



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA İŞKENCE SUÇU

NAFİZ AKKUZU

KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Dr. Öğr. Üyesi Yakup Levent KORKUT

İSTANBUL-2019

T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA İŞKENCE SUÇU

NAFİZ AKKUZU

KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Dr. Öğr. Üyesi Yakup Levent KORKUT

İSTANBUL-2019

KABUL ve ONAY SAYFASI

Enstitümüz Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans öğrencisi Nafiz AKKUZU tarafından hazırlanan “*Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*” isimli tez savunma sınavı 26.07.2019 tarihinde İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsünde yapılmış olup aşağıda belirtilen jüri tarafından değerlendirilerek, **OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU** ile yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğr. Üye. Yakup Levent KORKUT
İstanbul Medipol Üniversitesi
Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üye. Esra ALAN AKCAN
İstanbul Medipol Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üye. Hüseyin Melih ÇAKIR
Marmara Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi

İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun **29/07/2019** tarih ve **2019/29 - 06**. sayılı kararıyla onaylanmıştır.

Doç. Dr. Müjgan TUNÇ YÜCEL
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün safhalarda etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışmasıyla elde edilmeyen bütün bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynaklar listesine aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarımı ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.


Nafiz AKKUZU

ÖZET

İşkence, geçmişten günümüze kadar uygulanan en utanç verici insan hakları ihlallerinin başında gelmektedir. İşkenceyi kısaca tanımlayacak olursak; bir kişiye karşı maddi ve manevi olarak acı ve ızdırap veren eylemlerde bulunulmasıdır. Tarihi insanlık kadar eski olan işkencenin uygulanması şüpheli veya sanığın suçunu ikrar etmesi, itirafta bulunması veya ondan bilgi alınması için olabileceği gibi işkence uygulanan kişinin cezalandırılması amacıyla da olabilir.

Türk Ceza Hukuku'nda işkence suçunun değerlendirileceği bu çalışmamızın birinci bölümünde işkencenin tanımı, amacı, hukuki mahiyeti ve unsurları ile işkence suçu kavramı, işkence suçunun kanunlarda düzenlenme şekilleri ve tarihsel gelişimi incelenecektir. Birinci bölümümüzün son kısmında ise uluslararası belgelerde işkence kavramı ortaya konulacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; işkence suçunun benzer suçlardan farkı, işkence suçunda korunan hukuki yarar ile fail ve mağdur konularına ayrıntılı olarak değinilecektir. Çalışmamızın üçüncü bölümde ise; işkence suçunun unsurları, işkence suçunun yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri ile ilişkisi, suçun özel görünüş şekilleri, işkence suçunun nitelikli unsurları ve işkence suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri incelenecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu ile ilgili düzenlemeler, işkence suçunun soruşturma ve kovuşturma usulü, işkence suçunun yaptırımını ile işkence suçunda zamanaşımı ve işkencenin önlenmesi irdelenecektir. Son olarak da sonuç kısmı yazılarak çalışmamız tamamlanacaktır.

Anahtar Sözcükler: İşkence, İşkencenin Önlenmesi, Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleri.

ABSTRACT

Torture is the leading of the most embarrassing human rights violations of the humanities that has been applied from past to present. If we describe torture briefly, torture is a kind of actions that give material and nonmaterial pain and afflict against a person. Torture that has history as old as humanity is applied to suspect and defendant with the aim of acknowledging, confessing his/her crime or obtaining information from that person. At the same time, it was applied to punish to person who exposed to torture.

In the first section of this study where torture crime will be evaluated in Turkish Criminal Law; its definition, purpose, legal nature and elements of torture, the concept of torture crime, the ways of regulating torture crime in laws and its historical development will be examined. The concept of torture in international documents will be revealed in the last part of first section. In the second section of our study, the difference between the crime of torture and similar crimes, protected legal interest and issues of perpetrator and victim will be broadly given place. In the third section; elements of torture crime, torture's relationship with illegal taking statement and methods of examination, its special appearance forms, its qualified elements and its aggravated states due to result will be studied. In the last section of our study, regulations related to torture crime, procedure of prosecution and investigation of torture crime, torture crime's sanction and statute of limitations on torture crime and prevention of torture crime on Turkish Criminal Law will be addressed. Lastly, this study will be completed by writing section of conclusion.

Keywords: Torture, Prevention of Torture, Illegal Taking Statement and Methods of Examination.

ÖNSÖZ

İnsan hakları ihlallerinin en başında gelen işkence şüphesiz modern ceza hukukunun gelişmesiyle önemli ölçüde azalmıştır. Bu çalışmada insanlık tarihinin kara lekesi olan işkence Türk Ceza Hukuku bakımından incelenmiştir. “*Türk Ceza Hukuku’nda İşkence Suçu*” adlı tez çalışmamızın amacı, işkence kavramını ayrıntılı olarak açıklamak, işkencenin geçirdiği tarihsel gelişimi ve uluslararası belgelerde düzenlenme şekillerine değinmek, bununla birlikte Türk Ceza Hukuku’ndaki tarihsel süreci ve işkence suçunu unsurlarına ayırıp incelemek, Türk Ceza Hukuku’nda işkence suçuna uygulamanın ve öğretinin dikkatini çekmektir.

Tez çalışmamda benden desteğini esirgemeyen tez danışman hocam İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı öğretim üyesi Dr. Öğr. Üye. Yakup Levent KORKUT’a ve tez sürecinde bana yardımcı olan İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi Dr. Öğr. Üye. Esra Alan AKCAN’a ve tezimi tashih eden İstanbul Medipol Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğr. Gör. Alaaddin EGEMENOĞLU’na çok teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE KAVRAMI, İŞKENCENİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE ULUSLARARASI BELGELERDE İŞKENCE KAVRAMI

I. İŞKENCENİN TANIMI VE AMACI İLE HUKUKİ MAHİYETİ VE UNSURLARI.....	2
A. İşkencenin Tanımı ve Amacı.....	2
B. İşkencenin Hukuki Mahiyeti ve Unsurları	4
II. İŞKENCE SUÇU KAVRAMI VE İŞKENCE SUÇUNUN KANUNLARDA DÜZENLENME ŞEKİLLERİ	7
A. İşkence Suçu Kavramı.....	7
B. İşkence Suçunun Kanunlarda Düzenlenme Şekli	11
1. Devlet İdaresi Aleyhinde Suç Olarak Kabul Eden Sistemler.....	12
2. Adliyeye Aleyhine Karşı Suç Olarak Kabul Eden Sistemler	13
3. Kişilere Karşı Suç Olarak Kabul Eden Sistemler.....	13
III. İŞKENCENİN TARİHSEL GELİŞİMİ	14
A. Genel Bilgiler	14
B. Batı Hukuku'nda İşkence.....	15
1. Eski Yunan ve Roma Hukuku'nda İşkence.....	15

2. Ortaçağ Avrupa Hukuku'nda İşkence	17
3. Müşterek Hukukta İşkence	19
4. Aydınlanma Dönemi Hukuku'nda İşkence	20
C. Türk Hukuk Tarihinde İşkence.....	23
1. İslamiyet'in Kabulünden Önceki Dönemde	23
2. İslamiyet'in Kabulünden Sonraki Dönemde	23
a. İslam Hukuku'nda	23
b. Osmanlı Devleti Döneminde İşkence	24
(1). Tanzimat'tan Önceki Dönemde İşkence	24
(2). Tanzimat'tan Sonraki Dönem	25
(3). Cumhuriyet Dönemi	26
IV. ULUSLARARASI BELGELERDE İŞKENCE KAVRAMI	29
A. Genel Bilgiler	29
B. Evrensel Nitelikteki Uluslararası Belgeler	31
1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	31
2. Uluslararası Kişisel Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi	32
3. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi	34
C. Bölgesel Nitelik Taşıyan Uluslararası Belgeler	37
1. Bildiriler	37
a. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi	37
b. İnsan Hakları Evrensel İslam Beyannamesi	37
c. Avrupa Parlamentosunun Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi	38
d. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı	38
2. Sözleşmeler	39
a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	39
b. İşkencenin ve Gayriinsani yada Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi	41
c. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi	42
d. Afrika Şartı	43

İKİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI VE YASAK İFADE ALMA VE SORGU YÖNTEMLERİ İLE İLİŞKİSİ

I. İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI	44
A. Genel Bilgiler	44
B. Kanuni Unsur (Tipiklik)	44
C. Maddi Unsurlar	46
1. Genel Bilgiler	46
2. Fiil	46
a. Genel Bilgiler	46
b. İnsan Onuruna Aykırılık.....	51
c. Bedensel ya da Ruhsal Yönden Acıya Neden Olma	53
d. Mağdurun Algılama ve İrade Yeteneğinin Etkilemesi.....	54
e. Mağdurun Aşağılanmasına Neden Olma.....	54
3. Netice	55
4. İlliyet (Nedensellik) Bağı	56
5. Fail.....	56
6. Mağdur	58
7. Suçun Konusu	58
8. İşkence Suçunun Nitelikli Halleri	59
a. Mağdurun Özelliğine İlişkin Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Unsurlar	59
b. Fiilin İşleniş Şekli Bakımından Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Unsur	60
D. Manevi Unsur	61
1. Kast.....	61
2. Taksir.....	64
3. Saik.....	65

4. Kast-Taksir Kombinasyonu: İşkence Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Haller	65
a. Genel Bilgiler	65
b. Fiilin, Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflamasına Neden Olması.....	66
c. Fiilin, Mağdurun Konuşmasında Sürekli Zorluğa Neden Olması.....	67
d. Fiilin, Mağdurun Yüzünde Sabit İze Neden Olması	68
e. Fiilin, Mağdurun Yaşamını Tehlikeye Sokan Bir Duruma Neden Olması	68
f. Fiilin, Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğunun Vaktinden Önce Doğmasına Neden Olması.....	68
g. Fiilin, Mağdurun İyileşmesi Olanağı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girmesine Neden Olması.....	69
h. Fiilin, Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Yitirilmesine Neden Olması	69
ı. Fiilin, Mağdurun Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olması.....	70
i. Fiilin, Mağdurun Yüzünün Sürekli Değişikliğine Neden Olması.....	70
j. Fiilin, Mağdurun Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğunun Düşmesine Neden Olması	71
k. Fiilin, Mağdurun Vücudunda Kemik Kırılmasına Neden Olması.....	71
1. Fiilin, Mağdurun İşkence Sonucunda Ölümüne Neden Olması.....	72
E. Hukuka Aykırılık Unsuru	72
F. Korunan Hukuki Yarar	76
1. Genel Bilgiler	76
2. İnsanlık Onuru.....	77
3. Vücut Dokunulmazlığı	77
4. Adliye-Adil Yargılanma Hakkı	78
5. İrade Özgürlüğü.....	79
6. Kamu İdaresi	79
II. İŞKENCE SUÇUNUN YASAK İFADE ALMA VE SORGU YÖNTEMLERİYLE İLİŞKİSİ	80
A. Genel Bilgiler	80

B. CMK 148. Maddesinde Sayılan Yasak İfade Alma ve Sorgulama Yöntemleri	81
1. Kötü Davranma	83
2. İşkence.....	84
3. İlaç Verme	86
4. Yorma.....	87
5. Aldatma	89
6. Cebir	90
7. Tehditte Bulunma	91
8. Bazı Araçları Kullanma.....	92
9. Diğer Yasak Yöntemler.....	93
10. Kanuna Aykırı Vaatte Bulunma	94
11. Kollukta Alınan İfadede Müdafinin Hazır Bulunmaması	95
12. Şüphelinin Aynı Olayla İlgili Kolluk Tarafından Yeniden İfadesinin Alınması	95
C. Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleri İle İşkence Suçu Arasındaki İlişki.....	95
D. Değerlendirme Yasakları	97
1. Genel Olarak	97
2. CMK m. 217/2’de Düzenlenen Mutlak Değerlendirme Yasağı.....	97

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞKENCE SUÇUNUN SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIMI; İŞKENCE SUÇUNDA ZAMANAŞIMI VE İŞKENCENİN ÖNLENMESİ

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ.....	99
A. Teşebbüs.....	99

B. İştirak	101
C. İçtima	103
1. Genel Bilgiler	103
2. Bileşik Suç.....	104
3. Zincirleme Suç	105
4. Fikri İçtima	107
II. İŞKENCE SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI.....	107
A. Kasten Yaralama	107
B. Eziyet	109
C. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması.....	110
III. TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE SUÇUYLA İLGİLİ	
DÜZENLEMELER.....	111
IV. İŞKENCE SUÇUNUN SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA USULÜ VE	
YAPTIRIMI	113
A. Soruşturma Usulü	113
B. Kovuşturma Usulü	116
C. Yaptırımı.....	117
V. İŞKENCE SUÇUNDA ZAMANAŞIMI	118
VI. İŞKENCENİN ÖNLENMESİ	120
A. Genel Bilgiler	120
B. Kanuni Önlemler.....	121
C. İdari Önlemler.....	124
D. Yargısal Önlemler	125
E. Diğer Önlemler	126
SONUÇ	127
KAYNAKLAR.....	132
ELEKTRONİK KAYNAKLAR	139

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİÖK	: Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi
BM	: Birleşmiş Milletler
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ETCK	: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu
m.	: Madde
M.S	: Milattan Sonra
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
Söz.	: Sözleşme
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
v.d.	: Ve diğerleri
vd.	: Ve devamı
yay. haz.	: Yayına Hazırlayan

GİRİŞ

İşkence, kişinin bedensel ve ruhsal acı çekmesine neden olan en kötü muamelelerden birisidir. İnsanlık tarihi kadar eski olan işkence, birçok amaç için uygulanmıştır. Modern hukukla birlikte insan hakları hukuku alanında meydana gelen müspet gelişmeler sonucunda işkence yasaklanmış ve işkence eylemi cezalandırılmıştır. İnsan haklarında meydana gelen bu olumlu gelişme ile birlikte uluslararası belgelerle de işkence yasaklanmıştır. Ülkemizde de işkence Anayasamızda ve kanunlarla yasaklanmıştır. Burada şunu söyleyebiliriz ki; ülkemizde yapılan yasal düzenlemelerde ve uluslararası düzeyde yapılan düzenlemelerde işkence yasağının hiçbir istisnasına yer verilmemiştir. Ayrıca ülkemizde Anayasamız ile işkence yasağı güvence altına alınmıştır. Türk Ceza Kanunu ile de işkence suç olarak sayılmış ve karşılığında hapis cezası öngörülmüştür.

Çalışmamızda işkence kavramı Türk Ceza Hukuku bakımından incelenecektir. Bu çalışmamız dört bölüme ayrılmıştır. Çalışmamızın ilk bölümünde işkence kavramı üzerinde durulacak ve işkencenin tanımı, amacı, hukuki mahiyeti ve unsurları ile işkence suçu kavramı, işkence suçunun kanunlarda düzenlenme şekilleri ve işkencenin tarihsel gelişimi incelenecektir. Ayrıca aynı bölümde işkencenin uluslararası belgelerdeki yeri incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; işkence suçunun TCK'da düzenlenen benzer suçlardan farkı, işkence suçunda korunan hukuki yarar ile fail ve mağdur konuları ayrıntılı olarak incelenecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise; işkence suçu kavramı incelenecektir. İşkence suçunun unsurları, işkence suçunun yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri ile ilişkisi ile suçun özel görünüş şekilleri, işkence suçunun nitelikli halleri ve işkence suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri incelenecektir.

Çalışmamızın son bölümünde ise; TCK'da işkence suçu ile ilgili düzenlemeler, işkence suçunun soruşturma ve kovuşturma usulü, işkence suçunun yaptırımı ile işkence suçunda zamanaşımı ve işkencenin önlenmesi konuları ayrıntılı olarak incelenecektir. Çalışmamızın son bölümünden sonra sonuç kısmı yazılarak çalışmamız sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE KAVRAMI, İŞKENCENİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE İŞKENCENİN ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

I. İŞKENCENİN TANIMI VE AMACI İLE HUKUKİ MAHİYETİ VE UNSURLARI

A. İşkencenin Tanımı ve Amacı

İşkence insanlık tarihinin en eski insan hakları ihlalleri arasında yer almaktadır. İşkence insanın hem varlığına hem de onuruna yönelik girişilen bir saldırı niteliğinde olup ilk çağlardan günümüze kadar bir sorgulama veya cezalandırma aracı olarak kullanıldığı gibi siyasal iktidarlarının varlığını sürdürme aracı olarak da kullanılmıştır¹. Modern Ceza Hukuku'nun meşru görmediği yasak sorgulama yöntemi olan işkence, farklı zaman ve mekânlarda değişik şekillerde tanımlanmış ve bir anlayışa göre işkence olmayan bir davranış başka bir anlayışta ise işkence olarak nitelendirilmiştir².

İşkence kavramını tanımlamak, neyin işkence olduğunu saptamak; eylemin uygulayıcısı, mağduru, yöntemi, derecesi, amaçların çeşitliliği ve yaygınlığı nedeniyle çok zordur. Bu zorluk yapılacak olan her tanımlama denemesinin bu öğelerden herhangi birisinin içeriğini eksiltme tehlikesiyle karşı karşıya kalacak olmasından kaynaklanmaktadır. Uygulamada karşılaşılan diğer bir zorluk ise; ceza ile işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasındaki çizginin açık ve kesin olarak çizilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır³.

İşkence sözcüğü Farsça kökenli olup “*şikence*” sözcüğünden Türkçe'ye geçmiştir. Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde işkence; “*bir kimseye maddi veya*

¹ **Veysel GÜLTAŞ**, İnsan Hakları Odağında İşkence, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005, s. 53.

² **Ali YILDIRIM**, “Yargılama Hukuku ve İşkence Olgusu”, Ankara Barosu Dergisi, yıl 46, sayı 1, Ocak, 1989, s. 32.

³ **Neval Oğan BALKIZ**, “Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi-Öneriler”, Ankara Barosu Dergisi, yıl 59, sayı 2001/4, s. 101.

manevi olarak yapılan aşırı eziyet” olarak tanımlanmıştır⁴. Anabritannica Genel Kültür Ansiklopedisi’nde işkence; “*şiddetli fiziksel veya zihinsel acı ya da bilgi alma, bir itirafa zorlama yahut ceza verme gibi amaçlar doğrultusunda acı çektirme olmasıdır*” şeklinde tanımlanmıştır⁵. Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedisi’nde işkence; “*bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet*” şeklinde tanımlanmıştır⁶.

İşkenceyi; bir kimsenin diğer başka bir kimse üzerinde belirli bir maksatla sık olarak tekrarlanan eylemlerle rahatsız edici, zorlayıcı, maddi ve manevi alanda baskı altında tutucu, yaralayıcı fiilleri gerçekleştirmesi şeklinde tanımlayabiliriz. İşte bu anlamı ile işkence; baskıyı, zoru ve bu nitelikteki eylemlerin kişi üzerinde yarattığı izleri ifade etmektedir. Ayrıca bu duruma şiddetin belirli bir amaç doğrultusunda devam edip gitmesi, şiddetin insan üzerinde devamlı olarak yerine getirilmesi de denilebilmektedir⁷.

İşkence kavramının, pozitif hukuktaki düzenlemelerden ve daha çok işkence yapan kişinin sıfatından, saikinden veya işkence yasağıyla korunmak istenen hukuki yarardan hareket ile değişik biçimlerde tanımı yapılabilmektedir. Ancak buradan hareketle işkence suçunun hangi unsurları ihtiva ettiği ve buna bağlı olarak işkence suçunun ne şekilde tanımlanacağı karmaşık bir sorun oluşturmakta ve işkencenin standart bir tanımını yapmak pek mümkün olmamaktadır⁸.

İşkence uygulaması insanlığın olduğu her dönemde var olmuştur. Eski çağlarda insanlık daha çok fiziksel yöntemler kullanarak dinsel inanış biçimlerinde tanrılardan iyilik, af dileme veya onların öfkesini yatıştırma amacıyla kurban ettiği insanlara, öte yandan düşmanlarına karşı duyduğu intikam hırsının tatmin olması için kendi soyundan olan veya dışarıdan gelen kişilere işkenceler uygulamaktaydı⁹. Dolayısıyla işkencenin değişik amaçlar doğrultusunda uygulandığı anlaşılmaktadır. İşkence sanık

⁴ **Türk Dil Kurumu**; (Erişim) <http://www.tdk.gov.tr>, 24 Şubat 2018.

⁵ **Anabritannica Genel Kültür Ansiklopedisi**; (Erişim)<https://www.britannica.com/topic/torture>, 27 Aralık 2018.

⁶ **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedis**, cilt 10, Sabah, s. 155-156.

⁷ **Köksal BAYRAKTAR**, “İşkence Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 145.

⁸ **İsa BAŞBÜYÜK**, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 12, sayı özel, 2010, s. 1444.

⁹ **BALKIZ**, a.g.m., s. 97.

veya şüpheliden ikrar, itiraf veya bilgi elde etmek amacıyla yapılabileceği gibi, cezalandırma veya sindirme, yıldırma veya gözdağı amacıyla da yapılabilmektedir¹⁰.

İşkencenin, şimdiye kadar geçen sürede iki temel amaçla kullanıldığını söyleyebiliriz. Bunlardan ilki ideolojik sebeplere dayalı olarak karşıt görüşte olanları cezalandırmak, korkutmak ve sindirmektir. İkinci amaç ise suçluları cezalandırmak veya suç delillerini elde etmek, suça ilişkin gerekli bilgilere ulaşmak, sanığın ikrar etmesini sağlamak amacıyla usulî işlem olarak uygulamaktır¹¹. Bu yönüyle bakıldığında işkencenin, tarihi ve sosyolojik açıdan siyasî şiddet yöntemi olarak yaygın şekilde kullanılan işkence ve adli anlamda işkence olmak üzere iki fonksiyonu icra etmekte ve aynı zamanda Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından önemli olan adli işkencenin esas amacının ise; şüpheli ve sanığa suçunu ikrar ettirmek olduğu söylenebilir¹².

Bütün bu açıklamalarımız ışığında işkence uygulanmasında güdülen amacın çeşitli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla işkence uygulanmasının; suçluyu cezalandırmak, sanığa suçunu itiraf ettirmek, delil araştırması yapmak, suçun ve suçlunun ortaklarını tespit etmek, suçludan bilgi elde etmek, suçlunun ifadelerindeki çelişkiyi bulmak ve yine suçlunun olası diğer başka suçlarını tespit etmek için yapıldığı ileri sürülmektedir¹³.

İşkence geçmişten günümüze kadar birçok amaçla uygulandığı görülmektedir. Kanaatimce işkence hangi amaçla uygulanırsa uygulansın hiçbir hal ve koşulda meşru olamaz.

B. İşkencenin Hukuki Mahiyeti ve Unsurları

İşkence kavramının hangi unsurları içerdiği, hukuki açıdan ne şekilde tanımlanacağı konusunda standart ve evrensel bir görüşün bulunmamasındaki en büyük neden ulusal ve uluslararası metinlerde yeknesak bir anlayışın

¹⁰ **Orçun GÜNDÜZ**, “İşkence Suçunda Mağduriyet”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 1, sayı 2, Aralık, 2006, s. 298-299.

¹¹ **Murat ÖNOK**, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s. 34.

¹² **Timur DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 25.

¹³ **Metin ERTUĞRUL**, “İşkence ve Ötesi Özgürlüğün Bedeli”, Yargıtay Dergisi, cilt 1, sayı 4, yıl 1975, s. 121-122.

bulunmamasıdır¹⁴. İşkence yasağına ve işkenceye ilişkin uluslararası belgelerde ve ulusal kanunlarda tek bir tanımın bulunmamasından kaynaklı zorluklar bulunmaktadır. Ancak bu zorluk işkence yasağına özgü değil, işkenceyle birlikte diğer kötü muameleler için de söz konusudur. Yasaklanan hareketlere ilişkin bir tanımın bulunması standartların belirginleşmesini kolaylaştıracak ve bu suretle işkence; zalimane, gayriinsani ve onur kırıcı muamele yasağını düzenleyen kuralları pratikte somutlaştırmış olacaktır¹⁵.

Bir hareketin işkence olarak sayılıp sayılmayacağı konusunda kültürel farklılıklar üstünde yükselen değişik hukuk düzenleri arasındaki çeşitli yaklaşımlar belirleyici olmaktadır. Çünkü değişik kültürlerde benzeri davranışlar farklı bir şekilde değerlendirilebilmekte, bir kültürün açıkça işkence olarak gördüğü bir davranış başka bir kültürde doğal sayılabilmekte ve hatta kültürler arasındaki farklılığa bile gerek kalmaksızın aynı toplum içinde kişiler arasında bile işkence konusunda farklılıklar görülebilmektedir¹⁶.

İşkencenin hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda birtakım sorunlar bulunmasına rağmen öğretide işkence; özgürlüğü devlet tarafından sınırlandırılmış kişilere karşı uygulanan muamele olduğu görüşünün hâkim olduğu ve bu muamele; kişinin fiziki bütünlüğü ile birlikte biyolojik, toplumsal ve kamusal özgürlüğünü de ihlal etmektedir¹⁷. Uluslararası insan hakları belgeleri ve denetim mekanizmaları kararları uyarınca bir fiilin işkence olarak nitelendirilebilmesi için kişiye verilen her türlü acı ve ızdırabın kasıtlı bir şekilde yapılması gerekmektedir. Ayrıca kişiye uygulanan muamelenin maddi ya da manevi acı ve ızdırıp vermesi, suçu işleyen failin ancak devlet görevlisi sıfatının olması veya bu kişilerle bağlantısının olması, kötü muamele sebebiyle acı ve ızdırabın kanuni yaptırımların doğasında bulunması veya ikincil nitelikte olmaması gereklidir¹⁸. Öğretide işkencenin unsurları şu şekilde belirtilmektedir;

¹⁴ **Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 7, sayı 65, Nisan, 2015, s. 15.

¹⁵ **İlhan ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, Turhan Kitapevi, 2003, s. 9-10.

¹⁶ **ÜZÜLMEZ**, a.g.e., s. 10.

¹⁷ **ÜZÜLMEZ**, a.g.e., s. 10.

¹⁸ **Aysun KOÇ; Hülya ÜÇPINAR; Nazan SAKALLI; Nergiz Tuba ATAŞ**, İşkenceye Açık Kapılar (Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Değerlendirmesi), İzmir, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 2009, s. 37-38.

1. Kuvvetli cismani ve manevi acı ya da ızdıraba yol açması,
2. Failin resmi sığata sahip olması veya resmi sığata sahip olan bir kişinin, diğer üçüncü kişileri kullanmak suretiyle hareket etmesi,
3. İşkence görenin geçici veya sürekli olarak “üçüncü kişinin himayesi altında” bulunması,
4. Acı ve ızdırıp veren eylemlerin belirli bir amaçla ve bu amaca yönelik kasıtlı olarak yapılmasıdır¹⁹.

Şüpheli veya sanığa işkence uygulanarak sorgulanması yoluyla, hâkimden önce cezalandırma isteğinin öncelikle teşhis ve tespitinin yapılması gerekir. Bu yolla hâkimin yapılan yargılama sonucu nasıl karar verirse versin işkence sorgu kılığı adı altında “peşin idari ceza” olarak verilmesi oldukça düşündürücü bir durumdur²⁰. Peşin idari ceza olarak nitelendirdiğimiz bu manadaki işkence bilgi sağlamaya yöneliktir. Ancak bunun dışında cezalandırma amacıyla da yapılabilir. İşkencenin bu şekilde yapılması daha çok bir cezayı eziyet verici hale sokmak içindir. İşkencenin cezalandırmak amacıyla yapıldığı durumlarda bu durumu kişiye verilen cezanın infazının o kişide yarattığı acı ve ızdırıp ile karıştırmamak gerekmektedir. Bu durum 1984 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 1. maddesinde; “...bu sadece kanuni müeyyidelerin uygulanmasından kaynaklanan, doğasında olan veya geçici olarak meydana gelen acı ve ızdırabı içermeyiz.” hükmüyle istisna tutulmuş ve sonuç olarak da devlet tarafından uygulanacak olan zorlayıcı tedbirlerin işkence sayılmayacağı kabul edilmiştir²¹.

İşkence kavramının ulusal ve uluslararası tek bir tanımının yapılamadığı anlaşılmaktadır. Bu durumun ortaya çıkmasında değişik nedenler olduğunu söyleyebiliriz. Ancak en önemli nedenin kültürel farklılıklar olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁹ **Sevi BAKIM**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, İstanbul, Beta Yayınevi, Ağustos 2008, s. 8.

²⁰ **Faruk EREM**, “İşkence” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 1988/2, s. 199.

²¹ **ÜZÜLMEZ**, a.g.e., s. 13.

II. İŞKENCE SUÇU KAVRAMI VE İŞKENCE SUÇUNUN KANUNLARDA DÜZENLENME ŞEKİLLERİ

A. İşkence Suçu Kavramı

İşkence suçunun tanımı hukuki temellendirmelere göre yapılmaktadır. İşkence sözcüğü kavram olarak Türk Hukuk Lügat'ında; *“herhangi bir maksatla birisine cismen ceza verici harekette bulunmak veya sanıklara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara ceza ve ceza etmektir”* şeklinde tanımlanmaktadır²².

Hukuki kavram olarak ele aldığımızda işkence suçunun dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde tanımı yapılmaktadır. Dar anlamdaki tanımına göre işkence suçu; şüphelinin veya sanığın ifadesini ya da sorgusunu almakla yetkili olan görevlilerin şüpheliye veya sanığa suçlarını ikrar ettirmek, suç delillerini elde etmek, ifade ve sorgu esnasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, suç ortaklarını ele vermesini sağlamak ya da işlemesi muhtemel başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedeni veya ruhsal zarar ya da risk meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muamelelerdir. Geniş anlamdaki tanıma göre işkence suçu ise; bir kimseye karşı insan haysiyetiyle bağdaşmayan ve bedeni ya da ruhsal yönden onun acı çekmesine, aşağılanmasına neden olan her türlü maddi ve manevi sistematik hareketlerin bir kamu görevlisi tarafından yapılmasıdır²³.

İşkencenin dar anlamdaki tanımına ETCK'nın 243. maddesindeki düzenleme örnek verilebilir. Bu maddeye göre; işkencenin memur ve diğer kamu görevlileri tarafından bir kişiye suçunu söyletmek, mağdurun, kişisel davacının, davaya katılanın veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek ya da şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer başka sebeplerle uygulanması gerekmektedir. Ancak işkence uygulayanın ifade ve sorgu ile yetkili bir memur olması gerekmektedir. İşkencenin geniş anlamda tanımına uygun olan Türk Ceza Kanununun 94. maddesindeki

²² **Türk Hukuk Lügati**, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 174-175.

²³ **DEMİRBAŞ**, a.g.e., s. 23-24.

düzenleme örnek verilebilir. TCK'nın 94. maddesindeki bu düzenlemesine göre; işkence suçunun faili bakımından ETCK'ya göre daha geniş tutulduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla TCK'nın işkence suçunu düzenleyen ilgili kanun maddesi dikkate alındığında ETCK'ya göre daha geniş bir tanım yapılmıştır. Kanaatimizce TCK'da işkence suçu ile ilgili olarak daha kapsamlı bir tanıma yer verilmesi işkenceyle etkili bir mücadele hedeflenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

İşkence suçunun herkes tarafından kabul gören uluslararası bir tanımının yapıldığını söylemek çok güçtür. İşkence suçunun herkes tarafından kabul gören bir tanımının yapılmamış olsa da; farklı şekillerde birçok tanımının yapıldığı görülmektedir. İşkenceyi tarihi ve politik anlamda, daha doğrusu işkence denildiği zaman kişinin zihinde uyandırdığı özel anlamda şüphelinin itirafını alma ve iradesini etkileme aracı olarak kabul edilmesi durumunda işkencenin tanımını şu şekilde yapabiliriz; devlet erkinin gücünü temsil eden bir kimse tarafından veya onun harekete geçirmesiyle işkence uygulananın ya da diğer üçüncü bir kişinin ifadesini veya ikrarını etkilemek, onun tarafından gerçekten işlenmiş veya işlenmesi olası olan bir eylemi cezalandırmak veya diğer bir kişiyi korkutmak amacıyla yapılan ağır cismani, ruhsal veya zihinsel acı ya da ızdırap veren hareketler şeklinde tanımlanabilir. 09.12.1975 tarihli Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Tüm Kişilerin Korunması Bildirisinde de bu tanımdaki gibi kapsamlı bir tanım yapıldığını söyleyebiliriz²⁴.

İşkencenin tanımı ile ilgili 10 Şubat 1984 tarihli Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmesi'nin 1. maddesinde belirtilmiş ve buna göre; *“Sözleşme amaçlarına göre “işkence” terimi, bir şahıs üzerinde kasıtlı olarak uygulanan ve o şahıstan veya üçüncü bir şahıstan bilgi edinmek ya da ikrar elde etmek, o şahsın veya üçüncü bir şahsın gerçekleştirdiği veya gerçekleştirdiğinden şüphe edilen davranışlarından dolayı onu cezalandırmak veya o şahsı ya da üçüncü bir başka şahsı korkutmak veyahut sindirmek için veya ayrımcılığın herhangi başka bir türüne dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka*

²⁴ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 5.

kişi tarafından doğrudan doğruya veya bu kişilerin özendirilmesi veya rızası veyahut da bu hareketi onaylaması suretiyle gerçekleştirilen, kişide bedensel ve ruhsal ağır acı ve ızdırıp veren herhangi eylem” şeklinde tanımlanmıştır²⁵. Bu madde de işkencenin tanımı geniş bir şekilde yapılmıştır.

Uluslararası düzeyde yapılan 5. Cenevre BM Kongresi’nde işkence; *“Kendisi veya üçüncü kişi hakkında bilgi almak, cezalandırmak veya gözdağı vermek amacıyla uygulanan ve kişiye hem bedensel hem de ruhsal anlamda ciddi şekilde acı ve ızdırıp veren; kasti bir şekilde, resmi bir kişinin emriyle veya bizzat kişinin kendisi tarafından uygulanan her türlü muamele”* denilmek suretiyle tanımlanmıştır²⁶.

Uluslararası Af Örgütü’nün işkence konusunda 1975 tarihinde yapmış olduğu tanım ise; *“İşkence sistematik ve bilinçli olarak bir kişi tarafından diğer bir kişiye veya üçüncü bir kişiye kişinin serbest iradesine uygun olmayan bir şeyi kabul ettirme amacıyla akut acının bilinçli olarak verilmesidir.”* şeklindedir²⁷. Uluslararası Af Örgütü tarafından işkenceye ilişkin kısa bir tanım yapılmıştır.

Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi işkenceyi; *“Kendi başlarına veya herhangi bir otoritenin emri ile hareket eden bir veya birden çok kişinin bir diğer kişiyi bilgi vermesi için veya bir itirafta bulunması için zorlaması veyahut diğer herhangi bir sebeple zorlamak amacıyla kasıtlı, sistematik ya da nedensiz olarak gerçekleştirdiği fiziksel ya da maddi acı”* şeklinde ifade edilmiştir²⁸.

ÖNOK işkenceyi hukuki ve teknik bakımdan ele alarak; *“Bir kamu görevlisi veya onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs tarafından, mağduru adli kovuşturmayla ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlama ya da işlediği veya işlendiğinden şüphe edilen bir fiil ya da herhangi bir temele dayalı ayrımcılık sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap doğurarak ya da herhangi bir şekilde insan onuruna ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevi bütünlüğüne zarar vermeye*

²⁵ **Mehmet Semih GEMALMAZ**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*, II. Cilt Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011, s. 817.

²⁶ **BAKIM**, a.g.e., s. 6.

²⁷ **Nazlı Hilal DEMİR**, “Uluslararası Belgeler ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında İşkence Suçunun İncelenmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 12, sayı 1, Ocak, 2013, s.129.

²⁸ **GÜLTAŞ**, a.g.e., s. 54-55.

elverişli her türlü kasıtlı harekettir."²⁹ şeklinde işkencenin tanımı ortaya konulmuştur.

ÜZÜLMEZ'e göre işkence BM sözleşmesinde yapılan tanım da dikkate alınarak; *"Bir kimseden suçları hakkında bilgi yani delil elde etmek, mağdurun şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya tanığın olayları bildirmesini şikayet ve ihbarda bulunmasını engellemek veyahut da şikayet ve ihbarda bulunduğu ve tanıklık ettiği için veya bunların dışında ve fakat yargılama faaliyetleriyle ilgili herhangi bir nedenle veya ayrımcılığa dayalı herhangi nedenle kişi üzerinde uygulanan fiziki ve manevi nitelikte şiddetli acı ve ızdırap veren her türlü hareket"* şeklinde tanımlamıştır³⁰.

Yargıtay işkenceyi; *"Bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketlerin yapılması"* şeklinde tanımlamıştır³¹. Yargıtay işkenceyi kısa ve öz bir şekilde tanımlamıştır. İşkenceyi kısa ve öz bir şekilde CENTEL/ZAFER de tanımlamıştır. Buna göre: CENTEL/ZAFER işkenceyi, uzun süreli ve tekrarlanarak sistematik bir biçimde uygulanan fiziksel ve ruhsal acı veren davranışlar olarak nitelendirmiştir³².

İşkence Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında belirlenmiş olan temel görüşler işkenceyi özet olarak; bilgi ya da ikrar sağlama yahut bir cezayı eziyet verici hale sokma gibi gayelerle yapılan insanlık dışı gibi muameleler olarak tanımlamıştır. Daha sonra mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bu tanımını: *"İşkence; çok ciddi nitelikte zalimane, insanlık dışı muamelelere maruz kalınması halidir."* şeklinde yeniden formüle ederek tanımlamıştır ve bu tanımların özü ise şiddet ögesi belirgin olan insanlık dışı muamelelerdir³³.

²⁹ ÖNOK, a.g.e., s. 33.

³⁰ İlhan ÜZÜLMEZ, "Türk Hukukunda İşkence Cürmü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 10, sayı 3-4, 2002, s. 149.

³¹ Vural SAVAŞ; Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, CİLT II, Ankara, 1995, s. 2224.

³² Nur CENTEL; Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 243.

³³ Mehmet Semih GEMALMAZ, "İşkence Karşısında Ulusal Yargı Açmazı", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, cilt 12, sayı 95, Mayıs, 1988, s. 9.

İşkenceyi düzenleyen ETCK'nın 243. maddesi birinci fıkrasında; *“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..”* denilmek suretiyle işkence bu şekilde belirtilmiştir.

