamadaki bazı kararlara dayanarak yapılan kapsamlı değerlendirme için bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.500-510;

benzer şekilde bkz. “Danıştay 12. Dairesi, bir İsveç televizyon ekibiyle ilgili 24.4.1978 tarih, 77/1349 E., 78/955 K. sayılı kararıyla daha da ileri giderek bu defa bir uluslararası belgeye atıfta bulunmuştur. Söz konusu kararında Danıştay 12. Dairesi, AGİK çerçevesinde imzaya açılmış bulunan ve **Helsinki Bildirisi** olarak da bilinen **Avrupa Son Senedi**’ne atıfta bulunarak henüz uluslararası hukuk kuralı niteliği kazanmamış, ancak uluslararası bir **bildiri** olarak imzacı devletlere daha çok ahlaki sorumluluk yükleyen bir belgenin de ulusal hukukta hüküm doğurmasını sağlamış gözükmektedir. Danıştay 12. Dairesi bununla ilgili olarak şu ifadeleri kullanmıştır: “...ilan ve kabul edilmiş insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk metinlerini, sözleşme ve andlaşmaları yineleyen ve insan hak ve özgürlüklerinin ayrıntılı bir güvenlik ve işbirliği anlayışı içinde genişletilerek geliştirilmesini öngören ve 1.8.1975 tarihinde Türkiye’nin de aralarında bulunduğu 24 ülkece imzalanan Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Anlaşması Nihai Belgesi’nde de; buna katılan devletler, gazetecilerin çalışma koşullarını kolaylaştıracaklarını, gazetecileri meslek uğraşlarını yasal yollardan yürütmelerinden dolayı sınır dışı etmeyeceklerini taahhüt etmişlerdir”. Danıştay burada uluslararası bir buyruk kural (jus cogens) bile olmayan bir uluslararası bildiriye dahi iç hukukta bağlayıcılık kazandırarak iç hukukta uygulamış bulunmaktadır. Helsinki Nihai Senedi öğretide bir temenniler demeti olarak anılmıştır. Danıştay’ın hukuk metodolojisi bakımından bildiri niteliğindeki bir metni iç hukuk karşısında üstün tutması milletlerarası belgelere bazen “inanca dayalı” bir değer atfedilebildiğini göstermesi bakımından ilgiyi hak etmektedir. Bu durumda basit bir kıyaslama ile dahi **İstanbul Protokolü**’nün evleviyetle bağlayıcı olacağını şimdiden söylemek yanlış olmayacaktır.” Doğan ve diğerleri, a.g.e., s.25-26;

“Hemen belirtmeliyiz ki **Yargıtay**, CGK’nın, 15.06.1999-8-109/164 sayılı kararında olduğu gibi, 1982 Anayasası’nın 90/son fıkrasında yapılan değişiklikten önceki birçok kararında uluslararası belge, sözleşme, pakt ve protokolü **destek norm** olarak kullanmıştır.

Yargıtay, CGK’nın, 15.06.1999-8-109/164 sayılı kararında, o tarihte Türkiye’nin henüz katılmadığı **Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin** 7. maddesine gönderme yaparak, imzalanmamış bir sözleşme hükmünü iç hukuk ve kabul edilmiş bulunan uluslararası sözleşmelere koşut olduğu için **destek normu** olarak kullanmıştır. CGK’nın 15.10.2002 tarih ve 191/362 sayılı bir başka kararında da, iç hukuku değerlendirirken yine Türkiye’nin onayladığı tüm sözleşmelere gönderme yaptığı gibi, **Dünya Tabipler Birliği’nin Tokyo Bildirisine** de değinerek, “insan hakları ayırım gözetilmeksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu, insanlığa karşı işlenen bir insanlık suçudur” gerekçesini kullanarak uluslararası sözleşmelere **destek norm** olarak yer vermiştir. (...) Yargıtay’ın, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeleri **bağımsız-ölçü normu** olarak kabul ettiği kararların bir kısmı Anayasa 90/son değişikliğinden önceki tarihlere (...), bir kısmı ise değişiklikten sonraki tarihlere (...) aittir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.03.1996 gün ve 6-2/33 E/K kararında, **İHAS**’ı **bağımsız-ölçü normu** olarak doğrudan uygulama yaparken kullandığı gerekçede CMUK’un 406 ve TCK’nın 39. maddelerinin genel, İHAS’ın 6/3-e maddesinin ise özel hüküm olduğuna vurgu yapmış, 12.10.2004 gün ve 8-175/198 E/K kararında ise, genişletilmiş zorallım konusunda Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün 12. maddesinin doğrudan uygulanacağına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi de, öteden beri uluslararası hukukun ulus hukukuna üstünlüğünü benimsemekte, sözleşme hükümlerini **destek norm** olarak algılamakta, aykırılık/uygunluk kararlarında yollama yapmaktadır. Bu kararların Anayasa 90/son maddesi değişikliğinden önce olmasının ayrı bir önemi vardır.” Doğan ve Kaya, a.g.e., s.30-31, örnek Yargıtay ve AYM kararları için bkz. dn.82 ve 86;

aksi yönde bkz. “(...) uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkelerinden Anayasa Mahkemesi kararlarında zaman zaman bahsediliyor olsa da, bu normlar ve ilkeler bir ölçü norm değildir; zira bildiğimiz kadarıyla, Anayasa Mahkemesi bugüne kadar, *Anayasaya dayanmaksızın, doğrudan ve sadece*

fiili durumun pozitifleştirildiği, dolayısıyla söz konusu değişikliğin hukuk düzeni bakımından ciddi bir yenilik arz etmediği, belki de hukuk sistemine sadece uygulamada çıkması muhtemel bazı tereddütleri ortadan kaldırmak biçiminde sınırlı bir katkı sunduğu söylenebilir²⁹⁶.

Böylelikle bahsolunan değişikliğe ilişkin, Türk normlar hiyerarşisinde kanunlar ile anayasa arasında “*temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar basamağı*” şeklinde yeni bir basamak ihdas edildiği tespitinin yerinde olduğu kanaatindeyiz²⁹⁷.

Ancak bu husus, herhangi bir uyuşmazlık halinde milletlerarası andlaşmalara üstünlük tanınması gereken mercilerin genel mahkemeler olduğu ve bunların da hiç şüphesiz milletlerarası andlaşmaya aykırılığı dolayısıyla bir kanunu iptal etmek gibi herhangi bir yetkisinin bulunmadığı noktasında açıklamaya da muhtaçtır²⁹⁸.

Görüldüğü üzere çizilen çerçevede, temel hak ve özgürlüklere ilişkin durumlarda öncelikle baz alınması gereken husus, uluslararası sözleşmeler olacaktır²⁹⁹. Tam da bu hususu, işkence ve eziyet suçu özelinde ifade edecek olursak, Türkiye’de 1988 yılında yürürlüğe giren, yukarıda da 2.1.1.7. numaralı başlık altında açıklamaya çalıştığımız, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin, TCK’nın m.94-96 hükümleri karşısında gerek maddi gerekse manevi unsur yönünden daha şümüllü ve koruyucu olduğu gerekçesiyle ve Anayasa m.90/5 uyarınca uygulama önceliği olduğunu belirtmeliyiz. Daha da önemlisi bu konuya esas itibarıyla dikkat etmesi gereken merciler, ulusal otoriteler olup biraz daha ötesinde ise genel mahkemelerdir³⁰⁰. Bu bağlamda örnek vermek gerekirse³⁰¹, *söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gibi, bir milletlerarası andlaşma, yalnızca kanun hükmünde olmayıp, aynı zamanda kanunlarla çelişkili hükümler içerdiğinde dahi öncelikle esas alınacaktır*. Fakat ne yazık ki

bunlara dayanarak bir kanunu iptal etmiş değildir. O halde, uluslararası hukuk kurallarını ve hukukun genel ilkelerini anayasallık bloğuna dahil etmeye “destek ölçü norm” kavramı da yetmez.” Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, s.787-788.

²⁹⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.505.

²⁹⁷ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, s.686.

²⁹⁸ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s.235.

²⁹⁹ Nuhoğlu, “İşkence Yasası ve İşkence Suçu”, s.585; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s. 99-100.

³⁰⁰ Doğan ve diğerleri, a.g.e., s.25; Reidy, a.g.e., s.5.

³⁰¹ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, 14. Bası, s.183.

uygulamada mahkemelerin bu yönde kendilerinden beklenen özeni gösterdiği söylenememektedir³⁰².

Ayrıca hususen altını çizmek gerekirse, milletlerarası antlaşmaların anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı kuralının nedeni, bunların hukuki geçerliliklerinin uluslararası hukuka dayanıyor olmasındandır. Ayrıca AYM tarafından böyle bir antlaşmanın iptal edilmesi ihtimalinde, bunun milletlerarası arenada bir karşılığı olmayacaktır. Böyle bir durumda, Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri devam edeceğinden, antlaşmaların iptali yolu kapatılarak, ülkemizin uluslararası düzlemde zor durumda kalmasının önü alınmak istenmiştir³⁰³.

Tüm bu anlatılanların yanında, doktrinde bu konuya ilişkin itibar edilmesi gereken diğer bir görüş, Anayasanın uluslararası hukuka atıfta bulunduğu 15, 16, 42, 90 ve 92. maddeleri³⁰⁴ ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde ulusal hukuk ve uluslararası hukuk ilişkilerinde Türk uygulamasının düalist ağırlıklı karma görüşü benimsediğini dile getirmektedir³⁰⁵.

Son olarak konuyu toparlar mahiyette, uzun zamandan beri mevzuun uluslararası niteliği haiz olduğunu ve insan haklarına saygı yükümlülüğünün en ufak bir tartışmaya mahal vermeksizin harfiyen yerine getirilmesi gerektiğini söylemek gerekir. Önemle belirtmelidir ki, *söz konusu yükümlülüğün kapsam ve sınırları konusunda yorum yapma*

³⁰² Çiftçioğlu, “Yaşama Hakkı”, s.164.

³⁰³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.492-493; Bunun yanı sıra, “Antlaşmaların akdedilmesi işlemi bir “hükümet tasarrufu (*acte de gouvernement, act of State*), oluşturur. Bu nedenle, akdetme işleminin yargısal denetimi mümkün değildir.” Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, s.643.

³⁰⁴ **Anayasa m.15/1-** “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, **milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla**, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

Anayasa m.16- “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, **milletlerarası hukuka uygun olarak** kanunla sınırlanabilir.”

Anayasa m.42/son- “Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. **Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır.**”

Anayasa m.92/1- “**Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde** savaş hali ilanına ve **Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında**, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindir.”

³⁰⁵ Aksar, a.g.e., s.175-178; Pazarcı, a.g.e., s.23-24.

yetkisinin ise, iç ve dış koruma kurumları olan Anayasa Mahkemesi, AİHM ve BM İnsan Hakları Komitesi gibi organlarda olduğunda şüphe yoktur³⁰⁶.

2.1.1.12.2. Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağını Ele Alışı

Anayasa'nın "İşkence ve Eziyet" kenar başlıklı 17. maddesi bağlamında, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen vakalara ilişkin vermiş olduğu kararlarda, "işkence", "eziyet" ve "insanlık dışı muamele" kavramlarını oldukça kapsamlı bir incelemeye tâbi tuttuğu söylenebilir³⁰⁷.

Ancak bundan hemen önce bireysel başvuru yolunda Mahkeme'nin kendini nasıl konumlandığı ifade edilmeden geçilmemelidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, AİHM'in de yaptığı gibi, kendisini derece mahkemelerinin görev ve yetkilerinden soyutlamakta ve sahip olduğu rolün ikincil nitelikte olduğunu beyan etmektedir³⁰⁸.

³⁰⁶ Yanık, a.g.e., s.1134 ve 1159.

³⁰⁷ Sinan Altunç, "Eziyet Suçu", **Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar (1)**, içinde (371-390), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.375.

³⁰⁸ "Bireysel başvurulara ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu rol ikincil nitelikte olup, bazı durumların ortaya koyduğu şartlar nedeniyle ilk derece mahkemesi rolünü üstlenmesinin kaçınılmaz olduğu hallerde çok dikkatli davranması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. McKerr/Birleşik Krallık, B. No: 28883/95, 4/4/2000). Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında yapılan şikâyetlerin incelenmesinde böyle bir durumla karşılaşma riski bulunmaktadır. Anılan maddede güvence altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı ihlali ile ilgili iddialarda bulunulduğu zaman, Anayasa Mahkemesi, bu konu hakkında tam bir inceleme yapmalıdır. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ribitsch/Avusturya, B. No: 18896/91, 4/12/1995, § 32). Ancak görülmekte olan bir davadaki delilleri değerlendirmek kural olarak derece mahkemelerin işi olduğundan, Anayasa Mahkemesinin görevi, bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Klaas/Almanya, B. No: 15473/89, 22/9/1993, § 29; Jasar/"Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti", B. No: 69908/01, 15/2/2007, § 49). Kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak derece mahkemelerinde dava görüldüğü zaman, ceza hukuku sorumluluğunun, Anayasa ve uluslararası hukuk sorumluluğundan ayrı tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesinin yetkisi, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmamaktadır (Benzer AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen Tanlı/Türkiye, §§ 110 - 111). Diğer taraftan derece mahkemelerinin bulgularının Anayasa Mahkemesini bağlamamasına rağmen, normal şartlar altında bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptığı tespitlerden ayrılmak için de kuvvetli nedenlerin var olması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen Klaas/Almanya, § 30)." **AYM, Cezmi Demir ve diğerleri Kararı, T.17.07.2014, B. No:2013/293**, §91, <http://www.anayasa.gov.tr> (28.03.2017).

Bunun akabinde, Mahkeme'nin bahsi edilen kapsamlı irdelemesi, bu hususta *şimdilik* verilebilecek yirmiyi aşkın örnek³⁰⁹ arasında en kapsamlı incelemeyi yapan *Cezmi Demir ve diğerleri Başvurusu* üzerinden arz edilebilir³¹⁰:

80. Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye "işkence" ve "eziyet" yapılamayacağı, kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

81. Devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir.

82. Anayasa'nın 17. maddesi ayrıca Devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye, bu muameleler üçüncü kişiler tarafından yapılmış olsa bile, maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yükletmektedir. Dolayısıyla yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda Devletin 17. maddenin üçüncü fıkrası anlamında sorumluluğu ortaya çıkabilir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *Mahmut Kaya/Türkiye*, B. No: 22535/93, 28/3/2000, § 115).

83. Öte yandan bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup, her olayda asgari eşiğin aşıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 23). Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik de eklenebilir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 64; *Eğmez/Kıbrıs*, B. No: 30873/96, 21/12/2000, § 78; *Krastanov/Bulgaristan*, B. No: 50222/99, 30/9/2004, § 53). Ayrıca kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediğinin tespiti de (bkz. yukarıda geçen *Eğmez*, § 53; *Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

84. Anayasa ve AİHS tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin "işkence" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkra da geçen "eziyet" ve "insan haysiyetiyle bağdaşmayan"

³⁰⁹ AYM, Ali Rıza Özer ve diğerleri Kararı, T.06.01.2015, B. No:2013/3924, §72-83; AYM, Arif Haldun Soygür Kararı, T.15.10.2015, B. No:2013/2659, §45-59; AYM, Ashı Kırmızı Demirseren Kararı, T.15.04.2014, B. No:2013/5680, §30-34; AYM, C.K. Kararı, T.15.12.2015, B. No:2013/8728, §46-59; AYM, Cemil Danışman Kararı, T.16.07.2014, B. No:2013/6319, §41-45; AYM, Cengiz Çakır Kararı, T.20.11.2014, B. No:2013/7526, §38-48; AYM, Deniz Yazıcı Kararı, T.10.12.2014, B. No:2013/6359, §60-75; AYM, Emel Leloğlu Kararı, T.17.07.2014, B. No:2013/3512, §26-30; AYM, I.Y. Kararı, T.17.07.2014, B. No:2012/1213, §29-33; AYM, K.A. Kararı, T.11.11.2015, B. No:2014/13044, §87-95; AYM, Mehmet Ergin Kararı, T.05.11.2015, B. No:2013/2891, §26-30; AYM, Mesut Özbezen Kararı, T.15.04.2014, B. No:2013/8175, §28-32; AYM, Murat Karabulut Kararı, T.18.02.2016, B. No:2013/2754, §56-65; AYM, Rifat Bakır ve diğerleri Kararı, T.11.03.2015, B. No:2013/2782, §107-113; AYM, Süleyman Deveci Kararı, T.16.10.2015, B. No:2013/3017, §78-91; AYM, Şenol Gürkan Kararı, T.09.09.2015, B. No:2013/2438, §65-68 ve 77-80; AYM, Tahir Canan Kararı, T.18.9.2013, B. No:2012/969, §22-24; AYM, Turan Günana, T.19.11.2014, B. No:2013/3550, §31-40; AYM, Ümit Yalçın Kararı, T.26.02.2015, B. No:2014/12984, §50-54; AYM, Yusuf Burak Çelik Kararı, T.20.11.2014, B. No:2013/2538, §20-25.

³¹⁰ AYM, Cezmi Demir ve diğerleri Kararı, T.17.07.2014, B. No:2013/293, §80-95.

muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan "işkence", "eziyet" ve "hakaret" suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır.

85. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin "işkence" olarak belirlenmesi mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Muamelelerin ağırlığının yanı sıra, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "işkence" teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırma amacıyla ya da ayırıcı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek, "kasıt" unsuruna da yer verilmiştir.

86. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10/12/1984 tarihinde kabul edilen ve 26/6/1987 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye'nin de 10/8/1988 tarihinde taraf olduğu İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Sözleşme bakımından 'işkence', bir kimseye, kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz."

87. Yine anılan Sözleşme'nin 15. maddesi "Her bir Taraf Devlet, işkence sonucu alındığı ortaya çıkan bir ifadenin, işkence yapmaktan sanık bir kimsenin aleyhine bu beyanın alındığına dair bir delil olarak kullanılması hariç, hiçbir yargılamada delil olarak ileri sürülememesini sağlar." hükmüne; 16. maddesi de "1. Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza fiillerinin bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt eder. Sözleşmenin özellikle 10, 11, 12 ve 13. maddelerinde yer alan yükümlülükler, işkence sözcüğü yerine diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı bir muamele veya ceza terimleri koyularak uygulanır." hükmüne yer vermiştir.

88. "İşkence" seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstırapa sebep olan insanlık dışı muameleler "eziyet" olarak tanımlanabilir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Bu hallerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak "eziyet"te, ızdırıp verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167; yukarıda geçen *Eğmez/Kıbrıs*, § 78). AİHM, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleleri "insanlık dışı muameleler" olarak nitelendirmiştir (bkz. yukarıda geçen *İrlanda/Birleşik Krallık*; *İlaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya*, [BD], B. No: 48787/99, 8/7/2004, §§ 432-438; *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; *Jabari/Türkiye*, B. No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41-42; *Giusto/İtalya*, B. No: 38972/06, 15/5/2007). Bu nitelikteki muameleler Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında "eziyet" olarak nitelendirilebilir.

89. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve

vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Burada "eziyet"ten farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır.

90. Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. Muamelenin kamuya açık olarak yapılması onun aşağılayıcı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan nitelikte olup olmamasında rol oynasa da, bazı durumlarda kişinin kendi gözünde küçük düşmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilmektedir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 52). Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapıp yapılmadığı dikkate alınsa da böyle bir amacın belirlenememesi, kötü muamele ihlali olmadığı anlamına gelmeyecektir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *V/Birleşik Krallık*, [BD], B. No: 24888/94, 16/12/1999, § 71). Bir muamele hem insanlık dışı/eziyet hem de aşağılayıcı/insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olabilir (benzer AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen *İrlanda/Birleşik Krallık*). Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken, insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele insanlık dışı/eziyet niteliğinde olmayabilir. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele olarak ortaya çıkabilir.

91. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmak da, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, bu maddenin ihlali sonucunu doğurma riskini taşıyabilir. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele oluşturabilir. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gäffen/Almanya* [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, § 91; *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, B. No: 7511/76 - 7743/76, 25/2/1982, § 26).

92. Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişiye yönelik, kendi eylem ve tavırları mutlaka kuvvet kullanılması gerektirmedikçe, zora başvurulması, insan onurunun zedelenmesi ve ilke olarak Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen yasağın ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir.

Burada önemle üzerinde durmak gerekirse, Mahkeme, 4 Kasım 2015 tarihli *Hamdiye Aslan Kararı*'nda, AİHM içtihatları doğrultusunda yapmış olduğu insanlık dışı muamele tanımına istinaden bu tarz eylemleri, m.17/3 çerçevesinde yer alan "eziyet yasağı" içerisinde değerlendirdiğini ayrıca ifade etmiştir³¹¹.

³¹¹ Altunç, a.g.e., s.375; "İşkence" seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler "eziyet" olarak tanımlanabilir (Tahir Canan, § 22). Bu hâllerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak "eziyet"te, ıstırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167; *Eğmez/Kıbrıs*, § 78). AİHM; fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleleri "insanlık dışı muameleler" olarak nitelendirmiştir (*İrlanda/Birleşik Krallık*; *İlaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], B. No: 48787/99, 8/7/2004, §§ 432-438; *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; *Jabari/Türkiye*, B. No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41, 42; *Giusto/İtalya*, B. No: 38972/06, 15/5/2007). Bu nitelikteki muameleler Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında "eziyet" olarak nitelendirilebilir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 88).

Mevzumuz gerek işkence gerek insanlık dışı kötü muamele gerekse eziyet olsun, tüm bu hususlarda doğrudan korunan değer insan onuru olduğu için, AİHS m.3 ile AİHM içtihatlarının yol gösterici niteliği göz ardı edilmemelidir³¹². Buna örnek kabilinden, 8 Ocak 2009 tarihli *Filiz Uyan v. Türkiye* kararına bakmak yeterli olacaktır³¹³. Karara göre, jinekolojik muayene için hastaneye götürülen hükümlünün kelepçelerinin gerçekleştirilmeye çalışılan muayene esnasında ısrarla çıkarılmayıp, bir paravanın arkasına geçmiş olsalar bile üç erkek güvenlik görevlisinin aynı odada bulunmasının, muayene gerçekleştirilmemiş olmasına rağmen, insan onuruyla bağdaşmayan nitelikte olduğu kabul edilmiştir³¹⁴.

Ayrıca bu noktada, BM Genel Kurulu'nun 4 Aralık 2000 tarihinde kabul ettiği, *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezalandırmanın Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesi İlkeleri*'ni de içeren 55/89 sayılı Kararında, muayenenin *bütünüyle en yüksek etik standartlara göre hareket eden hekimin denetimi altında ve gizlilik içinde, güvenlik güçleri ya da diğer devlet görevlilerinin olmadığı bir ortamda yapılacağı kuralının benimsendiğini* zikretmek de zaruridir³¹⁵.

Mahkeme, olayların süregelişinin, başvurucuya uygulanan acı ve ızdırap verici eylemlerin, kendisine yöneltilen olaylar hakkında itiraf ve/veya beyanda bulunmasını sağlamak, herhangi bir şekilde davranması için gözdağı vermek veya ayrımcılığa dayalı herhangi bir gerekçeyle bilinçli olarak uygulandığını net bir şekilde doğrulamadığını, gerek İlk Derece Mahkemesi kararından gerekse somut olayın kendine has koşullarından, başvurucuya yönelik eylemlerin belirli bir amaç veya saik doğrultusunda yapıldığı konusunda kuşku bırakmayacak bir çıkarsamaya varılamadığını ifade etmiştir. Buna rağmen Mahkemeye göre ortaya çıkarılan fiiller, başvurucunun maruz kaldığı kötü muamelelerin “eziyet” seviyesinde olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli bulunmaktadır.” **AYM, Hamdiye Aslan Kararı, T.4.11.2015, B. No:2013/2015, §85, §112, §117; T.C. Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2015, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2016, s.158-159; <http://www.anayasa.gov.tr> (27.03.2017).**

³¹² “Somut vakalarda insan onurunun ihlal edilip edilmediği kararlarımızda hata yapabiliriz ama bu kavramın geliştirilip içeriğinin belirlenmesi ve ilgili pozitif normların oluşturularak uygulanmaları birçok alandaki suiistimalleri önleyecek, kavram insan hakları ve kavramı gibi insanı koruyan önemli bir mekanizmaya dönüşebilecektir. AİHM’in içtihatlarındaki yaklaşım ve açıklamalar kavramın anlamlandırılması ve kullanımı için bir şanstır ve mümkün olduğunca azami biçimde bundan yararlanılmalıdır.” Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.65 ve 69.

³¹³ **Filiz Uyan v. Türkiye, B. No: 7496/03, T.08.01.2009**, <http://hudoc.echr.coe.int> (05.05.2017); ayrıca bkz. **Ahmet Özkan ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 21689/93, T.6.4.2004**, <http://hudoc.echr.coe.int> (05.05.2017).

³¹⁴ Yokuş Sevrük, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.11 ve 29-30.

³¹⁵ “**Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 6. (a)** Medical experts involved in the investigation of torture or ill-treatment shall behave at all times in conformity with the highest ethical standards and, in particular, shall obtain informed consent before any examination is undertaken. The examination must conform to established standards of medical practice. In particular, examinations shall be conducted in private under the control of the medical expert and outside the presence of security agents and other

Öte yandan, bu durum, Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ya da Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT)'nin 1990'dan beri ülkemize gerçekleştirdiği incelemelerde ve söz konusu incelemeler neticesinde hazırlanan raporlarda da kendini göstermiştir³¹⁶. Bu kapsamda, CPT ve Türk yetkililer arasında gerçekleşen görüşmelerde, *(1) tıbbi muayene esnasında kanun uygulayıcı memurların (kolluğun) muayeneye eşlik etmemesi ilkesi ve (2) tıbbi muayeneyi yapan hekimlerin Türk yetkililerce onaylanmış standart adli tıp formlarını kullanmasının sağlanması hususlarına odaklanıldığının altını çizmek gerekir*³¹⁷.

Son olarak AYM'nin yukarıda zikrettiğimiz yaklaşımının da ötesinde, doktrindeki bir görüşe göre, işkencenin, bir üst kavram olarak diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muameleleri ihtiva ettiği de düşünülebilir³¹⁸. Ancak bu takdirde, varlık sebebi zaten sorgulanan eziyet suçunun niçin ihdas edildiği sorusuna verilecek cevaplar, takdir edersiniz ki iyice zayıflayacaktır.

2.1.2. Bazı Ülkelerde Ele Alınışı

Uluslararası belgelerin yanısıra genel olarak İspanyol Ceza Hukuku dışındaki ülkelerde de bağımsız bir eziyet düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak yine de ifade etmek gerekir ki, aşağıda inceleme konusu yapacağımız ülke kanunlarında işkence suçu ihdas edilirken, işkencenin ardından zikredilen kelimeler bize eziyeti çağrıştırmaktadır.

Aynı hususun yukarıda yer verilen uluslararası belgelerde de söz konusu olduğu takdirlerinize arz edilir. Bu bağlamda konuyu, esas çalışma alanı olan eziyet suçundan uzaklaştırmama ve anlatılanlarda tekrara düşmeme adına, aşağıda sadece İspanya, Fransa ve Almanya'daki düzenlemelere değinmekle yetinilecektir.

government officials.” http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/55/89 (11.03.2017).

³¹⁶ Doğan ve Çamurcuoğlu, a.g.e., s.462-465; Doğan ve diğerleri, a.g.e., s.38-40.

³¹⁷ Doğan ve Çamurcuoğlu, a.g.e., s.463.

³¹⁸ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.16; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.233; Üzülmüş, “İşkence Suçu”, **HPD**, s.149-150.

2.1.2.1. İspanya

23 Kasım 1995 tarihli İspanya Krallığı Ceza Kanunu³¹⁹, işkence ve eziyeti, “*Suçlar ve cezaları*” başlığını taşıyan İkinci Kitabının, “*İşkence ve manevi bütünlüğe karşı diğer suçlar*” (*On torture and other felonies against moral integrity*) adını taşıyan yedinci başlığı altında 173 ila 177. maddeler arasında düzenlemiştir³²⁰.

174 vd. maddeler doğrudan işkence suçunu düzenlerken³²¹, 173. maddenin “*Her kim diğer bir kimseyi, küçük düşürücü muameleye maruz bırakarak onun manevi bütünlüğünü ağır bir zarara uğrattırsa altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”³²² demek suretiyle bizim anladığımız manada eziyeti, kısmen de olsa benzer şekilde ifade ettiği ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlediği söylenebilir³²³.

Doktrinde, işkence ve eziyet suçlarının tanzimi bakımından 5237 sayılı TCK’nın İspanyol Ceza Kanunu’nun etkisi altında kaldığı söylenmektedir³²⁴. Bu suçların, öncelikle şekli bakımdan kanun sistematigi içerisinde ayrı ayrı ele alınıyor olması ve akabinde ise birbirine çok benzeyen unsurları ihtiva etmeleri bir etkilenmenin olduğu sonucuna varmaya yeterlidir³²⁵.

Ancak buna karşın, ayrı başlıklar altında düzenleme alanı bulan ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin farklılıklar taşıdığı gerekçesiyle, 5237 sayılı Kanunun İspanyol

³¹⁹ İspanya Krallığı Ceza Kanunu’nun İngilizce tam metnine ulaşmak için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30> (05.02.2017).

³²⁰ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.17; Kayıhan İçel ve diğerleri, **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları**, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s.157; maddelere ilişkin kısa açıklamalar için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.285-288; öte yandan, Türk Ceza Hukuku bakımından yol gösterici olacak şekilde İspanyol doktrini ve Yargıtay’ının meseleye yaklaşımının kapsamlı değerlendirmesi için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.329-339.

³²¹ “Kanunun 174. maddesinde özel kasta tabi olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen dar/teknik anlamdaki adli işkence suçu düzenlendikten sonra, md. 175’te yine sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen, fakat genel kasta tabi, md. 174’e girmeyen davranışları kapsamına almayı hedefleyen tamamlayıcı bir işkence suç tipi daha düzenlenmiştir.” Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.285.

³²² **İspanya Krallığı Ceza Kanunu Article 173/1**: “Whoever inflicts a degrading treatment on another person, seriously damaging his moral integrity, shall be punished with a sentence of imprisonment of six months to two years.”

³²³ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.285; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.193.

³²⁴ Bu hususta ve “Genel Olarak”, “Karşılaştırmalı Hukukta İşkence ve Benzeri Suç Tiplerinin Düzenlenişi” için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.282-288.

³²⁵ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.399-400.

Ceza Kanunu'ndan doğrudan etkilenmediği yönündeki görüşü de zikretmek durumundayız³²⁶.

2.1.2.2. Fransa

1 Mart 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu³²⁷, işkence ve eziyeti, II. Başlık “*Kişinin Bedensel veya Ruhsal Bütünlüğüne Karşı Suçlar*” altında, I. Kısım “*Kişinin Bedensel Bütünlüğü Aleyhine Kasıtlı Suçlar*” arasında “*İşkence ve gaddarca muameleler*” (*Torture and acts of barbarity*) başlığı ile 222-1, 2, 3, 4, 5, 6. maddelerinde düzenlemiştir³²⁸.

Devam eden maddelerin sürekli kendisine gönderme yaptığı temel düzenleme olan 222-1 maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Bir kimsenin işkence veya gaddarca muamelelere maruz bırakılması on beş yıl hapis cezası ile cezalandırılır.*”³²⁹.

Görüldüğü üzere bu düzenlemede dikkati çeken ilk nokta, özellikle işkence bakımından failin herkes olabileceği ve mevzuatımızdaki düzenleme ile karşılaştırıldığında düzenlemenin önemli ölçüde farklılık arz ettiğidir³³⁰. Bu açıdan, işkencenin meydana gelmesi için failin belli sıfatları taşıması aranmamakta, öngörülen fiilleri gerçekleştirmesi yeterli görülmektedir³³¹. Söz konusu çerçevede, Fransız Ceza Kanunu ve modern hukuk anlayışının aynı çizgide olduğunu ifade etmek gerekmektedir³³².

³²⁶ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.18.

³²⁷ Fransa Ceza Kanunu'nun İngilizce ve Fransızca tam metinlerine ulaşmak için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30> (05.02.2017).

³²⁸ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.15; Köksal Bayraktar, “İşkence Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı**, içinde (145-176), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No:316, 2011, s.152; İçel ve diğerleri, **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları**, s.157; zikredilen maddelerin kısa bir değerlendirmesi için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.291-295.

³²⁹ **Fransız Ceza Kanunu Article 222-1/1**: “The subjection of a person to torture or to acts of barbarity is punished by fifteen years' criminal imprisonment.”

³³⁰ Dönmezer ve Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, s.525; Üzülmüş, “İşkence Suçu”, **HPD**, s.148; “1994 tarihli Yeni Fransız Ceza Kanununda ise işkence, kişilere karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu sistemde, suçun bir memur tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. İşkence suçuna ilişkin düzenlemeler bakımından Yeni Fransız Ceza Kanunundan esinlenen 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı ile 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısında da bu sistem kabul edilmişti.” Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.231.

³³¹ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.4-5.

³³² Bayraktar, “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, s.185; “1994 yılında yürürlüğe giren yeni Fransız Ceza Kanunu çağımız ceza hukukunun en mükemmel bir eseri olmak özelliğini taşımaktadır.” Dönmezer ve Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, s.410; aksi yönde bkz. “(...) ceza hukuku “cezalandırma hukuku” olmaktan çıkmış, bireyin haklarını koruyan, güvence sağlayan

Yukarıda farklı başlıklar altında kısmen beyan edildiği üzere, işkence ve eziyetin, özellikle 2004 Tasarısına değin hazırlanan tasarılar da Fransız Ceza Kanunu baz alınarak kaleme alındığını ancak yasalaşmadığını belirtmek gerekir³³³.

2.1.2.3. Almanya³³⁴

Öncelikle ifade etmek gerekirse, Alman Ceza Kanunu'nda da doğrudan doğruya bizim anladığımız manada eziyet suçunu (m.96) karşılayan bir hüküm bulunmamaktadır. Yine benzer şekilde, işkence suçunun (m.94) da tam manasıyla birebir karşılığının olduğunu söylemek güçtür. Ancak Alman Ceza Kanunu'nda Özel Hükümler arasında, *Görev Sırasında İşlenen Suçlar* başlıklı Otuzuncu Bölüm kapsamında, *Zorla İfade Alma* kenar başlıklı m.343'ün³³⁵, 765 sayılı TCK'daki m.243 düzenlemesine benzediği ifade edilmektedir³³⁶.

hukuk olmuştur. Özellikle, 1975 yılından bu yana gelişen çağdaş ceza hukuku, geleneksel yaklaşımları eskitmiştir. Örneğin, “suç” kavramı değişmiştir. Biçimsel açıdan, “suç”, “ceza normunun tanımladığı” eylemdir. Bu tanım geleneksel tanımdır. Buna karşın “öz bakımından suç”, normun koruduğu “yararı” ihlal eden somut eylemdir.

Bu yönde, cezalandırmanın sebebi de değişmiştir. Gerçekten, ceza normunun bir eylemi suç olarak tanımlaması, ne “siyasal gücün otoritesini”, ne “toplumsal savunmayı, etik değerleri korumak ve de failin tehlikeliliğini önlemek” amacına yönelik değildir. Amaç, demokratik düzende, bireyin sahip olduğu hakların ihlalini önlemektir. Bu açıdan, ceza sorumluluğunun konusunu “fail” değil, “hukuksal yararın ihlali” oluşturmaktadır. Bu açıdan, “insancıl ceza hukuku”nu oluşturmakta, siyasal güç, “ceza sorumluluğunun kurallarını belirlemekte”, “suç tanımı yapmakta”, “cezaları belirlemekte”, “yargılama yöntemlerini saptamakta”, “cezanın infazında” subjektif bir yetki sahibi olmayıp, insan haklarıyla sınırlı “görevle” yükümlüdür.

Belirttiğimiz konuda genelleme yapmak gerekirse, Tasarı, siyasal gücün “yasak” kuralına aykırılığını suç sayan ve cezalandırmayı amaç sayan geleneksel ceza hukukunu benimseyen, temelde Fransız Ceza Yasası olmak üzere, T.C.K. ve başka yasalardan alınmış, yer yer, birbiri ile özde çelişen normlardan oluşan ve dolayısıyla kendine özgü sistemi, özelliği olmayan bir Tasarıdır.

Değinilen çağdaş kuralları açısından, “1997 Ceza Kanunu Tasarısı” değerlendirildiğinde, belirtilen çağdaş bir anlayışa uygun ve “yeni ceza yasa tasarısı” niteliğinde olmadığı kabul edilmek gerekir. Esasen, yukarıda belirtildiği gibi, geleneksel bir anlayışın egemen olduğu ve “.... Birbiriyle özde çelişen normlardan oluşan ve dolayısıyla kendine özgü sistemi, özelliği olmayan bir tasarı...” çağdaş olma şansı yoktur.” Çetin Özek, “1997 Türk Ceza Tasarısı”na İlişkin Düşünceler”, *İÜHFM*, C.LVI, S.1-4, (1998), 21-68, s.27.

³³³ Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s.278-281; Üzülmüş, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, s.20.

³³⁴ İşkence suçuna karşılık gelen düzenleme olarak StGB §343'ün kısa bir değerlendirmesi için bkz. Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s.288-291.

³³⁵ **Alm.CK §343- Zorla ifade alma:** “(1) Her kim, kamu görevlisi olarak yer almak üzere görevlendirildiği, 1. bir ceza muhakemesinde, idari nezaret kararı verilmesi ile ilgili bir muhakemede, 2. idari para cezası hakkında bir muhakemede veya, 3. disiplin cezası muhakemesinde veya onur veya meslek kurulu muhakemesinde, başka bir kişiye, onun bu muhakeme usulünde bir şey söylemesi veya açıklamada bulunması veya bunları yapmaması için, bedeni olarak kötü davranır, sair şekilde cebir kullanır, cebir ile tehdit eder veya manevi olarak eziyet ederse, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Söz konusu düzenlemede, *kişilik ve ifade hürriyetinin* korunmasının yanında, korunan hukuksal yararın esas itibarıyla *adliye* olduğunu belirtmek gerekir. Bu konuda madde, öncelikle kendisini cezai, idari, disiplin ve emniyet tedbiri muhakemeleriyle sınırlamıştır. Bu açıdan, tabii olarak işkence suçunun vuku bulması için, ilgili muhakeme dallarında görevli ve yetkili kamu görevlisinin, mağduru soruşturma ile ilgili bir şey söylemeye, açıklama yapmaya veya bunları ihmal etmeye maddi veya manevi bir şekilde zorlaması yeterlidir. Yani failin bu yönde bir motivasyonla hareket etmesi, zikredilen kapsamda bir özel kasta sahip olması gerekmektedir³³⁷.

Alm.CK §343'te, bedeni kötü davranma, diğer bir şiddet kullanma, şiddet kullanılacağına dair tehdit etme veya ruhen işkence yapma şeklinde belirtilen hareketler maddi unsur meydana getirir. Dolayısıyla bizdeki işkenceyi karşılayan zorla ifade alma suçu bu hareketlerle işlenebilir. Buradan hareketle ifade etmek gerekir ki, CMK m.147 ile 148'e tekabül eden iradeye etki yapan ve Alm.CMUK §136 ve 136a'da belirtilen yasaklanmış usul araçlarının, yani kanunen öngörülmemiş vaadlerde bulunma veya kandırma hareketlerinin yapılması durumunda, işkence suçu meydana gelmez³³⁸.

(2) Hafif hallerde altı aydan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s.491-492.

³³⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.82; Demirbaş, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, s.212; Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.551-552; Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.5 ve 17-18.

³³⁷ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.84, 90 ve 106; Demirbaş, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, s.212 ve 216; **benzer şekilde bkz.** Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.559-561, 563, 575.

³³⁸ **Alm.CMUK §136 (CMK147) -Şüphelinin ilk sorgusu-** “(1) İlk sorgusu başlarken, şüpheliye, isnad edilen fiil ve hangi ceza hükümlerinin uygulanacağı açıklanır. Şüpheliye suçlama hakkında açıklamada bulunmasının veya olay hakkında hiçbir şey söylememesinin ve her zaman, hattâ sorguya çekilmesinden önce dahi kendisi tarafından seçilecek bir müdafie danışmasının, kanunî hakkı olduğu söylenerek uyarılır. Ayrıca, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceği, ve de 140'ıncı madde fıkra 1 ve 2 hükmündeki şartlar altında 141'inci madde 1 ve 3 fıkralarındaki ölçülere göre bir müdafie talep edebileceği öğretilir. Uygun hallerde, şüpheliye yazılı olarak açıklama yapabileceği ve fail – mağdur uzlaşması usulünün uygulanması imkanı bulunduğu bildirilir.

(2) Şüpheliye sorgu sırasında, aleyhindeki şüphe sebeplerini ortadan kaldırma ve lehine olan olayları ileri sürme olanağı sağlanır.

(3) Şüphelinin ilk sorgusunda şahsî hallerinin öğrenilmesine özen gösterilir.”

Alm.CMUK §136a (CMK148) -Yasak sorgu usulleri- “(1) Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç vermek, işkence, aldatma, veya hipnoz suretiyle, şüphelinin iradî karar verme ve iradî faaliyette bulunma özgürlüğü engellenemez. Zorlama, sadece Ceza Muhakemesi Hukukunun izin verdiği hallerde mümkündür. Bu hükümlere göre izin verilmeyen bir tedbir uygulamakla tehdit ve kanunda öngörülmemiş bir yarar vaad etmek yasaktır.

(2) Şüphelinin hatırlama kabiliyetini veya idrak etme kabiliyetini engelleyen tedbirler uygulanamaz.

(3) 1 ve 2'nci fıkralardaki yasaklar, şüphelinin rızası olsa dahi geçerlidir. Bu yasaklar ihlali ile elde edilen ifadeler, sanık değerlendirmeye rıza gösterse dahi delil olarak değerlendirilemez.” Feridun Yenisey ve Salih Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s.211-213.

Yukarıda işkence başlığı altında da ifade ettiğimiz üzere, pek çok açıdan eleştirilen ve bünyesinde barındırdığı muğlaklıkları giderebilmek adına TCK m.94 düzenlemesinde, Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi sınırları ve kapsamı daha belirli bir hükmün tesisi gerekmektedir³³⁹. Ki bu suretle pek çok açıdan iç içe özellikler ihtiva eden işkence ve eziyet suçlarını ayırt edebilmek kolaylaşsın. Kanaatimizce de özellikle işkence teşkil edecek hareketleri ortaya koyacak failin zorla ifade alma suçunda olduğu gibi belirginleştirilmesi, eziyet suçu bakımından da muhakkak surette bir açıklık getirsin.

2.2. Benzer Suç Tipleriyle İlişkisi

Eziyet suçu, kapsamının genişliği ve belirsizliği itibarıyla pek çok suç tipiyle irtibatlandırılabilir. Bu husus, madde gerekçesinde eziyet suçunun tanımı yapıldıktan sonra şöyle ifade edilmiştir³⁴⁰: “*Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler.*”

Burada sayılan kasten yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel tacizin de ötesinde, eziyet suçunu oluşturacak insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel ya da ruhsal olarak acıya ve aşağılanmaya neden olacak davranışlar, her şeyden önce işkence (TCK m.94) ve kötü muamele (TCK m.232) suçlarıyla benzerlik göstermektedir.

Eziyet suçunu benzer suç tiplerinden ayırt edebilmek için yine madde gerekçesinde “*sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmesi*” kriteri benimsenmiştir³⁴¹. Buna göre, kişinin vücut dokunulmazlığını veya şeref ve saygınlığını ihlal eden bir davranış, sistematiklik ve belirli bir sürece yayılmaktan uzaksa eziyet suçunu değil ilgili suç tipini ihlal edecektir.

³³⁹ İsa Başbüyük, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, içinde (1443-1485), C.12, Özel Sayı, (2010), s.1450.

³⁴⁰ Artuç, a.g.e., s.509; Ahmet Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2009, s.1116.

³⁴¹ Artuç, a.g.e., s.509; Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, s.1116; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.333.

2.2.1. İşkence

2.2.1.1. Tipiklik Bakımından

İşkence suçu, 5237 sayılı TCK m.94'te ele alınmıştır. Buna göre, “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışlar*” işkence suçuna vücut vermektedir.

Eziyet suçunun tanımının yer aldığı madde gerekçesinde yukarıda da belirtildiği üzere “*Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanması yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir.*” denilmek suretiyle *algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi* kısmı hariç işkenceye neredeyse birebir denilecek ölçüde, adeta eziyeti işkencenin sade vatandaş tarafından işlenilen hali olarak gören, çok yakın bir ifadelendirmeye gidilmiştir³⁴². Doktrinde söz konusu düzenlemelerde, bu şekilde bir tanımlamaya gidilmesinin tartışmasız bir şekilde kavram kargaşasına mahal verdiği ifade edilmiştir³⁴³.

Eziyet suçunun maddi unsuruna ilişkin bu düzenlemenin gerekçede değil de doğrudan madde metninde yapılması gerekliliğini dillendirmeden geçmemek gerekir³⁴⁴. Açık bir şekilde, işkence ve eziyet suçlarını teşkil edecek davranışların ne kadar iç içe olduğu izahtan varestedir³⁴⁵. Zaten bu husus yine madde 96'nın gerekçesinde “*Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır.*” denilerek örneklendirilmiştir.

³⁴² Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s.145; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.196-197; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.329 ve 336.

³⁴³ Bahri Öztürk, “Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (319-326), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s.324.

³⁴⁴ Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.245.

³⁴⁵ Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s.258; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.329; Yokuş Sevil, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu”, s.1275.

Peki bu denli iç içe olan bu suçların kişilere karşı suçlar arasında, aynı bölümde ve fakat farklı maddelerde yer alması nasıl izah edilebilir?

96. maddenin metninde, aşikâr bir tarzda geçmemesine rağmen, bu sorunun cevabının insan onuruna³⁴⁶ verilen kıymetten ileri geldiği söylenebilir³⁴⁷. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, söz konusu meseleye yönelik olarak işkence suçu özelinde doktrinde “(...) işkence suçunun maddî unsurunu oluşturan hareketlerin çoğu zaman başka suç tiplerinin maddî unsurunu oluşturduğu doğru olsa da işkence suçu, manevî unsurunun karakterize ettiği farklı niteliği itibariyle daha vahim bir ihlal kategorisidir.” ifadeleri sarf edilmektedir³⁴⁸. Bu ifadeler kanaatimce özellikle tipiklik noktasında işkenceyle neredeyse aynı olan eziyet suçuna da hitap etmektedir. Yani, kanun koyucu, insan onuru bağlamında daha vahim gördüğü hareket kategorilerini, ayrıca eziyet suçunun ihdasıyla da cezalandırmayı amaçlamıştır.

2.2.1.2. Korunan Hukuki Değer Bakımından

765 sayılı TCK döneminde korunan öncelikli hukuki yarar, devlet idaresi olduğu için “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar” arasında yer alan işkence suçu bakımından korunan hukuki değer karma nitelik arz etmektedir³⁴⁹. 5237 sayılı TCK’da düzenlendiği sistematik açısından kişinin vücut dokunulmazlığı, ruh ve beden bütünlüğü, şeref ve haysiyetinin korunan hukuki menfaati teşkil ettiği söylenebilirse de suçun failinin kamu görevlisi³⁵⁰

³⁴⁶ Onur, Türk Dil Kurumu tarafından şöyle tanımlanmaktadır: “1. isim İnsanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis; 2. Başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar”. www.tdk.gov.tr (17.04.2017).

³⁴⁷ Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.127; Hafizoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1212; aynı husus işkence suçu bakımından da söylenmektedir bkz. Başbüyük, a.g.e., s.1444.

³⁴⁸ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.275.

³⁴⁹ Üzülmmez, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.64-75; Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.151-152; 765 sayılı Kanun döneminde ve mukayeseli hukukta işkence suçunda korunan hukuki yarara ilişkin ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Nuhoglu, “İşkence Yasası ve İşkence Suçu”, s.550 vd.

³⁵⁰ 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK’dan “memur” ibaresi yerine “kamu görevlisi” ifadesini kullanması bakımından farklılık arz etmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. İrfan Özcan, **Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Memur ve Diğer Kamu Görevlilerine İlişkin Suçlar**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2006, s.4 vd.;

“(765 sayılı) Ceza Kanunumuzun 279. maddesinde Ceza Kanununun uygulanmasında kimlerin memur sayılacakları tarif olunmuştur. Bu tarife göre: “Ceza Kanununun tatbikatında:

1) Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idarî veya adli bir âmme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri ve müstahdemleri;

olması münasebetiyle kamu idaresinin ve adliyenin de korunduğu ifade edilebilir³⁵¹. Bu açıdan devlet, vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerine tam anlamıyla saygı göstererek, toplumsal düzeni ve bireylerinin güvenliğini doğrudan, kamu idaresinin ve adliyenin (yani kendinin) korunmasını ise dolaylı olarak sağlayabilir. Bu meyanda, *denilebilir ki, sosyolojik bakımdan devletin hiçbir tutum ve eylemi, işkenceye başvurmada olduğu kadar kendi meşruiyetini baltalayamaz*³⁵².

Dolayısıyla özelde işkencenin genelde ise bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin, devletin meşruiyetiyle olan doğrudan ilişkisi yadsınamaz³⁵³. Böylece, mevcut TCK döneminde de kişinin maddi ve manevi varlığı, irade özgürlüğü, adliye ve kamu idaresi gibi hukuki menfaatler bir arada korunmaya devam etmektedir³⁵⁴. Ancak eziyet suçu bakımından suçun kamu idaresi yahut adliyeye karşı herhangi bir özelliğinin aranmamasından hareketle böyle bir şey söylenemez³⁵⁵. Fakat iki suç tipi için de ortak bir özellik olarak ne madde içeriklerinde ne de hüküm gerekçelerinde “*insan onuru*”

2)Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyarî veya mecburî olarak teşriî veya adli bir âmmeye vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.” Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995, s.75-76;

TCK m.6- “(1) Ceza kanunlarının uygulanmasında; (...) c) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, (...) anlaşılır.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.29;

ayrıca kamu görevlisi ve memur kavramlarına idare hukuku ile ceza hukukunun yüklediği anlam farklılığını görmek bakımından kısa bir inceleme için bkz. Barış Ateş, **5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Görevi İhmal – Görevi Kötüye Kullanma Suçları ve Kamu Görevlilerinin Bu Suçlardan Yargılanmaları**, Edirne: Ceren Yayıncılık, 2014, s.8-20;

765 Sayılı TCK Uygulamasında ‘Memur’ Kavramı, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı ve Özel Yasalar Açısından Kamu Görevlisi Kavramı olmak üzere Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı’nın kapsamlı incelemesi için bkz. Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)**, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.1-37.

³⁵¹ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.18-19; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.241-242; Üzülmüş, “İşkence Suçu”, **HPD**, s.148; Nurullah Aydın, **Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s.197.

³⁵² Algan, a.g.e., s.3.

³⁵³ Erem, “İşkence”, s.197-198; Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s.425.

³⁵⁴ Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1030; “İşkence suçu, Anayasanın m.17/3 ve 38/5, CMK m.147 ve 148 hükümlerinin ihlalinin yaptırımını da oluşturmaktadır. [bu normlara aşağıda konu akışı içerisinde yeri geldikçe değinilecektir] İşkenceyi yasaklayan bu normlar dikkate alındığında, işkence suçunun nerede düzenlenirse düzenlensin mutlaka çok hukuki konulu bir suç özelliği taşıyacağını göstermektedir. Gerçekten, işkence suçuyla kişinin bedensel ve ruhsal dokunulmazlığı, irade özgürlüğü, adliye, adil yargılanma hakkı ve kamu idaresi gibi hukuki yararlar bir arada korunmaktadır.” Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.232; **benzer şekilde bkz.** Başbüyük, a.g.e., s.1446.

³⁵⁵ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.257; Veli Özer Özbek ve diğerleri, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s.280; Soyaslan, a.g.e., s.224.

kavramına³⁵⁶, en önde korunması gereken bir hukuksal değer olarak atıfta bulunulmamıştır³⁵⁷.

Halbuki, her iki suç tipinde de (bilhassa işkencede³⁵⁸) maddi veya manevi bütünlüğe yönelik gerçekleştirilecek davranışlar belirleyici bir kriter olarak en başta insan onuruyla bağdaşmaz nitelik taşımalarıdır³⁵⁹. İnsan onuruna verilmesi gereken öneme ilişkin bahsini ettiğimiz eksikliğe rağmen³⁶⁰, dikkat edilmesi gereken esas nokta, kişilere karşı suçlar arasında düzenlenen inceleme konusu suçların, korunan öncelikli hukuki yarar olarak kişilere ait değerleri vurguladığı ve bu suretle önceki kanuna nazaran mühim bir anlayış değişikliğini yansıttığıdır³⁶¹. Söz konusu anlayış değişikliğinin bir yansımasını, *asıl korunan hukuki yararın insan onuru* olduğunu hükme bağlayan bir Yargıtay kararında da görmek mümkündür³⁶².

³⁵⁶ İnsan onuru kavramının Anayasa Mahkemesi kararlarındaki yerleşik tanımı, “**insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır.**” biçimindedir. Bu kavram ve ilgili kararlar, 3.3.1. Fiil başlığı altında ayrıntılı şekilde inceleneceği için, tekrara düşmemek adına burada bu kadarıyla yetinilmiştir.

³⁵⁷ “İnsan onuru kavramı, 2. Dünya Savaşı sonrası Alman Anayasası’nda düzenlenen hükümle (m.1/1) Alman toplum düzeninin *en üst dereceli değeri* olarak kabul edildi ve günümüzde *Anayasa’nın insan onuruna hiçbir istisna tanımadığı* düşüncesi benimsenmektedir. Pozitif düzenlemeye göre, insan onuru dokunulmaz olup, bütün devlet güçleri bunu dikkate almak ve korumakla görevlidir.” Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.45 ve 76; İnsan Haklarının Kaynağı olarak kavramın ortaya çıkışı, felsefi ve dini boyutları ve küresel çağda insan haklarını korumakta insan onuruna saygının oynayacağı rol için bkz. Doğan, “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”, s.59-68.

³⁵⁸ ““İnsan onuru” kavramının suiistimali, siyasi emeller için enflasyonelce kullanılması ve bundan dolayı küçümsenmesi ve duygusallaştırılması utanç verici bir şekilde bu terimin açıklığını, keskinliğini ve böylece gerekçelik gücünü yitirdiğini gösteriyor. Siyasi tartışmalarda ve gündelik basında kullanılan “insan onuru” terimi problematik durumlarda net kararlar alınabilmesi için çok belirsiz. Bu araçlaştırılmış tanımlama popüler edebiyatta her ne kadar rağbet görsede de değersizdir.

İşkencenin insan onuruna tersliğini kanıtlamak için “insan onuru” anlamını aydınlatmak ve belirlemek gerekir. Bu aynı zamanda bu kavramın fikri esasını tefekkür etmek demektir. Hümanizm geleneğinde insanın onuru doğuştan ve devredilmez bir öz değer yansımasıdır ki bu yine farklı subjektif haklara akseder.” Hep beraber bir subjektif haklar takımını oluşturan ve bu surette insan onurunu tanımlayan söz konusu haklar hakkında daha detaylı bir inceleme için bkz. Eric Hilgendorf, “Hukuk Devletinde İşkence”, (Çev. Bahar Erbil), **KHUKA**, C.VIII, S.1, (2005), 10-19, s.16-17.

³⁵⁹ Handan Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, **MÜHFD**, (2009/1), 85-115, s.94; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.235.

³⁶⁰ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.349.

³⁶¹ Algan, a.g.e., s.13-14; Başbüyük, a.g.e., s.1448; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.232.

³⁶² **Y8.CD, T.13.12.2012, E.2012/29994, K.2012/38227**, Osman Yaşar ve diğerleri, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.3, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.3167, dn.373, s.3191, ayrıca kararın daha kapsamlı hali, yine aynı eserde 3190-3194. sayfalarda bulunabilir.

İnsan onurunun ceza hukukunca korunan bir hukuksal değer olup olmadığı hususu, öğretide bir yazar tarafından 765 sayılı Kanun döneminde kaleme alınmış olmasına rağmen, günümüze de hitap edecek biçimde, kısaca şöyle açıklanmıştır³⁶³:

Bilindiği üzere, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 3. maddesi, AY'nın 17/3. ve TCK'nın 243. maddesi işkence eylemini yasaklayarak, insan onuru hukuksal değerini korumayı amaçlamıştır. Hatta AY. m.17, insan onuruna aykırı ceza yaptırımı konulamayacağını belirterek, bir yandan hukuksal değerlerin korunmasında kanun koyucuyu uygulanacak yaptırım açısından sınırlandırmış, diğer yandan ise bir hukuksal değer korunması için diğer bir insanın insan onurunun çiğnenmesini önlemeyi hedeflemiştir. (...)

Bilindiği üzere, insan onuru devredilemez ve dokunulamaz bir hukuksal değer olduğu gibi, aynı zamanda gerek suç tiplerinin yaratılmasında gerek suçlar için öngörülen ceza yaptırımlarının düzenlenmesinde dikkate alınması gereken en önemli değerlerdendir. Bu kavram niteliği gereğince, bireylerin onurunun korunması için kanun koyucuya pozitif normlar sevk etmek yükümlülüğü yüklediği gibi, ceza yaptırımları açısından ise kanun koyucunun yetkilerinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır.

2.2.1.3. Maddi Unsurlar Bakımından

Böylelikle insan onurunun korunması gerektiğini ifade eden satırların akabinde belirtmek gerekir ki eziyet ve işkence suçlarına, sırf bu suçları meydana getirecek davranışlar baz alınarak bakılırsa kavramları birbirine karıştırmak kaçınılmazdır³⁶⁴. Bu açıdan bazı temel ayırım noktaları belirlemek ve bu yönde hareket etmek faydalı olacaktır. Tam da bu noktada bizim için işkenceye ilişkin yapılan şu tanım yol gösterici olabilir³⁶⁵: “İşkence, sanığa, sorgulama yapanın istediğini söyletmek için insan haysiyetine yakışmayan maddi ve manevi baskılarda bulunmasıdır.” Bu tanımın esas itibarıyla 765 sayılı Kanun dönemindeki işkenceyi karşıladığı, günümüzdeki işkence olgusuyla tam olarak örtüşmediği fark edilmiştir. Fakat aşağıda da gerekçelendirileceği üzere kanaatimce 5237 sayılı TCK'daki işkence suçu gerek fail gerek mağdur gerekse manevi unsurları bakımından şu yol gösterici tanım çizgisinde yeniden ele alınmalıdır.

2.2.1.3.1. Genel Olarak

Tarihsel süreç içerisinde, işkence maalesef her zaman yasaklanmamış; hatta aksine eskiçağa kadar uzanan bir yelpazede pek çok kez meşru bir sorgu yöntemi olarak

³⁶³ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s.936-937.

³⁶⁴ Artuç, a.g.e., s.513.

³⁶⁵ O. Kadri Keskin, “İşkence”, *AD*, Adalet Bakanlığı, Y.76, S.3, (1985), 731-741, s.732.

kullanıldığı olmuştur³⁶⁶. Söz konusu perspektife göre, işkencenin insanlık tarihine eş, köklü bir tarihe sahip olduğu söylenebilir³⁶⁷. Bu hususta Orta çağ ve öncesinde de işkencenin yaygın olarak kullanılan bir sorgulama metodu olduğu şöyle aktarılabilir³⁶⁸: Kilisenin icadı olmayan, fakat Engizisyon uygulamalarında ziyadesiyle başvurulan işkence, tarihsel olarak Avrupa coğrafyasında Antik Yunan’a kadar uzanmaktadır. Ancak Antik Yunanda işkencenin, *andrapoda* yani “insan ayaklı davar” olarak görülen kölelerin sorgulanması sırasında sakınılmadan uygulanan bir yöntem olduğunu ifade etmek gerekir. Diğer yandan, Roma İmparatorluğu’nun farklı dönemlerinde zamanla farklılaşsa da işkence uygulamaları, başlarda sadece köle ve azatlılar ya da kocasını öldürme şüphesi altındaki kadınlar için rahatlıkla uygulanırken, zaman içinde hür savaşçılara varacak ölçüde yaygınlık kazanmıştır.

İşkencenin, ideolojik sebeplerle farklı görüştekileri sindirmek şeklindeki *geniş anlamıyla (politik bir şiddet yöntemi olarak)* ya da suçla ilgili bilgi veya delil elde etmek, hatta sanıktan itiraf yahut ikrar almak suretiyle onu cezalandırmak biçimindeki *dar anlamıyla (teknik/adli anlamda işkence)* ikili bir ayrıma tabi tutulabileceği söylenebilir³⁶⁹.