TCK'nın özel anlamda işkenceyi cezalandıran 94. maddesi birinci fıkrasında: *“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan; bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi....”* denilmektedir. Söz konusu maddede düzenlenen işkence suçu insanlık dışı veya kötü muameleyi de kapsayan bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Ancak işkence dışındaki diğer kötü muamelelerin tanımı yapılmamıştır.

İşkence; zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleler kanun da tanımı yapılmamış, bu husus uygulamaya bırakılmıştır³⁴. Aslında kanunda geçen bu kavramların tanımının yapılmamış olması, uygulamaya işkencenin belirlenmesi hususunda yol göstermektedir. Bu kavramın tanımı tatbikata geçtiği ölçüde ortaya çıkacaktır.

B. İşkence Suçunun Kanunlarda Düzenlenme Şekli

Ceza kanunlarında işkencenin cezalandırılmasında üç farklı sistemin olduğu görülmektedir. İşkence suçunun kanunlarda düzenlenme şekli devlet idaresi, adliye veya kişilerden birisinin esas alınmasıyla oluşturulan sistemlerdir. Bu sistemlerden birincisi işkenceyi devlet idaresi aleyhine suç kabul eden sistemler, ikincisi adliye aleyhine suç kabul eden sistemler ve üçüncüsü de kişilere karşı suç kabul eden sistemlerdir³⁵. İşkence suçu kanunlarda değişik şekillerde düzenlenmiştir. İşkence suçunun kanunlarda devlet idaresine karşı işlenen suç olarak düzenlendiği, adliyeye karşı işlenen suç olarak düzenlendiği veya kişilere karşı suç olarak düzenlendiği

³⁴ SAVAŞ; MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 2224.

³⁵ ÜZÜLMEZ, İşkence Cürmü, s. 152.

sistemler bulunmaktadır. Şimdi bu üç sistemi aşağıda ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

1. Devlet İdaresi Aleyhinde Suç Olarak Kabul Eden Sistemler

Bazı ceza kanunları işkence fiilini devlet idaresi aleyhine karşı işlenmiş bir suç olarak görmektedir. Dolayısıyla kamu idaresine mensup bir kişinin görevini kötüye kullanarak veya yetki sınırlarını aşarak bir kişinin haklarına helal getirmesi, kişilerin kamu idaresine karşı duymuş oldukları güven duygusunun zedelenmesine ve azalmasına ve idarenin itibarının sarsılmasına sebep olmaktadır. Diğer taraftan Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ile getirilen kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ve hiçbir kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezaya ve muameleye tabi tutulamayacağı şeklindeki hüküm işkence suçunun kamusal özelliğini vurgulamaktadır. Yine İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi ve yine aynı amaca yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle de bu kamusal özellik belirtilmiştir³⁶.

ETCK'nın II. Kitap 3. Babının 6. Faslında 243-250. maddeleri arasında yer alan bütün suçlar devlet idaresine karşı işlenmiş suçlar arasında yer almakta ve bu bakımından da işkence suçunun kamusal özelliğinin vurgulandığı söylenebilir³⁷. Dolayısıyla ETCK'nın 243. maddesinde düzenlenen işkence suçu da devlet idaresi aleyhine işlenmiş suçlar kısmında yer almaktadır.

İşkence suçunun devlet idaresi aleyhinde suç olarak kabul eden sistemlerde kişilerin devletine olan güvenin sarsılması ve devletin itibarsızlaşması sonucunu doğurmaktadır. İşkence ile sadece devletin itibarının sarsılmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla işkence sonucunda devletin itibarsızlaşmasının yanı sıra işkenceye maruz kalan kişinin de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği unutulmamalıdır. Buradan hareketle işkence suçu aynı zamanda adliyeye karşı da işlenmiş olmaktadır.

³⁶ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 17.

³⁷ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 17.

2. Adliyeye Aleyhine Karşı Suç Olarak Kabul Eden Sistemler

Adliyeye karşı suç olarak kabul eden ceza kanunları bulunmaktadır. 1968 tarihli Bulgar Ceza Kanunu (m.287) ve 1977 tarihli Arnavutluk Ceza Kanunu (m. 115) işkenceyi adliye aleyhine işlenmiş bir suç olarak kabul etmiş, yine aynı zamanda ülkemizde işkence 1987 ve 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu ön tasarılarında adliyeye karşı işlenmiş suçlar arasında düzenlenmiştir³⁸.

Adliyeye karşı suç olarak kabul eden sistemlerde işkencenin adliye aleyhine işlenmesinden hareketle oluşturulmaktadır. İşkencenin sadece adliye aleyhine karşı suç olarak benimseyen sistemin kabul edilmesinin doğru olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü işkence sadece adliye aleyhine işlenmemektedir. Aynı zamanda devlet idaresi aleyhine de işlenmektedir. İşkence suçunun kanunlarda düzenleniş şekli belirlenirken karma bir sistemin benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. Kişilere Karşı Suç Olarak Kabul Eden Sistemler

Son olarak işkence suçunun kanunlarda düzenleniş şekillerinden olan işkenceyi kişilere karşı suç kabul eden sistemlerdir. Kişilere karşı suç olarak kabul eden sistemlerde işkence fiili herkes tarafından işlenebilen genel bir suç olarak düzenlenmektedir. Bu sistemin örneklerine 1889 ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ile 1994 tarihli Yeni Fransız Ceza Kanunu'nda rastlanmakta; işkence suçu kişilere karşı işlenmiş bir suç kabul edilmekte ve failin memurluk sıfat ve görevini kötüye kullanması hali ağırlatıcı sebep teşkil etmektedir³⁹.

Kişilere karşı suç olarak kabul eden sistemlerde işkenceyi oluşturan fiilin herkes tarafından işlenebileceği bir genel suç olarak düzenlenmesi işkencenin kapsamını oldukça genişlettiği kanaatindeyiz.

³⁸ ÜZÜLMEZ, İşkence Cürmü, s. 152.

³⁹ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 19.

III. İŞKENCENİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Bilgiler

İşkencenin tarihi gelişimiyle; işkence uygulamasının tarihi seyri, daha sonra işkencenin yasaklanması ve son olarak da işkencenin suç haline gelip cezalandırılmasıdır. Biz bu tarihi seyri bu başlık altında inceleyeceğiz.

Gerçeği ortaya çıkarmak, suçsuz olanların ceza almasını engellemek ve suçu işleyen suçluların da cezalandırılmasını sağlamak için insanlar çok eski zamanlardan beri uğraşmışlardır. Çoğu defa bu amaç doğrultusunda sanıklara korkunç işkenceler uygulanarak kendilerinden doğru beyanlar alınmaya çalışılmıştır⁴⁰. Bu durum suçların ispatına yönelik kuralların ve insan haklarının gelişmesiyle işkence tarihi arasında paralellik olduğunu göstermektedir. İşkence insanlık tarihi kadar eski ve insanlığın tarihi açısından kara bir lekedir. İşkenceden teknik bakımdan bahsedebilmek için şüphesiz bir devlet düzeninin bulunması gerekiyordu ve devlet düzeninin olduğu Çin, Mısır ve Japonya gibi ülkelerde işkence uygulamasına daha fazla rastlanıyordu; ancak buna karşın politik temelli soy ve aşiret yapısı olan Yahudilikte işkence uygulamasına daha az rastlandığı söylenebilir⁴¹. Dolayısıyla işkencenin devlet yapısı olan sistemlerde görüldüğü daha fazla görüldüğü anlaşılmaktadır.

İlk devirler incelendiğinde suçların ispatı dine ve olağanüstü temellere dayandırılmış, bu suretle dini inançlarla karışık delil sistemi benimsenmiş ve bu sayede yapılan iş hakkında Tanrıların düşüncelerinin anlaşılacağına inanılmıştır⁴². Ceza Muhakemesi Hukukunda kanıtların ilk aşaması olarak da kabul edilen “*dini kanıt sistemi*”nde sanığa yapılan kızgın demir tutturma ve elini kaynar suya sokma şeklindeki işkenceler sonucu kişinin işkenceye dayanarak hayatta kalması halinde, söz konusu kişi Tanrı ve insanlar nazarında suçsuz sayılarak ceza

⁴⁰ Öztekin TOSUN; Nevzat GÜLERİ, “Heyecan Göstergesi İle Yalan Beyanın Bulunması ve Ceza Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 30, sayı 3-4, 1964, s. 499.

⁴¹ Timur DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992, s. 9.

⁴² ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 21.

almaktan kurtulmaktaydı⁴³. Bu dönemden sonra deliller arasında belirli hiyerarşinin doğmaya başladığı, yargılama yapan yargıcın ceza vermesi için belirli suçlar için bile olsa belirli sayıda kanıta veya tanığa dayanmak zorunda olduğu yasal delil dönemi başlamıştır⁴⁴.

Günümüzde de geçerli olan son aşama ise; delil serbestliği ve vicdani kanaate göre cezalandırma aşaması olup ilk iki aşamanın aksine bu aşamada işkence yasak olmakta ve işkenceye başvurulması halinde işkence yapan cezalandırılmaktadır⁴⁵. Zamanla gelişen insan hakları nedeniyle işkence ile etkili mücadele edilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla insan haklarının da gelişmesiyle işkence yasaklanmış ve suç olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu bölümde işkencenin batı hukukunda ve daha sonra da hukukumuzdaki tarihi gelişimini sırasıyla ayrı başlıklara altında incelenecektir.

B. Batı Hukuku'nda İşkence

1. Eski Yunan ve Roma Hukuku'nda İşkence

Eski Yunan'da "*basanos*" kavramı kullanılan işkencenin dar anlamda işkence (tahkikat işkencesi) ile yapılan sorgulamayı; geniş anlamda ise bir şeyin veya kişinin gerçek veya dürüst olup olmadığını denemeyi ifade etmektedir. Eski Yunan'da kanıt bulmak ya da güvenliğin sağlanmasında faydalı olacak bir bilgi elde etmek amacıyla yapılan işkence insan onuruna saldırı olarak kabul edilmiştir ancak hür insanlar için kabul edilen bu ilke köle ve yabancılar için uygulanmamıştır⁴⁶.

Eski Yunan ve Roma'da kölelere işkence yapmak mümkündü. Çünkü işkence uygulanan kölelerin hukuki kişiliği yoktu. Dolayısıyla Eski Yunan ve Roma'da kölelerin işkenceye uğraması neredeyse değişmez bir alın yazısı olarak kabul edilirdi⁴⁷. Bir köleye yapılmış olan saldırı sahibine yapılmış sayılırdı ve bu

⁴³ **Pierre BOUZAT**, "Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları", çev. Hasan İ. Bıyıklı, Yargıtay Dergisi, cilt 3, sayı 1, Ocak, 1977, s. 87.

⁴⁴ **Sami SELÇUK**, "Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti", Yargıtay Dergisi, cilt 3, sayı 2, Nisan, 1977, s. 52.

⁴⁵ **ÜZÜLMEZ**, a.g.e., s.21.

⁴⁶ **ÜZÜLMEZ**, a.g.e., s. 22.

⁴⁷ **George Rayley SCOTT**, İşkencenin Tarihi, Çev. Hamide Koyukan, Ankara, Dost, Şubat 2001, s. 64.

doğrultuda sahibi kölenin yapmış olduğu her türlü davranıştan sorumluydu. Kölenin alınan ifadesi sadece işkence ile pekiştirildiği durumlarda geçerli olmaktadır⁴⁸. Hürlere ise hukuki kişiliğe sahip olduklarından normal şartlarda işkence yapılmazdı. Ancak hainlikle suçlanan hürlere de işkence yapılabilirdi. Dolayısıyla bu istisna dışında işkence kölelerle sınırlı kalmıştır. Bunlara ek olarak Roma Hukuku'nda işkence yapısı ve işkencenin derecesi hâkimin takdirindeydi⁴⁹.

Roma Hukuku'nda köle karşısında işkence, sanığın ikrarında olduğu gibi tanıklığın yapılması ve teyit edilmesinde de kabul edilmekteydi. Ancak bu kişinin hür bir kişi olması halinde suçunu ikrar etmekten veya tanıklıktan kaçınması durumunda bile hür kişiye işkence yapılması yasaktı. Böyle bir durumda itiraftan ve tanıklıktan kaçınan hürlerin Magistrat tarafından tutuklanması veya para cezasıyla cezalandırılması mümkündü ve yine böyle bir durumda işkence fiilleri uygulanması caiz iken, Roma'da sadece Roma vatandaşlarına karşı değil, Roma vatandaşı olmayan hürlerin tamamına karşı da işkence yapılması yasaktı⁵⁰.

Roma Hukuku'nda işkencenin yasallaştığı dönemde imparator Marcus ve Verus (M.S. 161-169) özgür kişileri alçak ve yüksek kişiler olmak üzere ikiye ayırmış ve yüksek gruptakileri işkenceden muaf tutmuş ancak alçak gruptaki kişileri kölelere yaklaştırmıştır. Roma Hukuku'nda devlete karşı işlenen suçlarda büyücülük suçu ile kalpazanlık suçlarında sanığın statüsüne bakılmaksızın; yani hür, köle, vatandaş veya yabancı olmasına bakılmaksızın sanıklar işkenceye tabi tutuluyorlardı⁵¹. Eski Yunan ve Roma döneminde uygulanan işkencelere; kurşuna dizme, eritilmiş kurşunu boğaza dökme, gözleri çıkarma, hadım etme ve diri diri yakma gibi işkenceler örnek verilebilir⁵². Dolayısıyla Roma'da da işkenceye gerçeği ortaya çıkarmaya yarayan bir araç gibi bakıldığı anlaşılmaktadır⁵³.

İşkencenin Cermen Hukuku'ndaki durumuna bakacak olursak; işkence yapmak ilk başlarda yasaktır. Ancak daha sonraları Romalılardan işkence uygulamasını

⁴⁸ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 31.

⁴⁹ SCOTT, a.g.e., s. 65.

⁵⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 31.

⁵¹ DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 71, 1996, s. 9.

⁵² SCOTT, a.g.e., s. 66.

⁵³ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 25.

almışlardır ve bunun en iyi örneği Cermenlerin Romalılar ile temas eden kabilelerinde, köleler ile sınırlı olmak üzere işkence uygulanmıştır⁵⁴.

Eski Yunan ve Roma'da işkenceye rastlanmaktadır. Eski Yunan'da işkence köle ve yabancılara yapılmakta hürlere ise; insan haysiyetine aykırı olduğu için yapılmamaktaydı. Roma'da da kölelere ve roma vatandaşı olmayanlara işkence uygulanmaktaydı. Hatta Roma'da işkencenin yasallaştığı dönemlerin de olduğu görülmektedir. Cermenlerde ise; işkence ilk başlarda yoktu ancak daha sonraları Roma'dan işkenceyi aldıkları ve kölelere işkence uyguladıkları anlaşılmaktadır.

2. Ortaçağ Avrupa Hukuku'nda İşkence

Ortaçağ olarak nitelendirdiğimiz kavram 5. yüzyılda başlayıp 15. yüzyıla kadar devam eden dönemi kapsamaktadır. Ortaçağ Avrupa'sına baktığımızda insanlık ayıbı olan engizisyon mahkemeleri vardır. Dolayısıyla Ortaçağ Avrupası'nda işkence uygulaması bu mahkemelerde meşru bir uygulama aracı olarak görülmekteydi. Bu şekilde işkence uygulanan bir dönemde şunu da belirtmek isteriz ki; Hristiyan dininin işkenceye ilişkin bir takım anlayışlar getirdiği de söylenebilir. Şöyle ki; Ortaçağ döneminde Avrupa'da Hristiyanlık dininin yaygınlaşması ile birlikte hak ve özgürlükler farklı boyutlar kazanmış, yaratıcı karşısında insanların birbirlerine eşit oldukları esas alınarak kölelik kabul edilmemiş ve özgürlük anlayışı ile insan ve insanın sahip olduğu haklarına saygı ön plana çıkmıştır⁵⁵.

Ortaçağ Avrupası adeta işkence ile özdeş olarak anılan o dönemde yargı organı olan engizisyon ile anılmaktaydı. Ortaçağ Avrupası'nda bir yargı organı olan engizisyon, inandıkları yaratıcı adına kurulan ve Hristiyanlığa karşı suç işleyen kişilerin birer sapkın olarak afişe edildikten sonra bu kişileri yargılayarak cezalandırılmasını sağlayan yargı organıdır⁵⁶. Bir yargı organı olan engizisyonlarda insanlığın utanç vesikası niteliğinde birçok insana akıl almaz işkenceler uygulanmıştır. İşte engizisyon yargı organlarının yaptığı işkenceler Ortaçağ Avrupası'nın karanlık dönemidir.

⁵⁴ DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 10-11.

⁵⁵ BAKIM, a.g.e., s. 11.

⁵⁶ Mehmet ESGİN, "İşkence ve Engizisyon", Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 3, 2013, s. 39.

Ortaçağ Avrupası'nda uygulanan engizisyon yönteminin varlığını sürdürdüğü ülkelerden İspanya dışında batı hukukunda işkencenin ortadan kalktığı bu dönemde kilisede işkenceye karşı olmuştur⁵⁷. Bu duruma örnek olarak Papa I. Nicolaus'un 866 tarihinde Bulgar Kralına söylediği; “işkence gören kişi, buna direnecek gücü olmayıp da suçlu olmadığı halde suçu yüklenirse, onu yalancı itiraflara zorlayandan başka kim günaha girer?” sözü gösterilebilir. Kilisenin kanıt kuramı gereği 13. yüzyılda Roma Hukuku'nun canlanmasıyla itirafa önem vermeye başlanınca işkence ceza uygulamasına tekrardan başvuruldu⁵⁸.

Ortaçağ Avrupası'nda kilise hukuku ile Roma Hukuku arasındaki sıkı ilişkiye rağmen kilise hukuku işkenceyi kabul etmemiş hatta papalar işkenceyi lanetlemişlerdir. Buna örnek olarak Papa III. İnnozens 1215'te işkenceye karşı olduğunu beyan etmiştir. Ancak Papalık 12. yüzyılda dini kurallardan sapma ile itaatsizlikleri şeytan eseri olarak görmüş ve bu kişileri öldürerek cezalandırmıştır. Dolayısıyla Papa III. İnnozens Roma hukukunda geçerli olan olağanüstü muhakeme usulünün dini mahkemeler tarafından da uygulanmasına karar verdi ve böylece kilise hukukunda yer alan ve olağanüstü muhakeme usulü olan tahkik sistemi laik mahkemeler tarafından 13. yüzyılın başlarında uygulanmaya başlandı⁵⁹. Bunun sonucu olarak Papa IV. İnnozens 1252 tarihinde çıkardığı “*Ad Extirpanda Kararnamesi*” ile kişiyi itiraf etmeye zorlamak amacıyla yapılan işkencenin hukuka uygun olduğunu ilan etmiştir⁶⁰.

Ortaçağ Avrupası ceza yargılamasında işkence tahkik sistemi altında gelişmiştir ve işkence uygulamasının esasında bir olayın sabit sayılabilmesi için sadece bazı ipuçlarıyla ispat etmenin mümkün olmadığı, bunun aynı zamanda ikrar ile tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir⁶¹. Dolayısıyla Ortaçağ Avrupası'nda kişiye suçunu ikrar etmesi için işkence yapılabilirdi. Ortaçağ Avrupa'sında kişinin suçunu ikrar etmesi için insan hakları ihlallerinin en ağırlarından olan işkence

⁵⁷ BAKIM, a.g.e., s.11.

⁵⁸ Mert BAŞER; A. Caner YENİDÜNYA; “Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Samığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu; İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu”, İzmir Barosu Dergisi, sayı 4, Ekim, 1996, s. 32.

⁵⁹ Mehmet Emin ARTUK, “Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı”, Argumentum, sayı 2, Eylül, 1990, s. 1.

⁶⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 32-33.

⁶¹ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 28.

uygulanmıştır. Avrupa’da insan hakları açısından Ortaçağ’ın karanlık bir dönem olduğunu söyleyebiliriz.

3. Müşterek Hukukta İşkence

Müşterek hukuk dönemini Roma hukuku ile hâlihazırdaki Avrupa Hukuku’nun karışımıyla oluşan bir hukuk olarak tanımlayabiliriz. Müşterek hukuk döneminde birçok kanun çıkarılmıştır. Ancak çıkarılan bu yasalar incelendiğinde bu yasaların işkence suçunu ortadan kaldırdığı söylenememektedir. Aksine işkencenin müşterek hukuk döneminde çıkarılan yasalar ile birlikte yasal çerçeve kazandığı söylenebilir⁶².

Müşterek hukukta bir kişiye ceza verilebilmesi için kişinin ikrarı ve iki tanığın beyanına bakılmaktaydı. Müşterek hukuk döneminde Kral XIV. Louis zamanında çıkarılan ülkenin ilk ceza muhakemeleri usulü kanunu sayılan 1670 tarihli Büyük Emirname ile iki tür işkence öngörülmekteydi. Bunlar; hazırlık soruları adı altında sanıktan ikrar elde etmeye yönelik yasal bir tahkik vasıtası öngörülen hazırlık işkencesi ve idama ilişkin hükmünden sonra ve bu idam hükmünün infaz edilmesinden önce mahkûmun suça iştirak edenleri ele vermesi için uygulanan ön işkencedir. Büyük Emirname ile işkence süresine ve yeni yöntemlerin uygulanıp uygulanmamasına göre de olağan ve olağanüstü diye ikiye ayrılmaktaydı⁶³.

Müşterek hukuk dönemimde de işkence sistematik olarak yaygınlaşmıştır. Öyle ki resmi ve sistematik bir özellik kazanan işkence uygulaması ülkelerden ülkelere yayılmıştır ve 17. yüzyıla gelindiğinde artık işkenceyi yargılama sürecinin bir parçası olarak benimsemeyen Kıta Avrupası ülkesinin kalmadığı söylenebilir⁶⁴. Ancak bu dönemde bütün Avrupa’da işkence uygulaması olağan bir hukuk uygulaması olarak karşımıza çıkarken İngiltere’de 15 Haziran 1215’te kralın yetkilerinin sınırlandırılması, kanunlara uymasının sağlanması, kişilere bazı hakların tanınması ve bu hakların korunması amacıyla Magna Carta Libertatum ilan edilmiş ve bu ferman kişilerin hürriyetini korumak için bunu yargı güvencesine bağlamıştır⁶⁵. Dolayısıyla hâkim tarafından verilmiş bir karar olmadıkça kişilerin

⁶² BAKIM, a.g.e., s. 13.

⁶³ ARTUK, a.g.m., s. 1.

⁶⁴ ÖNOK, a.g.e., s. 45.

⁶⁵ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.34.

yakalanamayacakları, tutuklanamayacakları ve herhangi bir kötü muameleye maruz kalmayacakları güvence altına almıştır. Bütün Avrupa’da işkence uygulaması varken İngiltere’de kişi dokunulmazlığına ve kişi güvenliğine ilişkin dikkate değer gelişmeler yaşanmıştır⁶⁶

Bu bilgiler ışığında müşterek hukuk dönemi ile ilgili işkence uygulamasına rastlandığını belirtilebilir. İşkencenin bu dönemde genel olarak sistematik ve yasal bir şekilde uygulandığını söyleyebiliriz. Ancak bu dönemde işkenceye ilişkin olumsuzluklara rağmen İngiltere’de insan hak ve hürriyetleri açısından önemli olan Magna Carta Libertatum fermanı 1215 yılında yayımlanmıştır.

4. Aydınlanma Dönemi Hukuku’nda İşkence

İşkence uygulamasının insan onur ve haysiyeti ile bağdaşmayan bir durum olduğu benimsenerek işkenceyi suç saymak Aydınlanma döneminin ürünüdür⁶⁷. Aydınlanma çağı düşünürleri işkencenin kaldırılması için işkenceye karşı çıkmışlar ve bu karşı çıkış doğal hukukun zaferiyle sonuçlanmıştır⁶⁸. Aydınlanma çağı döneminin düşünürlerinden olan La Bruyere, Beccaria, Montesquien ve Moltairé işkenceye karşı aşağıda belirteceğimiz gibi işkenceye tepki göstermişlerdir.

Montaigne 16. yüzyılın sonlarında yazdığı “Denemeler” adlı eserinde işkenceye şu şekilde karşı çıkmıştır; “*Acı masuma da yalan söyler. Bundan ötürü yargıcın masum olarak öldürmemek için işkence ettirdiği insanı hem masum hem de işkence görmüş olarak öldürttüğü olur. Binlerce insan işlemedikleri suçları yüklenip başlarını vermişlerdir.*”⁶⁹ Montaigne bu sözüyle suç işlememiş masum kişilere yapılan işkence sonucunda, bu kişilerin yalan söylemek zorunda kaldıkları ve suçu üstlenmeleri sonucunda ölümle cezalandırıldıklarını belirtmiştir.

Aydınlanma döneminin düşünürlerinden olan Beccaria işkence ile ilgili olarak 1764 yılında yayımlanan “Suçlar ve Cezalar” adlı eserinde; “*Ortada bir suç ya vardır veya yoktur, eğer varsa o suça ancak kanunun öngördüğü ceza verilecektir ki;*

⁶⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 34.

⁶⁷ Zeki HAFIZOGULLARI; Muammer KETİZMEN, İşkence ve Eziyet Suçları, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 1207.

⁶⁸ DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 13.

⁶⁹ MONTAİGNE, Denemeler, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi, çev. Sebahattin Eyüpoğlu, 21. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011, s. 80.

bu takdirde işkence faydasızdır. Fakat suç yoksa masum bir kişiye acı çektirmek büyük bir vahşet olmaz mı? Sanığın kendisini itham etmesini istemek çok korkunç ve gülünçtür. Çünkü sanki gerçek onun adale ve sınırları içine gizlenmiş gibi onu işkence ile çıkarmaya çabalamak, vahşet ve budalalıktır. İşkence, genellikle zayıf bünyelerin mahkûm olmasına, güçlü ve dayanıklı katillerin kurtulmasına yarayan kötü bir araçtır.” şeklinde işkenceyi lanetlemiştir⁷⁰.

Aydınlanma döneminin 1645-1606 yılları arasında yaşayan bir diğer düşünür La Bruyore ise işkenceyi protesto etmiş ve işkencenin bedenen zayıf olan masum bir kişiyi yok etmek ve kuvvetli olan suçlu bir kişiyi ise kurtarmak için hayret verici ve emin bir icat olduğunu belirtmiştir⁷¹. Ünlü düşünür La Bruyore işkenceyi eleştirmiş ve işkencenin fiziki olarak zayıf bir kişiyi yok edeceği, oysa bedenen kuvvetli bir kişiyi ise kurtaracağını belirtmiştir.

Montesquieu ise; *“Bugün çok medeni bir milletin (İngilizler) işkenceyi reddylediği ve bundan da bir zarara uğramadığını görüyoruz. Demek ki; işkence mahiyeti itibariyle zaruri değildir.”* şeklinde işkenceyi eleştirmiştir⁷². İşkenceye karşı olan aydınlanma dönemi düşünürü Montesquieu de işkenceyi eleştirmiş ve o dönemde İngiltere'nin işkenceyi kabul etmediğini, işkencenin özü itibariyle de gerekli olmadığını belirtmiştir.

Voltaire ise; *“Mademki işkenceyi son delil olarak kullanan Hristiyan milletler vardır. Ne diyorum, sade Hristiyan milletler değil, Hristiyan papazları vardır. Calugula'lar, Neronlar bu şiddeti tek bir Romalı vatandaş hakkında tatbik etmediler. Fransa'da kanun yerini tutan kitaplarda bu menfur kelimelere rastlanmaktadır: Hazırlayıcı işkence, geçici işkence, olağanüstü işkence, deliller mahfuz tutularak yapılan işkence, iki üye huzurunda yapılan, bir hekim bir cerrah huzurunda yapılan, gebe olmayan kadınlara ve kızlara yapılan işkence, öyle sanılır ki bu kitapların hepsi cellat tarafından telif edilmiştir”* şeklinde ifadelerle işkence

⁷⁰ BECCARÍA, Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi, çev. Muhittin Göklü, İstanbul, 1950, s. 188 vd., DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 35.

⁷¹ Vasfi Raşit SEVİĞ, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 18, sayı 1, 1961, s. 8.

⁷² SEVİĞ, a.g.m., s. 14.

yapılmasını eleştirmiştir⁷³. Voltaire buradaki sözünden de anlaşılacağı gibi işkence uygulamasını şiddetli bir şekilde eleştirmiştir.

İşkence uygulamasının kaldırılması için bu düşünürlerin çok önemli katkılarının olduğunu söyleyebiliriz. Kaldı ki; bu düşünürlerin çabaları ile Fransa'da çıkarılan 24.08.1780 ve 08.05.1788 tarihli Emirnameler ile hazırlık işkencesi ve ön işkence kaldırılmıştır⁷⁴. Aydınlanma çağı düşünürlerinin de çabasıyla 19. Yüzyılın ortalarında bazı ülkelerde işkence devam etmekle birlikte İsveç tarafından 1734 yılında işkence kaldırılmıştır. İşkenceyi ilk kaldıran ülke İsveç'tir. Prusya'da Büyük Frederik 1740 yılında bazı suçlar hariç, 1756 tarihinde ise işkenceyi tamamen kaldırmıştır. Fransa'da ise; 14 Temmuz 1789 tarihinde gerçekleşen Fransız Devrimi'nin sonucunda 26 Ağustos 1789 tarihinde ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile birlikte her türlü kötü muamele ve sert davranış yasaklanmıştır.

Aydınlanma döneminde Amerika'da ise 12 Haziran 1776 tarihinde Virginia Meclisi tarafından kabul edilen "*Halklar Bildirisi*" ile işkencenin yasaklandığı görülmektedir. Aydınlanma çağında sadece Avrupa'da değil Amerika'da da işkence uygulamasının yasaklandığı görülmektedir. Şüphesiz hem Avrupa'da hem de Amerika'da işkencenin yasaklanması insan hakları açısından önem arz etmektedir.

Aydınlanma çağı düşünürlerinin etkisi ve doğal sonucu olarak Fransa ve Amerika'da yayımlanan bildiriler insan hakları konusunda adeta devrim yapmıştır. Bunun doğal sonucu olarak işkence kanunlarla yasaklanmaya başlanmış hatta 19. yüzyıl ortalarında işkence tamamen yasaklandığı söylenebilir. Tüm gelişmelerin sonucu olarak işkence, eziyet ve kötü muamelede bulunma özellikle Aydınlanma dönemi ve sonrasında kanunlar tarafından suç olarak düzenlenmeye başlanmıştır⁷⁵.

⁷³ SEVİĞ, a.g.m., s. 32.

⁷⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 36.

⁷⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI; Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler; Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, US-A Yayıncılık, 2010, s. 118.

C. Türk Hukuk Tarihinde İşkence

1. İslamiyet'in Kabulünden Önceki Dönemde

Türk devletlerinin hukuk tarihini iki başlık altında incelemek mümkündür. Dolayısıyla bu düşünceden hareketle Türklerin İslamiyet'i kabul etmeden önceki dönemi ve Türklerin İslamiyet'i kabulünden sonraki dönemi şeklinde iki ayrı başlıkta konumuzu irdeleyeceğiz. Türk Devletlerinde İslamiyet'i kabul etmeden önceki dönemde yazılı hukuk kuralı bulunmamaktadır. Suç işleyen kişiye suçunu söyletmek amacıyla işkence yapıldığına rastlanmamıştır. Her ne kadar İslamiyet'tin kabulünden önceki dönemde yazılı hukuk kurallarının olmadığını söylesek de bu döneme ilişkin hem Çin kaynakları hem de Türkler arasında yüzyıllardır uygulandığı söylenen kanunnameinden anlaşıldığı kadarıyla eski Türklerde suç işleyenleri cezalandırmak bizzat devletin göreviydi⁷⁶.

Türklerde İslamiyet'in kabulünden önceki dönemde en ağır insan hakları ihlallerinden olan işkenceye rastlanmadığı görülmektedir. Ayrıca çağdaşı olan diğer devletlerde işkence uygulanırken Türk devletlerinde işkence uygulamasına rastlanmaması insan hakları açısından önemli olduğu söylenebilir.

2. İslamiyet'in Kabulünden Sonraki Dönemde

a. İslam Hukuku'nda

İslam hukukunda işkence kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığı çerçevesinde incelenmiştir. Kişi dokunulmazlığı ise; insanın hem dünyevi hem de manevi hayatı açısından önemlidir⁷⁷. Dolayısıyla İslam hukukunda hangi nedenle olursa olsun işkence mutlak surette yasaklanmıştır. Hz. Peygamber (s.a.v.) bu prensibi; *"İnsanlara dünyada haksız olarak eziyette bulunanlara Allah ahirette eziyet edecektir"* sözleriyle ifade etmiştir⁷⁸.

İslam hukukunda işkencenin yasaklandığına ilişkin önemli ayet ve hadisler bulunmaktadır. İslam hukukunda işkencenin yasaklandığına ilişkin önemli olan iki

⁷⁶ Sadri MAKSUDİ ARAL, Türk Tarihi ve Hukuku 1, İstanbul, 1947, s. 206-207.

⁷⁷ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 38.

⁷⁸ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 39-40.

ayeti inceleyelim. Bu iki ayetten Gafir suresi 40/31. ayette; “Allah kullara hiçbir zulmü istemez” ve Al-i İmran suresi 108/3. ayette; “Allah âlemlere hiçbir zulmü istemez” şeklindedir⁷⁹. Bu iki ayetten ve diğer benzer ayetlerden de anlaşılacağı gibi İslam hukukunda işkence yasaklanmıştır.

İslam dini yani İslam hukuku açık ve kesin olarak işkenceyi yasaklanmış ve işkenceyi ortadan kaldırmayı hedeflemiştir. Gerçekten İslam Hukuku'nun ana kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'te de açıkça belirtildiği gibi; insanın tabii hakları garanti altına alınmış ve o haklara yapılacak olan her türlü işkence, kötü muamele ve aşağılayıcı fiilleri yasaklanmıştır⁸⁰.

b. Osmanlı Devleti Döneminde İşkence

Osmanlı Devleti dönemini incelerken Tanzimat'tan önceki dönem ve Tanzimat'tan sonraki dönem olmak üzere ikiye ayırarak inceleyeceğiz. Öncelikle Tanzimat'tan önceki dönemde işkence ve Tanzimat'tan sonraki dönemde işkence konusunu inceleyeceğiz.

(1). Tanzimat'tan Önceki Dönemde İşkence

Tanzimat öncesi devirde yargılama şer'i mahkemeler tarafından yapılmakta ve yargılamada itham sistemi uygulanmaktaydı⁸¹. Osmanlı Devletinde Tanzimat öncesi dönem incelendiğinde Osmanlı hukukunda İslam'a bağlı kalınmış ve işkence uygulama alanı bulunamamıştır⁸².

Osmanlı hukuku Tanzimat öncesi dönemde İslam hukukuna bağlı şeri hukukun yanında askeri ve idari yetkililerin keyfi olarak cezalar vermesinin ve istediği gibi vergiler koymasının engellenmesi için yani idarecilerin zulmünden halkı kurtarmak amacıyla “*örfi hukuk*” olarak adlandırılan çeşitli kanunnameler çıkarılmıştır⁸³. Söz konusu örfi hukuktan kastedilen örf adet hukuku olmayıp padişahlar tarafından

⁷⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 38.

⁸⁰ Hakkı AYDIN, İslam ve Modern Hukukta İşkence, İstanbul, Beyan Yayınları, 1997, s. 71.

⁸¹ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 43.

⁸² DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 39.

⁸³ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 44-45.

konulmuş bir mevzu hukuktur ve bu nedenle örfi hukukun dini esaslardan çıktığını söylemek doğru değildir⁸⁴.

Osmanlı hukukunda örfi hukuka dayanılarak çıkartılan kanunnamelerde İslam hukukunun esaslarına bağlı kalınmış, hırsızlık suçu dışında sanıkların yargılamasında işkence hukukilik kazanmamıştır⁸⁵. Buna örnek verecek olursak; Kanuni Sultan Süleyman tarafından çıkarılan Umumi Kanunnamenin Fis-Siyaset başlığını taşıyan 3. faslın 41. maddesindeki düzenleme şu şekildedir; “*evinde veya elinde çalınmış mal bulunan kimse bu malı satın almış olduğunu veya yabanda bulduğunu ispat edemezse sanık sayılacak ve işkenceye maruz kalacaktır. İşkencede sanığın ölmemesine dikkat edilecektir; işkenceden ölen sanıkların ölümünden zarar görenler ise dava açamayacaktır*”⁸⁶. Bu kanunnameden de anlaşılacağı gibi Osmanlı Devletinde hırsızlık yapan bir kişiye işkence yapılabilecektir. İşkence sonucunda hırsızlık yapan kişinin ölmemesi için gerekli özen gösterilecektir. Ölmesi durumunda da işkence uygulanan kişilerin yakınları devlete zarar için başvuramayacaktır.

Tüm bu bilgiler ışığında şunu söyleyebiliriz ki; Tanzimat öncesi Osmanlı Devleti hukukunda itiraf almak için, yani bir sorgu tekniği olarak işkence uygulamasına hırsızlık suçu dışında rastlanmamaktadır. Ancak şunu da belirtmek gerekirse günümüzde olduğu gibi elbette bireysel ihlallerin olduğu söylenebilir.

(2). Tanzimat’tan Sonraki Dönem

Osmanlı Devletinde ve İslam hukukunda sanığa ifadesinin alınması sırasında işkence yapılamayacağı belirtilmekle birlikte, Avrupa devletlerinin baskısıyla ilan edilen Tanzimat fermanlarından Gülhane Hattı Hümayun (3 Kasım 1939) ve Islahat Fermanı’nda (18 Şubat 1856) kişilere işkence ve eziyet yapılamayacağı belirtilmiş ve yine tazminat döneminde yürürlüğe giren 1840 tarih ve 1256 sayılı ile 1851 tarihli ve 1267 sayılı kanunlarda kamu görevlilerin kişilere karşı kötü muamele etmeleri suç olarak düzenlenerek cezalandırılmıştır⁸⁷.

⁸⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e. s. 39.

⁸⁵ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 45.

⁸⁶ Taner AKÇAM, Siyasi Kültürümüzde Zülüm ve İşkence, İstanbul, İletişim Yayınları, 1992, s. 33.

⁸⁷ DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 17.