Bu kapsamda, 765 sayılı Kanun’daki düzenleme dar anlamdaki işkenceyi, farklı yıllarda hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarılarındaki³⁷⁰ ve mevcut 5237 sayılı TCK’daki düzenlemeler ise geniş anlamdaki işkenceyi karşılar niteliktedir³⁷¹. Ancak her iki düzenlemenin de nitelik itibarıyla ilkinin çok dar, ikincisinin ise çok geniş kapsama sahip olması dolayısıyla eleştirildiğini söylemek gerekir³⁷². Bu açıdan, bu suç tipinin öngördüğü

³⁶⁶ Hilgendorf, a.g.e., s.11-12; Mehmet Emin Artuk, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, İstanbul, S.5, (2004), 18-19, s.18; Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.7 vd.; “Yargılamanın yürütülmesi sırasında sanığa yapılan işkence, ulusların büyük çoğunluğunda kullanılagelen bir zorbalıktır.” Beccaria, a.g.e., s.85.

³⁶⁷ Nuhoğlu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.528 ve 538.

³⁶⁸ Mehmet Cemil Ozansü, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s.226-228.

³⁶⁹ Çiftçiöğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, s.17-19; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.25; Demirbaş, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, s.207-208; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.34; Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, s.134.

³⁷⁰ Hatta bu hususta örnek kabilinden belirtmek gerekirse, “1997 TCK Tasarısı, işkence suçu kavramını, BM Sözleşmesini de aşar şekilde, daha geniş kabul etmiştir.” Demirbaş, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, s.208.

³⁷¹ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.23-24 ve 67-69; Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, s.424.

³⁷² Başbüyük, a.g.e., s.1443; aynı yazarın, TCK m.94’te düzenlenen işkence suçunun, geniş anlamda ele alınan işkence suçu kavramından dahi daha geniş bir kapsama sahip olduğu eleştirisi için bkz. “Bir taraftan suçun faili bakımından kamu görevlisi sıfatına sahip olma şartından başka bir özelliğin

korumanın da zayıflatılmaması adına, işkence kavramının günümüzdeki kapsamının daraltılmasında fayda olduğu savı ileri sürülmüştür³⁷³.

Daha sonraları geline çizgide ise, Aydınlanma Çağı düşünürlerinden Beccaria'nın³⁷⁴ yaptığı tanıma bakacak olursak, işkencenin, daha çok zayıf bünyeli kişilerin mahkûm olmasına, sağlam bünyeli suçluların masum çıkmasına sebep olan uğursuz (meşum) bir araç olduğu söylenebilir³⁷⁵. Bu nedenle veciz bir ifadeyle masumların cezalandırılmasındansa suçluların cezasız kalması yeğlenmelidir. Zira, *“Adaleti herkesin güven duyabileceği bir şekilde tutmak için, insan onuruna değer vermek ve işkenceye hiçbir şekilde başvurmamak gerekir.”*³⁷⁶.

Diğer bir şekilde ifade edecek olursak, acı ve ıstırapla kişiden alacağımız beyanların mutlaka doğru olacağı inancı, Orta çağ'dan kalma boş bir inanıştan başka bir şey değildir³⁷⁷. Zira yapılan muamelelere karşı kişinin göstereceği tepki ya da dayanma eşiğinin göreceliliği tartışma götürmez bir gerçektir. Burada işkence ile işkenceye muhatap

aranmaması, diğer taraftan kamu görevlisi sıfatına sahip olan bu kimselerin maddede belirtilen hareketleri belirli bir saik gütmeksizin işleyebilmesi, işkence suçunun kapsamını oldukça genişletmiştir. (...) duvara resim çizerek okulun malına zarar veren bir öğrenciyi cezalandırmak amacıyla dolaba kilitleyen ve bunu tüm okulda ifşa eden okul müdürü; hasta olan eşi için yeni keşfettiği tedavi yöntemini zorla bir başka hastasının üzerinde deneyen kamu görevlisi doktor da işkence suçunda tipe uygun fiili gerçekleştirmiş olacaktır. O halde işkence suçunun oluşması bakımından belirli bir saikle hareket etmenin aranmaması iki hatalı uygulamaya yol açabilir. Bunlar: 1) Her kamu görevlisinin, 2) Bu kamu görevlilerinin insan onuruna aykırı nitelikteki her hareketlerinin TCK m.94 kapsamında değerlendirilebilir olmasıdır.” s.1469-1470; bu açıdan, düzenlemenin amacına da uygun olarak, TCK m.94 kapsamında saik unsuruna yer verilmesi gerektiği ve nitekim Yargıtay'ın da işkenceye hükmederken önüne gelen somut vakalardaki saikleri açıkça vurguladığı örnek kararlar hakkındaki inceleme için bkz. s.1470-1471, dn.101.

³⁷³ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.30; aynı eserde gerek ETCK gerek YTCK gerekse bu ikisinin arasında hazırlanan Tasarılar bakımından örneklerle birlikte kısa bir değerlendirme için bkz. s.278-282; öte yandan yine aynı eserde vurgulandığı üzere, not düşmek gerekirse, “Bu açıklamalardan sonra, ETCK'daki durumun aksine, YTCK'da failin herhangi bir kamu görevlisi olabileceğini belirtelim. Bu nedenle, ETCK'da sadece tahkike yetkili memurlar tarafından işlenebilmesi sebebiyle “özel memur suçu” olan işkence, artık her kamu görevlisi tarafından işlenebildiğine göre “genel memur (kamu görevlisi) suçu” haline gelmiştir.” s.373.

³⁷⁴ “O, çağımız ceza hukukunun dayandığı birçok ilkenin ve kurumun da öncüsü ve babasıdır. Ortaya koyduğu düşüncelerle lirik üslubu ve peygamberce çağrılılarıyla uygarlıkları yeni ufuklara doğru sürüklemiş, çağımız ceza ve ceza yargılama hukuklarının başlıca kurucu ilkelerinin, suç ve ceza politikasının da temellerini atarak yasa koyucularına yol göstermiştir.” Sami Selçuk, **Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi**, Ankara: İmge Kitabevi, 2004, s.17-18.

³⁷⁵ Artuk, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, s.18; Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.11; Beccaria, a.g.e., s.86-87; Selçuk, a.g.e., s.46.

³⁷⁶ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.41; Demirbaş, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, s.210.

³⁷⁷ Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.582.

olan kişinin bedeni ve ruhi yapısında bir zarar ya da tehlike meydana gelmektedir³⁷⁸. Söz konusu zarar veya tehlikeyi meydana getirecek fiiller, mağdurun parmaklarını kırma, cildinde sigara söndürme, manevi değerlerine hakaret ettirme, vücuduna elektrik verme, mağduru kırbaçlama, gözbağı, uyutmama, şiddetli gürültüye maruz bırakma gibi tarihten gelen bir kültürü (!) yansıtır surette sınırsız hayalgücüne dayanan şekillerde tezahür edebilir³⁷⁹. Ancak bu fiillerin işkence olarak kabulü, kişiden itiraf almaya yönelik olduğu takdirde önem arz etmektedir³⁸⁰. Bu açıdan, sağlığı ve vücut bütünlüğünden sorumlu olan devlet tarafından özgürlüğü tahdit edilen kişilere yönelik gerçekleştirilen davranışların işkenceyi meydana getirdiği söylenebilir³⁸¹.

2.2.1.3.2. Fail Bakımından

Öncelikle madde metninde de ifade edildiği üzere işkence suçunun failinin sadece kamu görevlisi, eziyet suçunun failinin ise kamu görevlileri de dâhil herkes olabileceğini dikkate almak gerekir. Zira işkence suçu, kamu görevinin sağladığı nüfuz suiistimal edilerek işlenmektedir³⁸². Ancak tam da burada, bir kamu görevlisinin fail olarak karıştığı her eylemi işkence sayamayacağımızı, saymamamız gerektiğini de ifade etmek mecburiyetindeyiz. Zira böyle bir yaklaşımın eziyet suçunun içeriğini boşaltarak, suçun ihdasıyla amaçlanan yarardan bizi uzaklaştıracak hatırdan çıkartılmamalıdır³⁸³.

Kamu görevlisi tabirinden ne anlaşılması gerektiği hususunda ise 5237 sayılı TCK m.6/1-c'deki tanıma müracaat edilmelidir³⁸⁴. Burada ayrıca işkence suçunun öncesinde bir suçun gerçekleştiğine ve ilgili kamu görevlisinin bu suçu aydınlatmak maksadıyla işkence teşkil eden davranışları işlediğine de dikkat çekilmelidir³⁸⁵. Nihayetinde kamu görevlisinin

³⁷⁸ Metin Ertuğrul, “İşkence ve Ötesi - Özgürlüğün Bedeli”, YD, Ankara, C.1, S.4, (1975), 119-126, s.120; Beccaria, a.g.e., s.91; Selçuk, a.g.e., s.46.

³⁷⁹ Hafizoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1209.

³⁸⁰ Artuk, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, s.18; Ertuğrul, a.g.e., s.120-121; “İşkence, suçluya kimi zaman bir suçu söyletmek, kimi zaman suçlunun düştüğü çelişkileri gidermek, kimi zaman suç ortaklarını ortaya çıkartmak, kimi zaman ne olduğunu bir türlü anlayamadığım şu doğaötesi ve akıl almaz arındırma yöntemleriyle suçluyu aşağılanmışlık/onursuzluk lekesinden sözde kurtarmak, kimi zaman da suçlanabileceği, fakat henüz suçlanmadığı suçlarını öğrenmek amacıyla yapılmaktadır.” Beccaria, a.g.e., s.85; Selçuk, a.g.e., s.46.

³⁸¹ Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.529 ve 582.

³⁸² Madde gerekçesi.

³⁸³ Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.362.

³⁸⁴ Yurtcan, a.g.e., s.191.

³⁸⁵ Artuç, a.g.e., s.513.

de bir insan olduğu ve çalışmanın girişinde ifade edildiği gibi beşer olması dolayısıyla şaşırtıp yanlış yollara meyledebileceği unutulmamalıdır. Kısacası burada, esas itibarıyla can alıp ya da can yaktığı için değil, başlı başına toplumsal güveni yok ettiği için bir insanlık suçu olan işkencenin sıradanlaşmasından, bir başka deyişle işkenceyi kanıksamaktan kaçınılmalı³⁸⁶.

Tarihsel süreçte işkence, zanlıdan ikrar³⁸⁷ almak için yasal bir yol gibi görülmüş³⁸⁸ olsa da özellikle Aydınlanma Çağından beri kınanan insanlık dışı bir eylem olarak ele alınmış ve tıpkı mevzuatımızdaki 94. maddede olduğu gibi yasaklanma yoluna gidilmiştir³⁸⁹. Ancak hem ülkemizin hem de tüm dünyanın kadim problemi olan işkence, maalesef ki hemen her dönem az ya da çok yapılagelmiştir³⁹⁰. Hele ki aşağıda zikredecek olduğumuz sıkıyönetim mahkemesi kararları da dikkate alınacak olursa hususen olağanüstü şartlarda daha da yaygınlaştığı kaçınılmaz bir gerçektir.

Şüphesiz söz konusu olayın altında, özellikle soruşturma safhasında karşılaşılan işkence bağlamında kolluk görevlileri üzerinde hukuk bilgisi ile donanmış savcının

³⁸⁶ Güney Dinç, “Savunma Hakkı ve İşkence”, **TBBD**, S.1, (1988), 54-63, s.56; 1987 tarihli “Ceza Kanunu Öntasarısı”nın eleştirisel bir değerlendirmesini yapmak üzere kaleme alınan bir ceza kanununun nasıl olması gerektiğini ifade eden bir eserde de benzer şekilde şu ifadelere yer verilmiştir: “Nihayet baskıcı ceza sistemlerine özgü olan ve günümüzde “insanlık suçu” diye nitelendirilen “işkence suçları”nı bu şekilde hafifletme çabalarını, demokratik-özgürlükçü bir devlet anlayışıyla bağdaştırmak da mümkün değildir.” Nevzat Toroslu, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, Ankara: V Yayınları, 1987, s.100.

³⁸⁷ İkrar kelime anlamı itibarıyla “saklamayıp doğruca söyleme, benimseme, kabul, onama, tasdik” anlamlarına gelmektedir. www.tdk.gov.tr (16.09.2016); “İkrar, yani kişinin işlediği suçu söylemesi, Ortaçağ Avrupasında en çok itibar edilen delil, suç kanıtı olarak kabul edilmişti.” Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.145-146.

³⁸⁸ “Ceza Muhakemesinin amacı, tarihi süreç içinde değişiklikler göstermiştir. Eski devirlerde, özellikle orta çağda amacın «suçlunun cezalandırılması» olan bir dönem yaşanmıştır. Amaç suçlunun cezalandırılması olunca da mahkemeyi bu sonuca götürebilecek her yöntem meşru sayılmıştır. Bu devirde suç delillerini ve suçluları saptayabilecek teknik olanakların da yetersiz oldukları düşünülecek olursa, geriye kalan en kolay ve belki de tek yöntemin «sanığın ikrarını sağlama» olduğu kolayca anlaşılır. İkrar ise kural olarak insan psikolojisine, «kendini koruma» içgüdüsüne aykırıdır. Ancak son derece istisnai durumlarda, sanığın, serbest iradesinin mahsulü bir ikrardan söz etmek mümkün olabilir. O halde temeli sanığın ikrarına dayanan bir muhakeme sisteminde, davaların büyük çoğunluğunda sanığın ikrarı mevcut ise, bu sistemde «ikrarda bulunmaktan» değil, «ikrar elde etmekten» söz etmek daha doğru olur.

Orta çağ ceza muhakemesi hukuku bu açıdan adeta «uzmanlaşmış» bir hukuk idi. İkrar elde etmek için en çok başvurulan yöntem de kuşkusuz «işkence» idi. Sanıklara işkence uygulanarak ikrar elde ediliyor ve bu ikrara dayanılarak da sanıklar cezalandırılıyorlardı. Böylece esas amaç olan «Suçlunun cezalandırılması» sağlanmış oluyordu. Ayrıca bu ceza sisteminde sanıkların muhakemeye aktif olarak katılan, birtakım hakları ve yetkileri olan birer «süje» değil, sadece üzerlerinde inceleme yapılan birer «obje» olmaları, yani bir «eşya»dan farksız görülmeleri de bu uygulamayı haklı kılıyordu.” Özgen, a.g.e., s.208.

³⁸⁹ Hafizoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1207.

³⁹⁰ Dinç, a.g.e., s.55.

denetim ve gözetiminin tam manasıyla tesis edilememesinin yattığı söylenebilir³⁹¹. Ayrıca Cumhuriyet savcısının bu husustaki tek taraflı denetiminin de tek başına yeterli olmayacağını eklemek zaruridir. Bu sebeptir ki, işkencenin tam manasıyla önünü alabilmek için yargılamanın esaslı diğer ayağını teşkil eden savunma makamına da çağdaş standartlar çerçevesinde savunma hakkını güçlendirecek ve gerçekleştirecek ortamı sağlamak gerekmektedir³⁹². Böylece tam manasıyla adalet tesis edilebilsin.

Buna mukabil, üzerinde suç şüphesi bulunan zanlı suçu ikrar ederse, bu ikrar diğer delillerle doğrulanmadığı müddetçe hükme esas teşkil edemez. Çünkü itiraf, işkence sonucu veya esas faili kurtarmaya yönelik ya da aşırı heyecan ve ruhsal çöküntü sonucu gelmiş olabilir³⁹³. Söz konusu ihtimallerden dolayı Yargıtay da birçok kararında³⁹⁴ tek

³⁹¹ Artuk, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, s.19; Cumhuriyet savcısının özellikle adli kolluk birimleri* üzerindeki görev ve sorumlulukları için bkz. M. Bedri Eryılmaz, “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.65, S.1, (2007), s.110-119; buna karşın yine de, “İşkencenin cumhuriyetin ilk kurulduğu günden beri hukuk düzeni tarafından kesin bir dille yasaklanmış olduğu ülkemizde, işkencenin sistematik bir uygulama halini aldığına ilişkin uluslararası raporların çok da eskide kalmadığı göz önünde bulundurulursa; bunda, yargı organlarının işkence iddiaları karşısındaki yaklaşımının da en az işkence suçunu fiilen işleyenlerinki kadar asli bir bileşen olduğunu kabul etmek gerekir.” Algan, a.g.e., s.31.

***5271 sayılı CMK m.164/1-** “Adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.”

³⁹² Dinç, a.g.e., s.63.

³⁹³ Ertuğrul, a.g.e., s.123.

³⁹⁴ “(...) ikrarın kesin kanıt olarak değerlendirilebilmesi için hâkim huzurunda her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak serbest irade ile yapılması, tutarlı yan delillerle doğrulanması ve işlenen fiilin oluşu ile uyumlu bulunması zorunluluğu karşısında, (...) **yalnız başına** kesin ve hükme yeterli bulunmayan, sanığa ait jandarma ifadesi dayanak yapılarak ve bu ifadeyi alan tanıkların sözlerine de ağırlık verilerek (...) hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” **Y8.CD, T.20.03.1985, E.1985/583, K.1985/1390**, Algan, a.g.e., s.25; “Usul Yasamıza göre, sanığı hakim sorguya çekebilir. Meşhut suçlarda ve gecikmede tehlike olan hallerde bile, savcı veya kolluk sanığı sorguya çekemez. Hazırlık soruşturması sırasında henüz sanık sıfatını alamamışken, kuşkulunun dinlenmesi “sorgu” olmayıp ifade almadır. Sorgu gerekiyorsa, C. Savcısı sulh hakimine başvurur ve sanık isnadı bu sorgu sırasında öğrenir (CYUY.nın 135/1. maddesi).

Sorgu savunma vasıtası olup, kanıt elde edilmek üzere kabul edilmiş bir kurum değildir. Ancak maddi gerçeğin hakim tarafından öğrenilmesinde değerlendirilebilir. Bunun için beyanın kendiliğinden olması, yani cebir veya tazyik altında yapılmaması koşuldur. CYUY.nın 247. maddesine göre, duruşma dışındaki ikrarı içeren tutanağın kanıt olabilmesi için ikrarın hakim önünde yapılması zorunludur. Savcılık veya kolluktaki ikrarı içeren tutanaklar duruşmada kanıt olarak okunamaz. Dolayısıyla kanıt olarak hükme esas alınamazlar.

Kaldı ki **duruşma sırasındaki ikrarın bile tek başına** kesin kanıt olduğu kabul edilemez. Zira bir insanın kendisini suçlu kabul etmesi veya bir başkasının suçunu kabullenmesi olanaklıdır. Bu itibarla duruşmadaki ikrarın da başkaca yan kanıtlarla desteklenmesi gerekir.

İkrar hakkındaki bu açıklamalardan sonra, uyuşmazlık konusu olaya bakıldığında, duruşma sırasında sanığın ikrarının bulunmadığı, hazırlık soruşturması sırasında alınan ifadesinde, suçu işlediğine yönelik beyanının da, on beş yaşından küçük olan sanığın polis korkusuna dayalı olduğu ve esasen ikrar

başına ikrarı yeterli görmediğini ifade etmiştir. Hatta Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu hususta vermiş olduğu bir kararında, kolluğun kişi üzerindeki baskısının devam ettiği gerekçesiyle hâkim huzurunda verilen ikrarın dahi tek başına hükme esas alınamayacağını belirtmiştir³⁹⁵.

Öte yandan altını çizmek gerekirse, işkence esas itibarıyla ifade alma ya da sorgu gibi bir usul safhasında karşımıza çıkmaktadır³⁹⁶ ve işkencenin yapılabileceği, ne mezkûr kavramların düzenlendiği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.147’de³⁹⁷ ne de ifade alma ve sorguda yasak usullerin düzenlendiği m.148’de³⁹⁸ yazmaktadır.

niteliğinde de bulunmadığı, suçu işlediğine dair başkaca herhangi bir kanıt da olmadığı ve şikayetçinin olaydan hemen sonra kolluğa başvurması nedeniyle, kolluğun dava konusu olaydan sanık yakalanmadan önceki dönemde bilgi sahibi olduğu anlaşılmaktadır. O halde sanığın suçu işlediğine yeterli kanıt bulunmadığından, yüklenen suçun sübuta ermediği kabul edilmelidir.” **YCGK, T.10.12.1990, E.1990/6-257, K.1990/335**, <http://www.kazanci.com> (03.05.2017).

³⁹⁵ **YCGK, T.07.11.1994, E.1994/8-10, K.1994/260**, Algan, a.g.e., s.26.

³⁹⁶ “Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleriyle İşkence Suçu Arasındaki İlişki” noktasında kısa bir değerlendirme için bkz. Bakım, a.g.e., s.152-153.

³⁹⁷ **CMK m.147-** “(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

- a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.
- b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.
- c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.
- d) 95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.
- e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.
- f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.
- g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.
- h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.
- i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:
 1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.
 2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.
 3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.
 4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.
 5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.”

³⁹⁸ **CMK m.148-** “(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.”

Bilakis üzerinde suç şüphesi bulunan zanlıya suçunu ikrar etmesi için işkence edilmesi, başta bu maddelere³⁹⁹, sonra insan haysiyetiyle bağdaşır bir yanının olmaması hasebiyle demokratik hukuk devleti⁴⁰⁰ ve hukukun üstünlüğü ilkelerine⁴⁰¹ aykırılık teşkil eder⁴⁰². Bu doğrultuda, *insan haklarını ihlal etmeden maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargıya varılması* olarak ifade edilen ceza muhakemesinin amacı da işkenceyle örtüşmemektedir⁴⁰³.

Ancak, bütün bu tarihsel sürece ve Yargıtay'ın takındığı kararlı tavra karşın, aksi yönde örneklerin olduğunu da belirtmek gerekir. Bu minvalde, 4 Eylül 1984 tarihli aşağıda zikredeceğimiz kararında Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi⁴⁰⁴, işkenceye özü ve sözüyle

³⁹⁹ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.19; Ertuğrul, a.g.e., s.124.

⁴⁰⁰ **Adalet Komisyonu Raporu’ndan** “İyi bir suç siyaseti izlenirken göz önünde bulundurulması gereken ikinci ilke, hukuk devleti ilkesidir. Hukuk devleti ilkesi, hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir. Bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici önlemlerin yine hukuk düzeni tarafından konulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı, hukuk devleti ilkesinin gerekleridir.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.10; bu minvalde belirtmek gerekir ki, “(...) anayasalarda, ceza sorumluluğunun genel kuralları, ceza normu’nun suç sayılan hukuka aykırılık yaratmasına ilişkin sınırlar, ceza yaptırımının niteliği ve amacı, temel ceza yargılama yöntem kuralları, ceza infaz koşulları ve yasaklarına yer verilmiştir. Bu açıdan, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı yaratmaktan başlayarak ceza infazına varan aşamalar, ceza yargısı bütünü oluşturur; bu kapsamda, “ceza yargısı”, demokratik anayasal kurallarla sınırlı, insan haklarına ve saygınlığına uygun ve “adil” olmak zorundadır. (...) ceza hukukundaki demokratik, insan haklarına ve saygınlığına uygun ve “adil” olmaktan çıkmış, “bireysel hakları koruma hukuku” olmuştur. Gerçekten, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı, anayasal sistem ile sınırlı olduğuna göre, siyasal güç, görevli, yükümlü ve bağımlı iktidardır. Belirtilen nedenle siyasal gücün, “ceza yargısı bütünü” konusunda, kendisine özgü yetkisi yoktur. Bu nedenle de, siyasal güç, suç sayılan hukuka aykırılık yaratmak, ceza yaptırımının niteliğini ve infazını belirlemek, ceza yargılama yöntemlerini saptamak konusunda, uluslararası sözleşmelerin ve anayasanın kurallarıyla sınırlıdır. Bu nedenle, ceza sorumluluk koşullarını belirlemek ve uygulamak, siyasal güç açısından, “sübjektif hak” olmayıp, “yükümlendiği görev”dir.” Özek, a.g.e., s.39.

⁴⁰¹ Ertuğrul, a.g.e., s.125-126; Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.18.

⁴⁰² Çiftçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, s.24; “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan sorgu yöntem ve esasına ilişkin düzenlemeler (m.147, 148), AİHS m.6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkını sağlamaya yönelik ve işkence ve insanlık dışı muameleyi yasaklayan 3. madde hükmüyle de uyumludur.” Serkan Cengiz ve diğerleri, a.g.e., s.92.

⁴⁰³ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.50-51; Ceza Muhakemesinin amacının maddi gerçeğin araştırılması olduğu, ancak maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun araştırılamayacağı ve buna hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı ile bir sınırlama getirildiği hususundaki kısa inceleme için bkz. Çiftçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, s.22-23; Özgenç ve Şahin, a.g.e., s.182.

⁴⁰⁴ **Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi, T.04.09.1984, E.1984/107, K.1984/375**; Algan, a.g.e., s.15, dn.41 ve s.26; meselenin ehemmiyetine binaen, aynı mahkemenin daha önceki tarihli bir kararından hareketle kaleme alınan şu satırları da zikretmeden geçmeyelim: “İfadenin işkence ile elde edildiği saptanmış ise, genellikle bu ifade artık delil değerini uygulamada da yitirmektedir. Ancak pek ender olmakla birlikte maalesef bazı aksi kararlara da rastlanılmaktadır. Örneğin, Erzincan 2 nolu Sıkıyönetim Mahkemesi 24.1.1984 gün ve Es.1982/160, Kar.1984/5 sayılı kararında, gerekçeli hükmün 180 sahifesinde aynen (şekil itibarıyla dahi) şöyle denmektedir:

«3) İFADELER İŞKENCE İLE ALINMIŞ OLSA BİLE İTİBAR EDİLEBİLİR:

tolerans tanımayan 1982 Anayasası o tarihte henüz yeni kabul edilmiş olmasına rağmen, yukarıda adı geçen hukukun genel prensiplerini⁴⁰⁵ ayaklar altına almıştır:

İşkenceye maruz kalan, doğru cevap vermek zorundadır. Çünkü yanlış bir cevap verdiği takdirde, işkencenin daha da artırılacağını bilir. İfadenin işkence altında alınmış olduğu sabit olsa bile bu, ifadenin gerçek dışı olduğunu ve bu nedenle itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. İşkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir.

Tüm bu anlatılanlar bir bütün halinde değerlendirildiğinde anlaşılabileceği üzere, soruşturma ve kovuşturma yetkisi bulunmayan bir kamu görevlisinin veya bahsedilen yetkileri haiz olmakla birlikte göreviyle ilgisi olmadığı halde mezkûr fiilleri işleyen kamu görevlisinin gerçekleştireceği söz konusu davranışlar işkence suçunu oluşturmaya gerektir. Buna örnek olarak, bir çocuk yuvasındaki öğretmenın bakım ve gözetimiyle yükümlü olduğu bir çocuğa karşı, onu aylarca insan onuruyla bağdaşmayacak surette ayağından bağlama ve kendi pisliğini yemeye zorlama⁴⁰⁶ gibi haller gösterilebilir⁴⁰⁷.

Bu takdirde, az önce ifade ettiğimiz üzere işkence suçundan değil, eziyet suçundan bahsedilecektir. Aksi takdirde, sadece TCK m.6/1-c ve m.94 hükümlerindeki kamu görevlisi ibarelerine bağlı kalınacak olursa bir öğretmenin öğrencisine yönelik

Bir an için ifadeler işkence altında alınmış olsa, böyle olduğu sübut bulsa bile sadece bu husus bu ifadelere itibar edilemeyeceğini göstermez. Başka bir deyişle, ifadeler işkence altında alınmış olsa bile eğer doğruyu ifade ediyorsa, eğer oluşturma ve dosyaya uygunsu itibar edilebilir.» Bu karar hakkında herhangi bir şey söylemeyi gereksiz görüyoruz.” Özgen, a.g.e., s.225-226.

⁴⁰⁵ Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü, iyi niyet (bonafides), ahde vefa (pacta sunt servanda), kazanılmış haklara saygı, kanunların geriye yürümezliği, yasaların kamu yararına dayanması, devletin bağımsızlığı ve sürekliliği ile ulusal başvuru yollarının tüketilmesi gibi pek çok ilkeye AYM, kararlarında defaatle “hukuk devletin, Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir” diyerek, açıkça Anayasa-üstü ölçü norm değeri vermiştir. Bu husustaki değerlendirme ve kararların künyelerine ulaşmak için bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.496-499; Hukukun genel ilkeleri bakımından benzer şekilde bkz. Özbudun, a.g.e., s.136-139; ancak yukarıda da atıfta bulunulan “(...) kararlarla, milletlerarası hukukun Türk hukukuna üstünlüğünün açıkça tesis edildiği ve milletlerarası hukuk kurallarına “anayasa üstü ölçü norm değeri” kazandırıldığı”nın iddia edilip edilemeyeceği bakımından farklı bir bakış açısı için bkz. Özbudun, a.g.e., s.422-425; öte yandan, özellikle Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. Madde kapsamında genel hukuk ilkelerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. Aksar, a.g.e., s.57-84.

⁴⁰⁶ Nitekim verdiğimiz bu örneğe de benzer şekilde, çok güncel bir Yargıtay içtihadına da yansıdığı biçimde, “Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne bağlı 0-6 yaş çocuk yuvasında yeterli ve gerekli belgeleri olmasa da bakıcı anne olarak çalıştırılan sanığın olay tarihinde yuvada kalan ve yaşından ötürü henüz tuvalet alışkanlığı edinmemiş olan yaşı küçük katılanın tuvaletini altına yapması üzerine hiddete kapılarak katılana dışkısını yedirmesi şeklindeki eyleminin katılanın bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına yol açacak nitelikte olup eziyet suçunu meydana getirdiği ve kabulün de bu yönde bulunduğu gözetilmeksizin sanık hakkında yazılı şekilde kötü muamele suçundan hüküm kurulması,” bozma nedeni sayılmıştır. Y3.CD, T.18.01.2017, E.2016/15265, K.2017/210, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (08.05.2017).

⁴⁰⁷ Artuç, a.g.e., s.513.

gerçekleştireceği sistematik davranışlar dahi işkence suçu olarak değerlendirilebilecektir⁴⁰⁸.

Bu yanlış değerlendirmeye örnek olarak, Yargıtay da eski tarihli bir kararında, zikrettiğimiz kabule benzer şekilde düşünmüş olacak ki belediyeye ait iş makinesinin saatlerini çaldığından şüphe ettikleri şahsa suçunu itiraf ettirmek için, işkence ve benzeri kötü muameleler uygulayan belediye başkanı ve zabıta amirinin işkenceden cezalandırılması gerektiği yönünde hükme varmıştır⁴⁰⁹. Ancak böyle bir değerlendirmenin yerinde olmadığını tekrar ifade etmek mecburiyetindeyiz.

Özetle, mevcut kanuni düzenleme altında bu yaklaşım çerçevesinde işkence suçunun oluşabilmesi için failin, görevi sırasında, görevle bağlantılı olarak ve mağdurun maddi veya manevi acı çekmesine aşağılanmasına neden olacak hareketleri yapan kamu görevlisi olması gerekmektedir⁴¹⁰. Ancak hususen belirtmek gerekir ki kamu görevlisinin işkenceye başvuru nedeni⁴¹¹ ile ifa ettiği görev arasında bir nedensel bağ bulunmalıdır⁴¹². Aksi takdirde, işkence suçu değil, eziyet suçu oluşacaktır.

⁴⁰⁸ Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.344; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.232.

⁴⁰⁹ “Sanık Safranbolu Belediye Başkanı Ö.A. ile Belediye Zabıta Amiri olan diğer sanık M.G.’nin; Belediyeye ait treiderin saatlerini çaldığından şüphe edilen ve hakkında zabıtaya da şikayette bulunduğu anlaşılan mağdur Ş.S.’ye suçunu söyletmek ve çaldığı ileri sürülen saatleri meydana çıkartmak için, belediye zabıta amirliği odasında dövmek ve koltuk altlarına kızgın yumurtalar koymak suretiyle işkence yaptıkları ve bunun için de adı geçeni dört saat kadar orada alıkoyup kapıyı üstüne kilitledikleri soruşturma kağıtları münderacatından anlaşılmış ve olayın mahiyeti ve cereyan tarzı mahkemece de bu suretle kabul edilmiş ve buna göre sanıkların asıl maksatları, Ş.S.’ye suçunu ikrar ettirip çalınan saatleri meydana çıkartmaktan ibaret bulunmuş ve T.C.K.nun 235 sayılı Kanunla değişen 243 üncü maddesi ile (mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından vesair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselere cürümlerini söyletmek için işkence ederlerse (...) hükmünü ihtiva etmeyip memuriyetleri, sıfatları ve olayın cereyan tarzı itibarıyla sanıkların da bu hükmün şümulüne dahil bulundukları sonucuna varılmış ve sözü geçen maddede (soruşturma yapan) veya (soruşturmaya yetkili bulunan) gibi kayıt ve unsurlar bulunmamış olması da bu görüşü teyit eder mahiyette görülmüş ve nitekim Memurin Muhakematı Kanunu hükümlerine tevfikân verilmiş olan son soruşturmanın açılması kararı mahkemece, yetkili merciden verilmiş bir karar niteliğinde kabul olunarak ve böyle bir karara dayanarak duruşma yapıp hüküm verilmiş olması da sanıkların mahkemece olayda görevli olduklarının kabulü anlamını ifade eylemiş olduğu halde 243 üncü madde yerine 179/2 nci madde ile hüküm verilmesi yolsuzdur.” **Y1.CD, T.13.01.1970, E.1969/1730, K.1970/118**, Abdullah Pulat Gözübüyük, a.g.e., s.956-957; kararın bir kısmı için bkz. Üzülmüş, “765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, s.320-321, dn.3; daha öz şekliyle bkz. Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, s.28, dn.11.

⁴¹⁰ Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.232.

⁴¹¹ “İşkence yapılmasında güdülen amaçların çeşitli olduğu ileri sürülmektedir:

a — Suçluyu cezalandırmak için işkence yapıldığı iddia edilmektedir. Hazırlık tahkikatı safhasında bulunan ve zan altında olan şahsın suçlu olduğu kesinlikle anlaşılamadan cezalandırma maksadı ile nasıl işkence yapılacaktır?, hem bu takdirde Yargıç ve Savcıya ne lüzum kalıyor? ;

Bu görüşe bizim de katıldığımız şekilde bir şerh düşmekte fayda vardır. Geline nokta, aşağıda sırasıyla zikredeceğimiz örnekler de katıldığımız yaklaşımı destekler niteliktedir. Kısacası, işkence teşkil eden hareketlerin görevin ifası sırasında gerçekleştirilmesi suçun oluşması bakımından tek başına yeterli değildir⁴¹³. Burada eylemleri ortaya koyan kamu görevlisinin işkenceden sorumlu olabilmesi için söz konusu eylemleri muhakkak *görevi gereği* gerçekleştirmesi gerekir⁴¹⁴. Nitekim, her kamu görevlisinin tipikliğin bünyesinde yer alan davranışları gerçekleştirmesi durumunda bunları

b — Sanığa suçu itiraf ettirmek için işkence yapıldığı ileri sürülmektedir. Zira itirafın ispat edici gücüne o kadar inanılmaktadır ki itiraf edilen olayın aksi düşünülmemektedir.

c — Delil araştırmak için işkence yapıldığı bildirilmektedir. Hiçbir usul yasasında delil elde etmek için işkencenin yapılabileceği hakkında hüküm yoktur.

d — Suçun ve suçlunun şeriklerini açığa çıkarmak için işkence yapıldığı iddia edilmektedir. Oysaki kendi kendini ithama zorlanan şahıs başkasını daha kolaylıkla itham edebilir. Hem bu şekilde ileri sürülen iddia, ihaneti müdafaa ve hiyaneti meşrulaştırmış olmuyor mu?,

e — Bilgi elde etmek için işkence yapıldığı ileri sürülmektedir, işkence ile elde edilen bilgi ne derece inandırıcı olacaktır?,

f — İfadeler arasındaki tenakuzu bulmak ve suçlunun muhtemel diğer suçlarında ortaya çıkarmak amacı ile işkence yapıldığı, ileri sürülen diğer bir iddiadır. Fakat ifadeler arasındaki tenakuzu gidermenin ve muhtemel diğer suçları da ortaya çıkarmanın yolu herhalde işkence olmasa gerektir.” Ertuğrul, a.g.e., s.121-122.

⁴¹² Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.28; Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.153-154; Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1030; “görevle bağlantı” noktasında, nöbeti esnasında uyuması dolayısıyla bir askere pimi çekilmiş el bombası veren teğmenin hareketinin ayrıntılı incelemesi için bkz. Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.92.

⁴¹³ “Kanımcı işkence oluşturacak fiillerin, görev sırasında işlenmesi suçun işkence olarak nitelendirilmesi için yeterli olmayıp, işkence oluşturacak fiillerin işkence olarak nitelendirilmesinde görevle bağlantılı olması hususunun aranması gerekir. Kamu görevlisinin göreviyle bağlantı hususunun tespiti için somut olaya bakmak gerekir. Örneğin, devriye gezen bir polis memurunun görevi esnasında intikam amacıyla bir kimseye işkence oluşturacak fiilleri yapması halinde, sırf kamu görevlisi olması sebebiyle işkence suçunun faili olması anlamsız olacaktır. Bununla birlikte bir kamu görevlisi, fiilen görevli olmasa dahi, göreviyle bağlantılı olarak bir kişiye – örneğin izinli olduğu dönemde bir polis memurunun karakolda sorguda bulunan bir kişiye suçunu söyletmek amacıyla – yaptığı insanlıkdışı ıstırap veren davranışları gerçekleştirdiği için işkence suçunun faili olabilecektir. Bu son örnekte, fail görevinden doğan yetkiden istifade ederek, fiili kolaylıkla gerçekleştirmektedir. Herhangi bir kişi karakola girip sorguda bulunamayacağına göre, fail kamu görevlisi olmaktan kaynaklanan gücünü ve mağdur karşısında kamu görevlisi olmanın verdiği rahatlığı kullanarak işkence niteliğindeki hareketi yapmaktadır. Buna karşılık tatilini yapmakta olan bir memur, yolda kendisini yanlış sollayan kişiye işkence niteliğindeki fiilleri yaparsa, fail işkenceden değil eziyet suçundan sorumlu olacaktır.” Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.91-92; **benzer şekilde bkz.** “bir jandarma subayının kızını rahatsız eden kişileri, jandarma karakoluna götürerek işkence yapan jandarma subayı bakımından işkence suçu kabul edilecek midir? Burada da jandarma subayı bakımından şahsi bir neden bulunmaktadır. Ancak karakola götürerek, karakolda işkence yapmak artık kamu göreviyle bağlantılıdır ve bu nedenle eylemin işkence sayılması gerekir. Aynı subayın, aynı nedenle kişiye dışarıda işkence niteliğindeki hareketleri yapması halinde ise artık eziyet suçunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir.” Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.344.

⁴¹⁴ “Bir başka örnek: Üniversite profesörü, beş asistanını da yanına alarak, kirayı ödemeyen kiracıya işkence yaparsa, bu eylemler eziyet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık ortaya çıkan soru, bu kimselerin bir öğrenciye yönelik olarak bu eylemleri gerçekleştirmesi halinde işkence suçunun mu, yoksa eziyet suçunun mu oluşacağıdır. Burada da görev ile nedensel ilişki üzerinde durmak gerekir. Öğrenciye özel bir olay ile ilgili olarak yapılan hareketler eziyet suçunu oluşturacakken, üniversite ile ve öğrenci-hoca ilişkisi ile bağlantılı nedenlerle yapılan hareketlerin işkence suçu olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.” Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.345.

işkenceden cezalandırmanın maddenin ihdas edilişindeki amaçla uyuşmadığı ortadadır. Zira dikkate değer bir misalle ifade etmek gerekirse, *vergi dairesinde çalışan bir memurun mükellefe karşı işlediği fiiller işkence oluşturmamalıdır*⁴¹⁵.

Doktrinde bu meseleyi açık ve net bir şekilde bütün tartışmalı yanlarıyla ortaya koyan şu satırlar, konuyu daha anlaşılır kılması bakımından burada aktarılabilir⁴¹⁶:

(...) bize göre, kamu görevlisinin ancak *görevi gereği* gerçekleştirdiği davranışlar bu çerçevede değerlendirilebilir.

Öte yandan, *Üzülmez*'e göre, davranışlar “*görevle bağlantılı olarak, görevin ifası sırasında, yani kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmiş olmalıdır*”. Bu husus, yani işkencenin “kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” işlenebileceği, madde gerekçesinde belirtilmiştir. O halde, bu görüşe göre, sıfatın kötüye kullanılarak işkence niteliğindeki hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda, olsa olsa md.96'daki eziyet suçundan mahkumiyet söz konusu olabilecektir.

Eylemin ancak görev vesilesiyle işlenmesi durumunda işkence suçunu oluşturabileceğine katılmakla beraber, “sıfatın kötüye kullanılması – nüfuzun kötüye kullanılması” şeklindeki ayrımı gereksiz gördüğümüzü belirtmeliyiz. Çünkü, işkencenin özgü suç olması ile, onu karakterize eden özel kast arasında sıkı bir bağ vardır. Gerçekten, teknik anlamda (ve tarihi-sosyal gelişimi bağlamında) işkence terimi, devletin fiziksel denetimi altında olan bir vatandaşa karşı, belirli bir saikle işlenen maddi ya da manevi yönden ağır acı ya da eza verici davranışları tarif eder. Yeni TCK'da ise bu spesifik (belirli) amaç (daha doğrusu saik), yani özel kast unsuru arındırılmış, fakat özgü suç olma durumu sürdürülmüştür. Durum böyle olunca, artık fail kamu görevlisi olduktan sonra, görevle bağlantıyı (sıfatın kötüye kullanılmasını) aramak yeterli olmalıdır; nüfuzun da kötüye kullanılmış olmasına gerek olmamalıdır.

Buna karşılık, davranışın görevle hiçbir mantıkî bağı yoksa, elbette ki işkence suçu oluşamaz. Gerçekten de, devlet memuru olan bir kimsenin intikam için evine hapsedtiği bir kimseye insanlık dışı davranışlarla büyük ıstırap vermesi durumunda, sadece kamu görevlisi olma sıfatına dayanarak işkence suçunun faili sayılması anlamsız olacaktır.

Kanun koyucunun buradan hareketle eziyet suçunu tanzim ederken, söz konusu fiilleri, sade vatandaşın veya göreviyle alakalı olmamak kaydıyla kamu görevlisinin işlediği fiilleri cezasız bırakmamayı ve bu suretle başta insan onurunu koruma altına almayı murad ettiği söylenebilir, ki bu şekilde kamu görevlisi olup da görevleri dışında işkence niteliği taşıyan fiilleri icra eden kişiler eziyet suçu kapsamında cezalandırabilsin⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.345.

⁴¹⁶ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.373; ayrıca aynı eserde, İspanyol hukukunda bu meselenin nasıl çözüldüğüne ilişkin bkz. s.374.

⁴¹⁷ Koca ve Üzülmez, a.g.e., s.258; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.336; Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.76.

Anlatılanlardan hareketle failin kamu görevlisi olmasından kaynaklanan işkence suçu, özgü (mahsus) suç⁴¹⁸ özelliği taşımaktadır⁴¹⁹. Eziyet suçu ise böyle bir özellik arz etmemektedir. Dolayısıyla sırf bu sebepten ötürü bile içerikleri neredeyse aynı bu suçların farklı maddelerde konumlanmasının yanlış olduğu fikrini⁴²⁰ dillendirmek gerekir. Bu yaklaşım, günümüzde anlaşıldığı gibi eziyet ve işkence farkını tam olarak ortaya koymasa bile, yukarıda “Tarihi Gelişimi” başlığı altında da değindiğimiz gibi, farklı tarihlerde hazırlanan kanun tasarılarında kendini göstermiştir. Bu açıdan örnek vermek gerekirse, 1997 Tasarısı’ndaki işkence suçunu düzenleyen m.139’un gerekçesinde yer alan “*Suçun maddi unsuru; bir kimsenin bir başka kimseye maddi veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren hareketlerde bulunması, manevi unsuru genel kasttır. Fiilin eziyet etme, eza verme bilinç ve isteği ile kasten işlenmesi şarttır.*” ifadeleri⁴²¹ konuyu özetler mahiyettedir. Kanaatimizce de bu minvalde, eziyet suçunun genel bir suç tipi olarak tanzimi yerinde olacaktır.

Ayrıca, işkence suçunda failin kamu görevlisi olmasına ilişkin esas sorunun tespiti ve en makul çözüm önerisi için şu değerlendirmeyi yapabiliriz⁴²²: Esas itibarıyla burada sorun, TCK m.94’te işkence suçunun işlenebileceği alanlara ilişkin en ufak bir sınırın tayin edilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ceza yargılaması, disiplin yargılaması gibi alanlar madde metninde belirlenmiş olsaydı, failin tespiti noktasında yukarıda bahsini ettiğimiz problemlerle karşılaşmış olmayacaktık. Dahası söz konusu davranışlarla karşılaşıldığında, işkence suçundan, sadece ilgili yargılamaya katılmaya yetkili kamu

⁴¹⁸ “Mahsus suçlar, ancak belirli sıfat veya nitelikleri taşıyan kimselerce işlenmesi kabil olup, bunların dışında kalan kişilerce işlenmelerine imkân bulunmayan suçlardır: bu gibi suçlarda herkes suç faili olamaz ve suç failinin belirli bir sıfat ve niteliği olması, suçun bir unsuru veya önşartı sayılır.” Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, 10. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1994, s.423; Sulhi Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2003, s.254.

⁴¹⁹ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.27; Nurullah Aydın, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, s.197; Nuhoğlu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.558; Özcan, a.g.e., s.22; Yurtcan, a.g.e., s.191; Kaan Yırtımcı, “Yeni TCK’nın 765 sayılı TCK ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, S.1, Ankara, (2005), 10-19, s.18; 765 sayılı Kanun döneminde işkencenin gerek fail gerekse mağdur açısından taşıdığı mahsus suç niteliği bakımından ayrıntılı inceleme için bkz. Üzülmüş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, s.75-92.

⁴²⁰ Fatih Selami Mahmutoglu, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (357-372), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s.372; Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.40; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.245.

⁴²¹ Dönmezer ve Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, s. 525.

⁴²² Başbüyük, a.g.e., s.1449-1450; yazarın çözüm olarak önerdiği Alman Ceza Kanunu m.343 hakkındaki kısa incelememiz için bkz. 2.1.2.3. Almanya.

görevlilerini fail olarak sorumlu tutabilecektik. Burada, Alman Ceza Kanunu'nda işkenceye tekabül eden *zorla ifade alma suçu* örnek olarak gösterilebilir. Bu suç kapsamındaki ceza yargılamasına, sadece resmi merciler tarafından gözetim altına alınmasına ilişkin yargılamaya, idari para cezası yargılamasına ve disiplin yargılamasına katılmaya yetkili memur kişiler fail olabilir. Buna göre asker kişiler, hâkim, savcı, polis, idari ve disiplin soruşturmasındaki memurlar zorla ifade alma suçunun faili olarak değerlendirilebilir.

TCK m.94'e, benzer şekilde sınırlayıcı bir düzenleme yapılmadıkça, TCK m.6 çizgisinde her kamu görevlisinin işkence suçunun faili olabileceği yönünde yapılacak oldukça geniş yorum, açıkça suçun ihdas amacıyla ters düşer. Bu sebeple kanaatimizce, zikrettiğimiz düzenleme yapılmasa bile geçmiş kanun dönemi de göz önüne alınarak, işkence suçunun failinin yalnızca kuvvet kullanma görev ve yetkisine sahip kamu görevlilerinin olabileceği yönündeki daraltıcı yorum tarzının benimsenmesi yolu tercih edilmelidir. Nitekim aşağıda ifade edileceği üzere işkencenin tanımını yapan uluslararası sözleşmeler de fail ve manevi unsurları bakımından işkenceyi daha dar bir çerçeveye oturtmaktadır⁴²³.

İfade etmek gerekirse bağlılık kuralının düzenlendiği TCK m.40'ın, özgü suçlara ilişkin olan 2. fıkrasında ancak özel faillik niteliğini taşıyanların fail olabileceği, suçun işlenişine iştirak eden diğer kişilerin ise azmettiren yahut yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Niteliği itibarıyla bir özgü suç olan işkencede suça iştirak eden şerikler kamu görevlisi olmasalar bile m.94/4 gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılmaktadır. Böyle bir hüküm ihdası suretiyle kanun koyucu, özgü suça iştirak edenlerin fail olarak suça katılabileceğini ifade ederek genel hüküm olan 40/2. maddeye bir istisna getirmiştir⁴²⁴. Yani açık bir ifadeyle, bu suça katılan şerikler, hukuksal olarak, fail statüsünde kabul edilmişlerdir. Pratikte bunun ifade ettiği anlam ise, özellikle yardım eden

⁴²³ Daha geniş bilgi için bkz. 2.1.1. Uluslararası Belgelerde Ele Alınışı.

⁴²⁴ Artuk, "İşkence Suçu (TCK m.94, 95)", s.32-33; Nurullah Aydın, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, s.197; Ahmet Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması (2. Cilt Madde 53-125)**, Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2009, s.2329; Gündel, **5237 Sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, s.1102-1103; Mahmutoglu, "İşkence ve Eziyet Suçu", s.1038; Üzülmüş, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", **Hukuk ve Adalet**, s.233.

statüsündeki şeriklerin TCK m.39'daki ceza indirimlerinden istifade edemeyecekleridir⁴²⁵. Ancak bu durumu herhalükarda böyledir diye değerlendirmek yanlış olacaktır. Kanaatimce her somut olayda işkence suçuna iştirak eden şerikin yaptığı harekete bakmalı ve ona göre bir değerlendirmeli yapılmalıdır. Eziyet suçu bakımındansa böyle bir istisna mevzu bahis değildir.

2.2.1.3.3. İhmali Davranış Bakımından

İşkence suçunun ihmal suretiyle⁴²⁶ işlenebileceği ve bu sebeple verilecek cezada herhangi bir indirim yapılmayacağı m.94/5'te düzenlenmiştir. Bu husus, madde gerekçesinde “İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımnı muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir.” denilmek suretiyle de örneklendirilmiştir. Aslında meselenin ehemmiyetine istinaden bu düzenleme, amirlerin, çoğu zaman emirleri altındaki memurların işlediği işkence teşkil eden davranışlara müdahale etmeyerek, işkenceye zımnen rıza göstermiş olma ihtimallerine karşılık önleyici ve caydırıcı bir nitelik

⁴²⁵ Fatih S. Mahmutoglu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İÜHFİM**, C.LXIII, S.1-2, (2005), 57-112, s.80-81.

⁴²⁶ “İhmali hareketin cezai sorumluluğu doğurabilmesi, failin neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır.” Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.24; “Hukuksal yararlar saygı gösterilmesi gereği iki şekilde ihmal edilebilir: İlk bir hukuki yarara tecavüz teşkil eden bir hareketin yapılması, ikinci olarak da hukuki yararı koruyan hareketin yapılmaması suretiyle. Bununla beraber garantörsel ihmali suçları da bu ayrıma dahil ederek, üçlü bir ayırım yapılabilir: nitekim icra ve ihmalle işlenebilen suçların yanı sıra, hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilen suçlar da söz konusu olabilir. Bunların icrai şekli açık iken ihmali şekli, garantörsel ihmali suçlar dediğimiz, ihmali suç kategorisini oluşturmaktadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, yangın suçu hem icrai hareketle hem de ihmali hareketle işlenebilir. Nitekim başkasının bir cisme ateş koymasından sonra, itfaiye görevlilerinin neticeyi önleme olanağına sahip olmalarına rağmen, müdahaleden kaçınmaları halinde, garantörsel ihmali suç söz konusu olur.” Hakan Hakeri, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İhmali Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y.2, S.5, (2005), 112-155, s.115; “Ceza kanunumuz garantörsel ihmali suçlara ilişkin olarak genel hükümlerde bir düzenlemeye sahip olmayıp, özel hükümler kısmında ve sadece öldürme, yaralama ve işkence suçlarında garantörsel ihmali suçları düzenlemiş bulunduğundan, burada ortaya çıkan sorun, söz konusu suçlar dışında garantörsel ihmali suç kabul edilmesinin mümkün olup olmayacağıdır.

Esasen yabancı kanunlara bakıldığında, düzenlemenin genel hükümlerde yapıldığı ve bütün suç tipleri için geçerli olduğu görülmektedir. Ceza kanunumuzda ise bu yola gidilmeyip, sadece belirli suçlar için özel hükümler kısmında bir düzenleme yapılmış olmasının, kanun koyucunun sınırlama amacı güttüğü ve diğer suçlarda garantörsel ihmali suç uygulaması istemediği şeklinde yorumlanabilirse de, kanunun hazırlanışı göz önünde bulundurulduğunda ve ülkemizde garantörsel ihmali suçlara ilişkin önceki kanun dönemindeki uygulamanın neredeyse hiç olmadığı da düşünüldüğünde, kanun koyucunun, bu suçlara ilişkin açık bir düzenleme ile uygulamayı başlatmak istediği, ancak amacının diğer suçlar bakımından bir engelleme olmadığına söylenebileceği kanaatindeyim. Aksi düşünce tarzı, diğer suçlar bakımından garantörsel ihmali suç uygulamasını da kapatacağından, kanımca savunulamaz. Bununla beraber, bu yöndeki tereddütlerin ortadan kalkması için mutlak olarak genel hükümler kısmında bir düzenlemeye gereksinim vardır.” Hakan Hakeri, “İhmali Suçlar”, **CHD**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Y.2, S.4, (2007), 137-169, s.169; her ne kadar 765 sayılı Kanun döneminde kaleme alınmış olsa da ihmali suçlara ilişkin daha kapsamlı bilgi için bkz. Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

taşımaktadır⁴²⁷. 5237 sayılı TCK henüz yasalaşmadan önce bu durum, Adalet Komisyonu Raporu'nda da şöyle yer almıştır⁴²⁸:

İşkencenin gizli bir himaye görmesini önlemek ve işkenceyi etkin bir şekilde önleyebilmek amacıyla, işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi haline ilişkin olarak Tasarıya özel bir hüküm konulmuştur. İşkence fiilleri, bunu önlemekle yükümlü olan kamu görevlileri tarafından genellikle müsamaha ile karşılanmakta ve hatta, sarıh ve zımni bir şekilde teşvik dahi edilebilmektedir. Bu durumlarda, işkenceyi gerçekleştiren görevlileri cezalandırma imkanı bulunsa bile, işkence yapma hususunda sarıh veya zımni bir şekilde teşvikte bulunan amir konumundaki kamu görevlileri, genellikle cezasız kalmaktadır. Bu kişilerin cezasız kalmamasını temin amacıyla Tasarı metnine hüküm konulmuştur.

İşkence suçundaki bu açık hükme karşın, eziyet suçunda suçun ihmal suretiyle işlenip işlenemeyeceği ihtimali düzenlenmemiştir⁴²⁹. İşkence bakımından söz konusu durum, amirin en azından olası kastıyla, yani gerçekleşen davranışları bilip bunlara kayıtsız kalmasıyla mümkündür⁴³⁰. Aksi takdirde, işkence teşkil eden eylemlerden bihaber olan amirin suça iştirak ettiği söylenemez; ki zaten bu hallerde ise, amirin görevi kötüye kullanma yahut görevi ihmal suçlarından⁴³¹ sorumluluğu cihetine gidilecektir⁴³².

⁴²⁷ Mahmutoğlu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1033; “94. madde hükmü, kuşkusuz kolluk kuvvetlerinin amiri konumundaki kamu görevlilerinin işkenceye karşı daha duyarlı hareket etmesini sağlamaya yöneliktir. Ancak hüküm birçok soruya cevap vermekten uzak, muğlak ve yoruma açıktır. Fıkra anlaşıldığı kadarıyla, “işkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımni muvafakatıyla gerçekleşmektedir” varsayımına dayanmaktadır. 94. maddenin bu şekildeki düzenlenmesi, zor kullanma önlemlerinden herhangi birine başvurulması veya kolluk görevlilerinin rutin bir etkinliği bile işkence sayılabilecek bir davranışı ortaya çıkarmasına elverişlidir. Ayrıca anılan fıkarda, işkence suçlamasıyla hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin en yakın amiri mi?, yoksa silsile yoluyla bütün amirleri mi bu suç nedeniyle sorumlu tutulacaklardır? Bu durum açık ve anlaşılır değildir. Ayrıca işkence suçu nedeniyle ast konumundaki kamu görevlisi hakkında soruşturmaya başlanmasıyla beraber, amirler hakkında da soruşturmaya başlanacak mı, yoksa ast hakkında verilecek nihai hüküm beklenecek mi? Bu soruların cevaplarının mevcut durumda karşılık bulmasının imkânsız olduğu, ancak uygulamalar sonucu durumun netlik kazanacağı düşünülmektedir.” Özcan, a.g.e., s.25.

⁴²⁸ Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.18.

⁴²⁹ Altunç, a.g.e., s.377; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.329; Soyaslan, a.g.e., s.224.

⁴³⁰ Başbüyük, a.g.e., s.1452; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.384.

⁴³¹ **TCK m.257-** “(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”; bu suçlara yönelik kısa bir inceleme için bkz. Ateş, a.g.e., s.21-96.

⁴³² Mahmutoğlu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1033; Özcan, a.g.e., s.25; Yırtımcı, a.g.e., s.18; bu hususu özellikle belirtmek gerekirse, “İşkence suçunun görünüşte içtima ilkelerinden “özel-genel norm” ilişkisi kapsamında başka bir suç ile bağlantılı şekilde gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, özel norm uygulanacaktır; örneğin, işkence suçunu (TCK m.94) işleyen kamu görevlisi, aynı zamanda genel hüküm olan görevi kötüye kullanma (TCK m.257) suçunu da ihlal etmiştir; ancak TCK m.257 uygulanamayacaktır.” Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.108.

Öte yandan, failin işkence teşkil eden hareketlerinden haberi olan kişinin, aynı statüde ya da ast konumundaki kamu görevlisi olması durumunda ise, çözümümüz, tüm kamu görevlilerine görevleri dolayısıyla öğrendikleri suçları yetkili makama bildirme yükümlülüğü getiren TCK m.279⁴³³ kapsamında, kolluk faaliyeti yürüten kamu görevlileri açısından da zaten suçu önleme yükümlülüklerini vazeden PVSK m.1⁴³⁴ bağlamında neticeyi önleme yükümlülüklerine sahip oldukları gerekçesiyle mezkur kişinin m.94/5'te düzenlenen ihmal suretiyle işkenceden sorumluluğu cihetinde olacaktır⁴³⁵. Yani, kısaca TCK m.94/5'ten dolayı sorumluluğun doğabilmesi için, her ne kadar madde gerekçesi sadece “amir”den bahsediyor olsa bile, failin, neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında bulunan garantör sıfatını haiz bir kamu görevlisi olması gerekir⁴³⁶.

Peki bir kamu görevlisinin yetkili olduğu alan içerisinde, misalen nezarethanede ya da bir tutukevinde veya hapisanede bulunan ve kamu görevlisi olmayan başka bir kişinin diğerine insan onuruyla bağdaşmayan aşağılayıcı davranışlar gerçekleştirmesi ihtimallerinde sorumluluğun neye göre tespit edileceği sorusu nasıl yanıtlanacaktır?

Bu sorunun cevabı, “*ışkence suçu ihmali bir davranışla da işlenebileceğinden, bir başkasının eziyet niteliğindeki davranışına, bunu engellemekle yükümlü olmasına rağmen engel olmayan kamu görevlisi işkence suçunu işlemiş olur.*” şeklindedir⁴³⁷. Burada sırasıyla karakolda görevli polis yahut amir ve tutukevinde görevli gardiyan ya da müdür bakımından ortaya koydukları hareketlerinin, saf ihmali mi yoksa garantörsel ihmali mi olduğu hususunda⁴³⁸ kapsamlı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada, işkencenin

⁴³³ **TCK m.279-** “(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁴³⁴ **2559 sayılı PVSK m.1-** “Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder.
Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar.”

⁴³⁵ “Şu hâlde, TCK m.94’ün gerekçesinde sadece “amirlerin bu tarz ihmalleri dolayısıyla sorumlu oldukları”ndan bahsedilmesi sınırlayıcı olarak algılanmamalıdır.” Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.25; suçu önlemeyen polisin garantörlüğünün kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Hakeri, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İhmali Suçlar”, s.133.

⁴³⁶ Başbüyük, a.g.e., s.1453.

⁴³⁷ Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.299.