1856 tarihli Islahat Fermanı'nda işkencenin önlenmesi ve bunu yapanların cezalandırılmasına yönelik olan irade 1858 tarihli Ceza Kanunnameyi Hümayunun 103. maddesinde kendini göstermiştir. Ceza Kanunnamesinin 103. maddesinde; *“Mehakim ve meclis erbabından ve sair memurin-i devletten biri müttehem olarak eşhasa cürümlerini söylemek için eziyet işkence etmeği hüküm ve icra ederse muvakkaten kalebentlik ve müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezaları ile mücazat olunur. Ve bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan amirlerin emri ile yapmış ise bu cezalar emri eden kimse hakkında icra kılınır ve işkence olunan şahıs bundan müteesiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güne zarar ve noksan isabet eyler ise buna cüret eden memur hakkında katil veyahut carih cezası dâhil icra edilir.”* denilmektedir⁸⁸. Bu hüküm ETCK'nın işkenceyi düzenleyen 243. maddesinin mehzasını da oluşturmuştur.

Türk Hukuk tarihinde ilk Anayasa olarak kabul edilen 1876 tarihli Kanuni Esasi'nin 26. maddesinde; *“İşkence vesair her nevi eziyet katiyen ve külliye memnudur”* şeklinde düzenleme getirilmiştir⁸⁹. Söz konusu bu maddeden de anlaşılacağı gibi Kanuni Esasi'de işkence ve her türlü eziyet kesin ve bir bütün olarak yasaklanmıştır.

İşkence, Batı'da eski Yunan ve Roma ile başlamış ve Engizisyon ile zirveye çıkmıştır. Batı'da işkenceye 19. yüzyılın ortalarına kadar hukuki bir uygulama olarak yer verilmişken Türk devletlerinde ve başta Osmanlı devletinde işkenceye hırsızlık suçu dışında hukuken yer verilmemiştir⁹⁰.

(3). Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet dönemi Türk Hukukunda işkencenin yasaklandığı görülmektedir. Cumhuriyet dönemi 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'nda işkence yasaklanmıştır. 1924 Anayasası'ndaki 73. maddede; *“işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur”*; yine 1961 Anayasası'ndaki 14/2-3. maddesinde; *“Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz-insan hassasiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.”* ve aynı şekilde mevcut 1982 Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü

⁸⁸ Ahmet GÖKÇEN, Tazminat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, s. 97-110.

⁸⁹ BAKIM, a.g.e., s. 20.

⁹⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., 41.

fikrasında; “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında işkencenin kesin bir dille yasaklandığı görülmektedir. Mevcut Anayasamızda işkence yasağının hiçbir istisnası söz konusu değildir.

Cumhuriyet Dönemi Türk Ceza Kanunlarında da işkence suçu düzenlenmiştir. ETCK'nın 243. maddesinde işkence suçuna ilişkin düzenleme söz konusudur. ETCK'nın 243. maddesinde; “Bir kimseye cürümlerini söyletmek; mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya 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.” denilmektedir. Aynı maddeye göre; işkence fiili sonucunda ölüm gerçekleşirse 452. madde, diğer hallerde ise 456. maddeye göre verilecek cezanın üçte birden yarıya kadar artırılacağı belirtilmiştir.

TCK'da işkence suçu 94. ve 95. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu TCK'nın 94. maddesi işkence başlığıyla aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir;

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

(2) Suçun;

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

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

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

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

(5) *Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*

(6) *(Ek: 11/4/2013-6459/9 m.) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.”*

TCK'nın 95. maddesi de netice sebebiyle ağırlaşmış işkence kenar başlığıyla şu aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir;

“(1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

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

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur” şeklindedir. İşkence suçunu düzenleyen TCK'nın her iki kanun maddesini çalışmamızda detaylı olarak irdeleneceğiz. Bu maddelerden TCK'nın 94. maddesinde işkence suçunun temel şekli ve cezayı artırıcı nedenlerin neler olduğu, suça iştirak edenlerin durumu ile suçun ihmali olarak işlenmesi ve işkence suçu bakımından zamanaşımının işlemeyeceği düzenlenmiştir. Diğer 95. maddesinde ise; işkence suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir.

IV. ULUSLARARASI BELGELERDE İŞKENCE KAVRAMI

A. Genel Bilgiler

Uluslararası İnsan hakları Hukuku'nda sözleşme niteliğinde olan veya sözleşme niteliğine haiz olmayan özel ve genel nitelikte bir takım belgeler bulunmaktadır. Bu belgelerden sadece belirli bir hakka yönelik düzenlenen belgeler özel niteliğe haiz olan belgelerdir. Uluslararası bu belgeler evrensel veya bölgesel nitelikte olmaktadır. İşkence yasağına ilişkin de hem genel nitelikte hem de özel nitelikte bölgesel veya evrensel belge ve sözleşmeler bulunmaktadır⁹¹.

1789 yılında ilan edilen Fransız ihtilalinden bu tarafa insanın sadece insan olmasından kaynaklı bir değerinin olduğu yazılı belgelerle kabul edilmekte, insanın sadece insan olma özelliği insanı değerli hale getirmekte olduğu için insanın bedeni ve ruhsal bütünlüğüne yapılacak olan her türden saldırı, geçmişten günümüze cezalandırılması gereken ağır bir suç olarak vasıflandırılmaktadır. Bu doğrultuda 19. yüzyılda kabul edilen birçok uluslararası belgelerde işkence en ağır insanlık suçlarından biri olarak düzenlenmiştir⁹². Bu düzenlemeler göstermektedir ki uluslararası boyutta artık işkencenin en ağır insan hakları ihlallerinden birisi olduğu anlaşılmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi başta olmak üzere bütün uluslararası bildiri ve sözleşmeler incelendiğinde, bu bildiri ve sözleşmelerin işkenceyi ve diğer bir takım kötü muameleleri bir arada düzenlemekte ve aynı hukuksal rejime tabi tutmaktadır. Ancak işkence bildiriler ve sözleşmeler içerisinde yer alan diğer muamelelere göre en ilkel ve acımasız muamele niteliğinde olması nedeniyle “*jenerik kavram*” (une notion generique) olarak görülmektedir⁹³.

İşkence suçu insan hakları ile doğrudan doğruya ilgili olan bir kavramdır. İşkencenin uygulandığı ve işkence suçunun yaygın olduğu toplumlarda insan

⁹¹ **Tuğrul KATOĞLU**, “Türk Ceza Hukuku’nda İşkence Tanımı”, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay’a Armağan 2. Cilt, Legal Hukuk Dergisi, 2014, s. 1459.

⁹² **Zeynep ENGİN**, “İşkence ve Türkiye: Türkiye’de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı 2015/1, İstanbul, s. 11-12.

⁹³ **Ömer ANAYURT**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 12, sayı 1-2, 2008, s. 423.

haklarından bahsetmemiz güçleşecektir. İnsanlık ve insan hakları için işkence yöntemine hiç başvurmamak gerekmektedir. İşkencenin uygulanmamasının ve insan onuruna saygı duyulmasının herkesin adalet kavramına olan güvenini artıracığı görüşündeyiz.

İnsan hakları, insanların arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin insan onurunun gereği olarak sahip oldukları hakların tamamını kapsamakta ve insanın ne şartlar altında olursa olsun, sadece insan oluşu sebebiyle kazandığı değeri tanımak ve saymak demektir⁹⁴. Ulus üstü insan hakları hukukunun korunması kapsamına giren kişi dokunulmazlığı alanı, insanın en temel haklarından olan yaşam hakkı ile hem maddi hem de manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını da kapsamakta; bu bağlamda ilk olarak fiziksel bütünlük gelmektedir. İşte yaşam hakkının en ağır ve acılı olan ihlalini ise; işkence ve benzeri muamelelerin oluşturduğu açıktır⁹⁵. Çünkü; işkence kişinin beden bütünlüğüne zarar verdiği gibi, yaşam hakkını da tehdit etmektedir. Ayrıca işkence kişinin onur ve haysiyeti ile bağdaşmamakta ve kişinin ruhsal bütünlüğünü de bozmaktadır.

“İnsan hakları” kavramının gelişmesinden sonra işkence ve diğer zalimane muameleler, insan onuruna karşı davranışlar olarak kabul edilmiş ve birçok ulusal ve uluslararası hukuk normları ile hukuk dışı ilan edilerek aynı zamanda bu hakların uluslararası bir nitelik kazanması da sağlanmıştır⁹⁶. Uluslararası hukukta hangi kuralların “*jus cogens*” nitelikte olduğuna net bir cevap vermek pek mümkün olmamakla birlikte işkence yasağının emredici (*jus cogens*) nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı haline geldiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla buradan hareketle işkence yasağı, uluslararası hukukun emredici kuralıdır ve söz konusu egemen olan devletlerde bu emredici kuralın aksine hiçbir kural öngörmeyeceklerdir⁹⁷.

İşkence yasağı ile çatışan herhangi bir antlaşma hükmü de batıl olacaktır. Yine bir devlet antlaşmaya taraf olmasa da söz konusu emredici kuralların bir örf ve adet kuralı haline gelmesi nedeniyle onun içinde bu kurallar bağlayıcı olacaktır. Şunu söyleyebiliriz ki; işkence yasağı “*genel uluslararası hukuk*” normu niteliğini

⁹⁴ **Bahri SAVCI**, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1980, s. 56.

⁹⁵ **ÖNOK**, a.g.e., s. 60.

⁹⁶ **Abdulvahap DARENDELİ**, “İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi”, Adalet Dergisi, yıl 90, sayı 1, Ekim, 1999, s. 55.

⁹⁷ **ÖNOK**, a.g.e., s. 60.

kazanmıştır. Dolayısıyla işkence yasağı uluslararası hukukun yazılı olmayan bir kuralını oluşturmaktadır. Yani antlaşmada işkence yasağı öngörülme bile genel hukuk ilkesi niteliğiyle taraflara işkence yasağı uygulanacaktır.

Günümüzde insan hakları ile ilgili uluslararası ve bölgesel düzeyde yapılan birçok antlaşma vardır. Bu şekilde antlaşmaların olması insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla günümüzde sadece iç hukuk kurallarıyla insan haklarının korunmasını sağlamanın pek mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Aslında bütün ulusal hukuk düzeninin işkencenin ihlal ettiği haklara yönelik davranışları yasaklamaktadır. Ancak sorun tek bir devlet tarafından önlenemeyecek kadar köklü olması nedeniyle bu alana ilişkin uluslararası ve ulusal üstü hukuk kurallarının bulunmasının da önemli ve gerekli olduğunu söylemek gerekir⁹⁸.

İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde incelendiğinde işkence ve kötü muamelenin somut olarak yasaklanması 1950’li yılların sonrası döneme rastlamakta ve özellikle de 1960’ların ikinci yarısından sonra hem evrensel hem de bölgesel düzeyde insan haklarına ilişkin belgeler etkinlik kazanma aşamasına gelebilmiştir⁹⁹. İşkenceyi ve bu açıdan baktığımızda konumuzun daha iyi anlaşılması için işkence ile ilgili hem uluslararası hem de bölgesel düzeyde yapılan antlaşmalar aşağıda detaylı olarak incelenmektedir.

B. Evrensel Nitelikteki Uluslararası Belgeler

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İnsan haklarının uluslararası düzeyde temel kaynaklarından birisi de 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulunun 217 A (III) sayılı kararı ile kabul edilen “*İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*”dir. Bu bildiriye insan hakları ile ilgili düzenlemelerden bir tanesi de işkence yasağı ile ilgilidir. Söz konusu bildirinin işkence yasağı ile ilgili 5. maddesinde; “*Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara*

⁹⁸ ÖNOK, a.g.e., s. 60.

⁹⁹ Aydın AKGÜL, “İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 112, 2014, s. 197.

veya muamelelere tabi tutulamaz.” denilmektedir¹⁰⁰. Bildirinin bu düzenlemesinden de anlaşılacağı gibi işkence ve her türlü kötü muamele uluslararası düzeyde yasaklanmıştır.

BM İnsan Hakları Bildirisi'nin bir sözleşme olmaması nedeniyle hukuki olarak bağlayıcı olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. Her ne kadar öğretilerde sözleşme olmaması nedeniyle hukuki bağlayıcılığı tartışmalı olsa da siyasi ve ahlaki ağırlığı konusunda herhangi bir kuşku yoktur. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi hem BM dâhilinde hem de BM dışında yapılan benzer nitelikteki uluslararası sözleşmelere ilham kaynağı olmuş, ulusal anayasalar, ulusal mevzuatlar ve mahkeme kararları üzerinde çok önemli etkiler doğurmuştur. Aynı zamanda BM bildiri hükümleri uluslararası insan hakları hukuku kurallarının çerçevesinin belirlenmesinde, standart ölçü olarak ele alınmıştır. Bildirideki hakların önemli bir kısmı daha sonra yapılan antlaşmalarda tanınmış ve bildirinin düzenlemelerinin bir kısmı ise zamanla örf ve adet kuralı niteliği kazanmıştır¹⁰¹.

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku'nun doğum belgesi olarak kabul edilen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 5. maddesi, işkence yasağını bugün artık geleneksel hale gelmiş genel bir formülle düzenler; *“Hiç kimse işkence ya da zalimane, insanlık dışı muamele ya da cezaya maruz bırakılamaz.”* ve bu formül örneğin 1966 tarihli BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde aynen yer almaktadır¹⁰².

2. Uluslararası Kişisel Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Uluslararası Kişisel ve Siyasal Hakları Sözleşmesi BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş bir uluslararası sözleşmedir. BM Genel Kurulu tarafından 2200 A(XXI) sayılı kararı ile kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmenin 7. maddesi; *“hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulamaz; özellikle, hiç kimse kendi serbest*

¹⁰⁰ BAKIM, a.g.e, s. 30.

¹⁰¹ ÖNOK, a.g.e., s. 64.

¹⁰² Türcan Yalçın SANCAR, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, sayı 57-4, 2002, s. 155.

rızası bulunmaksızın tıbbi ya da bilimsel deneye tabi tutulamaz.” şeklindeki düzenlemesiyle işkenceyi yasaklamaktadır¹⁰³. Dolayısıyla son cümle dışında BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ndeki düzenlemeye sadık kalınmıştır.

Sözleşme İnsan hakları Evrensel Bildirisi’nin yaşama hakkı ve bunun güvenceleri ile her insana tanınması gereken belli başlı kişisel ve siyasal özgürlüklerin daha kapsamlı bir sayımı ve dökümünü içermektedir. Sözleşmeye imzacı devletler uymak zorundadır ve bu sözleşmeye ek olarak hazırlanan bir protokol ile de sözü geçen hükümlerin uygulanmasına özendirici tedbirler getirilmiş, sözleşme ilkelerine uyulmaması halinde neler yapılabileceği, BM Örgütü çerçevesinde ne gibi hukuki yaptırımların söz konusu olabileceği açıklanmıştır¹⁰⁴.

Sözleşmenin 4. maddesine göre de, olağanüstü dönemlerde bile 7. madde hükmündeki yükümlülüklerin azaltılamayacağı düzenlenmiştir¹⁰⁵. Sözleşmenin 10. maddesinde; *“Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insani muamele ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygı görme hakkına sahiptir.”* denilmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme ile mahkûmların insani muamele ve insanlık onuruna saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sözleşmenin amacı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde yer alan hakları daha somut şekilde düzenlemek ve denetim görevini sağlamaktır¹⁰⁶. Sözleşme ile sözleşmede belirtilen haklardan birisinin ihlal edildiğini ileri süren ve iç hukuk yollarını tüketen kişiler, şikâyet yoluyla sözleşmeye taraf olan devlet aleyhine denetim ve koruma sistemi olarak kurulan İnsan Hakları Komitesi’ne başvurabileceklerdir¹⁰⁷.

Ülkemizde sözleşmeyi imzalamıştır. Ülkemiz tarafından sözleşme 14.08.2000 tarihinde imzalanmış ve 04.06.2003 tarih ve 4668 sayılı kanunla onaylamıştır. Kanun ise Resmi Gazete de 06.06.2003 tarihinde yayımlanmıştır. Türkiye Sözleşmenin Ek Seçimlik Protokolünü de 03.02.2004 tarihinde imzalanmış ve Bakanlar Kurulu’nun

¹⁰³ BAKIM, a.g.e., s. 31-32.

¹⁰⁴ Ahmet MUMCU; Elif KÜZECİ, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar Evrensel ve Ulusal Gelişimler, Bugünkü Durumlar), Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 99.

¹⁰⁵ ÖNOK, a.g.e., s. 65.

¹⁰⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 43.

¹⁰⁷ DEMİR, a.g.m., s. 131.

29.06.2006 tarihli kararıyla onaylanmasını uygun bulunmuştur. RG’de 05.08.2006 tarihinde yayımlanmıştır¹⁰⁸.

3. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi

BM Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3452 sayılı kararıyla kabul edilen “*Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri*” yi daha etkin kılmak amacıyla BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilen Sözleşme, 26.06.1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından da kabul edilmiş ve RG’de 10.08.1988 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiş; ancak Türkiye sözleşme hükmüne çekince koyarak Uluslararası Adalet Divanı’nın yargı yetkisini kabul etmemiştir¹⁰⁹. Sözleşme incelendiğinde otuz üç maddeden oluştuğu görülmektedir ve sözleşmede işkencenin tanımı yapılarak işkence niteliğinde olmayan haller de belirtilmiştir. Sözleşme, uluslararası alanda çok önemli bir sözleşme niteliğindedir.

Sözleşmenin 1. maddesinde işkencenin tanımı yapılmıştır. Sözleşmenin 1. maddesine göre işkence; “*Sözleşme amaçlarına göre “işkence” terimi, bir şahıs üzerinde kasıtlı olarak uygulanan ve o şahıstan veya üçüncü bir şahıstan bilgi edinmek ya da ikrar elde etmek, o şahsın veya üçüncü bir şahsın gerçekleştirdiği veya gerçekleştirdiğinden şüphe edilen davranışlarından dolayı onu cezalandırmak veya o şahsı ya da üçüncü bir başka şahsı korkutmak veyahut sindirmek için, veya ayrımcılığın herhangi başka bir türüne dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından doğrudan doğruya veya bu kişilerin özendirmesi veya rızası veyahut da bu hareketi onaylaması suretiyle gerçekleştirilen, kişide bedensel ve ruhsal ağır acı ve ızdırıp veren herhangi eylemdir*” şeklindedir¹¹⁰. Sözleşmedeki tanıma göre işkence maddi veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir eylem olduğu belirtilmiştir.

¹⁰⁸ Resmi Gazete; (Erişim) <http://www.resmigazete.gov.tr>, 16 Ocak 2019.

¹⁰⁹ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi; (Erişim) humanrightscenter.bilgi.edu.tr, 10 Aralık 2018.

¹¹⁰ GEMALMAZ, a.g.e., s. 817.

Sözleşme “kimseye işkence veya zalimane insanlık dışı veya onur kırıcı bir davranış veya ceza uygulanmayacağını” öngören İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 5. maddesi ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin aynı nitelikteki 7. maddesinin işlerlik kazanmasını sağlamak, bütün dünyada işkence ve kötü muameleye karşı savaş yürütmek amacıyla hazırlanmıştır¹¹¹.

Sözleşmenin 16. maddesine göre; “Her Taraf Devlet, kendi yargı yetkisi altındaki bulunan herhangi bir ülkede/(yerde) madde 1’de tanımı verilen işkence derecesine varmayan diğer zalimane, insanlık dışı 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 teşvik ya da rızası yahut bu eylemi onaylaması suretiyle işlenmesini önlemeyi taahhüt edecektir. Özellikle, 10, 11, 12 ve 13’te düzenlenen yükümlülükler, işkence terimine yapılan göndermelerde bunlar, diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya da gönderme yapar şekilde de uygulanacaktır.” şeklindedir¹¹². Bu maddeden de anlaşıldığı gibi işkence dışında yer verilen diğer her türlü kötü davranışta cezalandırılacaktır. Bu düzenlemeyle de anlaşılmaktadır ki; sözleşme ile her türlü kötü muamele yasaklanarak cezalandırılması öngörülmüştür.

Sözleşmeye taraf olan bütün devletler işkenceyi önlemek ve durdurmak, aynı zamanda işkence fiilini suç olarak düzenlemek zorundadırlar. Dolayısıyla sözleşme ile taraf devletlere işkence ile ilgili sorumluluklar ve yükümlülükler yüklenmiştir.

Sözleşme denetim mekanizması olarak zorunlu rapor ve ihtiyari olarak bireysel ve devletlerarası başvuru usullerini kabul etmiş, bu denetim mekanizmasının organı olarak komite kurulmuş ve “İşkenceye Karşı Komite” adını taşıyan bu komiteye diğer sözleşmelerde var olan denetim organlarındakinden farklı olarak yetki verilmiştir. Bu da komitenin kendisine bir başvuru yapılmaksızın sözleşmeye taraf olan devletlerden birisinin ülkesinde sistematik olarak işkence uygulandığına dair inandırıcı bir bilgi alması durumunda, re’sen incelemelerde bulunma yetkisidir¹¹³. Ülkemiz de bu konuda hem taraf devletlerin şikâyet olmaksızın re’sen hem de

¹¹¹ Enver BOZKURT; M. Akif KÜTÜKÇÜ; Yasin POYRAZ, Devletler Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 189.

¹¹² GEMALMAZ, a.g.e., s. 824.

¹¹³ BOZKURT;KÜTÜKÇÜ;POYRAZ, a.g.e., s. 189.

bireysel yapılan şikâyetlerin komite tarafından incelenmesi yetkisini kabul etmiştir¹¹⁴.

BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'ne ek olarak 18 Aralık 2002 tarihli Ek Seçimlik Protokol imzalanmıştır. Türkiye bu protokolü 14 Eylül 2005'te imzalamış ve 20.11.2011 tarih ve 6167 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Resmi Gazete 'de 12.03.2011 tarihinde yayımlanmıştır¹¹⁵. Söz konusu bu ek protokol işkencenin önlenmesine ve özgürlüğünden yoksun bırakılan tutukluları tutuklu buldukları yerlerde uluslararası organlarca ve bağımsız ulusal organlarca ziyaret yoluyla denetim yetkisine olanak tanınmaktadır. Burada 1987 tarihli Avrupa İşkence Sözleşmesi'nden farklı olarak uluslararası organların yanı sıra bağımsız ulusal organlara da yetki tanınmış ve ek protokolde belirtilen ulusal organ sözleşmeye taraf her devlet tarafından kurulacak veya mevcut olan organlardan birisi bu işle görevlendirilecektir¹¹⁶. Ek protokolde bahsi geçen uluslararası organ ise yine protokol ile kurulacak olan "*İşkencenin Önlenmesi Alt Komitesi*"dir¹¹⁷. Söz konusu protokolde her taraf devlete işkence ve kötü muameleyi önleyici mekanizma kurulması yönündeki hükmüne karşı, bu hükme karşı taraf devletlerin çekince koyması mümkün olmamaktadır¹¹⁸.

Bu açıklamalarımız ışığında söz konusu BM Sözleşmesi İşkence ve diğer kötü muamelelere karşı uluslararası düzeyde yapılmış çok önemli bir sözleşmedir. Ayrıca sözleşmede işkencenin önlenmesi için Komite kurulması işkenceye karşı verilen mücadelede önemli bir adım olmuştur.

¹¹⁴ DEMİR, a.g.m., s. 132

¹¹⁵ RG; (Erişim)<http://www.resmigazete.gov.tr/>, 16 Ocak 2019.

¹¹⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 44.

¹¹⁷ ÖNOK, a.g.e., s. 85.

¹¹⁸ Cüneyd ER, "İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 18, sayı 60, Eylül, 2005, s. 186.

C. Bölgesel Nitelik Taşıyan Uluslararası Belgeler

1. Bildiriler

a. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi

Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi bölgesel nitelikte bir bildirdir. Söz konusu Bildirge Amerika bölgesinde, 30 Mart-2 Mayıs 1948 tarihinde düzenlenen Bogota Konferansı'nda XXX no'lu karar ile kabul edilmiş, Amerikalılar arası İnsan Hakları sisteminde ve sistemin aradığı özel koşullar altında bağlayıcı olduğu belirtilmiştir¹¹⁹.

Bildirinin ilk maddesinde kişi güvenliği hakkına işaret edilmek suretiyle kişi dokunulmazlığına, dolayısıyla bedensel bütünlük hakkına ve bu arada tabi ki işkence yasağına zemin oluşturulmuştur¹²⁰. Bildirinin maddeleri incelendiğinde işkence kavramına doğrudan işaret edilmediği anlaşılmaktadır. Her ne kadar işkence yasağına doğrudan doğruya değinilmese de bölgesel nitelikte önemli bir bildiri niteliğindedir.

b. İnsan Hakları Evrensel İslam Beyannamesi

Bölgesel nitelikli değineceğimiz diğer bir bildiri 19 Eylül 1981 tarihli "*İnsan Hakları Evrensel İslam Beyannamesi*"dir. İslam beyannamesi dini motifli ve soyuttur. Tanınan hakların ana çerçevesi çizilmiş metne sahiptir, aynı zamanda beyannameler ile herhangi bir denetim mekanizması kurulmamıştır¹²¹. İnsan Hakları Evrensel İslam Beyannamesi'nin en önemli maddesi "*İşkenceye Karşı Koruma Hakkı*" başlıklı yedinci maddesidir. Beynamede denetim mekanizması olmasa da ve soyut nitelikte olsa da bölgesel nitelikte önemli bir insan hakları beyannamesi olduğunu söyleyebiliriz.

¹¹⁹ BAKIM, a.g.e., s. 33.

¹²⁰ ÖNOK, a.g.e., s. 142.

¹²¹ ÖNOK, a.g.e., s. 155.

c. Avrupa Parlamentosunun Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi

Avrupa Parlamentosu, 12 Nisan 1989 tarihinde almış olduğu bir kararla Temel Haklar ve Hürriyetler Bildirgesi'ni şekillendirirken Avrupa Topluluğu hukuk düzenindeki insan hakları alanının doldurulması ve Avrupa'nın Avrupa Topluluğu eksenindeki bütünleşmesi ve birleşmesi sürecinde demokrasinin ve insan haklarının bir akdi standardının meydana getirilmesi hedeflenmiştir¹²².

Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi'nin "*onur*" kenar başlıklı 1. maddesine göre; kişinin onurunun ihlal edilemez olduğuna ilişkin hüküm ile "*yaşam hakkı*" kenar başlıklı 2. maddesine göre herkes yaşam hakkına, özgürlük hakkına ve kişi güvenliği hakkına sahiptir ve hiç kimse işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutulamaz; herkes hukuk önünde eşittir ve ayrımcılık yapmak yasaktır hükümleri konuyla alakalı bölümleri oluşturmaktadır¹²³. Ayrıca Bildirinin birinci maddesinde bir kişiye işkence yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir.

d. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi tarafından oluşturulan komisyonca hazırlanmış ve konsey tarafından 14 Aralık 2000 tarihinde kabul edilmiştir. Şartın kenar başlığı "*işkence ve insanlık dışı ve küçük düşürücü ceza ve muamele*" olan dördüncü maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi aynen tekrarlanmış; işkence ve her türlü kötü muamele kesin bir dille yasaklanmıştır¹²⁴.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı işkence yasağına ilişkin önemli bir şarttır. Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi tarafından ilan edilen şartta işkence yasağına ilişkin AİHS'in 3. maddesi aynen tekrar edilmiştir. Dolayısıyla hiç kimseye işkence veya diğer başka kötü muamele yapılamayacağı Şartın 4. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

¹²² BAKIM, a.g.e., s. 33-34.

¹²³ BAKIM, a.g.e., s. 34.

¹²⁴ BAKIM, a.g.e., s. 34.

2. Sözleşmeler

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Bölgesel düzeyde baktığımızda işkenceye karşı olarak en etkili koruma sağlayan belgenin, bilhassa işkenceyi önlemeye yönelik bir sözleşme olmamakla birlikte öngörmüş olduğu yargı ve müeyyide sistemi sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olduğu söylenebilir¹²⁵.

Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950'de kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. AİHS'ye Türkiye taraf olmuştur. Türkiye söz konusu sözleşmeyi 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı onay yasası ile yürürlüğe koymuştur. Ayrıca sözleşme evrensel olarak insan haklarının ölçününün belirlenmesinde esas alınan kaynaklardandır¹²⁶.

AİHS insan hakları ile ilgili çok önemli bir sözleşmedir. Değişik tarihlerde yapılan ek protokoller ile ana sözleşmede eksik olan alanlar ile ilgili düzenleme yapılarak eksiklikler giderilmiştir. Sözleşmenin kabul edilip yürürlüğe girmesinden bu tarafa, uluslararası yargı organlarınca ve üye devletlerin ulusal yargı organlarınca temel hak ve hürriyetlerin teminatı olarak uygulanmış ve bununla beraber AİHS, şahıslara doğrudan doğruya haklar veren bir nitelik kazanarak, hak ve özgürlüklerin an alt standardını oluşturmuştur¹²⁷.

Sözleşme sadece insan haklarının korunması ile ilgili bir belge olmayıp aynı zamanda batı demokrasisini somutlaştıran bir belge niteliğindedir. Sözleşmenin önemli olması, teminat altına aldığı temel hak ve hürriyetlerden değil, tanıdığı hakların gerçekleşmesini sağlamak için ortak teminat mekanizmasına dayanan uluslararası bir yargısal denetim sistemi kurarak kişilere sağlanan bu teminatı yaptırma bağlamış olmasıdır. Bu şekilde insan haklarının korunması bakımından

¹²⁵ **Bülent ALGAN**, İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s. 8.

¹²⁶ **ÖNOK**, a.g.e., s.158.

¹²⁷ **Burak BİLGE**, "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 5, sayı 2, 2015, s. 370.

ulusal düzeyden uluslararası düzeye geçiş sağlanmış ve kişi hürriyetlerinin korunması bakımından uluslararası hukukta hak sahibi olmuştur¹²⁸.

Sözleşmenin Avrupa’da hukuki açıdan ortak bir kamu düzeni oluşturmayı hedeflemesi ve bu hedef için üye devletlere bir takım yükümlülükler yüklemesi aynı zamanda üye devletlerin bu yükümlülüklere uyup uymadığını denetleyecek bir sistem oluşturması bakımından, sözleşme diğer uluslararası sözleşmelerden ayrılmaktadır¹²⁹.

AİHS’nin 3. maddesi “*işkence yasağı*” başlığı altında; “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” hükmüyle işkencenin yasak olduğunu belirtmiştir. Söz konusu madde metni incelendiğinde maddede en ağırdan en hafife doğru bir sıralama olduğu gözlemlenmiştir ve bu sıralamada en hafif olan “*aşağılayıcı muamele yasağı*”dır¹³⁰.

AİHS 3. maddesinin kapsamına her türlü kaba ve sert muamele girmektedir. Sözleşmenin 3. maddesinin meydana gelen bir olayda uygulanabilir olması için maddenin korumuş olduğu bir hakka yönelik fiil veya yapılmış bir müdahale bulunması gerekir. Ancak her müdahale Sözleşmenin 3. maddesinin yasaklandığı alana girmektedir¹³¹. AİHS 3. maddesinde işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele olmak üzere üç değişik kavramdan bahsetmiş ancak hangi fiil ve davranışların belirtilen üç yasaktan hangisine sebep olacağı belirtilmemiştir. Ancak bu ayrımı yapabilmek için gerekli kriteri AİHM içtihatlarında görmekteyiz¹³². AİHM’e göre yapılan muamele ve cezanın bu madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir asgari şiddet düzeyinde olması gerektiği açık olarak belirtilmiş, maddede geçen her üç kavram içinde “*De Minimis Kuralı*” gereği asgari ağırlık düzeyi aranmıştır. Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre 3. madde kapsamından yararlanabilmek için işkencenin “*belli bir ağırlıkta, belirli bir*

¹²⁸ BAKIM, a.g.e., s. 35.

¹²⁹ Cem ŞENOL, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 23.

¹³⁰ Hakan TAŞDEMİR; Fatma TAŞDEMİR, “Aşağılayıcı Muamele Ve Ceza Yasağı”, Akademik Hassasiyetler Dergisi, cilt 2, sayı 4, Ocak, 2015, s. 74.

¹³¹ Osman DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 3.

¹³² Caner İLKAN, “AİHM Kararları Işığında İşkence Yasağı”, Çağın Polisi Dergisi, yıl 2015, sayı 157, sayfa yok., (Erişim)<http://www.caginpulisi.com.tr/aihm-kararlari-isiğında-iskence-yasagi/>, 18 Ocak 2019.

düzeyde” olması gerekmektedir¹³³. Ayrıca mahkeme hüküm verirken, asgari ağırlık düzeyinde olduğu kabul edilen şikâyete konu olayların ispatlanmış olmasını da aramaktadır¹³⁴.

AİHM, AİHS'nin 3. maddesine ilişkin 2010 yılında önemli bir karar vermiştir. Söz konusu bu karar işkence yasağının ve işkence uygulanarak elde edilecek delillerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanıp kullanmayacağına bir istisnasının olup olmayacağına sorununa ilişkin bir karardır. AİHM bu sorunu Gäfgen v. Almanya (Başvuru no: 22978/05) kararıyla kendince çözüme ulaştırmış, mahkeme sosyal, etik ve felsefi açıdan zor olan bir olayı daha da karmaşık hale getirmiştir. AİHM 01.06.2010 tarihinde vermiş olduğu bu karar da AİHS'nin 3. maddesi gereğince bir kişinin hayatının tehlikede olması durumu da dâhil olmak üzere işkence yasağının hiçbir istisnasının olmadığını belirtmiştir¹³⁵.

Özetle; AİHS işkenceye ilişkin önemli bir sözleşmedir. Sözleşmede işkenceye ve diğer her türlü kötü davranışa ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Sözleşmede önemli bir koruma sistemi benimsenmiştir. Hak ihlallerine ilişkin yargı yolu da mevcuttur.

b. İşkencenin ve Gayriinsani yada Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

“İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi” bölgesel nitelikli sözleşmelerdendir. Sözleşme işkenceyi yasaklamakla kalmamakla birlikte önleyici bir denetime de bağlamayı amaçlayan yirmi üç maddeden oluşmaktadır. Sözleşme 26 Kasım 1987 tarihinde imzalanarak onaya açılmış ve Türkiye tarafından 25.02.1988 tarih ve 3411 sayılı Kanunla onaylanmış ve 27.02.1988 tarihli RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹³⁶. Sözleşmenin amacı; öncelikle hürriyetleri kısıtlanmış kişilerin denetiminin sağlanması ve bu doğrultuda özellikle bu kişilere herhangi bir şekilde işkence veya gayriinsani muamele yapılmasını engellemektir. Bu amacın

¹³³ DEMİR, a.g.m., s. 136.

¹³⁴ Osman DOĞRU; Atilla NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1.Cilt, 2012, s. 128.

¹³⁵ Murat Volkan DÜLGER, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanım Durumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 111, 2014, s. 326-327.

¹³⁶ RG; (Erişim) <http://www.resmigazete.gov.tr/>, 16 Ocak 2019.

gerçekleştirilmesi için sözleşmenin 1. maddesine dayanılarak “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi” (AİÖK) kurulmuştur¹³⁷.

Sözleşmenin önsözündeki; “Hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin işkenceye ve gayriinsani ya da küçültücü ceza ve muameleye karşı korunmalarının ziyaretlere dayanan önleyici nitelikte, adli olmayan yollarla kuvvetlendirilebileceğine kani olarak” hükmüyle kötü muamele ve cezaları yasaklamakla kalmamıştır. Bu doğrultuda oluşturulan denetim sistemi ise; yukarıda da belirttiğimiz gibi “Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi”dir¹³⁸. AİÖK yalnızca delil toplama ve rapor hazırlama işlevine sahip yargısal olmayan bir organdır ve dolayısıyla kişilerin işkenceye, gayriinsani muameleye veya cezaya maruz kalmama hakları uluslararası konumu bakımından ziyaretlere dayalı olarak önleyici nitelikli proaktif bir yapıya sahip bir organdır¹³⁹. Söz konusu komite şikâyete bağlı olmaksızın re’sen ziyaretler ile harekete geçebilmekte ve rapor şeklinde bulguları ortaya çıkarmakta, taraf devlet kendini düzeltmez ise; bu durumda söz konusu düzenlenen raporu kamuoyuna duyurarak alenileştirmektedir¹⁴⁰.

Avrupa Sözleşmesiyle işkence yasaklanmıştır. Bunun dışında işkenceye karşı önleyici nitelikte AİÖK kurulmuştur. Yargısal niteliğe haiz olmasa da sözleşmeye taraf devletin işkenceyle ilgili olarak kendisine çeki düzen vermemesi halinde re’sen harekete geçen komitenin işkenceye ilişkin hazırlamış olduğu raporları aleni hale getirmek için kamuoyu ile paylaşacağı anlaşılmaktadır.

c. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan Devletleri Örgütü tarafından 22 Kasım 1969 tarihinde imzalanmış ve 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin “insancıl muamele hakkı” başlıklı beşinci maddesinde işkence ve benzeri uygulamalar altı bent halinde yasaklanmıştır; ilk bentte her kişinin zihinsel, fiziksel ve ahlaki bütünlüğüne saygı görme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir; ikinci

¹³⁷ **Huriye SEVEN**, “Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi ve Uygulaması”, Türk İdare Dergisi, sayı 448, Eylül, 2005, s. 105.

¹³⁸ **DEMİRBAŞ**, a.g.e., s. 46.

¹³⁹ **Fatih KARAOSMANOĞLU**, “Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi Ve Denetim Mekanizması; Türkiye’nin Tespit Edilen Sorunları ve Çözüm Önerileri”, (Erişim), <http://www.abchukuk.com/makale/makale28.html>, 9 Ocak 2019.

¹⁴⁰ **DEMİR**, a.g.m., s. 133.

bendinin ilk cümlesinde işkence ve diğer zalimane insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağına işaret edilmiştir. İkinci cümlede hürriyetinden mahrum bırakılmış kişilerin insan saygınlığının gerektirdiği şekilde muamele görme hakkından bahsedilmiş, geriye kalan dört bentte ise doğrudan kişi dokunulmazlığı ve işkence yasağını ele almayan fakat bu açıdan sorun doğurabilecek alanlar düzenlenmiş ve yedinci maddede ise kişi güvenliği hakkından bahsedilmek suretiyle dolaylı olarak bedensel bütünlük hakkına ve bu arada işkence yasağına da bir dayanak sağlanmıştır¹⁴¹.