⁴³⁸ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmali Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.99 vd.; “İhmali hareketin kanunun özel kısmında suçun unsuru olarak belirlendiği suç tiplerine “saf ihmali suçlar”; buna karşılık kanunun özel kısmında suç olarak -görünüşte- icrai bir hareketin belirlenmiş olmasına rağmen ihmali bir

ihmali davranışla işlenmesinin, fail bakımından kamu görevlilerine özgü suç niteliğinde olması dolayısıyla aynı zamanda bir garantörsel ihmali suç olduğunu eklemeliyiz⁴³⁹. Haliyle örneğimizi teşkil eden ihmali davranışları sergileyen failler, kanunun kamu görevlisi sıfatıyla kendilerine yüklediği garantörlükten dolayı m.94/5 gereğince sorumlu olacaklardır. Ayrıca geldiğimiz aşamada, m.94/4'ün işlerlik kazanabileceği akla gelebilir. Ancak işkence suçunda iştiraki özel olarak düzenleyen 4. fıkra izaha çalıştığımız örnekler kapsamında geçerli değildir. Çünkü bu fıkra, failin kamu görevlisi olduğu, şeriklerin kamu görevlisi olmadığı durumlar için geçerlidir ve ayrıca iştirak müessesesinde suça ortak olan şerikler, bağlılık kuralı ile failin kasten ve hukuka aykırı olarak işlediği fiile bağlıdır⁴⁴⁰.

Olayımızın özünde ise fail, işkence yapan bir kamu görevlisi değil, zikredilen yerlerde kamu görevi ifa eden kişilerin gözetimi altındaki sivil kişilerdir. Dolayısıyla burada yetkili oldukları alan içerisinde müdahale etmeleri gereken eziyet teşkil eden hareketlere ihmali davranışları ile müdahale etmeyen kamu görevlileri, m.94/4 gereğince işkenceye iştirakten değil, m.94/5 gereğince ihmal suretiyle işkenceden sorumludurlar.

Ancak burada şu notu düşmekte de muhakkak surette bir fayda vardır. O da, failin sivil bir kişi olmasına karşın, bir kamu görevlisinin emri ile hareket etmesi ihtimalinde, kamu görevlisi bakımından bağlılık kuralı gereği sorumluluğun işkence suçundan değil, eziyet suçu ve buna iştirakten söz konusu olacağıdır⁴⁴¹. Fakat yine de TCK m.94/4'ün varlık sebebiyle de bağdaşır şekilde, somut olay kapsamında fiili hakimiyeti elinde bulunduran şahsa göre bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Bu bağlamda hakimiyeti elinde bulunduran sivil kişiye, kamu görevlisi ancak eziyet suçuna iştirak eden olabilir. Diğer yandan, fiil üzerindeki fonksiyonel egemenlik kamu görevlisinin tahtı tasarrufundaysa, suça iştirak eden sivil kişi, TCK m.94/4 gereği işkence suçuna iştirakten sorumlu olacaktır⁴⁴².

hareketle işlenen suçlara ise “garantörsel ihmali suçlar” adını vermenin bu suç tiplerini ifade etmekte en uygun olacağını düşünmekteyiz.” Hakeri, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İhmali Suçlar”, s.115.

⁴³⁹ Hakeri, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İhmali Suçlar”, s.123.

⁴⁴⁰ Cengiz Otacı, “Türk Ceza Hukukunda İştirak”, **İBD**, Ceza Özel Sayısı, (2007), 77-110, s.82.

⁴⁴¹ Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.346.

⁴⁴² “(...) bilgi sızdırdığı iddia edilen bir astsubayın görevli askeri savcı ve subaylar tarafından nezarete alınarak buraya çağrılan bir sivil kişiye işkence yaptırılması durumunda, askeri savcı ve subayların fiil üzerinde kurdukları hakimiyet nedeniyle fail olarak sorumlu tutulacağı, işkence suçuna iştirak eden sivil kişinin ise TCK 94/4 uyarınca kamu görevlisi gibi müşterek fail olarak cezalandırılacağı kanaatindeyim.” Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.362.

2.2.1.3.4. Mağdur Bakımından

Kanun koyucu, işkence suçunun mağduru bakımından da eski kanunun yaklaşımından ayrılmış ve herhangi bir sınırlama yoluna gitmemiştir⁴⁴³. Eski kanun dönemindeki düzenleme itibarıyla işkence suçu sadece fail bakımından değil, mağdur bakımından da özgü suç niteliğini haizdi. Mevcut halinde ise fail bakımından kısmen bir mahsusluktan bahsedilebilse de mağdur bakımından herhangi bir özgülemeye bahsedilemez.

Mağdur, madde metninde “bir kişiye karşı” ifadesiyle karşılanmaya çalışılarak kapsamı çok geniş ve muğlak bırakılmıştır. Her ne kadar bu hususta gerekçede “*Madde metninde, işkence suçunun mağduru, sadece suç şüphesi altında olan kişi ile sınırlı tutulmamıştır. Tanık ve hatta bir kamu görevlisi de bu suçun mağduru olabilir.*” denilmek suretiyle bu muğlaklık giderilmeye çalışılsa da başarılı olunamamıştır. Bu şartlar altında mağdurun şüpheli, tanık, şikâyetçi, bir eğitim kurumundaki öğrenci, sıradan bir insan ve hatta bir kamu görevlisi olması bir farklılık arz etmeyecektir. Bu suçun mağduru mevcut düzenleme altında herhangi bir kişi olabilir⁴⁴⁴. Ancak eziyet suçunda da geçerli olduğu gibi işkence suçunda mağdurun belirlenen özellikleri taşıması durumunda, fail, sadece nitelikli halde gösterilmiş olan ağırlaştırılmış cezaya muhatap olacaktır.

Mağdurun bu sınırları belirsiz durumu, işkence suçunu hem kasten yaralama hem de eziyet suçlarından farksız bir hale sokmaktadır. Dolayısıyla işkence suçunun, en azından bu suçlardan farkını göstermek için bir saike ihtiyacı vardır⁴⁴⁵. Bu saik, suç şüphesi altındaki kişi veya tanık ya da bir kamu görevlisinden herhangi bir bilgi veya itiraf almaya yönelik fiillerin olduğu kadar mağdurun da bir sınırlandırılmaya tabi tutulmasını gerektirmektedir.

⁴⁴³ Mahmutoğlu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1030-1031.

⁴⁴⁴ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.29.

⁴⁴⁵ Gündel, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s.2330; Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, s.1103; kanımızca düzenlemenin amacına da uygun olarak, TCK m.94 kapsamında saik unsuruna yer verilmesi gerektiği ve nitekim Yargıtay’ın da işkenceye hükmederken önüne gelen somut vakalardaki saikleri açıkça vurguladığı örnek kararlar hakkında bkz. Başbüyük, a.g.e., s.1470-1471, dn.101.

Başka bir şekilde belirtmek gerekirse, bir yorum kaynağı olarak başvurulması gereken gerekçe ile tamamlanmaya çalışılan bu yapısal eksiklikler, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Yukarıda eksikliğini ifade etmeye çalıştığımız gerek fiil, gerek saik, gerek sistematiklik unsurunun ve gerekse mağdurun, bütünsel bir bakış açısıyla suç tipinin tanımında en ufak bir şüpheyi yer bırakmayacak surette, açık ve net bir şekilde madde metninde yer almasının çok yerinde olacağı ifade edilmelidir⁴⁴⁶. Ayrıca bu hususta biraz daha ayrıntılı bir düzenleme yoluna gidilerek işkence suçu bağlamında bir saik aramanın da yanında, işkence ve eziyetin kasten yaralama suçuna ağırlatıcı neden olarak eklenmesi de önerilmektedir⁴⁴⁷.

2.2.1.3.5. Fiil Bakımından

Öte yandan, genel olarak meydana getirecekleri etkiler bakımından işkence suçunun çok daha hızlı ve ağır neticeler doğuracağı, eziyet suçunsa bir süreç içinde süreklilik arz eder tarzda ve işkenceye nazaran daha hafif neticeler oluşturacağı söylenebilir⁴⁴⁸. Burada söz konusu suç tiplerinin diğer bir ortak yönü sistematik olmaları ve süreklilik arz etmeleri bakımından kendini göstermektedir⁴⁴⁹. Çünkü gerek işkence gerekse eziyet ile benzerlik taşıyan, daha çok ani hareketle gerçekleşen yaralama, hakaret, tehdit gibi fiillerde süreklilik ve bir sürece yayılma unsurları yoktur⁴⁵⁰. İşkence ve eziyeti ilgili suç tiplerinden ayırt etmeye yarayan süreklilik ve bir sürece yayılma unsurlarının her iki suçta da madde metni yerine gerekçede düzenlenmesi yerinde olmamış ve bu durum, düzenlemeleri özellikle kanunilik ilkesi kapsamında tartışılır kılmıştır⁴⁵¹. Bunun daha da

⁴⁴⁶ Köksal Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y.2, S.5, (2005), 220-226, s.223; Gündel, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s.2327; Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, s.1104; Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.354; Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.260; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.339.

⁴⁴⁷ “Bir kamu görevlisinin, görevini veya görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle tamamen özel nedenlerle sıradan bir vatandaşa işkence yapmasını 94. maddede cezalandırmak anlamlı değildir. Bu tür düzenlemeler yaralama suçu ile ilgili 86. ve 87. maddeler içerisinde olmalıdır. İşkence ve eziyet kavramı, kasten yaralama suçunda ağırlaştırıcı bir neden sayılarak cezalandırılabilir.” Gündel, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s.2330.

⁴⁴⁸ Artuç, a.g.e., s.513.

⁴⁴⁹ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.22.

⁴⁵⁰ Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, s.1103.

⁴⁵¹ Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1033.

ötesinde, her iki suç tipindeki maddi unsura ilişkin tanımların “belirsiz, açıklıktan uzak ve yetersiz” oluşu, daha büyük tartışmaları meydana getirebilecek niteliktedir⁴⁵².

İşkence ve eziyet suçlarının maddi unsurunu “*insan onuruyla bağdaşmayan*”, “*bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren*”, (sadece işkence suçu bakımından) “*algılama ve irade yeteneğini etkileyen*”, “*aşağılayan*” “davranışlar” oluşturur. Buna göre, izaha çalışılan söz konusu suçlar, seçimlik hareketli suç olarak isimlendirilebilir. Ayrıca bu seçimlik hareketlerin ortak özelliği, en başta zikredilen insan onuruyla bağdaşmazlık kriteridir⁴⁵³. Bu kriter, söz konusu suçları diğer suç tipleri karşısında en ayırıcı ölçüttür⁴⁵⁴.

“*Davranışlar*” ibaresi, barındırdığı çoğulluk anlamıyla gerekçede zikredilen süreklilik ve sistematikliği yansıtmaktadır⁴⁵⁵. Ancak geldiğimiz noktadan hareketle sistematiklik ve belirli bir sürece yayılma kriterini, aynı hareketlerin tekrarlanması şeklinde dar anlamamak gerekir⁴⁵⁶. Kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal eden tek bir tekme veya tokat eylemi yaralama suçuna vücut verecekken, bunu takip eden (dar anlamda) aynı hareketler veya (geniş anlamda) hakaret, tehdit, cinsel taciz vb. fiiller birlikte bütünsel bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde işkence veya eziyet suçunu oluşturacaktır⁴⁵⁷.

⁴⁵² Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, **Hukuk ve Adalet**, s.223.

⁴⁵³ Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.235.

⁴⁵⁴ Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.156; bu meseleyi metnin konteksini çok dağıtmamak için burada açacak olursak, “İnsanlığın ortak dili” olarak da nitelendirilen insan hakları kuralları, andlaşmalar ve anayasalarca “pozitif kural” haline dönüştürülmüştür. Günümüzde insan hakları, yalnızca doğal hukukun yazılı olmayan yüksek ahlaki ilkeleri biçiminde değil, çoğunlukla yazılı kurallardan oluşmaktadır. Ancak bu defa insan haklarının nitelik ve biçim bakımından öteki hukuk kurallarından nasıl ve neden ayrıldığı ya da farklı sayıldığı sorusu ortaya çıkmıştır. Bir hukuk kuralına “insan hakları” niteliğini hangi öğelerin kazandırdığı/sağladığı tartışmalıdır. Gerçekten son çözümde bütün hukuk kurallarının insana hizmet için konulduğu düşünülürse, insan haklarının ne bakımdan ayrıcalık/özellik taşıdıkları sorulabilir.

Bu soruya değişik yanıtlar verilmiştir. En çok rastlanan yanıt biçimi “insan haysiyeti/onuru/saygınlığı” (*dignité humaine/human dignity*) kavramına dayanan açıklamalardır. Doğal hukuk anlayışının türevi olan insan onuru, hukuk kurallarının adalete uygunluğunu, alınan kararın doğruluğunu ölçmede en önemli araçtır. İnsan onuru’nu güvenceye alan bütün kurallar insan hakları kapsamına girer. Bütün hukuk kuralları bu temel değere bağlı olmak zorundadır. Bu yaklaşım Birleşmiş Milletler Andlaşması (1945) (*Charter of the United Nations*), Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (1948) ve İkiz Sözleşmeler’in (Kişisel ve Siyasal Haklar / Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar, 1966/76) Başlangıç bölümlerinde aynı ifadelerle kabul ve ilan edilmiştir: “İnsanlık ailesinin bütün üyelerinin özden saygın oluşlarının, eşit ve vazgeçilmez haklarının kabulü dünyada özgürlük, adalet ve barışın temelini oluşturur.”“ Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları – I – Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara: A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17, 1995, s.5.

⁴⁵⁵ Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.156.

⁴⁵⁶ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.22; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.236.

⁴⁵⁷ Nurullah Aydın, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, s.198; Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.259; Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1034.

Tüm bu anlatılanların ışığı altında, işkence ve eziyeti, sistematik olarak ve belirli bir süreç içerisinde gerçekleşen insan onuruyla bağdaşmayan hareketler olarak izah edebiliriz⁴⁵⁸. Buradan çıkaracağımız özelliklerden birisi de bu suçların, birden fazla hareketli suç niteliğinde olduklarıdır⁴⁵⁹.

Ancak işkence suçu bakımından dikkat edilmesi gereken mühim bir husus da sistematik olma kriterinin söz konusu fiilin işkence suçuna vücut verip vermediğine yönelik tespitte önemli bir vasıta olduğu, fakat suçun unsuru gibi zorunlu bir koşul olmadığıdır⁴⁶⁰. Yani buradan anlaşılması gereken somut olay kapsamında yeri geldiğinde, *asgari vehamet düzeyine* ulaşacak surette, insan onuruyla bağdaşmaz, bedensel veya ruhsal acıya sebep olacak, algılama ve irade yeteneğini etkileyen aşağılayıcı tek bir hareketin bile işkence teşkil edebileceğidir⁴⁶¹. Mağduru lağım çukurunda bekletme, Filistin askısına alma ve kişiye elektrik verme buna örnek gösterilebilir⁴⁶². Fakat burada insan onuruyla bağdaşmayacak surette ortaya konan hareketle suçun haksızlık içeriğinin örtüşmesi zarureti hatırdan çıkarılmamalıdır⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.23.

⁴⁵⁹ Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.158.

⁴⁶⁰ Bakım, a.g.e., s.131; Başbüyük, a.g.e., s.1465-1468; Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.354; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.412; “Sistematik olma unsurunun işkenceyi karakterize eden bir olgu olduğu doğrudur. Ancak, her işkencenin sistematik olduğu, yani sistematik olmayan hareketin işkenceyi oluşturmayacağı da doğru değildir. Nitekim, 1984 BM İşkence Sözleşmesinin hazırlık çalışmaları sırasında, sistematik olma kriterinin öngörülmesi önerilmiş; fakat, münferit bir hareketin de işkence olabileceği gerekçesiyle, bu reddedilmiştir.” Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.100.

⁴⁶¹ M. Bedri Eryılmaz, “İşkence Yasağına Yönelik İç Hukukta Öngörülen Usule İlişkin Güvenceler”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (407-423), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, 2009, s.409.

⁴⁶² Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3170; “Fiil bazı olaylarda tek bir hareketle meydana gelebildiği gibi, bazı hallerde birden fazla hareketi gerektirebilmektedir. Mağdurun vücuduna bir anda elektrik akımının verilmesi tek hareketli fiili oluşturabildiği gibi, bu elektriğin çeşitli defalar verilmesi birden fazla hareketli suç örneğini oluşturmaktadır.” Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.158 ve 161.

⁴⁶³ AİHM de benzer şekilde bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre, “(...) Mahkeme açısından bir muamele, hangi amaçla yapılmış olursa olsun “ağırlığı ya da yoğunluğu” yönünden tek başına işkence olarak nitelendirilebilecektir. Bunun sonucu olarak fiziksel ve/veya ruhsal acının yoğunluğu için muamelenin sistematik ya da süreklilik arz etmesi zorunlu değildir. Mahkemenin bu yaklaşımı isabetlidir. Çünkü bir acının özel olarak yoğunluk derecesine erişmesi için sistematik ya da tekrarlanarak yapılmasına gerek yoktur. Hiç şüphesiz sistematik olma, işkenceyi karakterize edici önemli ölçütlerdendir. Ancak her durumda bu unsura bağlı kalmak da sistematik olmayan, ama sistematik olmasına karşın ondan daha ağır acı verici bazı muamelelerin işkence kategorisinde görülmemesi riskini doğurur. Örneğin “bir kimsenin göz kapağı üzerinde sigara söndürülmesi ya da siyasal ayrımcılık nedeniyle cinsel organının kesilmesi” gibi. Mahkeme açısından işkence için sistematiklik şüphesiz önem taşır; ancak işkence nitelmesi için hareketin mutlaka sistematik hal almış olması gerekli değildir. Önemli olan, hareketin (tek ya da kombine) mağdurda meydana getirmiş olduğu yoğun acı ve ızdıraptır. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunda işkence için sistematiklik unsuruna yer verilmemektedir. Sadece Avrupa İnsan Hakları

Öte yandan, tam da bu noktada aksi görüş olarak⁴⁶⁴, insan onurunun ihlalinin bizatihi ağır olması dolayısıyla, insan onuruyla bağdaşmayan muamelelerin objektif olarak ağırlığının tespiti noktasında ayrı bir inceleme yapılmasının kabul edilemez olduğu da ileri sürülmektedir. Nispeten haklı görebileceğimiz bu bakış açısını daha iyi idrak edebilmek adına, doktrindeki toparlayıcı bir değerlendirmeye kulak kabartacak olursak, insan onuruna vereceğimiz anlam nispetinde 94. maddenin doğruya en yakın yorumuna ulaşabilir ve kanun koyucunun muradını tespit edebiliriz⁴⁶⁵:

Diğer bir deyişle insan onurunu zedeleyen davranışın mevcut olduğu bir yerde, söz konusu davranışın ağır acı ve ezaya yol açmadığı, daha hafif derecede olduğu söylenebilir mi? Bu soruya vereceğimiz yanıt, (...) davranışın ağırlığını da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle bir insanın sırf insan olmasından ötürü sahip olduğu bütün değerleri hiçe sayarak, onu madde konumuna düşüren bir muamelenin “ağırlık kıstası” çerçevesinde ikinci bir incelemeye tabi tutulmasına gerek bulunmadığı gibi; böyle bir incelemenin yapılması, bizce yerinde olmayarak, insan onurunun “ağır ihlali” ve “hafif ihlali” gibi kavramların doğmasına da sebebiyet verebilir.

İnsan onuruyla bağdaşmayan her davranış zaten ağır nitelikte olduğu için, ağırlık kıstasına yer verilmemesi şu aşamada işkence suçu bakımından bir eksiklik oluşturmamaktadır. Fakat bu noktadan hareketle, “**her**” insan onuruna aykırı davranışın işkence suçu vücut vereceği sonucuna varılmamalıdır. Elbette ki her işkence insan onuruna aykırı olmakla birlikte, her insan onuruna aykırılık işkence teşkil etmeyebilir. Nitekim insan onuruna aykırılık, işkence suçunun unsurlarından yalnızca biridir. Failin niteliği, manevi unsurun gösterdiği özellik ve suç tiplerinde yer verilen diğer unsurlar, insan onuruna aykırılık teşkil eden davranışlardan yalnızca “**belirli**” olanlarının işkence olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Fakat manevi unsur bölümünde de değinileceği üzere, suçun oluşması bakımından özel saikin aranmadığı ceza kanunu sistemimizde, insan onuruna aykırı “**pek çok**” davranışın 94. madde çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür.

Netice itibarıyla, kişinin aşağılanması, algılama ya da irade yeteneğinin etkilenmesine veya ruhsal ya da bedensel acı çekmesine yol açacak davranışlar bir de insan onuruna aykırı nitelikte iseler, zaten belirli ağırlığa ulaşmış olacaktır. Bizce kanun koyucunun iradesi de bu yöndedir. Nitekim kanunun, 94. maddede belirtilen seçimlik unsurların zaten koruma altına aldığı diğer suç tipleri içerisinde düzenleme yapmak yerine, bu unsurları insan onuruna aykırılıkla birleştirip işkenceyi ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi buna kanıt oluşturmaktadır.

Sözleşmesi ve uygulamasında değil Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinde de işkence tanımında sistematiklik unsuruna yer verilmemiştir.

Mademki, acının yoğunluğu gerekmektedir; o halde tek bir hareket bile Mahkemenin aradığı özel ağırlık koşulunu gerçekleştirmeye yeterlidir. Yeter ki, muamele özel olarak ağır ve ciddi nitelik taşımış olsun.” Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, s.433-434.

⁴⁶⁴ Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.99; bu bakış açısının çıkış noktasında maddi acının ağır olmasının yattığı da söylenebilir. “Her türlü maddî acının «ciddi» olduğunu kabul etmek gerekir. Az ya da çok maddi acı doğurabilecek her türlü işlemi müessir fiil sayan ceza hukuku sistemimizin, işkence söz konusu olduğunda değişik bir ölçü kabul etmesinin mantığı hiçbir nedeni mevcut değildir.” Özgen, a.g.e., s.218-219.

⁴⁶⁵ Başbüyük, a.g.e., s.1463-1464.

2.2.1.3.6. Suçu Etkileyen/Suç Etki Eden Haller Bakımından

Ayrıca bir başka ayrım noktası da suç tiplerinin nitelikli hallerinde kendini göstermektedir. Her ne kadar “Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı” işlenmesi nitelikli hali maddelerde bütünüyle aynı düzenlenmiş olsa da işkence suçundaki “Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla” işlenmesi nitelikli hali ile eziyet suçundaki “üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da eşe karşı” işlenmesi nitelikli hali tamamen farklılık arz etmektedir. İlgili suç tiplerinin nitelikli hal düzenlemeleri için diğer bir ortak özellik gerek eziyetin gerekse işkencenin madde gerekçelerinde kasten yaralama suçunun madde gerekçesine, kasten yaralama suçunun gerekçesinin de kasten öldürme suçunun gerekçesine gönderme yapılmasıdır⁴⁶⁶.

Nitelikli haller bakımından bir diğer ayrım noktası 94. maddenin 3. fıkrasında kendini göstermektedir. Buna göre kanun koyucu, işkence eyleminin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi ihtimalini ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak ayrı bir fıkra ihdas yolunu tercih etmişken, eziyet suçu kapsamında böyle bir düzenleme yoluna gitmemiştir. Mezkûr fıkra kapsamında cezaya hükmolunabilmesi için, cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşen işkence fiilinin cinsel taciz düzenlemesinin yapıldığı 105. madde sınırları içerisinde kalması gerekmektedir. Söz konusu eylem bu çerçevede işlendiği takdirde, m.94/3 kendisine uygulama alanı bulur⁴⁶⁷. Ancak bahsi geçen sınırın aşılması durumunda, korunan hukuki değerlerin farklılık arz etmesi dolayısıyla ortaya çıkan sorun, içtima hükümleri uygulanarak çözümlenecektir⁴⁶⁸.

Öte yandan önemle belirtmek gerekir ki, madde gerekçesinde, eziyet suçunda da olduğu gibi “İşkence (ya da eziyet) teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir.” denilmektedir. Bu minvalde, zaten suçun temel şekli içerisinde değerlendirilmesi gereken bir fiil olarak cinsel taciz şeklindeki

⁴⁶⁶ Bu husustaki kapsamlı incelememiz için bkz. 3.3.5. Suçu Etkileyen/Suç Etki Eden Halleri.

⁴⁶⁷ Gündel, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s.2331.

⁴⁶⁸ “3. fıkra uyarınca, işkencenin cinsel taciz (m.105) şeklinde gerçekleşmesi halinde failin cezası artırılacaktır. Madde gerekçesinde işkencenin, cinsel taciz boyutunu aşip cinsel saldırı (m.102) boyutuna ulaşması halinde faille hem işkence suçundan hem de cinsel saldırı suçundan ceza verileceği ve cezaların içtima ettirileceği (toplanacağı) ifade edilmiştir.” Yırtımcı, a.g.e., s.18; ayrıca bu husustaki kapsamlı incelememiz için bkz. 3.6.3.4. Gerçek İçtima.

hareketlerle gerek işkence gerekse eziyet suçu işlenebilir. Bu sebeple bir adım daha ötede, cinsel taciz boyutunu aşan cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali (TCK m.102/1), söz konusu suç tiplerinde daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenebilir⁴⁶⁹. Kanaatimizce de düzenlenmelidir.

2.2.1.4. Neticenin Ağırlaşması Durumu Bakımından

Diğer bir fark ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç⁴⁷⁰ bakımından kendini gösterir⁴⁷¹. İşkence suçu açısından 95. maddede neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence düzenlenmiş olmasına karşın eziyet suçu bağlamında böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bununla birlikte, neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçu (TCK m.95) düzenlenirken⁴⁷²,

⁴⁶⁹ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.34.

⁴⁷⁰ 765 sayılı TCK döneminde “Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar deyimi, suçun oluşması için yeterli olan neticeden başka, daha ağır bir neticenin gerçekleşmesi sebebiyle cezanın artırılmasını öngören suçları ifade eder: suçun basit şekli için belirli bir neticenin gerçekleşmesi gerekir ve bu netice bakımından failin kastla veya taksirle hareket etmiş olması aranır; ancak kanun, bu neticeden daha ağır bir neticenin meydana gelmesini, cezanın artırılmasını gerekli kılan bir sebep saymış ve bu ağırlatıcı sebep bakımından failin kasdını veya taksirini aramamış da olabilir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.291; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.221-222; ayrıca “ETCK döneminde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bahsi, genellikle “objektif sorumluluk” başlığı altında ele alınırdı (bkz. TCK m.45, 452, 456/2,3). Objektif sorumluluk, failin hareketiyle sebebiyet verdiği sonuçtan, kast ya da taksir cinsinden bir kusuru olmasa bile mesul tutulmasıdır. Diğer bir anlatımla, fail ile fiil arasında psikolojik bir bağ bulunmamasına rağmen, cezai sorumluluğun doğduğu bu hallerde, artık sorumluluğun subjektif değil, objektif olduğundan bahsedilir. Bu gibi durumlarda failin hareketiyle netice arasında maddi nedensellik bağının kurulması cezai mesuliyetin varlığı için yeterlidir. Günümüz ceza hukukunda, objektif sorumluluk kabul edilemez.” Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.34; günümüzde ise biraz daha farklı bir şekilde “5237 sayılı YTC m.23 ile “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.” düzenlemesi getirilmek suretiyle bu sorun çözümlenmeye çalışılmıştır. Böylelikle netice sebebiyle ağırlaşmış suçların objektif sorumluluğa yol açması da engellenmek istenmektedir.

(...) Sonuç olarak; kasten işlenen bir suçun sonucu olarak meydana gelen başka ya da ağır neticeden failin ancak taksir seviyesinde bir kusurunun varlığı halinde sorumlu tutulabildiği ve ağır cezanın verilmesini gerektiren suçlara *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç* denir.” Veli Özer Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **CHD**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Y.2, S.4, (2007), 223-246, s.226-227.

⁴⁷¹ Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlara ilişkin bir inceleme için bkz. Kemal Topçu, **Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı)**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s.19-87; daha kapsamlı bir çalışma için bkz. Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

⁴⁷² **TCK m.95- “(1) İşkence fiilleri, mağdurun;**

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
 - b) Konuşmasında sürekli zorluğa,
 - c) Yüzünde sabit ize,
 - d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,
 - e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,
- Neden olmuşa, 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,

neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamada (TCK m.87) mağdura ilişkin getirilen kıstaslar⁴⁷³ aynıyla benimsenmiştir⁴⁷⁴. Ayrıca 95. maddenin gerekçesinde ise farklı bir gerekçelendirmeye başvurulmaksızın kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin gerekçeye atıf yapmakla yetinilmiştir. Ancak hususiyetle belirtilmelidir ki ağırlaşan netice olarak ölümün gerçekleşmesi ihtimalinde korunan hukuki menfaat değişmekte, ilk aşamada kastın yöneldiği suç ile ikinci aşamada ağır neticenin meydana getirdiği suç nitelik itibarıyla farklılık arz etmektedir⁴⁷⁵.

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.

⁴⁷³ (4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”
TCK m.87- “(1) Kasten yaralama fiili, 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, (...)

(2) Kasten yaralama fiili, 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, (...)

(3) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/4 m.) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre (...)

(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse (...).’’

⁴⁷⁴ Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, **Hukuk ve Adalet**, s.223.

⁴⁷⁵ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.292-293; Özbek, a.g.e., s.228 ve 241; bu noktada ayrıca önceki kanun döneminde meselenin nasıl ele alındığına değinmekte de fayda vardır: “765 sayılı TCK’nın 243. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işkence sonucu ölüm meydana gelirse, 452. madde uygulanmaktadır. Yani, memurun kasten değil, olsa olsa kastın aşılması suretiyle adam öldüreceği kabul edilerek, az bir ceza ile kurtulması sağlanmıştır. Yeni TCK’da böyle bir hüküm olmadığı gibi, 95. maddede açıkça, işkence sonucu ölüm gerçekleşirse faile, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceği hükme bağlanmıştır.” Yurtımcı, a.g.e., s.18; tam da bu mevzu ile alakalı olarak AİHM’in meseleye yaklaşımı çok büyük önem arz etmektedir; buna göre, “Mahkeme, **Ali ve Ayşe Duran/Türkiye** davasında [*Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye, AİHM 2. Daire, 8 Nisan 2008, B. No:42942/02*], işkence ile başvuruların oğullarının öldürülmesi olayında Denizli Ağır Ceza Mahkemesi’nin polis memurları hakkında mülga 765 sayılı TCK’nın 452. maddesi (kastın aşılması suretiyle adam öldürme) kapsamında konuyu ele almasının, hapis cezalarının ertelenmesi suretiyle polis memurlarının cezalarının hiçbir zaman ifa edilmemesinin, suç ve ceza arasındaki açık orantısızlığa neden olduğu kanısındadır.” Handan Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, **CHD**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Y.7, S.20, (2012), 7-42, s.24; mülga kanun dönemine yönelik daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.240 vd.; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.222; “5237 sayılı TCK yasalaşmadan önce konu, hukukumuzda kastın aşılması ve netice sebebiyle ağırlaşan suç ayrımı yapılarak ele alınmaktaydı. Buna göre *kastın aşılması* halinin varlığı için; *İlk hareket kasten yapılmalıdır; *Bu hareketten istenmeyen ağır netice meydana gelmelidir; *Kastın aşılmasından söz edebilmek için istenen ve gerçekleşen suçlar arasında yaralama (müessir fiil)-öldürme gibi ağırlık farkı

Öte yandan işkence ve eziyet suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından arz ettiği duruma ilişkin, kanun koyucunun benzer şekilde hırsızlık suçunda neticesi sebebiyle ağırlaşan hallere yer vermemişken, yağma suçunda (TCK m.149/2) bunu düzenlemiş olmasını örnek kabilinden değerlendirebiliriz. Bu noktada, hırsızlık ve yağma suçları bakımından, kanun koyucunun bu yönde güttüğü suç politikası⁴⁷⁶ ile böyle bir tercihte bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak hırsızlık ve yağma suçlarının bünyelerinde barındırdıkları haksızlık içerikleri önemli ölçüde farklılık içerirken, işkence ve eziyet bakımından bu minvalde kayda değer bir farklılık bulunmamaktadır⁴⁷⁷. Dolayısıyla birinin diğerinden daha yüksek risk içeriyor olduğu ya da daha az haksızlık içeriğine sahip olduğu şeklindeki bir gerekçe, işkence ve eziyet suçları için geçerli olmayacaktır.

Söz konusu meseleye ilişkin kanun koyucunun bu yöndeki takdiri, *Hukuksal Değerlerin Suç Politikası Fonksiyonu* olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda suç politikasının belirleyici bir ölçütü olan hukuksal değerler, kanun koyucunun ceza hukuku tasarruflarını gerekçelendirme ve sınırlandırma noktasındaki etkisi dolayısıyla yadsınamaz bir öneme sahiptir. Gelineen noktada, “*Kanun koyucu ceza normlarını yaratırken, her ne kadar hukuksal değerler ile ilgili toplumsal tercihleri pozitif normlara yansıtıyor ise de, bu tasarruflarında ölçülülük, cezanın insan onuruyla bağdaşması gibi kanun koyucunun iradesinin üzerindeki ilkelerle*” bağlı olduğunun altını çizmek gerekmektedir⁴⁷⁸.

bulunması gerekir, nitelik farkı varsa işkence edilenin ölmesi gibi netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur; *Hareket ile netice arasında nedensellik bağı var olmalıdır; *Ağır neticeden sorumluluk için yasada açıklık bulunmalıdır. **Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda** ise suçun oluşması için aranan neticeden başka ve fakat daha ağır bir netice meydana gelmektedir ve bu nedenle failin cezası artırılmaktadır. Bu çerçevede netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar iki aşamada gerçekleşir: *Birinci aşamada* failin asıl istediği netice; *ikinci aşamada* ise ağır netice.” Özbek, a.g.e., s.223.

⁴⁷⁶ **Adalet Komisyonu Raporu’ndan** “Suç siyaseti, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar, izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.10; “Devletin suçla savaş için izleyeceği tedbir ve araçların nelerden ibaret bulunacağını tayin hususunda bir siyaseti olmak gerekir. Buna ise, *suç siyaseti* adı verilir. Biz suç siyasetini şu suretle tanımlıyoruz: “Genel ve özel önleme dahil, suça karşı direnç ve mücadelede hedefleri belirlemek, araçları tesbit etmek ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanmaları sanatı.”” Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1994, s.106 ve 108-109; Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, 14. Bası, s.123 ve 126.

⁴⁷⁷ Koray Doğan, a.g.e., s.23-24.

⁴⁷⁸ Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s.668-669.

2.2.1.5. Manevi Unsur Bakımından

Her iki suç tipinin de manevi unsurunu genel kast oluşturur. Gerek eziyet gerekse işkence suçu, zaten maddi unsur itibarıyla yeterince karışıklığa mahal vermişken, manevi unsurları yönünden de benzemekte ve suç tiplerinin birbirlerine karıştırılmasına yol açmaktadır⁴⁷⁹.

Teknik olarak önceki kanun döneminde, bir *amaç suç* olarak işkence suçunda fail olan kamu görevlisi zorla bir ikrar veya ifade alma gibi saiklerle hareket ederken⁴⁸⁰, mevcut düzenlemede bahsettiğimiz özel kasttan soyutlandığı için işkence suçunun mana itibarıyla eksik kaldığı rahatlıkla ifade edilebilir⁴⁸¹. Yani 5237 sayılı TCK kapsamında bir kamu görevlisinin işkence teşkil eden fiilleri gerçekleştirmesi durumu manevi unsurun oluşması bakımından yeterlidir. Fakat bu noktada belirtmek gerekir ki, m.94'teki işkence suçu ile m.256'daki⁴⁸² zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması düzenlemesi arasında çıkması muhtemel problem için bir sınır çizilmelidir⁴⁸³.

Bahsi geçen sınır ise, ilkin her iki suç tipine özgü suç niteliği kazandıran kamu görevlisi faillerin zor kullanma yetkisine sahip olup olmadıkları, ikinci olarak gerçekleştirilen fiillerin sistematik ve süreklilik kriterlerini sağlayıp sağlamadıkları çizgisindedir. Buna göre, zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisi, *görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerden sorumlu olacaktır. Daha da ötede*

⁴⁷⁹ Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.283.

⁴⁸⁰ Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.150; Özgenç ve Şahin, a.g.e., s.192; Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.32.

⁴⁸¹ Mahmutoğlu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1037; “İşkence ve sair cismani kötü muameleler, suça maruz kalan kimselerin “cürümlerini söyletmek”, “olayları bildirmesini engellemek”, “şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek” için, “şikayet ve ihbarda bulunması ya da tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple” yapılmalıdır. Şu halde fail, özel kastla hareket etmelidir. Diğer bir ifadeyle, yaptığı hareketlerin hukuka aykırı olduğunu bilen ve bunun yapılmasını isteyen failin, eylemi yukarıda belirtilen saiklerle işlemiş olması gerekir. Ancak, yeni TCK, işkence suçunda saiklere yer vermemiştir.” Özcan, a.g.e., s.22.

⁴⁸² **TCK m.256-** “Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

⁴⁸³ Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.239; “(...) işkence (TCK m.94) ile eziyet (TCK m.96) ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması (TCK m.256) hükümleri arasında “asli-tali norm” ilişkisi vardır. Yani, TCK m.94’ün asli norm olması nedeniyle, tali nitelikteki diğer hükümlerin uygulanabilmeleri mümkün değildir. Çünkü, bu hükümler arasındaki içtima tamamen görünüştedir.” Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.108.

gerçekleştirilen bu davranışlar sistematik bir uygulama niteliği kazanmışsa işkenceden sorumluluk söz konusu olacaktır⁴⁸⁴. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz biçimde, işkencenin muhakkak surette sistematik bir uygulamayı gerektirmemesi yaklaşımı altında burada doyurucu bir ayırım ortaya konulamamaktadır⁴⁸⁵. Bu sebeple denilebilir ki, m.94 ile m.256 arasında çizilecek sınırın tespiti yükü de uygulamada Yargıtay'ın omuzlarına kalmıştır.

Ayrıca manevi unsur bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da işkencenin, 1987 tarihli BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'ndeki işkence tanımı kapsamında bilgi almak, cezalandırmak veya sindirmek gibi özel kast altında uygulanan şiddetli acı veya eziyet olarak algılandığını söylemek zaruridir⁴⁸⁶.

Burada önemle üzerinde durulması gereken bir diğer husus, AİHM içtihatları çerçevesinde başvuranın Cumhuriyet savcısına işkence gördüklerine ilişkin suç duyurusunda bulunması, açılan kamu davasına müdahil olması ya da mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurması Türk Ceza Yargılama Sisteminin öngördüğü iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından yeterli olup, başvurandan ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmesi adına ulusal makamlardan tazminat talep etmesi ya da idari dava yoluna başvurması beklenemez⁴⁸⁷. Bu noktada belirtmek gerekir ki bahsedilen iç hukuk yolları, siyasi, idari ve yargısal olarak kişinin temel hak ve hürriyetlerini korumak adına kullanabileceği yollara karşılık gelmektedir⁴⁸⁸.

2.2.1.6. Yaptırım, Soruşturma ve Kovuşturma Bakımından

Eziyet ve işkence suçlarına ilişkin değinilebilecek bir başka husus, kanun koyucu tarafından takdir edilen yaptırımlardır.

Temel ceza miktarları açısından işkence suçunda üç yıldan oniki yıla, eziyet suçunda ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

⁴⁸⁴ Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.240.

⁴⁸⁵ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.348.

⁴⁸⁶ Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.14; Reidy, a.g.e., s.24.

⁴⁸⁷ Bu konuya ilişkin örnek karar ve incelemeler için bkz. Yokuş Sevük, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.16.

⁴⁸⁸ “Tüketilmesi Gereken İç Hukuk Yolları Nelerdir?” sorusunun cevabı için bkz. Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, s.597-598.

Nitelikli haller bakımındansa işkencede sekiz yıldan onbeş yıla, eziyette ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Dahası işkence suçu kapsamında m.94/3'te "*Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" biçiminde ayrı bir fıkra ihdas edilmiştir. Bunun tabii sonucu, görevli mahkemelerin hangisi olduğu noktasında kendini gösterir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11 ve 12. maddeleri⁴⁸⁹ gereği işkence suçu bakımından *ağır ceza*, eziyet suçu bakımındansa *asliye ceza* mahkemeleri görevli bulunmaktadır. Bu noktada kanun yararına bozma kanun yoluyla önüne gelen bir vakada Yargıtay, söz konusu olay bakımından işkence suçunun mevzu olması hasebiyle asliye ceza mahkemesinin görevsiz, ağır ceza mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ "Asliye ceza mahkemesinin görevi- **Madde 11-** Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.

Ağır ceza mahkemesinin görevi- **Madde 12- (Değişik: 21/2/2014 – 6526/2 md.)** Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır."

⁴⁹⁰ "Diyarbakır 1.Asliye Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sırasında, polis memurları sanıklar A.D. ve H.K'nın eylemlerinin, diğer sanıklara karşı kuvvet kullanma sınırlarını aşarak keyfi muamelede bulunmak suretiyle işkence ve eziyet yaparak fena muamelede bulunma suçunu oluşturduğu, bu eylemlerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde düzenlendiği ve bu maddedeki düzenlemeye göre açılan davaya bakma görev ve yetkisi ile delillerin takdir ve tartışılması yetkisinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğunun kabul edilerek görevsizlik kararı verilmesini müteakip, itirazı inceleme yetkisine sahip olan Diyarbakır 1.Ağır Ceza Mahkemesince delillerin takdir ve değerlendirilmesinin üst dereceli mahkemeye ait olduğu dikkate alınmaksızın, Diyarbakır 1.Asliye Ceza Mahkemesinin görevi dışında kalan 5237 sayılı Kanun'un 94. maddesi uyarınca değerlendirme yapmasını zorlayacak biçimde ve ayrıca ihsası rey anlamına gelecek şekilde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinde belirtilen suçun unsurlarının oluşmadığından bahisle itirazın kabulü ile görevsizlik kararının kaldırılmasına karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 6.3.2006 gün ve 9524 sayılı kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay C.Başsavcılığından 27.4.2006 gün ve KYB/2006-45372 sayılı ihbarnamesi ile dairemize tevdi kılınmakla incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü: Diyarbakır 1.Asliye Ceza Mahkemesince sanıklar A.D. ve H.K'nın eylemlerinin kanıtlanması halinde 5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen ve Ağır Ceza Mahkemesinin görevine dahil bulunan suçu oluşturabileceği göz önüne alınarak görevsizlik kararı verilmiş bulunması, mağdur anlatımı ve tüm dosya içeriği karşısında, davaya bakıp kanıtları değerlendirme görevinin yüksek dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilip itirazın reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi, Yasaya aykırı, kanun yararına bozma istemine dayalı ihbarname içeriği bu nedenle yerinde görüldüğünden, Diyarbakır 1.Ağır Ceza Mahkemesinin 23.12.2005 gün ve 2005/464 müteferrik sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca

Son olarak, tarihsel süreç içerisinde mevzuatın gerek kendisinde gerekse uygulanmasındaki tüm eksiklik ve aksaklıklarına rağmen, ülkemizde özellikle 90'lı yıllarda işkencenin varlığı yadsınamaz bir gerçektir⁴⁹¹. Bunun yanında, 765 sayılı Kanun döneminde işkence suçunun düzenlendiği m.243 yerine, Yargıtay'ın aksi yöndeki kararlarına rağmen⁴⁹², daha hafif nitelikte kötü muamelede bulunma suçunun düzenlendiği m.245'in uygulanması yönünde bir temayülün varlığından da bahsedilebilir⁴⁹³. Hatta bu noktada altını çizmek gerekirse ikili bir ayrıma dahi gidilmiştir⁴⁹⁴: Buna göre, ilk olarak yargılama safhalarında herhangi bir görev icra etmeyen kamu görevlilerinin (memurların) işledikleri işkence ve benzeri muameleler, diğer şartların da mevcudiyeti durumunda

(BOZULMASINA),” **Y8.CD, T.05.06.2006, E.4660, K.4972**; Gündel, **5237 Sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, s.1108; aynı karar için ayrıca bkz. Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3185-3186, dn.438.

⁴⁹¹ Bülent Tanör, “Kişi Dokunulmazlığı”, Oktay Uygun (Ed.), **İnsan Hakları, içinde** (57-63), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.61-62.

⁴⁹² “Terörle mücadele şubesinde görevli bulunan sanığın, örgüt üyesi olduğu savıyla yakaladığı mağdure G.Y.’ye sorgusu sırasında askıya almak, darbetmek, başını duvarlara vurmak ve tazyikli su sıkma suretiyle işkence yaptığının kanıtlandığı, bu oluş karşısında sanığın eyleminin TCK’nın 243/1. madde ve fıkrasında tanımlanan suçu oluşturduğu gözetilmeden, olaya uygun düşmeyen gerekçelerle TCK’nın 245. maddesi ile uygulama yapılması,” **Y8.CD, T.03.06.1998, E.6898, K.8269**, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3172, dn.387, aynı konuya ilişkin benzer başka kararlar için bkz. s.3173, dn.393 ve 396; “Sanıklara isnat edilen eylemler, mağdur adedince TCK.243/1. maddesindeki suçu oluşturmakta olup, maddedeki sanık sıfatını dar yorumlayıp, yapılan insanlık dışı uygulamaları, basit bir eylem olarak kabul edip TCK.245/1. maddesi kapsamında değerlendirilen Yerel Mahkeme direnme kararında isabet bulunmamaktadır.”, **YCGK, T.15.10.2002, E.2002/8-191, K.2002/362**, Turgut Yüksel, **5237 Sayılı Yeni Ceza Kanununa Göre İlgili Genel Hükümler Işığında Adam Öldürme Yaralama İntihara Yönlendirme İşkence ve Eziyet Suçları**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007, s.247-250; “Sanıkların cinayet işlemek suçlamasıyla gözaltına alınan mağdurlara, suçlarını söyletmek için “darp, aç susuz bırakma, hayalarını sıkma, hakaret ve küfür etme, soyma, ayakta tutmak” biçiminde zalimane, haysiyet kırıcı ve gayriinsani muamelelerde bulunduklarının sabit olduğu ve mahkemece de suç bu şekilde nitelendirildiği halde, iş ve güçten kalma süresinin azlığı gerekçe gösterilerek dairemizin sürdürülen uygulaması ile de çelişir biçimde TCK.nun 243/1. madde ve fıkrası yerine, aynı yasanın 245. maddesine aykırılıktan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş (...)” **Y8.CD, T.30.09.1998, E.1998/10513, K.1998/12029**, <http://www.hukukturk.com> (11.04.2017), Üzülmmez, “765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, s.326, dn.27; “(...) TCK.’nun 243 üncü maddesi, 245 inci maddesine göre, sanığın “saik”ini suç unsurları arasında sayarak daha özel nitelikte bir düzenleme getirmiştir. Mağdura suçunu söyletmek “saik”i ile hareket edilmesi halinde, sanığın eyleminin “işkence” veyahut “zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı” nitelikte bulunduğu anlaşılmaması halinde 243 üncü maddeye göre cezalandırılması; bu madde kapsamına girmeyen eylemlerin, unsurları bakımından 245 inci maddede yazılı suçu veya başka bir suçu oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir”, **YCGK, T.05.10.1987, E.8-186, K.423**, Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995, s.2229; “Görevli polisin, hırsızlıktan sanık olan kişilere, suçunu söylemek için giysilerini soyarak vücutlarına soğuk su döküp copla dövdüğü, kıçlarına cop sokmaya yeltendiği, vücutlarını ateşle yakarak dağladığı anlaşılmamasına göre, olayda, işkence, zalimane muamele ve haysiyet kırıcı eylem niteliği bulunduğu TCK.nun 243. maddesinde yazılı suç oluşmuştur. Kötü muameleyle ilişkin 245. madde uygulanamaz.” **YCGK, T.22.03.1976, E.1976/100, K.1976/133**, Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.II**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993, s.1398, dn.10.

⁴⁹³ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.326 ve 337; Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, s.583.

⁴⁹⁴ Üzülmmez, “765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, s.321.

ETCK m.245 ve 228/2 çerçevesinde değerlendirilirken, söz konusu şartların yokluğunda ise memurluk sıfatının varlığı dolayısıyla cezaları artırılarak müessir fiilden (ETCK m.456) sorumluluk tesis edilmekteydi.

Şayet benzer bir eğilim günümüzde de yaygınlaşırsa, mahkemeler gerek işkence gerekse eziyet düzenlemelerindeki muğlaklığı, pek çok işkence teşkil edecek eylemi daha ağır surette cezalandırmaktan kaçınmak adına eziyet ya da kötü muamele olarak değerlendirme yoluna gidebilecektir⁴⁹⁵. Bu noktada, kanun koyucunun eziyet suçunu ihdas ile geçmişte mülga m.245'te olduğu gibi işkence niteliğindeki benzer hareketleri yaptırımla karşılamayı amaçladığı da söylenebilir⁴⁹⁶. Nitekim, oldukça güncel tarihli bir karara da yansıdığı biçimde, gardiyan olan sanığın, mağdurun elbiselerini çıkartarak çıplak vaziyette sınav çektiği, üzerine oturduğu, hortumla ıslattığı, özellikle kafasını masaya vurmak suretiyle dövdüğü davranışları adli raporlar, mağdur ve tanık beyanlarıyla sabit olan olayda, işkence suçu gözetilmeden kişilere kötü muamele suçunun oluştuğu gerekçesiyle düşme kararı verilmesi Yargıtay tarafından bozma nedeni sayılmıştır⁴⁹⁷. Bu da açık bir şekilde, az evvel bahsini ettiğimiz endişelerin oldukça kuvvetli bir haklılık payına sahip olduğunu göstermektedir.

2.2.2. Kasten Yaralama

İşkence ve eziyet yasağının da anayasal dayanağını oluşturan Anayasa m.17, ilk iki fıkrasındaki ifadelerle⁴⁹⁸ kişinin vücut dokunulmazlığını da koruma altına almıştır⁴⁹⁹. Kanun koyucu, buradan hareketle 5237 sayılı TCK'da, *Özel Hükümler* başlıklı İkinci Kitap, *Kişilere Karşı Suçlar* başlıklı İkinci Kısım, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* başlıklı İkinci Bölüm altında m.86-93 kapsamında kasten yaralama, taksirle yaralama,

⁴⁹⁵ Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s.337.

⁴⁹⁶ Ünver, "Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız", s.76.

⁴⁹⁷ Y8.CD, T.27.02.2013, E.2012/31460, K.2013/6705, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3189.

⁴⁹⁸ **Anayasa m.17-** "(1) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."

⁴⁹⁹ Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, **Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. M.81-83, 86-88, 91-93)**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s.273; İlhan Üzülmöz, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s.1.

insan üzerinde deney ile organ veya doku ticareti gibi suç tiplerine ve bu suç tiplerine ilişkin zorunluluk hali ile etkin pişmanlık hükümlerine yer vermiştir⁵⁰⁰.

Vücut dokunulmazlığına karşı suçlardaki temel düzenleme, TCK m.86'da ihdas edilen kasten yaralama suçudur. Maddenin ilk fıkrasında suçun tipikliği “*kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmak*” şeklinde tanzim edilmiştir.

Bununla birlikte şüphesiz, devam eden bölümde yer alan *İşkence ve Eziyet* suçlarında da vücut dokunulmazlığının ihlal edilmediği söylenemez⁵⁰¹. Ancak çalışma konumuz olan eziyet ile kasten yaralama suçunu ayırt edebilmek bakımından, ilk olarak eziyetin, korunan hukuki değer bağlamında karma nitelik taşıdığını, kasten yaralama suçunun ise, bu kapsamda sadece kişilerin beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı, sağlık ve esenliğini korumayı amaçladığını söyleyebiliriz⁵⁰².

Öte yandan, kasten yaralama suçu ile eziyet suçu fail bakımından doğrudan bir ayrım noktası göstermez⁵⁰³. Zira her iki suç tipi de herkesin fail olarak karşımıza çıkabileceği genel suçlardandır⁵⁰⁴. Aynı durum mağdur bakımından da geçerlidir. Maddi ve manevi unsura ilişkin benzerlikler yönünden kasten yaralama ile işkence suçu ve dolayısıyla eziyet suçunu birbirinden ayırmanın ne kadar zor olduğunu ifade etmek gerekmektedir⁵⁰⁵.

Söz konusu zorluğun altında iki sonuçla karşılaşılması muhtemeldir. Bu bağlamdaki ilk sonuç, Yargıtay'ın bu suçları birbirinden ayırt edebilme adına, işkence suçunun manevi unsuru bakımından, kanunda açıkça özel kast belirtilmemesine rağmen,

⁵⁰⁰ Nur Centel ve diğerleri, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C.I**, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s.124.

⁵⁰¹ Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, s.21.

⁵⁰² Centel ve diğerleri, a.g.e., s.132; Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s.2-3; “Kişinin doğumundan ölümüne kadar vücuduna, sağlığına yönelen saldırılar ceza kanunları ile yaptırım altına alınarak bireylerin vücut bütünlüğü korunmak istenmiştir” Gökçen ve Balcı, a.g.e., s.278, ayrıca aynı yazarların, burada yaptığımız değerlendirmeye benzer şekilde işkence suçu özelindeki ifadeleri için bkz. s.279-280.

⁵⁰³ Centel ve diğerleri, a.g.e., s.132.

⁵⁰⁴ Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s.5.

⁵⁰⁵ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.346.

uygulamada genişletici bir yorumla özel kastı araması olacaktır⁵⁰⁶. Akla gelen muhtemel diğer sonuç ise, yukarıda da zikredildiği üzere⁵⁰⁷ işkence teşkil eden pek çok vakanın işkenceye nazaran çok hafif kalan yaralama ya da eziyet şeklinde değerlendirilip geçmişteki hatalı uygulamalara meyledilmesi olur⁵⁰⁸. Çalışmanın farklı noktalarında ifade edildiği gibi, bahsi geçen sakıncaların çözümü⁵⁰⁹, kanunilik ve belirlilik ilkelerini gözetir şekilde, açık ve net bir düzenleme ortaya koymak suretiyle mümkün olabilecektir.

Ancak bu noktada üzerinde durulması gereken husus, ilgili maddelerde fail ya da mağdura yönelik olarak kanun koyucunun takdir ettiği nitelikli hal düzenlemelerinin hatırdan çıkarılmaması gerekliliğidir. Zira fail ya da mağdura ilişkin belirlenen haller ancak o vasıfları üzerinde taşıyanlar için söz konusudur.

Görüldüğü üzere, bu iki suç tipi hareket unsuru itibarıyla birbirlerine çok benzemektedirler. Bunların belirleyici ayrımını ise, eziyet suçunun madde gerekçesi yapmaktadır. Buna göre, zikredilen hareketlerin sistematik ve sürekli olarak icra edilmesi durumunda eziyet suçunun söz konusu olacağı, öte yandan ani şekilde gerçekleşen bir hareketin bahsi geçen sürekliliğe ulaşmadığı durumda kasten yaralama suçundan sorumluluk tesisi yoluna gidileceği ifade edilmektedir. Söz konusu yaklaşımı bir başka şekilde açıklarsak, kasten yaralama ani suç, eziyet ise mütemadi suç olarak kendini gösterir⁵¹⁰. Esas itibarıyla konuya ilişkin kapsamlı irdelemeyi, “3.3.1. Fiil” başlığı altında yaptığımız için, tekrara düşmeme adına, burada açıklamalarımızın bu kadarıyla iktifa ediyoruz.

⁵⁰⁶ Nitekim bu açıdan, düzenlemenin amacına da uygun olarak, TCK m.94 kapsamında saik unsuruna yer verilmesi gerektiği ve nitekim Yargıtay’ın da işkenceye hükmederken önüne gelen somut vakalardaki saikleri açıkça vurguladığı örnek kararlar hakkında bkz. Başbüyük, a.g.e., s.1470-1471, dn.101; “(...) eski TCK döneminde, kanunda öngörülmemesine rağmen, “hürriyeti tahdit” ve “konut dokunulmazlığının ihlali” gibi suçlar bakımından özel kastın arandığı unutulmamalıdır.” Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.346 ve 470.

⁵⁰⁷ 765 sayılı Kanun döneminde işkence suçunun düzenlendiği m.243 yerine daha hafif nitelikte kötü muamelede bulunma suçunun düzenlendiği m.245’in uygulanması yönünde bir temayülün varlığı noktasında bkz. bir önceki başlık (2.2.1. İşkence) altında anlattıklarımız.

⁵⁰⁸ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.347 ve 471.

⁵⁰⁹ Bu hususa ilişkin *Önok*’un çözüm önerisi olarak “Davranışın Belirli Bir Ağırılık Düzeyine Varması Kriteri” hakkında kapsamlı inceleme için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.399-411.

⁵¹⁰ Avcı, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı’nın Genel Olarak Değerlendirilmesi”, 2004, s.217.

Manevi unsur yönünden de kasten yaralama ve eziyet suçları net bir ayrım göstermez. Her iki suç tipi de genel kastla işlenebilen suçlardandır. Bu tarz suçlarda, suçun oluşması açısından faildeki saikin ya da amacın, kastın tespiti noktasında bir önemi yoktur. Zira bilindiği üzere, kural olarak saik kastı ortadan kaldırmaz. Fakat örnek kabilinden somut olay endeksinde, failin alaya alma, şaka yapma veya dalga geçme saiki ile hareket ettiği durumlarda, kasten yaralama suçunun unsurları da oluşmuş olabilir. Bu takdirde, saikin kasten yaralama suçu ile eziyet suçunu, hatta belki de şartları oluşmuşsa kötü muamele suçunu birbirinden ayırma işlevi göreceği şüphesizdir⁵¹¹.

Bu sebeptendir ki kanaatimce eziyet suç tipini gerek kasten yaralamadan gerekse işkenceden rahatlıkla ayırt edebilmek için eziyet etme saikinın madde metnine dahil edilmesi yerinde olacaktır.

2.2.3. Aile Düzenine Karşı Suçlar

Eziyet suçu, TCK'nın ikinci kitabı olan *Özel Hükümlerin Topluma Karşı Suçlar* başlıklı üçüncü kısmının *Aile Düzenine Karşı Suçlar* başlıklı sekizinci bölümünde düzenlenen kötü muamele ve aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suç tipleri ile de hakaret, yaralama, tehdit gibi suç tiplerini bünyelerinde barındırmaları bakımından benzerlikler taşımaktadır⁵¹².

Ayrıca özellikle akrabalık ilişkisi içerisinde bulunan kişilerin hem eziyet hem kötü muamele suçları bakımından fail veya mağdur olma ihtimallerinin yüksek olması dolayısıyla bu suç tiplerini birbirlerinden ayırmakta ciddi manada zorluk çekilebileceği düşünülmelidir⁵¹³. Ve maalesef bu noktada madde gerekçelerinin de yeterli doygunlukta açıklama getiremediğini de eklemeliyiz⁵¹⁴.

⁵¹¹ Centel ve diğerleri, a.g.e., s.144.

⁵¹² Soyaslan, a.g.e., s.224.

⁵¹³ Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.127.

⁵¹⁴ Hafizoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1212, dn.5.

2.2.3.1. Kötü Muamele

TCK m.232’de yer alan kötü muamele suçu⁵¹⁵, aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birinin diğerine karşı kötü muamelede bulunması (f.1) ve sahip olunan tedip hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması (f.2) şeklinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

Birinci fıkroda düzenlenen suça, kötü muamele suçlarının temel şeklini düzenlemiş olması açısından *dar anlamda kötü muamele suçu*; disiplin yetkisinin sınırlarının aşılması durumunu cezalandıran ikinci fıkradaki düzenlemeye ise, *disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu* denilebilir⁵¹⁶. Bu madde ile her ne kadar aile düzeninin doğrudan korunmaya çalışıldığını söylemek zor ise de aile içi şiddetin önlenmesi ve özellikle çocuğun korunmasına yönelik olarak başta anayasal⁵¹⁷ ve uluslararası sözleşmeler⁵¹⁸ kapsamında üstlenilen yükümlülükleri yerine getirmenin amaçlandığı ifade edilmelidir⁵¹⁹.

⁵¹⁵ **TCK m.232-** “(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

⁵¹⁶ Hamide Zafer, “Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)”, **MÜHFD**, (2009/1), 119-170, s.119.

⁵¹⁷ **Anayasa-** “I. Ailenin korunması ve çocuk hakları

Madde 41 – Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

(**Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.**) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

(**Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.**) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

⁵¹⁸ **BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.19-** “1. Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, çocuğun ana–babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.

2. Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir.” https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html (04.04.2017).

⁵¹⁹ Ayşe Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s.97; Zafer, a.g.e., s.120.

Bahsi geçen fıkralardaki düzenlemeleri ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden önce, konuyu Medeni Kanunun ve TCK'nın ilgili hükümlerini göz önünde bulundurarak, tedip hakkının kapsamını kulak çekme ve hafifçe vurma biçiminde belli ölçüyü aşmayan zor kullanımı şeklinde belirlemek kanaatimizce yerinde olacaktır. Ancak bu ölçünün aşılması durumunda kötü muamele, kasten yaralama ya da eziyet gibi suçlar gündeme gelebilir⁵²⁰.

2.2.3.1.1. Dar Anlamda Kötü Muamele Suçu

İlk fıkra göre, aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamele teşkil eden fiilleri gerçekleştiren kimse cezalandırılır. Ancak görüldüğü üzere, burada sadece “*kötü muamelede bulunan*” denilerek suç teşkil eden fiillerin kapsamı belirsiz bırakılmıştır. Bu eksiklik, madde gerekçesinde aç veya susuz bırakma, uyku uyutmama ve zor şartlarda çalışmaya zorlama şeklinde örneklendirilerek giderilmeye çalışılmıştır. Buradan hareketle kötü muamele, aile düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesinden de yola çıkılarak merhamet, acıma ya da şefkatten uzak davranışlar olarak ifade edilmektedir. Bu noktada bir parantez açarak, 765 sayılı Kanun döneminde kötü muamele suçunun “*rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette*” olması madde metninde aranmışken, 5237 sayılı Kanun döneminde sadece gerekçede zikredilmekle yetinildiğini ve bu durumda özellikle kanunilik ilkesi bağlamında doğru bir metot olmadığını eklemek gerekir⁵²¹.

Ayrıca bu davranışların, kasten yaralama suçundan farkını ortaya koyabilmek adına, basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesine de geçmemesi gerekmektedir⁵²². Aksi takdirde, gerçekleştirilen ihlale mukabil kötü muameleden değil, yaralama suçundan sorumluluk tesis etmek icap edecektir. Dolayısıyla TCK m.232/1 bakımından kötü muamele, yaralamaya varmayan ve m.232/2 anlamında terbiye ve disiplin araçlarının kötüye kullanılması şeklinde de ortaya çıkmayan davranışlardır⁵²³. Yargıtay'ın

⁵²⁰ Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s.25-26.

⁵²¹ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.213; Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.107 ve 111.

⁵²² Artuç, a.g.e., s.514; Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.214; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.343.

⁵²³ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.341.

benimsediği ve mutad olarak kararlarında⁵²⁴ kullandığı kötü muamele suçunun tanımı da “(...) yaralama, tehdit, sövme gibi Yasanın başka maddelerinde açıkça suç olarak tanımlanmış eylemler dışında kalan, çıplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eylemleri kapsar.” şeklindedir⁵²⁵. Görüldüğü üzere her çeşit kötü muamele, suçun oluşmasını mümkün kılmamakta ve söz konusu fiillerin *belirli bir ağırlık ihraz etmesi* aranmaktadır⁵²⁶.

TCK m.232/1’deki suç tipiyle dar anlamda aile içinde, geniş anlamda aynı konutta yaşayan kimselerin insan onuru ve özgürlükleri, yani kişi dokunulmazlığını korumak amaçlanmış ve aile içi şiddet hareketleri cezalandırılmak istenmiştir⁵²⁷. Bu fıkra hükmü, 765 sayılı TCK m.478’e⁵²⁸ karşılık olarak düzenlenmiş olsa da fail ile mağdur arasındaki ilişkinin kapsamı noktasında daha geniş bir düzenleme yoluna gitmiştir⁵²⁹. Eski Kanuna göre, mağdur, faille veya onun ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından küçük bir çocuk ya da failin aile fertlerinden birisidir⁵³⁰. Buna karşın, mevcut düzenlemede ise fail ile mağdur, akrabalık ilişkisi gerekmeksizin ortaklaşa bir ev kiralayarak konut sayılan bir yerde yaşamını sürdüren sevgililer ya da hatta üniversite öğrencileri gibi “*aynı konutta yaşayan kimselerden biri*”dir⁵³¹. Burada önem arz eden husus, birden fazla kişinin birlikte

⁵²⁴ Y4.CD, T.06.04.2010, E.2008/10591, K.2010/6251; Y4.CD, T.19.01.2009, E.2007/5591, K.2009/80; Y4.CD, T.23.2.2011, E.2009/1540, K.2011/2345; Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1286-1287, dn.79-80.

⁵²⁵ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.212-213.

⁵²⁶ “2003 Hükümet Tasarısının kötü muamele suçunun düzenlendiği 333. maddesinin gerekçesinde, “her türlü kötü muamelenin suçun oluşmasını olanaklı kılmayacağı, kötü muamelenin merhamet (acıma) ve şefkatle (sevecenlik) bağdaşmayacak nitelikte bulunması, yani belirli bir ölçüde ağırlık taşıması gerektiği, önemli olan hususun merhamet ve şefkatle bağdaşmayacak derecede kötü muamelenin ne olduğunun tespiti olduğu, kötü muameleyi, etkili eylem, fuhşa teşvik, ırza tasaddi, ırza geçme, terk gibi haller dışında bir kavram olarak belirlemek gerektiği, beden bütünlüğüne etkili eylem oluşturmayacak şekilde zarar veren, onur ve hürriyeti esaslı biçimde ihlal eden fiillerin kötü muamele sayılacağı belirtilmiştir.” Nuhoğlu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, s.109.

⁵²⁷ Nuhoğlu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, s.100; Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s.340.

⁵²⁸ 765 sayılı TCK m.478/1- “Yukarıki maddede beyan olunan haller haricinde ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından aşağı bir çocuğa veya aile efradından birine rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muamelelerde bulunan şahıs otuz aya kadar hapsolunur.” <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (26.02.2017).

⁵²⁹ Zafer, a.g.e., s.125.

⁵³⁰ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s.215; Metin Feyzioğlu, “Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları”, *AÜHFD*, C.50, S.1, (2001), 41-53, s.49; Nuhoğlu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, s.101.

⁵³¹ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.209; Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s.340-341; Ayrıca bu noktada şu husus da belirtilmelidir: “Kanımızca, suç özgü suç olarak tanımlanmadığı ve fail ile mağdur arasında aile ilişkisi öngörülmediği için Yasa metninden hareketle, suçla öncelikle aynı konutta yaşayan kişilerin beden ve ruh sağlığının korunmak istendiği; Yasa’nın sistematüğinden hareketle de ikinci derecede, aile düzeninin korunduğunu söylemek mümkündür.” Zafer, a.g.e., s.127; aksi yönde bkz. “Aynı konutta birlikte yaşayanlar arasında

oturma iradesiyle aynı konutu paylaşmasıdır, aksi takdirde birlikte yaşama düşüncesi bulunmadan misafir olarak birkaç günlüğüne gelen bir kimseye karşı aynı konutta kötü muamele suçu söz konusu olmaz⁵³². Eziyet suçu bakımından ise gerek fail gerekse mağdur bakımından burada anlatıldığı gibi bir kısıtlama mevzu değildir⁵³³. Kısacası kötü muamele suçu bir özgü suç iken, eziyet suçu faili ve mağduru herkes olabilen genel bir suçtur⁵³⁴.

Ayrıca yukarıda arz edildiği üzere, kötü muamele suçu, 5237 sayılı TCK'da “*Topluma Karşı Suçlar*”ın “*Aile Düzenine Karşı Suçlar*” bölümünde yer almışken, 765 sayılı TCK döneminde “*Şahıslara Karşı Cürümler*”in “*Terbiye ve İnzibat Vasıtalarının Suistimali ve Aile Efradına Karşı Fena Muamele*” başlığı altında düzenlenmişti. Aile düzeninin, kişisel değer⁵³⁵ önüne alındığı izlenimini veren sırf bu değişiklik bile mevcut ceza kanununun bireyi önceleyen bir suç siyaseti yaklaşımını benimsediği iddiasına⁵³⁶ aykırı düşmektedir⁵³⁷. Bunu destekler mahiyette, farklı tarihlerde tanzim edilen benzer içerikli 1998 tarihli 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile 2012 tarihli 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun dikkate

akrabalık ilişkisinin varlığının gerekip gerekmediği madde metninden anlaşılmamaktadır. Ancak maddenin aile düzeni aleyhinde suçlar bölümünde düzenlendiği göz önüne alındığında fail ile mağdur arasında **geniş anlamda aile ilişkisinin** olması gerektiği anlaşılr. Aynı konutta birlikte yaşayan fakat aralarında bu anlamda ilişki olmayan kişilerin birbirine karşı bu suçu işlemeleri mümkün değildir. Çünkü bu kişilerin birbirlerine karşı gerçekleştirecekleri kötü muamele niteliğindeki hareketler, aile düzenine değil, kişiye karşı suç olarak kabul edilip, hakaret, müessir fiil vs. suç olarak kabul edilip cezalandırılabilir.” Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.102 vd.

⁵³² Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.105; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.210; Zafer, a.g.e., s.130.

⁵³³ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.200; Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.128.

⁵³⁴ Hafizoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1213.

⁵³⁵ “(765 sayılı) TCK, Mehaz Kanun (Zanardelli Kanunu) gibi bu suçlara aile düzeni aleyhinde cürümler bahsinde değil, şahsa karşı cürümler bahsinde yer vermek suretiyle ve ayrıca suçları düzenleme tarzıyla, “aile içindeki çocuk kişiyi ve diğer aile bireyini” değil, tam tersine, “çocuk kişiyi ve diğer aile bireyini, aile içinde” korumaktadır. Bu düzenleme, Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne (m.19) tamamen uygundur. Kanunumuzun bu düzenlemesi bireyci ve dolayısıyla özgürlükçüdür. Gerçekten, Ceza Kanunumuz, terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılmasını ve aile bireylerine fena muameleyi, “kişinin varlığı” bakımından zararlı ve tehlikeli görmüş; onu, doğduğu, büyüdüğü, eğitim aldığı ve yaşadığı ortamlarda, kişiliği, mutluluğu ve esenliğini bozacak maddi ve manevi her çeşit şiddet eyleminden masun kılmak istemiştir.” Fezioğlu, a.g.e., s.42-43.

⁵³⁶ **Adalet Komisyonu Raporu’ndan** “Bireyin sahip bulunduğu hukuki değerlerle, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, Tasarı metninde ceza kanununun amacı olarak belirlenmiştir. Böylece kanunun özgürlükçü karakteri vurgulanmıştır. Bireyin bir hukuk toplumunda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi, ceza kanununun temel amaçları arasında sayılmıştır.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.10; “Yeni kanunlarda çağdaş suç siyaseti kriteri olarak insanın ön plana alındığını göstermek açısından Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısında yapıldığı gibi kişilere karşı işlenen fiillerin korunması ile başlamak yolu tutulmuştur.” Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.6.

⁵³⁷ Zafer, a.g.e., s.124.

alındığında fark edileceği üzere, bireyden ziyade ailenin korunması müessesesinin ön plana çıkartıldığı açıkça kendini göstermektedir⁵³⁸.

Öte yandan, TCK m.232’de “*kötü muamelede bulunan*” ifadesiyle hareket bakımından tekil bir kullanım tercih edilirken, 765 sayılı TCK m.478’de ise “*rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muameleler*” denilerek hareketlerin çokluğu benimsenmiştir. Bu durumda suçun itiyadî ya da kesintisiz olması bakımından bir farklılık söz konusudur⁵³⁹. Buna göre, kötü muamele teşkil eden münferit bir davranış, m.478 kapsamındaki fena muamele suçu itiyadi suç olduğu için eski kanun döneminde cezalandırılmazken, günümüzde m.232/1 bağlamında bir süreklilik aranmaması dolayısıyla cezaya muhatap olabilecektir.

Ayrıca kanaatimce mevcut düzenlemeler altında suç teşkil eden söz konusu hareketlerin süreklilik arz etmesi durumunda bu çalışmanın esas konusunu teşkil eden eziyet suçu gündeme gelecektir. Örneğin, bir eşin eve sarhoş gelip diğer eşe zorluk çıkartması veya onu uyutmaması yahut yemek yememeye zorlaması münferit (tekil) bir durum arz ediyorsa m.232/1’den; buna karşın mezkûr davranışlar süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanıyorsa m.96’dan sorumluluk söz konusu olacaktır⁵⁴⁰.

Aynı yönde verilebilecek bir diğer örnek, failin akıl hastası çocuğunu dışarıdaki işlerini halledene kadar, mağdurun kendisine ve eve zarar vermeyecek şekilde evin bir köşesine geçici olarak bağlaması durumudur⁵⁴¹. Az evvel belirttiğimiz üzere, bu halde de gerçekleştirilen davranış, tekil nitelik taşıyorsa aile bireylerine karşı kötü muamele suçu, süreklilik kriterini sağlıyorsa eziyet suçu teşkil edecektir.

Ancak Yargıtay uygulaması, “*Sanığın eyleminde aile bireylerine kötü davranma suçuna özgü **sürekliliğin** ne suretle oluştuğuna ilişkin kanıtlar gösterilmeden (...) TCY’nin 86/2-3. maddeleri yerine 232/1. maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi*”ne ilişkin

⁵³⁸ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.208.

⁵³⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s.51; Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.106; Zafer, a.g.e., s.125.

⁵⁴⁰ Altunç, a.g.e., s.388; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.200; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.342; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.293.

⁵⁴¹ Artuç, a.g.e., s.514-515.

içtihadında görüldüğü üzere, kötü muamele suçunda, eziyette olduğu gibi hareketlerin süreklilik arz etmesini aramaktadır⁵⁴².

Yargıtay'ın bu kabulüyle yola çıkıldığında, kötü muamele suçuna vücut veren sistematik hareketlerin aynı zamanda eziyet suçunu da meydana getireceğine, bunun da fikri içtima kuralları mucibince daha ağır ceza öngören eziyet suçunun uygulanıp⁵⁴³, kötü muamele suçununsa uygulamasını neredeyse sıfıra indireceğine dikkat çekmek gerekir⁵⁴⁴.

Yeri gelmişken ifade edilmesi gereken bir diğer husus, aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birinin diğerine karşı işlediği kötü muamele suçunun manevi unsurunun genel kast olduğudur⁵⁴⁵. Ancak failin hareketinin meydana getireceği neticelere karşı bigâne kalması durumunda, suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olduğunu belirtmemiz gerekmektedir⁵⁴⁶. Anlaşılabacağı üzere, suçun meydana gelmesi noktasında genel kast yeterli olmakla birlikte, faili bu suça yönelten saik herhangi bir önem arz etmemektedir. Fakat failin terbiye etmek gibi bir saikle hareket etmesi ihtimalinde, bu başlık altında izaha çalıştığımız aynı konutta yaşayan kişilere karşı kötü muamele suçu değil, ikinci fıkra altında düzenlenmiş olan terbiye hakkından ileri gelen disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu oluşacaktır⁵⁴⁷. Dolayısıyla eziyet suçu bakımından da ayırım noktamızı teşkil eden sistematiklik ve süreklilik unsurlarını kapsamayan bir kast altında m.96'ya göre değil, m.232/1'e göre bir sorumluluk tesisi yoluna gidilecektir⁵⁴⁸.

⁵⁴² **Y4.CD, T.15.01.2008, E.2006/7192, K.2008/197**; Altunç, a.g.e., s.388, dn.68; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1287, dn.81.

⁵⁴³ Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.117; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.200-201; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.293; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1288, dn.87; ayrıca bu husustaki daha kapsamlı açıklamalarımız için bkz. 3.6.3.3. (Farklı Neviden) Fikri İçtima.

⁵⁴⁴ “Şayet bu suç tipi açısından süreklilik unsuru aranacaksa, *TCK m.96’daki eziyet suçunun farklı bir uygulama alanı hemen hiç kalmayacaktır*, her iki suç oluşup, aralarında fikri içtima ilişkisi doğacaktır. Dahası, Yargıtay’ın görüşü uygulanırsa, tek bir yaralama eylemi TCK m.86/2-3 kapsamında kalıp daha ağır cezalandırılacak, kötü muamelenin sürekli olması durumunda ise TCK m.232/1 uygulandığında, fail daha az ceza alacağı için ödüllendirilmiş olacaktır.” Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.919; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.215 (italik vurgu bize aittir, zira fikri içtima durumunda daha ağır ceza öngören eziyetten hüküm tesisi gerekeceği için söylenenin aksine kötü muamele suçu bakımından uygulama alanı daralacaktır!).

⁵⁴⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s.52.

⁵⁴⁶ Zafer, a.g.e., s.135.

⁵⁴⁷ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.216; Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.112; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.215; Zafer, a.g.e., s.136.

⁵⁴⁸ Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.117; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.342-343.

Son olarak belirtmek gerekir ki eziyet suçu ile kötü muameleyi ayırt edebilmek bakımından, ortaya konan davranışların ne zaman eziyet boyutuna ulaştığı, ne zaman kötü muamele safhasında kaldığı her somut olayda ayrıca sorgulanması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁴⁹.

Hukuka aykırılık noktasında, kötü muamele suçu bağlamında TCK m.26/2’de düzenlenen ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni sayılabilir; ancak bunun için öncelikle üzerinde tasarruf edilebilir bir hakkın mevzu bahis olması ve suç teşkil eden hareketlerin en geç icrası esnasında rızanın gösterilmiş olması gerekmektedir⁵⁵⁰. Eziyet suçu bakımındansa, davranışların insan onuru ile bağdaşmaz nitelik arz etmesinden dolayı böyle bir şey söylenemez.

2.2.3.1.2. Disiplin Yetkisini Kötüye Kullanma Suçu

İkinci fıkraya göre ise, sahip olduğu terbiye hakkından ileri gelen disiplin yetkisini kötüye kullanan kişi cezalandırılmaktadır. Bu husus, geçmişte 765 sayılı TCK m.477’de düzenlenmişti⁵⁵¹. Yukarıda ifade edildiği üzere, bu suç tipi de 765 sayılı Kanun döneminde *Şahıslara Karşı Cürümler* başlığı altında tanzim edilmişken, aileyi ön plana alan 5237 sayılı TCK sistematığında *Aile Düzenine Karşı Suçlar* arasında kendisine yer bulmuştur⁵⁵².

Söz konusu tedip-terbiye hakkının kapsamı ise, günümüzde madde metninde geçmiştekine çok benzer biçimde “*İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle*” mükellefiyet şeklinde belirlenmiştir⁵⁵³. Zikredilen sorumluluk ancak disiplin yetkisiyle kendini bulabilir⁵⁵⁴. Yani

⁵⁴⁹ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.218.

⁵⁵⁰ Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.112; “Kendisine kötü muamelede bulunulmasına ilişkin olarak verilen rıza, geçerli bir rıza sayılmaz. Kişinin vücut ve ruh bütünlüğü üzerindeki hakkı; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikte kişiliğe bağlı temel haklardandır. Kişi, ancak üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği subjektif bir hakkına yönelik saldırıya rıza gösterebilir (TCK m.26/2).” Zafer, a.g.e., s.136.

⁵⁵¹ **765 sayılı TCK m.477-** “Her kim idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veyahut bir meslek ve sanatı öğretmek için kendisine tevdi olunan şahsın üzerinde haiz olduğu terbiye hakkını veya itaat ettirmek salahiyetini suiistimal ile o şahsın sıhhatinin muhtel veya bir tehlikeye maruz olmasına sebep olursa onsekiz aya kadar hapsolunur.” <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (26.02.2017).

⁵⁵² Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.219.

⁵⁵³ “İdare etme, büyütme, okutma, bakma, muhafaza etme veyahut bir meslek ve sanatı öğretme yükümlülüğü doğuran yasa, sözleşme, kamu hukuku kuralları ve fiili durumlar, kişiler arasında bir tâbiyet

disiplin yetkisi, kişinin maddi ve manevi varlığına en ufak bir halel getirmeyecek, terbiye ve eğitimi açısından elverişli ve ölçülü bir şekilde doğru kullanıldığında, izaha çalıştığımız terbiye hakkı gerçekleştirilmiş olacaktır⁵⁵⁵.

Ancak burada özellikle belirtilmesi gereken bir nokta vardır. O da önceki düzenlemede “*kendisine tevdi olunan şahsın üzerinde haiz olduğu terbiye hakkını veya itaat ettirmek salahiyetini suiistimal*”den bahsedilmişken, mevcut düzenlemede sadece “(...) öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan” kişiden bahsedilmiştir. Bu kapsamda darülacezedeki bir yaşlı, cezaevindeki bir mahkûm, akıl hastanesindeki bir hasta üzerinde de disiplin yetkisinin olduğu muhakkaktır; ancak bu yetki terbiye hakkından değil, şahsın ilgili kurumlara “*tevdi olunmasından*” ileri gelir⁵⁵⁶. Anlaşılacağı üzere burada, her ne kadar maksada matuf olma noktasında bir noksanlık bulunsa da terbiye hakkının doğal sonucu olan disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Nasıl basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesine geçmiş davranışlar, yaralama suçundan sorumluluk tesisi yoluyla cezalandırılacaksa⁵⁵⁷, kişinin onur ve şerefine ilişkin söz, söylem ve muameleler de disiplin yetkisi kapsamında değerlendirilemeyeceği için hakaret suçuyla cezalandırılacaktır⁵⁵⁸. Ancak kanun koyucu, madde gerekçesinde özellikle yaralama suçu bakımından, maddenin her iki fıkrasında düzenlenen suçlar için hareketin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmesi kriterini koymasına rağmen, Yargıtay uygulamasında durum böyle değildir. Yargıtay, bu husustaki içtihatlarında, hareketler ister basit isterse nitelikli yaralamayı

ilişkinin kurulmasına neden olmaktadır. Bu ilişki, taraflara karşılıklı yükümlülük yüklemektedir. Tâbi olanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi, idare edenin yaptırım uygulama yetkisini doğurmaktadır. Yaptırım uygulayan idare eden; yasadan, sözleşmeden, kamu hukukundan veya fiili durumdan doğan bir ilişkinin kendisine bahsettiği hakkı kullanmaktadır.” Zafer, a.g.e., s.159.

⁵⁵⁴ “Bir kimsenin, idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya san’at öğretmek için kendisine tevdi olunan kişiler üzerinde, bu fonksiyonu gereği gibi yerine getirebilmek için “*terbiye etmek hakkına*” veya “*itaat ettirmek yetkisine*” malik bulunması tabiidir.” Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.208.

⁵⁵⁵ Yokuş Sevil, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1287.

⁵⁵⁶ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.209; Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.119.

⁵⁵⁷ Feyzioğlu, a.g.e., s.46.

⁵⁵⁸ Artuç, a.g.e., s.514.

oluştursun kötü muamele suçundan değil, kasten yaralama suçundan hüküm tesis etmektedir⁵⁵⁹.

TCK m.232/2’de fail ile mağdur arasında bir yükümlülük ya da diğer bir ifade ile tâbiyet ilişkisi teşekkül ettirildiği için bu suç özgülü suç özelliği taşımaktadır⁵⁶⁰. Başka bir şekilde ifade edecek olursak, gerek mağdur açısından failin idaresi altındaki bir kişi olması hasebiyle, gerekse fail bakımından mağdura karşı büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmek biçiminde bir yükümlülük taşıması dolayısıyla bu suç mahsus suç niteliğini haizdir⁵⁶¹. Buna göre, eşlerin, kardeş veya başka yakın akrabaların kendi aralarında birbirlerine karşı bu kapsamdaki hareketleri disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçunu oluşturmayacaktır. Zira, özellikle Anayasa’nın 12, 17 ve 19. maddeleri⁵⁶² dikkate alındığında, mezkûr kişilerin birbirleri üzerinde orta çağdan kalma bir disiplin yetkisinin bulunamayacağı aşikardır⁵⁶³. Ancak bu kişiler arasında bahsedilen hareketlerin vuku bulması halinde koşulların mevcudiyetine göre TCK m.232/1 veya m.96 gündeme gelecektir⁵⁶⁴.

Öte yandan, failin, üzerinde disiplin yetkisinin bulunduğu aynı konutta yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamele etmesi ihtimaline de dikkat etmek gerekir. Bu

⁵⁵⁹ Y4.CD, T.06.04.2010, E.2008/10591, K.2010/6251; Y4.CD, T.19.01.2009, E.2007/5591, K.2009/80, Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1286, dn.79.

⁵⁶⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s.45; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.201 ve 220; Zafer, a.g.e., s.146 ve 148.

⁵⁶¹ Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.120; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.293; “Bakılmak üzere başkalarına emanet edilen hastalar, akıl hastaları, sosyal yardım kurumlarındaki kimseler, muhafaza edilmek üzere emanet edilen pansiyonlara veya özel kişilere bırakılan küçükler, bir meslek veya sanat öğrenmek üzere bir kimsenin yanına bırakılan çıraklar, bir kimsenin idaresi altında bulunan işçiler, hizmetçiler düzenlenen suçun mağduru olabilecektir. Ancak özellikle akıl hastasının emanet edilmesi halinde failin mağdur üzerinde disiplin yetkisi bulunmadığından suçun unsurlarının oluşamayacağının belirtilmesi gerekir.” Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.121.

⁵⁶² **Anayasa-** “I. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği **Madde 12** – Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

“I. Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı **Madde 17** – (1) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

(2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. (...)”

“III. Kişi hürriyeti ve güvenliği **Madde 19** – (1) Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.”

⁵⁶³ Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.121.

⁵⁶⁴ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.343.

takdirde özel normun önceliği ilkesi gereğince m.232/1'e karşı özel hüküm olan m.232/2 uygulanacaktır⁵⁶⁵.

Diğer taraftan, her ne kadar disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçunun manevi unsuru genel kast olsa da bu kast, disiplin yetkisiyle kendini bulan terbiye hakkının gerçekleştirilmesine matuf olmalıdır⁵⁶⁶. Bu saikten hareketle suçun manevi unsurunun özel kast olduğu söylenebilir ve dolayısıyla suçun olası kastla işlenmesi mümkün olmayacaktır⁵⁶⁷. Öte yandan suçun taksirli halinin düzenlenmemiş olmasından dolayı suçun taksirle işlenmesi de mümkün değildir. Ancak disiplin yetkisinin sınırlarının taksirle aşılması ihtimalinde, söz konusu fiil, yaralama örneğinde olduğu gibi taksirli hali bulunan başka bir suçu oluşturduğu takdirde, sorumluluk bu taksirli suçtan tesis edilecek ve verilecek ceza da TCK m.27/1 bağlamında hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hükümleri uyarınca indirilecektir⁵⁶⁸.

Hukuka aykırılık noktasında, yukarıda 1. fıkraya ilişkin ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi açısından söylenenler burada da geçerlidir. Bunun biraz daha ötesinde

⁵⁶⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s.52; Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.137; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.223; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.344; **aksi yönde bkz.** “Kanımızca bu iki suç arasında genel-özel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır. Çünkü genel ve özel norm ilişkisi, normlardan birisinin diğer normun unsurlarının yanı sıra bazı ek unsur ve özellikleri ihtiva etmesi halinde söz konusu olur. Bir norm, genel normun bütün unsurlarını bünyesinde toplamış olmaktan başka, buna yeni bir unsur veya özellik ekleyerek değişik bir nitelik kazanmış olursa artık genel norm uygulanmaz. Aralarında genel-özel hüküm ilişkisi bulunan suçlarda, özel hükmün her ihlal edildiği halde, öncelikle genel hüküm de ihlal edilir. Bir hükmü özel yapan husus, genel hükümdeki unsurlara ek bir unsurun veya özelliğin eklenmiş olmasıdır. Disiplin yetkisinin kötüye kullanılması ve aynı konutta yaşayanların kötü muamelesi suçlarının temel unsurları birbirinden farklıdır. Disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçunda, aynı konutta birlikte yaşama şartı kurucu bir unsur olarak yer almamaktadır. Disiplin yetkisinin kötüye kullanıldığı her durumda, örneğin öğretmen öğrencisine karşı veya vasinin vesayeti altındaki bir çocuğa karşı bu suçu işlemesi halinde, aynı konutta birlikte yaşama unsuru oluşmadığından, aynı konutta yaşayanların kötü muamelesi suçu oluşmaz. Aynı şekilde aynı konutta yaşayanların kötü muamelesi suçunda, kötü muamelede bulunan fail ile mağdur arasında bir tâbiyet ilişkisinin bulunması zorunlu bir unsur değildir. Bu nedenlerle bu iki suç arasında genellik-özellik ilişkisi bulunmamaktadır. Her iki suçun temel unsurları birbirlerinden farklıdır. Her iki suçun ortak unsuru, kötü muamele teşkil eden bir fiilin varlığıdır. Bu suçların kötü muamele suçları olması, onların arasında genellik ve özellik ilişkisinin kabulü için yeterli değildir. Sorun, fikri içtima kurallarına göre çözümlenebilir (TCK m.44).” Zafer, a.g.e., s.165-166.

⁵⁶⁶ “Failde cürmî kast bulunmalıdır.” Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.211; Feyzioğlu, a.g.e., s.47-48; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.344; “TCK m.232/2’deki suçun manevi unsuru kasttan ibaret olmakla birlikte, failin, uyguladığı eğitici ve cezalandırıcı araç ile, mağduru eğitmeyi veya onun üzerinde disiplin yetkisinden doğan terbiye hakkını kullanmayı hedeflemiş olması gerekir.” Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.293.

⁵⁶⁷ Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.134.

⁵⁶⁸ Zafer, a.g.e., s.163.

disiplin yetkisinin sınırları⁵⁶⁹ içerisinde hareket eden faile mağdurun karşı koyup saldırması durumunda, failin ölçülülük ilkesine uygun surette saldırıyı defetmek amacıyla sözü edilen yetkisini kötüye kullanması ihtimalinde, meşru müdafaa'nın şartlarının oluştuğunu söylemek gerekmektedir⁵⁷⁰. Ancak çalışmamızın esas konusunu teşkil eden eziyet suçu bakımından bunu söylemek güçtür; çünkü eziyet teşkil eden eylemler birlikte değerlendirildiği ve süreklilik arz ettiği için aniden gerçekleşen meşru savunma gibi müesseselere niteliği gereği uymamaktadır.

Ayrıca disiplin yetkisinin kullanılması, 5237 sayılı TCK m.26/1'de "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" şeklinde ifade edilen hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilse bile, bunun kötüye kullanılması, ilişkili olduğu yaralama, hakaret, tehdit ve hürriyeti tahdit gibi pek çok suç tipi kapsamında, bahsini ettiğimiz sınırların aşılması dolayısıyla hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir⁵⁷¹. Çünkü 5237 sayılı TCK m.27/1'de⁵⁷² ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması hali için kastın yokluğu aranmıştır ve disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasında ise kastın olmadığı söylenemez.

Görüldüğü gibi, gerek aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birinin diğerine karşı gerçekleştirdiği kötü muamelesi, gerekse terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması, dövme ve sövme gibi kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik kötü davranışlar teşkil etmektedir. Bu tür kötü davranışlar aynı zamanda yaralama ve eziyet suçları kapsamında da söz konusu olabilmektedir⁵⁷³. Bu benzerlik açısından ayırım, yukarıda da kısmen ifade edildiği üzere, yaralama suçu bakımından "*kişide basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş*" olması, eziyet suçu bakımındansa süreklilik ve sistematiklik kriterleriyle yapılacaktır. Buna göre, söz konusu davranışlar sürekli ve sistematik olmaktan uzaksa eziyet suçundan sorumluluk

⁵⁶⁹ "Disiplin yetkisi, fiili ve sözlü zorlamaları da içerir. Diğer bir söyleyişle disiplin yetkisi, yaptırım uygulama hakkını da içerir. Yaptırım, doğası gereği, utandırma, küçük düşürme, yoksunluklara tâbi kılmayı içerir." Zafer, a.g.e., s.159.

⁵⁷⁰ Nuhoğlu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, s.135.

⁵⁷¹ Zafer, a.g.e., s.159.

⁵⁷² **TCK m.27-** "(1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur."

⁵⁷³ Yokuş Sevik, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu", s.1286.

yoluna başvurulamayacaktır⁵⁷⁴. Ancak somut olayda, failin disiplin yetkisi kapsamındaki mağdura yönelik kötü muamele teşkil eden eylemleri sistematiklik arz ederse, hem disiplin yetkisinin kötüye kullanılması zincirleme suç olarak hem de söz konusu eylemler eziyet suçu olarak karşımıza çıkacaktır. Bu takdirde, sorun fikri içtima kuralları çerçevesinde daha ağır ceza öngören eziyet suçu ile çözümlenecektir⁵⁷⁵.

2.2.3.2. Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali

TCK m.233'te düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu⁵⁷⁶, özellikle bakım, eğitim veya destek olma şeklinde aile hukukundan ileri gelen yükümlülüğün ihlali biçiminde (f.1), devamında gebe kadını terk biçiminde (f.2) ve çeşitli şekillerde çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını tehlikeye sokmak şeklinde (f.3), üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Bunun öncesinde incelenen kötü muamele suçları, 765 sayılı TCK'da 477, 478 ve 479. maddelerde yer bulmuşken, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suç tipine yer verilmemişti⁵⁷⁷.

Adından da anlaşılacağı üzere suç tipi gerek fail gerekse mağdur arasında aile hukukundan yani Medeni Kanun'dan kaynaklanan bir yükümlülük ilişkisi bulunduğu için, özgü suç niteliğini haizdir⁵⁷⁸. Ayrıca failin yükümlülüklerini yerine getirmemesi dolayısıyla herhangi bir zarar neticesinin doğması beklenmediği için suç, tehlike suçu niteliğindedir.

⁵⁷⁴ Artuç, a.g.e., s.514; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.201; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.344-345.

⁵⁷⁵ Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.293; Zafer, a.g.e., s.170.

⁵⁷⁶ **TCK m.233-** “(1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁵⁷⁷ Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.141.

⁵⁷⁸ Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.147-148; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.225.

Öte yandan, zikredilen yükümlülükleri yapmakla mükellef olan failin bunları yerine getirmemesinden dolayı ihmali suçun söz konusu olduğunu da eklemek gerekir⁵⁷⁹. Bu sayılan özellikler bakımından ilgili suç tipinin gerek eziyet gerekse disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçlarıyla farklılıklar taşıdığı söylenmelidir. Bu minvalde, doktrinde beyan edilen şu ifadelerle katıldığımızı ifade etmek isteriz⁵⁸⁰:

TCK m.233/1'deki suçun, yukarıda ele aldığımız, disiplin yetkisinin kötüye kullanılması (m.232/2) suçundan farkını da belirtmek gerekir. Disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçunda, "terbiye etme hakkı"nın sınırlarının aşılması düzenlenmekteydi. Örneğin, yaramazlık yapan çocuğu azarlamak varken, onu dövmek gibi. Oysa burada, bu şekilde şiddet kullanılmaksızın, aile hukukundan kaynaklanan eğitim, bakım ve destek yükümlülüğünün yerine getirilmemesi söz konusudur (kadın eşin geçindirilmesiyle hiç ilgilenmemek gibi). Bu açıdan, kişinin sefil ve bakımsız bırakılmasının 765 sayılı TCK anlamında "fena muamele" olduğu kabul edilmekteyken; TCK bakımından böyle bir ihmali davranış TCK m.233/1'e girecektir. Eş üzerinde disiplin yetkisi olmadığından, zaten m.232/2'nin uygulanması gündeme gelmeyecektir.

Eziyet suçu ile ilişkiyi ele alırsak, şayet bakım ve destek yükümlülüğünün ihlali, eza vermeye yönelik kasıtlı ve sürekli bir hal almışsa artık eziyet suçu oluşacaktır. O halde, örneğin, boşanmak istediği eşini bezdirmek için eve her gece geç ve içkili gelip ailesiyle ilgilenmeyen ve onları perişan duruma düşüren babanın durumunda, kanaatimizce TCK m.96 ile m.233/1 arasında fikri içtima ilişkisi doğacaktır.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu, manevi unsur olarak taksirli düzenlemesi bulunmadığı için bu şekilde işlenemez, genel kastla işlenebilir. Fail kanundan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirme imkânına sahip olmalı, fakat bunları yerine getirmemelidir. Buradan hareketle somut olay bağlamında suç olası kastla da işlenebilecektir⁵⁸¹.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu ile aynı konutta yaşayan kişiler arasındaki kötü muamele suçu doğrudan korudukları menfaatler farklı olup temel unsurları örtüşmemektedir. Bu örtüşmeme durumu, haliyle söz konusu suçlar arasında bir genel-özel norm ilişkisinin bulunmamasına yol açar. Bu takdirde ise, bir annenin kendisiyle birlikte yaşayan küçük çocuğunu evde yalnız bırakıp ona yemek vermemesi

⁵⁷⁹ Kanundan doğan bir garantörlük çeşidi olarak akrabalık ilişkilerinden doğan yükümlülük hakkında kapsamlı bir inceleme için bkz. Hakeri, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İhmali Suçlar", s.124-131; Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.148; "Kötü muamele teşkil eden davranışlar, icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Örneğin çocukların aç sefil bırakılması, 765 sayılı Türk Ceza Yasası döneminde aile efradına kötü muamele olarak kabul edilmekteydi. 5237 sayılı Yasa'ya göre, ana babanın böyle bir ihmali davranışı, aile hukukunca veliye yüklenen bakım yükümlülüğünün ihlalini oluşturur (TCK m.233/1)." Zafer, a.g.e., s.134.

⁵⁸⁰ Önok, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu", s.226-227.

⁵⁸¹ Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.154.

örneğinde olduğu üzere, her iki suç tipinin de ihlal edilmesi ihtimalinde, karşılaşılan problem TCK m.44 fikri içtima hükmü gereğince en ağır cezayı öngören suçtan sorumluluk tesisi suretiyle çözümlenmelidir⁵⁸².

Ayrıca aile düzenine karşı suçlar arasında disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu ile aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunu da birbirinden ayıran temel kriter, disiplin yetkisinin kullanılıp kullanılmaması olmaktadır. Bu bağlamda, çocuğun anne babası tarafından derslerine çalışmadığı takdirde, sonuçlarını göstermek adına çalıştırılması örneğinde disiplin yetkisinin kötüye kullanılması, çocuğun evin geçimini sağlama veya anne babanın eksikliğini kapatma noktasında çalıştırılması örneğinde ise aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali söz konusu olacaktır⁵⁸³.

⁵⁸² Zafer, a.g.e., s.145.

⁵⁸³ Zafer, a.g.e., s.166-167.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TÜRK CEZA HUKUKUNDA EZİYET SUÇU

3.1. Genel Olarak

765 sayılı TCK'da birebir karşılığı olmayan eziyet suçu, kanun koyucu tarafından konu üzerindeki hassasiyetini gösterir tarzda 5237 sayılı TCK m.96'da ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir⁵⁸⁴. Buna göre eziyet suçu, gerekçede de ifade edildiği üzere sivil kişilerce işlenen işkence niteliğini haiz fiilleri kapsamaktadır⁵⁸⁵.

Eski kanun döneminde olduğu gibi, mevcut düzenlemenin yokluğunu düşünecek olursak, öğretide bunun herhangi bir eksiklik teşkil etmeyeceği, işlediği fiilin niteliğine göre gerçekleştirilen ilgili suç tipinin ihlaline göre yine failin sorumluluğuna başvurulabileceği ifade edilmektedir⁵⁸⁶.

Buradan hareketle mevcut haliyle eziyet suçunun, esas olarak, tipikliğinin muğlak ve belirsiz olduğu, hangi hareketlerin eziyet suçuna vücut verdiğinin net bir şekilde anlaşılamaması dolayısıyla düzenlemenin kanunilik ve belirlilik ilkeleri bağlamında sorun teşkil ettiği belirtilmektedir⁵⁸⁷. Bu problemin çözümü, ya eziyetin suç olmaktan çıkartılması ve ilgili suç tipleri ile iktifa edilmesi suretiyle ya da mevcut düzenlemedeki muğlaklığın giderilerek daha açık ve anlaşılır bir tanımlama yapmak suretiyle iki şekilde olabilir⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Artuç, a.g.e., s.509; Avcı, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", s.230.

⁵⁸⁵ Üzülmüş, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", **Hukuk ve Adalet**, s.228.

⁵⁸⁶ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.257; Artuk, "İşkence Suçu (TCK m.94, 95)", s.40.

⁵⁸⁷ Altunç, a.g.e., s.374; Sokullu-Akıncı, a.g.e., s.112; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.288; Nevzat Toroslu ve Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (1-20), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s.16; Ünver, "Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız", s.76; Önok, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu", s.194-195.

⁵⁸⁸ Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.284; Yurtcan, a.g.e., s.196.

Biz, aradığımız çözümün ikinci ihtimal kapsamında ortaya çıkması gerektiğini düşünmekteyiz; zira aksi durumda insan onuruna yönelik kanun koyucunun murad ettiği korumanın bırakın zayıflamasını, maddenin kendisi bütünüyle ortadan kalkacaktır⁵⁸⁹. Nitekim kişilerin özgürlüklerine müdahale alanı en geniş hukuk disiplini olan ceza hukuku sahasında, düşündüğümüz çözüm kapsamında suçun tipikliğinin açık ve net olması, kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından da aranan bir özelliktir⁵⁹⁰. Bu bağlamda, doktrinde de ifade edildiği üzere, *çok önemli bir hukuksal değer olduğunda herhangi bir kuşku bulunmayan ve özünde sübjektif değerlendirmelere fazlasıyla elverişli olan* insan onuruna bir üst kavram olarak pek çok suç tipinde yer verilmelidir. Zira kavramın genişliği ve göreceliliği onu korumaya yönelik tek bir suç tipi ihdas etmeye müsaade etmemektedir. Bu sebeple, *insan onurunu hukuksal değer sayıp, tek bir ceza normuyla korumak yerine birçok suçta diğer hukuksal değerlerle birlikte korunan bir hukuksal değer saymak daha yerinde olur*⁵⁹¹.

Modern ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olarak sürekli bahsedilen “Kanunilik İlkesi”, *kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege)* ile *kanunsuz ceza olmaz (nullum poena sine lege)* ilkelerine dayanarak toplumla bireyin menfaatlerini dengelemek suretiyle kanun koyucunun yasakladığı eylemlerin öngörülebilir şekilde bilinmesini amaçlayan ilkedir, denilebilir⁵⁹². Fakat bu tanım, tek başına yeterli değildir. Kanunilik ilkesi, *geçmişe yürümezlik, kıyas yasağı, şüpheden sanık yararlanır ilkeleri* ve diğer hukuk dallarından farklılık arz eder surette *hâkimin hukuk yaratma yetkisinin sınırları* ile tamamlanacak ve gerçek anlamını bulacaktır⁵⁹³.

⁵⁸⁹ Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.76.

⁵⁹⁰ İlyas Doğan ve M. Balkan Demirdal, “Suç ve Cezaların Yasallığı ve Geçmişe Yürütülebilmesi İlkesi”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (575-586), Ankara: Astana Yayınları, 2015, s.575.

⁵⁹¹ Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s.941-942.

⁵⁹² Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.17; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.8; Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, 14. Bası, s.21.

⁵⁹³ Özellikle ceza hukukunda hâkimin hukuk yaratma yetkisini biraz açmak gerekmektedir: “*Ceza hukukunda hâkim, diğer hukuk dallarına nazaran farklı şekilde hareket eder. Ceza hukukunda hâkimin hukuku yaratmak rolü sınırlıdır ve bu yetkisi kanunun boşluklarını doldurmayı gerektirmez; bu rol, kanunun anlamına sadık bir şekilde uygulanmasını zorunlu kılar. Bu itibarla ilkenin kanun koyucuya yüklediği temel direktif şudur: kanun koyucu, ceza metinlerini mümkün olan en açık ve kesin biçimde belirlemelidir. Kanun koyucu keyfiliği önlemek için suçları yaratırken yeterli derecede açık ve kesin suç tarifleri getirmelidir ve suçların belirlenmesi bakımından yürütmeye verilecek niyabetler de çok kısıtlı olmalıdır.*” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.20; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.9; Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, 14. Bası, s.23-24.

Bu minvalde, şüphesiz olarak belirtmek gerekir ki, kanunilik ilkesi taşıdığı ehemmiyetten ötürü hem Anayasa m.38'in ilk üç fıkrasında⁵⁹⁴ hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi⁵⁹⁵ kapsamında kendisine yer edinmiştir. Öte yandan, bu ilke, zikredilen hükümlerdeki çerçevede, 5237 sayılı TCK m.2'ye⁵⁹⁶ de “*Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*” kenar başlığı ile ayrıca alınmıştır.

3.2. Korunan Hukuki Yarar/Menfaat/Değer⁵⁹⁷

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir hak veya özgürlüğün ya da bunların ihlalini cezalandıran bir suçun kanunlarda düzenlendiği yer, korunan hukuki menfaatin tespiti noktasında en önemli ipucunu verir. Bu bağlamda eziyet yasağı, 1982 Anayasası'nın “*Temel Hak ve Ödevler*” başlıklı İkinci Kısım, “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlıklı İkinci Bölüm altında “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” kenar başlığı ile m.17/3'te düzenlenmiştir. Öte yandan bir suç tipi olarak eziyet ise, 5237 sayılı TCK'nın “*Özel Hükümler*” başlıklı İkinci Kitap, “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı İkinci Kısım, “*İşkence ve Eziyet*” başlıklı Üçüncü Bölüm altında “*Eziyet*” kenar başlığı ile m.96'da kendisine yer bulmuştur.

⁵⁹⁴ **Anayasa m.38-** “(1) 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.

(2) Suç ve ceza zamanasımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

(3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.”

⁵⁹⁵ **AIHS m.7-** “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuk çerçevesinde bir suç oluşturmeyen herhangi bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunmayacaktır. Hiç kimseye, suçun işlendiği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilmeyecektir.

2. Bu Madde, işlendiği zaman, uygar uluslar tarafından tanınmış hukukun genel ilkeleri uyarınca suç sayılan herhangi bir eylemden ya da ihmalden ötürü herhangi bir kişinin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmayacaktır.” Abdulhakimoğulları, a.g.e., s.604; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, s.11.

⁵⁹⁶ **5237 sayılı TCK m.2-** “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

⁵⁹⁷ Terminolojik bakımdan bu konuya ilişkin “Terim ve Kavram Sorunu” ile “Hukuksal Değer Kavramının Diğer Kavramlarla Olan Fark ve İlişkisi” ve gerek “Anayasa Mahkemesi'nin Uygulaması” gerekse “Yargıtay'ın Uygulaması” bakımından Hukuksal Değer ve bu yönede “Değerlendirme” için bkz. Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s.46-69, 110-152 ve 584-600; “Suçun hukuki konusu tabirinin belirttiği anlam ile suçla ihlal olunan hak ve yarar anlamlarının aynı olduğu Ceza Hukukunun Genel Kısmı ile ilgili eserimizde açıklanmıştır.” Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.1-2; “Suçun hukuki konusundan maksat ise, bir ceza normu ile korunan, diğer bir ifade ile, suçla ihlal olunan hak ve menfaattir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.333; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.93.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, 765 sayılı kanunda düzenlenmemiş olan eziyet teşkil eden davranışlar, 5237 sayılı kanunda suç olarak düzenlenerek, esas itibarıyla uluslararası mevzuatta ifade edildiği gibi “*kişinin zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı her türlü kötü muameleye tabi olmama hakkı*”nı yasal güvenceye kavuşturmuştur⁵⁹⁸. Başka bir ifade şekliyle eziyet suçunda korunan hukuki değer, “*kişinin, onurunu kırarak eziyet çekmesini doğuran davranışlara, muhatap olmamayı isteme hakkı*”dır⁵⁹⁹.

Buradan hareketle eziyet suçunda korunan hukuki değer, esas itibarıyla sivil kişilerce işlenen işkence niteliğini haiz fiillerin hedef aldığı kişilerin vücut dokunulmazlığı, ruh ve beden bütünlüğü, şeref ve haysiyetidir⁶⁰⁰. Görüldüğü üzere, kanun koyucu bu suç tipi ile birden fazla hukuki menfaati koruma altına almıştır. Bunları, maddi ve manevi bütünlük olarak isimlendirecek olursak, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı ile beden sağlığı maddi bütünlük; kişinin şeref, onur, haysiyeti, iç huzuru ve ruhsal sağlığı manevi bütünlük şeklinde değerlendirilir⁶⁰¹.

Özel olarak belirtmek gerekirse eziyet suçunda korunan hukuki değer, fiilin bir kamu görevlisi tarafından görev sırasında veya görev dolayısıyla işlenmesi⁶⁰² şeklinde işkencede olduğu gibi, kamusal nitelik taşımadığını ifade edebiliriz⁶⁰³. Bu husus, işkencenin taşıdığı tarihsel niteliği de dikkate alındığında, koruduğu kamu idaresi ve adliyenin işleyişi hukuki menfaatlerinin eziyet suçunun kapsamına girmediği şeklinde de izah olunabilir⁶⁰⁴. Aksi takdirde kanunun sistematığı içerisinde aynı yerde düzenlenmiş (TCK m.94-96) bu suç tiplerinin koruduğu menfaatlerin neden farklı olacağı sorusu cevapsız kalacaktır.

⁵⁹⁸ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1274.

⁵⁹⁹ Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.127.

⁶⁰⁰ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.257; Koca ve Üzülmaz, a.g.e., s.258.

⁶⁰¹ Altunç, a.g.e., s.372; Soyaslan, a.g.e., s.223-224; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.289; Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.76; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1274.

⁶⁰² 4483 sayılı Kanunun memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından sadece “görevleri sebebiyle” işlemiş oldukları suçları kapsama alması, “görev sırasında” işlendiği iddia edilen suçları ise kapsam dışında tutmasının doktrinde neden olduğu tartışmalar için bkz. Ateş, a.g.e., s.126 vd.

⁶⁰³ Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.280.

⁶⁰⁴ Altunç, a.g.e., s.372; Soyaslan, a.g.e., s.224.

3.3. Suçun Maddi Unsurları

3.3.1. Fiil

5237 sayılı TCK m.96'da “*bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışlar*” denilerek bu suç tipiyle yasaklanan fiil gösterilmek istenmiştir. Ancak suçun maddi unsuru, madde metninde tanımlanmadığı için, buradan hangi hareketlerin eziyet suçunu meydana getireceği net olarak anlaşılamamaktadır⁶⁰⁵. Bu sebeple, öncelikle 94. maddede yapılan işkence tanımına ve sonrasında 96. maddenin gerekçesindeki açıklamalara değinmemiz gerekir.

İlk olarak, TCK m.94'te “*bir kimseye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar*” denilerek işkence suçu tanımlanmıştır. Eziyet teşkil eden davranışlar ise, “*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine*” kısmı hariç işkence suçunun tanımına aynen yer vermek suretiyle 96. maddenin gerekçesinde tanımlanma yoluna gidilmiştir.

İşkence ve eziyet suçları bu denli iç içe düzenlenmişken, eziyet suçunun tanımında dikkat çekici bir şekilde “*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine*” yol açacak davranışlara hangi sebeple yer verilmediğini anlamak güçtür⁶⁰⁶. Bunun yanı sıra, eziyet suçunun gerekçesinde yer verilen “*işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olması*” özelliği, tam manasıyla algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açacak davranışlara karşılık gelmektedir⁶⁰⁷. Ancak buna rağmen kanun koyucu, esas itibarıyla madde metninde aradığımız belirliliği, gerekçede izaha çalışarak pek çok haklı eleştiriye maalesef açık kapı bırakmıştır.

Buradan hareketle, mevcut düzenleme kapsamında, bir kimsenin, sistematik olarak belirli bir süreç içerisinde insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı

⁶⁰⁵ Altunç, a.g.e., s.374; Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, s.328; Artuk ve Çınar, a.g.e., s.80.

⁶⁰⁶ Altunç, a.g.e., s.375; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1275; Tezcan ve diğerleri, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.289; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.196-197.

⁶⁰⁷ Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.365.

çekmesine ve aşağılanması neden olacak nitelikte sergileyeceği davranışlar, eziyet suçuuna vücut verecektir⁶⁰⁸.

Eziyet suçu, “*insan onuruyla bağdaşmayan*”, “*bedensel veya ruhsal yönden acı çekmeye*” ve “*aşağılanmaya*” neden olan davranışlarla ortaya çıktığı için seçimlik hareketli suç olarak nitelenebilir. Öte yandan, suç tipinde hareketin şekli doğrudan belirtilmediği için, kişilere karşı sıkıntı veren her türlü davranışla bu seçimlik hareketler gerçekleştirilebileceğinden eziyet aynı zamanda serbest hareketli bir suç niteliği de taşır⁶⁰⁹.

Öncelikle ve özellikle ifade etmek gerekirse, eziyet suçunu ortaya çıkaran davranışları açıklarken, söz konusu davranışların her şeyden önce *insanın insan olma ayrıcalığı* olan insan onuruyla bağdaşmaması üzerinde durmak gerekir⁶¹⁰. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımıyla insan onuru kavramı için, Mahkeme’nin insan onuru kavramından hareketle, ilgili dava konusu yasa kuralını Anayasa’ya aykırı bularak iptal ettiği yakın tarihli şu kararda yer verilen ifadelere dikkat çekmek yerinde olacaktır⁶¹¹:

Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” denilerek, bireyi başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. **Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır.** Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda, örneğin, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz.

Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya

⁶⁰⁸ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.258-259; Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.281.

⁶⁰⁹ Altunç, a.g.e., s.374; Artuç, a.g.e., s.510; Hafızoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1212; Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s.259; Mahmutoğlu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1040; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.290; Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.244; Yokuş Sevrük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1276.

⁶¹⁰ Altunç, a.g.e., s.376; Bayraktar, “İşkence Suçu”, s.156.

⁶¹¹ **AYM, T.25.11.2005, E.2000/34, K.2005/91, İBD**, Ceza Özel Sayısı, (2007), s.251-252; ayrıca bkz. Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.65; benzer şekilde bkz. **AYM, T.12.09.2014, E.2013/137, K.2014/94**, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (27.03.2017); Üzülmöz, “İşkence Suçu”, **HPD**, s.149.

muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu yasa kuralı Anayasa'ya aykırıdır, iptali gerekir.

Fakat bu tanıma, kapsamının sınırlarının belirsizliğini de eklemek gerekir. Söz konusu belirsizlik ise, soyut şekilde bir tanımlama ile değil de ancak somut örneklerle bertaraf edilebilir⁶¹². Bu açıdan misalen, eziyet suçu kapsamında mağdurun, insan olma niteliğinin gerekli kıldığı seviyenin “objektif olarak” altında olan davranışlara muhatap olması söylenebilir⁶¹³.

İnsan onuru kavramı benzer şekilde, somut, objektif, işlevsel ve makul bir ağırlıkta değerlendirilerek anlaşılmalı ve anlamlandırılmalıdır⁶¹⁴. Anayasa Mahkemesi de oldukça

⁶¹² “**Alman** ceza hukuku doktrininde, insan onuru kavramının tanımı için, **Alm.CK’nın 130/I. paragrafında*** düzenlenen suçta kullanılan insan onurunun ihlali kavramı anlamlandırılarak yapılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu suç tipinde veya diğer bir düzenlemede Alman kanun koyucusu da neyin insan onuru olduğu ve bunun ne zaman ihlal edileceği hususunda bir şey söylememektedir. Bu nedenle de Alman hukuku açısından insan onuru kavramı en önemli ve fakat aynı zamanda da, tıpkı Alman mevzuatında kullanılan “**iyi adap ve ahlak**” (*gute Sitten*) ve “**sadakat ve inanç**” (*Treu und Glauben*=dürüstlük) kavramları gibi en belirsiz kavramdır.” Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.48 ile söz konusu maddeler bakımından bkz. s.57 ve 59.

***Alm.CK m.130- Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme: (1)** “Her kim, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde,

1. milli, ırkı, dini veya etnik kökeni nedeni ile belirlenmiş bir gruba karşı, halk kısımları veya yukarıda belirtilen grup veya halkın diğer kısımlarına mensup bulunması nedeni ile, bireylere karşı kine tahrik eder veya onlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunursa veya

2. yukarıda tanımlanan bir gruba, halkın bazı kesimlerine veya yukarıda belirtilen gruba veya halkın bir kısmına mensup bulunması dolayısı ile bireylere sövmek suretiyle, onları kötü maksatla küçük düşürerek veya bilerek gerçek dışı olgu isnat etme şeklinde kötüleyerek, insanlık onuruna saldırıda bulunursa, üç aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Yenisey ve Plagemann, a.g.e., s.224.

Ayrıca bkz. **Alm.CK m.131- Cebir tasviri: (1)** “Her kim,

1. insanlara veya insana benzeyen varlıklara karşı gerçekleştirilen, canavarca veya sair insanlık dışı cebir ve şiddet uygulamalarını, bunları yüceltecek veya zararsız gibi gösterecek bir şekilde anlatan veya olayın canavarca veya insanlık dışı nitelik taşıyan muhtevasını, insan onurunu ihlal edecek bir şekilde tasvir eden yazıyı (m.11 fıkra 3); a) yayar veya kamunun ulaşabilmesini sağlarsa, b) on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişiye sunar, ona bırakır veya bunlara bu kişinin ulaşabilmesini sağlarsa veya

2. 1. numaralı bentte tanımlanan içeriğe radyo veya telekomünikasyon medyaları yoluyla a) on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişinin veya b) kamunun ulaşabilmesini sağlarsa veya

3. bunu veya bunlardan elde edilen parçaları 1 numaralı bendin a veya b harfleri veya 2 numaralı bent anlamında kullanmak veya başka birisinin kullanmasını mümkün kılmak amacıyla, 1 numaralı bentte tanımlanan muhtevayı içeren bir yazıyı (m.11 fıkra 3) imal, temin, teslim eder, depolar, sunar, onun için reklam yapar veya bu yazıyı ithal veya ihraç etmeye girişirse,

bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Birinci cümlelerin 1 ve 2 numaralı bentlerine giren hallerde teşebbüs cezalandırılır.” Yenisey ve Plagemann, a.g.e., s.229-230.

Zikredilen maddelerde yer alan insan onuru ifadesiyle ilgili değerlendirmeler için bkz. Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s.937-939.

⁶¹³ Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.290; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.235; **AYM, T.28.06.1966, E.1963/132, K.1966/29**, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (26.12.2016).

⁶¹⁴ Dahasını da ekleyecek olursak, “İnsan onuru kavramı, içerik ve sınırları açısından belirginleştirilmeli ve başta tıp hukuku olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hızla ilerlediği alanlardaki yeni ihtiyaç ve olanakların da göz önüne alınması suretiyle, anlaşılır bir içerikle doldurulmalıdır. **Bu kavramdan**

eski diyebileceğimiz bir kararında, askerliğe özgü bir ceza olarak *katıksız hapis cezası* öngören 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 117/2. maddesinin⁶¹⁵, o dönemde işkence ve eziyet yasağını düzenleyen 1961 Anayasası m.14/3-4’e aykırı olmadığına karar verirken, bu konuyu örneklendirir mahiyette günümüze de hitap edecek tarzda bir hüküm tesis etmiştir⁶¹⁶:

Her ceza, cezalıya bir acı getirir. (...) Ancak acının makul, insanî bir sınırı aşmaması; eziyet ve işkence niteliğine varmaması şarttır. (...) Katıksız hapsin insan haysiyeti ile bağdaşıp bağdaşmayacağı sorununa gelince, İnsan Haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşülünce yapılan muamele insanı, insan olmaktan çıkarır, insan haysiyeti kavramını, toplumların, kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre, insanın saygıya değer olabilmesi için onda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; prangabentlik, teşhir, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmıştır. Katıksız hapis “insan haysiyeti” kavramına göre ölçüye vurulduktaki: Cezaevinde değil bir odada sağlık şartları altında gizlice ve tek başına çekilen, küçük düşürücü niteliği bulunmayan ve cezaevlerindeki olağan yeyip içme disiplininin kısa süreler için biraz daha daratılmasından ileri gitmeyen böyle bir cezanın insanın sırf insan olma değerinin hak ettiğinden daha aşağı bir davranış sayılamayacağı kolayca kendini gösterir.

Artık bundan sonra, eziyet suçunun maddi unsuru olarak, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmeye ve/veya aşağılanmaya yol açacak davranışlar incelenmeye geçilebilir.

Doktrinde, “*bedensel veya ruhsal yönden acı çekmeye*” yol açan hareketlerle meydana gelen eziyet suçunun daha çok ruhsal yönden acı çekmeye mahal veren davranışlarla gerçekleştiği ve bu hususun da eziyetle işkence suçu arasında bir ayrım teşkil ettiği yönünde bir görüş mevcuttur⁶¹⁷. Buna karşın, sırf mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine yönelik failin gerçekleştirdiği eylem, mağdurun psikolojisinde en ufak bir

vazgeçmemek gerekir.” Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.68-69.