İşkence suçu dışında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde şahsi sorumluluklar başlığı altındaki bölümde haklar ve ödevlerden bahsederken her insanın ailesine, toplumuna ve insanlığa karşı bir sorumluluğunun bulunduğunu ve sözleşme hükümleri uyarınca teminat altına aldığı hakların bazı etmenlerce; yani başkalarının haklarıyla sınırlandırılmış olduğunu ifade etmektedir. Sözleşme, seksen iki maddeden oluşmakta ve “yollama hükmü nitelikli” yirmi altıncı madde dışındaki medeni ve siyasi hak ve hürriyetlere (klasik haklara) yer vermektedir¹⁴².

d. Afrika Şartı

Afrika Şartı, Afrika Birliği Örgütü'nün katkısıyla kabul edilmiştir. Söz konusu Şart 21 Haziran 1980 tarihinde imzalanmış ve 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁴³.

Afrika Şartı'nın işkence ve kötü muamele yasağından beşinci maddesinde doğrudan ve dördüncü ve altıncı maddelerinde ise dolaylı olarak bahsedilmiştir. Buna göre dördüncü maddede kişi dokunulmazlığından bahsedilmek suretiyle, altıncı maddede ise kişi güvenliğine değinilerek dolaylı bir koruma sağlanmış ve beşinci maddesinin ilk cümlesinde ise, insan varlığında mündemiç olan haysiyete saygı duyulması gerektiğinden bahsedildikten sonra işkence, zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü ceza ve muamele yasağına yer verilmiştir¹⁴⁴.

¹⁴¹ ÖNOK, a.g.e., s. 144.

¹⁴² Volkan ASLAN, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi(Amerikan İnsan Hakları-Türk Sistemi)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 2, 2012, s. 268.

¹⁴³ BAKIM, a.g.e., s. 37.

¹⁴⁴ ÖNOK, a.g.e., s. 148.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI VE YASAK İFADE ALMA VE SORGU YÖNTEMLERİ İLE İLİŞKİSİ

I. İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI

A. Genel Bilgiler

Aşağıda belirteceğimiz üzere suçun unsurlarını tipiklik, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık olmak üzere dörde ayırarak inceleyeceğiz. Suçun unsurlarından hareketle suçun tanımını da yapalım. Suç ile ilgili olarak bu dört unsur da içine alan bir tanım yapmak gerekirse denilebilir ki; suç, ceza; normun yasakladığı, tipe uygun, kasten ve taksirle gerçekleştirilen hukuka aykırı olan haksız bir fiildir¹⁴⁵. İşkence suçunun unsurları olan tipiklik unsurunu, maddi unsurları, manevi unsurları ve hukuka aykırılık unsuru aşağıda ayrı ayrı inceleyeceğiz.

B. Kanuni Unsur (Tipiklik)

Kanuni unsurdan anlaşılması gereken, bir fiili suç sayan ve buna bir yaptırım öngörmüş bulunan bir kanun maddesinin var olmasıdır; yani bir fiilin suç oluşturması için somut fiilin kanunda tarif edilmiş olması ve cezayla tehdit edilen fiilin soyut unsurlarına uyması gerekir¹⁴⁶. Yani; bir hareketin suç oluşturması için her şeyden önce söz konusu hareketin ceza kanunlarındaki belirtilen tipe uygun olması gerekmektedir. Eğer tipe uygunluk bulunmaz ise bu durumda hareketin suç olarak nitelendirilemeyeceği söylenir¹⁴⁷. Kanunilik unsuru açısından baktığımızda işkence suçu TCK'nın 94. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 94. maddesinde;

“(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine,

¹⁴⁵ Mehmet Emin ARTUK; Ahmet GÖKÇEN; A. Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 198.

¹⁴⁶ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 115.

¹⁴⁷ Mehmet Emin ARTUK, “ İşkence Suçu” , Ceza Hukuku Dergisi, cilt 3, sayı 7, Ağustos 2008, s.7.

aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

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

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, İşlenmesi halinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

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

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

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

(6) (Ek: 11/4/2013-6459/9 m.) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.” denilmektedir.

TCK'nın 94. maddesi bakımından tipikliğin meydana gelmesi için işkence suçunu işleyen kişinin bir kamu görevlisi olması ve işkence suçunu görevi gereği işlemiş olması; bu davranışın insan haysiyetine aykırı olması ve davranışın kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açması gerekmekte ve tipiklik kapsamına öznel unsurlarında var olduğunu kabul ettiğimizde, davranışın kasıtlı olarak yapılması gerekmektedir¹⁴⁸. İşkence suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri de TCK'nın 95. maddesinde düzenlenmiştir.

ETCK'nın 243. maddesinin uygulamasında işkence suçu bakımından kanunilik unsuru; fiilin tipik olması için işkence ve benzeri kötü muameleleri gerçekleştiren failin soruşturma ile görevli bir memur olması, işkence fiillerinin bir kimseye suçunu itiraf ettirmek, mağdurun, şahsi davacının, müdahilin yahut tanığın olaylar hakkında bilgi vermesine engel olmak, şikâyet ve ihbarda bulunulmasını engellemek ya da

¹⁴⁸ ÖNOK, a.g.e., s. 381-382.

kişilerin şikâyet veya ihbarda bulunması ve tanıklık etmesi nedeniyle işlemesi gerekmektedir¹⁴⁹.

C. Maddi Unsurlar

1. Genel Bilgiler

TCK içeriğinde de kullandığı şekliyle suçun unsurlarından olan maddi unsur denildiğinde akla ilk gelen fiildir¹⁵⁰. Dış dünyada bir değişiklik meydana getirmeye yönelik olarak icrai veya ihmali nitelikte bir hareket olmadıkça, bir suçun varlığından bahsedemeyiz ve işte bu nedenle maddi unsur ortada bir fiilin bulunması gerekliliğinden başka bir şey değildir¹⁵¹. Ancak insan kaynaklı veya bağlantısı olmayan olaylarda suç olgusunu ilgilendirmemektedir.

Maddi unsur ile fiil, netice ve hareket ile netice arasındaki nedensellik bağlantısı öğelerini ifade etmiş olmaktayız¹⁵². Ancak maddi unsurların bunlarla sınırlı olmadığını söylemek gerekmektedir. Suçun maddi unsurlarını oluşturan fiil, netice ve illiyet(nedensellik) bağı başta olmak üzere tamamını ayrı başlıklar altında inceleyelim.

2. Fiil

a. Genel Bilgiler

Fiil suçun maddi unsurlarındandır. Fiili; insanlar tarafından gerçekleştirilen icrai veya ihmali nitelikteki iradi davranışlar olarak tanımlayabiliriz¹⁵³. Fiil bir şeyi yapmak şeklinde icrai nitelikte olabileceği gibi bir şeyi yapmamak şeklinde ihmali nitelikte de olabilmektedir¹⁵⁴.

İşkence suçu bakımından fiili inceleyecek olursak suç onur kırıcı olmak kaydıyla icrai veya ihmali herhangi bir çeşit hareketle işlenebilir. Dolayısıyla işkence suçu serbest hareketli bir suçtur. Dolayısıyla hem icrai hareketle hem de ihmali hareketle

¹⁴⁹ ÜZÜLMEZ, İşkence Cürmü, s. 159.

¹⁵⁰ ÖZGENÇ, a.g.e., s.159-170.

¹⁵¹ HAKERİ, a.g.e., s. 123.

¹⁵² ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 214.

¹⁵³ ARTUK, İşkence Suçu, s.7.

¹⁵⁴ ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 215.

işlenebilir. İşkence suçu genel olarak ise ani suçlardandır. İşkence suçuna örnek verecek olursak; falakaya yatırmak, elektrik vermek, kendisine ve yakınlarına zarar vermekle tehdit etmek, aç veya susuz bırakmak gibi onur kırıcı her çeşit hareket işkence suçunun fiili olacaktır¹⁵⁵. Ancak işkence suçu aralıksız bir biçimde işlenirse kesintisiz suç şeklinde ortaya çıkacaktır. İşkence suçunun ihmali ve icrai hareketinin insanoğluluyla bağdaşmayan bir hareket şeklinde ortaya çıkması gerekir.

İnsan onur ve haysiyetiyle bağdaşmayan davranış şeklinde ortaya çıkmak kaydıyla beden yönünden veya ruhsal yönden acıya neden olma, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açma ve aşağılama şeklinde seçimlik hareketler şeklinde de işkence ortaya çıkabilir. İşkence suçunda hareketin belli bir ağırlığa ulaşması ve sistematik olması gerekmektedir. İşkence suçunun icrai hareketle işlenmesi sonucunda cezaya hükmedildiği gibi ihmali hareketle işlenmesi halinde de ceza öngörülmektedir ancak ihmali hareketle işlenmesi durumunda cezada herhangi bir indirim söz konusu olmayacaktır.

İşkence suçu serbest hareketli bir suç olup ani değil belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilen davranışlardan oluşmaktadır ve belirli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilen fiillerden oluşması işkenceyi kesintisiz bir suç haline getirmektedir¹⁵⁶. Dolayısıyla işkence suçu için de kesintisiz suçlar için geçerli olan kurallar geçerli olacaktır. İşkence suçunda sistematik olarak işkence suçunu oluşturan hareketler devam ettiği sürece suç işlenmeye devam edilecek ancak suçun işlenmesinin kesintiye uğradığı yerde işkence sona erecektir. İşkence suçu bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanmayacağı için kesintiden sonra tekrar işkence hareketlerinin yapılmaya devam edilmesi durumunda artık yeni bir işkence suçundan bahsedilecektir.

TCK'nın 94. maddesinde yaptırım öngörülen hareket; bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar şeklinde belirtilmiştir. Maddeden de anlaşılacağı gibi ve yukarıda da belirttiğimiz gibi işkence suçunun maddi unsurunu bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve maddi veya

¹⁵⁵ HAFIZOĞULLARI; ÖZEN, a.g.e., s. 115.

¹⁵⁶ Mahmut KOCA; İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 246.

manevi yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine ve aşığılanmasına yol açacak davranışlar oluşturmaktadır.

Yine TCK 94. maddeden de anlaşılacağı gibi “*işkence*” kavramı bir üst kavram olarak düşünülmüş ve buna göre bedensel veya ruhsal ağır acı veya ızdırap veren işkencenin yanı sıra zalimane, gayri insani ve aşığılayıcı muameleleri bünyesinde toplamakta ancak bunlarla yetinmeyerek algılama ve irade yeteneğini etkileyen insan onuruna aykırı her türlü müdahaleyi işkence saymaktadır¹⁵⁷. Dolayısıyla maddede belirtilen hareketlerden herhangi birinin yapılması halinde suç işlenmiş olacaktır. ETCK ve BM İşkenceye Karşı Sözleşmede kullanılan “*zalimane*”, “*insanlık dışı*” ve “*aşığılayıcı muameleler*” gibi seçimlik hareketler TCK’nın 94. maddesinde yer almamıştır.

TCK’nın 94. maddesinde “*yol açacak davranışlar*” şeklinde düzenleme yapılarak işkencenin diğer suçlardan farklı olduğuna ilişkin ayırt edici özelliği vurgulanmakta, buna göre işkenceyi oluşturan hareketler ani olarak değil belirli bir süre içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilmekte ve bu özellik işkence suçunun faili olan kamu görevlileri tarafından işlenen benzer diğer farklı suçlardan (örneğin; cebir kullanmaya yetkili kamu görevlisinin kötü muamelesi m. 256) ve işkencenin gerçekleştirilme şekillerinden olan suç tiplerinden (örneğin; kasten yaralama, tehdit ve cinsel taciz) ayrılmaktadır¹⁵⁸.

TCK’da işkence suçu seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Madde metninde ön görülen hareketlerden herhangi birisinin yapılması halinde suç gerçekleşecektir¹⁵⁹. Dolayısıyla madde metninde belirtilen işkence suçuna ilişkin seçimlik hareketlerden birisinin yapılması yeterli olup, hepsinin yapılması gerekmeyeceği gibi, seçimlik hareketlerden hepsinin yapılması halinde de birden fazla işkence suçu değil tek bir işkence suçu oluşacaktır.

¹⁵⁷ **Fatih S. MAHMUTOĞLU**, İşkence ve Eziyet Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt-2, yay. haz. Köksal Bayraktar, Zuhul Dönmezer-Çakıroğlu, Hakan Kızıllarslan, Ankara: Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi; Türk Ceza Hukuku Derneği, 2008, s. 1030.

¹⁵⁸ **Mehmet Emin ARTUK; Ahmet GÖKÇEN, A. Caner YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 243.

¹⁵⁹ **ÜZÜLMEZ**, a.g.e., s. 98.

Genel olarak işkence teşkil eden hareketler, bir kişiye maddi veya manevi (psikolojik –zihinsel) açıdan ağır şekilde acı ya da eza veren davranışlar olarak kabul edilmelidir¹⁶⁰. İşkence için bedene doğrudan doğruya bir fiziki müdahale şart olmayıp kişinin vücut bütünlüğünde zarar oluşturmayan ancak o kişiye bedensel veya ruhsal açıdan elem veren, vücut dokunulmazlığını ihlal eden her türlü kötü muamele bu kapsamda kalmaktadır¹⁶¹. Şöyle ki; bedene doğrudan fiziki müdahale olmaksızın ve yaratılan ortam aracılığıyla dolaylı şekilde örneğin kişiyi aşırı sıcak ya da soğuk ortamda tutmak veya aşırı gürültüye ya da kirliliğe maruz bırakmak biçiminde gerçekleşebilir¹⁶². Burada şunu da belirtmek gerekir ki hangi hareketlerin işkence suçunu oluşturup oluşturmadığını önceden belirtmeye imkân yoktur, bunun tespit edilmesi somut olayda hâkimin takdirine bağlıdır¹⁶³.

İşkence suçunu oluşturan hareketler hem icrai hem de ihmali hareketler ile işlenebilir. Nitekim AİHS'nin 3. maddesinin, kötü muamelenin kasten gerçekleştirilmesi veya gerekli girişimlerde bulunmaması, ihmal edilmesi veya yeterli itina kıstaslarını sağlamaması biçiminde ihlal edileceği belirtilmektedir¹⁶⁴.

TCK'nın 94. maddesinin beşinci fıkrasında; *“Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.”* şeklindeki düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre işkence suçu ihmali davranışlar ile işlenebilen bir suçtur ancak ihmali davranış ile işlenmesi halinde de herhangi bir indirim uygulanmayacaktır. Dolayısıyla ihmali hareketle işlendiğinde indirim uygulanan kasten yaralama ve kasten öldürme suçlarından farklı olarak işkence suçunun işlenmesi durumunda indirim uygulanmayacaktır. Bir başka deyişle suçun icrai veya ihmali işlenmesi bakımından ceza yönünden herhangi bir fark öngörülmemiştir. Bunun nedeni işkence suçunun ağır olmasından kaynaklanmaktadır.

İşkence suçunun işlenmesinde ihmali hareket olduğu zaman, bir sorumluluk meydana gelmesi için, failin neticeyi önleme bakımından hukuksal yükümlülük

¹⁶⁰ **Durmuş TEZCAN; Mustafa Ruhan ERDEM; Murat ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 253.

¹⁶¹ **ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 245.

¹⁶² **ÖNOK**, a.g.e., s. 386.

¹⁶³ **ÖNOK**, a.g.e., s. 387.

¹⁶⁴ **Hakan HAKERİ**, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, yay. haz: İlyas Doğan, Ankara, 2009, s. 348.

altında olması yani garantör konumda olması gerekir¹⁶⁵. Nitekim TCK'nın 94. maddesinin gerekçesinde; *“İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zimni muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır.”* denilmektedir¹⁶⁶.

TCK'nın 94. maddesinden de anlaşılacağı gibi kanun koyucu bu sorumluluğu amirlere yüklemiştir. Ancak buradan hareketle kamu görevlisinin işkence suçunu ihmali hareketle işlemesi mümkündür¹⁶⁷. Soyut yükümlülüğün bulunduğu takdirde amirin sorumluluğu için bu yeterli değildir. Aynı zamanda yükümlülüğün somut olayda yerine getirme imkânı bulunmalıdır. Eğer amirin izinde veya hasta olması durumunda yükümlülüğü yerine getirme imkânı yoksa amiri sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır¹⁶⁸.

İşkence suçu bakımından fiil TCK'nın 94. maddesinde yaptırım altına alınmıştır. TCK'nın 94. maddesine göre suçun maddi unsurunu oluşturan fiil; bir kişiye karşı insan haysiyetiyle bağdaşmayan ve maddi veya manevi yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar olduğunu söyleyebiliriz.

İşkence suçunun sistematik şekilde olma ve belirli süreç içerisinde işlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durum işkence suçunu düzenleyen TCK'nın 94. maddesinin gerekçesinde işkence teşkil eden fillerin ani değil sistematik ve belirli bir süreç içerisinde işlenmekte olduğu şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla madde

¹⁶⁵ TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e., s. 255.

¹⁶⁶ Gürsel YALVAÇ, Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, T.C. Anayasası, Gerekeçeli TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Mevzuat, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 269.

¹⁶⁷ Veli Özer ÖZBEK; Mehmet Nihat KANBUR; Koray DOĞAN; Pınar BACAKSIZ; İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ekim 2012, s. 279.

¹⁶⁸ Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 153.

metininde belirtilmemiş olmasına rağmen gerekçeden de anlaşılacağı gibi işkence suçundan bahsetmemiz için işkenceyi oluşturan fiillerin sistematik ve belirli bir süreç içerisinde işlenmesi gerekmektedir. İşkence suçunun sistematik olma sorunu tartışmalıdır. Ancak biz işkence suçunun sistematik ve belirli süreç içerisinde işlenmesi gerektiği yönündeki görüşlere katılmaktayız.

b. İnsan Onuruna Aykırılık

TCK'nın 94. maddesindeki tanıma bakıldığında işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli seçimlik hareketlerin ortak noktasının “*insan onuruyla bağdaşmayan*” bir nitelik taşımalarıdır¹⁶⁹. İşkenceyi oluşturan davranışların İnsan onuruyla bağdaşmama niteliği taşıması gerekir ve insanın iradesi hilafına davranmaya zorlayan hür bir şekilde düşünüp karar verebilme yetisini ve irade serbestisini sınırlandıran her türlü davranışın bu kapsamdadır¹⁷⁰. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki her insan onuruna aykırı davranış işkence suçunu oluşturmaz iken her işkencenin insan onuruna aykırı olduğu söylenebilir¹⁷¹.

İnsan onuru, insana bilinçli olma, kendi kaderini belirleme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh ve manevi güç şeklinde tanımlandığı görülmektedir¹⁷². Ancak insan onurunu mutlak olarak tanımlamak, bir taraftan kavramın soyutluğu ve belirli bir yaşam ilişkisine indirgenemez genişliği, diğer taraftan kavramı belirli bir ideoloji açısından sınırlamama endişesi nedeniyle mümkün değildir¹⁷³.

Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1966 tarih ve 1963/132 Esas 1966/29 sayılı kararında insan onuru; “*İnsanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır*” şeklinde tanımlamıştır¹⁷⁴.

¹⁶⁹ ÖNOK, a.g.e., s. 389.

¹⁷⁰ TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e., s. 254.

¹⁷¹ BAKIM, a.g.e., s. 113.

¹⁷² DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 94.

¹⁷³ ÖNOK, a.g.e., s. 389.

¹⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi; (Erişim) <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, 21 Aralık 2018.

Anayasamızın 5. maddesindeki; “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.” hükmü ve Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında; “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” denilerek insan onuruna verilen önem belirtilmiştir¹⁷⁵.

İşkence insanların özgür iradesini hiçe sayma olduğundan insan onuru ihlallerinin en ağırıdır ve işkencenin yapılması derecesinin önemi olmaksızın insan onuru ihlalinin varlığı için yeterlidir. Aynı doğrultuda bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı beyana zorlaması da insan onuruna aykırılık oluşturur ve bu bakımdan bir şüphelinin, sanığın veya tanığın işkence yoluyla beyanının açıklanmaya zorlanması da insan onurunu ihlali olduğundan kabul edilemezdir¹⁷⁶. İnsanın sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu ve devlet var olmadan önce de geçerli olan haklarının hiçe sayılması ve insanın obje seviyesine düşürülmesi insan onuruna aykırılık oluşturmaktadır. Bu bakımdan işkence ile erkeklerin hayâlarını sıkımsak ve gözaltına alınanların makatlarına cop sokmak insan onuruyla bağdaşmayan hareketlere örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁷.

Yapılan bütün izahları göz önüne aldığımızda insan onuru ile ilgili genel bir çerçeve çizecek olursak; bir insan kendisine ait olan tüm değerlerden soyutlanıp onu madde durumuna sokan her çeşit hareketin insan onur ve haysiyetine aykırılık teşkil eden bir davranış olduğu söylenebilir. Bu nedenle işkence suçunun öteki seçimlik hareketlerini kapsayan insan onur ve haysiyetine aykırılık teşkil eden bir davranışın ağırlık ölçütü bakımından herhangi bir değerlendirmeye tabi olmaması bu suç açısından bir eksiklik oluşturmadığını söyleyebiliriz¹⁷⁸.

¹⁷⁵ YALVAÇ, a.g.e., s. 4-7.

¹⁷⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 95

¹⁷⁷ Veli Özer ÖZBEK; Mehmet Nihat KANBUR; Koray DOĞAN; Pınar BACAKSIZ; İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Şubat, 2017, s. 277 -278.

¹⁷⁸ BAŞBÜYÜK, a.g.m., s. 1455.

c. Bedensel ya da Ruhsal Yönden Acıya Neden Olma

Mağdurun bedensel ya da ruhsal bakımdan acı çekmesine neden olmak kasten yaralama suçundaki “*vücuda acı vermek*” ile aynıdır. Vücut bütünlüğünü belirli bir önemi olacak şekilde bozan her çeşit davranış bu kapsamdadır ve işkence suçunun niteliği nedeniyle vücut bütünlüğüne yönelik olan bu etkinin yeterli bir ağırlığa ulaşması da gerekir¹⁷⁹. Ancak buna karşılık kasten yaralama suçundan farklı olarak hareketin objektif olarak mağdurda acı oluşmasına neden olacak nitelikte olması yeterli olup; mağdurun dayanaklılığı ya da o andaki duyarsızlığı nedeniyle bunu subjektif olarak hissetmemiş veya önemsememiş olması fark etmeyecektir¹⁸⁰.

İşkence suçunda bedensel bakımdan acı çektirecek davranışın mağdur kendisi tarafından yaptırılması da olasıdır. Nitekim Yargıtay, kasten müessir açısından mağdurun ırzına geçilmek istenmesi üzerine saldırıdan kurtulmak için balkondan aşağıya atlayarak yaralanmasının bu suçu oluşturduğunu belirtmiştir¹⁸¹.

1995 tarihli kaynak kanun olan İspanyol Ceza Kanunu’nda farklı olarak TCK’nın 94. maddesinde “*bedensel ve ruhsal yönden acı çekmekten*” bahsedilerek bedensel etki doğuran hareketler dar anlamda fiziksel bütünlük içerisinde değerlendirilmiş ve ruhsal yönden acı çekmeye yol açacak hareketlerde psişik veya psikolojik sağlığın bozulmasına yol açan davranışlar olarak öngörülmüş; ayrıca söz konusu kaynak kanundaki “*manevi bütünlük*” kavramına Ceza Kanunu’muzda yer verilmemiştir¹⁸².

Kişinin ruhsal yönden acı çekmesi ise; psikolojik durumun bozulmasıdır. Kişinin uğramış olduğu psikolojik baskının ruhsal durumun normalin dışına çıkmasına yol açan davranışlar olduğunu söyleyebiliriz. Bu anlamda kişinin yakınlarına zarar verilmesi ancak kendisine herhangi bir bedensel müdahalede bulunulmamasına karşın sürekli işkence tehdidine maruz kalması bu kapsamda olduğu gibi aynı

¹⁷⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 95.

¹⁸⁰ ÖNOK, a.g.e., s. 392.

¹⁸¹ ÖNOK, a.g.e., s. 392.

¹⁸² ÖNOK, a.g.e., s. 393-394.

kapsamda kişiye daha önce işkenceye maruz kalmış olan kişilerin görüntülerinin izletilmesi veya bu kişilere nasıl işkence edildiğinin anlatılması da bulunmaktadır¹⁸³.

d. Mağdurun Algılama ve İrade Yeteneğinin Etkilemesi

Algılamayı dış dünyadaki verilerin zihinsel olarak anlaşılması olarak tanımlarken irade yeteneğini ise insanın kendi davranışlarını yönlendirebilme yetisi olarak tanımlayabiliriz¹⁸⁴.

İşkence suçunun TCK'nın 94. maddesindeki hareket unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden bir diğeri de “*algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesi*”dir. Dolayısıyla insan onuru ile bağdaşmayacak surette “*algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine*” neden olan davranışlar ile işkence suçu işlenir ve bu tarz davranışlar kişinin düşünmesi ve düşüncesine göre harekette bulunma imkânını hareketlerine yön verme yeteneğini ortadan kaldırmaktadır¹⁸⁵. Başka bir ifadeyle “*algılama yeteneğinin etkilenmesi*” ile iletilmek istenen mağdurun psikolojik-sinirsel olumsuz değişiklik nedeniyle dış dünyadaki verileri doğru olarak anlayabilme ve buna göre iyiyle kötüyü, doğruyla yanlış ayırt etme kabiliyetini kaybetmesidir¹⁸⁶.

e. Mağdurun Aşağılanmasına Neden Olma

Aşağılamak kavramı, bir kişinin onurunu incitmek; onu küçük duruma düşürmek ve itibarının sarsılmasını ifade etmektedir. Mağdur aşağılanması Strasburg Mahkemesi içtihatlarında; “*Bir şahsı diğer şahıslar karşısında büyük oranda utandıran, onu rezil eden veya iradesi ya da bilinçsiz şekilde davranmaya zorlayan; onda korku, acizlik ve değersizlik hissinin uyanmasına neden olarak onurunu inciten her türlü muameleler'in*” ve “*kişinin başkası önünde büyük ölçüde küçük düşmesine veya kendi isteği veya iradesine aykırı davranmasına*” yol açan eylemlerin bu kapsamda olduğunu belirtilmiştir¹⁸⁷.

AİHS'in 3. maddesindeki “*degrading*” kavramı gerek “*aşağılayıcı*” gerekse “*küçük düşürücü*” olarak anlaşılabilir ve AİHM içtihatlarına göre aşağılayıcı

¹⁸³ ÖZBEK v.d., Özel Hükümler, s. 277.

¹⁸⁴ ÖNOK, a.g.e., s. 395.

¹⁸⁵ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 245.

¹⁸⁶ ÖNOK, a.g.e., s. 395.

¹⁸⁷ HAKERİ, İşkencenin Önlenmesi, s. 352.

muamele kişiyi diğer kişiler karşısında büyük ölçüde utandıran, rezil eden ya da kişi iradesi ve bilinci dışında davranmaya zorlayan; onda korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu zedeleyen her türlü muamele olarak ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle aşağılama kişinin bir başka kişi önünde fena bir şekilde küçük düşmesine ya da kendi isteği veya iradesine aykırı davranmasına yol açan davranışlardır¹⁸⁸.

Bir hareketin aşağılayıcı olup olmadığının tespit edilmesi sırasında objektif değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim mağdurların sübjektif durumları nazara alınması halinde aşağılayıcılık niteliğine haiz özdeş olan iki davranışın farklı şekilde nitelendirilmesinin önüne ancak bu şekilde geçilebilir¹⁸⁹.

3. Netice

Suçun maddi unsurlarından birisi de neticedir. Netice davranışın dış âlemde meydana getirdiği değişikliğe denilmektedir. Davranışın dış âlemde meydana getirdiği değişiklik ceza hukukunda kanuni tipte yer aldığı müddetçe önem arz etmektedir. Yani davranışın dış âlemde meydana getirdiği değişiklik olan netice suç tipine ve suçun kanunda yapılan tanımına uyması halinde ceza hukuku bakımından bir anlam ifade etmektedir¹⁹⁰.

İşkence suçundan bahsedebilmemiz için insan onuruyla bağdaşmayan davranışlarla bir kimsenin bedensel veya ruhsala yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine veya kişinin aşağılanmasına yol açan davranışların sistematik ve belirli süreç içerisinde uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz. Bu nedenlerle işkence suçu neticeli bir suçtur. Kanundaki düzenleme itibariyle ancak belirli neticelere yol açan davranışların sistematik bir hal alması işkence suçunu oluşturmaktadır¹⁹¹.

¹⁸⁸ ÖNOK, a.g.e., s. 397.

¹⁸⁹ BAŞBÜYÜK, a.g.m., s. 1459.

¹⁹⁰ ARTUK, İşkence Suçu, s. 26.

¹⁹¹ KOCA; ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 250

4. İlliyet (Nedensellik) Bağı

Bir eylemin dış âlemde meydana getirdiği neticeden dolayı bir kişiyi sorumlu tutabilmemiz için meydana gelen neticenin o kişinin eyleminden meydana gelmesi gerekmektedir¹⁹². Eğer bu şekilde bir ilişki söz konusu değilse, bu durumda kimseye suç yükleyemeyiz. İşte bu açıklamamızdaki bu ilişki illiyet bağıdır.

İşkence suçundan dolayı bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için kamu görevlisi olan kişilerce gerçekleştirilmesi, sistematik uygulama halini almış davranışlarla işkenceye maruz kalana kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi veya algılama veya irade yeteneğinin etkilemesi veyahut aşağılanması arasında bir illiyet bağının kurulabilmesi gerekmektedir¹⁹³. İşkence suçu sırf hareket suçu olarak kabul edilmesi durumunda illiyet bağının tespitine gerek olmamaktadır. Ancak; işkence suçu neticeli suç olarak kabul edildiği durumlarda hareket ile netice arasında illiyet bağının tespit edilmesi gerekmektedir¹⁹⁴.

5. Fail

Türk Dil Kurumu'nun sözlük anlamına göre fail; *“hukuki sonuç doğuracak bir suç işleyen kimse”* olarak tanımlanmıştır¹⁹⁵. Dolayısıyla fail suç oluşturan fiili yapan kimsedir. Fail suçun maddi unsurlarından birisidir. Suç kural olarak herkes tarafından işlenebilir. İşkence suçu açısından suçun faili kimdir onu açıklayalım.

TCK'nın 94. maddesi birinci fıkrasında; *“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...”* denilmektedir. Buradaki düzenleme dikkate alındığında işkence suçunun failinin *“kamu görevlisi”* olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla işkence suçunda fail kamu görevlisidir. Kamu görevlisi dışındaki kişiler bu suçu işleyemeyeceklerdir. İşkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olacağından suç özgü nitelikli bir suçtur. Ancak

¹⁹² ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 253.

¹⁹³ KOCA; ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 250.

¹⁹⁴ Mustafa ÖZEN, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s. 302.

¹⁹⁵ TDK;(Erişim)http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=fail,6 Aralık 2018.

TCK'nın 95. maddesi dördüncü fıkrasına göre kamu görevlisi olmayan kişilerin işkence suçuna iştirak etmeleri durumunda azmettiren veya yardım eden olarak değil kamu görevlileri gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir.

TCK'nın 6. maddesi birinci fıkrası c bendinde de kamu görevlisinin tanımı yapılmıştır. TCK'nın bu maddedeki tanımında; “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi...*” denilmektedir. Kanunda yapılan bu tanımdan da anlaşılacağı gibi bir kişinin kamu görevlisi olduğundan bahsedebilmemiz için, bu kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesine atama ve seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılması gerekmektedir. TCK kamu görevlisini bu şekilde tanımlamıştır.

İşkence suçunun işlenebilmesi için sırf kamu görevlisi olmak yeterli değildir. Aynı zamanda kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak ve görevi sırasında işkence suçunu işlemesi gerekir. Eğer kamu görevlisi göreviyle bağlantısı olmaksızın işkence fiillerini yapması halinde artık burada işkence suçundan değil eziyet suçundan bahsetmek gerekir¹⁹⁶. Yani bir başka deyişle kamu görevlisinin sıfatını kötüye kullanarak işkence suçunu oluşturacak fiilleri gerçekleştirmesi halinde işkence suçu değil, artık eziyet suçu oluşacaktır¹⁹⁷. Dolayısıyla işkence suçunun faili her kamu görevlisi değil, ancak başkaları üzerinde kuvvet kullanma yetkisine haiz olan kamu görevlisi bu suçun faili olabilecektir¹⁹⁸. İşkence teşkil eden fiiller kamu görevlilerince, görevleriyle bağlantılı olarak ve görevin yerine getirilmesi sırasında yani kamu görevinin sağlamış olduğu nüfuzu kötüye kullanarak işlenmiş olması gerekmektedir. Aksi halde sadece memurluk sıfatının kötüye kullanılması nedeniyle işkence oluşturacak nitelikteki eylemlerin gerçekleştirilmesi durumunda eziyet suçu oluşacaktır¹⁹⁹.

ETCK'ya göre işkence suçunun faili “*memur veya diğer kamu görevlileri*” olacağı gibi aynı zamanda “*memurun ifade almaya ve sorgulamaya yetkili*” olması

¹⁹⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 88.

¹⁹⁷ KOCA; ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 245.

¹⁹⁸ HAFIZOĞULLARI; ÖZEN, a.g.e., s. 120.

¹⁹⁹ MAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 1030.

da gerekiyordu²⁰⁰. ETCK’da kimlerin kamu görevlisi sayılacağı konusunda “*kamu hizmeti*” ve “*kamu görevi*” ayırımından hareket edilmiştir²⁰¹. TCK ise; bu ayırmadan hareket etmemiş, kamusal faaliyete katılan her kişi kamu görevlisi olarak sayılmıştır.

6. Mağdur

Türk Dil Kurumu’nun sözlük anlamına göre mağdur; “*haksızlığa uğramış (kimse), kıygın*” olarak tanımlanmıştır²⁰². Her suçun bir mağdur vardır. TCK’nın 94. maddesine bakıldığında mağdurun kim olduğuna ilişkin herhangi bir açıklık yoktur. Öyleyse işkence suçunun mağduru herkes olabilir. Dolayısıyla TCK’nın 94. ve 95. maddelerindeki işkence suçunun mağdurları herkes olabilir. Ancak burada mağdur gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişilerin işkence suçunun mağduru olamayacağı kanaatindeyiz.

ETCK’da mağdur olabilecekler tahdidi olarak sayılmıştı. ETCK’nın 243. maddesinin birinci fıkrasına göre işkence suçunun mağdurları cürümleri söylenilmeye çalışılan kişiler olarak; “*bir kimse, mağdur, şahsi davacı, davaya katılan, tanık, şikâyet ve ihbar hakkı sahibi*” olarak belirtilmiştir²⁰³.

Mağdur kişinin TCK’nın 94. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen çocuk, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişi, gebe kadın, görevi dolayısıyla avukat veya diğer kamu görevlisinin olması durumunda ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. İşkence suçunun bu mağdurlara karşı işlenmesi halinde faile verilecek olan ceza artırılabilecektir. Biz bu konuyu üçüncü bölümde detaylı olarak inceleyeceğiz.

7. Suçun Konusu

Suçun maddi unsurlarından bir diğeri de suçun konusudur. Suçun konusu hareketin yönelmiş olduğu kimse veya şeydir²⁰⁴. Bir suçun konusuz olması

²⁰⁰ MAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 1030-1031.

²⁰¹ KOCA; ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 245.

²⁰² TDK; (Erişim)<http://www.tdk.gov.tr>, 6 Aralık 2018.

²⁰³ ÜZÜLMEZ, İşkence Cürmü, s. 158-159.

²⁰⁴ Faruk EREM; Ahmet DANIŞMAN; Mehmet Emin ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 236; Fatih BİRTEK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 4 Baskı, Ankara 2016, s. 165; ARTUK, İşkence Suçu., s. 30; Alaaddin

düşünülemez. Dolayısıyla fail tarafından gerçekleştirilen eylem eşyaya yönelik olabileceği gibi bir kişinin fiziki, maddi yapısına ya da bünyesine yönelikte olabilmektedir²⁰⁵. Suçun konusunu maddi ve hukuki konu şeklinde iki şekilde incelemek mümkündür. Suçun maddi konusu failin hareketinin maddi olarak üzerinde işlendiği kişi veya şeyden ibarettir²⁰⁶. Suçun hukuki konusu ise; ortaya çıkan suçun doğrudan doğruya ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaatidir²⁰⁷.

İşkence suçu konu bakımından zarar suçudur. Zarar suçlarında, haksız fiilin meydana gelmesi neticesinde suçun konusu üzerinde zarar meydana gelmektedir. Hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağı aranmaktadır²⁰⁸.

İşkence suçunun maddi konusu işkenceye uğrayan kişidir. İşkence suçunun hukuki konusu ise; işkence teşkil eden fiillere maruz kalan kişinin vücudu, kişinin şeref ve onuru ve duruma göre yaşamıdır²⁰⁹. İşkence suçunun hukuki konusu olan korunan hukuki yarar ayrı başlık altında incelenecektir.

8. İşkence Suçunun Nitelikli Halleri

a. Mağdurun Özelliğine İlişkin Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Unsurlar

TCK'nın 94. maddesinin ikinci fıkrasında işkence suçunun nitelikli hallerine yer verilmiş ve bentler halinde düzenlenmiştir. TCK'nın 94. maddesinin ikinci fıkrasında;

“... (2) Suçun;

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

EGEMENOĞLU, Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu (TCK m. 170/1), Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 23.

²⁰⁵ ARTUK, İşkence Suçu, s. 30

²⁰⁶ Faruk EREM; Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2003 s. 28.

²⁰⁷ EREM; TOROSLU, a.g.e., s. 31.

²⁰⁸ Muharrem ÖZEN, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 6; BİRTEK, s. 150.

²⁰⁹ KOCA; ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 246.

b) Avukata veya diğerk kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” denilmektedir.

Buradaki düzenlemeden de anlaşılacağı gibi işkence suçunun çocuklara, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişilere ya da hamile olan bir kadına karşı ve avukat olan bir kişiye veya diğerk başka kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle gerçekleştirilmesi durumunda verilecek ceza 3 ile 12 yıla kadar hapis cezası değil 8 ile 15 yıla kadar hapis cezasıdır. Dolayısıyla işkence suçunun cezası ilgili bentte belirtilen hallerde artırılabacaktır.

Çocuğa karşı işlenmesi halinde çocuktan anlamamız gereken TCK’nın 6. maddesindeki tanımdır. Dolayısıyla buradaki tanıma göre çocuk henüz 18 yaşını doldurmamış kişidir. Beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak olan kimseden anlaşılması gereken ise sakatlar, düşkünler, isnat yeteneği olmayanlar, tamamen veya kısmen akıl hastası olan kimselerdir²¹⁰. Avukata veya kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işkence suçunun işlenmesi halinde de ceza artırılabacaktır. Burada avukat ve kamu görevlisine karşı işkencenin görevi sebebiyle gerçekleşmesi gerekecektir. Burada şunu da belirtmek gerekirse kamu görevlisinden anlaşılması gereken TCK’nın 6. maddesinde belirtilmekte ve aynı zamanda kanunda belirtilen avukatın serbest veya kamuya bağlı olarak çalışması herhangi bir önem arz etmemektedir²¹¹. Bütün bu hallerde işkence suçunun failine verilecek ceza artırılabacaktır.

b. Fiilin İşleniş Şekli Bakımından Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Unsur

İşkence suçunun cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi durumu fiilin işleniş şekli bakımından cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurdur. TCK’nın 94. maddesinin üçüncü fıkrasında da verilecek cezada artırım söz konusudur. TCK’nın 94. maddesi üçüncü fıkrasına göre; “*Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” denilmektedir.

²¹⁰ HAFIZOĞULLARI; ÖZEN, a.g.e., s. 117.

²¹¹ Ahmet GÜNDEL, 5237 sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları, Ankara, 2009, s. 1104.

Buradaki düzenlemeye göre işkence suçunun cinsel açıdan taciz olarak işlenmesi durumunda ceza 10 ile 15 yıla kadar hapis cezası olacaktır. Dolayısıyla bu fıkradan da anlaşılacağı gibi işkence suçunun cinsel dokunulmazlığa karşı davranışlar şeklinde gerçekleşmesi halinde bu fıkra uygulanacak ve ceza artırılabilecektir.

Kanundaki bu düzenleme ile suçun işleniş şekli olarak bir ceza artırımı yönüne gidilmiştir. Buradaki düzenlemede suç cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Yani işkenceyi oluşturan fiil mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelik olmalıdır. Kanun koyucu burada failin mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelik yapılan işkenceyi işleniş şekli olarak cezanın artırılmasını gerektiren bir durum olarak düzenlemiştir. TCK'nın 105. maddesinde cinsel taciz suçunun tanımı yapılmamıştır. Ancak TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde cinsel taciz; kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen ve cinsel davranış şeklinde meydana gelen eylem olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla cinsel tacizde cinsel amaçlarla yapılan ve kişinin vücut dokunulmazlığının ihlalini gerektirmeyen durumlardır.

D. Manevi Unsur

1. Kast

TCK'nın 21. maddesine göre bir suçun oluşması için kastın varlığı gerekmektedir. Kast aynı maddeye göre; failin suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Buna göre; kast iki unsurdan oluşmaktadır. Bu unsurlar bilme ve istemdir²¹². Dolayısıyla failin eylemi nedeniyle kasten sorumlu tutulabilmesi için kanuni tanımdaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Modern ceza hukuklarında faili cezaen sorumlu tutmak için tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketi yapması yeterli olmayıp; ayrıca fail olan kişinin söz konusu davranışı kusurlu olarakta gerçekleştirmiş olması gerekmektedir²¹³. Bir failin gerçekleştirmiş olduğu eylem nedeniyle sorumlu tutabilmek için ceza normunca men edilen bu eylemi gerçekleştirmesi yeterli olmayacak; bunun yanında haksız olan bu

²¹² ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 300.

²¹³ ÖNOK, a.g.e., s. 467-468.

eylem ile kişi arasında manevi bir bağın olması gerekecektir²¹⁴. Suçun manevi unsuru işlenen eylem ile fail arasında psikolojik bağdır. Bu bağ olmadan bir suçun varlığından bahsetmek mümkün değildir²¹⁵.

ETCK'da işkence suçunun manevi unsuru kasıttır ve suç taksirle işlenemez; yani suçun gerçekleşebilmesi için failin işkence, zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele yaptığını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir²¹⁶. ETCK'nın 243. maddesinde düzenlenen işkence suçunun manevi unsuru ise failin belirli saiklerle hareket etmesi gerektiğinden “*özel kast*” idi; çünkü ETCK'nın 243. maddesinde işkence suçu failinin fiili;

a) Bir kimseye cürümlerini söyletmesi,

b) Mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek; şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemesi,

c) Bir kişiye karşı şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple gerekliydi²¹⁷. Dolayısıyla işkence suçundan bahsedebilmemiz için genel kast ile birlikte özel kastında bulunması gerekmektedir. ETCK'nın TCK'dan farklı olarak suçun işlenmesinde özel kast aramıştır.

Ceza kanunlarında esas itibariyle yer alan suçlar ancak kasten işlenen suçlardır. Taksirli hali kanunlarda düzenlenen suçlar bu genel kuralın istisnadır. TCK'nın 94. maddesi incelendiğinde genel kastta yer vermiştir. Yani; suç kasten işlenen bir suçtur. TCK'nın 94. maddesi bu suç bakımından özel kast aramamıştır. İşkence suçu için fail mağdura karşı bedensel ve ruhsal bakımdan acı çektirecek, onun algılamasını ve iradesini etkileyecek sürekli davranışları bilerek ve isteyerek yapmalıdır²¹⁸.

TCK'nın 94. maddesinde bir yandan fail yönünden kamu görevlisi olma dışında başkaca bir özellik aranmamış olması, diğer taraftan maddede belirtilen hareketlerin belirli bir saik aranmaksızın yapılmasının yeterli görülmesi, işkence suçunun

²¹⁴ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 293.

²¹⁵ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 293.

²¹⁶ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 159-160.

²¹⁷ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 105.

²¹⁸ SOYASLAN, a.g.e., s. 153.

kapsamını epeyce genişletmiştir²¹⁹. TCK’da suçun genel kastla işlenebilen bir suç olarak düzenlenmesi suçun düzenlenme amacıyla bağdaşmamaktadır²²⁰. İşkence suçunun benzer suçlardan ayırt edilmesini sağlamak açısından failin belirli bir saikle hareket etmesine, ETCK’nın 243. maddesinde mevcut olduğu gibi TCK’nın 94. maddesinde de yer verilmelidir; nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 09.05.2007 tarih ve 2007/2313 Esas, 2007/4406 Karar sayılı kararında ve bazı kararlarında, faillerin belirli bir saikle hareket etmesini aramaktadır²²¹. 1984 tarihli BM Sözleşmesinde de failin hareketleri belirli saikler ile gerçekleştirmesi aranmaktadır ve buna göre “...cezalandırmak amacıyla, bilgi ve itiraf elde etmek için veya ayırım gösteren herhangi bir sebep dolayısıyla...” işkence ve benzeri kötü muameleler gerçekleştirilebilir²²². TCK bakımından da Yargıtay’ın bazı kararlarında olduğu gibi işkence suçunun failinin belirli amaçlarla hareket etmesi aranabilecektir.

İşkence suçu kasten ve ihmalen işlenebildiği gibi olası kastla da işlenebilen bir suçtur. Yani işkence suçunun oluşumu için TCK’nın 21. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen olası kast da yeterlidir; bir başka deyişle failin suç mağduru olan kişinin bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesi ya da algılama ve irade yeteneğini etkilemesi veya aşağılanması mümkün olduğunu öngörmesine rağmen olası neticeye aldirmayarak (buna razı olarak/bunu kabullenerek) fiilini gerçekleştirmesi yeterli olacaktır²²³. Ancak bu durumda TCK’nın 21. maddesine göre failin alacağı ceza belirli oranda indirilecektir.

TCK’nın 95. maddesinde öngörülen netice sebebiyle ağırlaşmış işkence hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde ise; TCK’nın 23. maddesi gereğince suçun failinin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu neticeler açısından taksir düzeyinde kusurun varlığı aranacak; yani buna göre failin kasten işlediği işkence suçu sonucunda suçun temel şeklinde bulunmayan 95. maddedeki ağır neticeler gerçekleşirse failin bu neticelerden sorumlu bulunabilmesi için kast değil taksir derecesinde hareketinin bulunması gerekecektir²²⁴.

²¹⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 106.

²²⁰ ÖZBEK v.d., a.g.e., s. 285.

²²¹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 106.

²²² ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 160.

²²³ ÖNOK, a.g.e., s. 470.

²²⁴ MAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 12.

İşkence suçunun herhangi bir kamu görevlisi tarafından işlenebilmesi ve özel kast aranmaması, TCK 94. maddedeki işkence suçuyla TCK'nın 256. maddesinde düzenlenen zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun ayrımının nasıl ve hangi kriterlere göre belirleneceği konusu sorun çıkarılabilecek niteliktedir. Aynı şekilde TCK bakımından her kamu görevlisi ve suçun faili olabileceği ve özel kast aranmayacağı için, işkence suçu ile yaralama suçunu ayırt etmek de çok zor olacaktır²²⁵.

İşkence suçunun kasten işlenen suçlardan olduğunu söyledik. İşkence suçunun kasten işlenmesinin yanında ihmali hareketle de işlenebilmektedir. TCK'nın 94. maddesinin beşinci fıkrasına göre işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde herhangi bir indirim yapılmayacağı belirtilmiştir.

2. Taksir

TCK'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasına göre taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle bir davranışın suçun kanuni tanımında yer alan neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. TCK'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli taksir tanımlanmıştır. Bu fıkra göre, failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen eğer netice meydana gelmiş ise bu durum bilinçli taksir halidir. Bilinçli taksir halinde faile verilen ceza artırılır.

TCK'nın 22. maddesinin birinci fıkrasına göre taksirle işlenen fiiller ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kanunda açıkça taksirli hali düzenlenmemiş suçlar nedeniyle kişilerin cezalandırılmayacağını söyleyebiliriz.

İşkence suçunun taksirli hali TCK'da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla işkence suçunun taksirle işlenemeyeceğini söyleyebiliriz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi işkence suçu kural olarak kasten işlenebilir. İşkence kasten işlenmesinin dışında ihmali davranışla da işlenebilmektedir.

²²⁵ ÖNOK, a.g.e., s. 470.

3. Saik

Suçun oluşması için kastın bulunması yeterli olmayabilir. Bu durumda fail kastın dışında ayrıca belirli bir saikle hareket etmesi gerekmektedir²²⁶. Kural olarak saik suçun meydana gelmesi için aranan unsurlardan birisi olmadığını söyleyebiliriz. Kanun genel olarak eylemin yalnızca bilerek ve isteyerek işlenmesini aramaktadır²²⁷.

İşkence suçu genel kastla işlenmektedir. İşkence suçu bakımından kanunda genel kast dışında herhangi bir saik aranmamıştır. Dolayısıyla işkence suçunun failinin bilmesi ve istemesi yeterlidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi işkence suçunda saik aranmaması suçun kapsamını genişletmiştir.

4. Kast-Taksir Kombinasyonu: İşkence Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

a. Genel Bilgiler

Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesinde suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. TCK'nın 95. maddesinin netice sebebiyle ağırlaşmış işkence başlığıyla aşağıdaki gibi düzenlenmiştir;

“(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 doğması gibi sonuçlara yol açmışsa, 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,*

²²⁶ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s .367.

²²⁷ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.368.

- c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
- d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesi gibi sonuçlar doğurmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.
- (3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

İşkence suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinde olduğu gibi netice sebebiyle ağırlaştırılmış diğer suçlarda, söz konusu suçun meydana gelmesi için öngörülen sonuçtan daha ağır bir sonucun meydana gelmesi halinde failin cezasının artırılması gerekecektir. Yani burada fail kusurundan daha ağır bir netice gerçekleştirmiştir ve failin bu ağır netice bakımından TCK'nın 23. maddesi uyarınca taksiri aranacaktır²²⁸. Dolayısıyla burada failin kusuru belirlenecek ve kusurunun bulunması halinde fail cezalandırılacaktır.

b. Fiilin, Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflamasına Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinde düzenlenen işkence suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri ile TCK'nın 87. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri birbiriyle örtüşmektedir. Dolayısıyla TCK'nın 95. maddesinin gerekçesinde netice sebebiyle ağırlaştırılmış hal bakımından kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine atıf yapılmıştır.

TCK'nın 95.maddesinin birinci fıkrasının a bendinde; işkencenin uygulanması sonucunda mağdurun duyularından birisinin veya organlarından birisinin fonksiyonunu sürekli olarak zayıflaması hali işkence suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak düzenlenmiştir. Buradaki netice sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçundan bahsedebilmemiz için mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması yeterlidir. Ancak şunu belirtmeliyiz ki mağdurun

²²⁸ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 113.

duyularından veya organlarından birinin işlevini tamamen kaybetmesi hali bu bende dâhil değildir. Duyu ve organların tamamının kaybedilmesi durumunda TCK'nın 95. maddesinin ikinci fıkrası uygulanacaktır. Gerekçeye göre vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevinin sürekli olarak zayıflaması durumunda bu bent uygulanacaktır.

Öğretide mağdurun dişlerinin kırılması durumunda söz konusu bu bendin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Ancak dişler de organ sayıldığından dişlerin kırılması, çiğneme işlevinin bozulması durumunda zayıflık sayılarak bu bende uygulanabilir. Dolayısıyla her somut olaya bakılarak dişlerin kırılmasının sonucunda çiğneme işlevi üzerindeki etkisine göre nitelikli halin uygulanıp uygulanmamasına karar vermek daha yerinde olacaktır²²⁹.

c. Fiilin, Mağdurun Konuşmasında Sürekli Zorluğa Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde işkence fiilinin mağdurun konuşmasında devamlı olarak zorluğa sebep olması durumunda bu durum suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir. Konuşmada zorluktan anlatılmak istenen kişinin konuşma yeteneğinin olumsuz yönde değişikliğe uğramasıdır. Yani; kişinin işkence sonucunda kekeleyerek konuşması buna örnek gösterilebilir. Konuşma yeteneğinde meydana gelen güçlüğün nedeninin herhangi bir önemi yoktur, önemli olan konuşma organında veya konuşma merkezinde sürekli olarak güçlüğün meydana gelmesidir²³⁰.

Konuşmada sürekli zorluğa neden olma halinden anlaşılması gereken, işkenceye maruz kalanın konuşma yeteneğini tamamen yitirmesinden değil, konuşma yeteneğinin kullanırken bir güçlükle karşılaşması durumu anlaşılmalıdır. Aksi halde konuşma yeteneğinin tamamen kaybedilmesi halinde maddenin ikinci fıkrası uygulanır.

²²⁹ ÖNOK, a.g.e., s. 508.

²³⁰ ÖNOK, a.g.e., s. 508.

d. Fiilin, Mağdurun Yüzünde Sabit İze Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin birinci fıkrasının c bendi gereğince işkence suçu sonucunda yüzde sabit iz meydana gelmesi, bu suçtan dolayı daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. İnsanın alnından çenesine, bir kulağından diğer kulağına kadar olan kısım yüz olarak ifade edilir. İşkence fiili sonucu oluşan iz ilk bakışta göze çarpıyorsa yüzde sabit iz vardır. Ancak ilk bakışta göze çarpmıyorsa sabit iz yoktur. Meydana gelen izin saç veya sakal tarafından kapanması sabit izin olmadığını göstermez²³¹.

e. Fiilin, Mağdurun Yaşamını Tehlikeye Sokan Bir Duruma Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin birinci fıkrasının d bendinde; işkencenin kişinin hayatını tehlikeye sokan bir duruma neden olması durumunda, fail bu suçtan dolayı daha ağır bir ceza ile cezalandırılacaktır. Yaşamını tehlikeli duruma sokmadan kastedilen, işkence uygulamasının yakın olan bir ölüm neticesini meydana getirebilecek olması anlamına gelmekte ve burada tehlikeli olması yeterli olup ölümün gerçekleşmemiş olması gerekmektedir²³². Dolayısıyla işkence fiili sonucunda mağdurun yaşamı tehlikeye girmiş ise bu bent uygulanacaktır. Eğer işkence sonucu ölüm meydana gelmişse TCK'nın 94. maddesinin dördüncü fıkrası uygulanacaktır.

f. Fiilin, Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğunun Vaktinden Önce Doğmasına Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin birinci fıkrasının e bendinde işkence suçunun hamile olan bir kadına karşı işlenmesi sonucunda çocuğun doğum zamanından önce doğmasına neden olması durumu düzenlenmiştir. Buradaki netice sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için çocuğun canlı olarak vaktinden önce dünyaya gelmesi gerekmektedir. Buna karşılık eğer çocuk canlı olarak dünyaya gelmemiş ise;

²³¹ SOYASLAN, a.g.e., s. 156.

²³² ÖNOK, a.g.e., s. 509.

bu durumda işkence fiili sonucu çocuğun düşürülmesi halinden bahsetmek gerekecektir ve TCK 95/2-e'deki hal uygulanacaktır.

Bu halin gerçekleşmesi için işkence suçunun failinin, mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekmektedir. Zaten Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da failin ağırlatıcı halden sorumlu tutulabilmesi için mağdur olan kadının hamile olduğunu bilmesi gerektiği belirtilmiştir²³³.

g. Fiilin, Mağdurun İyileşmesi Olanığı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girmesine Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin ikinci fıkrasının a bendinde işkence fiili sonucunda mağdurun iyileşme olanığı olmayan bir hastalığa yakalanması veya bitkisel hayata girmesi durumunda faile verilecek cezanın artırılması öngörülmüştür.

İşkence fiili sonucu mağdurda meydana gelen hastalığın iyileşme olanığının bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla geçici süreli olarak hastalanması durumunda ağırlanmış hal değil, suçun basit hali uygulanacaktır. Mağdurun bitkisel hayata girmesi durumunda da bu hal uygulanır. Ancak mağdurun beyin ölümünün gerçekleşmesi durumunda mağdur yapay olarak bir cihaza bağlı olarak yaşamaya devam etse de işkence sonucu ölüm meydana gelmiş olduğundan TCK'nın 94. maddesinin dördüncü fıkrası uygulanacaktır. Dolayısıyla bu bendin uygulanabilmesi için failin yaptığı eylem sonucunda mağdurun iyileşme olanığı bulunmayan hastalığa veya bitkisel hayata girmesine neden olması gerekmektedir. Bu durum ortaya çıktığında failin alacağı ceza artırılabilecektir. Ancak işkence fiili sonucunda mağdurun ölümü gerçekleşmiş veya beyin ölümü gerçekleşmiş ise bu durumda bu bent uygulanmayacak ve TCK'nın 94. maddesinin dördüncü fıkrası uygulanacaktır.

h. Fiilin, Mağdurun Duyularından veya Organlarından Birinin İşlevinin Yitirilmesine Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin ikinci fıkrasının b bendinde işkence sonucu mağdurun duyularından yahut organlarından birisinin fonksiyonunun yitirilmesi hâlinde netice sebebiyle ağırlanmış hal söz konusu olacaktır. Bu durumda failin alacağı cezanın

²³³ BAKIM, a.g.e., s. 187.

artırılması öngörülmüştür. Kişinin sahip olduğu duyu yetisinin tamamen yitirilmesi durumunda ve sahip olduğu organlardan birinin işlevinin tamamen yitirilmesi durumunda bu ağırlaşmış hal uygulanacaktır. Burada şunu belirtmek gerekir ki vücuttaki çift organlardan birisinin de yitirilmesi durumunda bu ağırlaşmış hal uygulanacaktır. Bu bentte belirtilen mağdurun duyularından ve organlarından birisinin işlevinin yitirilmesi halidir. Dolayısıyla işkence sonucunda mağdurun duyularından ya da organlarından birisinin işlevinin yitirilmesi halinde bu bent uygulanacaktır.

1. Fiilin, Mağdurun Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin ikinci fıkrasının c bendindeki düzenlemeye göre; işkence gerçekleştirilmesi sonucunda mağdur kişinin konuşma veya çocuk yapma yeteneklerinin ortadan kaybolması hâlinde faile verilecek ceza artırılabilecektir. Failin işkence uygulaması sonucunda mağdurun konuşma yeteneğini tamamen kaybetmesi halinde bu hal uygulanacaktır. Konuşma yeteneğinin kaybedilmesinden kastedilen mağdurun hiçbir şekilde konuşamaması, yani hiç ses çıkaramaması veya ses çıkarsa bile düşüncesini başkasına aktarabilmekten aciz durumda olması anlaşılmalıdır²³⁴.

İşkence sonucunda mağdurun çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına neden olunması durumunda da ağırlaşmış hal uygulanır. Çocuk yapma yeteneğinin geçici süreli olarak kaybedilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla işkence sonucu çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasından bahsedebilmek için işkence fiilinin işlendiği sırada tıbbi verilere göre çocuk yapma yeteneğinin sürekli olarak kaybedilmesi gerekmektedir²³⁵.

i. Fiilin, Mağdurun Yüzünün Sürekli Değişikliğine Neden Olması

İşkence sonucu mağdurun yüzünün sürekli değişikliğe uğraması hâli TCK'nın 95. maddesinin ikinci fıkrasının d bendinde düzenlenmiştir. Bu ağırlaşmış hale göre işkence fiili sonucunda mağdurun yüzünde sürekli değişiklik meydana gelmiştir. Yani kişinin yüzü değişmiştir. Yüzde sürekli değişiklikten bahsedebilmek için

²³⁴ ÖNOK, a.g.e., s. 512.

²³⁵ BAKIM, a.g.e., s. 190.

işkence sonucunda mağdurun yüzünün tamamen veya kısmen değişmesi gerekmektedir. Mağdurun tanınamaz hale gelmesinde yüzde daimi değişiklik söz konusu olmaktadır²³⁶. Bu bendin uygulanabilmesi için işkence sonucunda mağdurun yüzündeki değişikliğin sürekli olması gerekmektedir. Dolayısıyla mağdurun yüzünde sürekli değişikliğe neden olmayan işkence fiilleri bu bent kapsamında değerlendirilemeyecektir.

j. Fiilin, Mağdurun Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğunun Düşmesine Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin ikinci fıkrasının e bendinde işkence suçunun hamile olan bir kadına karşı işlenmesi sonucunda, kadının çocuğunun düşmesine neden olunması halinde cezanın artırılacağına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Dolayısıyla failin gebe olduğunu bildiği mağdura uyguladığı işkence sonucu çocuğun düşmesine neden olması halinde fail hakkında netice sebebiyle ağırlaşmış hal uygulanacak ve alacağı ceza artırılacaktır. Bu bendin uygulanabilmesi için ilk olarak işkence bir gebe kadına karşı yapılması gerekmektedir. Daha sonra bu gebe kadına karşı yapılan işkence sonucunda çocuğun düşmesi gerekmektedir. Bu iki durumun gerçekleşmesi halinde failin alacağı ceza artırılacaktır. Burada kanun koyucu hamile kadına yapılan işkenceden farklı olarak aynı zamanda çocuğun düşmesi halini düzenlemiş ve bu durumun gerçekleşmesini daha ağır ceza verilen hal olarak kabul etmiştir.

k. Fiilin, Mağdurun Vücutunda Kemik Kırılmasına Neden Olması

TCK'nın 95. maddesinin üçüncü fıkrasında işkence fiili sonucunda mağdurun vücutunda kemik kırılmasına neden olunması hâlinde failin alacağı cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Mağdurun vücutunda meydana gelen kemik kırığının, mağdurun hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre fail fıkrada belirtilen oranlarda cezalandırılacaktır. Ancak bu belirleme yapılırken mağdurun yaşamını normal bir

²³⁶ SOYASLAN, a.g.e., s. 157.

insan gibi devam ettirip ettirmedigine, kişinin günlük işlerini yapıp yapamadığına ve ne kadar sürede normal hayatına dönebileceğine bakmak gerekmektedir²³⁷.

Burada şunu da belirtmek gerekirse “kemik çatlaması” kemik kırığının bir çeşidi olduğundan, işkence sonucu mağdurun kemiğinin çatlaması durumunda TCK’nın 95. maddesinin üçüncü fıkrası uygulanacaktır. Adli Tıp uygulamasının da aynı yönde olduğunu ifade etmek gerekir²³⁸.

I. Fiilin, Mağdurun İşkence Sonucunda Ölümüne Neden Olması

İşkence uygulanması sonucunda mağdurun ölmesi halinde TCK’nın 95. maddesinin dördüncü fıkrası uygulanacaktır. İşkence fiili sonucunda mağdurun ölmesi durumunda fail hakkında müebbet ağır hapis cezası verilecektir. TCK’nın 95. maddesi dördüncü fıkrası şu şekildedir; “İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” Burada şunu da belirtmek gerekirse eğer failin kastı öldürmek ise; böyle bir durumda fail işkence sonucu ölüme neden olmaktan değil kasten adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır.

E. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun unsurlarından birisi de hukuka aykırılık unsurudur. Hukuka aykırılık en genel tabiriyle hukuka yani hakka karşı gelme, onunla çatışma halinde olma demektir²³⁹. Suçun unsuru olarak hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tanıma uygun bulunan fiile hukuk düzenince izin verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması sadece ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir²⁴⁰. Bir başka ifadeyle hukuka aykırılık geniş anlamda hukukça korunmuş hak ve yarara yapılan saldırı, yani fiilin hukuk düzenine uygun olmaması demek iken; ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık; suç tipini ihlal eden hareketin yalnız ceza hukukuyla değil tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunması demektir²⁴¹. Buna bağlı olarak, ister ceza hukukundan isterse ceza hukuku dışındaki diğer bir hukuk dalından kaynaklansın, eğer ceza kanunlarının suç olarak tayin etmek

²³⁷ BAKIM, a.g.e., s. 192.

²³⁸ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 254.

²³⁹ Mahmut KOCA; İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 262.

²⁴⁰ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 378.

²⁴¹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 103.

suretiyle yasakladıkları bir fiilin yapılmasına izin veren bir hukuk normu var ise artık bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur ve suç tipinde öngörülen hareketin yapılması suç teşkil etmeyecektir²⁴². Hukuka aykırı oluş değerlendirmeye tabi tutulan bir fiilin hukukun icaplarına uygun düşmediğinin tespitinden başka bir şey ifade etmemektedir ve bu anlamda “*hukuka aykırılık*”ın bir derecelendirilmeye tabi tutulması mümkün değildir²⁴³.

İşkence suçuna ilişkin TCK'nın 94. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak şunu söyleyebiliriz ki işkence her zaman hukuka aykırıdır. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı BM Sözleşmesi'nde hiçbir olağanüstü durumda hatta savaş vb. hallerde bile işkencenin hukuka uygun kabul edilmeyeceğine yönelik düzenlemenin yanında aynı doğrultuda işkencenin hiçbir koşulda hukuka uygun olmayacağı esası AİHS'de de tekrarlanmış ve AİHM içtihadına yansımıştır. AİHM İngiltere'ye karşı verdiği “*Chantal*” kararında bu esası belirtmiştir ve bu karara göre mağdurun hareketi ve olayın özellikleri ne olursa olsun işkence haklı görülemezdir²⁴⁴. Benzer şekilde Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında da hiçbir istisnaya yer verilmeksizin işkence yasaklanmakta; işkence ve benzeri kötü muameleyle tabi olmama, her insan için dokunulmayacak ve salt bir hak olduğundan işkence yasağının hiçbir istisnası da bulunmamaktadır²⁴⁵. Dolayısıyla işkence ve kötü muamele yasağı hakkı Anayasamızda korunmaktadır.

İşkence suçunun hukuka aykırılık unsurunu incelerken değineceğimiz bir diğer konu hukuka uygunluk sebebidir. Ceza normlarının men ettiği bir eylemin gerçekleştirilmesine müsaade ederek onun hukuka aykırı olmasını engelleyen kurala “*hukuka uygunluk sebebi*” denir²⁴⁶. İşkence suçu bakımından hukuka uygunluk nedenlerine bağlı herhangi özel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Hukuka uygunluk halleri TCK'nın 24, 25, 26. maddelerde düzenlenmiştir.

²⁴² ÖNOK, a.g.e., s. 446.

²⁴³ İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 282.

²⁴⁴ ÖZBEK v.d, Özel Hükümler, s. 281-282.

²⁴⁵ BAKIM, a.g.e., s. 154.

²⁴⁶ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 379.

TCK'nın “*Kanunun Hükmü ve Amirin Emri*” madde kenar başlıklı 24. maddesinde;

“(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” hükümleri yer almaktadır.” denilmektedir. Buradaki düzenlemeden de anlaşılacağı gibi kısaca maddede kanundan kaynaklı emri uygulayan kişiye ceza verilemeyeceği, ancak söz konusu emir suç oluşturuyorsa hiçbir surette yerine getirilemeyeceği belirtilmiştir.

İşkence suçu bakımından kanun hükmünü ve amir emrini uygulamak halleri işkenceyi hukuka uygun hale getirmemektedir. Dolayısıyla kimsenin kanun emrini yerine getirme ve uygulamak için işkence yaptığından söz edilemediği gibi hukuk düzeninde de işkenceyi uygun bulan bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Burada yetkili olan mercii tarafından verilmiş olan bir emrin yerine getirilmesi ileri sürülemez ve kanun tarafından suç sayılan bir fiilin işlenmesi emrini kimse veremeyeceği gibi hiç kimse de yerine getiremez²⁴⁷. Bu nedenle işkence yapılması hususunda amir tarafından verilen emir hukuka uygun değildir ve bu emri uygulayan kişi hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz; yani hem emri veren amir hem de verilen emir üzerine fiili icra eden kişi cezalandırılır²⁴⁸.

TCK'nın “*Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali*” madde kenar başlıklı 25. maddesinde;

“(1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

²⁴⁷ HAFIZOĞULLARI; ÖZEN, a.g.e., s. 116.

²⁴⁸ KOCA; ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 252.

(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” denilmektedir.

İşkence suçu bakımından meşru savunma ve zorunluluk halinin kusuru ortadan kaldırmasından söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Ancak doktrinde işkence suçu bakımından meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir²⁴⁹.

TCK'nın “*Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası*” madde kenar başlıklı 26. maddesinde;

“(1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”

“(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” denilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olan mağdur kişinin rızası işkence suçu bakımından eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir. İşkence uygulamasına gösterilen rıza, kişilik haklarından vazgeçmek, insan kişiliğini ve onurunu önemsiz saymak anlamına geleceğinden hukuka aykırıdır. Dolayısıyla kişilik haklarından vazgeçmeyi ifade eden, ahlaka ve adaba aykırılık teşkil eden bu tarzdaki davranışların uygulanmasına mağdur tarafından rıza gösterilmesi hukuken geçersiz olacaktır²⁵⁰.

İşkence suçunda failin TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca işkence suçunda hata hükümlerinin uygulanabileceği yönündeki görüşe katılmaktayız²⁵¹.

²⁴⁹ ÖZBEK v.d, Özel Hükümler, s. 282.

²⁵⁰ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 158.

²⁵¹ ÖZEN, a.g.e., s. 304.

F. Korunan Hukuki Yarar

1. Genel Bilgiler

TCK'nın 94. maddesinin gerekçesinde; “İşkence suçu ile korunan hukukî değer, karma bir nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemnin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvuru işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.” denilmektedir²⁵². Madde gerekçesine göre; korunan hukuki değer karma nitelikte olduğu belirtilmiştir.

İşkence suçunda korunan hukuki yarar karma niteliktedir. Gerçekten işkence suçu bir şahsa karşı insan onur ve haysiyetiyle bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve iradesinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açan hareketlere muhatap olan kişinin beden bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, onur ve haysiyeti ile yaşam hakkı korunmakta ve işkencenin yaptırımıyla ceza adaletine, adliyeyle ilişkin bir menfaatte korunmaktadır. Böylece işkencede özellikle işkenceye maruz kalan kişinin ruh ve beden sağlığı, onur ve haysiyeti ile yaşama hakkı korunduğu gibi ceza adaletine, adliyeyle ilişkin menfaatler de korunmaktadır²⁵³.

İşkence suçunu düzenleyen TCK'nın 94. maddesine bakıldığında ve bulunduğu yer de dikkate alındığında korunan hukuki yarar insanlık onuru, vücut dokunulmazlığı, adliye ve kamu idaresidir. İşkence suçu ile korunan hukuki yararlar ayrı başlıklar halinde aşağıda açıklanmıştır.

²⁵² YALVAÇ, a.g.e., s. 268.

²⁵³ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 241.

2. İnsanlık Onuru

İnsan onuru diğer tüm insan hakları temelinde var olan mutlak ve dokunulmaz temel değerdir. İnsan onuru kavramı ise ontolojik ve sosyal–etik bir gerçeklik olup aynı zamanda kişinin özerkliğine, insanlığın özgürlüğüne, akılcılığına ve kendisinin bir amaç olmasına işaret etmektedir²⁵⁴. İnsan onuru ve insan onurunun korunması uluslararası barışın bir kriteri olduğu gibi aynı zamanda uluslararası hukuk düzeninin temel ilkesi olarak görülmektedir²⁵⁵.

İşkence suçu TCK'nın 94. maddesi birinci fıkrasında; *“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükümlenir”* denilmektedir. Bu madde metninden de anlaşıldığı gibi işkence suçuyla korunan asıl hukuki yarar insan onurudur²⁵⁶.

TCK sistematüğinde işkence suçu kişilere karşı işlenen suçlar başlıklı ikinci kısmında ve işkence ve eziyet başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında da işkence suçu ile ifade edilen insan haysiyetinin korunmasıdır²⁵⁷.

3. Vücut Dokunulmazlığı

Yukarıda belirttiğimiz gibi TCK sistematüğinde işkence suçu kişilere karşı işlenen bir suç olarak düzenlenmiştir. İşkence suçunda işkenceye maruz kalan kimsenin onuru, yaşama hakkı, ruh ve beden bütünlüğü korunduğu gibi vücut dokunulmazlığı da korunmaktadır²⁵⁸. Ancak ETCK'nın 243. maddesinde suç tipi olarak *“devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler”* arasında düzenlendiği için ve

²⁵⁴ ÖNOK, a.g.e., s. 351.

²⁵⁵ Köroğlu KAYA, “İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 7, sayı 24, Ocak, 2016, s. 477-478.

²⁵⁶ TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e., s. 251.

²⁵⁷ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 81.

²⁵⁸ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 82.

kişilerin fiziksel ve manevi bütünlüğüne yapılan saldırılar cezalandırıldığından kişi dokunulmazlığı tali olarak korunmaktaydı²⁵⁹.

Hukuk sistemimizde kişiler doğumdan ölümüne kadar bedenine ve sağlığına yönelik her türlü davranışa karşı ceza hukukunca korunmakta olup, bu koruma kişinin yalnızca fiziki varlığına yönelik olmayıp, aynı zamanda ruh ve akıl sağlığına yönelik korumayı da kapsamaktadır²⁶⁰.

Anayasamızın 17. maddesinin birinci fıkrasında; “*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” denilmektedir. Aynı maddenin devamında ise tıbbi zorunluluk halleri ve kanunlarda yazılı olan haller dışında kişinin vücut dokunulmazlığının önemi vurgulanmış ve kişinin insan onuruyla bağdaşmayan ceza ve muamelenin yani işkencenin de yasak olduğu belirtilmiştir. İşkence ile korunan hukuki yararlarından biriside kişinin vücut dokunulmazlığıdır.

4. Adliye-Adil Yargılanma Hakkı

İşkence suçu ile korunan bir diğer önemli hukuki yararlarından biriside adliye yani adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı genel anlamda bir kişinin suçlanması durumunda davasının kanunla, bağımsız ve yansız olan bir mahkemece önceden konulmuş ve belirlenen kurallar kapsamında makul bir zamanda hakkaniyete uygun olarak ve aleni olarak yargılanmasını ifade etmektedir²⁶¹.

TCK’nın 94. maddesi TCK’nın kişilere karşı suçlar bölümünde yer almaktadır ancak bu maddenin gerekçesine bakıldığında adliyenin de korunduğu anlaşılmaktadır. TCK’nın 94. maddesinin gerekçesinde; “*Belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulmuş işkence, gerçeğin ortaya çıkartılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki doğurabilir.*” denilmektedir²⁶². Burada belirtilen gerekçe dikkate alındığında korunan hukuki yararın aynı zamanda adliye yani adil yargılanma hakkı olduğu anlaşılmaktadır.

²⁵⁹ ÖNOK, a.g.e., s. 253.

²⁶⁰ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 66-67.

²⁶¹ KAYA, a.g.m., s. 495.

²⁶² YALVAÇ, a.g.e., s. 268.

5. İrade Özgürlüğü

Anayasamızın 17. maddesiyle güvence altında olan kişi dokunulmazlığının fiziki ve manevi olmak üzere iki yönünün bulunmaktadır. Özgür olarak karar verme ve verdiği bu karar göre hareket etme özgürlüğü kişinin manevi özgürlüğü kapsamında korunmakta ve kişi ancak bu sayede sosyal bir aktör olarak toplumda yerini alabilmektedir²⁶³.

İşkence insanın sahip olduğu hür iradesini ortadan kaldıran çok ağır insan hakkı ihlali olup işkence yapmakla amaçlananın kişinin özgürce karar vermesini ve bu karar doğrultusunda hareket etmesini engellemektir. Ceza yargılaması bakımından düşünüldüğünde de işkencede amaç sanık ve şüpheliden itiraf elde etmektir²⁶⁴. Bu nedenle işkence suçunda korunan hukuki yararlarından birisi de kişinin irade özgürlüğüdür.

6. Kamu İdaresi

İşkence suçu ancak ve ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suç olması nedeniyle söz konusu suç tipiyle korunan kamusal hukuki değerlerden birisinde kamu görevlilerinin yasaklanmış belirli davranışlara başvurmalarını önlemek, bu suretle de kamu disiplinini ve idareye olan güven duygusunu koruyarak devletin menfaatini gözetmektir²⁶⁵. Kamu görevlilerinin işkence niteliğindeki davranışları sadece kendilerini yasal olmayan zemine sokmamakta aynı zamanda temsil ettikleri devleti de aynı konuma sokmakta ve zarar vermektedir²⁶⁶.

İşkence suçu TCK'da kamu görevlisi tarafından işlenen özgü suç olması nedeniyle 94. madde yönünden kamu idaresinin de korunan hukuki yararlarından birisi olduğunu kabul etmek durumundadır. İşkence suçu ETCK'da devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında yer almaktaydı. Bu nedenle ETCK'nın 243. maddesine göre de korunan hukuki yararın devlet idaresi olduğu anlaşılmaktadır²⁶⁷.