⁶¹⁵ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu m.117- “1. Madununu kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan veyahut **tazip maksadiyle** madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından **tazip edilmesine** veya suumuamelede bulunulmasına müsamaha eden amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur.

2. Az vahim hallerde kısa hapis ve efrat hakkında katıksız hapis verilir.”

⁶¹⁶ AYM, T.27.12.1965, E.1965/41, K.1965/66, <http://www.anayasa.gov.tr> (28.03.2017); kararın çok kısa değerlendirmesi için bkz. Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, s.24; ayrıca aynı yazarın AYM, T.15.06.1967, E.1966/34, K.1967/18 sayılı kararından hareketle “Tutuklunun demire vurulması” önleminin mevzuattaki belirsizliği sebebiyle insan onuruna aykırılık teşkil edeceği ve uygulamada işkence halini alma ihtimalinin oldukça yüksek olduğu gerekçesiyle ilgili hükmün iptaline karar verildiği noktasındaki değerlendirmeleri için bkz. s.25.

⁶¹⁷ Artuç, a.g.e., s.511; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.342; Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3202.

olumsuz etki bırakmayıp, sadece bedensel bir acı veya insan onuruyla bağdaşmayan aşağılanmaya neden olması ihtimaline binaen bile suçun maddi unsuru açısından bir ayırım yapmaya çalışan bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir⁶¹⁸. Zira her ikisi de serbest hareketli suç niteliği taşıyan eziyet ve işkence hem bedensel hem de ruhsal yönden acı verecek davranışlarla gerçekleştirilebilir.

Eziyeti meydana getirecek bedensel yönden acı çekilmesine matuf davranışların doğrudan fiziki müdahale şeklinde olması gerekmemektedir. Örneğin mağduru aşırı sıcak veya aşırı soğuk bir ortamda tutma şeklinde de bu suç işlenebilir⁶¹⁹.

Bu bağlamda, insanların yaşam kalitesiyle sağlıklarına ciddi bir saldırı teşkil eden maddi veya manevi şiddetin kişilerin işyerlerinde de kendini gösterdiği, hatta ceza hukuku boyutuyla öldürmeye varacak kadar geniş bir yelpazede değerlendirilebileceği söylenmektedir⁶²⁰. Peki, özellikle çalışma hayatında karşılaşılan ve bir çalışana, üstleri veya diğer mesai arkadaşları tarafından yöneltilen kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca davranışlarla tekrarlanan saldırılarla kendini gösteren psikolojik taciz ve yıldırma, yani kısaca Mobbing⁶²¹, eziyet suçunu oluşturur mu?

⁶¹⁸ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.328; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.289, dn.132; “Önemli olan, fail ister bedensel isterse ruhsal yönden acı veren ve insan onuruyla bağdaşmayan hareketleri gerçekleştirsin, hareketin objektif olarak bu niteliğe sahip olmasıdır. Her ne kadar madde gerekçesinde “*eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır*” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiş ise de, ne maddenin gerekçesinden ne de madde metninden yola çıkarak, eziyetin bedensel acı verse dahi, daha çok mağdurda ruhsal sorunlar doğuran yöntemleri kapsadığı sonucuna varılamaz.” Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1276.

⁶¹⁹ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1278.

⁶²⁰ Bu hususta, ilgili suç tiplerine yönelik detaylı inceleme için bkz. Sokullu-Akıncı, a.g.e., s.101-150.

⁶²¹ “Bugünkü anlamda mobbing özellikle işverenler tarafından, çalışanlar üzerinde sistematik ve sürekli baskı yaratarak onları işten ayrılmaya zorlamak ve böylece tazminat ödemekten kurtulmak amacıyla uygulanmaktadır. (...) Mobbing, işverenlerle işçiler, memurla amir veya çalışanların kendi arasında ortaya çıkan ve mağdur tarafından bilinçli ve sistematik dışlanma ve ayrımcılık olarak algılanan işyerlerindeki çatışma durumu için üst bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.” Bu bağlamda, eziyeti de bünyesinde barındıran Mobbing oluşturan davranışlara yönelik encamlı bilgi için bkz. Mustafa Ruhan Erdem ve Benay Parlak, “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, **TBBT**, S.88, (2010), 261-286, s.262-266; Mobbingin benzer şekilde tanımları için bkz. Yener Ünver, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, **CHD, Özel Sayı: Etik, Hukuk ve Adli tıp Açısından Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Y.4, S.11, (2009), 101-127, s.102; İhtar Cengiz ve diğerleri, “Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.36, (2016), 62-90, s.64; Ahmet Taşkın, “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, S.1, (2015), 221-258, s.228.

Söz konusu davranışlar, baskı sürecinin başlarında hukuki çerçevede meydana gelmektedir. Bu çizgide *olağan* görülebilecek çatışmalar haliyle ceza hukukunun ilgi alanına girmez. Ancak zamanla süreç uzadıkça yoğunlaşan ve ağırlaşan haksızlık boyutu ceza hukukunun ilgi alanındaki belirli bir suç tipine uyabilir. Bu takdirde, unsurları gerçekleşen (hakaret, kötü muamele, cinsel taciz, tehdit gibi) bir suç tipinde öngörülen ceza yaptırımıyla karşılaşılır⁶²². Söz konusu yaklaşım altında, şartları ve haksızlık boyutu gerçekleştiği ölçüde bu suçun eziyet suçu olması da muhtemeldir. Zira mobbing teşkil eden davranışlar özellikle sistematik ve sürekli surette bedensel veya ruhsal yönden acı çekme ya da aşağılanmaya sebep olacak nitelikte olması hasebiyle eziyetle örtüşmektedir. Hatta mobbingi oluşturan davranışların TCK'daki en iyi karşılıklarından birisini eziyet suçunun oluşturduğunu bile söyleyebiliriz⁶²³. Burada aralarındaki tek farkın ise, hareketlerin sahip olduğu haksızlık içerikleri noktasında olduğunu ekleyelim.

Bu bağlamda gelineen noktada ifade etmek gerekir ki mobbing, Anayasa Mahkemesi tarafından da bireysel başvuru yoluyla önüne gelen farklı vakalarda, benzer şekilde objektif olarak değerlendirilmektedir⁶²⁴. Mahkeme bu hususa ilişkin değerlendirmelerinde ise, esas itibarıyla Anayasa'nın maddi ve manevi varlığın korunması hakkını düzenlediği 17. maddesi ve bireysel başvuru hakkını düzenlediği m.148'i detaylı surette irdelemektedir. Çalışma konumuza doğrudan örnek teşkil etmesi dolayısıyla, burada *Mesut Özbezen Kararı*'ndaki şu satırlara doğrudan yer vermenin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz⁶²⁵:

33. Belirtilen tespitler ışığında somut olay incelendiğinde, başvuru tarafından esasen, pazarlama müdürü olarak görev yaptığı işyerinde, işe başladığı sırada uhdesinde bulunan tüm pazarlama yetkilerinin daha sonra kendisinden alındığı ve bu suretle istifaya zorlandığı, kendisini alt kademedeki personel huzurunda küçük düşürücü eylem ve faaliyetlerde bulunduğu ve bu kapsamda Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır. Başvuru tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; başvurucağının işe başladığı süreçte uhdesine verilen yetkilerin daha sonra alınması, yapılan bir kısım toplantılara çağrılmaması veya çağrıldığı toplantılarda yetkilerinin elinden alındığı imasında bulunulması, müdür olarak uhdesinde yer alan yetkiler yok sayılarak alt kademedeki personel nezdindeki saygınlığının azaltılması, iş yerindeki izinlerini belirli aralıklarla kullanamayıp toplu olarak kullanmak durumunda bırakılması şeklindeki eylemlerin kişilik haklarını ihlal ederek, başvurucağının üzerinde fiziki ve

⁶²² Erdem ve Parlak, a.g.e., s. 270 ve 275.

⁶²³ İştar Cengiz ve diğerleri, a.g.e., s.83.

⁶²⁴ AYM, *Aşlı Kırmızı Demirseren Kararı*, T.15.04.2014, B. No:2013/5680, §34-44; AYM, *Emel Leloğlu Kararı*, T.17.07.2014, B. No:2013/3512, §31-41; AYM, *I.Y. Kararı*, T.17.07.2014, B. No:2012/1213, §34-44; AYM, *Ümit Yalçın Kararı*, T.26.02.2015, B. No:2014/12984, §55-65; AYM, *Yusuf Burak Çelik Kararı*, T.20.11.2014, B. No:2013/2538, §25-36.

⁶²⁵ AYM, *Mesut Özbezen Kararı*, T.15.04.2014, B. No:2013/8175, §33-43.

ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte, özellikle işverenin uhdesinde bulunan bir takım yetkilerin icrasının da söz konusu olduğu nazara alındığında, muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından, başvurucunun yaşı ve mesleki statüsü de nazara alındığında, **Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez.**

34. Bu nedenle başvurucunun şikâyetinin, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

35. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

36. 6216 sayılı Kanun'un, "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir"

37. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce, ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (B. No. 2012/1027, 20, 12/2/2013, §§ 19-20; B. No. 2012/13, 2/7/2013, § 26).

38. Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen olağan başvuru yolları ibaresinin, başvurucunun şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca, başvuru yollarını tüketme kuralı ne mutlak ne şekli olarak uygulanabilir bir kural olup, bu kurala riayetin denetlenmesinde münferit başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda, yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvurucunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvurucunun, kendisinden başvuru yollarının tüketilmesi noktasında beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediğinin başvurunun özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gerekir (B. No. 2013/2355, 7/11/2013, § 28; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İlhan /Türkiye*, B. No. 22277/93, 27/7/2000, §§ 56-64).

39. Bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen "*maddi ve manevi varlık*" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığının bir parçası olan fiziksel ve zihinsel bütünlüğe keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Somut başvuruda olduğu gibi, özel kişiler arasındaki ihtilaflar açısından, çoğu zaman klasik müdahale biçimlerinden biri söz konusu olmamakla beraber, bu kapsamda da yetkili makamlar için geçerli olan usulî özen yükümlülüğü, gerekli usulî güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlamak ve bu suretle yargısal ve idari makamların özel kişiler arasındaki bir uyuşmazlıkta etkili ve adil bir karar vermesini temin etme sorumluluğunu ifade etmektedir. Ancak Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak üçüncü kişilerce yapılan müdahalelere karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesindeki pozitif yükümlülüğü, tüm müdahale türleri açısından mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz. Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı bireyin korunması hukuk muhakemesi yoluyla da mümkündür. Nitekim üçüncü kişilerce fiziksel ve zihinsel bütünlüğe yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Ancak hukukumuz açısından, mobbing teşkil eden ve psikolojik taciz, şiddet ve yıldırma türünden davranış grubu olarak kabul edilen ve somut başvuruya konu eylemlere benzer eylemlerin içinde ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiillerin yer alması durumunda, bu alandaki yaptırımlara tabi tutulma olanağı bulunmakla beraber, özel hukuk anlamında bu tür fiillerin tazminat davasına konu edilebildiği görülmektedir (§ 9). Yargı kararları nazara alındığında, belirtilen tazmin imkanının, kişinin kamu görevlisi veya özel hukuka tabi bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde görev yapması nazara alınarak, hem idari yargı hem de adli yargı alanında yer alan yargısal makamlarca sağlandığı anlaşılmaktadır (Y.H.G.K. 25/9/2013 tarih ve E.2012/9-1925, K.2013/1407; Danıştay 8. Dairesi 16/4/2012 tarih ve E.2008/10606,

K.2012/1736). Dolayısıyla bir bireyin, üçüncü kişilerce somut başvuruda belirtilen fiillere benzer eylemler vasıtasıyla fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne müdahale edildiği iddiasıyla, hukuk davası yoluyla daha etkin bir giderim sağlaması mümkündür (B. No. 2013/1123, 2/10/2013, § 35).

40. Hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiil nedeniyle başkasına verilmiş olan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü ifade eden hukuki sorumluluk, ceza hukuku alanında suç diye adlandırılan insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış grubunu kapsamaktadır. Bir eylemin suç teşkil edebilmesi için ilgili kanunda açıkça tanımlanması gerekirken haksız fiil için böyle bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Ayrıca, ceza hukuku alanında taksire dayalı sorumluluğun istisnai nitelik taşımasına rağmen, kasten veya taksirle başkalarına verilen zararın hukuki sorumluluk kapsamında giderim imkânının daha fazla olduğu, ceza hukuku alanında objektif sorumluluğa yer verilmezken hukuki sorumluluk alanında objektif sorumluluk esasının da etkin şekilde uygulandığı ve hukuki sorumluluk alanında aynı maddi vakıalar çerçevesinde daha düşük bir ispat standardı kullanılarak kişisel sorumluluğun söz konusu olabildiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, hukuk sistemimizde ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kaldırılırken, hukuki sorumluluk alanındaki tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında, özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır.

41. Başvuruya konu olayda, başvuru tarafından özel bir işyerinde pazarlama müdürü olarak görev yaptığı, işe başladığı sırada uhdesinde bulunan tüm pazarlama yetkilerinin daha sonra kendisinden alındığı ve bu suretle istifaya zorlandığı, kendisini alt kademedeki personel huzurunda küçük düşürücü eylem ve faaliyetlerde bulunduğu, konumunu ve şahsiyetini zedeleyici söz ve eylemler nedeniyle büyük üzüntü çektiği ve psikolojik durumunun bozulduğu ve bu suretle mobbinge maruz bırakıldığı belirtilerek suç duyurusunda bulunulduğu, **yürütülen soruşturma sonucunda münnet eziyet suçunun unsurlarının oluşmadığı belirtilerek, şüpheliler hakkında kovuşturmayla yer olmadığına karar verildiği**, ancak başvuru tarafından somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma yoluna gidilmediği anlaşılmaktadır.

42. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde, üçüncü kişilerce fiziksel ve zihinsel bütünlüğe yapılan müdahaleler ile ilgili olarak, başvuru tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu nazara alındığında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

43. Açıklanan nedenlerle, somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma imkânı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının “*başvuru yollarının tüketilmemesi*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Eziyet suçuyla ilgili olarak çalışma hayatına ilişkin bu denli bir incelemeye girmişken, hiç kimsenin zorla çalıştırılamayacağını ve angaryanın yasak olduğunu düzenleyen Anayasa m.18’in gerekçesindeki ilk paragraf nasıl değerlendirilmelidir? Bu kabilden bir değerlendirme için öncelikle anılan gerekçeyi göstermek gerekir⁶²⁶:

Çalışma, iş görme kişinin serbest iradesiyle yüklendiği bir faaliyet, diğer bir deyimle serbest iradeyle üstlenilen bir yükür. Bu yükün kişiye zorla kabul ettirilmesi, kendisinin, iradesi dışında bir faaliyette bulunmaya mecbur bırakılması hem kişi hürriyetiyle bağdaşmayan bir husustur; hem de bu duruma sokulan kişi için bir *eziyet* teşkil eder.

⁶²⁶ AYM, Halil Üstündağ Kararı, T.14.01.2014, B. No:2013/5062, §20-21; AYM, İsa Reçber Kararı, T.21.01.2015, B. No:2013/4518, §16-17.

Yukarıda zikrettiğimiz Anayasa Mahkemesi içtihadında bahsi geçen kıstaslar çizgisinde düşünüldüğünde, burada adı geçen eziyetin ceza hukuku bağlamında dikkate alınan eziyet suçu olmadığını rahatlıkla ifade edebiliriz. Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bir suç tipi olarak tanzim edilen eziyet için, insan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı çekmeye yol açan, aşağılayıcı davranışların objektif bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir. Ancak burada zikrolunan eziyet tabiriyle çalışana ekstra yüklenen bir külfet kastedilir.

Diğer seçimlik hareketimiz olan aşağılamak ise, kelime anlamı itibarıyla “*küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek*” şeklinde ifade edilmektedir⁶²⁷. Aşağılanmaya yol açacak davranışlar, bir kimseyi hor, hakir görme, küçük düşürme, şeref ve haysiyetini sarsma suretiyle kendini gösterir.

Belirtmek gerekir ki, eziyet suçunun esinlenildiği İspanyol ceza hukukunda kabul edildiği gibi, mağdurun bedensel veya ruhsal olarak acı veya aşağılanmışlık hissetmesinin, suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁶²⁸. Çünkü hareketin bu neticeleri doğurabilecek olması yeterli olmakla birlikte, mağdurun maddi ve manevi varlığında zarar neticesinin gerçekleşmesi aranmamaktadır⁶²⁹. Bu bakış açısıyla eziyet suçu salt hareket suçu özelliğindedir⁶³⁰. Buna karşın, suçta hareketin eziyet çekilmesini sağlamasından yola çıkılarak suçun neticesine göre tanımlandığı ve bu bağlamda eziyetin de bir neticeli suç olduğu ileri sürülmektedir. Söz konusu bakış açısına göre, eziyeti meydana getirecek

⁶²⁷ bkz. www.tdk.gov.tr (26.03.2017).

⁶²⁸ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.276; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.204.

⁶²⁹ Artuç, a.g.e., s.512; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.295; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1278.

⁶³⁰ Eziyet suçundan bağımsız olarak genel manada belirtmek gerekirse, “*Kanaatimizce*, her suçta bir netice vardır: bu netice bazen hareketten ayrıdır; bazen ise harekete bitişiktir. Esasen suçun hukuki konusunu teşkil eden hak ve menfaatin ihlali başlı başına bir neticedir ve böyle bir ihlal bulunmadıkça, suçun varlığından söz edilemez.

Kanun, bazen bu ihlalin gerçekleşmesini tarife tamamıyla uygun bir fiilin varlığı için yeterli sayar: o zaman sözün geçen ihlal dışında başka bir neticenin gerçekleşmesini beklemeye gerek olmadan suç tamam olur; bazen ise söz konusu ihlalden başka, tabii bir neticenin gerçekleşmesini kanuni tarifte açıkça gösterir; bu takdirde, sadece ihlali belirten hareketin yapılması yeterli olmaz, tarifte yer alan tabii neticenin de gerçekleşmesi gerekir. İşte birinci durumda neticesi harekete bitişik bir suç vardır, ikinci durumda ise, neticesi hareketten ayrı bir suç söz konusudur.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.384; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.110.

davranışların eserlerinin/izlerinin süreklilik arz etmesi, suçun bir netice suçu olduğu niteliğine halel getirmez⁶³¹.

Gerek işkencenin gerekse eziyetin sırf hareket suçu mu yoksa netice suçu mu olduğu yönündeki bu tartışma, suçun hareketi ile neticesinin iç içe geçmiş bir şekilde ortaya konulmasından kaynaklanmaktadır⁶³². Bu bağlamda, onur ile bağdaşmama hareketle alakalı bir durumken, aşağılanma neticeye yönelik bir özellik arz eder⁶³³. Konuya ilişkin doktrinde işkence suçu özelinde maddi unsurlara yönelik genel kuralları hatırlatarak kaleme alınan şu satırları zikretmek yerinde olacaktır⁶³⁴:

Suçun maddi unsurlarından biri de neticedir. Yukarıda açıklandığı gibi hareket maddi bir iştir. Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir, ancak bu değişiklik ceza hukukunda kanuni tipte yer aldığı sürece önem arz eder. Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olan netice, suç tipine, suçun kanundaki tanımına uyuyorsa, ceza hukuku bakımından bir değer taşır. Bu bakımdan, iradi insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişiklik kanuni tipte yer almıyorsa önem arz etmez. Nitekim tipiklikte bazı suçlar sırf hareket suçları olarak düzenlenmişlerdir ve tipe uygun hareketin icrası, ayrı bir neticenin varlığına ihtiyaç göstermeksizin suçun oluşması için yeterlidir. İşkence suçu, yukarıda açıkladığımız seçimlik hareketlerin niteliğine göre sırf hareket suçu veya neticeli suç mahiyetini taşıyabilir.

Buradan hareketle, işkence suçuyla aynı seçimlik hareketlere sahip eziyet suçu, somut olay endeksinde gerçekleşen seçimlik hareketlerin niteliğine göre, sırf hareket suçu yahut neticeli suç özelliği gösterebilecektir.

Yargıtay, vermiş olduğu pek çok kararında fiilin kapsamını oldukça geniş ele almıştır⁶³⁵. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin şu satırları söz konusu bakış açısına örnek gösterilebilir⁶³⁶:

⁶³¹ Hafizoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1212; Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.127-128.

⁶³² Bayraktar, "İşkence Suçu", s.156.

⁶³³ Bayraktar, "İşkence Suçu", s.161.

⁶³⁴ Artuk, "İşkence Suçu (TCK m.94, 95)", s.26.

⁶³⁵ "Sanıkların kız kardeşlerini aşağılayarak küçük gördükleri, korkutmak suretiyle baskı altına aldıkları, tehdit ederek kötü muamelede bulundukları ve darp ettikleri, süreklilik arz eden psikolojilerini bozan ve insan onuru ile bağdaşmayan bu davranışlarının mağdurelerin bedensel ve ruhsal yönden acı çekmelerine yol açtığı anlaşılmakla, eylemlerinin TCK'nın 96/2 maddesi kapsamında eziyet suçunu oluşturması nedeniyle mahkumiyetlerine karar verilmesi yerine beraatlerine hükmedilmesi" **Y1.CD, T.11.04.2012, E.3941, K.2804**; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.260, dn.4; "Sanığın, mağdurenin kulak ve burnunu kesmesi eyleminin, mağdure üzerinde bırakacağı izlerin insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel ve ruhsal yönden sürekli acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerinde hayat boyu devam edecek şekilde tahrip edici etkiler yaratacak, sistemli davranışlar niteliğinde olduğu ve çok uzun süreli oluşu da süreklilik arz ettiği gözetilerek, anlık gelişen bir eylemden bahsedilemeyeceğinden,

(...) sürekli alkol alıp, ailesine karşı maddi ve manevi sorumluluklarını yerine getirmeyen ve ölen eşini başka kadınlarla aldattığı anlaşılan sanığın, mağdura sistematik şekilde fiziki, ekonomik ve manevi şiddet uyguladığı, (...) iddianamedeki anlatıma göre, TCK'nın 96. maddesinde tanımlanan eziyet suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmaması (...)

Görüldüğü üzere, eziyet, gerekçede de ifade edildiği gibi bünyesinde kasten yaralama, tehdit, hakaret, cinsel taciz ve benzeri suçları barındırmaktadır. Bu suç tipleriyle eziyet teşkil eden fiillerin ayrımı, fiilin sistematik ya da belirli bir sürece yayılması koşuluyla sağlanır. Bu durumun tabii sonucu ise, sürekli ve belirli sürece yayılmadan, ani olarak meydana gelen fiillerin eziyet suçunu değil, ilgili suç tipini oluşturacağıdır. Yargıtay da bu hususta verdiği pek çok kararında⁶³⁷ sistematik ve süreklilik arz etmeyen davranışların *yaralama suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde eziyet suçundan cezalandırılmasına karar verilmesini bozma nedeni* saymıştır.

Eziyeti sair suç tiplerinden ayıran en önemli özellik olarak karşımıza çıkan fiillerin sistematik olma kriteri ile kastedilen, mağdura yönelik gerçekleştirilen hareketlerin genel bir tutum kapsamında ortaya konulan davranışların bir parçası olması yahut planlı, organize ve düzenli bir yolu takip etmesidir⁶³⁸. Yani kişilerin aşağılanmasına yol açacak

sanığın eylemine uyan eşe karşı eziyet suçu nedeniyle TCK'nın 96/2-b, 29, 62 maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiğinin düşünülmemesi” **Y1.CD, T.04.07.2012, E.7959, K.5464**; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.260, dn.5; “Sanık F. hakkında mağdurlar Y. ve M.'ye yönelik eylemleri nedeniyle yaralama suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde; Mağdurların aşamalarındaki istikrarlı beyanları ve bu beyanları doğrulayan aynı koşuğa kalan E. G., M. U., A. C., C. U. ve mağdur O. G.'nin anlatımları ile tüm dosya içeriğine göre, sanığın olay tarihinde tutuklanarak ceza evine konulan mağdurları jilette tehdit etmek suretiyle banyoya götürüp iki kez soğuk suyla duş aldırıldığı ve elbise askısı ile dövdüğü, ayrıca koşuğa bulundukları sırada komiklik yapıp beni eğlendirin diyerek şarkı söylemelerini ve oynamalarını istediği, mağdurların kabul etmemesi üzerine onları tekrar dövdüğü şeklinde sübuta eren ve süreklilik arz eden eylemlerin her bir mağdur yönünden TCK'nın 96/2-a maddesinde düzenlenen eziyet suçunu oluşturduğu halde suç vasfında yanılığa düşölerek kasten yaralama suçundan hüküm kurulması,” Kanuna aykırı bulunarak bozma nedeni yapılmıştır. **Y14.CD, T.28.01.2013, E.2012/13107, K.2013/658**, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

⁶³⁶ **Y1.CD, T.03.05.2012, E.6614, K.3501**; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.259-260, dn.4.

⁶³⁷ **Y8.CD, T.11.06.2012, E.7409, K.19929**; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.261, dn.6; benzer şekilde bkz. “(...) mağdurun teslim alındığı saat ve tanıkların beyanları birlikte değerlendirildiğinde yanık dışındaki yaralanmaların sanık tarafından yapıldığına dair savunmasının aksine kesin delil bulunmadığı, bu nedenle ortaya çıkan şüpheden sanığın yararlanacağı dikkate alınarak yanık dışındaki yaralanmalardan sorumlu tutulamayacağı, sanığın eyleminin kendisini beden ve ruhen savunamayacak durumdaki mağduru silahla **yaralama suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde eziyet suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi**,” **Y8.CD, T.21.12.2011, E.2011/15606, K.2011/16912**, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3203, dn.454.

⁶³⁸ Artuç, a.g.e., s.511; Soyaslan, a.g.e., s.224; Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.244; Yokuş Sevil, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1277; “Uluslararası insan hakları ve uluslararası ceza hukukunda anlaşılanın aksine, sistematik olmadan söz edebilmek için, fiillerin, resmi veya özel kişilerin bir politikası ya da planı çerçevesinde işlenmesi gerekmez. Aksi takdirde, bu suç ancak tasarlanarak ve hatta örgütlü olarak işlenebilecektir. Buna karşılık, mağdura karşı yapılan birden fazla saldırının, genel bir tutum çerçevesinde gerçekleştirilen birçok benzer

nitelikteki tek bir davranış, suçun içerdiği haksızlık boyutuna ulaşmadıkça eziyeti oluşturmaya yetmeyecektir⁶³⁹. Tabi bu husus, Yargıtay içtihatlarına da yansdığı üzere, “*süreklilik gösteren hareketlerin bir bütün halinde*” değerlendirilmesini gerektirmektedir⁶⁴⁰. Böylece gerçekleşecek olan davranışların bir sürece yayılması kaçınılmazdır ve bu süreçte söz konusu hareketler süreklilik arz edecektir.

davranışın bir parçası olması ya da önceden kararlaştırılmış, organize bir seyir izlemesi olarak düşünülebilir.” Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.291.

⁶³⁹ “Mütemadi (kesintisiz) suçlarda da, doğal anlamda çeşitli hareketler kanuni tip tarafından birleştirilmiş ve tek hareket olarak değerlendirilmiştir. Mütemadi suçlarda hareketin çokluğu hukuka aykırılığın ortaya çıkması ve sürmesi bakımından *kavramsal* bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tür suçlarda da hareket tipik anlamda tektir. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında olduğu gibi. Keza suç işlemek için kurulmuş bir örgüte üye olmak, eziyet ve işkence gibi suçlar da, bir bütün oluşturan tipik faaliyetlerin gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Örneğin işkence suçu “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar*”ın gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Görüldüğü gibi kanuni tanımda suçun oluşması için niteliği tanımda belirtilen *davranışların* bulunması aranmaktadır. Dolayısıyla kişilerin aşağılanmasına yol açan tek bir davranış bu suçu oluşturmaz. Suçun oluşması için doğal anlamda yapılan çok sayıda hareketin, kişinin aşağılanmasına yol açan bir boyuta ulaşması gerekmektedir. Bu boyuta gelen hareketlerin hepsi tek hareket olarak kabul edilecektir.” Mahmut Koca, “Fikri İctima”, **CHD**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Y.2, S.4, (2007), 197-221, s.204-205.

⁶⁴⁰ “Katılanın eşi ve kaynanası olan sanıkların aynı konutta birlikte yaşadıkları katılana yönelik T.C.K.nun 96. maddesi kapsamında eziyet boyutuna varmayan hakaret, basit yaralama ve evden atma eylemlerinin **bir bütün olarak** T.C.K.nun 232. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde eziyet suçundan hüküm kurulması,” **Y.8.CD, T.26.09.2012, E.2012/8951, K.2012/28574**, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017), “Somut olayda, sanıklar ile şikayetçilerin aynı cezaevinde birlikte kaldıkları, koğuş temsilcisi olan sanık A.Ç. ile onunla birlikte hareket eden sanıklar S.K. ve M.T.’in kaldıkları kurumun tüzük ve yönetmeliklerinin dışında hareket ederek aynı koğuşta kalmakta olan diğer şikayetçi ve mağdurlara baskı kurup kendi istekleri doğrultusunda hareket etmeye zorladıkları ve sabahları herkesin 11.30’a kadar yatmalarını isteyerek koğuşta kalanların sabah kahvaltısında dağıtılan çorbaları almalarını engelledikleri, yine almalarına izin verdikleri diğer kahvaltılıkları da gürültü olmamasını ileri sürerek öğle vaktine kadar yemelerine izin vermedikleri, koğuşta eli belinde ve cebinde gezmeyi, tesbih çekmeyi, bacak bacak üstüne atmayı, yüksek sesle konuşmayı yasakladıkları, sözlü ve fiili şiddet uygulayarak kurallara uymayanları kaldıkları bu koğuştan atacaklarını beyan ederek baskı altına aldıkları ve bir kısım şikayetçileri dövdükleri, mağdurlardan O.Ç.’yi soyup hortum tutup fırça ile yıkamak ve değişik zamanlarda bir çok defa dövmek suretiyle eziyet edip kasten yaralama eyleminde bulundukları, dövdükleri mağdurlardan Y.’ın doktora gitmesini de engelledikleri, dövdükleri mağdurların vücutlarında oluşan yara berelere morarmasın diye buz ve ekmek içi koydukları, şiddet uyguladıkları bu şahıslara sorulması durumunda “kapıya çarptım” gibi beyanlarda bulunmalarını tembihleyerek şikayet etmelerini de engelledikleri, bu itibarla sanıkların süreklilik gösteren eylemlerinin **bir bütün halinde** eziyet suçunu oluşturduğu gözetilmeden, atılı suçtan cezalandırılmaları yerine yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi” **Y8.CD, T.16.01.2014, E.2013/6726, K.2014/1003**, Altunç, a.g.e., s.376-377, dn.16, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017); “Sistematik olarak ve belli bir süreç içinde kasten yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz niteliği taşıyan, insan onuruyla bağdaşmayan, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına yol açan davranışların eziyet suçunu oluşturacağı cihetle, sanığın katılanlara yönelik eylemlerinin eziyet suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hükümler kurulması ve katılan ...’ya yönelik tehdit eyleminin de kasten yaralama eylemleriyle **birlikte bütün halinde** eziyet suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde tehdit suçundan da ayrıca cezalandırılmasına karar verilmesi,” **Y14.CD, T.18.10.2016, E.2016/6580, K.2016/7178**, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (08.05.2017).

Buradan hareketle doktrindeki bir görüşe göre, eziyeti oluşturan hareketlerin sürekli olması yani suçu oluşturan hareket ve neticenin bir müddet devamı, eziyete kesintisiz (mütemadi) suç niteliği kazandırır⁶⁴¹.

Öte yandan, doktrinde bu hususta dikkate alınması gereken bir diğer görüş, eziyet suçunun *muhtemel mütemadi suç* şeklinde nitelendirilse bile, *zorunlu mütemadi suç* biçiminde nitelendirilemeyeceğini söylemektedir⁶⁴². Çünkü eziyet suçunun kesintisiz suç olarak tanımlanması madde gerekçesinden kaynaklanmakla birlikte⁶⁴³, gerekçedeki “*ani olarak değil*” ibaresini, “*ani suç değil*” biçiminde algılamamak icap eder⁶⁴⁴. Zira bundan maksat bir defa işlenecek fiillerin eziyet suçunu değil ilgili suç tipini ihlal edeceğidir⁶⁴⁵. İzaha çalıştığımız bu görüşe göre, “*sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenme*” kriteri, eziyet suçuna, mana itibarıyla TCK m.6’da tanımlanan *itiyadi suçludan*⁶⁴⁶ tamamen farklılık arz edecek tarzda bir anlam taşıyan itiyadi suç niteliği kazandırmaktadır⁶⁴⁷.

⁶⁴¹ Mustafa Albayrak, **Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu “Öz Kitap”**, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s.380; Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.282; Soyaslan, a.g.e., s.223; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.291.

⁶⁴² “Bazen kanun suç tipinde neticenin bir süre devam etmesini şart koşar: böyle olunca, ortada mütemadi bir suçun varlığından şüphe edilemez ve böyle bir suçun ani olarak işlenmesine imkân bulunmaz. Bu gibi suçlara, *zorunlu olarak mütemadi olan suçlar* adı verilir. Bunun dışında esasta ani olan birtakım suçlar vardır ki, bunların bazı şekillerinde neticenin devam ettirilmesi mümkündür: bu nevi suçlara da *muhtemel olarak mütemadi olan suçlar* denilir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.388; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.111; Altunç, a.g.e., s.377, dn.20.

⁶⁴³ **TCK m.96 gerekçesinden**, “(...) Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.127.

⁶⁴⁴ “Hareketten doğan netice, bazen belirli bir süre devam eder; işte neticenin devam etmeyip derhal sona erdiği suçlara *ani*, neticenin devam ettiği suçlara ise *mütemadi suç* denir. Bununla beraber, mütemadi bir suçun varlığı için suçtan doğan hukuka aykırı durumun yani suçun eserinin bir süre devam etmesi yeterli değildir: gerçekten, suçtan doğan hukuka aykırı durumun devam edip etmemesi, bu durumun ilk olarak çıktığı anda tamamlanmış, bitmiş olan suça yeni bir şey eklemesi ve ani bir suçun mütemadi sayılmasını gerektirmez; mütemadi suçta devam eden, derhal sona ermeyen şey neticenin kendisidir ve bu devam ettikçe suç da işlenmektedir. Bu esastan çıkan sonuç şu olmalıdır ki, mütemadi suçlar ne neticenin ilk gerçekleştiği anda, ne de temadinin sona erdiği anda değil, belki temadinin başlaması ile bitmesi arasında geçen süre içinde, yani mütemadi suçun hukuki konusunu teşkil eden hak ve menfaatin ihlaline devam edildiği sürece icra edilmiş olurlar.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.385; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.110.

⁶⁴⁵ Eziyet suçunun esas itibarıyla ani suç olduğu ancak, aynı zaman kesiti içinde süreklilik kazanması durumunda kesintisiz suç olarak da işlenebildiği görüşü için bkz. Hafızoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1212.

⁶⁴⁶ **TCK m.6-** “(1) Ceza kanunlarının uygulanmasında; (...) **h**) İtiyadî suçlu deyiminden; kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi, (...) anlaşılır.”

⁶⁴⁷ “Esasta, birden fazla hareketli suçların bir kolu olan itiyadî suçlar, diğer birden fazla hareketli suçlardan aynı hareketlerin tekrar edilmesi ve bunun bir itiyat derecesine çıkarılması ile ayrılır. İtiyadî suçta da, fiilin suç sayılması için hareketlerin tekrarlanması gerekir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.375; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.107; Altunç, a.g.e., s.377-378, dn.22.

İfade etmek gerekir ki, niteliği itibarıyla içeriğinde zaten birçok belirsizliği saklayan eziyet suçunu, bu şekilde itiyadi suç olarak kabul etmek, daha da belirsiz hale getirecektir. Çünkü bünyesinde birçok farklı suç tipini barındıran eziyet suçunun hangi hareketlerinin itiyat derecesine varacak şekilde ve sayıda tekrarlanmasıyla gerçekleşeceği ve bunun uygulamaya ne şekilde yansıyor uygulama birliğinin nasıl sağlanacağı tam bir muammadır. Dolayısıyla eziyet suçunu itiyadi suç olarak gören bu yaklaşıma katılmak mümkün değildir. Zira öğretilerdeki hâkim görüşün de kabul ettiği üzere eziyeti meydana getiren hareketlerin hukuksal birlikteliği ve bir bütün halinde değerlendirildiğinde ortaya çıkardığı sürekli etkileri, bu suçu kesintisiz suç olarak kabulü zorunlu kılar.

Ancak yine burada özellikle üzerinde durulması gereken husus, esas itibarıyla failin bilerek ve isteyerek *insan onuruyla bağdaşmayan*, bedensel veya ruhsal acı çekmesine ve aşağılanmasına sebep olacak nitelikte ve *bir sürece yayılan fiillerini* mağdura yöneltmesidir⁶⁴⁸. Buna örnek kabilinden, Yargıtay'ın önüne gelen bir vaka, her ne kadar karşı temyiz olmaması dolayısıyla bozma nedeni yapılamamış olsa da şu şekildedir⁶⁴⁹:

Kronik şizofreni rahatsızlığı bulunan çocukları H.Ç.'yi dört katlı evlerinin arka tarafındaki ahırdan bozma, kapısı kilitli, yanında hayvanların su içtiği batmanın bulunduğu, yerleri ve tavanı beton olan, camların tahta ile çakılmış, naylon ile kapalı, içerisinde elektrik, su tesisatı, tuvalet, yatak ve yastık bulunmayan 10 m² genişliğinde bir yerde yaklaşık **yedi aydır barındıran sanığın eyleminin** TCK.nun 96/2-a madde ve fıkrasındaki **eziyet suçunu oluşturduğu gözetilmeden** yazılı şekilde hüküm kurulması, (...)

⁶⁴⁸ “Yine depresyonda olan çocuğunu kendisine veya başkasına zarar vermemesi için sürekli olarak zincirle ayağından bağlamak suretiyle evin bahçesinde tutan baba, zincirle bağlamak şeklindeki hareketin insan onuruyla bağdaşmaz niteliği ve hareketin gösterdiği süreklilik karşısında eziyet suçundan sorumlu tutulabilir.” Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1277.

⁶⁴⁹ **Y8.CD, T.27.03.2013, E.2012/32477, K.2013/9739**, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3203-3204, dn.456; benzer şekilde bkz. “Sistematik olarak ve belli bir süreç içinde kasten yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz niteliği taşıyan, insan onuruyla bağdaşmayan, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına yol açan davranışların eziyet suçunu oluşturacağı nazara alındığında sanığın katılana yönelik eylemlerinin eziyet suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hüküm kurulması,” **Y14.CD, T.16.01.2017, E.2016/10074, K.2017/164**, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (07.05.2017); “Mağdurun aşamalarındaki anlatımları, tanıklar rehber öğretmeni ..., mağdurun annesi ... ve teyzesi ... beyanları ile tüm dosya kapsamına göre; sanığın eşinden boşandıktan sonra velayeti kendisinde bulunan oğlu olan mağdura karşı özellikle alkol aldığı zamanlarda şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, bu durumun uzun yıllardan beri devam ettiği, en son alkollü halde eve gelen sanığın, mağdurun odasına girerek, tekme, yumruk ve elektrik süpürgesi sapıyla onu basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaraladığı, mağdurun telefonla halasını arayıp yardım istediği, halası tanık ... olayı polise bildirdiği, sanığın, oğlu olan mağdura yönelik şiddet, hakaret, aşağılama şeklindeki eylemlerinin sistematik ve süreklilik arz edecek biçimde olduğu, eylemlerinin bir bütün halinde eziyet suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi,” **Y18.CD, T.22.11.2016, E.2016/8683, K.2016/17904**, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (07.05.2017).

Eziyet suçu kural olarak icrai surette işlenebilen bir suçtur. Kanunda eziyetin ihmali davranışla işlenebileceği düzenlenmemiştir; dolayısıyla sırf bu gerekçeyle bile söz konusu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği söylenebilir⁶⁵⁰. Bu açıdan esas itibarıyla üvey annenin veya babanın çocuğuna eziyet teşkil eden fiilleri yapması karşısında ses çıkarmayan baba veya annenin eziyet suçundan sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir⁶⁵¹. Bir diğer örneğe bakacak olursak, özel veya kamu olması fark etmeksizin bir bakımevindeki görevlilerin orada bulunan kişilere karşı eziyet teşkil eden davranışlarına göz yuman amirin, ihmali hareketle eziyet suçunu işlediği de söylenemez⁶⁵².

Fakat doktrinde bazı durumlarda istisnaen de olsa ihmali surette işlenebileceği ileri sürülmüştür⁶⁵³. Bu yaklaşıma göre, işkencenin ihmali davranışla işlenmesi (m.94/5) ile kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi⁶⁵⁴ (m.88) hallerinden failin lehine sorumluluk tesis eden m.88 hükmü uygulanacaktır. Burada suçun tekrarından hareketle meydana gelme ihtimali bulunan içtima ilişkisini bir kenara koyacak olursak, tek başına kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi haline hükmedileceği ihtimalinde, insan onurunun yeterli seviyede korunamadığı ifade edilmek mecburiyetindedir⁶⁵⁵.

İhmal suretiyle eziyet suçunun işlenip işlenemeyeceğine ilişkin örnek bir problem olarak, hastasına eziyet edildiği yönünde bir bulguya rastlayan ve bunun üzerine keyfiyeti

⁶⁵⁰ Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.290; **aksi yönde bkz.** “Suç, elverişli olduğu sürece, “bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak” icra veya ihmal, her çeşit hareketle işlenebilmektedir.” Hafızogulları ve Özen, a.g.e., s.128.

⁶⁵¹ Yokuş Sevrük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1277.

⁶⁵² Altunç, a.g.e., s.377; Soyaslan, a.g.e., s.224.

⁶⁵³ Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.282.

⁶⁵⁴ **TCK m.88-** “(1) Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.”

⁶⁵⁵ Soyaslan, a.g.e., s.224; bu yönde, Önok’un eziyetin ihmali davranışla işlenebileceğine ilişkin şu gerekçesine de itibar edilmelidir: “Aslında, yeni TCK’da, ihmali hareketin yalnızca bazı suçlara özgü olarak cezalandırılacağı belirtilmiş olması karşısında, böyle bir açıklık olmayan eziyet suçu açısından suçun ancak icrai davranışla işlenebileceği düşünülebilir. Gerçekten, teorik olarak, ihmali hareketin cezalandırılabilirliğini öngören genel bir hüküm bulunmadığı ve yalnızca belirli suç tiplerinde bu durum düzenlendiğine göre, ihmali davranışla da işlenebileceği öngörülmemiş olan suçlar bakımından, ancak icrai hareketle suç tipinin oluşabileceği sonucuna varılması gerektiği düşünülebilir. Fakat, yasa koyucunun amacının böyle bir sonuca yol açmak olmadığı, ihmali davranışların diğer suç tipleri bakımından da cezalandırılmasının arzu edildiği gerekçesiyle, bu suçun ihmali hareketle de işlenebileceği görüşümdedir.” Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.198, dn.106.

derhal Cumhuriyet savcısına bildirmekle mükellef olan doktorun⁶⁵⁶, söz konusu bildirimi yapmaması halinde ne olacaktır?

İlk etapta bu soruya verilecek yanıt, doktorun bu andan önce gerçekleşmiş olan eylemler bakımından iştirak iradesinin olamayacağından bahisle özellikle eziyetten herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağı yönündedir. Zira bu hususta, Türk Tabipler Birliği'nin girişimleriyle 1 Şubat 1999 tarihinde ortaya çıkan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, 34. maddesinde “*Hekim, tıbbi bilgi ve becerisiyle, işkence ve benzeri uygulamalara katılamaz, yardımcı olamaz, gerçeğe aykırı rapor düzenleyemez. İşkence iddiası olan olgularla karşılaşan hekim, mesleki bilgi ve becerilerini gerçeğin ortaya çıkarılması için kullanır.*” kuralını ihtiva eder⁶⁵⁷. Bunun yanı sıra 18 Aralık 1982 tarihinde 37/194 sayılı kararla BM Genel Kurulu'nda “Tutuklu ve hükümlülerin işkenceye ve zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı öteki ceza ve davranışlara karşı korunmasında sağlık personeli ve özellikle hekimlerin görevlerine ilişkin tıbbi etik ilkeleri” kabul edilmiştir. Burada özellikle belirtmek gerekirse kabul edilen ikinci ilke bağlamında, “*Eğer sağlık personeli, özellikle hekimler, aktif veya pasif biçimde, işkence ve öteki zalimce insanlık dışı ya da aşağılayıcı davranışlar konusundaki eylemlerin ortak faili, katılımcı ya da kışkırtıcı(sı) oluyorlar ise bu durum tıbbi etik ilkelerinin açık ihlal biçimidir.*”⁶⁵⁸

İkinci olaraksa, doktorun kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu tutulması düşünülebilir, ancak bunun için öncelikle yaralamaya yönelik kast tespit edilmelidir. Verilen örnek kapsamında kastın varlığı açık değildir. Örneğimizde doktor kontrolleri, rutin bir hal alarak tekrar eden bir suret kazandığı takdirde doktorun m.88'den cezalandırılması gündeme gelecektir. Bunun dışında son olarak, doktor, ihmali sonucunda esas itibarıyla 96. veya 88. maddeyi değil, 280. maddedeki *Sağlık mesleği mensuplarının*

⁶⁵⁶ “Öyle ki konunun öneminden ötürü, genel olarak suç olgusu ile karşılaşan hekimlerin ihbar yükümlülüğü, işkence suçu söz konusu olduğunda Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin “sağlık kontrolü” başlıklı 9. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, “(...) hekim muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94 üncü maddesinde belirtilen işkence, 95 inci maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve **96 ncı maddesinde belirtilen eziyet** suçlarının işlendiği yolunda her hangi bir bulguya rastlanması halinde, keyfiyeti derhal Cumhuriyet savcısına bildirir. Bu durumda Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7 ve 8 inci maddesine göre işlem yapılır (...)”“ Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1026, dn.3; benzer şekilde söz konusu yönetmelik hükmüne dikkat çeken değerlendirmeler için bkz. Eryılmaz, “İşkence Yasağına Yönelik İç Hukukta Öngörülen Usule İlişkin Güvenceler”, s.412-413.

⁶⁵⁷ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın tamamına ulaşmak için bkz. <http://www.ttb.org.tr> (11.03.2017).

⁶⁵⁸ Tezcan ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.634.

*suçu bildirmemesi*⁶⁵⁹ suçunu işlemektedir. Ayrıca belirtmeden geçilmemesi gereken bir husus da m.88 ile m.280'in aynı anda bulunması durumunun, suçların içtimaı kapsamında değerlendirilmesidir. Bu meseleye aşağıda *İçtima* başlığı altında kapsamlı bir şekilde yer vereceğiz.

Görüldüğü üzere, eziyet suçunun ihmali davranışla işlenmesi yasal düzenlemedeki eksiklik dolayısıyla insan onurunu koruyabilecek surette bir cezayla karşılanmamaktadır. Bu noktada bir düzenleme yapma ihtiyacının olduğu aşikardır.

Bu başlık altında ifade etmemiz gereken son husus ise, failin ortaya koyduğu hareketlerle netice bakımından meydana gelecek zarar ya da tehlike arasında nedensellik bağının kurulması gerektiği ve objektif isnadiyet noktasında ise genel kuralların geçerli olduğudur⁶⁶⁰.

3.3.2. Fail

TCK m.37 gereğince suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi faildir⁶⁶¹. Buna göre, eziyet suçunun faili, m.96'nın ifadesiyle “*bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi*”dir. Bu açıdan, failde işkencedeki gibi kamu görevlisi ya da memurluk⁶⁶² sıfatı aranmaması dolayısıyla eziyet bir özgü suç niteliği taşımadığı için, suçun faili herkes olabilir⁶⁶³. Nitekim bu husus, eziyet suçunun işkenceden farkını ortaya koyan kısımlarından birini teşkil etmektedir⁶⁶⁴.

⁶⁵⁹ **TCK m.280-** “(1) 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.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

⁶⁶⁰ Altunç, a.g.e., s.378; Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.469; Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.250 ve 260.

⁶⁶¹ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.399; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.249.

⁶⁶² Burada kanaatimce önem arz eden bir hususu ifade etmek yerinde olacaktır; o da 5237 sayılı TCK'nın “kamu görevlisi” ifadesini, 765 sayılı TCK'da kullanılan “memur” ibaresini de içine alacak şekilde şümüllü ve üst bir kavram olarak kullanmasıdır. Aynı yönde bkz. Özcan, a.g.e., s.7.

⁶⁶³ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.261; Nurullah Aydın, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, s.202; Yurtcan, a.g.e., s.196.

⁶⁶⁴ Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.258; Soyaslan, a.g.e., s.224.

Öncelikle mevcut düzenlemeler çerçevesinde, hükmün gerekçesindeki eziyet tanımından hareketle bu suçun failinin, işkence teşkil eden fiilleri gerçekleştiren sivil kişiler olduğu söylenmelidir⁶⁶⁵. Akabinde ise, bu suçun kamu görevlilerince işlenebilip işlenemeyeceği sorulmalı⁶⁶⁶ ve işkence suçu bakımından failin kamu görevlisi olması ve fiili, göreviyle ilgili gerçekleştirmesi gerekirken, eziyet suçu bakımından göreviyle ilgili olmaksızın fiili işleyen kamu görevlisinin de fail olabileceği göz ardı edilmemelidir⁶⁶⁷. Bu ikinci durumu, eşine karşı eziyet arz eden eylemleri gerçekleştiren polis memuru örneğiyle somutlaştırabiliriz⁶⁶⁸. Yine bir polis memurunun komşusuna kızıp, ona karşı belirli bir süreçte sistematik bir şekilde insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açan davranışlar ortaya koyması örneğinde de bu durumu görebiliriz⁶⁶⁹. Zikredilen misallerde polis memurları kamu görevlisi olmalarına karşın işkenceden değil, eziyet suçundan sorumlu olacaklardır.

Öte yandan, hususen vurgulanması gereken diğer bir nokta ise, eziyet suçu dolayısıyla mahkumiyetin söz konusu olacağı durumda, en ufak bir tereddüde mahal vermeyecek şekilde, failin suç teşkil eden fiillerle ilişkisi açıkça belirtilerek hüküm tesis edilmelidir. Dikkat çekmeye çalıştığımız bu nokta, bir Yargıtay kararına şöyle yansımıştır⁶⁷⁰:

Eziyet suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerinin incelenmesinde;
Yedi bentten oluşan hüküm kısmının diğer tüm bentlerinde hangi sanıklar yönünden hüküm kurulduğu açıkça belirtilmesine rağmen eziyet suçundan kurulan hükmün bulunduğu bentte herhangi bir sanık ismi belirtilmeksizin yalnızca “Sanıkların ayrı ayrı müşteki K.’ya eziyet etmekten (...)” denilerek infazda tereddüt oluşturacak şekilde yazılı şekilde hüküm kurulması, bozma nedeni sayılmıştır.

3.3.3. Mağdur

Öncelikle terimsel olarak ifade etmek gerekirse *suçun mağduru*, bir hak veya menfaati belirli bir suçla zarara uğratılan ya da bu hak veya menfaati tehlikeye maruz kalan

⁶⁶⁵ Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.245.

⁶⁶⁶ Altunç, a.g.e., s.373.

⁶⁶⁷ Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.28; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.258; Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s.258; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.289.

⁶⁶⁸ Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.281.

⁶⁶⁹ Yokuş Sevil, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1275.

⁶⁷⁰ **Y14.CD, T.18.12.2014, E.2013/3889, K.2014/14560**, Ali Parlar, **Uygulamada TCK Rehberi**, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015, s.525.

kişidir⁶⁷¹. Eziyet suçunun mağduru, m.96'nın ifadesiyle eziyet çekmesine yol açacak davranışlar üzerinde gerçekleşen kimsedir. Yani mağdur bakımından da kanunda belirleyici ya da kısıtlayıcı nitelikte bir özellik gösterilmemiştir. Buradan hareketle suçun mağduru, söz konusu fiillere muhatap olan herhangi biri olabilir⁶⁷².

Eziyet suçu bağlamında, mağdur bakımından ayrıksı bir düzenlemeye, işkence suçunda olduğu gibi mağdurun durumundan ve sıfatından ileri gelen nedenler olmak üzere, sadece suçun nitelikli hallerinde gidilmiştir⁶⁷³. Buna göre, belirtilen niteliklerin mağdurun şahsında bulunması halinde faile verilecek ceza ağırlaşacaktır.

3.3.4. Konu

Genel olarak suçun konusu, suçun üzerinde gerçekleştiği kişi veya şeydir⁶⁷⁴. Eziyet suçu kapsamında suçun konusu ise, bireyin ruh ve beden bütünlüğü, vücudu, şeref ve haysiyetidir⁶⁷⁵.

Ancak belirtmek gerekir ki, suçun konusu üzerinde meydana gelecek zarar veya tehlike bakımından suçun niteliği itibarıyla zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğu hususu tartışmalıdır⁶⁷⁶. Bu noktada, eziyeti oluşturan fiilin, suçun konusu üzerinde gerçekleştirdiği ihlal ile kişinin maddi veya manevi varlığında bir zarar meydana getirdiği gerekçesiyle bu suç zarar suçu olarak ifade edilebilirse de⁶⁷⁷ suçun oluşması bakımından objektif olarak insan onuruyla bağdaşmayan aşağılayıcı hareketin yapılması yeterli olup, mağdurun kişisel bütünlüğünde zarar neticesinin gerçekleşmesi zorunlu değildir⁶⁷⁸.

⁶⁷¹ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.424; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.254.

⁶⁷² Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.261; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.289.

⁶⁷³ Altunç, a.g.e., s.381; Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1040; Soyaslan, a.g.e., s.225.

⁶⁷⁴ “Maddi bakımdan suçun konusu, suçun cismini teşkil eden insan veya şeydir: (...) Adam öldürme suçunun konusu, hayatına son verilen insandır; hırsızlığın konusu bulunduğu yerden alınan taşınabilir maldır.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.333.

⁶⁷⁵ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.261; Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s.259.

⁶⁷⁶ Altunç, a.g.e., s.378; “Suçun işlenmesi, konuya ya bir zarar verir ya da onu tehlikeye uğratır. Bu itibarla suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçlar; tehlike suçları ve zarar suçları olarak ikiye ayrılır.” Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.30.

⁶⁷⁷ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.261; Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s.259.

⁶⁷⁸ Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.295; Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1278; “Nihayet şunu da belirtelim ki, maddeye aykırı olarak değerlendirilebilecek ve asgari yoğunluk kapsamında görülebilecek bir muamele, kişinin dayanma kapasitesindeki yükseklik veya son derece vurdumduymazlığı, aldırış etmezliği nedeniyle fazla bir etki

Dolayısıyla eziyet suçu, özellikle insan onuru bağlamında suçun konusu üzerinde bir tehlikeyi yeterli gördüğü için tehlike suçu olarak nitelendirilebilir.

Burada böyle bir farklılıkla karşılaşılmamasının sebebini esas olarak eziyet suçunun kaynağını oluşturan İspanyol Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeyle Türk Ceza Kanunu'ndaki eziyet düzenlemesinin kapsamlarının farklılığı oluşturmaktadır. İspanyol düzenlemesindeki eziyet suçu yukarıda da ifade edildiği üzere sadece manevi acı çekmeye ve aşağılanmaya yönelik bir tipikliğe oturtulduğu için bütünüyle sırf hareket suçu ya da tehlike suçu niteliği göstermektedir. Ancak Türk düzenlemesindeki eziyet örneği ise, bunun da ötesine geçerek ağırlıklı olarak kişinin maddi veya manevi varlığında zarar neticeleri öngörmesi dolayısıyla zarar suçu olarak ifade edilmektedir.

3.3.5. Suçu Etkileyen/Suçta Etki Eden Haller

Eziyet suçunun nitelikli unsurları, 5237 sayılı TCK'nın 96. maddesinin 2. fıkrasında şöyle düzenlenmiştir:

Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

- a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,
 - b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı,
- İşlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Söz konusu düzenleme ile ilgili olarak, ilkin mağdurların belli bazı kişiler olması halinde sadece ağırlatıcı nitelikli hal tanzimi yoluna gidildiği söylenebilir⁶⁷⁹. Öte yandan, a bendi bakımından mağdurun durumundan kaynaklanan sebeplerle, b bendi bakımındansa mağdurun sıfatından kaynaklanan sebeplerle bir düzenleme yapıldığını ifade etmek mümkündür⁶⁸⁰.

doğurmamaktaysa bu sübjektif durum davranışın 3'üncü maddeye aykırılığını ortadan kaldırmaz. Örneğin bir kimsenin çıplak olarak dolaştırılması ortalama bir insanın anlayışına göre alçaltıcı, onur kırıcı olabilir; ancak o kişinin herhangi bir rahatsızlık duymamış olması muamelenin asgari yoğunluk düzeyine erişmemiş olduğu sonucuna götürmemelidir. Mahkemenin yaklaşımı da uygulanan muamelenin mağdur üzerindeki etkisinin objektif olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir." Anayurt, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", s.223.

⁶⁷⁹ Altunç, a.g.e., s.381.

⁶⁸⁰ Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.260; Soyaslan, a.g.e., s.225.

Madde gerekçesinde ise “*Maddenin ikinci fıkrasında, eziyet suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları belirlenmiştir. Bu unsurlara ilişkin açıklama için kasten yaralama suçunun gerekçesine bakılmalıdır.*” denilerek kasten yaralama suçunun gerekçesine atıf yapılmıştır⁶⁸¹. Ancak burada kasten yaralama suçunda yer verilmeyen, üvey anne ve üvey babayı karşılayan, halk dilinde kullanıldığı şekliyle “*analık veya babalık*” kavramlarına doğrudan yer verilmiş olması dikkat çekicidir⁶⁸².

765 sayılı TCK’nın 449 ve 524. maddelerinde⁶⁸³ yer verilmiş olunan analık ve babalık ibarelerine, 5237 sayılı TCK’da yalnızca m.96’da bir nitelikli hal olarak yer verilmiş ve bunun dışında kullanımının hiç tercih edilmemiş olmasının sebebi anlaşılamamaktadır⁶⁸⁴.

Bu başlık altında, eziyet suçuyla ilgili nitelikli hal düzenlemesine ilişkin, 96. madde dışında karşılaşılan bir örnek olarak, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun *Terör amacı ile işlenen suçlar* kenar başlığını taşıyan 4. maddesinin (a) bendi⁶⁸⁵ ile *Cezaların artırılması* kenar başlığını taşıyan 5. maddesini⁶⁸⁶ gösterebiliriz.

⁶⁸¹ Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları**, s.1116.

⁶⁸² Özbek ve diğerlerinin ifadesiyle ilginçtir, a.g.e., s.282; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.294.

⁶⁸³ **765 sayılı TCK m.449-** “Adam öldürmek fiili:

1. Karı, koca, kardeş, **babalık, analık**, evlatlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlat, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinler hakkında işlenirse;

2. Zehirlmek suretiyle yapılırsa;

Fail, müebbet ağır hapis cezasına mahkum olur.”

m.524- “Bu babın birinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve sekizinci fasıllarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrası ile 518, 519 ve 521 inci maddelerinde beyan olunan cürümler:

1. Haklarında ayrılık kararı verilmemiş karı kocadan birinin.

2. Usul ve fîrudan yahut bu derece sıhri akrabadan birinin veya **analık, babalık** veya evlatlığın,

3. Faille beraber bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeşin zararına olarak işlenmiş olursa fail hakkında takibat icra olunmaz.

Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan karı veya kocanın yahut faille beraber bir dam altında yaşamıyan erkek veya kızkardeşin veya faille beraber bir dam altında yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede sıhri akrabanın zararına olarak işlenmiş ise fail hakkında takibat icrası şikayete bağlıdır. Bu takdirde failin göreceği ceza üçte bir miktar azaltılır.” <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (26.02.2017).

⁶⁸⁴ Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.129.

⁶⁸⁵ **3713 sayılı TMK m.4- (Değişik: 29/6/2006-5532/3 md.)** “Aşağıdaki suçlar 1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır:

a) Türk Ceza Kanununun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, **96**, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319 uncu maddeleri ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.”