²⁶³ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 71.

²⁶⁴ KAYA, a.g.m., s. 493.

²⁶⁵ ÖNOK, a.g.e., s. 358.

²⁶⁶ BAKIM, a.g.e., s. 92.

²⁶⁷ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 83.

II. İŞKENCE SUÇUNUN YASAK İFADE ALMA VE SORGU YÖNTEMLERİYLE İLİŞKİSİ

A. Genel Bilgiler

İfade alma, mağdur, tanık veya sanık gibi suça katılan kişilerle kriminal taktik esaslarına göre planlanarak yapılan görüşme olup, şunu belirtmek gerekirse ifade alma ile sorgulama birbirinden farklıdır; şöyle ki; ifade alma kolluk ve Cumhuriyet savcısının isnat edilen fiil bakımından şüpheliyi dinlemesi iken buna karşılık sorgu ise, şüpheli veya sanığın hâkim tarafından dinlenmesidir²⁶⁸. Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri genel olarak kişiyi bedenen ve ruhen yıpratıcı ve iradesini zayıflatan, istemediği halde onu istemediği bazı şeyleri söylemeye zorlayan yöntemler olarak tanımlanmaktadır²⁶⁹. Kural olarak kişinin hür iradesine dayanan beyanlar hukuki olarak geçerlidir. Sanığın hür iradesine dayanmayan ve iradesini sakatlayan usullerle alınan beyanlar geçerli olmamalıdır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yasak sorgu yöntemleri başlığıyla 135/A maddesinde yasak sorgu yöntemlerinden bazıları düzenlenmiştir. CMUK 135/A maddesindeki düzenlemede; *“İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.”* denilmektedir. CMUK’un ilgili maddesinde yasak sorgu yöntemleri; nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler ve kanuna aykırı vaat olarak belirtilmiştir.

İfade alma ve sorguda yasak yöntemlerin düzenlendiği ve kişinin iradi olarak beyanda bulunma özgürlüğünü koruyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 148. maddesidir. Sanığın özgür iradesi ile beyanda bulunmasını etkileyen bazı usuller bu

²⁶⁸ Timur DEMİRBAŞ, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 2, sayı 4, Ağustos, 2007, s. 81.

²⁶⁹ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 128.

maddede belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre bazı yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri; kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma ve bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler olarak belirtilmiştir.

Konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için kanun maddesinde belirtilen yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle aşağıda yasak ifade ve sorgu yöntemlerini düzenleyen CMK'nın 148. maddesini ve yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerini ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

B. CMK 148. Maddesinde Sayılan Yasak İfade Alma ve Sorgulama Yöntemleri

İşkence teşkil eden fillerinden etkilenen kişi, iradesi ortadan kaldırıldığı ve algılama yeteneği etkilendiğinden, duymuş olduğu acı ve ızdırabın etkisiyle gerçekte olmayan bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilmektedir. Bu sebeple bir suça ilişkin ikrar elde etmek veya sair bir delil elde etmek için yapılan işkence, aynı zamanda gerçeğin meydana çıkartılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olacak nitelikte bir etkide doğurmakta ve bu açıdan bakıldığında işkencenin sonucu ceza öngörülmesi, Ceza Muhakemesi'nin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik olan amacının gerçekleşmesine de hizmet etmektedir²⁷⁰.

Gerek CMUK 135/A gerekse CMK'nın 148. maddesinde delil yasaklarından olan ifade ve sorguda delil elde etme yöntemleri yer almıştır. CMK'nın 148. maddesinde ifade alma ve sorgulama sırasındaki yasak yöntemler belirtilmiştir. İlgili CMK'nın 148. maddesinde;

“(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

²⁷⁰ İzzet ÖZGENÇ; Cumhur ŞAHİN, “İşkence Suçu”, Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 4, sayı: 1, 2000, sayfa yok, (Erişim) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf, 15 Ocak 2019.

(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.” denilmektedir. Buradaki düzenleme dikkate alındığında şüpheli veya sanığın ifadesi alınırken veya sorgusu yapılırken yapılmaması gereken yasak yöntemler belirtilmiştir.

Yasak sorgu ve ifade alma yöntemleri maddenin birinci fıkrasında sayılmış ve bunlar; kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma ve bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler olarak belirtilmiştir. Ancak söz konusu maddede “gibi” kelimesinden de anlaşılacağı gibi sayılan yasak usuller sınırlı sayıda değildir. Kanun koyucu örneklendirmiştir. Buradan da anlaşılacağı gibi sanığın iradesini etkileyen ve maddede sayılmayan diğer her türlü yöntemde yasak usul olarak kabul edilmelidir.

CMK'nın 148. maddesi birinci fıkrasında şüpheli veya sanığın hür iradesine önem veren insan onurunu korumaktadır. Aynı zamanda şüpheli ve sanığın savunma hakkının teminatı niteliğinde olup Anayasadaki insan onur ve haysiyetinin korunması ile ilgili olan düzenleme, CMK'nın 148. maddesi ile ceza muhakemesinde sağlamlaştırılarak somutlaşmıştır. Dolayısıyla burada sanık olan kişiden delile ulaşmak değil de delilden sanığa ulaşma amaçlandığı, şekli gerçek yerine maddi gerçeğe ulaşmak amaçlandığı ve bu doğrultuda da sanığa işlediği suçu muhakkak ikrar veya itiraf ettirmek gibi bir amaç güdülmeyeceği anlaşılmaktadır²⁷¹.

Hem eski hem de yeni ceza muhakemesi sistemimiz incelendiğinde kural olarak sanığın beyanının özgür iradesine dayanacağı, söz konusu kuralın ihlal edilmesi

²⁷¹ ÇİFTÇİOĞLU, a.g.m., s. 24.

durumunda şüpheli veya sanığın özgür iradesine dayanmayan beyanının ise hiçbir surette ceza muhakemesince kullanılamayacağı belirtilmektedir²⁷². Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri ifade veren kişiyi hem bedensel hem de ruhsal açıdan etkileyip iradesini zayıflatan ve aslında söylemek istemediği şeyleri söylemeye zorlayan yöntemlerdir. İradi karar verme özgürlüğünün zarar görmesi, sanığın ifadesinin nasıl ve hangi şekilde olacağına karar veremediği durumlarda; iradi hareket özgürlüğünün zarar görmesi ise sanığın özgür iradesine dayanarak aldığı kararı serbest bir şekilde uygulayamadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır²⁷³.

Bu açıklamalarımızdan sonra CMK'nın 148. maddesinde düzenlenmiş olan yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerini ayrı başlıklar altında kanun maddesindeki sıralamaya uygun bir şekilde aşağıda incelenecektir.

1. Kötü Davranma

CMK'nın 148. maddesinde düzenlenen ifade alma ve sorgulamada yasak yöntemlerden biriside kötü davranmadır. Kötü davranma kişinin vücut dokunulmazlığına ve vücut sağlığına yönelik olarak yapılmış her türden kasti olarak yapılan saldırı ve zarar vermeyi ifade eder ve kötü davranma sırf vücudu yaralamadan ibaret olmayıp vücut bütünlüğüne yönelik ve çok önemsiz derecede olmayan zarar vermeleri de içermektedir²⁷⁴. Dolayısıyla kötü davranma doğrudan doğruya bedeni dokunulmazlığın ihlali veya bedene zarar verilmesi anlamına gelmemektedir²⁷⁵. Daha da somutlaştırmak gerekirse; ifadeyi almakla görevli kamu görevlisinin ifade aldığı sırada sanığın özgür iradesi ile ifade vermesini engelleyici nitelikte, vücut dokunulmazlığına ve sağlığına yönelik her türlü saldırıyı ve zarar vermeyi ifade eden doğrudan doğruya veya dolaylı olarak fiziki muameleler kötü davranmaya girmektedir²⁷⁶.

²⁷² ÖNOK, a.g.e., s. 424.

²⁷³ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 128.

²⁷⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 129.

²⁷⁵ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 130.

²⁷⁶ ÖNOK, a.g.e., s. 426.

Yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinden olan kötü davranma değişik şekillerde gerçekleşebilir. Bu ifade alma ve sorgu yöntemleri tekme ve tokat vurmak şeklinde kişinin vücut bütünlüğüne doğrudan doğruya zarar verme şeklinde olabileceği gibi aç bırakma, ifade sırasında göz alıcı ışık kullanma, devam eden sürekli yüksek gürültü, uykuda sürekli rahatsız etme ile aşırı soğuk veya sıcakta bırakma gibi vücut üzerinde dolayısıyla etkileri bulunan hareketler de olabilir²⁷⁷.

Kötü davranma ile işkenceyi birbirinden ayırmakta yaşanan güçlüğü giderilmesi ancak kötü davranmanın işkenceyi de içine alan üst kavram olarak kabul edilmesiyle mümkün olabilir ve buradan hareketle kötü davranma sayılan hareketlerin tekrarlanması ve süreklilik teşkil etmeleri halinde işkence olacaktır. Bu şekilde olması durumunda her hareket kötü davranma sayılacak ancak her kötü davranma işkence olarak nitelendirilmeyecektir²⁷⁸. Ancak hemen şunu da belirtelim ki; böyle bir durumda yani kötü davranmanın uzun süre devam etmesi halinde işkence ile çakışır ve bu durumda işkence ile arasındaki kesin sınırı belirlemek mümkün değildir²⁷⁹. Bu bakımdan işkence ile kötü davranma arasında yakın bir ilişkinin olduğu söylenebilir.

2. İşkence

İfade almada ve sorguda yasak usullerden bir diğeri ise işkencedir. İşkence insan hakkı ihlallerinden en ağırlarından bir tanesidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kötü davranmanın uzun süreli devam etmesi halinde artık yasak usullerden bir diğeri olan işkenceden bahsetmek gerekir. Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen işkence yasağının ceza muhakemesi hukuku bakımından somutlaşmış hali CMK'nın 148. maddesidir.

Yasak sorgu usullerinden olan işkence; şüpheli ve sanığın uzun bir süre devam eden veya tekrarlanan bedeni ve ruhi acılara sokulmasıdır. Şüpheli ve sanığın özgür iradesini ortadan kaldırmaya yönelik her türlü psikolojik etkiler olsa da bir itirafa ulaşmak amacıyla birisinin istisnai durumundan yararlanma işkence değildir.

²⁷⁷ DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 283.

²⁷⁸ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 131.

²⁷⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 129.

İşkence maddi veya manevi niteliktedir. Dolayısıyla ruhsal bir eziyet ve acı işkencenin karakteristiğini oluşturmaktadır. Genel olarak fiziksel anlamda işkence kötü muamele olarak nitelendirilse de; fiziksel anlamda işkenceyi kötü muameleden ayıran ise; işkencenin daha uzun süreli ağır acı ve ağrıya neden olması ve ayrıca vücuda yönelen bu ağrı ve acıların manevi etkisinin de olmasıdır. Örnek verecek olursak; sanığın uykusuz bırakılarak uyumasının engellenmesi durumunda her ne kadar hukuka aykırı olan davranış sanığın bedenine yönelik olsa da hukuka aykırı davranışın etkisi manevi hayatına yönelik olmaktadır²⁸⁰. Dolayısıyla kötü muamelelerle işkence arasında nitelik değil derece farkı bulunmaktadır ve bu nedenle kötü davranmanın sürekli ve daha ağır biçimi işkence olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir²⁸¹. Örnek olarak; gündüz yapılabilecek olan bir sorgunun tekrar eden gece sorgularına dönüştürülmesi, çay ve nikotin bağımlılarına bunların verilmemesi, çocuk ağlama sesinin sürekli olarak dinletilmesi, şiddet gören kişilerin sesinin dinletilmesi veya gerçek olsa bile karısının tutuklanması nedeniyle çocuklarının sahipsiz kaldığını şüpheli veya sanığa söylemek işkence olarak nitelendirilir²⁸².

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kötü davranma ile işkence arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bundan dolayı her ikisi arasındaki sınırın kesin olarak belirlemek çok güçtür. Ancak işkence de yapılan hukuka aykırı fiil sonucu mağdurda bıraktığı etkinin ağırlık merkezinin daha çok ruha yönelmiş olduğu ileri sürülmektedir²⁸³.

CMK'nın 148. maddesi anlamında işkence kabul edilen her türlü davranışın, TCK'nın 94. maddesi anlamında olan işkence suçunun maddi unsurunu oluşturduğu söylenebilir. Yasak ifade alma ve sorgu yöntemine maruz kalan şüpheliye veya sanığa Cumhuriyet savcısı, kolluk, hâkim veya duruma göre bilirkişi tarafından uygulanan işkencenin de TCK'nın 94. maddesindeki suçu oluşturmasına karşın 94. madde anlamındaki her fiil, suçun failinin yalnızca kamu görevlisi olması ve

²⁸⁰ **Cumhur ŞAHİN**, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 191.

²⁸¹ **BAKIM**, a.g.e., s. 139.

²⁸² **ÜZÜLMEZ**, a.g.e., s. 132.

²⁸³ **Erol CİHAN**, "Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt 5, sayı 7, yıl 1971, s. 79-80.

mağdurun ise herkes olması nedeniyle CMK'nın 148. maddesindeki yasak ifade ve sorgu yöntemi kapsamına girmeyeceğini belirtmek gerekir²⁸⁴.

3. İlaç Verme

Ceza Muhakemesi Kanununa göre şüpheli ve sanığın ister rızası ile ister zorla direncini kırarak onu aslında istemediği şekilde konuşmaya sevk edecek bir ilacın söz konusu şüpheli ve sanığa verilmesi yasaktır. Dolayısıyla ifade alma ve sorgu esnasında alkol ve uyuşturucu madde de dâhil olmak üzere şüphelinin direncini kırarak ve onu aslında konuşmak istemediği halde konuşmaya sevk edecek katı, sıvı, gaz, iğne veya tablet şeklindeki ilaçların verilmesi yasaktır²⁸⁵.

İlaç vermenin yasak olmasının nedeni diğer yasak usullerde olduğu gibi sanığın irade özgürlüğünün engellenmesidir. Kişinin serbest iradesini etkileyen bir durumun fiilen bulunması yeterli olup bu durumun kim tarafından, ne şekilde ve hangi amaçla yapıldığı önemli olmamaktadır ve ifadeyi alan kişinin bu yönlerdeki bilinçli ya da bilinçsiz her türlü davranışı yasak kapsamındadır²⁸⁶.

Burada belirtmemiz gereken bir diğer durum da narkoanaliz, hipnotizma veya gerçeklik serumu denilen ilaçların kullanılması veya verilmesi de yasak kapsamında olduğudur. Narkoanaliz ve hipnotizma gibi usullere başvurulması halinde, bu durum sanığa gerçeği söyletmediği gibi sanığı yönlendirmeye müsait hale getirdiği ve yönlendirilen hususlara uygun bir şekilde beyanda bulundurduğu ileri sürülmektedir. Ancak sanığa yönelik bu usullere başvurulması halinde sanık doğru söylemiş olsa bile ruhi ve bedeni bütünlüğüne aykırılık teşkil ettiği için alınan beyan hukuka aykırı olacaktır²⁸⁷.

Yine şüphelinin ifade vermeden önce rızası ile ve ifade alanın farkında olmadan almış olduğu ilacın etkisi altında ifadesinin tespit edilmiş olması durumunda da yasak ifade alma yöntemi uygulanmış olacaktır²⁸⁸. Verilen ilaçların sanıkta fiziksel olarak şiddetli ağrılara ve acılara neden olması durumunda burada suç zorla ilaç

²⁸⁴ BAKIM, a.g.e., s. 140.

²⁸⁵ CENTEL; ZAFER, a.g.e., s. 244.

²⁸⁶ ÜZÜLMEZ, a.g.e. s. 143.

²⁸⁷ Erol CİHAN, "Narkoanaliz", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt 3, sayı 5, 1969, s. 79.

²⁸⁸ CENTEL; ZAFER, a.g.e., s. 244.

verme değil işkence olacak ve bu bağlamda ifadesi alınan sanığa veya şüpheliye yarası veya hastalığı nedeniyle alması gereken ilacı vermemek de işkence veya kötü muamele olarak değerlendirilecektir²⁸⁹. Dolayısıyla hastalık veya benzeri sağlık sebepleri nedeniyle sanık veya şüphelinin alması gerekli ilaçların verilmemesi durumunda işkence ve kötü muamele söz konusu olmaktadır²⁹⁰. Ancak zorunluluk gereği ilaç verilmesi durumunda ise verilen ilaç irade özgürlüğünü zayıflatmış ise ilacın etkisi geçesiye kadar ifade almaya ve sorgulamaya başlanmayacak veya devam edilmeyecektir²⁹¹.

CMUK 135/A da “zorla ilaç verme” şeklinde bir düzenleme söz konusuken, CMK’da ise zorla ifadesi kaldırılarak “ilaç verme” şeklinde düzenleme yoluna gidilmiştir. Aslında doğru olan ilaç verme tabiri olmakta ve CMUK’ta “zorla ilaç verme” tabirini kullanarak ilaç vermenin aslında serbest olduğunu, sadece zorla ilaç vermenin yasak olduğu yönünde bir izlenim bırakmaktadır²⁹². İfade ve sorgu sırasında şüpheli ve sanığa ilaç vermek suretiyle yapılmak istenen aslında ilacın verilmediği durumlarda vermeyeceği beyanlarda bulunmasını sağlayarak özgür bir şekilde beyanda bulunmasının engellenmesidir. Bu durum CMK’nın 148. maddesinde yasaklanmıştır.

4. Yorma

İfade alma ve sorgu, zaten niteliği itibariyle hem ifadeyi alan kişi, hem de ifade veren veya sorgulanan kişi bakımından oldukça yorucudur. Fakat kanunun yasak ifade ve sorgu yöntemi olarak kabul ettiği yorma, bu tür basit yorulma şeklinde değildir. Yasak ifade alma ve sorgu kapsamındaki yorma; irade serbestliğini engelleyecek ve zayıflatacak nitelikteki yorma halidir²⁹³. İfade alma ve sorgulamada yasak yöntemlerden olan yormadan anlaşılması gereken kişide oluşan bedensel yorgunluk ve bitkinliğin iradeyi zayıflatması ve bu şekilde beyanda bulunan kişinin irade özgürlüğüne zarar verilmesi halidir. Yorma ya bir yorgunluğa sebebiyet vererek

²⁸⁹ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 144.

²⁹⁰ ŞAHİN, a.g.e., s. 196.

²⁹¹ ÖNOK, a.g.e., s. 428.

²⁹² Ayşe ÖZBOYACI, “Yasak İfade Alma ve Yasak Sorgu”, Türk Hukuk Dergisi, cilt 2, sayı 16, Aralık, 2007, s. 70-71.

²⁹³ Seydi KAYMAZ, “Yasak Sorgu Yöntemi Olarak “Yorma”.” Yargıtay Dergisi, cilt 25, sayı, Ekim, 1999, s. 562.

veya önceden var olan yorgunluğun yükseltilmesi suretiyle kişinin irade özgürlüğünü etkilemek suretiyle gerçekleşir²⁹⁴. Sanığın dinlenme ihtiyacının kaçınılmaz olduğu ve bunun karar verme iradesini etkileyecek seviyeye ulaştığı durumlarda yorma vardır ve yormada herhangi bir şekilde bir araç kullanılmamakta; ancak şüpheli veya sanık iradi olarak karar vermelerini etkileyecek şekilde yorgun bulunmaktadır²⁹⁵.

Yorma bir başka ifadeyle ifade alanın yalnızca çok sık aralıklarla ve uzun uzadıya ifade alması durumunda değil, şüphelinin ifade alınmadan önce yorgun olduğu ve bunu ifade alanın fark ederek kullanması durumunda gerçekleşmiş olur²⁹⁶. Yasak ifade ve sorgu yöntemlerinden olan yormanın tespit edilmesi için sanığın irade özgürlüğünü kaybedip kaybetmediğine bakılmalı ancak bu durumun soyut bir şekilde belirlenmesi yerine somut olayın özelliğine göre hukuka aykırı bir sorgulamanın olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda gece yapılmış olan ifade alma ve sorgulama sadece gece yapıldığı için yorma şeklinde ifade alma ve sorgu kapsamına girmeyecektir²⁹⁷.

Sorguda belirli bir ölçüde yormanın sorgu yönteminin özünde mevcut olup, yorma olmaksızın bir sorgunun mümkün olmayacağını yanı sıra yormanın hangi andan itibaren yasak sorgu yöntemi olarak kabul edileceğinin tespiti çok zordur. Bunun tespitinde ölçü olarak sanığın yorma sonucu irade özgürlüğünü kaybedip kaybetmediğine bakılmalı ve bu durumun soyut olarak belirlenmesinden ziyade somut olayın özelliğine göre hukuka aykırı bir sorgu yönteminin olup olmadığının tespitinin yapılması daha uygun olacaktır. Ara vermeksizin sorgu yapılması veya yaklaşık otuz saattir uyumamış sanığın sorgulamasının yapılması gibi durumlar örnek olarak verilebilir²⁹⁸.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Ama Yönetmeliği'nin 25. maddesinin ilk dört fıkrasında; *“Nezarethaneler en az 7 metrekare genişliğinde, 2,5 metre yüksekliğinde ve duvarlar arasında en az 2 metre mesafe olacak şekilde düzenlenir. Yeterli doğal ışıklandırma ve havalandırma imkânları sağlanır. Ancak, şüpheli*

²⁹⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 132.

²⁹⁵ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 136.

²⁹⁶ CENTEL; ZAFER, a.g.e., s. 244.

²⁹⁷ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 137-138.

²⁹⁸ CİHAN, Narkoanaliz, s. 198.

sayısının çokluğu sebebiyle nezarethane imkânlarının yetersiz olması durumunda, nezarethaneler için öngörülen fizikî şartlara sahip başka yerlerde kullanılabilir.

Nezarethanelerde gözaltına alınan kişilerin yatmaları ve oturmaları için yeteri kadar sabit ve dayanıklı oturma yerleri bulundurulur.

Mevsim ve gözaltı yerlerinin maddî şartları da dikkate alınarak, geceyi gözaltında geçirecek şahıslar için yeterli miktarda battaniye ve yatak temin edilir

Tuvalet, banyo ve temizlik ihtiyaçlarının giderilmesi için gerekli tedbirler alınır.” denilmektedir.

Bu düzenleme dikkate alındığında ifadesi alınacak olan kişinin yorgun olmayacak şekilde yani dinç bir şekilde kalmasını sağlayacak barındırma ortamlarının sağlanmasına yönelik önlemlerin alındığı görülmektedir²⁹⁹. Bu şekilde önlemlere ve CMK’da yasak ifade ve sorgu yöntemlerinin belirtilmesine rağmen ifade ve sorgunun süresine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak bazı ülkelerde ifade ve sorgunun zamanı ve süresi yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Buna örnek olarak İngiltere’de yürürlükteki *“Polis Memurlarının Şüpheli Şahısları Gözaltına Alması, Sorgulaması ve Onlara Karşı Davranışlarını Düzenleyen Yönetmelik”* verilebilir ve yönetmeliğin 12. maddesinde; *“Her 24 saatlik zaman diliminde gözaltındaki şahıs sorgulamadan bir yerden bir yere nakledilmekten ve soruşturma konusunda rahatsız edilmekten muaf bir şekilde kesintisiz en az 8 saatlik bir zaman dinlenmeye bırakılmalıdır. Bu dinlenme dönemi normal şartlarda gece vakti olmalıdır”* şeklinde hüküm ile birlikte sorgunun zamanı ve süresi ile ilgili ayrıntıya yer verilmiştir³⁰⁰.

5. Aldatma

Aldatma, aslında gerçekte var olmayan olayların, sanki varmış gibi gösterilerek sanığın belirli konulardaki iradesinin özgür bir şekilde oluşmasını engellemektir. Aldatma yönteminde ifadeyi alanın belirli davranış ya da sözleriyle olayların gerçeğe

²⁹⁹ ÖNOK, a.g.e., s. 429.

³⁰⁰ KAYMAZ, a.g.m., s. 563.

aykırı olarak anlatılması veya değerlendirilmesi yoluyla ifadesi alınanın irade özgürlüğü ihlal edilerek yanlış bir kanaat uyandırılmaktadır³⁰¹.

Kısaca aldatmanın ifade verenin irade özgürlüğüne kısıtlayan hileli davranışlar olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bunun yanında CMK'nın 148. maddesindeki aldatma yasağı yalanın her türünü yasaklarken ifade almadaki her suça ilişkin hileyi yasaklamadığını söylemek gerekir³⁰². Bu kapsamda sanığın aldatılmak suretiyle istemediği bir beyanda veya ikrarda bulunmasını sağlamak CMK 148. maddeye aykırı olup yasak ifade alma ve sorgulama usullerindedir. Yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinden olan aldatma ile yasal sorgu yöntemleri arasındaki sınır şüphelinin veya sanığın iradi karar ve davranma özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğine göre belirlenmektedir³⁰³.

Son olarak telkinli soruların aldatma yasağı kapsamına girip girmeyeceği konusu tartışmalı olup genellikle kabul edilen bir görüşe göre; telkinli soruların şüpheli olması nedeniyle sanığın iradi karar ve iradi faaliyetine zarar verdiği tam olarak kestirilemeyeceğinden sorular geçerlidir. Ancak telkinli sorular kolay bir şekilde kandırılabilen bir kişinin gafil avlanması neticesini vererek somut olayda geçersiz ve aldatma olarak kabul edilmelidir. Aynı doğrultuda kasti olarak şaşırtmaya yönelik sorular, hedeflenmiş bir yanılmaya sebebiyet vermeyi içerdiklerinden aldatma kapsamına girmektedirler³⁰⁴.

6. Cebir

Cebir genel olarak işlenen fiille ilgili beyan alınması veya istenilen tarzda beyanın elde edilmesi için başvuru olan bir yöntemdir. Ceza Muhakemesi Hukuku açısından, fiille ilgili olan veya istenilen beyanı elde etmek için sanığa uygulanan cebir doğal olarak yasaktır³⁰⁵.

Cebir şüpheliden bir beyan elde etmek için hukuk düzenince verilen maddi müdahalenin üzerinde vücut bütünlüğüne yapılan ve acı ve elem veren fiziksel

³⁰¹ BAKIM, a.g.e., s. 144.

³⁰² DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 134.

³⁰³ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 133.

³⁰⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 135-136.

³⁰⁵ CİHAN, a.g.m, s. 82.

müdahalelerdir³⁰⁶. Şüpheli ve sanığın kendisine uygulanan cebire rıza göstermesi de uygulanan cebri yasak olmaktan çıkarmayacağı gibi alınan ifadeyi de geçerli hale getirmeyecektir. Cebirin sistematik olmaması ve bedenın yanı sıra ruhi bütünlüğe yönelik acı vermemesi nedeniyle işkenceden farklı olduğunu söylemek gerekir. Cebir şüphelinin ve sanığın özgür iradesi engellemek ve istenilen beyanı almak için başvuru olan yasak usullerdendir.

Şüpheli veya sanığı ifade vermeye zorlamak için bedensel davranışlarda bulunulmasının, sadece CMK'nın 148. maddesi kapsamında yasak sorgu yöntemi kapsamının yanı sıra aynı zamanda TCK'nın 94. maddesindeki işkence suçunun maddi unsurlarından kötü muameleyi de oluşturacağı görülmektedir.

7. Tehditte Bulunma

Tehdit, hukuka aykırılık teşkil eden ve usul hukuku açısından da yerine getirilmesi meşru görülmeyen bir tedbirle sanığın korkutulması halidir. Yani tehditte; ifade alan veya sorgulayanın, sanığa ifade vermemesi durumunda belirli bir tedbirin uygulanacağını söyleyerek korkutması hali mevcuttur. Söz konusu tehdidin gerçekte var olup olmaması önemli olmayıp gerçekleşmesi ihtimalinin sanığın irade özgürlüğü üzerinde bir etkiye sahip olması yeterlidir³⁰⁷.

CMK'nın 148. maddesinde ifade alma ve sorgulamada şüpheli ve sanığın tehdit edilerek belirli yönde ifadesinin alınmasını ve ikrarda bulunmasını yasaklanmıştır. Tehdit ile gerçekleşmesi ifade alan kişinin isteğinin yerine getirilmemesi şartına bağlı olan tecavüz ve kötülük şüpheli veya sanığa bildirilmektedir. Şüpheli de kendisine bildirilen tehdit konusu tecavüz veya kötülüğün gerçekleşeceği korkusuyla suçu ikrar etmekte ya da suçu üstlenmektedir³⁰⁸. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi burada şüpheli ve sanığa yapılan tehdidin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önemli değildir.

Tehdit bizzat şüpheli ve sanığa yöneltilebileceği gibi onların yakınlarına da yöneltilebilir. Örneğin şüpheli ve sanığa yakın odadaki bağırsıma ve çığlık seslerinin dinletilerek, şüpheli ve sanığa ikrarda bulunmaması veya suçu üstlenmemesi halinde

³⁰⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 136.

³⁰⁷ ŞAHİN, a.g.e., s. 218.

³⁰⁸ CENTEL; ZAFER, a.g.e., s. 245.

aynı şeylerin kendisinin de başına geleceğinin söylenmesi tehdit oluşturan yasak usullerdendir.

Son olarak Türk polisinin yerleşmiş uygulamalarından olan tatbikat yani yer gösterme uygulanmasındaki bazı durumları da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Çünkü AİHS'in 6. maddesinde tanınan masumiyet karinesine bağlı olan "lekelenmeme hakkı"na aykırı olan bu muamelede çoğunlukla şüphelinin, basın ve toplanan kinli halk önüne çıkmaya zorlanarak ve korkutularak beyanda bulunmaya zorlanmış olduğu durumlarda yasak ifade alma ve sorgu yöntemi olan tehdidin varlığını kabul etmek gerekir³⁰⁹.

8. Bazı Araçları Kullanma

CMK'nın 148. maddesinde, ifade alma ve sorgulamada ifadesi alınan ve sorgusu yapılan kişinin özgür iradesini etkileyen her türlü araçların kullanılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla kişinin vücudunu doğrudan doğruya etkileyen, fiziki ve manevi sağlığını bozan her türlü muamele araç kullanma yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu niteliği taşıyan fakat kişiye ağrı vermeyen ihlaller de yasak olup yasal değildir³¹⁰. Kullanılması yasak olan araçlardan kasıt her türlü araçtır; örneğin yalan makinası, hiptonik telkinler, narkoanaliz gibi farmodinamik yöntem ya da elektro-mekanik ölçüm cihazlarıdır³¹¹. Bu bakımdan örnekte verdiğimiz ve benzeri diğer araçların kullanılması suretiyle şüpheli veya sanığın özgür iradesini sakatlayarak beyanda bulunmasının sağlanması kanuna aykırıdır. Şüpheli veya sanık araç kullanılmasına rıza göstermiş olsa bile bu geçerli değildir. Bu şekilde her türlü aracın kullanıldığı ifade şüphelinin veya sanığın rızasının olup olmadığına bakılmaksızın aykırı ve geçersizdir.

Hipnoz ve narkoanaliz gibi araçlar şüphelinin ifadesinin alınması sırasında özgür iradeye zarar verdiğinden yasak kapsamındadır ve hipnoz yasaklanması kanun lafzına mutlak olarak uymaktadır; bütün bu ifade almalar hipnoz her tür derecesi için geçerlidir. Ancak bunun tek istisnası olarak doğrudan özgür iradenin ortaya

³⁰⁹ ÖNOK, a.g.e., s. 433.

³¹⁰ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 140.

³¹¹ ÖNOK, a.g.e., s. 433.

çıkartılmasına hizmet eden Peter tarafından yalnızca “*posthypnotischer tutuklukları*” nı ortadan kaldırmak için kabul edilmiştir³¹².

Yalan makinesi (poligraf); sorguya tabi tutulan kimsenin kan basıncı, nabız atışı, solunumu, ter salgılaması ve bilinçsiz kas hareketlerinin ölçülmesi aracılığıyla kontrol altına alamadığı reaksiyonlardan kişinin ifadesinin doğruluğu hakkında sonuçlar çıkarmayı mümkün hale getirmeye yarayan bir alettir. Yalan makinesinin kullanılmasındaki hareket noktası kişinin vücudunun doğru söylerken ve yalan söylerken farklı şekilde tepki verecek olmasıdır³¹³. İfade almada ve sorgulamada yalan makinesinin kullanılmasına genellikle karşı çıkılmaktadır. Her ne kadar doktrinde yalan makinesinin kullanılmasına genellikle karşı çıkılsa da; ifade alma ve sorgu sırasında yalan makinesinin kullanımı tartışmalı olup aslında böyle bir aracın kullanımını ne iradenin oluşması aşamasını ne de ortaya konulma sürecini ifsat etmektedir. Bu makine bazı biyo–fizyolojik tepki ve belirtileri, yani aslında objektif olan belirtileri tespit etmektedir³¹⁴.

Son olarak, daha çok ahlaki suçlarda uygulanan, kişiye bazı resimler ve sesler aracılığıyla sağlanacak olan cinsel dürtüler sonucunda penisin gösterdiği reaksiyonu belirlemede başvurulan “*pallometri*” uygulaması da insan onuruna aykırılık teşkil ettiğinden hukuka aykırı olmaktadır³¹⁵.

9. Diğer Yasak Yöntemler

CMK’nın 148. maddesinde, ifade almada ve sorguda yasak yöntemler sayıldıktan sonra “*gibi*” denilmek suretiyle yasak yöntemlerin sayılanlar ile sınırlı olmadığı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla CMK’da sayılan yöntemlerin dışında kalan ve şüpheli veya sanığın özgür iradesini etkileyen diğer bütün yöntemler de yasaktır. Usule aykırı olan tedbirlerle şüpheliye baskı uygulanması kabul edilemez. Bu baskılara “*susmanın size faydası yok*”, “*sustuğunuz sürece burada misafirsiniz*” gibi sözler örnek gösterilebilir³¹⁶. Diğer yasak yöntemler kanunda sayılanların dışında ve kanunda belirtilmeyen şüpheli ve sanığın iradesini etkileyen diğer bütün yasak

³¹² DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 137-138.

³¹³ ŞAHİN, a.g.e., s. 210.

³¹⁴ ÖNOK, a.g.e., s. 435.

³¹⁵ CİHAN, Narkoanaliz, s. 215.

³¹⁶ CENTEL; ZAFER, a.g.e., s. 246.

yöntemleri kapsamaktadır. Zaten kanunda gibi ibaresi ile yasak yöntemlerin hepsi belirtilmemiştir. Kanunda sayılan yasak yöntemlerin yanı sıra hukuka aykırı olan şüpheli ve sanığın hür iradesini etkileyen diğer yasak yöntemlerin uygulanması da bu maddeye aykırılık teşkil edecektir.

10. Kanuna Aykırı Vaatte Bulunma

Kanuna aykırı bir vaatte bulunmak yasak ifade alma ve sorgulama yöntemlerindedir. Kanuna aykırılıktan anlaşılması gereken; vaat edilen hususun kanunda öngörülmemesi, vaat edilen hususun vaatte bulunanın yetkisi kapsamında bulunmaması veya vaat edilen şeyi gerçekleştirmenin somut olayda hiçbir şekilde mümkün olmamasıdır³¹⁷. Bu kapsamda örneğin, ifadesi alınan kişiye suçunu ikrar etmesi halinde savcının, kişinin cezasının erteleyeceğini söylemesi ya da ifadesi alınan kişinin istenilen şekilde ifade vermesi halinde tutuklanmayacağını söylemesi gibi durumlar kanuna aykırı vaatte bulunmayı oluşturmaktadır. Burada belirttiğimiz hususlarda vaat edenin yetkisinde ve görevinde olmayan şeyler vaat edilmektedir. Buna karşılık söz konusu ifadeyi alan ve sorgulamayı yapan kişinin görev ve yetkisinde olan bir yararın sağlanması şeklindeki bir vaatte bulunulması halinde bu durum kanuna aykırı olmayacaktır³¹⁸. Yani bu duruma hâkimin itirafta bulunan teröriste cezasında indirimde bulunacağını, cezasını erteleyeceğini veya para cezasına çevireceğini söylemesi halleri örnek olarak gösterilebilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi burada önemli olan vaadin kanuna aykırı olmamasıdır. Kanuna aykırı bir vaadin söz konusu olması durumunda bu, yasak usuldür. İfade alma ve sorgulama yapma yetkisine sahip kişinin bir bilgi veya belirli içerik elde etmek için yarar vaat etmesi yasaktır. Böyle bir durumda şüpheli veya sanık kendisine vaatte bulunan kişinin sözünde duracağını düşünerek bu sözün kendisine sağladığı yarar karşılığında istenildiği gibi beyanda bulunmaktadır. Böylece sanık veya şüphelinin beyanlarına, ifadeyi alan kişinin kanuna aykırı vaadi neden olduğundan şüpheli veya sanık aldatılmakta ve ifade özgürlüğü ortadan kaldırılmaktadır³¹⁹.

³¹⁷ ÖNOK, a.g.e., s. 436.

³¹⁸ BAKIM, s.151.

³¹⁹ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 145.

11. Kollukta Alınan İfadede Müdafinin Hazır Bulunmaması

CMK'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında; "*Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.*" denilmek suretiyle soruşturma evresinde kolluk tarafından alınmış olan ifade, eğer hâkim veya mahkeme önünde şüpheli veya sanık tarafından kabul edilmedikçe hüküm oluştururken esas alınamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile soruşturma evresinde zorunlu müdafilik sistemi kurulmuş ve savunma hakkına yönelik önemli bir delil yasağına yer verilmiştir.

12. Şüphelinin Aynı Olayla İlgili Kolluk Tarafından Yeniden İfadesinin Alınması

CMK'nın 148. maddesinin beşinci fıkrasındaki "*Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.*" hükmü gereği eğer aynı olaya ilişkin tekrardan şüphelinin ifadesine başvurulacak olması durumunda şüphelinin ifadesini alma işleminin sadece Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere şüphelinin ifadesine ikinci defa başvurulması halinde bu işlemin ancak Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yasak ifade alma yöntemlerinden birisinin de bu olduğu anlaşılmaktadır.

C. Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleri İle İşkence Suçu Arasındaki İlişki

Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri ile işkence suçu arasındaki ilişkiden anlaşılması gereken yasak ifade alma ve sorgu yöntemine başvurulması halinde, bu başvurunun her zaman TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçuna vücut verip vermeyeceğidir. İfade alma ve sorgulama yöntemlerinin doğası gereği yorucu, üzücü, kaygı ve stres doğurucu nitelik irade serbestliğini bozmadığı sürece ve söz konusu bu süreç kasten kişinin fiziki-manevi direncini bozmaya yönelik olarak yıpratıcı özelliğini sistematik biçimde artırmayı amaçlayan şekilde uygulanmadıkça

ifade alma ve sorgulamanın, işkence veya benzeri zalimane veya insanlık dışı muamele teşkil etmeyeceği belirtilmiştir³²⁰.

Öğretideki bir görüşe göre; ifade alma ve sorguda yasak yöntemlerden olan bedene yönelik her türlü kötü davranmanın, zor kullanma hareketinin uygulanma tarzına bakılarak işkence suçu bakımından zalimane veya insanlık dışı muamele niteliğinde olduğu belirtilmiştir³²¹. Dolayısıyla bu görüşe göre; narkoanaliz, hipnotizma, yalan makinesi gibi araçların kullanılması gibi zihni kontrol tekniklerinin de işkence suçuyla korunan hukuki yararı ihlal eden davranışlar kapsamında olduğu savunulmuştur³²². Aynı şekilde teknoloji ve bilimdeki gelişmelerden yararlanılarak kişi üzerinde belirgin olarak acı ve ızdırap uyandırmayan; ancak, kişinin bütünlüğüne saldırı niteliği taşıyan, onun iradesini etkileyen kontrol tekniklerinin uygulanması insan haysiyeti dokunulmazlığını ihlal etmekte ve işkence olarak kabul edilmektedir. Hatta aynı görüşe göre; kanunda öngörülme vaatlerin vaat edilmesi veya kandırma hareketlerinin yapılması da işkence sayılmalıdır³²³.

Bir görüşe göre; yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri irade özgürlüğü etkilense bile CMK'nın 148. maddesindeki yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinin her birisinin asgari ağırlık düzeyine ulaşmaması nedeniyle her zaman işkence suçu oluşmayacağını ileri sürmektedirler. Çünkü; bu görüşü benimseyenler işkence suçunun oluşması için fiilin gerçekten insanlık dışı olması ve belirli bir ağırlık boyutuna ulaşması gerektiğini savunmaktadırlar. Aynı görüşe göre CMK'nın 148. maddesinin amacı işkenceyi önlemek değil, amaç; sanığın onurunu korumak ve ceza muhakemesinde maddi gerçeği ararken sanığın bir obje haline getirilmesini engellemektir. Bu açıklamalarımızdan hareketle her işkence uygulamanın delil yasağına yol açacağı, ancak her delil yasağının işkence olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir³²⁴.

CMK'nın 148. maddesi kapsamındaki her yasak ifade alma ve sorgulama yönteminin irade özgürlüğünü ihlal ettiği sürece işkence suçunu oluşturduğu, ancak

³²⁰ ÖNOK, a.g.e., s. 438.

³²¹ BAKIM, a.g.e., s. 152.

³²² DEMİRMAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 39-40.

³²³ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 151.

³²⁴ BAKIM, a.g.e., s. 153.

her işkence suçu niteliğindeki fiilin yasak ifade alma ve sorgulama yöntemi sayılmayacağı görüşüne katılmaktayız³²⁵.

D. Değerlendirme Yasakları

1. Genel Olarak

Delilleri değerlendirme yetkisine haiz olan kişilerin delilleri ispat amacıyla kullanmalarına getirilen sınırlamalar, delil değerlendirme yasağı olarak ifade edilmektedir. Burada delil elde etme yasağı ile delil değerlendirme yasağı arasında fark bulunmaktadır. Delil elde etme yasağında söz konusu delilin elde edilmesine getirilen sınırlamalar mevcut iken, delil değerlendirme yasağında delil elde etme yasağına getirilen sınırlamalara uyulmadan elde edilmiş olan delillerin kullanılıp kullanılmayacağı ya da kullanılması durumunda hangi dereceye kadar kullanılabilmesi ve elde edilmesi halinde hiçbir sorun teşkil etmeyen delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmaktadır³²⁶.

Türkiye'deki uygulamaya baktığımızda hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin gerçeğe uygun görülmesi durumunda, bu delillerin mahkeme tarafından değerlendirilebileceği belirtilmekteydi³²⁷. Ancak CMK'nın "*delilleri takdir yetkisi*" başlıklı 217. maddesinin ikinci fıkrasındaki; "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*" hükmü gereği değerlendirme yasağı söz konusudur. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. CMK m. 217/2'de Düzenlenen Mutlak Değerlendirme Yasağı

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda delillerin serbestliği ve delillerin serbest değerlendirilmesi ilkeleri temel olarak kabul edilmiş ise de, bu ilkelerin herhangi bir sınır olmaksızın serbestçe yorumlanacağı sonucunu doğurmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda da açıkladığımız delil yasakları ile bu ilkelere bir sınırlama getirilmiş ve bu sayede de kişinin ve toplumun sahip olduğu değerler korunmak istenmiştir. Maddi

³²⁵ BAKIM, a.g.e., s. 153.

³²⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e. s. 142.

³²⁷ DİNÇ Güney, "Savunma Hakkı ve İşkence", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 1, sayı 1, Ocak, 1988, s. 59.

gerçeğin ortaya çıkarılması için delil yasakları ile getirilen sınırlamalar sonucunda kişilerin özel hayatının korunması, suç işleyen kişiye meşru bir ceza verilmesi ve soruşturma ve kovuşturma mercilerinin belirli bir disipline sahip olması da sağlanmış olmaktadır³²⁸.

Delil değerlendirme yasaklarına ilişkin 3842 sayılı Kanunla getirilen CMUK'un 254. maddesi ikinci fıkrasıdır. Söz konusu CMUK'un 254. maddesinin ikinci fıkrasında; "*Kovuşturma makamlarının hukuku aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*" denilmek suretiyle ile mutlak değerlendirme yasağı getirilmiştir.

CMK'nın 217. maddesi ikinci fıkrasında da benzer bir düzenleme söz konusudur. CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrasında; "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*" denilmektedir.

Eski ve yeni Ceza Muhakemesi Kanunlarında bu düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlenmelere karşılık AB Uyum Yasaları çerçevesinde 4709 sayılı Kanun ve 2001 yılında Anayasa'nın 38. maddesine eklenen altıncı fıkrasında; "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*" şeklinde düzenleme getirilmiştir³²⁹.

Burada belirtmemiz gereken bir diğer husus delil yasaklarının uzak etkisidir. Delil yasaklarının uzak etkisi; hukuka aykırı yolla elde edilmiş delillerin, kendisi dışında, buna dayanarak ortaya çıkan diğer delillerin de delil yasakları kapsamında kalıp kalmayacağı ve değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunudur. Bu duruma ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Baskın görüş, yasadışı ifade yöntemiyle alınan ifadenin diğer delillerin araştırılmasında kullanılabilmesini ileri sürmektedir. Diğer görüş ise hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin hükme esas alınamayacağını, buradan hareketle "*zehirli ağacın meyvesinin zehirli olacağı*" esasını ileri sürmektedirler³³⁰.

³²⁸ **Ömer BAYRAKTAR**, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Düzenlenen İfade Alma ve Sorguda Yasak Usullerin Temeli", Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, sayı 4, 2018, s. 99.

³²⁹ **DEMİRBAŞ**, a.g.e., s. 142.

³³⁰ **DEMİRBAŞ**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 298-300.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞKENCE SUÇUNUN SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIMI; İŞKENCE SUÇUNDA ZAMANAŞIMI VE İŞKENCE SUÇUNUN ÖNLENMESİ

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

A. Teşebbüs

Teşebbüs, suç tanımında belirlenen eylemin icrasına elverişli hareketlerle başlanmış ancak bununla birlikte bu eyleme ilişkin icra hareketlerinin tamamlanmamasını veyahut icra hareketleri tamamlanmakla beraber suç tipinde farklı bir unsur olarak belirlenmiş olan hallerde neticenin gerçekleşmemiş bulunmasını ifade eder³³¹. Teşebbüs etmek hukuk sözlüğünde “*kalkışmak, girişimde bulunmak girişmek*” olarak tanımlanmıştır³³². Bu başlık altında işkence suçu bakımından suçun özel görünüş şekillerinden olan teşebbüs incelenmiştir.

Suçun özel görünüş şekillerinden birisi olan teşebbüs, TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre;

“(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.” denilmektedir. Bu maddede teşebbüsün tanımı yapılmıştır. Öncelikle şunu belirtecek olursak teşebbüs kurumu TCK'nın genel hükümleri arasında sayıldığından kanunda öngörülen suç tiplerinin tamamı için geçerlidir. Ancak teşebbüsün uygulanabilirlik durumu suç tiplerine göre farklılık göstermektedir.

³³¹ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 586-587.

³³² Ejder YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 695.

İşkence suçu bakımından incelediğimizde bu suça teşebbüs mümkündür. TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçuna teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla işkence suçunu işleyen fail hakkında teşebbüs aşamasında kalması halinde teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Şöyle ki; bir suçtan sanık olanın baskı ve kötü muamele ile sorgulanması veya ifadesinin alınması için odaya alınması ve tehdit ile sorgulanmaya başlanması halinde henüz işkenceye teşebbüs olmakta ve suç tamamlanmamış kabul edilmektedir³³³. Eğer fail işkenceyi oluşturan hareketlere başlayıp ancak engel bir durumun ortaya çıkması sonucunda icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda işkence suçuna da teşebbüs mümkün olacaktır³³⁴. İşkence suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda TCK'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen cezadaki indirim, suçun faili açısından uygulanacaktır. Böylece teşebbüs halindeki işkence suçunun failine, tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilecektir.

TCK'nın 94. maddesinde tehdit (manevi cebir yolu) yoluyla gerçekleşen işkence suçu bakımından failin mağduru tehdit etmesiyle suç tamamlanacağından teşebbüs mümkün olmayacaktır³³⁵. Örnek verecek olursak failin mağduru ırzına geçip faili öldürmekle tehdit etmesi ve işkence suçunu işlemesi durumunda artık suç tamamlanmış olacak ve işkence suçuna teşebbüsten bahsedilemeyecektir.

ETCK'nın 61. ve 62. maddelerinde teşebbüs kurumu düzenlenmiştir. Ancak bu kanunumuzda teşebbüs “*eksik*” ve “*tam*” teşebbüs olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla ETCK'nın 243. maddesinde düzenlenen işkence suçu neticesi harekete bitişik suç olduğundan tam teşebbüse elverişli değildir. Ancak suçun maddi unsurunun devamlılık gösterdiği hallerde eksik teşebbüs mümkün olmaktadır³³⁶. Ancak TCK bu ayrımı ortadan kaldırmıştır. TCK'nın 36. maddesindeki gönüllü vazgeçme kurumu düzenlenmiştir. İşkence suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanmayacağını belirtelim. TCK'nın 36. maddesine göre; “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım*

³³³ SOYASLAN, a.g.e., s. 152.

³³⁴ ARTUK, İşkence Suçu, s. 32.

³³⁵ DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 44.

³³⁶ BAKIM, a.g.e., s. 170.

esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla işkence suçuna elverişli hareketlerle başlamış olan failin, işkence suçunu işlemekten gönüllü bir şekilde vazgeçerse, failin vazgeçtiği o ana kadar olan eylemleri eğer bir suç oluşturuyorsa ancak fail o suçun öngördüğü ceza ile cezalandırılacaktır.

Gönüllü vazgeçme işkence suçu bakımından uygulanacaktır. Ancak burada failin kendi rızasıyla işkenceden vazgeçmesi hali tek sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki; failin mağdura karşı bedensel veya ruhsal açıdan acı vermek için gerçekleştirilen davranışlardan vazgeçmesi durumunda o ana kadar yaptığı davranışların mağdurun aşağılanmasına yol açması ve mağdurun aşağılanmasına yol açacak davranışı gerçekleştirmenin işkence suçunun seçimlik hareketlerinden biri olması nedeniyle o ana dek yapılan hareketler bu düzeye ulaşmışsa burada gönüllü vazgeçme uygulanmayacak ve TCK'nın 94. maddesine göre hüküm kurmak gerekecektir³³⁷. Böyle bir durumda artık tamamlanmış bir işkence suçundan bahsetmek gerekmektedir.

Yukarıda incelediğimiz gibi TCK'nın 94. maddesindeki işkence suçu bakımından suçun özel görünüş şekillerinden teşebbüs mümkündür. Aynı zamanda işkence suçunda gönüllü vazgeçme uygulanabilmektedir.

B. İştirak

Suçlar tek bir kişi tarafından işlenebilir. Ancak bazen tek bir kişi tarafından işlenmesi olanaklı olan suçun birden fazla kişi tarafından önceden işbirliği yapılarak iştirak içerisinde işlenebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla TCK'da düzenlenen bazı suçlar kanun hükmü gereğince veya nitelikleri gereği sadece birden fazla kişi tarafından işlenebilir³³⁸. Biz bu başlıkta işkence suçunun ikinci durum olan iştirak halinde işlenmesi durumunu inceleyeceğiz.

İşkence suçunda failin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Dolayısıyla işkence suçunda failin sıfatının sadece kamu görevlisi olması bu suçu kendine özgü suç yapmaktadır. Öyleyse işkence suçunun faili kamu görevlisidir. Kamu görevlisi

³³⁷ ÖNOK, a.g.e., s. 479.

³³⁸ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 630.

TCK'nın 6. maddesinde; *“Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir.”* denilmek suretiyle tanımlanmıştır.

ETCK'da işkence suçu özgü bir suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu, suça iştirak özellik göstermektedir ve memur olmayan kişilerin bu suçu işlemesi mümkün değildir. Bu nedenle memur olmayan kişilerin sorumluluğunun belirlenmesinde TCK'nın 66. maddesinin delaletiyle failin, suçuna iştirak ettiği kişinin memur olup olmadığını bilip bilmediğinin tespit edilmesi gerekir. Yani eğer suça katılan sivil kişi suça katılan kişinin memur olduğunu biliyor ise; suça katıldığı oranda sorumlu tutulacak, eğer bilmiyorsa sivil kişi bu suçtan dolayı sorumlu tutulmayacaktır³³⁹.

TCK'da kural olarak işkence suçunun faili kamu görevlisidir. Ancak kamu görevlisi niteliğinde olmayan kişilerin de işkence suçuna iştirak edebileceklerdir. İşkence suçunun faili olan kamu görevlisi ile bu suçun işlenmesi halinde iştirak suçu oluşacaktır. TCK'nın 40. maddesinde özgü suçlara ilişkin düzenleme söz konusudur. TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre; *“Özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.”* şeklindeki düzenleme söz konusudur.

Buradaki düzenlemeye göre işkence suçunu işleyen kamu görevlisi fail, iştirak eden diğer kamu görevlisi olmayan kişiler ise azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır. Her ne kadar TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında özgü suçlara ilişkin bu şekilde bir düzenleme olsa da işkence suçunun düzenlendiği 94. maddenin dördüncü fıkrasında şöyle bir düzenleme söz konusudur; *“Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.”* Buradaki düzenlemeye göre iştirakın düzenlendiği TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası ile istisna getirilmiştir. Bu durumda kamu görevlisi olmayan kişilerin de işkence suçuna iştirak etmeleri halinde TCK'nın 94. maddesinin dördüncü fıkrasına göre kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı söylenebilir. Dolayısıyla kamu görevlisi olmayan fail asıl fail olarak başka bir kamu görevlisi ile birlikte işkence fiilini icra edebilir, kamu görevlisine suç işleme kararı verdirebilir ya da kamu görevlisini suça tahrik edip

³³⁹ ÜZÜLMEZ, İşkence Cürmü, s. 168-169.

yardımda bulunarak suça iştirak edebilir. Ancak bu şüpheli ister azmettiren ister yardım eden olsun her durumda asıl fail gibi cezalandırılacaktır³⁴⁰.

TCK'nın 94. maddesinin dördüncü fıkrasına göre işkence suçunun faili olan kamu görevlisine suçun işlenmesinde iştirak eden kamu görevlisi olmayan kişilerin bulunması halinde bu kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. Bunun sonucunda kamu görevlisi olmayan kişiler azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla cezalandırılmayacak, kamu görevlisi olan asıl fail gibi suçun tam cezasıyla cezalandırılacaktır. Böyle bir durumda işkence suçuna iştirak bakımından TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm değil, bu maddenin istisnası niteliğinde olan TCK'nın 94. maddesinin dördüncü fıkrasındaki hüküm uygulanacaktır.

Uygulamada çok karşılaşılan; işkence yapılmış olan bir kişiyi muayene eden bir doktorun işkence yapıldığına ilişkin emarelere rastlamasına rağmen raporunda bunu belirtmemesidir. Bu durumda işkence suçuna iştirak söz konusu olmayacaktır. Çünkü; burada işkence suçu tamamlanmış olduğundan sona ermiş suça iştirak edilemeyeceği gibi buradaki örnekte iştirak iradesi de yoktur³⁴¹.

İşkence yapılmasının emredilmesi nedeniyle işkence suçunun işlenmesi durumunda hem işkence suçunu işleyen hem de işkence suçunu işlemesi için emir veren kişi sorumlu olacaktır. Çünkü; 1982 Anayasamızın 137. maddesinin ikinci fıkrasında “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” denilmek suretiyle konusu suç teşkil eden bir emirin kesinlikle yerine getirilemeyeceği düzenlenmiştir.

C. İçtima

1. Genel Bilgiler

Bu başlık altında işkence suçu bakımından içtima hükümlerini inceleyeceğiz. Kural olarak kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır. Ancak bu kuralın istisnaları bileşik suç, fikri içtima ve zincirleme suçtur³⁴². TCK'nın 42. maddesi, 43. maddesi

³⁴⁰ SOYASLAN, a.g.e., s. 152.

³⁴¹ ÖNOK, a.g.e., s. 483.

³⁴² İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006, s. 140.

ve 44. maddesinde suçların içtima düzenlenmiştir. Şimdi bu maddelere geçmeden önce ceza normlarındaki görünüşte içtima ilkelerini inceleyelim. Ceza normlarındaki görünüşte içtima ilkeleri şunlardır; özel-genel norm, asli-yardımcı norm ve tüketen-tüketilen normdur³⁴³.

İşkence suçu bakımından özel-genel norm ilişkisi kapsamında işkence suçunun farklı bir suç ile bağlantılı bir şekilde işlenmesi halinde özel norm uygulanacaktır. Yani işkence suçunu işlemiş olan fail aynı zamanda genel hükümlere göre görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olacak ancak burada görevi kötüye kullanma suçu uygulanmayacaktır³⁴⁴.

Tüketen-tüketilen norm ilişkisi ise somut olaya görünüşte uygulanacak olan iki normdan birisinin diğerini kapsamına almış olması durumunda ortaya çıkan bir durumdur³⁴⁵. Tüketen-tüketilen norma örnek verecek olursak; TCK'nın 77. maddesine göre işkence teşkil eden bir fiilin toplumun belirli bir kısmına karşı bir plan doğrultusunda sistemli bir şekilde siyasal, felsefi, ırki veya dini sebeplerle gerçekleştirilmesi halinde, burada TCK'nın 77. maddenin kapsamındaki işkence suçu oluşacaktır. Burada görünüşte içtima ilkelerinden olan tüketen-tüketilen norm gereği tüketilen norm olan TCK 94. madde değil, tüketen norm olan TCK'nın 77. maddesi uygulanacaktır.

“İşkence” (TCK m.94) suçu ile “Eziyet” (TCK m.96) suçu ve “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” (TCK m.256) suçu arasında görünüşte içtima ilkelerinden olan asli-yardımcı norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu norm ilişkisine göre burada asli norm olan işkence suçu uygulanacaktır.

2. Bileşik Suç

Bileşik suç TCK'nın 42. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre bileşik suçun tanımı yapılmıştır. TCK'nın 42. maddesinde; “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*” denilmektedir. Bu madde hükmüne

³⁴³ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 689.

³⁴⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 103.

³⁴⁵ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 690.

göre bir suç diğ erinin unsurunu veya ağı rlaşt ırıcı nedenini oluşt ırması nedeniyle tek fiil sayılacaktır.

İşkence suçunun düzenlendiği TCK'nın 94. maddesi ve 95. maddesinde ö ngörö len nitelikli haller ile TCK'nın 87. maddesindeki netice sebebiyle ağı rlaş mış yaralama halleri aynı olsa bile burada bileşik suç hükmü gereği sadece TCK'nın 94. ve 95. maddeleri uygulanacak; ayrıca TCK'nın 87. maddesi uygulanmayacaktır³⁴⁶. Dolayısıyla işkence suçu bakımından bileşik suç hükümleri uygulanacaktır.

İşkence suçu sonucu ö lüm meydana gelmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla işkence sonucu ö lüm meydana gelmesi halinde bileşik suç hükümleri gereği TCK'nın 95. maddesinin dördüncü fıkrası uygulanacaktır. ETCK'da işkence sonucu ö lüm meydana gelmiş ise bileşik suç gereği ve 243. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işkence suçu uygulanacaktır.

İşkence suçunun cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde cinsel taciz TCK'nın 94. maddesi üçüncü fıkrası gereği işkence suçunun nitelikli hali olarak düzenlendiğ inden bileşik suç söz konusu olacaktır ve fail sadece işkence suçundan ceza alacaktır. Ancak işkencede cinsel tacizden daha ileri boyutta cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı gibi nitelikli haller söz konusu olduğ unda faile ayrıca ceza verilir³⁴⁷. Dolayısıyla bu durumda gerçek içtima uygulanacak ve ayrı ayrı ceza verilecektir.

3. Zincirleme Suç

İçtima zincirleme suç hükümleri TCK'nın 43. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 43. maddesinde;

“(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değı şik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.

³⁴⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 108.

³⁴⁷ ARTUK, İşkence Suçu, s. 33.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.” denilmektedir. Buradaki düzenlemede zincirleme suç hükümlerine yer vermiştir. Maddenin son fıkrasında hangi suçlara zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı da açıkça belirtilmiştir.

Zincirleme suçta ortada mevcut aynı suç, birden fazla eylem ve birden fazla suçun var olmasına rağmen suçun failine tek bir ceza verilmesinin sebebinin zincirleme suçta failin suç işlemede birlik olduğunu göstermektedir. Ancak bu konuya net bir cevap vermek mümkün değildir. Zincirleme suçta tek bir ceza verilmesinin sebebinin belirlenmesinde müessesenin tarihsel kökenlerine bakmak gerekmektedir³⁴⁸.

İşkence suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin TCK'nın 43. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince uygulanması mümkün değildir. Zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği ilgili maddeye göre kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkence suçu da istisna tutulmuştur. Bu itibarla zincirleme suç hükümleri işkence suçu bakımından uygulanmayacaktır. Dolayısıyla aynı zamanda farklı kişilere karşı veya farklı zamanlarda aynı kişiye karşı işkence suçunun işlenmesi halinde mağdur sayısı kadar ve hareket sayısınca suç oluşacaktır.

ETCK'ya göre zincirleme suç hükümleri uygulanabiliyordu. Dolayısıyla failin işkence suçunu aynı veya farklı mağdurlara yönelik olarak işleme kararı ile ihlal etmesi durumunda zincirleme suç söz konusu olacaktır. Failin bir kişiye değişik zamanlarda aynı suçun işlenmesi kararı kapsamında işkence uygulaması durumunda TCK'nın 80. maddesi gereğince tek bir suç sayılacaktır. Ancak farklı kişilere karşı aynı zamanda işkencenin uygulanması durumunda, kişilik haklarına yönelmiş bir suçun bulunması nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı ileri sürülmektedir³⁴⁹.

³⁴⁸ KOCA; ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 459.

³⁴⁹ DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 46-47.

4. Fikri İçtima

Fikri içtima hükümleri TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 44. maddesinde; “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” denilerek fikri içtima düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre işkence suçu bakımından fikri içtima hükümlerinin nasıl uygulanacağını açıklayalım.

İşkence suçunun manevi cebir şeklinde yapılması halinde fikri içtima kuralları gereğince TCK'nın 106. maddesindeki tehdit suçu değil, TCK'nın 94. maddesindeki işkence suçu uygulanacaktır. Yine aynı şekilde sövme ve küfür etme şeklindeki işkence durumunda da TCK'nın 125. maddesindeki hakaret suçu değil TCK'nın 94. maddesindeki işkence suçu uygulanacaktır³⁵⁰. Bütün bu açıklamalarımız ışığında işkence suçunda fikri içtima hükümleri uygulanabilmektedir.

II. İŞKENCE SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI

A. Kasten Yaralama

Kasten yaralama suçunun basit hali Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Ayrıca TCK'nın 86. maddesinin devamında ve TCK'nın 87. maddesinde kasten yaralama suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. TCK'nın 86. maddesinin birinci fıkrasında; “*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Kasten yaralama suçuna baktığımızda suç ile korunan hukuki değer, fiziki ve psikolojik olarak beden bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığı; işkence suçunun korunan hukuki değeri ise insan onuru, vücut bütünlüğü ve adliyenin saygınlığı gibi değerlerdir³⁵¹. Kasten yaralama suçu ile işkence suçunda korunan hukuki değerler bakımından kişinin vücut ve ruhsal durumunun korunması açısından benzerdir.

İşkence suçu özgün bir suç olduğundan suçun faili sadece kamu görevlisiyken, kasten yaralama suçunun faili herkes olabilmektedir. Kasten yaralama suçunun

³⁵⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 110.

³⁵¹ Nur CENTEL; Hamide ZAFER; Özlem ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt 1, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 123.

maddi unsuru, bir başkasının vücuduna acı verme veya sağlığını bozma veyahut algılama yeteneğini bozma gibi seçimlik hareketlerden oluşurken; işkence suçunun maddi unsuru ise kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerle aynı olmakla birlikte bu hareketlerin yanı sıra insan onuru ile bağdaşmayan veya aşağılanmasına yol açan davranışlar olabilir³⁵².

TCK bakımından kasten yaralama ve işkence suçu arasında maddi ve manevi unsur, mağdur gibi kıstaslar açısından hiçbir fark yoktur. TCK'nın 94. maddesindeki işkence suçunun manevi unsuru açısından genel kastın yeterli görülmesinin en büyük sakıncası işkence ile kasten yaralama suçunu ayırt etmede kendini gösterecektir³⁵³.

Yukarıda açıkladığımız gibi her iki suçun maddi ve manevi unsurları arasında fark yoktur; bu bağlamda işkence suçu genel kasıtle işlenebilmektedir. Her kamu görevlisinin suçun faili olması dikkate alındığında kasten yaralama suçu bakımından TCK'nın 86. maddesinin üçüncü fıkrasında suçun failinin kamu görevlisi olması nitelikli hal olarak düzenlenmiştir ve özel kastın aranmaması her iki suçun ayırt edilmesini güçleştirmektedir³⁵⁴. TCK'nın 86. maddesinin üçüncü fıkrasının d bendinde; *“kamu görevlisinin sahip olduğu nüfusu kötüye kullanmak suretiyle”* denilmek suretiyle bu ayrımın güçleşeceğini göstermektedir. Hem işkence suçu hem de kasten yaralama suçu bakımından genel kast aranması iki suçun ayırt edilmesini zorlaştırmaktadır.

İşkence suçu ile kasten yaralama suçunun ayırt edilmesi için iki ihtimal ön görülebilir; ya Yargıtay Kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen işkence suçu bakımından özel kast arayacak ya da ağır nitelik taşıyan vakalar dışında işkenceden cezalandırılmayacak, kasten yaralama suçundan veya eziyet suçundan cezalandırılacaktır³⁵⁵. Dolayısıyla bu iki ihtimalden birisinin esas alınarak her iki suçun ayırt edilmesi sağlanabilecektir.

Kanaatimizce işkence suçu ile kasten yaralama suçunun ayırt edilmesi fail bakımından olacaktır. Çünkü; işkence suçunun faili sadece kamu görevlisi olurken kasten yaralama suçunun faili kamu görevlileri de dâhil herkes olabilmektedir. Fail

³⁵² CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, a.g.e., s. 124.

³⁵³ ÖNOK, a.g.e., s. 346.

³⁵⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 77.

³⁵⁵ ÖNOK, a.g.e., s. 346-347.

bakımından işkence suçu ve kasten yaralama suçunun ayrımının yapılması daha doğru olacaktır.

Son olarak işkence suçunun ihmali davranışlarla işlenmesi halinde cezada herhangi bir indirim söz konusu olmaz iken kasten yaralama suçunun ihmali davranışlarla işlenmesi halinde cezada indirim olacaktır. İşkence suçu kasten yaralama suçuna nazaran daha ağır sonuçlar doğurduğundan bu şekilde bir düzenleme yapılması isabetli olmuştur. Çünkü; işkence suçu insan haklarının ihlal edildiği son derece ağır bir suç türüdür.

B. Eziyet

Eziyet suçu TCK'nın 96. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nin 96. maddesinde;

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

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fillerin;

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 hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” denilmek suretiyle eziyetin ne olduğu ve eziyet suçunun cezasını artırıcı haller ile eziyet suçu karşılığı olan ceza belirtilmiştir. Madde metni dikkate alındığında eziyetin tanımı yapılmamıştır. Ancak TCK'nın 96. maddesinin gerekçesinde eziyet; *“bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir.”* denilmek suretiyle belirtilmiştir³⁵⁶.

Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki *“kimseye işkence ve eziyet yapılamaz.”* şeklindeki soyut nitelikteki eziyet yasağı suç olarak TCK'nın 96. maddesinde düzenlenmiştir³⁵⁷. Eziyet suçu ile korunan hukuki yarar insan onuru ile kişinin vücut dokunulmazlığı, şerefi ve iç huzuru gibi değerleri de kapsayan maddi

³⁵⁶ YALVAÇ, a.g.e., s. 270.

³⁵⁷ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 257.

manevi bütünlüğüdür³⁵⁸. İşkence suçu ile eziyet suçu arasındaki en büyük fark suçun faili bakımındandır. Bu bakımdan işkence suçunda fail sadece kamu görevlisi olabilirken eziyet suçunda fail ise herkes olabilmektedir. Buradan hareketle bir kamu görevlisinin göreviyle bağlantısı olmadan herhangi bir kişi üzerinde gerçekleştirdiği sistematik nitelikteki insan haysiyetiyle ilgili bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı veren aşağılayıcı davranışlar eziyet olarak değerlendirilecek, ancak kamu görevlisinin görevinin gereği olarak işlemiş olduğu ve mağdurun onuru ile bağdaşmayan her türlü bedensel veya ruhsal yönden elem veren aşağılayıcı davranışlar ise; işkence olarak değerlendirilecektir³⁵⁹.

İşkence suçu ile eziyet suçu arasındaki temel fark faildir. Eziyet suçunun işkence suçundan suçun konusu ve sistematik bir şekilde olması bakımından herhangi bir farkı yoktur. İşkence suçu ihmali davranışlarla işlenebilirken eziyet suçu ihmali davranışlarla işlenmemektedir. Eziyet suçunda, yapılan eziyet sonucunda ölümün meydana gelmesi durumu düzenlenmemiştir. Eziyet suçu da işkence suçunda olduğu gibi kişinin vücut bütünlüğünün ihlali, haysiyetine ve şerefine tecavüz özgürlüğünün ihlali gibi birçok menfaatin birden ihlaline yol açmakla birlikte işkence suçundan farklı olarak kamu idaresinin itibar ve güvenilirliğine zarar vermemektedir³⁶⁰. Yani; her iki suç bakımından temel fark fail bakımındandır.

C. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması TCK'nın 256. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 256. maddesinde; *“Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”* denilmektedir.

Kanun maddesinde belirtildiği gibi zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin bu yetkisini kullanırken sınırı aşması durumunda ne zaman işkence söz konusu olacağı, ne zaman zor kullanma yetkisinde sınırı aşama söz konusu olacağı sorusuna doktrinde farklı şekilde cevap verilmiştir. Bir görüş şu şekilde cevap vermiştir; işkence suçunun faili olan kamu görevlisi zor kullanma yetkisine sahip

³⁵⁸ SOYASLAN, a.g.e., 2005, s. 159.

³⁵⁹ ARTUK; GÖKÇEN; YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 258.

³⁶⁰ SOYASLAN, a.g.e., s. 160.

değilken zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunda fail olan kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine haiz olması gerektiği vurgulanmıştır. Diğer bir görüşe göre ise; görevleri gereği zor kullanma yetkisine sahip olanların üstlendikleri görevleri yerine getirirken yetkilerinin sınırını aşmalarının işkence suçunu oluşturmayacağı, çünkü burada güç kullanırken dikkat ve özen gösterilmemiş, kamu görevlisi gerekmediği halde kuvvet kullanmış ve bunun sonucunda kişi yaralanmışsa TCK'nın 256. maddesindeki suçtan sorumlu olacaktır³⁶¹. Ancak burada ilk görüş daha çok işkence suçunun ne zaman oluşacağını değil zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun ne zaman oluşmayacağı sorununu çözmeye yöneliktir. Örnek olarak ceza soruşturması kapsamında ifade alan kolluk memuru hakkında TCK'nın 256. maddesinde uygulanmayacaktır³⁶². Bu görüşlerden ikinci görüşün iki suçun ayırımının yapılmasında daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Görev sebebiyle bir kişiye bedensel ya da ruhsal acı veren kamu görevlisinin işkence suçunu mu, kasten yaralama suçunu mu yoksa zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunu mu işlediğinin tespitini yapmak zordur³⁶³. Burada işkenceyi benzer suçlardan ayırt etmek için “*asgari ağırlık kriteri*” olarak adlandırılan fiilin belirli vahamet taşıyıcı niteliğe sahip olması aranması gerekmektedir³⁶⁴. İşkence suçunu benzer suçlardan ayırmak için bu kriterin esas alınması durumunda ayırımın daha kolay yapılacağı kanaatindeyiz.

III. TÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE SUÇUYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

İşkence suçu TCK'nın 94. ve 95. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK'da işkence suçuna ilişkin birçok maddede düzenlemeler bulunmaktadır. TCK'nın “*Genel Hükümler*” kısmında bulunan “*kanunun uygulanması*” başlıklı 13. madde, “*yabancınn geri verilmesi*” başlıklı 18. madde, “*suçların içtiması kuralı*” başlıklı 43. maddesinde ve “*özel hükümler*” kısmında ise soykırım suçunun düzenlendiği 76. madde ile “*insanlığa karşı suçlar*” başlıklı 77. maddesinde işkence kavramına yer verilmiştir.

³⁶¹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 79.

³⁶² ÖNOK, a.g.e., s. 347.

³⁶³ BAKIM, a.g.e., s. 82.

³⁶⁴ ÖNOK, a.g.e., s. 348.

TCK'nın 13. maddesinde işkence suçu ile birlikte maddede sayılan diğer suçlar ise şunlardır; TCK 181. maddede düzenlenen çevrenin kasten kirletilmesi suçu, TCK 188. maddede düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, TCK 190. maddede düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu, TCK 197. maddede düzenlenen parada sahtecilik suçu, TCK 200. maddede düzenlenen para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti suçu, TCK 202. maddede düzenlenen mühürde sahtecilik suçu, TCK 227. maddede düzenlenen fuhuş suçu, TCK 252. maddede düzenlenen rüşvet suçu, TCK 223. maddede düzenlenen deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu ya da TCK 152. maddede düzenlenen bu araçlara karşı işlenen zarar verme suçudur. Türk vatandaşları veya yabancı ülke vatandaşları tarafından işlenmesi halinde Türk Ceza Kanunu'nun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu suçlarla birlikte işkence suçunun bir Türk vatandaşı veya yabancı devlet vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, uygulanacak olan kanun Türk Ceza Kanunu'dur.

TCK'nın 18. maddesinin üçüncü fıkrasında; *“Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.”* şeklinde düzenleme söz konusudur. Buradaki düzenleme de işkence suçuyla ilgilidir. Dolayısıyla işkenceye ve kötü muameleye uğranılacağına ilişkin kuvvetli şüphe olması durumunda iade edilecek kişi ile ilgili devlete verilmeyecektir.

TCK'nın 43. maddesinin üçüncü fıkrasında; *“Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”* şeklinde düzenleme söz konusudur. Bu düzenlemeye göre zincirleme suç hükümleri işkence suçu bakımından uygulanmayacaktır.

TCK'nın 76. maddesinde düzenlenen soykırım suçunun doğrudan olmasa da dolaylı olarak işkence suçunu kapsadığı söylenebilir.

TCK'nın 77. maddesinin birinci fıkrasında;

“(1) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefî, ırkî veya dinî Saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:

- a) *Kasten öldürme.*
- b) *Kasten yaralama.*
- c) *İşkence, eziyet veya köleleştirme.*
- d) *Kişi hürriyetinden yoksun kılma.*
- e) *Bilimsel deneylere tâbi kılma.*
- f) *Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı.*
- g) *Zorla hamile bırakma.*

h) *Zorla fuhşa sevk etme...*” denilmektedir. Buradaki düzenleme de işkence suçuyla ilgilidir. Buradaki düzenlemeye göre işkence suçunun siyasal, felsefi, ırkî veya dinî nedenlerle toplumun belirli bir kısmına yönelik olarak bir plân çerçevesinde ve sistemli bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda insanlığa karşı suç oluşturacağı belirtilmektedir. İnsanlığa karşı suçların madde metninde liste şeklinde belirtilen eylemlerden birisi de işkence, eziyet ve köleleştirmedir³⁶⁵.

Yukarıda belirttiğimiz TCK'daki maddelerde işkence ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Bu maddelerde incelendiğinde işkencenin cezalandırılmasına yönelik önemli düzenlemelerin olduğu görülmektedir. TCK'daki bu düzenlemelerde işkenceye yer verilmesi işkence ile mücadelede önem arz etmektedir. Her ne kadar işkence ile mücadelede yasal düzenlemeler tek başına yeterli olmasa da, bu şekilde işkenceye ilişkin düzenlemelerin olması işkence ile mücadelede önem arz ettiği kanaatindeyiz.

IV. İŞKENCE SUÇUNUN SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIMI

A. Soruşturma Usulü

İşkence suçunun soruşturma usulünü incelemeden önce soruşturmanın tanımını yapalım. CMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının e bendine göre soruşturma; *“Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, ... ifade eder”* şeklinde tanımlamıştır.