⁶⁸⁶ **3713 sayılı TMK m.5- (Değişik: 29/6/2006-5532/4 md.)** “3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında

Dolaylı/nispi terör suçları⁶⁸⁷ olarak da ifade edilen bu maddelere göre, ilgili kanunun ilk maddesinde⁶⁸⁸ yapılan terör tanımı doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde eziyet suçu işlendiği takdirde, terör suçu söz konusu olacak ve cezaları artırılarak hükmolunacaktır⁶⁸⁹. Bu durumu somutlaştırma adına, bir teröristin eziyet teşkil eden eylemlerle amaçladığı terör faaliyetini gerçekleştirmesi örneğini verebiliriz. Bu çerçevede dikkat etmemiz gereken husus, bütün unsurlarıyla eziyet gerçekleşmesine rağmen, ayrıca bir eziyet suçundan cezalandırmanın söz konusu olmayıp, terör suçu kapsamında cezanın artırılarak tatbik olunacağıdır.

3.3.5.1. Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyi ya da Gebe Kadına Karşı

Öncelikle ifade etmek gerekirse bu bentte düzenlenen durumların aynısıyla TCK m.94/2-a bendinde işkence suçunun nitelikli hali olarak yer aldığını belirtmiştik. Bu noktada değinmek istediğimiz bir diğer husus, işkence suçunun madde gerekçesinde⁶⁹⁰ de nitelikli unsurlara ilişkin kasten yaralama suçunun gerekçesine atıf yolunun tercih edildiği gerçeğidir.

artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.

(Ek fıkra: 22/7/2010 - 6008/4 md.) Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.”

⁶⁸⁷ “Dolaylı terör suçları yönünden dikkat edilecek husus, bu suçlar, aslında terör nitelikli suçlar olmamasına rağmen, terör örgütünün amaçları doğrultusunda işlenmesi halinde bu kapsamda değerlendirilen suçlardır.” Derda Gökmen, **Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.103; “(...) nispi terör suçu olarak nitelenen suçlar, normalde adi suç niteliğinde olmakla birlikte TMK 1’de belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek amacıyla kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmeleri halinde yasa koyucu tarafından terör suçu olarak kabul edilmiştir.” Namık Kemal Topçu, **Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.189-190.

⁶⁸⁸ **3713 sayılı TMK m.1– (Değişik birinci fıkra: 15/7/2003-4928/20 m.)** “Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

⁶⁸⁹ Albayrak, a.g.e., s.379; Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.262; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.294; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1279.

⁶⁹⁰ **TCK m.94 gerekçesinden**, “Maddenin ikinci fıkrasında, işkence suçunun nitelikli unsurları belirlenmiştir. Bu unsurlara ilişkin açıklama için, kasten yaralama suçunun gerekçesine bakılmalıdır.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.125.

Gerekçenin göndermesinden hareketle beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı eziyet suçunun işlenmesi haline mukabil, kasten yaralama suçunda m.86/3-b bendinde “*beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” kasten yaralama fiilinin işlenmesi hali düzenlenmiştir. Bu bende ilişkin kasten yaralama suçunun gerekçesinde⁶⁹¹ de kasten öldürme suçunun nitelikli hallerine atıf yapılma yoluna gidilmiştir.

Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK m.82/1-e bendinde “*çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” suçun işlenmesi hali yer almaktadır. Hükmün gerekçesinde⁶⁹², mağdurun şahsında taşıdığı bazı özelliklerin kendini koruma noktasında bir acziyet, fiilin işlenmesinde ise bir kolaylık oluşturmaları sebebiyle bu nitelikli halin düzenlendiği ifade edilmiştir.

Beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak nitelikte olan kişi deyiminden, başta yaşlılar ve engelliler⁶⁹³ olmak üzere, uyku halinde olanlar⁶⁹⁴, demans hastaları⁶⁹⁵,

⁶⁹¹ **TCK m.86 gerekçesinden**, “(b) bendine göre, kasten yaralamanın beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Bu hususa ilişkin açıklama için, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerine ilişkin hükmün gerekçesine bakılmalıdır.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.113.

⁶⁹² **TCK m.82 gerekçesinden**, “(e) bendinde, kasten öldürme suçunun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, bu suç bakımından bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Çocuk olması veya ileri yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhi veya fizik güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan âciz bir kimseye karşı fiilin işlenmesi, gerek faildeki ahlâkî kötülüğün mefruz çokluğu gerek fiilin icrasındaki kolaylık dolayısıyla, nitelikli hal sayılmıştır.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.107.

⁶⁹³ Çocuk, Engelli ve Yaşlılara Yönelik Kötü Muameleler ve bunların önlenmesine ilişkin başta İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olmak üzere gerek ulusal gerek uluslararası emredici düzenlemeler gereğince alınması gereken kanuni, idari, adli ve diğer tedbirler hakkındaki kısa değerlendirme için bkz. İlhan Üzülmüş, “Çocuk, Özürlü ve Yaşlı Sosyal Bakım Kurumlarında İşkence ve Benzeri Kötü Muamelelerin Önlenmesi”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde** (425-433), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, 2009, s.427-428.

⁶⁹⁴ “Maktulün uykuda olduğu ve “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda” bulunduğu anlaşılmakla, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 82/I-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi,” **Y1.CD, T.06.02.2009, E.2007/7797, K.2009/439**, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

⁶⁹⁵ “Kocaeli Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünün 25.6.2009 gün ve 4190 Sayılı raporunda semil demans bulguları mevcut olup beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olduğu bildirilen mağdura 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi uyarınca vasi tayin ettirilip, aynı Kanunun 462/8. maddesine göre husumet izni alınması ve bundan sonra katılma hususunda bir karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen eksik soruşturma ile re'sen atanan vekilinin katılma talebinin kabulüne karar verilmesi,” **Y5.CD, T.15.03.2011, E.2010/11024, K.2011/1984**, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

zekâ seviyesi düşük olanlar⁶⁹⁶ ve ciddi bedensel rahatsızlığı bulunanlar gibi kapsamı oldukça geniş ve farklı kategoriden insan anlaşılır⁶⁹⁷.

Bu bentler kapsamında dikkati çeken ilk husus, kasten yaralama suçunda suçun çocuğa karşı işlenmesi bir nitelikli hal olarak düzenlenmezken, eziyet ve kasten öldürme suçlarında düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca bu noktada, hukuk sistemimiz kapsamında kimlerin çocuk sayılacağı hususunda on sekiz yaş sınırının kabul edildiğini hatırlatmayı yeterli görüyoruz⁶⁹⁸.

Öte yandan, failin kastının mağdurun çocuk olma nitelikli halini de kapsamı gerektiği belirtilmelidir. Yani fail, mağdurun çocuk olduğunu bilmiyorsa yahut bu hususta bir şüphe hasıl olmuşsa, mesele hata hükümleri kapsamında çözüme kavuşturulabilir⁶⁹⁹. Ancak hata müessesesi bağlamında başvuracağımız hüküm, nitelikli hallerle ilişkin yanılmayı düzenleyen TCK m.30/2⁷⁰⁰ olacaktır; zira mağdurun çocuk olup olmaması, eziyet suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline ilişkindir.

⁶⁹⁶ “Mağdureyle ilgili Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 28.12.2007 tarihli raporunda mağdurede ortaya hafif derece sınırında zeka seviyesi bulunduğu belirtilmesi karşısında, mağdurenin suç tarihi itibarıyla kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, beden veya ruh bakımından kendisini savunabilecek durumda olup olmadığı ve özellikle beyanlarına itibar edilip edilmeyeceği hususları araştırılıp, rapor alınmasından sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması,” **Y14.CD, T.26.02.2014, E.2013/6153, K.2014/2369**, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017); “sanığın, yaşları on sekizden küçük çocukları Servet ve Sevdâ’yı, çöpleri biriktirdiği evde sağlıksız yaşam koşulları altında tuttuğu, çıplak gezdirdiği, gerekli sağlık ve bakım koşullarını gerçekleştirmediği, şiddet uyguladığı, bakımlarını yapmadığı, eve hapsettiği, beş yıl boyunca mağdur çocukların sosyal hayatla irtibatlarının kesildiği, her türlü kötü muameleye tabi tuttuğu, bu şekilde TCK 96 maddesinde tanımlanan eziyet suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada; 1) 08.10.1989 ve 01.05.1992 doğum tarihli olup, suç tarihinde on sekiz yaşından küçük olan mağdurlar Servet ve Sevdâ’nın, annelerinden ayrı yaşadıkları, ikisinde de mental retardasyon denilen akıl hastalığının bulunduğu, her ne kadar mağdurlara CMK’nın 234. maddesi gereğince barodan vekil atanmış ise de, mağdurların şikayet hakkını kullanacak fiil ehliyetine sahip olmadıkları, velayeti altında bulundukları babalarının da sanık olarak yargılandığı dikkate alındığında; Öncelikle anneleri Bilgin’in usulüne uygun şekilde mahkemeye getirilerek davadan haberdar edilmesinin sağlanması, mümkün olmadığı takdirde ise mağdurların haklarının korunması ve mahkeme önünde hukuki temsillerinin sağlanması için 4721 sayılı Medeni Kanun’un 426 ve devamı maddeleri gereğince kayyım atanması, şikayet hakkının veli ya da kayyım aracılığıyla kullanılarak, bundan sonra CMK 234 maddesi gereğince vekil tayin edilmesi gerektiği düşünülmeyen, şikayet hakkını kullanacak fiil ehliyetine sahip olmayan mağdurlara doğrudan vekil atanarak temsil ve şikayet haklarının kısıtlanması,” **Y4.CD, T.05.07.2010, E.2008/16179, K.2010/13024**, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

⁶⁹⁷ Altunç, a.g.e., s.382; Gündel, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s.2331; Soyaslan, a.g.e., s.225.

⁶⁹⁸ **TCK m.6/1-** “Ceza kanunlarının uygulanmasında; (...) b) Çocuk deyiminden, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi, (...) anlaşılır.”

⁶⁹⁹ Altunç, a.g.e., s.382.

⁷⁰⁰ **TCK m.30/2-** “Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

Ancak bu halde, çocuğa karşı gerçekleştirilen eziyet fiillerine nitelikli halin uygulanabilmesi için, on sekiz yaşından küçük yani çocuk olmak tek başına kâfi gelip, ayrıca mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunabilecek durumda olup olmadığının bir önemi bulunmadığına dikkat edilmelidir. Zira bu hal, esas itibarıyla mağdurun gerek bedenen gerek aklen sağlığının yerinde olmamasına matuftur ve genel olarak da mevzu olduğu olay kapsamında bir uzman bilirkişinin tespitine muhtaçtır⁷⁰¹.

Gebe kadına karşı eziyet suçunun işlenmesi haline karşılık kasten yaralama suçunun 86. maddesinde doğrudan başvurabileceğimiz bir hüküm tesis edilmemiştir. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın düzenlendiği 87. maddenin, 1. fıkra (e) bendinde “*gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına*”, aynı maddenin 2. fıkra (e) bendinde ise “*gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine*” neden olması halleri düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde⁷⁰² ise sadece, bu hallerin maddede düzenlendiği ifade edilmekle yetinilmiştir.

Üzerinde durulması gereken başka bir nokta da kanun koyucunun eziyet ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarında “*gebe olan kadın*”⁷⁰³, “*gebe bir kadın*” ifadelerini kullanırken, kasten öldürmenin nitelikli hallerinde m.82/1-f’de “*gebe olduğu bilinen kadın*” tabirini tercih etmesidir. Yukarıdaki atıflardan hareketle bir yorum kaynağı olarak gerekçeye başvuracak olursak⁷⁰⁴, kanun koyucu, kasten öldürme suçu bakımından bir değil iki yaşama son verilmesinden dolayı mağdurun gebe olduğunun bilinmesini ve haliyle özel kastın varlığını aramıştır. Yani burada, akıllara gelen, failin eziyet suçunun bu nitelikli halinden sorumlu olabilmesi için, mağdurun gebe olduğunu bilmesinin gerekip gerekmediği sorusunu, söz konusu nitelikli halin bilinmesinin gerektiği şeklinde

⁷⁰¹ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1280.

⁷⁰² **TCK m.87 gerekçesinden**, “Fıkranın (e) bendinde, kasten yaralamanın gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olması hali düzenlenmiştir.”, “Nihayet (e) bendinde, kasten yaralama suçunun gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olunması hali düzenlenmiştir.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.115.

⁷⁰³ “Gebe olan kadın” ibaresine, işkence suçunun nitelikli hallerinden TCK m.94/2-a’da da aynen yer verilmiştir.

⁷⁰⁴ **TCK m.82 gerekçesinden**, “(f) bendinde ise, kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Suçun gebe kadına karşı işlenmesi halinde iki hayata son verilmektedir. Bu nedenle, belirtilen durumda faile daha ağır ceza verilmesi öngörülmüştür. Failin söz konusu nitelikli unsur dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekir; yani suçun bu nitelikli unsuru açısından failin doğrudan kastla hareket etmesi gerekir.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.107.

cevaplandırmak yerinde olacaktır⁷⁰⁵. Ancak kanaatimce bu hususun daha açık ve anlaşılır bir biçimde madde metninde dile getirilmesi ve kasten öldürmenin nitelikli halinde olduğu gibi bir ifadelendirmeye gidilmesi gerekmektedir.

Toparlayacak olursak, bu bent altında düzenlenen kişilere karşı suç işlemenin taşıdığı kolaylık ve bundan yararlanarak eziyet teşkil eden fiilleri işleyen failin taşıdığı ahlaki kötülük, söz konusu kişilerin kanun koyucu tarafından daha fazla korunmasını gerektirmektedir. Böyle bir nitelikli hal ihdasıyla kanun koyucunun da bahsolunan korumayı gerçekleştirmeyi amaçladığı söylenebilir⁷⁰⁶.

3.3.5.2. Üstsoy veya Altsoy, Babalık veya Analğa ya da Eşe Karşı

İnceleyeceğimiz başlık altında ilk olarak, eziyet suçuyla pek çok benzerliği olmasına rağmen, işkence suçunun bu hususta bir düzenleme içermediğini belirtmek gerekir. Nitekim işkence suçunun niteliği gereği böyle bir ağırlatıcı sebebin kabulü mümkün gözükmemektedir.

Kasten yaralama suçu bakımındansa TCK m.86/3-a bendinde “*üstsoy, altsoy, eşe veya kardeşe karşı*” kasten yaralama suçunun işlenmesi nitelikli hali söz konusudur. Yukarıda da arz ettiğimiz gibi burada tekrar ifade etmek gerekirse, eziyet suçunun madde gerekçesinin kasten yaralamanın gerekçesine yaptığı yollama gibi, söz konusu kavramlara ilişkin 86. madde gerekçesi⁷⁰⁷ de kasten öldürme suçunun gerekçesine gönderme yapmaktadır.

Buradan hareketle kasten öldürmenin nitelikli hallerinden biri olan m.82/1-d bendinde düzenlenen “*üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı*” işlenmesi

⁷⁰⁵ Altunç, a.g.e., s.383; Gündel, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s.2331; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1280.

⁷⁰⁶ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1280.

⁷⁰⁷ **TCK m.86 gerekçesinden**, “Fıkranın (a) bendinde, kasten yaralama suçunun üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı işlenmesi, bu suçun bir nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Bu kavramlar hakkında açıklama için, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerine ilişkin hükmün gerekçesine bakılmalıdır.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.112.

haliyle karşılaşılabacaktır. Söz konusu hükmün gerekçesine göre⁷⁰⁸ zikredilen akrabalık ilişkisi içerisindeki kişilere karşı yaşam hakkı koruma altına alınmıştır.

Söz konusu bentler bakımından şeklen göze çarpan ilk farklılık, “*üstsoy, altsoy ve eşe karşı*” ifadelerinin aynen geçmesine karşın, kasten yaralama ve öldürme suçlarında “*kardeşe karşı*” suçun işlenmesi nitelikli haline yer verilmişken, “*kardeş*”in eziyet suçunda zikredilmemiş olmasıdır. İkinci olarak benzer değerlendirmeyi eziyet suçunda mağdurun “*analık ya da babalık*” sıfatlarını taşıması bakımından yapabiliriz; yani “*analık ya da babalığa karşı*” suçun işlenmesi hali eziyet suçu dışında başta kasten yaralama ve öldürme olmak üzere diğer suç tiplerinde düzenlenmemiştir.

Özellikle belirtmek gerekir ki, sayılan akrabalık ilişkileri Türk Medeni Kanunu kapsamında nüfus kayıtlarına göre belirlenecektir⁷⁰⁹. Ancak hususen altı çizilmelidir ki, “*yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle*” eziyete maruz kalan kamu görevlisinin ve kardeşlerin ayrıca koruma altına alınmaması büyük bir eksiklik teşkil etmektedir⁷¹⁰.

Kanun koyucunun bu bent altında saydığı kişiler, failin kendi sosyal çevresinde yakın ilişkiler içerisinde olduğu kimselerdir. Söz konusu yakınlık, fail bakımından suçun işlenmesinde bir kolaylık, mağdur bakımındansa bir savunmasızlık arz eder. Kanun koyucu bu şartlar altında, mağdur ile yakın ilişki içinde olan failin ahlaki kötülüğünden doğacak ihlallere karşı savunmasız kalan mağduru daha etkin koruyabilmek adına bu nitelikli hali düzenleme yoluna gitmiştir⁷¹¹.

Tam da bu noktada daha adilane bir sistem adına AİHM, sadece böyle bir düzenleme yapmayı yeterli görmemekte ve AİHS gereğince de ilgili devleti söz konusu etkin korumayı aktif bir şekilde sağlama yükümlülüğü altına sokmaktadır⁷¹². Bu hususta

⁷⁰⁸ **TCK n.82 gerekçesinden**, “(d) bendinde ise, kasten öldürme suçunun belli akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişilere yani üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı işlenmesi, bu suçun diğer bir nitelikli hali olarak tanımlanmıştır.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.107.

⁷⁰⁹ “Bendin sayılı ve sınırlı olarak gösterdiği belirli derecedeki ilişkilerin Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş olması zorunludur.” Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.38-39; Parlar ve Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, s.146; **aksi yönde bkz.** “Fakat, bize göre, failin bunu bilmesi kaydıyla, üstsoy veya altsoy ilişkisinin fiili anlamda varlığı yeterlidir.” Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.294.

⁷¹⁰ Soyaslan, a.g.e., s.225.

⁷¹¹ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1281.

⁷¹² Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1281.

Mahkeme'nin, özellikle aile içi şiddet olgusuna ilişkin, failin başvurucuya ve onun annesine defaatle bıçak çektiği, vücutlarında çürük ve ezikler oluşacak surette dövdüğü, hatta üzerlerine araba sürerek ölümcül yaralar almalarına sebep olduğu ve başvurucunun annesinin nihayetinde başvurucunun kocası fail tarafından ateş edilerek öldürüldüğü olaylara karşılık, Türk makamlarının tutumunu çarpıcı bir şekilde ortaya koyan *Opuz v. Türkiye* kararı örnek gösterilebilir. Bu sebeple, Mahkeme, 2, 3 ve 8. maddeler çerçevesinde nasıl bir denge kurulması gerektiğini belirlediği şu kriterlerle açıklamıştır⁷¹³:

138. AİHM, öncelikle Taraf Devletler arasında, mağdur şikâyetini geri çektiğinde, aile içi şiddetin faillerine ilişkin cezai kovuşturmanın yürütülmesine dair genel bir görüş birliği bulunmadığını not eder. Ancak yine de, izlenecek yolu belirlerken yetkili makamların, mağdurların 2., 3. ve 8. maddelerdeki hakları arasındaki dengeyi gözetmeleri gerektiğine ilişkin bir anlayışın mevcut olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, üye Devletlerdeki uygulamaları inceleyerek, AİHM, kovuşturmanın devamına karar verilmesinde, dikkate alınması gereken belirli faktörler olduğunu gözlemler:

- suçun ciddiyeti;
- mağdurun yaralarının fiziksel veya psikolojik olması;
- davalının silah kullanıp kullanmadığı;
- davalının saldırıdan bu yana tehditlerde bulunup bulunmadığı;
- davalının saldırıyı planlayıp planlamadığı;
- hanede yaşayan çocuklar üzerindeki (psikolojik) etkisi; davalının tekrar saldırıda bulunma ihtimali;
- mağdur veya dahil olan, veya olabilecek, diğer kişilerin sağlığı ve güvenliğine yönelik devam etmekte olan tehdit;
- mağdurun davalıyla halihazır ilişkisi; kovuşturmaya mağdurun isteğinin aksine devam edilmesinin bu ilişki üzerindeki etkisi;
- ilişkinin evveliyatı, özellikle geçmişte de şiddet uygulanıp uygulanmadığı;
- ve davalının adli sicili, özellikle geçmişte şiddet uygulamış olup olmadığı.

139. Bu uygulamadan, suç ne kadar büyükse ya da başka suçların işlenmesi riski ne kadar yüksekse, kamu yararı açısından kovuşturmanın devam etmesinin, mağdurlar şikâyetlerini geri çekse dahi, o derece önemli olduğu sonucuna varılabilir.

Geldiğimiz noktadan hareketle başvuranın ve annesinin kişisel bütünlüğünü koruyamadığı gerekçesiyle Türkiye'nin, AİHS m.2 ve 3'ü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Fakat bu içtihadı daha da önemli bir noktaya taşıyan husus burası değil, Mahkeme'nin, 2. ve 3. maddelerle bağlantılı olarak toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle başvuru ve annesinin ulusal makamlar tarafından ayrımcılığa tabi tutulduğu gerekçesiyle AİHS m.14'ün de ihlal edildiğine karar vermesidir⁷¹⁴. Bu açıdan aşıkardır ki, ülkemizin yargı

⁷¹³ **Opuz v. Türkiye, B. No: 33401/02, T.09.06.2009**, <http://hudoc.echr.coe.int> (08.05.2017).

⁷¹⁴ “199. AİHM, mevcut davadaki gibi işleyen ceza hukuku sisteminin, H.O.'nun başvuran ve annesinin şahsi bütünlüğüne karşı işlediği kanuna aykırı fiillerin etkili şekilde önlenmesini sağlayacak caydırıcı bir etkiye sahip olmadığı ve bu nedenle, AİHS'nin 2. ve 3. Maddeleri bağlamında haklarının ihlaline neden olduğu sonucuna varmıştır.

200. Türkiye'deki genel ve ayrımcı adli pasifliğin, kasıtlı olmasa dahi, esas olarak kadınları etkilediğine ilişkin yukarıda kaydedilen tespitini göz önüne alan AİHM, başvuran ve annesinin çektikleri sıkıntının

sistemini ayrımcı olarak nitelendiren ve kadına karşı şiddete ilişkin ilk kez bir davada 14. maddeden ihlale hükmedilen *Opuz Kararı* ülkemiz açısından da oldukça ağırdır⁷¹⁵.

3.4. Manevi Unsur

5237 sayılı TCK m.96'da failin belirli bir saikle yani özel kastla hareket etmesi aranmamıştır⁷¹⁶. Dolayısıyla eziyet suçunun manevi unsurunu genel kast oluşturur. Bu bakımdan TCK m.21 gereğince⁷¹⁷ fail, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına sebep olacak nitelikte hareketler gerçekleştirdiğini bilmeli ve istemelidir⁷¹⁸. Failin bahsini ettiğimiz kastı, sistematik fiillerin bütününde olmalı ve en azından eziyet suçunda aranan sürekliliği sağlamalı ve kapsamalıdır⁷¹⁹.

Bu açıdan, fail, mağdura yönelttiği davranışlarıyla eza ve cefa verdiğini ya da vereceğini bilir, maddi veya manevi muhtemel neticeleri öngörür ve ister. Dolayısıyla eziyet suçu olası kastla işlenmeye müsait bir suç tipi değildir⁷²⁰. Çünkü eziyetin sahip

kadınlara karşı ayrımcılık türlerinden biri olan cinsiyete dayalı şiddet olarak kabul edilebileceği kanaatindedir. Hükümet tarafından son yıllarda yürütülen reformlara rağmen, geçmiş yıllarda mevcut davada tespit edildiği gibi adli sistemin genel pasifliği ve saldırganların cezadan muaf olması aile içi şiddeti çözmeye uygun adımın atılmasında gereken sorumluluğun alınmadığını göstermektedir.

201. AİHS'nin 2. ve 3. maddelerince güvence altına alınan haklarından yararlanmada başvurana ve annesine kanun önünde eşitlik sağlama hususundaki iç hukuk yollarının etkili olmadığı göz önüne alındığında, AİHM başvurana iç hukuk yollarını tüketme gereğinden muaf tutan özel koşulların mevcut olduğu sonucuna varır. Bu nedenle, AİHS'nin 14. maddesine dayanılarak yapılan şikayet hususunda Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmemesine ilişkin itirazını reddeder.

202. Yukarıda kaydedilenleri göz önüne alan AİHM, mevcut davada, AİHS'nin 2. ve 3. maddeleri ile birlikte 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varır.” **Opuz v. Türkiye, B. No: 33401/02, p.199-202.**

⁷¹⁵ Gülay Arslan Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları”, Nur Centel (Ed.), **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, içinde** (39-63), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s.55 ve 57.

⁷¹⁶ “Fail, ister eğlenmek, sadist duygularını tatmin etmek, isterse intikam almak amacıyla hareket etsin, sürekli ve sistematik biçimde eziyet teşkil eden eylemleri gerçekleştirdiğinde, eziyet suçu oluşur.” Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1279; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.262; “Genel kast, kastın iki unsurunun bulunması ile oluşan kasttır; özel kast (*dolus specialis*) ise, kanunun suç unsuru veya ağırlatıcı sebep olarak kabul ettiği hallerde, failin belirli bir saikle hareket etmesinin yani, bilme ve istemeden başka, belirli bir saikle hareket edilmiş olmanın ayrıca şart koşulduğu hallerde söz konusu olan kasttır. Bu sebeple failin sadece maksadı istemesinin yeterli olduğu hallerde genel kast, bundan başka belirli bir saikle hareket etmiş olmasının da arandığı hallerde özel kast vardır.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.231; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.205.

⁷¹⁷ **TCK m.21/1-** “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”

⁷¹⁸ Altunç, a.g.e., s.380.

⁷¹⁹ Artuç, a.g.e., s.512.

⁷²⁰ Soyaslan, a.g.e., s.224.

olduğu süreklilik karakteri, meydana gelmesi muhtemel neticeyi kabullenmenin sınırlarını aşmaktadır. Buradan hareketle eziyeti, kasten yaralama ve kötü muamele gibi suç tiplerinden daha kolay ayırt edebilme adına bir görüş olarak, belki de eziyet etme kastını suçun tipikliğine dahil etmek yerinde olacaktır.

Manevi unsur itibarıyla suçların kasten işlenmesi kuraldır. 5237 sayılı TCK m.22/2’de tanımlandığı üzere “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesi*” durumunda *taksir* söz konusu olur. Ancak az evvel belirtildiği üzere, taksir istisnadır⁷²¹. Bunun kanuni dayanağı ise, m.22/1’de “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” ifadesinde kendini bulur. Dolayısıyla kanun ilgili suç tipinin taksirli halini açıkça düzenlememişse, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık gerekçesiyle o kişi söz konusu davranışından dolayı cezalandırılmayacaktır⁷²². Eziyet suçu da bu kapsamdadır. Yani, taksirli düzenlemesi bulunmadığı için sadece kasten işlenebilir.

Çalışmanın farklı noktalarında⁷²³ yeri geldiğinde *netice sebebiyle ağırlaşmış suç* kavramına yönelik açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır. Söz konusu kavrama ilişkin tekrara düşmeme adına bu başlık altında sadece TCK m.23’ün hüküm gerekçesindeki şu ifadeleri zikretmekle yetinilmiştir⁷²⁴:

Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. (...) 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ve Hükümet Tasarısının bazı hükümlerinde, kişi gerçekleşmesini kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu tutulmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, orta çağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “*versari in re illicita*”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif

⁷²¹ “Pozitif hukukun incelenmesinden çıkabilen ikinci bir gözlem daha vardır ki, o da taksirin cezalandırılmasının bir istisna olup, ancak pek ağır suçlarda kanunun buna imkan verdiği merkezindedir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.253; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.209.

⁷²² “Taksirli hareketi özel olarak cezalandıran bir hüküm bulunmadıkça, taksirin cezalandırılması imkansızdır ve taksirle kast arasındaki farklardan biri de budur. Kast, normal kusurluluk nevi olup, bir cürüm söz konusu olduktan (olduğunda), kanuni tarifte kastın aranacağı yolunda hüküm bulunmasa da, kast aranmak gerektiği halde, taksirin cezalandırılması için kanuni tarifte bu konuda açık bir hüküm yer alması gereklidir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.256.

⁷²³ Ayrıntılı değerlendirmelerimiz için bkz. 2.1.1. İşkence; 3.6.3.5. Neticenin Ağırlaşması Durumu.

⁷²⁴ Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.48-49.

sorumluluk hallerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.

3.5. Hukuka Aykırılık Unsuru

Teorik bazda, eziyet suçu kapsamında çeşitli hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması imkân dahilindeymiş gibi dursa da uygulamada somut olaylar kapsamında hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi kolay gözükmemektedir⁷²⁵. Örneğin, kanun hükmünü icra veya meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenleri, şartları oluştuğunda aniden gerçekleşir. Eziyet teşkil eden fiillerin ise süreklilik arz etmesi, söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinin ortaya çıkmasına engel olmaktadır⁷²⁶.

Çalışmanın “*Kötü Muamele*” başlığı altında detaylı olarak açıklanan terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kullanılması da eziyet suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz⁷²⁷. Bu noktada, TCK m.26/1’de kendisine düzenleme alanı bulan hakkın kullanılması⁷²⁸ hukuka uygunluk nedeni düşünülebilir; ancak bunun için disiplin yetkisinin sınırlarında hareket edilmiş olması ve hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmaması gerekmektedir⁷²⁹.

⁷²⁵ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.202.

⁷²⁶ Altunç, a.g.e., s.380; Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.283; Parlar ve Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, s.146.

⁷²⁷ “AİHM, A v. Birleşik Krallık davasında üvey babasınca birçok kez dövülerek fiziksel şiddete uğrayan 9 yaşındaki başvuruçunun uğradığı kötü muameleyi Sözleşmenin 3. maddesi bakımından incelemiştir. Bu davada, İngiliz hukukunca çocuğa yönelik yaralamada makul ölçüde bir tedip hakkının savunma açısından kabul edilir bulunmasını, bir başka deyişle çocuğuna saldırıda bulunmakla suçlanan ebeveynin savunmasını çocuğu terbiye amacıyla bu eyleme başvurduğu gerekçesine dayandırmasına izin verilmesini ve çocuğun Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında olacak şekilde yeterli derecede şiddet içeren muameleye maruz kaldığı gerçeğine rağmen üvey babayı yargılayan mahkeme jürisinin üvey babayı suçsuz bulmasını dikkate alan AİHM, İngiliz yasalarının başvuruçuyu çocuğu korumada yetersiz olduğunu tespitle, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.” 23.09.1998 tarihli A. v. Birleşik Krallık Kararı, p.19 vd.; Altunç, a.g.e., s.381; Yokuş Sevil, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1279.

⁷²⁸ **TCK m.26/1-** “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”

⁷²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2.2.3.1. Kötü Muamele.

Genel olarak TCK 26/2’de düzenlenmiş olan “mağdurun rızası”nın⁷³⁰, eziyet suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmayacağı akla gelse de eziyeti meydana getiren hareketlerin insan onuruyla bağdaşmaz nitelik arz etmesi ve kişinin beden bütünlüğü üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisi bulunmaması⁷³¹ dolayısıyla bu pek mümkün görünmemektedir⁷³². Nitekim, burada açıklamaya çalışılan hukuka uygunluk sebeplerinin incelenen suç tipi bakımından mümkün olmamasının gerekçesi olarak mutlak nitelikteki anayasal koruma zikredilebilir⁷³³.

Ayrıca AİHM’in de benzer şekilde, sadomazoşist⁷³⁴ nitelikteki davranışlara, kişilerin rıza göstermesini kabul etmediği şayanı dikkat kararları bulunmaktadır⁷³⁵. Yalnız bu kararları ve bunlardan hareketle eziyet suçunu, sanki suçun mutlaka vücut bütünlüğüne yönelen davranışlarla işleniyormuşçasına, sadece belirli bir şekliyle sınırlı ele almak oldukça noksan ve hatalı olacaktır. Bu bağlamda, doktrinde isabetle belirtilen şu yaklaşımı hatırdan uzak tutmamak gerekir⁷³⁶:

Eziyet teşkil eden davranışların insan onuruna aykırı olması gerektiğinden, bu suçta mağdurun rızasının hiçbir zaman hukuka uygunluk nedeni oluşturamayacağı belirtilmektedir. Nitekim, AİHM’in 19.2.1997 tarihli *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık* kararında, yaralanmaya yol açan sado-mazoşist ilişkilere giren İngiliz eşcinsellerin

⁷³⁰ **TCK m.26/2-** “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

⁷³¹ “Rıza, bireye ait yararlar bakımından da sınırsız bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Zira, rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, konusu kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmamalıdır. Medeni Kanun m.23/2; “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz” denilerek kişi hürriyeti ve dokunulmazlığı bizzat kişinin kendisine karşı da korunmuştur. Yani; esaret ve kölelik dışında, sağlık veya vücut bütünlüğüne ağır tecavüz teşkil edecek hareketler için de rıza geçerli değildir. İşkence suçu ile korunan hukuki değer, kişilerin mutlak tasarrufuna bırakılmış değerlerden değildir (Anayasa 17/3; 38).” Nurullah Aydın, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, s.199; zikredilen konuya ilişkin gerek kötü muamele gerek kasten yaralama gerekse eziyet suçlarına yol gösterici nitelikteki Yargıtay kararları (Y2.CD, T.18.02.2010, E.2657, K.46/25; Y4.CD, T.25.06.2008, E.7248, K.14702; Y3.CD, T.16.11.2011, E.13581, K.17342) için bkz. Gökçen ve Balcı, a.g.e., s.314-317.

⁷³² Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.262; Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.283; “İnsan onuru, bireyin varlığının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu itibarla birey, insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye rıza gösteremez, bu rızası geçerli değildir.” Artuk, “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, s.23.

⁷³³ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.334.

⁷³⁴ “**Sadizm**, karşısındaki kişiye acı vermek veya eziyet etmekten seksüel bir haz duymanın adıdır. Sadizmin acıyı duyan taraf açısından karşıtı olan olgu ise **mazoşizm** olup kendisine acı verilmesinden, eziyet edilmesinden seksüel bir zevk alma duygusudur. Genellikle, dövülme, aşağılanma, bağlanma, işkence edilme, vb. seksüel fanteziler içerir. **Sadomazoşizm**, 19. yüzyılda ortaya çıkmış bu iki kavramın birlikte kullanılan ve bu şekilde popüler olmuş olan karşılığıdır.” <https://tr.wikipedia.org> (27.03.2017).

⁷³⁵ “19.02.1997 tarihli *Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık* Kararı”, Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.295; “17.02.2005 tarihli K.A. ve A.D. v. Belçika Kararı”, Altunç, a.g.e., s.381.

⁷³⁶ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.203.

cezalandırılmasını özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı bulmayan Mahkeme, kararını bu tür sado-mazoşist davranışların vahşiliğine dayandırmıştır.

Ne var ki, insan onuruna dair bu teorik tespit, uygulamada bir fayda sağlamayabilir. Zira, gerçekçi olmak gerekirse, eziyet suçu kapsamına girebilecek ve mağdurun görünüşte rızasının bulunduğu davranışlarla karşılaşan Mahkeme, ilk etapta insan onurundan hareketle bir sonuca varmayabilir. Diğer bir deyişle, uygulamada, mahkemenin, önce fiilin “insan onuruna aykırı” olup olmadığını tespit etmesi, cevap olumlu ise de, mağdurun rızası konusuna girmeyip olası bir rızayı geçersiz saymasını beklemek, gerçekçi değildir. Muhtemelen, uygulamada, mahkeme rızayı geçersiz saydığı için fiili eziyet suçu olarak kabul edecektir; fiili insan onuruna aykırı olarak nitelediği için rızayı peşinen ekarte edip incelememiştiğinden değil.

Her halükârda, en azından, kadına karşı şiddetten bahsettiğimizde, eziyet suçu açısından teorik tartışmalara neden olan “ilgilinin (mağdurun) rızası” hukuka uygunluk nedeni (TCK m.26/2) devre dışı kalmaktadır. Özellikle de, şiddet gören kadının görünüşteki rızasının, fuhuş, nüfuz yetkisinin kötüye kullanılması, iş ilişkisi gibi durumlar nedeniyle failin baskın konumda olduğu ilişkilerde verildiği durumlarda, rızanın serbest iradenin ürünü olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Hatta, örneğin, çaresiz olduğu için ve ayrılmayı göze alamadığı için partnerinin eziyet nitelikli hareketlerine görünüşte rıza göstermekte olan kadının bu iradesinin de fiili hukuka uygun hale getirdiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.

Haksız tahrik altında eziyet suçunun işlenebileceği göz ardı edilmemelidir⁷³⁷. Zira bilindiği üzere TCK m.29’da düzenlenen haksız tahrik, “*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında*” işlenen suç kapsamında söz konusu olmaktadır⁷³⁸. Bu açıdan, eziyet teşkil eden eylemler, failin maruz kaldığı haksız bir fiilin sebebiyet verdiği öfke ve üzüntü neticesinde ortaya çıkabilir.

3.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

3.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Sistematiklik ve süreklilik kriterlerine madde metninde değil de madde gerekçesinde yer verilmesi, eziyet suçunun açıklık ve belirlilik kriterleri bağlamında kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde kaleme alınmış olmasına sebebiyet vermiş ve bu nedenle eziyet suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı doktrinde tartışma konusu yapılmıştır⁷³⁹.

⁷³⁷ Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.129.

⁷³⁸ “Haksız tahrik, failin haksız bir fiilin doğurduğu gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek, bir suç işlemesidir. Kanunumuzun kabul ettiği esasa göre, bu gibi hallerde failin cezasında indirim yapılmak gerekir, yani haksız tahrik genel ve kanuni bir hafifletici sebep sayılır.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.345; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.237.

⁷³⁹ Altunç, a.g.e., s.379; Artuç, a.g.e., s.512; Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1281.

Öncelikle belirtmek gerekir ki failin kastı, suçun tüm unsurlarını teşmil etmelidir. Yani eziyet suçunda gerçekleştirilen fiillerin sürekli ve sistematik özellik göstermeleri, suçun unsuru olarak ele alındığında, failin kastı bu fiilleri kapsamalı ve sürekli ve sistematik olarak işlemeye yönelmiş olmalıdır⁷⁴⁰. Bu takdirde, fail, TCK m.35'in ifadesiyle *“işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”*⁷⁴¹

Bu noktada, eziyet suçunu kesintisiz suç olarak değerlendiren perspektiften bakıldığında, suç tamamlanıncaya kadar geçen süreçte teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmektedir⁷⁴². Ancak yine de belirtmek gerekir ki, kastın sürekliliği kapsadığı noktasındaki en ufak bir şüphe bizi eziyet suçuna teşebbüse gitmekten alıkoyar. Zira fail eziyet etme düşüncesiyle ilk hareketini gerçekleştirmiş ancak elinde olmayan sebeplerle eylemini tamamlayamamışsa, kastın eziyete yönelik olup olmadığını tespit, büyük bir sorun teşkil etmektedir⁷⁴³. Bu noktada kastın eziyete yönelik olduğu ispatlanabildiği ölçüde teşebbüs sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Aksi takdirde, kastın sürekliliği sağlamaya yönelik olduğu hususunda bir tereddüt hâsıl olmuşsa, somut olayda gerçekleşen ilk hareket neyse (yaralama, hakaret, cinsel taciz vs. olabilir), fail bundan sorumlu tutulacaktır⁷⁴⁴.

Öte yandan, eziyeti neticeli bir suç olarak görmeyip, objektif olarak insan onuruyla bağdaşmayan aşağılayıcı davranışın gerçekleştirilmesiyle suçun meydana geldiği salt hareket suçu olarak kabul edecek olursak, eziyet suçunun teşebbüse elverişli olmadığını en baştan ifade etmek gerekir⁷⁴⁵. Ancak eziyeti bir netice suçu olarak gören görüşe göre tabii olarak bu suç teşebbüse elverişlidir⁷⁴⁶. Ayrıca sırf hareket suçu kabulü altında dahi icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi söz konusuysa teşebbüsün mümkün olacağını hatırdan çıkarmamak gerekmektedir.

⁷⁴⁰ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1281.

⁷⁴¹ “Suça teşebbüs bakımından genel hükümler geçerlidir. Suç, insan onuruna aykırı surette sistematik olarak uygulanan davranışlarla bedensel veya ruhsal yönden acı çektirmekle veya aşağılamakla tamamlanır. Fail, icra hareketlerine başlayıp da elinde olmayan sebeplerle neticeyi gerçekleştiremez ise teşebbüsten sorumlu olacaktır.” Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.261.

⁷⁴² Albayrak, a.g.e., s.380; Soyaslan, a.g.e., s.225.

⁷⁴³ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1282.

⁷⁴⁴ Altunç, a.g.e., s.379; Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.283; Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3206.

⁷⁴⁵ Artuç, a.g.e., s.512; Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.454; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.295; Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1278.

⁷⁴⁶ “(...) hareketinin başkasını zulme uğratması, sıkıntıya sokması, güçlüğe koyması neticesini doğurması istendiğinden, suça teşebbüs mümkündür.” Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.128.

Buna karşın gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak eziyet suçunu meydana getirecek boyuta ulaşması ve failin tam olarak işlemeyi kastettiği eylemleri elinde olmayan sebeplerle tamamlayamamış olması durumunda, teşebbüs sorumluluğu akla gelse de bu ana değin gerçekleşen fiiller, bir bütün halinde eziyet suçuna vücut verdiği için tamamlanmış eziyet suçundan sorumluluk söz konusu olur⁷⁴⁷.

Bu durumlara örnek olarak, failin, mağdurun vücudunu kızgın demirle dağlamaya yönelik önce mağdurun soyunmasını sağlayıp, çıplak vaziyette bekleterek insanların da görebileceği şekilde demiri kızdırması, sonrasında tam kişiyi dağlayacakken polis baskınıyla yakalanması halinde eziyete teşebbüsten değil tamamlanmış eziyetten sorumluluk gösterilebilir⁷⁴⁸. Öte yandan yine aynı örnekte mağduru soyma ve insanların önünde çıplak vaziyette bekletme safhaları söz konusu olmadan, fail direkt olarak mağduru dağlamaya yönelik davranışını gerçekleştirmeye çalışsa ve elinde olmayan sebeplerle bunda muvaffak olamasa bu durumda eziyet suçuna teşebbüsten söz etmek mümkün olmayacak belki kasten yaralama suçuna teşebbüs değerlendirilebilecektir ki, bu durum akla daha makul gelmektedir⁷⁴⁹.

Bu bahsi özetler mahiyette, konuya ilişkin şu iki ihtimale dayanan gerekçeyle eziyet suçuna teşebbüsün bizce de mümkün olmadığını söylemeliyiz⁷⁵⁰:

- a) Belirli süreç içinde, süreklilik arz eder biçimde tekrarlanarak işlenen hareketler sistematik olma unsurunu gerçekleştirmiştir;
- b) Sistematik olma unsuru gerçekleşmemiştir, ki bu durumda zaten eziyet değil, yerine göre, kişilere karşı işlenen diğer suçlardan birisi söz konusu olur.

Ayrıca, yukarıda suçun maddi unsurları kapsamında “*Fiil*” başlığı altında hem madde gerekçesinde hem de Yargıtay’ın kararlarında geçen “*sistematik bir şekilde, belli bir süreç içinde ve süreklilik arz etme*” kriterlerinin itiyadi suça ilişkin olduğu yönündeki görüş zikredilmişti. Bu düşüncenin teşebbüs müessesesiyle ilişkisine gelinecek olursa,

⁷⁴⁷ Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3206; Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1282.

⁷⁴⁸ “Bu örnekte, daha önce işlenen benzeri nitelikte fiillerin bir devamı söz konusu ise de, bu sefer, süreklilik unsuru zaten gerçekleşmiştir ve bu son hareketin akim kalması nedeniyle teşebbüs hükümleri uygulanamaz.” Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.296.

⁷⁴⁹ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1282; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.296.

⁷⁵⁰ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.204.

itiyadi suçta itiyat şartını meydana getirmeye yeter sayıda hareket yapıldığında suç zaten tamamlanır. Fakat söz konusu şartı sağlayacak sayıda hareketin yapılmaması durumunda ise itiyadi suçtan bahsedilemeyeceği gibi bu suça teşebbüsten de söz edilemez⁷⁵¹. Bundan dolayı, itiyadi suçların ve haliyle söz konusu yaklaşımla öyle kabul edilen eziyet suçunun teşebbüse elverişli olmadığı ifade edilmektedir⁷⁵².

Yargıtay da eşine hakaret edip, onu tekme tokat dövme suretiyle yaraladığı bir olayda, failin hareketlerinin eziyet düzeyine ulaşmadığı gerekçesiyle yaralama ve hakaret suçlarından sorumluluk tesis ederek, eziyet suçuna teşebbüs hükümlerini uygulamamış ve benzer yönde bir karar vermiştir⁷⁵³.

Teşebbüs bahsini toparlayacak olursak, suç teşkil eden söz konusu eylemlerin bir defa ya da süreklilik kriterini meydana getirmeyecek ölçü ve ağırlıkta işlenmesi hangi tip suça uyuyorsa o suç ihlal edilmiş olacağı ve eziyet suçu mevzumuz dışında kalacağı için eziyeti teşebbüse elverişli kabul etmemek gerekmektedir⁷⁵⁴.

Diğer yandan esas itibarıyla teşebbüsün akabinde ele alınan gönüllü vazgeçme müessesesi⁷⁵⁵ ise, 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde kendisine düzenleme alanı bulmuştur. Söz konusu düzenlemenin ışığı altında, failin, *suçun icra hareketlerinden vazgeçmek veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını yahut neticenin gerçekleşmesini engellemek* suretiyle gönüllü vazgeçmeden yararlandırılarak ilgili suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağını ifade etmek gerekir. Ancak o ana değin gerçekleşen eylemler, müstakilen suç teşkil ediyorsa, bunlar gönüllü vazgeçmenin kapsamına dahil değildir.

⁷⁵¹ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.457.

⁷⁵² Altunç, a.g.e., s.379.

⁷⁵³ Altunç, a.g.e., s.380; “Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın ev sahibi tanıkların yanında tartışma sırasında eşi olan katılana hakaret ettiği ve katılanı tekme tokat döverek doktor raporunda belirtildiği şekilde basit tıbbi müdahale ile iyileşir şekilde yaralaması biçimindeki eylemlerinin, sistematik ve süreklilik arz edecek biçimde olmaması sebebiyle eziyet suçunu oluşturmayacağı ancak, sanığın eylemlerinin katılana karşı yaralama ve hakaret suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması,” **Y8.CD, T.08.01.2014, E.2013/12702, K.2014/310**, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

⁷⁵⁴ Artuç, a.g.e., s.512; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.330; Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3206.

⁷⁵⁵ “Suç yoluna giren failin bu yola devam ederken suç işleme kararı zayıflayabilir ve çeşitli etkenlerle suçtan vazgeçebilir. Suçun icrası safhasında failin icra hareketlerini tamamlayıp neticeye ulaşma imkânını haiz olduğu halde, kendi iradesine istinaden icra hareketlerine son vermesi yahut sonucun meydana gelmesini önlemeye matuf çabasıyla suç işleme kararından vazgeçmesi “gönüllü vazgeçme” olarak adlandırılmıştır.” Enes Yılmaz, “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme”, **AÜHFD**, C.65, S.4, (2016), 2553-2603, s.2555.

Buradan hareketle, ister icra hareketleri safhasında isterse bu hareketlerin bitiminden ilgili suç tamamlanıncaya ya da neticenin ayrıca aranan bir unsur olduğu suçlarda, bu gerçekleşinceye kadar, suçun icrası sürecindeki bütün safhalarda gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁷⁵⁶. Hatta suçun tamamlanarak fiilin icrasının devam ettiği ancak suçun henüz bitmediği kesintisiz suçlarda dahi, tamamlanma anına kadar gönüllü vazgeçmenin imkân dahilinde olduğu vurgulanmaktadır⁷⁵⁷.

Ayrıca güncel tarihli iki mühim Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına gönüllü vazgeçmenin varlığı için aranan şartlar şu şekilde yansımıştır⁷⁵⁸:

- 1- Öncelikle kasıtlı bir suçun işlenmesine yönelik olarak icra hareketlerine başlanmalı,
- 2- Suç tamamlanmadan önce vazgeçme gerçekleşmeli,
- 3- Vazgeçmenin konusu; icra hareketinin devamına, suçun tamamlanmasına ya da sonucun gerçekleşmesine yönelik bulunmalı yani sanık ya suçun icra hareketlerinden vazgeçmeli ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemeli,
- 4- Vazgeçme gönüllü olmalı yani fail suçun icra hareketlerini isteyerek terk etmeli ya da suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini isteyerek önlemeli,
- 5- Suçun tamamlanmasının önlenmesi veya sonucun gerçekleşmesinin engellenmesi, failin çabalarıyla meydana gelmelidir. Sonuç başka bir nedenle önlenmiş ise kural olarak gönüllü vazgeçme oluşmayacak ve fail 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinden yararlanamayacaktır.

Dolayısıyla eziyet suçunu gerek kesintisiz suç olarak gören yaklaşım gerekse itiyadi suç olarak gören yaklaşım bağlamında gönüllü vazgeçme mümkündür. Fakat eziyet suçuna yönelik kanunda herhangi bir düzenlemesi bulunmadığından, etkin pişmanlık için aynı şey söylenemez⁷⁵⁹. Zira, etkin pişmanlık, kanunun özel hükümler kısmında mahiyeti itibarıyla uygun bazı suçlarda cezayı kaldıran ya da cezada indirim sağlayan şahsi sebep olarak düzenlenmiştir. Yani, mevzuattaki tüm suçlara uygulanması söz konusu değildir⁷⁶⁰.

Öte yandan, esas itibarıyla bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz üzere, bir fiili tek failin icra etmesi asıl olsa da genel olarak birden çok kişinin bir fiile ortak katılımının söz konusu olabildiğini unutmamak gerekir. Bu başlık altında irdelemeye çalıştığımız üzere, eski kanundan farklı surette, 5237 sayılı TCK m.41'de *iştirak halinde işlenen suçlarda*

⁷⁵⁶ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s.487-488; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s.494; Enes Yılmaz, a.g.e., s.2562.

⁷⁵⁷ Enes Yılmaz, a.g.e., s.2562.

⁷⁵⁸ **YCGK T.24.03.2015, E.2014/183, K.2015/62; YCGK T.09.06.2015, E.2014/600, K.2015/194** <http://emsal.yargitay.gov.tr> (19.04.2017); Enes Yılmaz, a.g.e., s.2589.

⁷⁵⁹ Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.128-129.

⁷⁶⁰ Enes Yılmaz, a.g.e., s.2562.

gönüllü vazgeçmenin ihdasıyla bir suça iştirak eden şeriklerin pekâlâ gönüllü vazgeçebilecekleri de hatırdan çıkarılmamalıdır. Nitekim bu hususta, m.41'e ilişkin öğretide şu açıklamalarda bulunulmuştur⁷⁶¹:

Birinci fıkrasında *“İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.”* demek suretiyle, söz konusu müesseseyi ayrıca düzenlememiş, 36. maddeye atıf yapmakla yetinmiştir. Bu perspektiften baktığımızda, gönüllü vazgeçmenin, 36. maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, kriminalpolitik düşüncelerle bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edildiği teyid edilmiştir.

İkinci fıkrasında ise *“Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, Hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.”* denilmek suretiyle de suç ortağından esas itibarıyla suçu önlemesi istenmektedir.

TCK 36'daki temel düzenlemede, failin vazgeçmesi düzenlenirken, failden sadece teşebbüs ettiği suçun icra hareketlerinden dönmesi ya da suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi istenmiştir. Buna karşın, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmede, her bir suç ortağının diğer ortakların hareketlerine az ya da çok bir katkısı olduğundan dolayı gönüllü vazgeçenin sadece kendi katkısını ortadan kaldırması yeterli görülmemekte, bahsettiğimiz gerekçeyle suçu önlemesi de aranır.

Anlatılanların ışığı altında, iştirak halinde gerçekleştirilen eziyet suçu bakımından da şartlarının gerçekleşmesi halinde gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğu belirtilmelidir.

3.6.2. İştirak

Eziyet suçu, normal şartlar altında işkence suçu gibi bir özgü suç niteliğini haiz olmadığından, iştirak müessesesi bakımından ayrıca bir özellik arz etmez; yani faillik kurumlarıyla azmettirme veya yardım etme şekilleriyle eziyet suçuna iştirak edilebilir⁷⁶².

Bu başlık altında, eziyet suçunu ister kesintisiz suç sayan görüş kapsamında ister itiyadi suç sayan yaklaşımla değerlendirelim sonuç değişmeyecektir. Buna göre, kesintisiz suç kabulünde temadi süresince⁷⁶³, itiyadi suç kabulünde ise itiyat şartı gerçekleşene değin iştirak mümkündür. Buna örnek olarak, bir Yargıtay kararına da yansıyan *yaşça ve bedence müştekilerden üstün olan suça sürüklenen çocukların birlikte amaç ve fikir birliği*

⁷⁶¹ Enes Yılmaz, a.g.e., s.2589-2590.

⁷⁶² Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.261; Parlar ve Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, s.146; Soyaslan, a.g.e., s.224.

⁷⁶³ Albayrak, a.g.e., s.379.

içerisinde hareket ederek koğuştaki kalan müştekilere eziyet ettiklerinin anlaşılması olayı gösterilebilir⁷⁶⁴.

Birlikte faillik kurumu, TCK m.37/1’de “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” denilmek suretiyle düzenleme alanı bulmuştur. Bu husus madde gerekçesinde de fiil üzerinde kurulan ortak hakimiyet kriterine bağlanmıştır⁷⁶⁵.

Bir arada değerlendirildiğinde, eziyet suçunun sistematiklik kriterini sağlayacak şekilde eş zamanlı veya birbirini takip eder tarzda birden çok hareketi, iştirak iradesi ile yerine getiren farklı kişiler, birlikte fail olarak sorumludurlar⁷⁶⁶. Buna, kendisiyle evlenmeyi reddeden mağdureye karşı fail (x)in, kardeşleri (y) ve (z) ile birlikte aylar boyunca, sistematik olarak bağlantılı bir şekilde hakaret, cinsel taciz, huzur ve sükunu bozacak nitelikteki fiilleri gerçekleştirmeleri örnek olarak gösterilebilir⁷⁶⁷.

Aşağıda gerçek içtima başlığı altında farklı bir boyutuyla inceleyecek olduğumuz bir kararında, Yargıtay “(...) aynı evde yaşayan sanık S’nin 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, (...)” yerel mahkemenin, birlikte fail olarak sorumluluğu yoluna başvurması gerekirken sanık S’nin beraatine karar vermesini bozma nedeni saymıştır⁷⁶⁸.

Dolaylı faillik kurumu ise, TCK m.37/2’de “Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁷⁶⁴ Y8.CD, T.31.12.2012, E.2012/18107, K.2012/40329, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3206, dn.476.

⁷⁶⁵ “Ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur.” Mahmutoglu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s.61.

⁷⁶⁶ Tezcan ve diğerleri, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.299; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1282.

⁷⁶⁷ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.207.

⁷⁶⁸ Y5.CD, T.17.01.2011, E.2010/6869, K.2011/47, Altunç, a.g.e., s.389-390, dn.76; <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

5237 sayılı TCK m.37/2’de tanzim edildiği şekliyle dolaylı fail, üzerinde fiili egemenlik kurduğu kişi aracılığıyla suç teşkil eden eylemin gerçekleştirilmesini sağlayan kişidir⁷⁶⁹. Burada önemle vurgulanması gereken nokta, fiili eyleyen iradenin, araç olarak kullanılan kişiye ait bir irade olmadığı, olaya bütünüyle dolaylı failin hâkim olduğudur.

Bu kapsamda, mağdur üzerinde eziyet teşkil eden davranışlar, bir çocuk ya da aklen malul bir kişi veya cebir ile iradesi zorlanan bir kimse hatta ve hatta mağdurun bizzat kendisi alet olarak kullanılmak suretiyle işlenebilmektedir. Burada dikkat edilmesi ve karıştırılmaması gereken husus, azmettirme ile dolaylı failliğin farklı müesseseler olduğudur. Bu noktada, *“Dolayısıyla fail, amacına erişmek için, karar vermek imkânına sahip bulunmayan ve olaya karışması kastlı da olmayan diğer bir kişiyi kullanmaktadır.”*⁷⁷⁰

Aynı iştirak iradesi altında bir suçu işlemeye yönelik şeriklerin ortaya koydukları katkılar, kendi hukuksal statülerini belirlemeye yarayacaktır. Buna göre, yukarıda kısmen değinildiği üzere, eğer şeriklerin fiil üzerinde ortak bir hakimiyeti varsa statüleri fail, yoksa, somut olay çerçevesinde azmettiren ya da yardım eden olacaktır⁷⁷¹.

Bu hukuksal statülerden azmettirme, TCK m.38’deki düzenlemeye göre, *“Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.”* ve hüküm gerekçesinde *“Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir.”* şeklinde tanımlanma yoluna gidilmiştir⁷⁷². Buna göre, azmettirmeyi en basit şekliyle bir kişiye belli bir suç işlemeye kararı verdirilerek ona suç işletmek olarak ifade edilebilir⁷⁷³.

⁷⁶⁹ Mahmutoğlu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s.68-69.

⁷⁷⁰ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.505.

⁷⁷¹ Mahmutoğlu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s.62.

⁷⁷² Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.64; “Azmettirenin asli failer arasına sokulmasının sebebi, azmettirenin maddi failin aklından bile geçirmediği bir suç işlemeye niyet ve kararını ona verdirtmesinden, suç işlemeyecek bir kişinin suç işlemesine âmil olmasından ibarettir; diğer bir deyiş ile azmettiren, suçun işlenmesindeki sebepler serisinde etkili bir şekilde yer almakta, kendi iradesini çeşitli surette açığa vurarak, suç meydana getirecek maddi hareketlerde bulunmağa şerikleri yöneltmektedir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.523-524; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.273.

⁷⁷³ Mahmutoğlu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s.65.

Yardım etme hukuksal statüsü ise, suç işleme kastına sahip failin hareketlerine bilerek ve isteyerek destek olmayı karşılar. Söz konusu destek, maddi de manevi de olabilir⁷⁷⁴.

Bir iştirak müessesesi olarak yardım etme, TCK m.39/2’de ifade edilmiştir⁷⁷⁵:

- a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek,
- b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak,
- c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

Sayılan yardım şekilleriyle eziyet suçuna her türlü iştirak mümkündür.

3.6.3. İçtima

Eziyet suçu, yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz vb. suç tiplerinin sistematik ve süreklilik arz ederek birleşmesiyle oluşur. İçerik itibarıyla böylesine geniş bir yelpazeye sahip olması dolayısıyla eziyet suçu çok zengin bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır ve buradan hareketle *karma suç*⁷⁷⁶ niteliğini haiz olduğu ifade edilebilir⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Mahmutoglu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s.67-68.

⁷⁷⁵ Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.65.

⁷⁷⁶ “Her neticenin bağımsız bir suç meydana getirmesi kuralının ikinci istisnası, *karma suçlarda* görülür: gerçekten bu nevi suçlarda da, bazı neticeler diğerlerinin içinde adeta erir ve kaybolur ve fail sadece bir tek sonuçtan – ki genel olarak en ağır sonuçtur – sorumlu tutularak cezalandırılır.

(...) Karma suçu, fikri içtima haliyle karıştıranlar da vardır: bunlara göre, şayet netice kanunun değişik hükümlerini zedeliyorsa, ihlal edilen maddeler sayısınca değil, bunlar arasında en ağır cezayı gerektiren madde uyarınca fail cezalandırılır. Ancak bu izah tarzı da doyurucu değildir: gerçekten fikri içtima halinde netice, aslında, bir tanedir fakat kanun bu tek neticeyi çeşitli maddelerde düzenlediğinden, bütün bu maddelerin zedelenmesi söz konusu olmaktadır. Oysa karma suçta tabii anlamda birden fazla netice vardır; bu farklı tabii neticelere yine farklı hukuki neticeler bağlanmaktadır ve buna rağmen bu neticelerden biri diğerinin içinde erimektedir.

Biz, karma suçu şu şekilde tarif edeceğiz: Kanunî tarifte yer alan bir fiil, *zorunlu olarak*, daha hafif bir suçu da içine alıyorsa, ortada karma bir suç vardır ve faile ancak daha hafif suçu da içine alan daha ağır suçun cezası verilmekle yetinilir.” Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.400-402; “*Uygulamada çok kere bileşik suçla karma suç birbirine karıştırılmaktadır*; aradaki farkı belirlemek de güçtür. (...) *Kanuni tanım zorunlu olarak diğer suçu içeriyorsa karma suç vardır*. İçermiyorsa yoktur. (...) Dikkat edilsin ki, bileşik suçta da iki suç içeriliyor; ancak bu iki veya daha fazla suç hukuki tanımda belirlenmiştir. Karma suçta da iki veya daha fazla suç tanımda zorunlu olarak yer almış fakat kanun bu ikinci suçu belirlememiştir. O halde şema şöyledir:

Bileşik suç = 1 suç + tanımında unsuru veya ağırlatıcı nedeni belirlenmiş suç

Karma suç = 1 suç + tanımında belirlenmemiş suç (suçun ihlal ettiği yararlar ayrıdır)” Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.116-117.

⁷⁷⁷ Altunç, a.g.e., s.384.

Eziyet suçunun benzer suç tipleriyle bu denli şümullü bir ilişkiye sahip olması, bu başlık altında inceleyeceğimiz üzere, içtima yani suçların birleşmesi kurumu -*gerek bileşik suç gerek zincirleme suç gerek fikri içtima ve gerekse gerçek içtima*- kapsamında kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁷⁸.

Zikredilen şümullülüktten dolayı kaçınılmaz olarak karşımıza çıkan içtima ilişkisi, suçun sistematik bir şekilde ve belli bir süreçte işlenmesi bakımından detaylarına aşağıda ilgili başlıklar altında yer vereceğimiz bazı problemleri ve tartışmaları ortaya çıkarır.

Bu sorunların incelemesine geçmeden evvel, içerisinde doğrudan eziyet ibaresini barındıran TCK m.77'deki "*insanlığa karşı suç*"⁷⁷⁹ düzenlemesine değinmekte fayda görüyoruz. TCK m.77/1-c kapsamında *işkence, eziyet ve köleleştirme fiillerinin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç* olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda gerçekleştirilecek eziyetlerden içtima ilişkisi noktasında ayrıca bir sorumluluğa gidilmeyecek olup, fail sadece eziyet çektirmek suretiyle işlediği insanlığa karşı suçtan sorumlu olacaktır. Zira, bu noktada "*tüketen-tüketilen norm ilişkisi*" söz konusudur ve özel kast altında toplumun bir kesimine yönelik sistemli eziyet fiilleri, tüketen norm olarak

⁷⁷⁸ "Ceza hukukunda içtima deyince, üç ayrı kurum mevcuttur: kanunların içtimai (görünüşte içtima), suçların içtimai ve cezaların içtimai (gerçek içtima).

Kanunların içtimaindan kasıt, belirli bir davranışın aynı anda birden çok normun uygulama alanına giriyor gibi gözükmesine rağmen, normların arasındaki ilişki sebebiyle ya da yorum ilkeleri yoluyla aslında bu normlardan sadece birinin somut olayda uygulanma imkanına sahip olmasıdır. Görünüşte içtima ilkeleri olarak, özel normun önceliği, asli-tali norm ilişkisi (yardımcı normun sonralığı), tüketen-tüketilen norm ilişkisi (bir normun diğeri tarafından tüketilmesi) ve bu sonuncusunun bir yansıması olan bileşik suç durumları sayılabilir.

Suçların içtimai ise, ceza hukukunda kanunî tanıma uygun olarak gerçekleştirilen her neticenin ayrı bir suç oluşturup cezalandırılacağı ilkesinin istisnasını oluşturur. Bu durumlar olarak, bir hareketin birden fazla ihlale neden olmasına rağmen failin en ağır cezadan sorumlu tutulduğu fikrî içtima ve birden fazla hareket ve neticenin tek bir ihlal olarak cezalandırıldığı zincirleme suçu sayabiliriz.

Cezaların içtimai ise, kanunî tanıma uygun olarak gerçekleştirilen her neticenin ayrı bir suç oluşturup cezalandırılması ve cezaların toplanması esasına dayanır." Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.483-484; en genel ifadesiyle "içtima" müessesesi hakkında encamlı bilgi için bkz. Kayıhan İçel, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s.559-626; Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.373-390; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.445-473; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.554-616.

⁷⁷⁹ **TCK m.77-** "(1) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur: (...) c) İşkence, eziyet veya köleleştirme (...)" Köksal Bayraktar, "İnsanlığa Karşı Suç", **Özel Ceza Hukuku, C.I, Uluslararası Suçlar, içinde** (65-90), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.65 ve 87.

kendi haksızlığını da kapsayan insanlığa karşı suçla görünüşte içtima halindedir⁷⁸⁰. Dolayısıyla sorumluluk sadece TCK m.77 açısından söz konusu olacaktır.

Öte yandan, bu örnek bakımından m.77'deki insanlığa karşı suç düzenlemesinin içeriğinde unsur olarak eziyet suçunu barındırması dolayısıyla bir bileşik suç olduğu da ifade edilmektedir⁷⁸¹. Ancak bu ifadelendirme, yalnızca teorik bir ayırım⁷⁸² olarak kalacaktır. Zira burada gerek tüketen-tüketilen norm ilişkisinin gerekse bileşik suç ilişkisinin olduğu kabul edilsin, pratikte yine aynı sonuca, yani sorumluluğun insanlığa karşı suçtan kurulacağı sonucuna varılmaktadır.

3.6.3.1. Bileşik Suç

Suçların içtimaı söz konusu olduğunda ilk akla gelen müesseselerden biri bileşik suç kurumudur. TCK m.42'de düzenlenen bileşik suç, *biri diğerinin unsurunu ya da ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu için tek fiil sayılan suçtur*⁷⁸³ ve bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

Eziyet suçu bakımından bu husus, TCK içerisinde tek bir yerde kendisini doğrudan gösterir. Bu örnek de m.82'deki “*kasten öldürmenin nitelikli hali*” düzenlemesidir. Buna göre fail, bir kimseyi öldürme amacına yönelik eziyet çektirme eylemini araç fiil olarak kullanıyorsa ya da ölüm neticesi bakımından söz konusu fiiller en azından failin olası kastına dayanıyorsa, bu durumda TCK m.82/1-b kapsamında eziyet çektirerek kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır⁷⁸⁴. Nitekim Yargıtay'ın bu hususta eziyet çektirerek öldürmenin kabulü için dikkat ettiği noktalardan birisi de ölüm neticesi için yapılması zorunlu olmayan hareketlerin varlığını aramasıdır⁷⁸⁵:

⁷⁸⁰ İşkence suçu bağlamında benzer değerlendirmeler için bkz. Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.485; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.108.

⁷⁸¹ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.2, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.1211.

⁷⁸² Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.451-456; İçel, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.609-621.

⁷⁸³ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.406; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.118.

⁷⁸⁴ Altunç, a.g.e., s.387; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1286; 765 sayılı TCK m.450/3'teki *Adam öldürmenin canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile ika edilmesi* düzenlemesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.43-44.

⁷⁸⁵ **YCGK, T.17.10.1988, E.1988/1-235, K.1988/360**, Parlar ve Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.1322.

Güçlü, kuvvetli olan sanığın, direnme gücü olmayan 13 yaşında ve zayıf yapılı maktüleyi ormana götürüp ırzına geçtikten sonra 33 yerinden bıçaklamak suretiyle öldürdüğü olayda, yaraların hepsinin maktul canlı iken oluşturulması, uzun süre vücudun yaşamsal önemi bulunan ve bulunmayan değişik bölgelerinde delici ve kesici aletin ısrarla batırılması, sırf ölene acı çektiren, öldürmek için yapılması zorunlu olmayan hareketler olduğu için, bu eylemlerin işkence ve taziple (eziyet çektirerek) öldürme niteliğinde olduğuna karar verilmiştir.

Bu başlık altında ikinci olarak ifade etmek istediğimiz husus ise, öğretide bir yazar tarafından göçmen kaçakçılığı suçunun, *mağdurun onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi* nitelikli hali (TCK m.79/2-b) ile işkence suçu (TCK m.94) arasında kurduğu bileşik suç ilişkisine dair olacaktır. Bu değerlendirmeye göre, göçmenlerin, bir kamu görevlisi tarafından kötü koşullar altında ülkeye sokulması ya da çıkartılması ihtimallerinde, işkencenin, göçmen kaçakçılığının nitelikli hali olarak tanzim edildiği gerekçesiyle, bileşik suç ilişkisi mevzu bahistir⁷⁸⁶.

Aynı bağlamda, failin kamu görevlisi olmaması durumunda ise, söz konusu bakış açısı altında yapılacak değerlendirme, tabii olarak, TCK m.79/2-b ile eziyet suçunun (TCK m.96) bileşik suç ilişkisi içerisinde olduğunu söylemeyi gerektirir. Buna örnek kabilinden, bir kamyonun arkasına veya bir konteynıra onlarca kişiyi tıkıştırıp saatlerce hatta belki de günlerce bu vaziyette taşımanın, muhakkak surette onur kırıcı bir muamele olduğunu söylemeliyiz. Ancak kanaatimizce, mevcut durumda göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli hal düzenlemesi, tipik olarak tam anlamıyla ne işkence suçunu ne de eziyet suçunu karşılamamaktadır. Zira, söz konusu suçlara ilişkin gerek AİHM gerekse Yargıtay içtihatlarında objektif bir ağırlığın ihlali aranmaktadır. Bu sebeple zikredilen yaklaşıma katılmamaktayız. Nitekim, bu konuya ilişkin uygulamada karşımıza çıkan kararlarda da bu suçlara yönelik en küçük bir irdelemeyle dahi karşılaşıldığı söylenemez.

Mevcut haliyle işkence veya eziyet teşkil eden davranışlarla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi durumuna ilişkin doktrinde ifade edildiği biçimde, bizce de fikri içtima ilişkisinin söz konusu olacağı düşüncesi ağır basmaktadır. Bileşik suç ilişkisinin mevzu bahis olabilmesi için, kanaatimizce daha spesifik bir nitelikli hal düzenlemesine ihtiyaç vardır⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ Demirbaş, *İşkence Suçu*, s.109.

⁷⁸⁷ Örnek kabilinden ifade etmek gerekirse, “Aslında, *Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol md.6/3 gereği,

5237 sayılı TCK'da göçmen kaçakçılığının hemen sonrasında m.80'de ihdas edilen insan ticareti suçu⁷⁸⁸ bakımından daha girift ihtimallerle karşılaşmak mümkün olabilir. Söz konusu ihtimallerin karmaşıklığına rağmen, öğretide olanca netliği ile bu mesele şöyle izah edilmiştir⁷⁸⁹:

Örneğin, hizmet ettirmek maksadıyla, bir yere götürülüp orada barındırılan insanın çok zor yaşam şartlarına tabi tutulması durumunda, YTCK md.94-96 ile YTCK md.80 arasında fikrî içtima kuralları uygulanır.

Ancak esas sorun, insan ticareti sırasında gerçekleştirilen davranışların birden fazla olmasıdır. Örneğin, ticareti yapılan şahsa karşı, insan ticareti teşkil eden durum çerçevesinde, insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar gerçekleştirilirse, sorun ortaya çıkmaktadır. Örneğin, dolgun maaş vaadiyle manken olarak çalışmak vaadiyle kandırılan Ukraynalı genç kızın gümrük kontroldeki memurların işbirliğiyle Türkiye'ye getirildiğini, ajansa gönderme bahanesiyle geneleve sevk edildiğini, berbat hayat koşullarında aç-susuz yaşamaya zorlandığını, gözünü korkutmak için her gün dövüldüğünü, daha sonra da gelen müşterilerle birlikte olmaya zorlandığını düşünelim. Burada tek bir insan ticareti suçu mu, insan ticareti yanında hürriyetten yoksun kılma + eziyet/işkence +yaralama +cinsel saldırı suçu mu, zincirleme tek bir insan ticareti suçu mu yoksa davranış sayısı kadar insan ticareti suçu mu oluşacaktır? Bize göre, burada belirli suç tipleri, insan ticaretinin unsuru olarak maddede açıkça öngörüldüğü için bunlar açısından sorun çıkmaz, bileşik suç vardır (örneğin hürriyetten yoksun bırakma gibi). Buna karşılık, fiiller birden fazla olduğu için, bunların kendi arasında fikrî içtima ilişkisine girmesinden bahsedilemez. Bu durumda, geri kalan fiillerden ötürü failleri, hem insan ticareti suçundan hem de bu sırada işledikleri diğer fiillerden ötürü ayrı ayrı cezalandırmak gerekecektir. Böyle bir durumda, eziyet veya işkence suçu ile gerçek içtima ilişkisi doğacaktır.

Bu başlık altında son olarak, bir kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan, mağdurun maddi veya manevi acı çekmesine, aşağılanmasına sebep olabilecek nitelikte bilimsel

“Kaçak göçmenlerin insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması” durumu, nitelikli hal olarak düzenlenmeliydi. Şayet bu yapılmış olsa, birçok durumda bileşik suç ilişkisi söz konusu olurdu. Bu yapılmadığına göre, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimine tabi kılınmalarına neden olma bakımından, eziyete ya da işkenceye ilişkin hükümle YTCK md.79 arasında fikrî içtima ilişkisi doğacaktır.” Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.491.

⁷⁸⁸ **TCK m.80-** “(1) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/3 md.) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Birinci fıkırdaki belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

(3) Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkırdaki belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkırdaki belirtilen cezalar verilir.

(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.”

⁷⁸⁹ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.492-493.

amaçlı deneylerin konusu olması durumunu inceleyebiliriz. 5237 sayılı TCK m.90, tam da bu noktada insan üzerinde deney suçunu düzenlemiştir⁷⁹⁰.

Yukarıda göçmen kaçakçılığı suçuyla eziyet arasında zikrettiğimiz bileşik suç ilişkisi bulunduğu görüşü burada da akla gelebilir. Ayrıca m.90/2-e bendindeki *insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanması* ibaresi, m.79/2-b bendindeki *onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak* ibaresine nazaran eziyet suçunu daha çok çağrıştırmaktadır. Ancak insan üzerinde deney suçunda öngörülen ceza miktarına da (bir yıldan üç yıla hapis) dikkat etmemiz gerekirse, bu suç tipinin eziyet suçunu (iki yıldan beş yıla) bünyesinde barındıran bir bileşik suç olduğunu söylememiz hepten mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla insan üzerinde deney suçu ile eziyet ya da işkence arasında da bileşik suç ilişkisi değil, şartları gerçekleştiği takdirde fikrî içtima hükümleri söz konusu olacaktır⁷⁹¹.

3.6.3.2. Zincirleme Suç

Suçların içtimaî söz konusu olduğunda kanunumuzun sistematigine göre ikinci olarak düzenlenen müessese zincirleme suç kurumudur⁷⁹². TCK m.43'te düzenlenen zincirleme suç, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilmesi halidir⁷⁹³.

Ancak eziyet suçu bakımından suçu meydana getiren hareketler aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlense bile sistematiklik ve süreklilik kriterleri dolayısıyla hukuksal anlamda zaten suçun tekliği söz konusudur ve tek bir cezaya hükmedileceği için zincirleme

⁷⁹⁰ “İnsan Üzerinde Deney Suçu”nun kısa bir incelemesi için bkz. Üzülmüş, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, s.117-124; **TCK m.90-** “(1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; (...)

e) Deney sırasında **kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması**, (...) Gerekir.”

⁷⁹¹ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.493; ayrıca aynı eserde, İspanyol hukukunda da benzer durumlar için eziyet suçunun karşılığı olduğunu ifade ettiğimiz İspanyol CK m.173'ün uygulama alanı bulduğuna ilişkin bkz. dn.987.

⁷⁹² 765 sayılı Kanun döneminde ortaya konulmuş olmasına karşın, zincirleme suçu oldukça kapsamlı bir şekilde inceleyen ve günümüze de ışık tutan örnek bir çalışma için bkz. Türkan Yalçın Sancar, **Müteselsil Suç**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.

⁷⁹³ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.391; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.112.

suç hükümleri uygulanamayacaktır⁷⁹⁴. Buna karşın, hareketler arasına kastın yenilenmesini sonuçlayacak ölçüde bir zaman diliminin girmesi veya fiili kesintinin gerçekleşmesi ihtimallerinde yeni bir eziyet suçu mevzu olacak ve bu şartlar altında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir⁷⁹⁵.

TCK m.43/2, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır. Bu kapsamda örneğin, üç kişiyi soğuk bir ortamda bekletmek, bu esnada üzerlerine bir kova boyayı boşaltmak ve sonra dökülen boyayı tazyikli su sıkarak temizlemeye çalışmak şeklinde eziyet suçunun üç kişi üzerinde meydana gelmesi durumunda m.43/2 gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına bir engel yoktur⁷⁹⁶. Lakin bu davranışların mağdurlara ayrı ayrı veya farklı zamanlarda uygulanması ihtimalinde zincirleme suçun değil, korunan hukuksal değeri ihlal edilen mağdur adedince eziyet suçunun oluşacağını da ifade edelim⁷⁹⁷. Nitekim Yargıtay'ın pek çok kararında⁷⁹⁸, suçun oluşması bakımından mağdur sayısının gözetilmesi gerektiğini kaleme aldığını da unutmamak gerekir. Buna örnek olarak, 24 Nisan 2013 tarihli bir kararda zikredilen şu ibareleri göstermek yeterli olacaktır⁷⁹⁹:

Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın, gayri resmi olarak birlikte yaşadığı 16 yaşındaki katılan H.S.'ı süreklilik arz edecek şekilde soğuk suyun altına sokmak, soba şışı, baston ve kabloyla darp etmek, sol kulağını bıçakla kesmek, sobada kızdırdığı demir ile vücudun çeşitli yerlerini dağlamak ve müşterek kızları olan 25.11.2007 doğumlu mağdur A.S.'ı ise 6 aylıktan suç tarihine kadar **süreklilik arzedecek** şekilde saçlarını çekerek ve yüzüne tokat atmak suretiyle darp etmek, katılan tarafından doyurmasına izin vermemek ve böylece aç bırakmak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin **iki ayrı eziyet suçunu oluşturacağı** ve sanığın TCK.nun 96/2-b madde ve fıkraları uyarınca iki kez cezalandırılması gerektiği gözetilmeden katılan ve mağdura yönelik eylemlerinin tek suç kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması, (...) bozma nedeni sayılmıştır.

Yukarıda eziyeti teşkil eden fiillerin, ani olarak gerçekleşmesi durumunda kasten yaralama, tehdit, hakaret, cinsel taciz vb. suç tiplerini, sistematik ve belirli bir sürece yayılması durumunda ise eziyeti oluşturacağını belirtmiştik. Ancak söylemek gerekir ki, mezkûr suçların sistematiklik arz edip bu sebeple failin, yalnız eziyet suçundan

⁷⁹⁴ Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3209.

⁷⁹⁵ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1285; Hafizoğulları ve Ketizmen, a.g.e., s.1212-1213; Hafizoğulları ve Özen, a.g.e., s.128.

⁷⁹⁶ Artuç, a.g.e., s.515.

⁷⁹⁷ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1285.

⁷⁹⁸ Y8.CD, T.26.03.2013, E.2013/2263, K.2013/9583, Y8.CD, T.09.04.2013, E.2012/25821, K.2013/11112, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3210, dn.485.

⁷⁹⁹ Y8.CD, T.24.04.2013, E.2013/4313, K.2013/13040, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3210, dn.485.

sorumluluğu yoluna başvurulması vicdanları tatmin etmesi gereken adalet duygusunu gerçekleştirmekten uzak kaçabilir ve bu sebeple eziyet suçunun ihdasıyla elde edilmesi amaçlanan yarara ulaşamaz⁸⁰⁰.

Söz konusu durumu örneklendirmek gerekirse, bir mağdura yönelik tabancanın kabzasıyla başa vurma, sopa ve kabloyla darp etme, kaynar su ile haşlamaya çalışma gibi kasten yaralama niteliğini haiz davranışlarda, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği akla gelse de kasten yaralama suçuna ilişkin TCK m.43/3'teki istisna gereği gerçek içtima yoluna gidilecektir. Gerçekleştirilen haksızlık içeriğinin bu şekilde daha adilane cezalandırılacağı söylenebilir. Ancak mer'i mevzuattaki m.96 düzenlemesi, Yargıtay'ın pek çok kararına da yansıdığı üzere⁸⁰¹ izaha çalıştığımız bu hususta vicdanları yaralamaktadır. Nitekim, örneklendirdiğimiz şekilde daha ağır cezalandırılabilir bir davranış dizisi, mevcut düzenleme ve uygulama altında daha hafif cezalandırılma sonucuyla karşılaşmaktadır⁸⁰².

⁸⁰⁰ Altunç, a.g.e., s.384-385; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.263; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.205; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.296; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1283; Demirbaş, **İşkence Suçu**, s.75-76.

⁸⁰¹ “Sanığın mağdur A’ya yönelik tabanca kabzası ile başına vurma, sopa ve kablo ile darp etme, silahla tehdit etme, kaynar su ile haşlamaya çalışmaktan oluşan davranışlarının TCK’nın 96. maddesinde tanımlanan eziyet çektirme suçunun unsurlarını oluşturması nedeniyle sanık hakkında ayrıca silahlı tehdit suçundan beraati yerine mahkumiyetine yönelik hüküm kurulması” **Y1.CD, T.21.03.2012, E.7421, K.2016**; “Suça sürüklenen çocukların aynı koşu altında kaldıkları katılanı gece yarısı bir buçuk saat boyunca döverek, falakaya yatırıp, üzerine çamaşır deterjanı ve su dökerek bu şekilde koşu içinde sürükledikleri nazara alındığında eylemlerinin kül halinde eziyet suçunu oluşturacağı dikkate alınarak eziyet suçunun işleniş şekli, katılandaki yaralanmanın niteliği, suçun işlendiği yer ve zaman, suça sürüklenen çocukların kastlarının ağırlığı gözetilerek alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde yaralama ve eziyet suçlarından ayrı ayrı mahkumiyet kararı verilmesi” **Y8.CD, T.19.06.2012, E.8900, K.21143**; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.260, dn.5; “Oluşa, dosya kapsamına, Bursa Devlet Hastanesinin 27.10.2007 günlü ve Bursa Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 08.11.2007 tarihli raporları kapsamına göre, sanıkların muhtelif zamanlarda katılan A.T’nin 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 TCK’nın 95. maddesine benzer bir düzenlemenin eziyet suçunda yer almayıp TCK’nın 96. maddesinin 2. fıkrasında nitelikli hallerin belirtilmiş bulunması karşısında, sonuçta meydana gelen yaraların niteliği gözetilerek TCK’nın 44. maddesi uyarınca sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde TCK’nın 96/2-a maddesinde yaptırma bağlanan eziyet suçunu oluşturacağı ve yaraların ağırlığı nedeniyle TCK’nın 3. maddesinde yer alan orantılılık ilkesi ile 61. maddesinde yazılı ölçütler gözetilerek asgari haddin üzerinde ceza tayini gerektiği gözetilmeden, ayrıca yaralama suçundan da ceza tayini (...)” **Y8.CD, T.18.06.2012, E.2011/3608, K.2012/20031**; Altunç, a.g.e., s.386; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.263, dn.10; Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.282-283; Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3197; <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

⁸⁰² Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.205-206.

Her ne kadar 765 sayılı Kanun döneminde kaleme alınmış ve esas itibarıyla işkence suçuna yönelik değerlendirmeler içeriyor olsa da şu an irdelediğimiz konular bakımından yol gösterici nitelikteki şu ifadeler dikkate değerdir⁸⁰³:

Belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek amacıyla bir kişiye işkence edilirken işlenen fiiller, aslında farklı nitelikteki bazı suçların oluşumuna sebebiyet vermektedir. İşkence teşkil eden fiiller esas itibarıyla müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiillerin işleniş sırasında belli bir amaç güdülmektedir. Özellik taşıyan nokta da burasıdır. Kanımızca, sadece bu amaçtan hareketle bu fiillere ayrı bir suç niteliğinin verilmesi yerinde olmamıştır. Kanunda yapılacak bir değişiklikle, müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz suçlarının bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şeklinin oluştuğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır. Aksi takdirde, işkence fiillerini ayrı ve bağımsız bir suç olarak tanımlayan kanunlar, yukarıda açıklandığı üzere, suçların içtimai açısından bir haksızlığı bünyelerinde taşımaya devam edeceklerdir.

Gerçekten bu şartlar altında, özgürlüğü kısıtlanan bir kişinin her gün sırayla bir dişinin veya tırnağının çekilmesi ya da bir parmağının kırılması ihtimallerinde⁸⁰⁴, bu fiillerin, mağdurun insan onuruyla bağdaşmadığı, bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açtığı gerekçesiyle eziyet suçunu oluşturduğu söylenecektir. Fakat bu fiiller kasten yaralama kabulüyle karşılaşılsaydı, bu takdirde TCK m.43/3 istisnası mucibince zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağından gerçekleştirilen ihlal adedince suç oluşacak ve haksızlık içeriği ona göre cezalandırılacaktı. Verilen bu örneklerden hareketle kanundan çıkarılması ihtimali de dahil, m.96 hükmünün gözden geçirilmesi zarureti kendini göstermektedir⁸⁰⁵. Bu noktada bizim kanaatimiz, söz konusu ihtimaller bakımından cezaların üst sınırının artırılarak meselenin uygulayıcıların takdirine havale edilebileceği yönündedir.

3.6.3.3. (Farklı Neviden) Fikri İçtima

Bir fiil ile çeşitli hükümlerin ihlal edilmesi durumunda, kanunun, faile en ağır cezayı gerektiren hükmü uyguladığı⁸⁰⁶ fikri içtimaa, 5237 sayılı TCK m.44'te yer

⁸⁰³ Özgenç ve Şahin, a.g.e., s.203.

⁸⁰⁴ Yokuş Sevil, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu", s.1283.

⁸⁰⁵ Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.284; Mahmutoğlu, "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", s.372.

⁸⁰⁶ Dönmezer ve Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.375-376; Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s.245.

verilmiştir. Böyle bir düzenlemeye neden ihtiyaç duyulduğu, benimsenen *fiil ceza hukuku prensibi* çerçevesinde *non bis in idem kuralı* ile izah edilebilir⁸⁰⁷. Buna göre, bir kişiye bir fiilinden dolayı birden fazla ceza verilemez.

Bu başlık altında eziyet ile kötü muamele suçları arasındaki ilişkiye yer ayırmakta fayda vardır. Zira eziyet ve kötü muamele suçları fiil unsuru bakımından birbirlerine çok yakındır.

Kötü muamele teşkil eden fiiller, merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmaz nitelik arz eden davranışlardır ve bu haliyle, kişinin insan onuruyla bağdaşmayan, maddi ve manevi varlığına yönelen, aşağılayan eziyet teşkil eden fiillere benzemektedirler. Bu durum, gerek m.232/1'deki aynı konutta yaşayan kişilerden birinin diğerine kötü muamelesinde, gerekse m.232/2'deki terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasında da böyledir. Bu suçları meydana getirecek fiiller, sistematik olarak işlendiğinde ise birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verileceği için, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı sorumluluk öngören m.44'teki fıkri içtima müessesesi gereğince eziyetten sorumluluk tesis edilecektir⁸⁰⁸.

Gelinen noktada gerçekleştirilen eylemler bakımından, gerek aynı konutta yaşayan kişilerden birinin diğerine gerekse disiplin yetkisini kötüye kullanan kişinin eylemleri, insan onuruyla bağdaşmazlığı, sürekli ve sistematik bir biçimde gerçekleşmesi ve eziyet suçunu meydana getirecek ağırlığa ulaşp ulaşmadığı hususunda değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Bunun neticesinde kötü muamele suçunu aşacak düzeyde bir şiddete ulaşıldığı kanaati hâsıl olmuşsa, tabii olarak eziyet suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ **TCK m.44 gerekçesinden**, “Kişi, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olabilir; ancak non bis in idem kuralı gereğince bu fiilden dolayı ancak bir defa cezalandırılabilir. Gerçekleştirdiği fiilin birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olması durumunda, failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.69.

⁸⁰⁸ Altunç, a.g.e., s.388-389; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.264; Zafer, a.g.e., s.138 ve 144.

⁸⁰⁹ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1286-1288; “İncelenen dosyada yer alan iddianamede şüphelinin bir başkasıyla olan gönül ilişkisinden dolayı arasının bozulduğu eşiyile sık sık kavga ettiği, sürekli dövdüğü, hakarete bulunduğu, dış dünyadan izole ettiği belirtilmiştir. İddiaların ölen F.B. tarafından kaleme alınan emanetteki günlük notları ve tanık Y.K.’nin anlatımlarına dayandırıldığı anlaşılmaktadır. İddianame içeriği ve dosyadaki kanıt durumu karşısında, sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCY’nin 96/2-b maddesine (eziyet) uyabileceği (...)” **Y4.CD, T.16.7.2008, 1331/16451**, Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.218, dn.189.

Ancak eziyet boyutlarına ulaşılmadığı takdirde de eziyetten hüküm tesis edilmesi şimdi zikredeceğimiz kararda olduğu gibi adaletsiz olacak ve:

Oluşa ve tüm dosya kapsamına, mağdur ifadelerine, tanık beyanları ve doktor raporlarına göre; sanığın, mağdurlara karşı eylemlerinin kötü muamele niteliğinde bulunmakla beraber **“eziyet” boyutlarına** ulaşmadığı anlaşılmakla, sanığın bu mağdurlara karşı eylemlerinin TCK.nun 232. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde eziyet suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi, (...) Yargıtayca bozma nedeni sayılacaktır⁸¹⁰.

Burada bahsini ettiğimiz aynı durum, m.233/1'deki aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu açısından da geçerlidir. Buna göre, her gece evine geç ve sarhoş vaziyette gelerek ailesiyle ilgilenmeyip ailesine karşı sorumluluklarını ihlal eden ve eşiyle çocuklarına çeşitli zorluklar çıkartan bir baba, zincirleme suç şeklinde ortaya çıkan m.233/1 ile m.96 arasında fikri içtima hükümleri uyarınca en ağır cezayı öngören eziyetten ceza alacaktır⁸¹¹.

Eziyet suçunun madde gerekçesinde, kanun koyucunun ifade ettiği eziyetin mağdur üzerindeki psikolojik ve tahrip edici etkilerinin uzun süre belki de hayat boyu sürecek olmasından dolayı eziyet suçunu sair suç tiplerine nazaran daha ağır yaptırıma tâbi tutma düşüncesi, bir önceki paragrafta verilen örnek bakımından geçerlidir. Ancak gerçekleştirilen eylemler neticesinde yine birden çok ihlalin söz konusu olması ve eziyet suçunun bu ihlaller karşısında daha hafif kalması durumunda kanun koyucunun bahsini ettiğimiz yaklaşımı geçerli olamamakta ve dolayısıyla eziyet suçunun tanzimi ile amaçlanan menfaat sağlanamamaktadır⁸¹².

Buradaki duruma örnek ve bir önceki başlık altında verilen misallere de ek olarak, gebe olan eşe yönelik sistematik ve sürekli davranışlar neticesinde kadının çocuğunun düşmesine neden olduğu takdirde, TCK m.87/2 c.2'ye göre *“verilecek ceza, (yukarıdaki maddeye -86. madde- göre) birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.”* Buna karşın, aynı durum eziyet suçu bakımından

⁸¹⁰ Y8.CD, T.17.12.2012, E.2012/1007, K.2012/38396, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3215.

⁸¹¹ Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, s.154; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.929; Zafer, a.g.e., s.134.

⁸¹² Altunç, a.g.e., s.384-385; Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.337; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.296; Yokuş Sevil, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1283-1284.

değerlendirildiğinde TCK m.96/2 kapsamında “(...) *kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*”

Böyle bir probleme sonuçları aynı olan iki türlü çözüm getirilebilir⁸¹³: İlk olarak, olaya fikri içtimanın şartlarının bulunmasından hareket ederek yaklaşıldığında daha ağır cezayı öngören m.87/2 uygulanacaktır. İkinci olaraksa eziyet suçunun sadece basit tıbbi müdahaleyi gerektirecek kadarki yaralamaları bünyesinde barındırdığı düşüncesiyle bu soruna yaklaşıldığında da yine m.87/2 uygulama alanı bulacaktır. Görüldüğü üzere, söz konusu örnekteki gibi vakalarda, eziyet suçu, kanun koyucunun ifade ettiği gibi sair suç tiplerine nazaran daha adilane bir yaptırım öngörmüş olmamaktadır.

Gerçekten de failin fiillerinin, yukarıda arz ettiğimiz örneklerde olduğu gibi hem yaralama (hatta ve hatta neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama) hem de eziyet suçlarına vücut verdiği durumlarda, fikri içtima hükümlerinin uygulanarak vicdanları tatmin edecek en ağır cezanın tatbiki yoluna gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁸¹⁴.

3.6.3.4. Gerçek İçtima

Eziyet suçunun madde gerekçesinde, suçun “*cinsel taciz*” niteliğindeki davranışlarla da işlenebileceği belirtilmiştir; ancak suçun vücut dokunulmazlığını ihlal edecek cinsel davranışlarla işlenmesi ihtimali kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu noktada, cinsel saldırı ile eziyet suçları farklı hukuki menfaatleri koruma altına aldığı için, eziyete mahal verecek hareketlerin vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranış sınırını aşmaması gerektiği söylenebilir⁸¹⁵. Buradan anladığımız, eziyet teşkil eden eylemler gerçekleştirilirken cinsel taciz niteliğindeki davranışların da vuku bulması durumunda, söz konusu davranışlar eziyet potasında eriyeceği için ayrıca cinsel taciz suçundan ceza tayini yoluna gidilemeyeceğidir⁸¹⁶.

⁸¹³ Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Sorularla Hukuk Dizisi 1**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, s.177.

⁸¹⁴ Altunç, a.g.e., s.386; Artuç, a.g.e., s.515; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.263; Yurtcan, a.g.e., s.196.

⁸¹⁵ Yokuş Sevil, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1286.

⁸¹⁶ Altunç, a.g.e., s.387; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.299.

Peki bahsini ettiğimiz sınır aşıldığı takdirde, mesela eziyeti meydana getiren fiillerin yanında TCK m.102/1 anlamında cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ya da dahası m.102/2 anlamında fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda ne olacaktır?

Bu soruyu iki aşamalı olarak cevaplandırmak mümkündür. Öncelikle, gerçekleştirilen hareketler farklı menfaatleri koruma altına alan hükümleri ihlal ettiğinden, failin, eziyet ve cinsel saldırı suçlarından ayrı ayrı sorumlu olacağı, yani böyle bir durumda gerçek içtimain uygulanacağı ifade edilmektedir⁸¹⁷. Bir Yargıtay kararına da yansıdığı şekilde failin, birlikte yaşadığı kadının oğluna yönelik eziyet hareketlerinin yanında cinsel davranışlar da gerçekleştirmesi durumunda, fail eziyet suçuyla birlikte cinsel istismar suçundan da cezalandırılır⁸¹⁸. Bir başka kararında Yargıtay, yedi yaşındaki mağduru dövüp, kafasına sıcak su dökerek eylemini maddi cebirle gerçekleştiren sanık hakkında olay kapsamı bakımından TCK m.103/4'ün⁸¹⁹ uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayinini, karşı temyiz olmadığı gerekçesiyle bozma nedeni yapamadığını ifade etmiştir⁸²⁰.

Öte yandan, gerek TCK m.102/4⁸²¹, gerek m.103/5⁸²², gerekse m.109/6⁸²³ gibi pek çok hükümde tercih edildiği gibi kanun koyucunun, eziyet teşkil eden fiillerin yanında

⁸¹⁷ Altunç, a.g.e., s.387; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.299; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1285; Kanunun yürürlüğe yeni girdiği ve cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarının TCK m.43/3 kapsamında olduğu kısa dönemde (1 Haziran-8 Temmuz 2005), sistematik ve sürekli olan eziyet teşkil eden davranışlarla birlikte birden fazla cinsel saldırı eylemi söz konusu olduğu takdirde, kanun koyucunun bu suçlara mukabil öngördüğü ceza miktarları da dikkate alındığında, fail 43/3 kapsamındaki cinsel saldırı suçu için (tespit edilebildiği kadarıyla) her bir eylemine ayrı ayrı ceza verileceğinden, bu suçlar bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı görüşü için bkz. Handan Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **TBBT**, S.57, (2005), 243-282, s.261-262.

⁸¹⁸ **Y5.CD, T.17.01.2011, E.2010/6869, K.2011/47**; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1286; <http://www.kararara.com> (27.03.2017); <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

⁸¹⁹ **TCK m.103-** “(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;
a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,
b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılr.
(...) (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁸²⁰ **Y5.CD, T.22.09.2008, E.2008/10481, K.2008/7877**, Altunç, a.g.e., s.387, dn.65.

⁸²¹ **TCK m.102-** “(4) Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

cinsel saldırı fiillerini de işleyen failin ortaya çıkan haksızlığı karşılayacak ölçüde cezalandırılacağını, açık bir düzenleme ile belirtmesi daha isabetli olacaktır⁸²⁴.

Uygulamada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla birlikte eziyet teşkil eden cebir, tehdit, cinsel taciz gibi sistematiklik arz eden fiillerin karşımıza çıkma ihtimali oldukça yüksektir. Bu takdirde, failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılmakla birlikte, söz konusu süreç içerisinde mağduru dövüp üzerine sıcak ya da soğuk su dökmesi gibi eziyet teşkil eden davranışlar sergilemesi örneğinde, fail hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılmadan hem de eziyet suçundan sorumlu olacaktır⁸²⁵. Yargıtay'ın başka bir kararında⁸²⁶ belirttiği üzere, gerçekleştirilen haksızlık içeriğine mukabil orantılılık ilkesini sağlamak için yağma ve hürriyeti tahdit suçlarından ayrı olarak eziyet suçundan da hüküm tesis etmek gerekebilir.

Buna ek olarak ifade etmek gerekir ki, eziyet suçunun koruduğu hukuki değerlerin başında insan onuru gelmektedir. Ve diğer suç tiplerinin ihlaliyle meydana getirilen haksızlık içeriği, insan onurunu ihlali kapsamayabilir. Yukarıda, teşebbüs bahsinde vermiş olduğumuz mağdurun dağlanmasına yönelik soyularak çıplak vaziyette insanların gözü önünde bekletilmesi ya da kişinin kahrkahr ve alaylar altında üzerine işenmesi örnekleri bile başlı başına insan onuruyla bağdaşmaz nitelik arz etmektedir. Bu hallerde gerçekleşecek yaralama, hakaret, tehdit, taciz gibi suçlar meydana gelen haksızlığı karşılama noktasında nakıs kalacaktır; çünkü belki de insan onuru zedelenen mağdurun üzerindeki etki bir ömür devam edecektir.

⁸²² **TCK m.103-** “(5) Cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

⁸²³ **TCK m.109-** “(6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

⁸²⁴ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1285.

⁸²⁵ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1286.

⁸²⁶ “Sanıkların birlikte hareket ederek, gece vakti saat 01.00 sıralarında katılan A.K’nın konutuna zorla girdikten sonra tehdit edip dövmek suretiyle etkisiz hale getirdikleri, ellerini ve ayaklarını bağladıkları ve parasını aldıkları, bu şekilde yağma suçunu tamamladıktan sonra konuttan ayrılmayıp esrar içtikleri, dövmeye devam ettikleri, katılanın anlatımından ve dosya içerisinde bulunan fotoğraflardan anlaşılabileceği üzerine yüzünün, boynunun ve vücudunun çeşitli yerlerine çatal batırarak toplam dört saat boyunca insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına neden olacak biçimde ve suç kasıtları yönünden anlık olmayıp, sistemli olarak devam eden bir uygulama ile eziyet etiklerinin anlaşılmış olması karşısında; somut olayda TCK’nın 96/1. maddesinde tanımlanan eziyet suçunun yağma ve hürriyeti tahdit suçlarından ayrı bir suç olarak oluştuğu kanaatine varıldığından (...)” **Y6.CD, T.11.07.2011, E.12070, K.20528**, Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.264, dn.12.

Buradan hareketle öğretide kanun koyucunun eziyet suçunu tanzim ile amaçladığı sair suç tiplerine nazaran daha ağır yaptırım uygulama yönündeki yaklaşımıyla paralellik gösteren bir fikir ileri sürülmektedir⁸²⁷. Buna göre, söz konusu küçük düşürmenin ciddi ve uzun süreli bir etkiye sahip olması ve insan onuruyla bağdaşmayan aşağılayıcı davranışın yanında gerçekleşen ilgili suçların nitelikli hallerini de değerlendirerek tespit edilecek cezanın meydana gelen haksızlığı karşılamaması şartıyla ayrıca eziyet suçundan da sorumluluk tesis edilmesi gerekmektedir.

Geldiğimiz noktada, uygulamada da karşımıza çıkma ihtimali oldukça yüksek bu tarz örneklere yönelik olup eziyet suçunun varlık sebebini sorgulatan durumlara ilişkin, İspanyol uygulamasından mülhem çözümünü de içeren, burada izaha çalıştığımız konuyu toparlayacak surette kaleme alınmış şu ifadelere doğrudan yer vermek isabetli olacaktır⁸²⁸:

Yukarıdaki örneklerde, şayet, eziyet teşkil eden davranışlar kapsamında işlenmiş olan geleneksel suç tipleri, söz konusu davranışların insan onuruna aykırılık kapsamını zaten karşılıyorsa (örneğin TCK m.82/1-b), eziyetten ötürü ayrıca hüküm kurmamak gerekir. Buna karşılık, ilgili suç tipi, eziyet teşkil eden davranışın insan onuruna saldırı boyutu itibarıyla haiz olduğu haksızlık içeriğini karşılamıyor, manevi bütünlüğe yönelik saldırı karşılıksız kalmış oluyor ise, m.96'dan *ayrıca* ceza verilmelidir. Diğer bir deyişle, şayet sanığın eylemleri, klasik suç tipleri çerçevesinde haksızlık içeriği karşılanamayan ve insan onuruna yönelik saldırı bakımından ayrıca cezalandırılmayı gerektiren bir nitelik taşırsa, o zaman eziyet suçu ile ilgili suç tipi arasında *gerçek içtima* ilişkisi doğar. Zira, bu durumda, eziyet suç tipiyle korunan hukuksal yarar da ihlal edilmiştir ve bunun da cezai karşılığının verilmesi gerekir.

Böyle bir durumda, İspanyol öğretisindeki anlayışa göre fikri içtima söz konusu olamayacaktır; çünkü eziyet teşkil eden davranış çerçevesinde gerçekleştirilen hareketin (örneğin, yaralama) tekabül ettiği klasik suç tipinin uygulanmasıyla, eylemin haksızlık içeriği karşılanmamaktadır.

Bu anlayıştan yola çıkılırsa, İspanyol CK'sının aksine, "*Suçun işlenmesi bakımından gerekli olmayan acılar vermek suretiyle mağdurun ezasını kasten ve insanlık dışı biçimde artırma*" gibi genel bir ağırlatıcı sebep öngörmeyen ve çeşitli suç tipleri bakımından da benzeri özel hükümlere gerek görmeyen YTCK açısından çoğu zaman YTCK md. 96 ile diğer suç tipleri arasında gerçek içtimaya gitmek gerekecektir.

Şimdi ise, birkaç seferdir zikrettiğimiz, hastasında eziyet bulgusuna rastlayan doktor örneğini irdeleyelim. Öncelikle, eziyet suçunun ihmal suretiyle işlenmesi halinin mevzuatta düzenlenmediğini ve buna benzer şekilde var olan işkencenin ihmali davranışla işlenmesinin açıkça kıyas yasağına takılmasından dolayı uygulanamayacağını

⁸²⁷ Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.298; Yokuş Sevrük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu", s.1284.

⁸²⁸ Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, s.337-338; Önok, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu", s.206-207.

söylemiştik⁸²⁹. Ancak doktorun, suç teşkil eden davranışların tekrarının gerçekleşeceğini bilip öngörmesi ve yine de ihmalen hareket etmesi durumunda kastının söz konusu olacağını, yani kanundan doğan garantör olması dolayısıyla m.88'ten sorumlu olabileceğini ifade etmiştik.

Bu arada örneğimizdeki doktorun, *kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi* suçunu düzenleyen TCK m.88'in yanında, *sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi* suçunu düzenleyen TCK m.280'i de ihlal ettiği rahatlıkla söylenebilir. Bu takdirde, aynı ihmali davranışın birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesinden dolayı, TCK m.44 gereğince fikri içtima uygulanarak en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm tesis edilir.

Birbirlerine yakın cezalar öngörmesinden ötürü somut olay kapsamında hangi suçtan hüküm tesis edileceği değişiklik arz edebilecektir. Bu belirsizliğin sebebini esas itibarıyla m.88 oluşturur. Çünkü söz konusu düzenleme, yaptırım hususunda ihmali suretle meydana gelecek kasten yaralamada verilecek ceza için oransal bir indirim belirlemiştir. Temel düzenleme olan m.86'daki fıkralarda da farklı cezaların ihdas edildiği dikkate alındığında m.88 ile m.280 arasındaki içtima ilişkisi bahsini ettiğimiz kapsamdaki her olayda ayrı değerlendirilmek mecburiyetindedir.

Ayrıca bu noktada, somut olay bağlamında daha ağır cezayı 88. maddenin öngörmesi ihtimali altında söylemek gerekir ki, aynı kişiye karşı bu ihmali hareketlerin, muhtelif zamanlarda (sonraki kontrollerde) mükerreren işlenmesi durumunda öncelikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği düşünülmelidir. Ancak olayımızda mevzumuzu teşkil eden kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu, m.43/3'te yer alan istisnalardan biri olan kasten yaralama suçunun bir türevini teşkil etmektedir. Dolayısıyla zincirleme suç hükümleri değil gerçekleşen ihlal adedince cezalandırma yoluna başvurulacak ve gerçek içtima uygulanacaktır.

Öte yandan, burada anlattıklarımıza ek olarak hususen belirtmek istediğimiz bir durum, doktorun hastasını muayene ederken eziyet bulgularına rastlaması fakat bunu

⁸²⁹ Ayrıntılı değerlendirmemiz için bkz. 3.3.1. Fiil.

raporuna yansıtması halidir. Bu takdirde, doktor bakımından öncelikle iştirak iradesinin olmadığı, diğer taraftan zaten tamamlanmış bir suça iştirakin söz konusu olamayacağını ifade etmek gerekir⁸³⁰. Ancak doktor bir kamu görevi icra etmektedir ve TCK m.210/2 gereğince düzenlediği belgeler resmî belge niteliğini haizdir. TCK m.210/2-c.2'nin yaptığı atfa göre, gerçeğe aykırı “*Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.*” Bu kapsamda, örnekteki doktor için, resmî belge hükmünde olan doktor raporunun gerçeğe aykırı surette düzenlenmesi dolayısıyla resmî belgede sahtecilik (TCK m.204/2⁸³¹) suçundan da sorumluluk mevzubahis olacaktır. Çünkü geline nokta doktorun davranışı, az önceki ihmali davranıştan tamamen bağımsız bir biçimde sorumluluk gerektiren gerçeğe aykırı surette resmî belge düzenleme şeklinde ortaya çıkan icrai bir harekettir.

3.6.3.5. Neticenin Ağırlaşması Durumu

Eziyet suç tipinde, işkence yahut kasten yaralama suçlarında olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşan hallere yer verilmemiştir. Dolayısıyla eziyet teşkil eden fiillerin neticesi sebebiyle ağırlaşan bir yaralamayı, hatta ve hatta bir ölümü meydana getirmesi halinde ne yapılacağı belirsizdir. “*Örneğin, eziyet teşkil eden fiilin aynı zamanda mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına yol açması gibi hallerde ne şekilde hareket edileceği sorunu gündeme gelecektir.*”⁸³². Tabiki bu durum da tek başına eziyet suçunun mu uygulanacağı veya eziyet suçuyla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama ya da öldürme suçlarından hangisinin uygulanacağı hususunda büyük bir tartışmayı beraberinde getirmektedir⁸³³.

⁸³⁰ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1283; bu durumun benzer şekilde işkence bakımından incelenmesi için bkz. Hakeri, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s.363; Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, s.102.

⁸³¹ **TCK m.204/2-** “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.”

⁸³² Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.261.

⁸³³ Topçu, **Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı)**, s.192; Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet**, s.245; “Burada ilk olarak gerçek içtima hükümlerini uygulayarak ortaya çıkan her bir netice bakımından failin ayrı ayrı cezalandırılabilmesi söylenebilir. Ancak gerçek içtima hükümlerinin uygulanabilmesi için, fikri içtimanın şartlarının somut olayda gerçekleşmemiş olması gerekir.” Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s.261.

Ancak her ne olursa olsun neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama durumunda 87. madde, ölüm neticesinin gerçekleşmesi durumundaysa gerek neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama sonucu ölüme gerekse taksirle veya kasten öldürmeye ilişkin hükümler ciddi bir değerlendirmeye tâbi tutulmalı, en azından bir tartışma konusu yapılmalıdır⁸³⁴.

Bu kapsamda, ilk olarak eziyet teşkil eden fiillerin sonucunda neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamayla karşılaşılması ihtimalinde m.87'nin uygulanabilmesi için bu maddede gönderme yapıldığı şekliyle, 86. maddenin 1. veya 3. fıkraları kapsamında düzenlenmiş bir davranışın, ağırlaşan neticeyi doğurup doğurmadığı araştırılmalıdır. Yapılacak olan araştırma neticesinde ilgili fıkralar kapsamında bir ağırlaşan neticeden bahsedilmesi halinde, tekrar ifade edecek olursak fikri içtima müessesesi gereğince ceza, eziyet suçundan değil, daha ağır düzenleme içeren neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan tayin edilecektir⁸³⁵. Ancak söz konusu araştırma neticesinde, failin eyleminin m.86/2 çerçevesindeki basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek bir yaralama olmasına karşın netice itibarıyla ağırlaşması ihtimalinde, bu şekilde meydana gelen yaralamalar 87. madde kapsamına dahil olmadığı için, 86 ile 96. maddelerin fikri içtimaı yoluna gidilip, daha ağır ceza öngören eziyet suçundan sorumluluk tesis edilecektir.

Bu hususta Yargıtay'ın meseleye yaklaşımı⁸³⁶ “(...) işkence suçunda netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenleyen TCK'nın 95. maddesine benzer bir düzenlemenin eziyet suçunda yer almayıp TCK'nın 96. maddesinin 2. fıkrasında nitelikli hallerin belirtilmiş bulunması karşısında, (...) ayrıca yaralama suçundan ceza tayin edilmesi hukuka aykırıdır.” ifadesinde kendini bulmakta ve doktrindeki bir görüş tarafından konuya ilişkin kanunda bir düzenleme olmadığı için de aksi yönde bir uygulamanın kıyas yasağına aykırılık teşkil edeceği savunulmaktadır⁸³⁷.

Bu probleme ilişkin doktrinde önerilen bir diğer görüş, eziyet oluşturan davranışların aslında yaralama ve hakaret gibi suçlarla iç içe olması dolayısıyla eziyetin ötesinde daha ağır neticelerin gerçekleşmesi halinde, bu ağır neticelere neden olan fiillerin

⁸³⁴ Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.263; Soyaslan, a.g.e., s.225.

⁸³⁵ Burada bir açıdan da “Böylece, süreklilik arz eden kötü muamelelerde bulunan fail daha az ceza alarak ödüllendirilmiş olmaktadır!” Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.297.

⁸³⁶ **Y8.CD, T.18.06.2012, E.2011/3608, K.2012/20031**; Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.282-283; Artuk ve diğerleri, a.g.e., s.263, dn.10; Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3197; <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

⁸³⁷ Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.282-283.

cezalarını eziyet suçunun cezasına eklemek suretiyle gerçek içtima yapılmasını savunmaktadır⁸³⁸.

Geldiğimiz noktanın bir adım daha ilerisine geçildiğinde, yapılan eziyet neticesinde ölümün meydana gelmesi halinde, m.87/4'ün uygulanabilmesi için de 86. maddenin 1. veya 3. fıkraları kapsamında düzenlenmiş bir davranışın bu neticeyi doğurmuş olması gerekmektedir. Bu takdirde, yukarıda arz ettiğimiz üzere fikri içtima hükümleri uygulama alanı bularak, failin sorumluluğu, eziyet suçuna göre değil, 87. maddenin ilgili fıkrasına göre olacaktır⁸³⁹. Fakat tam da bu noktada öğretide bir yazar tarafından, yerinde bir şekilde zikredilen şu ifadelerle dikkat çekilmesi elzemdir⁸⁴⁰:

Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira 96. maddenin madde metninde, bu suçun işlenmesi sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde fail hakkında m.87/4 hükmünün uygulanacağı belirtilmemiştir. Aynı şekilde m.87/4'te de *temel suç* bakımından 96. maddeye yapılmış bir atıf bulunmamaktadır. O halde öğretide ileri sürüldüğü gibi fail hakkında m.87/4 hükmünün uygulanması kıyas hükmünde olup; kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Ayrıca eziyet suçunu göz ardı edip mağdura yönelik eylemi kasten yaralama suçu gibi kabul ederek fail hakkında bu suça ilişkin hükümleri uyguladığımızda da adil olmayan sonuçlara ulaşılabilecektir. Zira örneğin A, husumet beslediği B'nin hürriyetini kısıtlamış ve her gün belirli bir vakitte B'yi tuttuğu yere giderek onu dövmüş, aşağılamış, eziyet verici çeşitli davranışlarda bulunmuştur. Bir haftanın sonunda ise B, aldığı darbelerin etkisiyle hayatını kaybetmiştir. Bu gibi bir durumda fail hakkında “sadece” m.87/4 hükmünü uyguladığımızda, kasten yaralama suçunda zincirleme suç söz konusu olmadığından (m.43/3), geriye cezalandırılmayan altı adet müessir fiil kalacaktır.

O halde böyle bir durumda eziyet suçu ile işkence suçu arasındaki benzerlik nedeniyle sanık hakkında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçuna ilişkin hükmün (m.95/4) uygulanması akla gelebilir. Zira eziyet suçu ile işkence suçu arasında ise temelde *mahsus suç olma* farkı bulunmaktadır. Ayrıca işkence suçunun m.94/1'deki tanımı, eziyet suçunun gerekçesinde yer almaktadır. Bu bağlamda fail hakkında m.87/4 hükmündense m.95/4 hükmünün uygulanması daha adil görünebilir.

Ancak bu cihette bir uygulama da makul değildir. Öncelikle böyle bir uygulama kıyas teşkil edecek olup, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca işkence suçunu işleyen faile eziyet suçundan daha ağır ceza verilmesinin esas gerekçesini teşkil eden “kamu otoritesinin zedelenmesi” hususu, eziyet suçunda bulunmamaktadır. O halde eziyet suçunu işlemesi sonucunda mağdurun ölmesine neden olan fail hakkında m.95/4 hükmünün uygulanması da adil olmayacaktır.

O halde *mevcut yasal düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda* eziyet sonucu ölüme neden olma fiilinin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir suç tipi şeklinde ayrıca düzenlenmemesi nedeniyle, işlediği eziyet suçu neticesinde taksiri ile mağdurun ölümüne neden olan fail hakkında, eziyet suçuna (m.96) ve taksirle öldürme suçuna (m.85) ilişkin hükümler, içtimaya ilişkin kurallar çerçevesinde tatbik edilecektir.

⁸³⁸ Mahmutoglu, “İşkence ve Eziyet Suçu”, s.1041.

⁸³⁹ Altunç, a.g.e., s.386; Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.202; Tezcan ve diğerleri, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.294. Parlar ve Hatipoğlu, *5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları*, s.145.

⁸⁴⁰ Topçu, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı)*, s.192-193.

Burada yürüttüğümüz akıl çerçevesinde ayrıca belirtmek gerekirse, mağdurun ölümüne yol açan hareketin m.86/2’de düzenlenen bir davranış olması durumunda ise, m.85 gereğince taksirle öldürme suçundan hüküm tesis edilmesi ve bu hükme ulaşırken nasıl bir yol izlenmesi gerektiği, Yargıtay’ın bir kararında⁸⁴¹,

(...) Maktûledeki ölüm olayı dışındaki darp nedeniyle meydana gelen yaralar ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK’nın 86. maddesi kapsamında rapor alınarak sonucuna göre;

a-) Yaralanma 5237 sayılı TCK’nın 86/1. maddesi kapsamında kaldığı takdirde, 5237 sayılı TCK’nın 23. maddesi yollamasıyla 87/4. maddesi uyarınca Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma suçundan,

b-) Yaralanma 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesi kapsamında kaldığı takdirde ise, sanığın, maktûledeki kalp ve damar rahatsızlığını önceden bilip bilmediği hususu araştırılarak sonucuna göre;

aa-) Bildiği tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK’nın 22/3 ve 86/2 maddeleri yollamasıyla aynı yasanın 85. maddesi uyarınca Bilinçli Taksirle Öldürme suçundan,

bb-) Bilmediği tespit edildiği takdirde ise 5237 sayılı TCK’nın 22/2 ve 86/2 maddeleri yollamasıyla aynı yasanın 85. maddesi uyarınca Taksirle Öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, biçiminde gösterilmiştir.

Ölüm neticesinin gerçekleşebileceği ihtimalinin fail tarafından öngörülmesine rağmen, failin neticeyi umursamayıp eziyeti oluşturan fiilleri işlemesi durumunda, fail olası kast altında hareket ettiğinden kanunun ilgili hükümleri değerlendirilerek sorumluluk tesis edilecektir⁸⁴². Yukarıda bileşik suç başlığı altında incelediğimiz üzere, eğer failin öldürmeye yönelik doğrudan kastı var ve bunu eziyet çektirerek yapıyorsa sorumluluğu da bu cihette m.82/1-b’den dolayı olacaktır⁸⁴³.

Diğer taraftan, TCK m.23 de unutmamalıdır. Buna göre, “*Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*” Eziyet sonucunda gerçekleşen ölüm neticesi bağlamında failin en azından taksiri söz konusuysa m.87/4’ten sorumluluk da düşünülebilir⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ **Y1.CD, T.05.05.2009, E.2007/8890, K.2009/2562**, Altunç, a.g.e., s.386-387, dn.62.

⁸⁴² Altunç, a.g.e., s.387; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1286.

⁸⁴³ Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.298.

⁸⁴⁴ Önok, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, s.202; Parlar ve Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, s.145; Soyaslan, a.g.e., s.224; Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.294.

Doktrinde eziyet sonucu ölüme ilişkin ortaya atılan bir başka çözüm yolu, gerçekleştirilen davranışların bir bütün halinde eziyeti oluşturmamasından dolayı m.96'dan ve bunun yanında ölüm neticesini meydana getiren hareket kapsamında, yukarıda Yargıtay'ın belirlemiş olduğu kriterlere istinaden somut olay ekseninde m.87/4'ten veya m.85'ten ayrı ayrı ceza verileceğini ya da en azından söz konusu durumun tartışılacağını söylemektedir⁸⁴⁵. Bu yaklaşım çerçevesinde, eziyeti oluşturan hareketlerin insan onurunu ihlalinin ölçüsü nispetinde haksızlık içeriğini karşılaması gerekir; aksi takdirde faile tesis edilen sorumluluk söz konusu ihlali karşılamaktan uzaksa, m.96'ya ek olarak somut olay ekseninde ayrıca bir ceza verilmemelidir⁸⁴⁶.

İnceleme konusu yaptığımız bu hususları, kanun koyucu, TCK m.95 örneğinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal düzenlemesi yaparak yahut TCK m.232 örneğinde⁸⁴⁷ ise suçun kapsamına basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamaların girdiği hususunda bir sınır çekerek belirlemiştir. İşte eziyet suçu bağlamında da bu minvalde, eziyet teşkil edecek yaralamaların basit nitelikte mi olduğu, yoksa eziyeti meydana getirecek yaralamaların netice bakımından ağırlaşması durumunda ne olacağı hususunda madde metninde açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ Soyaslan, a.g.e., s.225.

⁸⁴⁶ Parlar ve Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, s.146; “Diğer bir deyişle, şayet sanığın eylemleri, klasik suç tipleri çerçevesinde haksızlık içeriği karşılanamayan ve insan onuruna yönelik saldırı bakımından ayrıca cezalandırmayı gerektiren bir nitelik taşırsa, o zaman eziyet suçu ile ilgili suç tipi arasında *gerçek içtima* ilişkisi doğar. (...) Şayet, bu kıstaslar doğrultusunda gerçek içtima uygulaması yapılmayacaksa, eziyet suçunun varlığı, sürekli biçimde kötü muamele eden failler açısından bir ödül olacaktır!” Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.298.

⁸⁴⁷ **TCK m.232 gerekçesinden** “Ancak, her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz. Kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gereklidir. Ancak, bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir.

(...) Dikkat edilmelidir ki, söz konusu disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen davranışın kişide basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir. Keza, hakaret oluşturan fiiller, bu disiplin yetkisi kapsamına girmedikleri gibi, kötü muamele suçu olarak değil, hakaret suçundan dolayı cezalandırılmayı gerektirir.” Artuk ve Gökçen, a.g.e., s.275; “Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki fiziksel müdahaleler aynı zamanda basit yaralama suçunu da oluşturur. Fiziksel kötü muameleyi basit yaralamadan ayıran husus, fiziksel kötü muamele oluşturan basit yaralamanın, merhamet, acıma ve şefkat duyguları ile bağdaşmayacak nitelikte olmasıdır. Yasa koyucu bu halde, failin, basit yaralamadan değil kötü muameleden sorumlu tutulacağını belirterek sonucunu kendisinin belirlediği özel bir fikri içtima hali yaratmıştır.” Zafer, a.g.e., s.139.

⁸⁴⁸ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1284-1285.

Kanımca da bu konuda, gerek eziyet suçunun kanunilik ilkesini hiçe sayan tipikliğindeki muğlaklığın bertaraf edilmesi gerekse kanun koyucunun maddeyi meydana getirirken ulaşmayı hedeflediği yarar adına bir düzenleme yapılması gerekliliği ortadadır⁸⁴⁹.

Eziyet neticesinde ölümü meydana getiren davranışları, bahsedilen gerekliliği yukarıda arz edilen ihtimallerle m.87/4 kapsamında değerlendirip, bu maddenin öngördüğü yaptırımla karşılamak, özellikle m.85’li ihtimal dikkate alındığında açıkça orantısızdır⁸⁵⁰. Bu sebeple, söz konusu gerekliliğe yönelik olarak, aynı zamanda kanunilik ilkesinin de kaçınılmaz bir sonucu olan bu ihtiyacı kanaatimce, ancak TCK m.95 benzeri bir düzenleme ile daha ölçülü bir ceza belirleyerek gidermek mümkündür⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.283; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1284.

⁸⁵⁰ “Kasten yaralama fiilinden daha ağır bir nitelik arz eden eziyet fiili neticesinde meydana gelen istenmeyen ölüm neticesinden dolayı failin taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulacak olması, kasten yaralama sonucunda meydana gelen ölüm neticesinden ise çok daha ağır bir yaptırım öngören m.87/4 hükmünün uygulanması, elbette ki cezanın işlenen fiil ile orantılı olması ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Ancak mevcut yasal düzenlemeler ışığında böyle bir tatbikata gidilmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle yasa koyucunun 96. maddedeki fiil neticesinde mağdurun hayatını kaybetmesi halinde failin ne şekilde cezalandırılacağına ilişkin bir düzenleme yapması gerekmektedir. Yapılacak bu düzenlemede eziyet suçu ile kasten yaralama suçu arasındaki ağırlık farkı nedeniyle müeyyideye ilişkin olarak sadece m.87/4’e atıfta bulunulması yerine, bu maddede öngörülen cezadan daha ağır bir yaptırımın öngörülmesi gerekmektedir.” Topçu, **Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırılmalı)**, s.193-194; burada anlatılanları daha kolay idrak edebilme adına zikredilen maddelerin öngördüğü cezaları bir arada görmekte fayda var:

TCK m.85- “(1) (...) iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası (...).”

TCK m.86- “(1) (...) bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası (...).

(3) (...) verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

TCK m.87/4- “(...) yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde *sekiz yıldan oniki yıla* kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise *oniki yıldan onaltı yıla* kadar hapis cezasına hükmolunur.”

TCK m.94- “(1) (...) üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına (...).

(2) (...) *sekiz yıldan onbeş yıla* kadar hapis cezasına (...).

(3) (...) *on yıldan onbeş yıla* kadar hapis cezasına (...).”

TCK m.95/4- “İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, *ağırlaştırılmış müebbet* hapis cezasına hükmolunur.”

TCK m.96- “(1) (...) *iki yıldan beş yıla* kadar hapis cezasına (...).

(2) (...) *üç yıldan sekiz yıla* kadar hapis cezasına (...).”; ayrıca soyut cezanın belirlenmesine yönelik benzer bir irdeleme için bkz. Koray Doğan, a.g.e., s.306-307.

⁸⁵¹ “Kanunda düzenlemesi olmayan bir şekilde, temel suç tipi ile ağır bir neticenin somut olayda birleşmesi hali üzerinde durmak gerekirse; örneğin konut dokunulmazlığını ihlal sonucunda veya eziyet suçu sonucunda ölüm neticesi gerçekleşecek olursa failin bundan sorumluluğunun olup olmayacağı ne şekilde belirlenecektir? Örneğin failin konut dokunulmazlığını ihlal ettiği konut sahibi o anda yapmış olduğu panikle camdan atlayarak ölmüş olsa veya eziyet edilen kişi buna dayanamayarak ölse, kanunda bu durum açıkça düzenlenmediği için bir neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edilemez. Aslında somut olay TCK m.23’ün neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç tanımlamasına uymaktadır. Failin kast etmiş olduğu suç tipi eziyettir ancak bu fiil daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermiştir. Burada neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç tipinden söz edebilmek için neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence (TCK m.95) düzenlemesi gibi açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu aynı zamanda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucudur.” Koray Doğan, a.g.e., s.23.

3.7. Yaptırım, Zamanaşımı, Soruşturma ve Kovuşturma

Yaptırım noktasında, fail hakkında, eziyet suçu bakımından TCK m.96/1 kapsamında suçun temel şekli itibarıyla iki yıldan beş yıla kadar, m.96/2 kapsamındaki suçun nitelikli halleri itibarıyla ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Dava zamanaşımı⁸⁵² bakımından, öncelikle bu hususu düzenleyen TCK m.66'nın nitelikli halleri ve zikredilen cezaların üst sınırlarını göz önünde bulunduramızı salık veren üçüncü ve dördüncü fıkralarını dikkate almak gerekmektedir. Buradan hareketle, eziyet suçunun temel düzenlemesi (f.1) bakımından dava zamanaşımı süresi, TCK m.66/1-e mucibince sekiz yıldır. Öte yandan, nitelikli hal bakımından (f.2) ise, yukarıda bahsettiğimiz gibi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü için, TCK m.66/1-d çerçevesinde onbeş yıldır⁸⁵³.

- ⁸⁵² **TCK m.66-** “(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;
a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,
b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,
c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,
d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,
e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl,
Geçmesiyle düşer.
(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.
(3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur.
(4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır.
(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/8 md.) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.
(6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.
(7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz.”
- ⁸⁵³ Hüsnü Aldemir, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2005, s.378-379; Parlar ve Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, s.147.

66. maddenin 2. fıkrası da failin fiili işlediği sıradaki yaşını dikkate almaktadır. Buna göre dava zamanaşımı süresi, fail suçun meydana geldiği tarihte 12-15 yaşlarındaysa birinci fıkradaki sürelerin yarısı, 15-18 yaşlarındaysa da bu sürelerin üçte ikisi olacaktır.

Bu sürenin başlangıcı da TCK m.66/6'ya göre, *tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren*dir.

TCK m.96'nın ilk fıkrası açısından, cezanın süresi nazara alındığı takdirde kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların düzenlendiği TCK m.50⁸⁵⁴ uygulanamaz; ancak cezanın alt sınırdan tayini söz konusu olursa diğer şartların da varlığına istinaden TCK m.51'e göre hapis cezasının ertelenmesi⁸⁵⁵ veya CMK m.231'e göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması⁸⁵⁶ kurumları işletilebilir⁸⁵⁷. Ayrıca madde kapsamında,

⁸⁵⁴ **TCK m.50/1-** “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, Çevrilebilir.”

⁸⁵⁵ **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. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, Gerekir.”

⁸⁵⁶ **CMK m.231- (5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 m.)** “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.”

(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 m.) “Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

hakkında belirlenen cezanın yanında, fail, hüküm giydiği hapis cezası süresince, 53. madde bağlamında belirli haklardan yoksun bırakılacaktır. Öte yandan, fail eziyet suçunu 53. maddenin 1. fıkrasında zikredilen hak ve yetkileri⁸⁵⁸ kötüye kullanmak suretiyle işlediği takdirde, 5. fıkra⁸⁵⁹ uygulama alanı bularak söz konusu hak yoksunluğu süresi hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar uzar⁸⁶⁰.

İkinci fıkra bakımındansa, ilk fıkra kapsamında yukarıda söylediğimiz gibi burada da kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar düzenlemesi olan 50. maddenin tatbiki mümkün değildir. Ancak burada erteleme kurumunun işletilebilmesi noktasında ilk fıkradan ayrılmaktadır, yani ikinci fıkra kapsamına giren bir hususta faile verilecek ceza ertelenemez. Belirli haklardan yoksun bırakılma açısından ise yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere, zikredilen şartların mevcudiyeti kabilince 53. madde uygulanacaktır⁸⁶¹.

Bu başlık altında dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, eziyet suçunun basit yaralamanın ötesinde neticesi sebebiyle ağırlaştıracak şekilde gerçekleşmesi durumuna ilişkin cezanın tespiti noktasında, TCK m.3'teki orantılılık ilkesi ve cezanın bireyselleştirilmesinin düzenlendiği TCK m.61'deki kıstaslar doğrultusunda alt sınırdan uzaklaşarak belirleme yapılması gerektiğidir⁸⁶².

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. **(Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.)** Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.”

⁸⁵⁷ Artuç, a.g.e., s.515; Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, s.1288.

⁸⁵⁸ **TCK m.53/1-** “Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; **a)** Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, **b)** Seçme ve seçilme ehliyetinden (...), **c)** Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, **d)** Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, **e)** Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, Yoksun bırakılır.”

⁸⁵⁹ **TCK m.53/5-** “Birinci fıkra da sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.”

⁸⁶⁰ Artuç, a.g.e., s.515.

⁸⁶¹ Artuç, a.g.e., s.516.

⁸⁶² **Y8.CD, T.18.06.2012, E.2011/3608, K.2012/20031;** Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3197, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017); **Y8.CD, T.14.07.2014, E.2013/20172, K.2014/18515,** Altunç, a.g.e., s.390, <http://www.kazanci.com> (08.05.2017).

Eziyet suçu, takibi şikâyeteye tâbi olmadığı için soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılır. Ayrıca 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10 ilâ 14. maddeleri uyarınca eziyet suçunun temel şekli de nitelikli hali de Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanına girmektedir⁸⁶³. Bu hususta olumsuz görev uyuşmazlığı suretiyle önüne gelen bir olayda Yargıtay, ağır ceza mahkemesinin gerekçesine uygun olarak asliye ceza mahkemesinin verdiği görevsizlik kararının kaldırılmasına karar vermiştir⁸⁶⁴.

8 Nisan 2013 tarihli bir Yargıtay kararına da konu olduğu üzere eziyet suçunda görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi iken, yukarıda uzunca izahatını verdiğimiz biçimde pek çok açıdan benzerlikleri bulunan işkence suçu bakımındansa görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi olmaktadır⁸⁶⁵.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin mevzu olduğu bir olayda da eziyet suçundan hüküm tesis eden bir asliye ceza mahkemesinin kararına karşı Yargıtay, davaya konu “(...) *eylemi nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla hüküm kurulması yasaya aykırıdır.*”⁸⁶⁶ demek suretiyle bahsini ettiğimiz görev alanına girmeyen bir durumu tespit etmiştir⁸⁶⁷.

⁸⁶³ Aldemir, a.g.e., s.378-379; Parlar ve Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, s.146.

⁸⁶⁴ “Kasten yaralama, tehdit ve eziyet suçlarından sanık ...'nın yapılan yargılanması sırasında; Adana 4. Ağır Ceza Mahkemesiyle Adana 15. Asliye Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

İncelenen dosya içeriğine, sanığın üzerine atılan suçların niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Adana 4. Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülme Adana 15. Asliye Ceza Mahkemesinin 10/03/2016 gün ve 2015/829 E. 2016/156 K. sayılı GÖREVSİZLİK kararının KALDIRILMASINA, dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 07/09/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” **Y5.CD, T.07.09.2016, E.2016/7226, K.2016/7405**, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (07.05.2017).

⁸⁶⁵ “Jandarma karakol komutanı olan sanık hakkında şikayetçiye karşı eziyet suçunu işlediği iddiasıyla dava açılmış ise de; iddianamedeki anlatıma ve tüm dosya kapsamına göre sanığın **kamu görevlisi olması nedeniyle, sabit olması** halinde eylemin 5237 sayılı TCK.nun 94/1. maddesinde tanımlanan işkence suçunu oluşturabileceği, delillerin takdir ve tartışmasının anılan madde hükmünde öngörülen cezanın üst sınırına göre 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesi uyarınca Ağır Ceza Mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla hüküm kurulması,” **Y8.CD, T.08.04.2013, E.2012/36784, K.2013/10997**, Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3183, dn.436.

⁸⁶⁶ “İddia ve kabule göre, sanığın 2001 doğumlu üvey kızı S'ye yönelik organ veya cisim sokmak suretiyle kızlık bozma biçimindeki eyleminin 5237 sayılı TCY'nin 102. maddesinde öngörülen cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturabileceği, eylemi nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır

Son olarak yetkili mahkemeyi ifade etmek gerekirse, temel kuralımız olan suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olduğu ilkesi gereği, eziyet fiillerinin işlendiği yerdeki asliye ceza mahkemesi yetkili olacaktır. Söz konusu fiillerin farklı yerlerde işlenmesi ihtimalinde ise, yargı merciimiz son fiilin gerçekleştiği yerdeki asliye ceza mahkemesidir⁸⁶⁸.



ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (Hüküm eziyet suçundan kurulmuştur.) **Y4.CD, T.4.4.2007, E.2006/10952, K.2007/3078**, Artuç, a.g.e., s.512, dn.580; Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3205, dn.470; Parlar ve Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.1576.

⁸⁶⁷ Çocuk mahkemesi tarafından verilen kararın temyizi suretiyle önüne gelen bir vakada Yargıtay, benzer şekilde çocuk mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerekirken yargılamaya devam ederek hüküm tesis etmesini bozma nedeni saymıştır: “Suça sürüklenen çocukların gerçekleştirdikleri iddia edilen mağdur ...'ün anüsüne paspas sopasını sokma eylemlerinin TCK'nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturup oluşturmayacağının değerlendirme ve bununla bağlantılı açılan diğer davalara bakma, kanıtların değerlendirilmesi ve suç vasfının tayini görevinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek 5235 sayılı Kanunun 12; CMK'nın 4 ve 5. maddeleri uyarınca görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması,” **Y14.CD, T.13.02.2017, E.2016/6578, K.2017/632**, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (08.05.2017).

⁸⁶⁸ Yaşar ve diğerleri, a.g.e., s.3211.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Kelime anlamı itibarıyla zulüm, aşırı sıkıntı ve güçlük gibi pek çok manaya gelen eziyet, öncelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun getirdiği yeni müesseselerden biri olması ve akabinde tipikliğinden içtima ilişkilerine kadar olan yelpazede taşıdığı belirsizlikler dolayısıyla bu çalışmanın konusunu oluşturmuştur.

TCK m.96'daki haliyle eziyet suç tipi, *“bir kimsenin eziyet çekmesine neden olacak davranışlar”* ifadesiyle tıpkı bir anayasal kural gibi soyut nitelik arz etmekte ve eziyet yasağını buyuran Anayasa m.17/3'ten farklı bir şey söylememektedir. Bu açıdan eziyet suçu bakımından ilkin, tipiklik noktasında bir yorum kaynağı olarak başvurulması gereken madde gerekçesinde yapılan tanımlama madde metnine alınmalıdır. Nitekim *“Eziyet suçu, bir kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal olarak acı çekmesine, aşağılanmasına sebep olacak davranışlardır.”* şeklindeki tanımın madde metninde yer alması, çalışmada bolca bahsedildiği üzere kanunilik ilkesinin de bir gereğidir.

Çalışmanın birinci bölümünün ilk kısmı kısaca eziyet kavramına, ikinci kısmı kavramın *Tarihi Gelişimi*'ne ayrılmıştır. Burada Osmanlı Devleti döneminde, ulaşabildiğimiz ölçüde eziyet kavramını ihtiva eden ferman ve kanunnamelere yer vermeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, öncelikle eskiye doğru gidildikçe eziyet tabirinin yerine *zulüm* ibaresinin kullanıldığı ve bunun da günümüzde anladığımız manada tipikliği belirli bir suç tipi olmadığı söylenmelidir. Öte yandan, günümüze yaklaşıldıkça ortaya konan belgelerde ise eziyet kavramının genel olarak işkence ile birlikte ele alındığı tespit olunur. Hatta bu hususta, 765 sayılı TCK'daki işkence düzenlemesinin kaynağını oluşturan 1858 tarihli Kanunname-i Hümayunun ilgili maddesinde “eziyet ve işkence” şeklinde kavramlar birlikte kullanılmışken, 765 sayılı Kanun'da “eziyet” zikrolunmaksızın sadece “işkence” sözcüğüne yer verilmesi eleştiri konusudur.

Cumhuriyet döneminde ise, esas itibarıyla eziyet kavramına sadece genel ve soyut bir hüküm olarak işkence ve eziyeti yasaklayan Anayasalarda rastlanmaktadır. Eziyet suç

tipi, ne 765 sayılı Kanun'da ne de 5237 sayılı TCK'yı ortaya çıkaran 2004 Tasarısına değin farklı tarihlerde üzerinde senelerce çalışılan diğer kanun tasarılarında kendisine yer edinebilmiştir.

Kavramın uluslararası belgelerde ve bazı ülkelerde nasıl ele alındığı ve benzer suç tipleriyle ilişkisi çalışmanın ikinci bölümünü oluşturur.

İkinci bölümün birinci kısmında, eziyet kavramının uluslararası belgelerde ve bazı ülkelerde ele alınışı incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle evrensel, bölgesel ve ulusal düzeylerde olmak üzere üç boyutta kendini gösteren genel ve özel sözleşmelerin konuyu düzenleyen maddelerinin neredeyse hepsinde, işkencenin hemen akabinde diğer zalimane davranış, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza kavramlarına yer verildiği gözlemlenmiştir.

Bahsedilen üç düzlemde, çalışma konusuna ilişkin başarılı bir sonuca varsın ya da varmasın ulaşabildiğimiz ölçüde tüm belgelerdeki düzenlemeleri aktarmaya ve öngördükleri koruma mekanizmalarını izaha gayret ettik. Bu açıdan bölgesel düzlemde bizim de bağlı bulunduğumuz şüphesiz ki işleyen en etkin sistemi ortaya koyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ve denetim organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarından azami surette istifade edilmiştir. Bu kapsamda, işkence ve diğer kötü muamelelerin taşıdığı ağırlık ve yoğunluk farkı etraflıca irdelenmiştir.

Eziyet suçu, bu kısımda incelenen uluslararası sözleşme ve belgelerde doğrudan bir karşılık bulamasa da insan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı veren hareketler yönünden, mana itibarıyla gayriinsani ve zalimane davranışlara karşılık gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu yaklaşımı benimsemiş ve AİHM içtihatları doğrultusunda yapmış olduğu insanlık dışı muamele tanımına istinaden bahsolunan çerçevede kalan eylemleri Anayasa m.17/3'teki eziyet yasağı içerisinde değerlendirdiğini pek çok kararında hususen ifade etmiştir. Buna göre, *“İşkence” seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler “eziyet” olarak tanımlanabilir.*

Diğer ülkelerde ise, İspanyol Ceza Hukuku dışında bizdeki gibi müstakil bir eziyet suç tipine rastlanmamıştır. Ancak yine de belirtmek gerekir ki uluslararası belgelerde benimsendiği şekilde işkenceden sonra ifade edilen (örneğin Fransız Ceza Kanunundaki *gaddarca muameleler* ifadesi gibi) davranış grupları eziyeti çağrıştırmaktadır.

Öte yandan, İspanyol düzenlemesindeki eziyetin, Türk Ceza Hukukundaki düzenlemeye nazaran daha dar kapsamlı olduğu tespitinin de altı çizilmelidir. Zira İspanyol Ceza Kanunu, suçun tipikliğini küçük düşürücü muameleyle manevi bütünlüğün ağır zarara uğratılması şeklinde sınırlamıştır. Türk uygulamasında ise suçun, ruhsal yönün haricinde bedensel yönden acı vererek işlenmesi de mümkündür.

Alman Ceza Hukukunda da eziyete denk düşen bir suç tipinin olmadığı belirtilmiş ve bununla birlikte işkenceyi karşılayan *zorla ifade alma* suçunun üzerinde oldukça kapsamlı bir şekilde durulmuştur. Alman hukukunda yukarıda bahsedildiği gibi işkencenin devamında zikredilen ve eziyeti çağrıştıracak bir davranış grubunun da olmadığını ifade edelim.

Zorla ifade alma suçunun üzerinde ehemmiyetle durulmasının sebebi şöyle izah olunabilir: Bilindiği üzere, ülkemizdeki işkence ve eziyet düzenlemeleri pek çok açıdan iç içelik arz etmektedir. Hem bu benzerliği ayırt etme hem de işkence suçunun kendi içerisindeki muğlaklığı bertaraf ederek zorla ifade alma suçunda olduğu gibi suç tipini daha bir belirginleştirme amacıyla söz konusu yaklaşım tercih edilmiştir.

Bu minvalde yukarıda da ifade edildiği biçimde, işkence suçunun özellikle fail ve mağdur bakımından ceza ve disiplin yargılaması gibi alanlarla sınırlandırılması kanaatimizce yerinde olacaktır. Nitekim böyle bir belirlilik şüphesiz ki eziyet ve işkence suçlarının daha kolay ayırt edilmesini netice verir.

İkinci bölümün ikinci kısmı, kavramın benzer suç tipleriyle ilişkisine ayrılmıştır. İnsan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı verici, aşağılayıcı davranışlarla icra olunan eziyet, başta işkence olmak üzere, yaralama, kötü muamele, hakaret, tehdit ve cinsel taciz gibi pek çok suç tipiyle benzerliklere sahiptir. Ancak madde

gerekçesinde sayılan suç tipleri arasında eziyetin belki de en çok benzerliğe sahip olduğu işkence ve kötü muamele suçlarına yer verilmemesi çok büyük bir eksiklikler.

Bu anlamda ilk olarak işkencenin sade vatandaş tarafından işlenilen hali olarak düşünölebilecek olan eziyetin tipikliğinde, işkenceden farklı olarak zikredilmeyen *algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi* kısmı yukarıda beyan ettiğimiz biçimde madde metninde yer alması gereken tanıma dercedilmelidir.

Korunan hukuki değeri bakımından karma nitelik taşıyan işkence ve eziyet suçlarının, esas itibarıyla insan onuru bakımından daha vahim görölen hareketleri cezalandırmak amacıyla ihdas edildiğı söylenmektedir. Ancak bu kavrama ne madde metinlerinde ne de gerekçelerde en önde korunması gereken bir hukuksal değeri olarak yer verilmiştir. Dolayısıyla insan onuru kavramına açıkça atıf yapmak gerekmektedir. Doktrinel ve içtihadî bakımdan belirtilen ve benimsenen bu husus kanuni düzenlemeye de yansıtılmalıdır.

Öte yandan, bu suçların faili bakımından da tam bir netliğin sağlanması zaruridir. Fail bakımından özgü suç olan işkence açısından, ceza yargılaması ve disiplin yargılaması gibi alanlarda görev alan kamu görevlilerinin söz konusu davranışları görevleriyle ilgili işleyebilecekleri şeklinde bir ifadelendirme ile söz konusu belirlilik sağlanabilir. Tipiklik noktasında işkence ile neredeyse aynı olan eziyet suçu bakımından ise, sade vatandaşın ya da göreviyle alakalı olmamak kaydıyla kamu görevlisinin fail olabileceğı açıkça ifade edilmelidir. Bu bağlamda, ayrı maddelerde tanzim olunan mezkûr suçların aynı madde kapsamında düzenlenip altı çizilen noktalarda nitelikli hal düzenlemesine gitmenin daha yerinde olacağı da düşünülmüştür.

Ayrıca mağdur bakımından da işkence ve eziyet suçları arasında benzer şekilde bir ayrıma gidilmesi, eski kanun döneminde olduğu gibi işkence mağdurunun kim olabileceğine ilişkin belirliliğin sağlanması, işkenceyi sadece eziyetten değil kasten yaralama ve zor kullanmada sınırın aşılmasından da ayırt etme bakımından daha yerinde olurdu.

Gerek işkence gerek eziyet bakımından özellik arz eden bir farklılık cinsel taciz noktasında kendini göstermektedir. Her iki suç tipinin gerekçesinde suçları meydana getiren fiiller arasında cinsel taciz teşkil eden hareketler de sayılmasına rağmen, işkence suçu bünyesinde bir nitelikli hal düzenlemesine yer verilmiş, fakat eziyet için böyle bir nitelikli hal zikredilmemiştir. Burada kanaatimizce her iki suç tipi bakımından da cinsel taciz boyutunu aşan ancak nitelikli cinsel saldırı boyutuna varmayan cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle söz konusu suçların işlenmesine ilişkin, daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal düzenlemesine ihtiyaç vardır.

İşkence ve eziyet suçları bakımından diğer bir ortak nokta, her iki suç tipinin de manevi unsurunu genel kastın oluşturmasıdır. Gerek eski kanun dönemindeki düzenleme gerekse işkenceyi tanımlayan uluslararası belgeler, işkence suçu için en azından bilgi almak, cezalandırmak ya da sindirmek gibi özel kast unsurunu aramaktadır. Bu sebeple işkence suçunun tipikliğinde, daha genel nitelikteki kasten yaralama ve eziyet suçlarından ayırt edilebilmesi bakımından özel kastı gösterecek biçimde bir değişiklik yapılmalıdır.

Eziyet suç tipinin benzer suç tipleriyle ilişkisi noktasında ikinci olarak kasten yaralamaya değinilmiştir. Buna göre, ilkin kişilerin beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı, sağlık ve esenliğini koruyan kasten yaralamadan öte kişilerin şeref ve onurlarını da koruyan eziyetin korunan hukuki değer açısından daha kapsamlı olduğu ve karma nitelik taşıdığı söylenmektedir. Bunun dışında her ikisi de genel suçlardan olan kasten yaralama ve eziyet gerek maddi gerekse manevi unsurları yönünden herhangi bir ayırım göstermez. Eziyet suçu ile kasten yaralamayı, madde gerekçesi sistematik ve süreklilik kriteri üzerinden yapmaya çalışmaktadır. Ancak bu husus kötü muamele suçunu da birlikte düşündüğümüzde söz konusu suçları birbirinden ayırt etme noktasında hepten bir karışıklığa mahal verir. Bu sebeple eziyet suçunu bu suç tiplerinden ayırt edebilmek adına manevi unsur yönünden eziyet etme saikiyle hareket etmeyi aramanın yerinde olacağını düşünmekteyiz. Kanunilik ilkesini de hatırdan çıkarmadan madde metninde bu minvalde bir değişiklik gerekmektedir.

Üçüncü olaraksa aile düzenine karşı suçlardan kötü muamele ile aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçlarıyla eziyet suçu ayırt edilmeye çalışılmıştır. Bu meyanda, ilkin dar anlamda kötü muamele suçu ele alınmış ve bu suç, aynı konutta

yaşayan kimselerin fail ya da mağdur olabilmesi dolayısıyla faili ve mağduru herkes olabilen eziyet suçundan özgü suç özelliği ile ayrılmıştır. Diğer taraftan kötü muamele suçu, kasten yaralama ile ayırt edilmesi noktasında basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesine geçmeyen ve disiplin araçlarının kötüye kullanılması şeklinde de ortaya çıkmayan davranışları kapsamaktadır. Bu bakımdan taşıdığı belirlilik dolayısıyla da eziyetten ayrılmaktadır.

Eziyet ile kötü muamelenin son ayırım noktasını süreklilik ve sistematiklik kriteri üzerinden yapmak mümkündür. Ancak eski kanun dönemindeki kötü muamele düzenlemesine dayandırabileceğimiz *fena muameleler* lafzından kaynaklanan uygulama, güncel mevzuatta ve gerekçede çoğul olarak, davranışlardan bahsedilmemesine rağmen sürdürülmektedir. Bu durum ise, kaçınılmaz olarak yaralama, hakaret ve tehdit gibi suçları bünyelerinde eriten kötü muamele ve eziyet suçlarını fikri içtima ilişkisine sokup kötü muamelenin uygulamasını neredeyse sıfıra indirecektir. Bu sebeple kanaatimizce söz konusu probleme yönelik uygulamada bir içtihat değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır. Böylelikle zikredilen kapsamdaki bir örnek münferit bir durum arz ediyorsa kötü muameleden, süreklilik arz ediyorsa eziyetten sorumluluk söz konusu olacaktır.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suç tipinde de fail ve mağdur arasındaki ilişkinin hususiyet arz etmesi dolayısıyla özgü suç müessesesi gündeme gelmekte ve söz konusu durum eziyet suçu bakımından bir ayırım noktası teşkil etmektedir. Ancak yukarıda ifade olunduğu üzere, kanaatimizce kasten yaralama suçunun yanı sıra aile düzenine karşı suçlarla eziyeti daha belirgin bir şekilde ayırt edebilmek adına, manevi unsur bakımından eziyet etme özel kastına tipiklikte ayrıca yer verilmelidir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, TCK m.96'da düzenleme alanı bulan eziyet suç tipi, Türk Ceza Hukuku müesseseleri kapsamında sistematik bir şekilde incelenmiştir.

Buna göre, öncelikle eski kanun döneminde mevzuatta yer verilmeyen eziyet suçunun, insan onuruna verilen kıymetten ileri gelecek şekilde 5237 sayılı Kanun'da ayrı bir başlık altında tanzim edildiği söylenmelidir. Ancak zikredilen düzenlemenin, yukarıda da kısmen bahsedildiği biçimde tipikliğinde muğlaklıkların olması hasebiyle kanunilik ve

belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu aykırılık sorununun çözümü başlıca iki yolla olabilir:

- i) Eziyetin suç olmaktan çıkartılması ve ilgili suç tipleriyle yetinilmesi suretiyle,
- ii) Mevcut düzenlemedeki muğlaklıkların giderilerek daha açık ve anlaşılır bir maddenin ihdası suretiyle.

Yeniden ifade etmek gerekirse biz, kanun koyucunun insan onuruna yönelik murad ettiği korumanın daha da kuvvetlenmesi bakımından ikinci ihtimal çizgisinde bir çözümün bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca eziyeti meydana getirecek davranışların doğrudan fiziki müdahale biçiminde olması gerekmez. Öldürmeye varacak kadar geniş bir yelpazede insanların yaşam kalitesi ve sağlıklarına ciddi bir saldırı teşkil edecek surette bu davranışlarla karşılaşılabilir. Benzer şekilde maddi veya manevi şiddetin kişilerin işyerlerinde de kendini gösterdiği gerçeğinden hareketle, günümüzde oldukça yaygınlaşan ve özellikle çalışma hayatında bir çalışana, üstleri veya diğer mesai arkadaşları tarafından yöneltilen kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama, psikolojik taciz ve yıldırma gibi düşmanca davranışlarla ortaya çıkan mobbingin eziyet suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır.

Bu tartışmalara ışık tutacak surette elinizdeki çalışmada, Anayasa Mahkemesi içtihatlarına da istinat edilerek mobbingin hem müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmesinin gerekmediği hem de eziyet için gereken haksızlık boyutuna ulaşmadığı müddetçe eziyet suçunu meydana getiremeyeceği sonuçlarına ulaşılmıştır.

Eziyet suçu bakımından öğretide de ağırlıklı olarak benimsendiği biçimde suçun kesintisiz suç olduğu söylenmelidir. Eziyetin kesintisiz suç özelliği, iki gerekçeye dayandırılmıştır: Bunlardan ilki madde gerekçesinde eziyeti benzer diğer suç tiplerinden ayırmak için belirtilen sistematik ve süreklilik kriteridir. Diğerisi ise, Yargıtay uygulamasında benimsendiği üzere gerçekleştirilen davranışların bir bütünlük arz etmesi olgusudur. Öte yandan tam da bu noktada hususen belirtmek gerekir ki, kanaatimizce eziyet suçunu itiyadi suç olarak gören yaklaşıma katılmak mümkün değildir.

Eziyet suçu, kural olarak icrai surette işlenir, ihmalen işlenebileceği kanunda düzenlenmemiştir. İşkencenin ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suç tiplerinden hareketle eziyetin de ihmali davranışla işlenebileceği düşünülebilir. Ancak kanunilik ilkesi çerçevesinde eziyetin ihmali suretiyle işlenebileceğini öngören bir düzenleme olmadıkça, bu yönde ihmali davranışla işlenen eziyetlerin insan onurunu koruyabilecek surette bir cezayla karşılanmadığını ifade etmek mecburiyetindeyiz. Görüldüğü üzere, bu sebeple böyle bir düzenlemeye açıkça ihtiyaç bulunmaktadır.

Eziyet suçu bakımından nitelikli haller iki bent halinde düzenlenmiş ve (a) bendi, işkence suçunun nitelikli hal düzenlemeleri arasında da bir bütün halinde aynen benimsenmiştir. Düzenlemeler (b) bentleri noktasında ise tamamen farklılık arz etmektedir. (b) bendindeki *üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı* işlenmesi hali, kasten yaralama ve öldürme suçlarındaki fiillerin üstsoy, altsoy ve eşe karşı işlenmeleri ihtimalleri bakımından örtüşürken, *babalık veya analığa ve kardeşe* karşı işlenme olasılıkları bakımından farklılık arz etmektedir. Eziyet teşkil eden davranışların kardeşe karşı işlenmesi ihtimalinin suça etki eden bir durum olarak zikredilmemesi tartışmasız biçimde büyük bir eksiklik teşkil eder.

Diğer taraftan, “*yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle*” eziyete maruz kalan kamu görevlisinin de suçu etkileyen bir hal olarak düzenlemede yer alması muhakkak surette yerinde olacaktır.

Eziyet suçunun benzer suç tipleriyle sahip olduğu şümüllü ilişki dolayısıyla kaçınılmaz olarak pek çok içtima müessesesi ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada bileşik suç ilişkisine örnek olarak eziyet çektirerek öldürme bakımından herhangi bir tartışma yoktur. Ancak öğretilerdeki bir yazarın *mağdurun onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak* göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi nitelikli halinin, eziyet suçu bakımından bileşik suç olduğu savına gerek bahsi geçen ibarenin tam olarak suçun tipikliğini karşılamaması gerekse AİHM ve Yargıtay kararlarının işkence ve eziyet suçları bakımından objektif nitelikte ağırlık ihlalini aradıkları gerekçesiyle katılmamaktayız.

İnsan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanması ibaresini barındıran insan üzerinde deney suçu örneği için de göçmen kaçakçılığına göre lafız itibarıyla bileşik suç ilişkisine daha yakın bir görünüm sergilemesine karşın, öngördüğü ceza miktarının eziyet suç tipinden daha düşük olması hasebiyle böyle bir ilişkiden bahsedilememektedir.

Diğer taraftan, eziyeti meydana getiren fiillerin, ani olarak gerçekleşmesi durumunda kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz vb. suç tiplerini, sistematik ve belirli bir sürece yayılması durumunda ise eziyeti oluşturacağı belirtilmiştir. Bu takdirde birçok ihtimalde (özellikle TCK m.43/3'ün mevzu olabileceği durumlarda) ihraz ettiği haksızlık noktasında daha ağır cezayı gerektiren bir davranış dizisinin, tek başına eziyetten tesis edilecek hüküm ile daha hafif cezalandırılacağı gerçeği vicdanları yaralamaktadır. Bu açıdan özellikle kasten yaralama türü hareketlerle eziyetin vücut bulacağı ihtimallere yönelik ceza aralığının artırılması belki bir çözüm olabilir.

Öte yandan, failin fiillerinin fikri içtima başlığı altında belirtilen örneklerde olduğu gibi hem yaralama (hatta ve hatta neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama) hem de eziyet suçlarını meydana getirdiği ihtimallerde fikri içtima müessesesinin uygulama alanı bulacağını ifade etmek gerekir. Böylelikle eziyet suçunun ihdasıyla amaçlanan korumanın tam olarak sağlanamayacağının da altı çizilmelidir.

Yukarıda işkenceyle benzerliği bakımından cinsel taciz boyutuyla kısmen değinildiği gibi eziyetin bu noktada bahsini ettiğimiz sınırı aşıldığı takdirde, örneğin eziyeti meydana getiren fiillerin yanında cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali ya da vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle bu ihlalin gerçekleştirilmesi durumlarında ne olacağı problemi iki aşamalı çözülebilir. İlk söz konusu suçların esas itibarıyla farklı menfaatleri koruma altına aldığı tespit yapılmalı, ikinci olarak da buna mukabil eziyet teşkil eden fiillerin yanında cinsel saldırı fiillerini de işleyen failin ortaya çıkan haksızlığı karşılayacak ölçüde cezalandırılacağı açık bir düzenlemeye bağlanmalıdır. Nitekim kanunilik ilkesinden uzak bir durum arz eden söz konusu meseleye ilişkin, uygulamada Yargıtay'ın genişletici yorum yaparak ortaya koyduğu içtihatları, böyle bir düzenlemeyle kanaatimizce sağlam bir hukuki zemine de kavuşacaktır.

Aynı husus çalışmada, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da dillendirilmiştir. Bu durum toparlayıcı mahiyette şöyle de ifade edilebilir: Gerçekleştirilen davranışlar klasik suç tipleri bakımından haksızlık içeriğini aşıyor ve insan onuruna saldırı yönüyle ayrıca cezalandırılmayı gerektiriyorsa, bu takdirde eziyet suçu ile ilgili suç tipi arasında *gerçek içtima* ilişkisi doğacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, işkence ya da kasten yaralamada tercih edilen neticesi sebebiyle ağırlaşan hallere eziyet suçunda yer verilmemesi, suçun sahip olduğu şümullülüğten dolayı ağırlaşan bir neticenin hatta belki de ölümün meydana gelmesi ihtimallerinde ne yapılacağını tam bir muammaya çevirmiştir. Doktrinel tartışmaların ve içtihadî farklılıkların önünü alabilmek ve bu surette uygulamada birliği sağlayabilmek adına TCK m.95 benzeri bir “*Neticesi sebebiyle ağırlaşmış eziyet*” düzenlemesine ihtiyaç bulunmaktadır.

“*Türk Ceza Hukukunda Eziyet Suçu*” isimli bu çalışmamızda ulaştığımız olduğumuz tüm bu sonuçlardan hareketle, TCK m.96’daki düzenlemenin ve sahip oldukları bütünsellik itibarıyla işkence (TCK m.94) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkencenin (TCK m.95) yeniden ele alınması gerektiğini düşünerek, eziyet suçu bakımından genel suç niteliğini haiz şöyle bir hüküm önermekteyiz:

(1) *Bir kişiye karşı eziyet etme maksadıyla sistematik ve sürekli nitelikte, insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan yedi 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 olduğu bilinen kadına karşı,*

b) *Üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da eş veya kardeşe karşı,*

c) *Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,*

İşlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) *Fiilin cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal biçiminde gerçekleşmesi halinde, yedi yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(4) *Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış eziyet

Madde 96A- (1) Eziyet fiilleri, mağdurun;

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevini 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) Eziyet 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 çocuğun düşmesine,*

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) Eziyet fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, iki katına kadar artırılır.

(4) Eziyet sonucunda ölüm meydana gelmişse, on yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Abdulahkimoğulları, Erdal (2014), **Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Adalet Bakanlığı (1997), **T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997)**, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları.
- Akad, Mehmet ve Dinçkol, Abdullah (1998), **1982 Anayasası – Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul: Alkim Yayınevi.
- Akbulut, İlhan (2003), “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **AÜHFD**, 52(1), 165-181.
- Akgündüz, Ahmed (1997), **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası**, 5. Baskı, İstanbul: OSAV Yayınları.
- _____ (1997), **İslam’da İnsan Hakları Beyannamesi**, 4. Baskı, İstanbul: OSAV Yayınları.
- _____ (2011), **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Kamu Hukuku, C.I**, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgündüz, Said Nuri (2010), **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İlahiyat Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı.
- _____ (2016), “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, **dergiabant**, 4(8), 1-16.
- Akıllıoğlu, Tekin (1988-1989), “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.10-11, 17-64.
- _____ (1995), **İnsan Hakları – I – Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara: A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17.
- Akman, Mehmet (2004), **Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması**, İstanbul: Eren Yayıncılık.

- Aksar, Yusuf (2013), **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Albayrak, Mustafa (2012), **Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu “Öz Kitap”**, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aldemir, Hüsnü (2005), **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu**, Ankara: Kartal Yayınevi.
- Algan, Bülent (2011), “İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı**, içinde (1-36), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No:316.
- Ali Nazîmâ ve Faik Reşad (2009), **Mükemmel Osmanlı Lügati**, (Hzl. Necat Birinci ve diğerleri), 3. Baskı, İstanbul: Türk Dil Kurumu Yayınları.
- Altunç, Sinan (2017), “Eziyet Suçu”, **Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar (1)**, içinde (371-390), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Anayasa Mahkemesi (2016), **Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2015**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları; <http://www.anayasa.gov.tr> (27.03.2017).
- Anayasa Mahkemesi Kararları, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (26.12.2016).
- Anayurt, Ömer (2008), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, **GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı**, içinde (421-460), XII(1-2).
- _____ (2009), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (213-281), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı.
- _____ (2009), “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (181-212), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı.
- Antti Vuolanne v. Finland, Communication No. 265/1987, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40) at 311 (1989)**, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session44/265-1987.htm> (03.03.2017).

- Arslan Öncü, Gülay (2013), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları”, Nur Centel (Ed.), **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, içinde (39-63), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Artuç, Mustafa (2008), **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, Mehmet Emin (2004), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkence Yasağı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, İstanbul, (5), 18-19.
- _____ (2008), “İşkence Suçu (TCK m.94, 95)”, **CHD**, Y.3, (7), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5-40.
- Artuk, Mehmet Emin ve Çınar, Ali Rıza (2004), “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, içinde (37-84), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Artuk, Mehmet Emin ve diğerleri (2015), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, Mehmet Emin ve Gökçen, Ahmet (2016), **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ateş, Barış (2014), **5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Görevi İhmal – Görevi Kötüye Kullanma Suçları ve Kamu Görevlilerinin Bu Suçlardan Yargılanmaları**, Edirne: Ceren Yayıncılık.
- Avcı, Mustafa (2003), “Osmanlı Hukukunda İşkence Uygulaması”, **Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi**, (147), 45-76.
- _____ (2004), “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı’nın Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, içinde (199-232), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- _____ (2006), “Klasik Osmanlı Hukukunda Hâkim, Hâkimin Görevi İhmali ve İşkence Uygulaması”, **Osmanlı Devleti’nde Eğitim Hukuk ve Modernleşme**, içinde (67-179), İstanbul: Ark Kitapları.
- _____ (2015), **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 5. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları.

- Aydın, M. Âkif (2013), **Türk Hukuk Tarihi**, Tıpkı 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Aydın, Nurullah (2009), **Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler – Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- AYM, T.25.11.2005, E.2000/34, K.2005/91, İBD**, Ceza Özel Sayısı, Ocak 2007.
- Bağdatlı, Selahattin (2012), **Hukuk Sözlüğü**, İstanbul: Derin Yayınları.
- Bakım, Sevi (2008), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Balcı, Muharrem (1998), “Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997) ve Panik Mevzuatı”, <http://www.muharrembalci.com/yayinlar/makaleler/85.pdf> (29.03.2017).
- Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 12.5.2003 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı yazısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı ile Gerekçesi (2003 TCK Tasarısı ile Gerekçesi)**, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, (09.03.2017).
- Başbüyük, İsa (2010), “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, içinde (1443-1485), 12(Özel Sayı).
- Bayraktar, Köksal (1998), “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, **Bülent Davran’a Armağan**, içinde (185-190), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:6.
- _____ (2005), “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Dergisi Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y.2, (5), 220-226.
- _____ (2011), “İşkence Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı**, içinde (145-176), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No:316.
- _____ (2016), “İnsanlığa Karşı Suç”, **Özel Ceza Hukuku, C.I, Uluslararası Suçlar**, içinde (65-90), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Beccaria, Cesare (2016), **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi.

- Birleşmiş Milletler (2000), “Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/55/89 (11.03.2017).
- Candan, Rabia Beyza (2015), “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, **AndHD**, 1(1), 63-81.
- Cengiz, Serkan ve diğerleri (2008), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Cengiz, İftar ve diğerleri (2016), “Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, (36), 62-90.
- Centel, Nur ve diğerleri (2016), **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C.I**, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Cin, Halil ve Akyılmaz, Gül (2015), **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Baskı, Konya: Sayram Yayınları.
- Çağrı, Mustafa (1995), “Ezâ”, “Eziyet”, **TDV İslam Ansiklopedisi C.12**, içinde (35-36), İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, <http://www.islamansiklopedisi.info> (17.03.2016).
- Çavuşoğlu, Naz (2000), “Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Denetim Sistemi”, Oktay Uygun (Ed.), **İnsan Hakları**, içinde (456-477), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Çiftçi, Cengiz Topel (2012), “Yaşama Hakkı”, **TBBD**, (103), 137-168.
- _____ (2015), “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, **Fasikül CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi**, Y.7, (65), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14-26.
- Demirbaş, Timur (1999), “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, **Av. Dr. Faruk Erem Armağanı**, içinde (205-222), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayın No:8.
- _____ (2016), **İşkence Suçu**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Demirdal, M. Balkan (2015), “BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (247-270), Ankara: Astana Yayınları.
- Devellioğlu, Ferit (2008), **Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lügat**, 25. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları.
- Dinç, Güney (1988), “Savunma Hakkı ve İşkence”, **TBBD**, (1), 54-63.
- Doğan, İlyas (2015), “Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (247-270), Ankara: Astana Yayınları.
- _____ (2015), “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (43-78), Ankara: Astana Yayınları.
- Doğan, İlyas ve Akıl, Abdülkadir (2009), “İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkencenin Soruşturulması”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (47-64), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.
- Doğan, İlyas ve Çamurcuoğlu, Gülden (2015), “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (451-474), Ankara: Astana Yayınları.
- Doğan, İlyas ve Demirdal, M. Balkan (2015), “Suç ve Cezaların Yasallığı ve Geçmişe Yürütülememesi İlkesi”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (575-586), Ankara: Astana Yayınları.
- Doğan, İlyas ve diğerleri (2009), “Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (3-46), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.
- Doğan, İlyas ve Kaya, Mehmet (2010), **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Doğan, İlyas ve Özdemir, Omca (2015), “Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (307-338), Ankara: Astana Yayınları.

- _____ (2015), “Afrika’da İnsan Haklarının Gelişimi ve Koruma Mekanizmaları”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı içinde (339-366), Ankara: Astana Yayınları.
- Doğan, Koray (2015), **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu (2004), Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, içinde (327-355), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Dönmezer, Sulhi (1995), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- _____ (2003), **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir (1994), **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- _____ (1994), **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, 10. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- _____ (2016), **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I**, (Hzl. Köksal Bayraktar ve diğerleri), 14. Bası, İstanbul: Der Yayınları.
- Dönmezer, Sulhi ve Yenisey, Feridun (1998), **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, İstanbul: Alkım Yayınları.
- Dutertre, Gilles (2007), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.
- Er, Cüneyd (2005), “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, **TBBD**, (60), 169-188.
- Erdem, Mustafa Ruhan ve Parlak, Benay (2010), “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, **TBBD**, (88), 261-286.
- Erem, Faruk (1988), “İşkence”, **TBBD**, (2), 197-207.
- _____ (1993), **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, C.II, Ankara: Seçkin Yayınevi.

- _____ (2014), **Bir Ceza Avukatının Anıları**, 10. Baskı, Ankara: Murat Kitabevi.
- Eren, Abdurrahman (2009), “Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (119-180), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı.
- Erman, Sahir ve Özek, Çetin (1992), **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Dünya Yayıncılık.
- Ertuğrul, Metin (1975), “İşkence ve Ötesi – Özgürlüğün Bedeli”, **YD**, (4), 119-126.
- Eryılmaz, M. Bedri (2007), “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.65, (1), 110-119.
- _____ (2009), “İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (101-115), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı.
- _____ (2009), “İşkence Yasağına Yönelik İç Hukukta Öngörülen Usule İlişkin Güvenceler”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, içinde (407-423), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı.
- Feyzioğlu, Metin (2001), “Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları”, **AÜHFD**, 50(1), 41-53.
- Fransa Ceza Kanunu (1994), <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30> (05.02.2017).
- Gemalmaz, Mehmet Semih (2002), **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını.
- _____ (2010), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I**, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- _____ (2010), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II**, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- _____ (2012), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2**, 8. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık.

- Gökcan, Hasan Tahsin ve Artuç, Mustafa (2016), **Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)**, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gökcan, Ahmet (1989), **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Gökcan, Ahmet ve Balcı, Murat (2015), **Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. M.81-83, 86-88, 91-93)**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gözler, Kemal (2011), **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.I**, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- _____ (2011), **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II**, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- _____ (2014), **Anayasa Hukukunun Genel Esasları (Ders Kitabı)**, 5. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gökmen, Derda (2016), **Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gözübüyük, A. Şeref (2014), **Açıklamalı Türk Anayasaları**, 8. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz (2013), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 10. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat (1988), **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.2**, Beşinci Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No.64.
- Gündel, Ahmet (2009), **5237 Sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme – Yaralama ve İşkence Suçları**, Ankara: Sözkese Matbaacılık.
- _____ (2009), **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması (2. Cilt Madde 53-125)**, Ankara: Sözkese Matbaacılık.
- Gündüz, İrfan (1998), “Zikir ve İnsan”, **Altınoluk**, (143), 34, <http://dergi.altinoluk.com> (10.04.2017).

- Hafızoğulları, Zeki ve Ketizmen, Muammer (2009), “İşkence ve Eziyet Suçları”, Mehmet Ünal ve diğerleri (Ed.), **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, içinde** (1207-1214), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hafızoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem (2016), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Basım, Ankara: US-A Yayıncılık.
- Hakeri, Hakan (2003), **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- _____ (2005), **Sorularla Ceza Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Sorularla Hukuk Dizisi 1**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- _____ (2005), “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İhmali Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Dergisi Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y.2, (5), 112-155.
- _____ (2007), “İhmali Suçlar”, **CHD**, Y.2, (4), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 137-169.
- _____ (2009), “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde** (341-374), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı.
- Hilgendorf, Eric (2005), “Hukuk Devletinde İşkence”, (Çev. Bahar Erbil), **KHUKA**, C.VIII, S.1, 10-19.
- İçel, Kayıhan (2016), **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- İçel, Kayıhan ve diğerleri (2014), **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları**, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- İçel, Kayıhan ve Yenisey, Feridun (1999), **Ceza Kanunları**, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- İspanya Krallığı Ceza Kanunu (1995), <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30> (05.02.2017).
- Keskin, O. Kadri (1985), “İşkence”, **AD**, Adalet Bakanlığı, Y.76, (3), 731-741.
- Kili, Suna (1982), **Türk Anayasaları**, 2. Basım, İstanbul: Tekin Yayınevi.
- Kili, Suna ve Gözübüyük, A. Şeref (2006), **Sened-i İttifak’tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, 3. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

- Koca, Mahmut (2007), “Fikri İhtima”, **CHD**, Y.2, (4), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 197-221.
- Koca, Mahmut ve Üzülmüş, İlhan (2016), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kocasakal, Ümit ve diğerleri (2004), “Kişilere Karşı Suçlar”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, İstanbul: İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi – Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami (2004), “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (357-372), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- _____ (2005), “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İÜHFİM**, LXIII(1-2), 57-112.
- _____ (2008), “İşkence ve Eziyet Suçu”, Köksal Bayraktar ve diğerleri (Hızl.), **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı C.II, içinde** (1023-1041), Ankara: Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı.
- Mumcu, Ahmet (2007), **Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı**, 3. Baskı, Ankara: Phoenix Yayınevi.
- Mumcu, Ahmet ve Küzeci, Elif (2015), **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 7. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Nuhoğlu, Ayşe (1999), “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, içinde** (527-592), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.8.
- _____ (2009), **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (1999), **İstanbul Protokolü - İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu**, (Çev. Hale Eryılmaz ve diğerleri), 2. Baskı, Ankara: Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 2003, ayrıca bkz. http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/06/Istanbul_Protokolu.pdf (05.04.2017).

- _____ (1999), **Istanbul Protocol - Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1en.pdf> (05.04.2017).
- Otacı, Cengiz (2007), “Türk Ceza Hukukunda İştirak”, **İBD**, Ceza Özel Sayısı, 77-110.
- Ozansü, Mehmet Cemil (2014), **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Önder, Ayhan (1992), **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- _____ (1994), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Önok, R. Murat (2003), **Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- _____ (2006), **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- _____ (2013), “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, Nur Centel (Ed.), **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, içinde (169-240), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Özbek, Veli Özer (2007), “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **CHD**, Y.2, (4), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 223-246.
- Özbek, Veli Özer ve diğerleri (2015), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbudun, Ergun (2014), **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özcan, İrfan (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Memur ve Diğer Kamu Görevlilerine İlişkin Suçlar**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- Özek, Çetin (1998), ““1997 Türk Ceza Tasarısı”na İlişkin Düşünceler”, **İÜHFİM**, LVI(1-4), 21-68.
- Özgen, Eralp (1988), “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, **TBBD**, (2), 208-233.
- Özgenç, İzzet (2005), **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- _____ (2015), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İzzet ve Şahin, Cumhur (2000), İşkence Suçu, **GÜHFD**, IV(1-2), 178-200.
- Öztürk, Bahri (2004), “Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (319-326), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- _____ (2015), **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Parlar, Ali (2015), **Uygulamada TCK Rehberi**, Ankara: Bilge Yayınevi.
- Parlar, Ali ve Hatipoğlu, Muzaffer (2008), **5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- _____ (2008), **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.2, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Pazarcı, Hüseyin (2016), **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Püsküllüoğlu, Ali (2012), **Türkçe Sözlük**, Arkadaş Yayınevi’nde 1. Baskı, Ankara: Arkadaş Yayınevi.
- Reidy, Aisling (2003), **The Prohibition of Torture – A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights**, Almanya: Avrupa Konseyi, Human rights handbooks, No.6, <http://www.refworld.org/docid/49f1829b2.html> (30.04.2017).
- Savaş, Vural ve Mollamahmutoğlu, Sadık (1995), **Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II**, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Selçuk, Sami (2004), **Beccaria’nın İnsanlığa Bildirisi**, Ankara: İmge Kitabevi.
- Sokullu-Akıncı, Füsun (2011), “İşyerinde Şiddet ile Savaşım ve Hukuksal Boyutları”, Serpil Aytaç ve Nuran Bayram (Ed.), **İşyerinde Şiddet, içinde** (101-150), İstanbul: Beta Yayıncılık.

- Somel, Selçuk Akşin (2015), “Kırım Savaşı, Islahat Fermanı ve Osmanlı Eğitim Düzeninde Değişimler”, Halil İncelik ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (Ed.), **Tanzimat – Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, 5. Basım *içinde* (683-708), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Soyaslan, Doğan (2014), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şahin, Adil (2015), **Batılı Anlamda Özgürlük versus İktidar**, Trabzon: Celepler Matbaacılık.
- Şahin, Cumhur (2005), **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şen, Ersan (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tanör, Bülent (1994), **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, İstanbul: BDS Yayınları.
- _____ (1999), **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 3. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- _____ (2000), “Kişi Dokunulmazlığı”, Oktay Uygun (Ed.), **İnsan Hakları**, *içinde* (57-63), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi (2014), **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Taşkın, Ahmet (2015), “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, (1), 221-258.
- Telli, Kutlay (2015), **Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Tezcan, Durmuş ve diğerleri (2004), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tezcan, Durmuş ve diğerleri (2011), **İnsan Hakları El Kitabı**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tezcan, Durmuş ve diğerleri (2015), **Uluslararası Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Tezcan, Durmuş ve diğerleri (2016), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Topçu, Namık Kemal (2013), **Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı)**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- _____ (2016), **Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Toroslu, Nevzat (1987), **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, Ankara: V Yayınları.
- Toroslu, Nevzat ve Ersoy, Yüksel (2004), “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (1-20), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin Görüşü (2004), **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, İstanbul: İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi – Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını.
- Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü (2004), **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, İstanbul: İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi – Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını.
- _____ (2004), Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, içinde** (285-317), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Türk Dil Kurumu (2005), **Türkçe Sözlük**, 10. Baskı, Ankara: TDK Yayınları.
- Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr (26.03.2017).
- Türk Tabipler Birliği (1999), “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” <http://www.ttb.org.tr> (11.03.2017).
- Üçok, Coşkun ve diğerleri (2008), **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ünal, Şeref (1997), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aksoy – Türkiye Davasına İlişkin 18 Aralık 1996 Tarihli Kararı”, **YD**, 23(3), 372-384, s.377, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergi/69> (04.03.2017).
- Ünver, Yener (2003), **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- _____ (2008), “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **CHD**, Y.3, (7), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 40-82.
- _____ (2009), “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, **CHD, Özel Sayı: Etik, Hukuk ve Adli tıp Açısından Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Y.4, (11), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 101-127.
- Üzülmez, İlhan (2003), **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- _____ (2004), “İşkence Suçu”, **HPD**, (2), 147-151.
- _____ (2005), “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet: Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y.2, (5), 227-247.
- _____ (2009), “765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde** (319-339), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı.
- _____ (2009), “Çocuk, Özürlü ve Yaşlı Sosyal Bakım Kurumlarında İşkence ve Benzeri Kötü Muamelelerin Önlenmesi”, İlyas Doğan (Ed.), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde** (425-433), Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı.
- _____ (2013), **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yalçın Sancar, Türkan (1995), **Müteselsil Suç**, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Yanık, Murat (2008), “1982 Anayasası’nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, **GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı, içinde** (1133-1162), XII(1-2).
- Yaşar, Osman ve diğerleri, (2014), **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.3, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe (2004), **Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu**, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.
- _____ (2015), **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yenisey, Feridun ve Oktar, Salih (2015), **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

- Yenisey, Feridun ve Plagemann, Gottfried (2015), **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Yılmaz, Ejder (2005), **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, Enes (2016), “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme”, **AÜHFD**, 65(4), 2553-2603.
- Yırtımcı, Kaan (2005), “Yeni TCK’nın 765 sayılı TCK ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, (1), 10-19.
- Yokuş Sevik, Handan (2005), “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **TBB**, (57), 243-282.
- _____ (2012), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi”, **CHD**, Y.7, (20), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 7-42.
- _____ (2013), “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, **Prof. Dr. Fusun Sokullu-Akinci’ya Armağan – İÜHFM**, LXXI(1), 1273-1290.
- _____ (2009), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, **MÜHFD**, (1), 85-115.
- Yurtcan, Erdener (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, 2.Bası, İstanbul: Kazancı Yayınları.
- Yusif, Shahriyar (2016), “**1858 Osmanlı Ceza Kanunnamesi**”, s.2, <https://www.academia.edu> (22.01.2017).
- Yüksel, Turgut (2007), **5237 Sayılı Yeni Ceza Kanununa Göre İlgili Genel Hükümler Işığında Adam Öldürme Yaralama İntihara Yönlendirme İşkence ve Eziyet Suçları**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi (2000), “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, Oktay Uygun (Ed.), **İnsan Hakları, içinde** (397-406), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Zafer, Hamide (2009), “Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)”, **MÜHFD**, (1), 119-170.

ÖZGEÇMİŞ

Enes YILMAZ, 14 Ekim 1991 tarihinde Manisa’da dünyaya gelmiştir. İlk öğrenimini Hacı Şakir Eczacıbaşı İlköğretim Okulu ve orta öğrenimini İzmir Fen Lisesi olmak üzere İzmir’de tamamladıktan sonra, 2010 yılı Eylül ayında başladığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki lisans eğitimini 2014 yılı Temmuz ayında tamamlamıştır. Daha sonra 2014 yılında Ankara Barosu’nda avukatlık stajını başlatmış, fakat 2015 yılı Şubat ayında Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalına araştırma görevlisi olarak atandığı için tamamlayamamıştır. Halen bu kurumda görevini sürdürmekte olan YILMAZ, evli olup iyi düzeyde İngilizce, başlangıç düzeyinde Almanca bilmektedir.