³⁶⁵ Ayşe Seymen ÇAKIR, “İnsanlığa Karşı Suçlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 103, 2012, s. 191.

ETCK'ya göre işkence suçundan soruşturma yapılması 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması*” hakkındaki kanuna göre ilgili memur hakkında soruşturma izninin alınmasına bağlıydı. Ancak Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde 02.01.2003 tarihinde kabul edilen 4778 sayılı “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin*” Kanununun 33. maddesi uyarınca 4483 sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen fıkra ile getirilen “...765 sayılı *Türk Ceza Kanunu'nun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.*” hüküm gereğince işkence suçu ile kötü muamele suçu 4483 sayılı Kanunun dışında bırakılmıştır. Böylece işkence suçu için artık izin alınmasına gerek kalmaksızın bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen soruşturma başlatılıp, yürütülebilecektir.

Söz konusu bu düzenlemeden önce de 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması*” hakkında kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasındaki; “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü hal genel hükümlere tabidir.*” hükmü gereğince bu halin gerçekleşmesi durumunda Cumhuriyet savcısı herhangi yerden izin almaya gerek duymaksızın doğrudan doğruya soruşturmaya başlayabilecek ve kovuşturma işlemlerini yapabilecektir³⁶⁶. Dolayısıyla işkence suçu izin alınması gereken suçlardan değildir.

CMUK'un 154. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkrasında; “*Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliyeye müteallik vazife veya işlerde suiistimal veyahut ihmal ve terahileri görülen Devlet memurlar ile Cumhuriyet Müddeiumumiliğinin şifahi veya yazılı talep ve emirlerini yapmakta suiistimal veya terahileri görülen zabıta amir ve memurları hakkında Müddeiumumilikçe doğrudan doğruya takibatta bulunulur. Ancak zabıta amirleri hakkında hâkimlerin vazifelerinden dolayı tabi oldukları muhakeme usulü tatbik olunur.*” şeklinde hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm gereği söz konusu iş ve görevin adliyeye ilişkin olması kıstas alınmıştır. Dolayısıyla adliyeye alakalı bir görev ya da iş ifa edilirken suç işlenmesi durumunda savcılık tarafından re'sen soruşturma yapılacak ve soruşturma iç izin alınmayacaktır³⁶⁷. Hâkim ve savcılar hakkında da

³⁶⁶ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 194.

³⁶⁷ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 194-195.

2082 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu uygulanacaktır. CMUK'un 154. maddesinin dördüncü fıkrasına göre zabıta amirleri hakkında Adalet Bakanlığı'nın izni gerekecektir.

TCK uygulamasında işkence suçunun soruşturulmasının nasıl olduğunu inceleyelim. İşkence suçu şikâyete tabi bir suç değildir. İşkence suçu özgü suç olması nedeniyle yani sadece kamu görevlileri tarafından işlendiği için özel soruşturma usulünün düzenlendiği 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Kanuna tabi olacaktır. Kural olarak kamu görevlilerine işledikleri suçlar nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için 4483 sayılı Kanuna göre izin alınması gerekmektedir. Yani burada Ceza Muhakemesi Kanunu'na bağlı olarak genel soruşturma hükümlerine göre değil özel soruşturma hükümlerine göre soruşturma yapılacaktır. Ancak 4778 sayılı Kanun TCK bakımından geçerli olup işkence suçu için 4483 sayılı Kanun uygulanmayacaktır. Şöyle ki; 5252 Sayılı Kanun 3. maddesinin birinci fıkrasındaki; *“Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.”* hüküm gereği TCK'nın 94. maddesinde yer alan işkence suçu için 4483 sayılı Kanun uygulanmayacaktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi 4483 sayılı Kanunun 2. maddesi ağır cezalı suçüstü halini istisna tutmuştur. İşkence suçu da istisna tutulan suçlardan birisidir. Dolayısıyla işkence suçunu işleyen memur için artık 4483 sayılı Kanuna göre izin alınmayacaktır. Soruşturma yapmakla yetkili organ Cumhuriyet savcısıdır. İşkence Soruşturma Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen yapılacaktır.

CMK'nın 161. maddesinin beşinci fıkrasında; *“Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 02. 12. 1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.”* şeklinde hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm dikkate alındığında her kamu görevlisi işkence suçunun

faili olabileceğinden ve adliyeyle ilgili olmayan işleri yürütenler hakkında CMK'nın 161. maddesinin beşinci fıkrasının uygulanamayacağı, dolayısıyla adli görev görmeyen diğer bir kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği işkence suçu bakımından 4483 sayılı Kanunun uygulanabileceği söylenebilir³⁶⁸

CMK'nın 161. maddesinin beşinci fıkrasında en üst dereceli kolluk amirleri hakkında da hâkimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. Burada bahsedilen en üst kolluk amirleri Emniyet Genel Müdürü, Gümrük Muhafaza Müsteşarı, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanı'dır. Dolayısıyla bu kişiler bakımından da hâkimlerin yargılama usulü gereği soruşturma yapılabilmesi için Adalet Bakanı'nın izni gereklidir.

Hâkimler ve savcılar 2082 sayılı Kanuna tabidirler. Dolayısıyla hâkim ve savcılar hakkında bu kanun uygulanacaktır. 2082 sayılı Kanunun 82. maddesine göre; *“Hakim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır....”* şeklindeki hükmü gereği hakim ve savcıların görev sırasında ve görevlerinden dolayı işledikleri suçlar nedeniyle haklarında soruşturma açılabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın izni gerekmektedir.

B. Kovuşturma Usulü

CMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının f bendine göre kovuşturma; *“İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi....ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır.

İşkence suçunun kovuşturma aşamasında görevli mahkeme 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 12 ve 14. gereği Ağır Ceza Mahkemesi'dir. Yetkili mahkeme ise TCK'nın 12. ve devamı maddelerince belirlenmektedir.

Burada değinmek istediğimiz bir diğer konu TCK'nın 13. maddesidir. Söz konusu bu maddeye göre işkence suçu vatandaş veya yabancı tarafından yabancı bir

³⁶⁸ ÖNOK, a.g.e., s. 518.

ülkede işlenmiş olsa bile Türk Kanunlarının uygulanacağı belirtilmiştir. Bu maddede işkence suçu korunma (gerçeklik) ilkesi kapsamına alınmıştır³⁶⁹.

İşkence suçunu koruma tedbirleri açısından değerlendirelim. TCK'nın 94. ve 95. maddelerindeki işkence suçu CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrası gereği kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde tutuklama nedeninin varsayılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla işkence suçu tutuklama nedenlerinden sayılan katalog suçlardandır. Ayrıca işkence suçunun üst sınırı CMK'nın 109. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen azami sınırın üstünde olduğu için işkence suçu bakımından adli kontrol tedbirine başvurulamayacaktır. Bir diğer koruma tedbirlerinden olan CMK'nın 135. maddesinde belirtilen “*iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” tedbiri bakımından işkence suçu CMK'nın 136. maddesindeki tedbirin uygulanabileceği suç tiplerini arasında yer almaktadır³⁷⁰.

C. Yaptırımı

ETCK'nın 243. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre; işkence suçunu işleyen faile sekiz yıla kadar ağır hapis cezası ve geçici veya sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklı olma cezası öngörülmüştür. Her ne kadar burada cezanın alt sınırı belirtilmemiş ise de TCK'nın 13. maddesinin ikinci fıkrası gereğince alt sınır bir yıldır. Dolayısıyla fail hakkında hapis cezası ile mahkûmiyetin yanı sıra, fail hakkında ayrıca sürekli ve geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyetine hükmedilecektir. ETCK'nın 243. maddesinin ikinci fıkrasında işkence suçunun ağırlatıcı nedenle işlenmesi hali düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemeye göre fiilin sonucu ölüm gerçekleşmiş ise; TCK'nın 452. maddesine göre belirlenecek olan ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktır.

TCK'nın 94. maddesinde işkence suçunun basit hali üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. İşkence suçunun nitelikli halleri söz konusu olduğunda ise suçun cezası on beş yıla kadar hapis cezasıdır. İşkence suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinde ise TCK'nın 95. maddesinin birinci fıkrasındaki belirtilen durumlarda suçun faili olan kişiye verilecek olan ceza yarı oranında

³⁶⁹ ÖNOK, a.g.e., s. 520-521.

³⁷⁰ ÖNOK, a.g.e., s. 520-521.

artırılacaktır. TCK'nın 95. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen durumlarda ise faile verilecek olan ceza bir kat artırılacaktır. Eğer yapılan işkence sonucunda mağdurun vücudunda kemik kırılmasına neden olunması halinde, kırığın kişinin hayati fonksiyonlara etki etmesine göre suçun cezası sekiz yıldan başlayarak, on beş yıla kadar hapis cezası olacaktır. İşkence fiili sonucunda ölüm meydana gelmiş ise suçun cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olacaktır.

İşkence suçunun yaptırımı bakımından hem TCK hem de ETCK incelendiğinde ağır cezaların öngörüldüğü görülmektedir. ETCK'ya göre işkence suçunun basit haline sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli ve geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilmekteydi. TCK'da ise ömür boyu kamu hizmetlerinden mahrumiyet söz konusu değildir. Ancak her ne kadar TCK'nın 53. maddesinde kamu hizmetlerinden yoksunluktan bahsedilmiş olsa bile bu yoksunluk sadece hapis cezası süresince olacaktır. Burada işkence suçundan hüküm giymiş bir kişinin tekrar kamu görevine dönmesini engelleyecek bir düzenlemenin olmaması önemli bir eksikliğin olduğunu göstermektedir.

İşkence suçunun cezasının para cezasına veya kısa süreli yaptırımlardan birine çevrilip çevrilmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Ancak TCK'nın 94. maddesindeki hapis cezasının, alt sınırın üç yıl olması ve kısa süreli hapis cezalarının para cezasına çevrilebilmesine karşın işkence suçu sonucunda alınan cezanın para cezasına çevrilmesi mümkün değildir. TCK'nın 51. maddesi uyarınca işkence suçu bakımından hapis cezasının ertelenmesi ise mümkün görünmektedir. Ancak bunun için de alt sınırdan verilen cezanın indirim uygulanarak iki yıla indirilmesi, suçun olası kasıtlı işlenmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalması gibi sebeplerle erteleme mümkün olabilecektir.

V. İŞKENCE SUÇUNDA ZAMANAŞIMI

ETCK'nın 102. maddesinde zamanaşımı kurumu düzenlenmiştir. İşkence suçu bakımından ETCK'nın 102. maddesine göre zamanaşımı süresi on yıldır. Bu süre 4449 sayılı Kanun değişikliğinden önce beş yıl idi. İşkence suçunun zamanaşımı süresinin hukuk, insan hakları ve temel hak ve özgürlükler açısından çok az olduğunu söyleyebiliriz.

TCK'nın 66. maddesinde dava zamanaşımı düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemeye göre suçların ne kadar sürede zaman aşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Kural olarak suçlar işlendikleri tarihten itibaren belli bir süre geçmesi halinde zaman aşımına uğramaktadır. Ancak işkence suçu bakımından yapılan düzenlemeyle zaman aşımı yasağı getirilmiştir. Söz konusu zaman aşımı yasağı 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun ile işkence suçunu düzenleyen 94. maddenin altıncı fıkrasına eklenen hüküm ile yasaklanmıştır. TCK'nın 94. maddesinin altıncı fıkrası; *“Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.”* şeklindedir. Buradaki düzenlemeden ve madde gerekçesinden de anlaşılacağı gibi işkence suçunda zaman aşımı yasağı söz konusudur. Dolayısıyla işkence suçu açısından dava ve ceza zamanaşımı süreleriyle ilgili olarak zamanaşımı süreleri uygulanmayacaktır.

Zamanaşımı yasağı gereğince işkence suçu işlendikten sonra TCK'nın 66. maddesinde belirtilen sürelerin dolması bu suç bakımından etki etmeyecektir. Yapılan bu düzenleme işkence ile mücadelede yararlı olmuştur. Yukarıda da gördüğümüz gibi ETCK'da işkence suçu bakımından zamanaşımı yasağı söz konusu değildi. Kanunda belirtilen sürelerin dolması halinde söz konusu ceza ve davalar düşmekteydi. Getirilen düzenleme bu boşluğu da doldurmuştur. İşkence suçu bakımından zamanaşımı yasağının getirilmesi isabetli bir düzenleme olmuştur. Zamanaşımı yasağının getirilmesi ile birlikte artık işkence suçu ne zaman işlenmiş olursa olsun cezalandırılabilir. Böylelikle AİHM'e göre işkence ve kötü muamele yapılması nedeniyle meydana gelen ölümler, ruhsal ve bedensel sakatlıklar, cinsel saldırılar ve diğer başka mağduriyetler hem yaşam hakkına hem de insanlığa karşı suç teşkil ettiğinin belirtilmesiyle ve bu düzenlemeyle AİHM'in konuya ilişkin bu şekildeki kararlarının gereğini de yerine getirilmiş olmaktadır³⁷¹.

İşkence suçunun zamanaşımıyla ilgili olarak 6459 sayılı Kanundan önceki düzenlemede zamanaşımı süresi bulunmaktaydı. Zamanaşımı süresinin tespit edilmesinde suçun kanunda düzenlenen üst sınırları dikkate alınır ve dosyada yer alan diğer deliller ile birlikte suçun daha ağır cezanın uygulanmasını gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur. TCK'nın 66/1-d maddesine göre; işkence suçunun basit halinin işlenmesi halinde dava zamanaşımı süresi on beş yıl

³⁷¹ ÖZBEK v.d., a.g.e., s. 287.

olacaktır. TCK'nın 66/1-a maddesine göre; işkence suçunun sonucunda ölüm meydana gelmiş ise dava zamanaşımı süresi otuz yıl olacaktır.

Son olarak bu başlık altında 6459 sayılı Kanundan önce ceza zamanaşımı süresini inceleyelim. TCK'nın 68/1-d maddesine göre; işkence suçunun üst sınırının on beş yıla kadar olduğu durumlarda uygulanacak ceza zamanaşımı süresi yirmi yıldır. Yine TCK'nın 68/1-a maddesine göre; işkence suçu sonucu ölüm meydana gelmiş ise ceza zamanaşımı süresi kırk yıl olacaktır.

VI. İŞKENCENİN ÖNLENMESİ

A. Genel Bilgiler

İşkence en ağır ve en fazla uygulama alanına sahip olan insan hakları ihlallerinin başında gelmektedir. İnsan hakları kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları her yıl yayımladıkları raporlarda somut örnekleri de vererek Türkiye'de işkencenin halen sistematik olarak uygulandığını ileri sürmektedirler³⁷².

İşkenceyi önlemek için alınacak önlemler doktrinde çeşitli şekillerde sınıflandırılmıştır. Tosun işkenceyi önlemek için alınacak tedbirleri “*İşkenceye Karşı Çareler*” başlığı altında kolluk ve savcılık ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi, gözetim altına alma kurumunun gözden geçirilmesi ve soruşturma yetkisinin hâkimlere verilmesi şeklinde dörde ayırarak sıralamıştır³⁷³. Erem ise; alınacak önlemleri “*adli zabıta*” ve “*yargısal önlem*” olmak üzere ikiye ayırmıştır³⁷⁴. Uluslararası Af Örgütü ise işkenceyi önlemek için alınacak önlemleri işkencenin resmi olarak mahkûm edilmesi, gözetim süresinin kısaltılması, gizli tutukluluğun kaldırılması, sorguda ve tutuklulukta koruyucu tedbirler gibi on iki önlem olarak sıralamıştır³⁷⁵.

İç hukukumuzun oluşturan parçalardan birisi olan işkenceye karşı BM Sözleşmesi'nde dörtlü bir ayırım yapılmıştır. BM sözleşmesinin 2. maddesinin birinci

³⁷² BAKIM, a.g.e., s. 203.

³⁷³ Öztekin TOSUN, “İşkence İddiaları Ve Gerekli Hukuksal Önlemler”, Yargı Dergisi, 1977/3, s.11-23 Öztekin TOSUN, “İşkence İddiaları ve Getirilmesi Gerekli Hukuksal Önlemler”, Yargı Dergisi, 1977/11 s. 11-14.

³⁷⁴ EREM; a.g.m., s. 200 vd.

³⁷⁵ Uluslararası Af Örgütü; (Erişim)http://www.amnesty.de/ai_foltr.htm, 17 Ocak 2019.

fikrasında; “Sözleşmeye Taraf Devlet, yetkisi altındaki, ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri alacaktır.” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye taraf devletler işkenceyi önlemek için kanuni, idari, adli ve diğer başka önlemleri almakla yükümlüdürler. BM Sözleşmesinde yapılan bu ayrıma göre işkencenin önlenmesi konusunu inceleyeceğiz.

B. Kanuni Önlemler

Kanuni önlemlerden en önemlisi ve ilki devletlerin işkence fiillerini cezalandıran normlar hazırlayıp yürürlüğe koymalarıdır. 1984 tarihli BM Sözleşmesi 4. maddesi, her taraf devleti bunu yapmakla yükümlü tutmuştur. Benzer biçimde işkence suçunu işlemeye teşebbüs eden ve işkence suçuna iştirak eden veya suç ortaklığı yapan kişinin eylemi suç sayılacaktır. BM Sözleşmesinin 4. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “Taraf devletler, fiilleri ağırlıklarını dikkate alarak uygun müeyyidelerle cezalandıracaktır.” denilmektedir.

Anayasamızın 2. maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.” şeklinde hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik, laik, insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Aynı doğrultuda Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.” hükmü gereği işkence ve her türlü kötü muameleler yasaklanmıştır. TCK’nın 94. maddesinde işkence fiili için üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Biz burada söz konusu ceza miktarına baktığımızda işkence fiilinin ağırlığına göre uygun ceza verildiğini düşünmekteyiz. Bütün bu düzenlemelere bakıldığında Türkiye BM Sözleşmesi’nin öngördüğü norm hazırlayıp yürürlüğe koyma yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Zaten işkence ve kötü muameleler ülkemiz sözleşmeye taraf olmadan da cezalandırılmaktaydı.

BM Sözleşmesi’nin 15. maddesinde; “Her Taraf Devlet işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi

aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesini sağlayacaktır.” hükmü bulunmaktadır. Bu madde hükmü ile taraf devletlere yükümlülük yüklenmiştir. Bu nedenle hem bu yükümlülüğün yerine getirilmesi hem de uygulamada yaşanan aksaklıkların önüne geçilmesi için 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla CMUK’un 135/A maddesi eklenerek ifade almada ve sorgulamada söz konusu olabilecek, aralarında işkencenin de bulunduğu yasak sorgu yöntemi örnekleri gösterilmiştir ve CMUK 135/A maddesi üçüncü fıkrasındaki düzenleme gereği yasak sorgu yöntemleri kullanılarak alınan ifadelerin rıza ile olsa bile değerlendirilemeyeceği, dikkate alınmayacağı kesin bir şekilde ifade edilmiştir. Aynı doğrultuda CMUK’un 254. maddesi ikinci fıkrasına gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarınca hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hiçbir surette hükme esas olmayacağı belirtilmiştir³⁷⁶. CMUK’ta düzenleme bu şekildeydi.

CMK’nın 147. ve 148. maddeleriyle getirilen düzenlemeyle ifade alma ve sorgulamada söz konusu olabilecek, aralarında işkencenin de bulunduğu yasak sorgu yöntemleri belirtilmiştir. Söz konusu madde düzenlemelerinde ifade almada ve sorguda yapılmaması gereken yasak usuller belirtilmiştir.

CMK’nın 148. maddesinin birinci fıkrasında; *“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.”* şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme gereği şüpheli ve sanığın ifadesi ve sorgusu özgür iradeye dayanması gerekmektedir. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın özgür iradesini etkileyecek davranışlardan kaçınılması gerekmektedir. İlgili maddeye göre ifade ve sorguda özgür iradeyi etkileyen davranışlar olarak kişiye kötü davranma, kişiye işkence yapma, kişiye ilâç verme, kişiyi yorma, kişiyi aldatma, kişiye yönelik olarak cebir veya tehditte bulunma ve kişinin ifadesini alırken bazı araçları kullanma örnek gösterilmiştir. Yasak olan bu davranışların ortak niteliği ruhsal ve bedensel olarak şüpheli ve sanığın iradelerini bozmalarıdır. CMK’nın 148.maddesinin ikinci fıkrasında; *“Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.”* hükmü gereği kanuna aykırı bir vaatte de bulunulamayacağı belirtilmiştir.

³⁷⁶ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 202.

CMK'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında; *“Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.”* şeklinde hüküm bulunmaktadır. Buna göre yasak olan ifade ve sorgu yöntemleri ile alınan ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca şüpheli veya sanık; rızası ile ifade vermiş olsa bile ifade, yasak sorgu yöntemleri sonucu alınmış olması nedeniyle delil değeri taşımayacaktır.

CMK'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında; *“Müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.”* şeklinde hüküm bulunmaktadır. Belirtilen bu düzenlemeye göre şüphelinin müdafii hazır olmaksızın kolluk makamları tarafından alınan ifadesi hâkim veya mahkeme önünde şüpheli veya sanık tarafından kabul edilmedikçe hükme esas alınamayacaktır. Dolayısıyla CMK'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasının hükmü müdafii bakımından da özel bir özen yükümlülüğü getirmektedir. Müdafii hazır olarak bulunduğu takdirde kolluk makamlarınca alınan ifade hükme esas alınabileceğinden bu hükmün şüpheli/sanık aleyhine sonuç doğurması mümkündür ve bir görüşe göre doğrudanlık ilkesi nedeniyle kollukta alınan ifade zaten hâkim veya mahkeme önünde sözlü olarak tekrarlanmadığı takdirde delil değeri taşıyamayacakken, bu kural kolluk ifade tutanaklarına delil olma yeteneği kazandırmıştır³⁷⁷.

TCK'nın 18. maddesinin üçüncü fıkrasında; *“Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.”* şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bir kişinin talepte bulunan devlete geri verilmesi durumunda ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal gruba aidiyeti veya siyasi görüşünden dolayı kovuşturulacağına veya işkence ve kötü muameleyle karşı karşıya kalacağına ilişkin kuvvetli şüphenin olması halinde iade talebi geri çevriyecektir. Bu düzenleme de işkencenin önlenmesi açısından önemli bir düzenlemedir.

³⁷⁷ ÖNOK, a.g.e., s. 534.

Bu düzenlemenin dışında zorunlu müdafiliğin getirilmiş olması, isteyen herkese baro tarafından müdafii atanması, müdafisiz şüphelinin sorgusunun yapılamaması, gözaltı sürelerinin kısaltılması gibi yasal düzenlemeler işkencenin önlenmesi açısından önemli gelişmelerdir.

C. İdari Önlemler

İşkenceyi önlemek için birtakım idari önlemlerin alınması da gerekmektedir. BM Sözleşmesi'nin 10. 11. ve 13. maddesinde alınabilecek idari önlemler sıralanmıştır.

İşkenceye karşı idari önlemlerin başında uygulayıcının eğitimi gelmektedir. BM Sözleşmesi'nin 10. maddesinde; *“Her Taraf Devlet, işkencenin yasaklanmasına dair eğitim ve bilginin kanun uygulayıcı personel, sivil veya askeri, tıbbi personel, kamu görevlileri ve herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen (cezaevine konulan) herhangi bir şahsın tutuklanması, sorgulanması veya muamelesiyle ilgilenebilecek diğer şahısların eğitim programına dahil edilmesini sağlayacaktır.”* şeklinde ilgili personele eğitim zorunluluğu getirmiştir. Gerçekten uygulayıcı konumundaki kolluk kuvvetlerinin (polis veya jandarma) ve ilgili diğer personelin insan hakları, çağdaş ceza yargılama anlayışı ve sorgu teknikleri hakkındaki eğitimi işkencenin önlenmesi açısından önemlidir³⁷⁸. Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında; *“Her Taraf Devlet, bu gibi kişilerin görev ve yetkilerine dair yayınlanan kurallar veya talimatlara bu yasaklamayı da dâhil edecektir.”* şeklinde düzenlemeye göre Sözleşmeye taraf olan devletler yasaklamayı uygulayıcı olan kişilerin görev ve yetkilerine yönelik olarak yayınlanan kurallara veya talimatlara bu durumu ekleyecektir.

BM Sözleşmesi'nin 11. maddesindeki; *“Her Taraf Devlet, işkence olaylarını önlemek maksadıyla, yetkisi altındaki, ülkelerde herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen kişilerin tutuklanması ve tabi tutulacağı muamele ile ilgili düzenlemeleri ve bunlara ait sorgulama kurallarını, talimatları, yöntemleri ve uygulamaları sistematik şekilde gözden geçirecektir.”* şeklindeki hüküm gereği devlet işkence olaylarını önlemek amacıyla bir idari önlem olarak tutuklanan, gözaltına alınan veya hapsedilen kişiler hakkında uygulanan kuralları, işlemleri,

³⁷⁸ DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 56-57.

yöntemleri ve bunların uygulanmasını sistemli bir şekilde denetlemelidir. Geçtiğimiz yıllarda Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları Komisyonu üyelerinin gerçekleştirdiği karakol ziyaretlerinde bazı karakollarda Filistin askısı bulunmuş ve bu konu kamuoyunu günlerce meşgul etmişti. Bu da gösteriyor ki; idarenin, kolluğun faaliyetlerini sürekli bir şekilde denetlemek zorunluluğunu doğurduğundan ancak denetim sonunda ihmali görülen sorumlu kişiler cezalandırılmalıdır³⁷⁹.

Ayrıca BM Sözleşmesi'nin 13. maddesinde “*Her Taraf Devlet, kendi yetkisi altındaki, ülkelerde işkenceye maruz kaldığını iddia eden herhangi bir şahsın yetkili mercileri şikâyet hakkını ve davasının bu mercilerle hemen ve tarafsızca incelenmesini sağlayacaktır. Şikâyetinin ve tanıkların şikâyet veya şahadetin bir sonucu olarak, tüm fena muamele veya tehdide karşı korunmalarını sağlamak için önlemler alınacaktır.*” şeklindeki hüküm gereği taraf devletler işkenceye maruz kalan mağdura şikâyet hakkını sağlayacak ve mağdur ile tanıkların tüm fena muamele ve tehditlere maruz kalmasını engelleyecektir. Bu duruma örnek verecek olursak; şikâyetçilerin, tanıkların veya ihbarda bulunanların isimlerinin saklanması bu madde kapsamında düşünülebilir.

Devlet işkence iddialarını bu konudaki şikâyet, ihbar veya raporları objektif ve dikkatli bir şekilde değerlendirerek işkenceye ilişkin olan raporların yöntem ve sonuçlarını kamuoyu ile paylaşmalıdır. BM Sözleşmesi'nde olan şartlar asgari şartlar olup devlet bunları yerine getirmekle yükümlüdür. Ayrıca devlet bunların dışında da gerekli önlemleri almalıdır³⁸⁰. Örneğin mağdurun korunması, zararının en hızlı biçimde giderilmesi devletin üstleneceği bir görev haline getirilebilir³⁸¹.

D. Yargısal Önlemler

Yargısal önlem, gerekli yasal önlemlerden sonra vuku bulan olaylarda soruşturmanın derhal başlatılarak hızla sonuçlandırılmasını sağlamaktır. BM Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre; “*Her Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde bir işkence eyleminin işlendiğine inanmak için ciddi sebepler mevcut olan her halde,*

³⁷⁹ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 208.

³⁸⁰ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 208-209.

³⁸¹ Nur CENTEL, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 4, yıl 2000/1-2, s. 18.

yetkili mercilerin derhal ve tarafsız soruşturma yürütmelerini sağlayacaktır.” denilmektedir.

Yargısal açıdan bunların sağlanabilmesi, hâkimlerin bağımsızlık ve güvencelerinin tam anlamıyla sağlanmasına bağlıdır. Hâkimlerin bağımsızlığı ve güvencesi arttıkça, siyasi gücün insan hakları ihlallerine karşı koyma ve önleme etkinliği artacaktır³⁸².

E. Diğer Önlemler

İşkencenin önlenmesini sağlamak için yukarıda incelediğimiz kanuni, adli ve idari önlemlerin dışında alınabilecek diğer önlemler BM Sözleşmesi'nin 8. maddesinde belirtilmiştir. Maddenin amacı işkence suçunu işleyip başka ülkelere kaçan failerin, onları cezalandıracak ülkeye geri verilmesini sağlamaktır³⁸³.

Sözleşmeyle işkence suçu taraf devletlerarasındaki suçluların iadesi antlaşmalarına göre geri verilebilecek suçlar arasında yer almış sayılacak ve yeni yapılacak anlaşmalara da hüküm konulacaktır (BM Söz. m. 8/1). Sözleşmeye taraf devletlerarasında “*suçluların iadesi antlaşması*” olmasa dahi sözleşme, işkence suçları açısından “*geri verme antlaşması*” sayılabilecektir (BM Söz. m. 8/2).

Ayrıca işkence bir deniz ya da hava aracında işlendiğinde, ülkesinde bu suçun işlendiği devletten ayrı olarak araçların kayıtlı olduğu devletin ülkesinde de işlenmiş sayılacaktır. Yine suç, sanığın uyuğu olduğu devletin ülkesinde işlenmiş sayılacaktır. İşkenceye uğramış kimsenin uyuğu olduğu devletin ülkesinde de söz konusu suç işlenmiş kabul edilecektir (BM Söz. m.5)³⁸⁴. Sözleşmeye taraf devletlerden her biri ülkesinde işkence suçu failinin bulunduğu inancına varırsa bu kişi gözaltına alacak ya da her an ele geçirilmesini sağlayacak tedbirleri alacaktır (BM Söz. m. 6/1). Faili gözaltına alan devlet derhal soruşturmaya girişecektir (BM Söz. m.6/2). Eğer failin geri verilmemesi durumu söz konusu olursa faili elinde bulunduran devlet onu yargılamakla yükümlüdür ve yargılama sırasında devletler delil sağlamak dâhil her türlü yardımda bulunacaklardır (BM Söz. m. 9).

³⁸² DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 57.

³⁸³ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 210.

³⁸⁴ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 2010.

SONUÇ

İşkence kavramı ile ilgili olarak hem ulusal hem de uluslararası düzeyde genel ve ortak bir tanımının olmadığını söyleyebiliriz. Bundan dolayıdır ki işkence kavramı ile ilgili değişik tanımlar yapılmıştır. İç hukukumuzdaki düzenlemelerde dikkate alınarak işkence kavramını tanımlayacak olursak, kamu görevlisi olan failin ya da onun hiyerarşisine tabi olan bir başka kişi tarafından, bir kimseye karşı yapılan eylem sonucunda o kimsede bedensel veya ruhsal olarak acı, ızdırıp ve elem veren, onur ve haysiyetini zedeleyen davranışlar olarak tanımlayabiliriz.

İnsanlar tarafından işkence geçmişten günümüze kadar değişik amaçlarla uygulanmıştır. Ancak şunu söyleyebiliriz ki işkence genel anlamda iki temel amaçla uygulanmıştır. Bunlardan ilki siyasi bir baskı aracı olarak muhalefette bulunan karşıt görüşteki olan kişilerin cezalandırılması, onların korkutulması veya sindirilmesi amacıyla; ikincisi ise işkence uygulanan kişiden ikrar, itiraf veya bilgi elde etmek için ya da işkenceye maruz kalan kişiyi cezalandırmak için uygulanmıştır.

İşkence fiili tarihsel süreç içerisinde incelendiğinde Ortaçağ Avrupa'sında Engizisyon Mahkemeleri ile işkence fiili meşru bir yöntem olarak görülmekteydi. Ancak özellikle Aydınlanma dönemiyle birlikte temel hak ve özgürlüklere geniş bir biçimde yer verilmeye başlanması işkenceye karşı somut tedbirlerin doğmasına ortam hazırlamıştır. Bu dönemde birçok düşünür işkenceye karşı olduklarını açıklamışlardır. Daha sonra İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ilişkin birçok sözleşme, belge ve bildirge yayımlanmıştır. Modern Ceza Hukukuyla birlikte işkence uygulamasının dünya genelinde önemli ölçüde azaldığını söyleyebiliriz.

Eski Türk Devletlerinde yazılı hukuk kuralları yoktur. Sözlü hukuk kuralları incelendiğinde ve Çin kaynakları incelendiğinde meşru bir hukuk uygulaması olarak işkenceden bahsedemeyiz. Osmanlı Devleti zamanında ise; Kanuni Sultan Süleyman döneminde çıkarılan Kanunnamede sadece hırsızlık suçu işleyenlere işkence yapılması hali düzenlenmiştir. Ancak şunu söyleyebiliriz ki Türk Devletlerinde, batıda ki işkence uygulamalarının aksine işkenceye rastlanmadığı anlaşılmaktadır.

Osmanlı Devletinde yasal düzenleme olarak 1876 tarihli Kanuni Esasi'de işkence yasaklanmıştır. Elbette bu yasaklamayla birlikte işkence suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla geçmişten bugüne kadar hem Anayasalarımızda işkence yasaklanmış hem de Ceza Kanunlarımızda işkence suç olarak düzenlenmiştir.

İşkence ve her türlü kötü muamele uluslararası düzeyde yasaklanmıştır. Ayrıca işkence uluslararası düzeyde olduğu kadar bölgesel düzeyde de yasaklanmıştır. Dolayısıyla hem bölgesel hem de uluslararası düzende işkencenin önlenmesine ilişkin birçok sözleşme ve bildiri düzenlenmiştir. Bu sözleşme veya bildirilerin bir kısmı tamamen işkencenin önlenmesine ilişkin, bir kısmı da düzenlemenin kendi içerisinde işkenceyi yasaklamıştır.

Uluslararası düzeyde işkenceyi ve her türlü kötü muameleyi yasaklayan en önemli belgelerden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin 3. maddesinde işkence yasaklanmıştır. İşkence yasağına ilişkin bu madde de işkence ve her türlü kötü muamele istisnasız bir şekilde yasaklanmıştır. Aynı zamanda bu sözleşme diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak yargı yolunu düzenlemiştir. Dolayısıyla sözleşmeye göre sözleşme kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerden birisi ihlal edilen sözleşmeye taraf devlet vatandaşlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Yani; işkenceye maruz kalan taraf devlet vatandaşları AİHM yargı yoluna başvurabileceklerdir. Türkiye'de sözleşmeye taraf olmuştur.

İşkence 1982 Anayasamızın 17. maddesinde yasaklanmıştır. Anayasamızın yanı sıra işkence hem ETCK'nın 243. maddesinde hem de TCK'nın 94. maddesinde yasaklanmıştır. Yine; CMUK'un 135/A maddesinde ve CMK'nın 148. maddesinde işkence yasak sorgu ve ifade alma yöntemi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere bakıldığında Türk Hukukunda işkence yasaklanmış ve işkence suçunu işleyen failin cezalandırılması öngörülmüştür. İç hukukumuzda yapılan bu düzenlemeler işkencenin önlenmesine ilişkin önemli düzenlemelerdir. İşkenceyi yasaklayan bu düzenlemeler ülkemizin İnsan Haklarının gelişmesi bakımından önemlidir ancak yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

İşkence suçu TCK'da düzenlenen kasten yaralama, eziyet ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması gibi benzer suçlarından farklıdır. Burada belirtilen

benzer suçlardan kasten yaralama, eziyet ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçları ile işkenceyi birbirinden ayırmak oldukça zordur. Bu suçların birbirinden ayırt edilmesi için doktrinde birçok değişik görüş bulunmaktadır. Doktrindeki bu görüşler ve uygulama ile suçların birbirlerinden ayrılması sağlanmaktadır.

İşkence suçu ile korunan hukuki yarar karma nitelik arz etmektedir. İşkence suçu ile insan onuru, vücut dokunulmazlığı, adil yargılanma hakkı, irade özgürlüğü ve kamu idaresi korunmaktadır. Dolayısıyla işken suçu kişinin onuruna, vücut dokunulmazlığına, irade özgürlüğüne yönelik olduğu gibi aynı zamanda adil yargılanma hakkına ve kamu idaresine yönelik bir eylem niteliğindedir.

İşkence suçunun mağduru herkes olabilmektedir. İşkence suçunun faili ise ancak kamu görevlisi olabilmektedir. İşkence suçu özgü nitelikte bir suçtur. İşkence suçu hem kasten hem de ihmali olarak işlenebilmektedir. İşkence suçuna teşebbüs mümkün olmaktadır. İşkence suçu bakımından da gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilmektedir. İşkence suçuna iştirak mümkündür. İşkence suçuna iştirak eden kamu görevlisi olmayan kişilerde TCK'nın 94. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince suçu işleyen kamu görevlileri gibi cezalandırılmaktadırlar.

İşkence suçunun kanunilik unsuru öncelikle suçun kamu görevlisi tarafından ve kamu görevlisinin görevi gereği işlenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca TCK'nın 94. maddesindeki belirtildiği gibi işkence oluşturan davranışın insan onur ve haysiyetine aykırı olması ve söz konusu bu davranışın kişinin bedensel veya ruhsal yönden elem duymasına, kişinin aynı zamanda algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına neden olması gerekmekte ve işkence oluşturan davranışın kasıtlı bir şekilde yapılması gerekmektedir.

İşkence suçunun maddi unsuru, işkenceye maruz kalan kişinin insan onuruna aykırılık, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine ve aşağılanmasına neden olmasıdır. Hukuka aykırılık unsurunda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Suçun manevi unsuru da kasten veya ihmalen işlenmesi gerekmektedir. İşkence suçu bakımından TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri uygulanmayacaktır.

CMK'nın 148. maddesinde yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri düzenlenmiştir. Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir, tehditte bulunma, bir takım araçları kullanması ve kanuna aykırı vaatte bulunmadır. İşkence CMK'da yasak yöntem olarak belirtilmiştir. CMK'nın 217. maddesinin üçüncü fıkrasında delil değerlendirme yasağı düzenlenmiştir.

İşkence suçunun temel şekli TCK'nın 94. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 95. maddesinde ise işkence suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış haller düzenlenmiştir. Bu hallerde faile verilecek ceza artırılmıştır.

İşkence suçu failinin soruşturulması için herhangi bir izine gerek yoktur. Yine CMK'nın 161. maddesinin beşinci fıkrası gereğince bazı kişiler bakımından da doğrudan soruşturma yapılabilir. Ancak yine bazı kişiler bakımından da soruşturma yapılabilmesi için izin almak gerekmektedir. Örneğin; hâkim ve savcılar bakımından 2082 sayılı Kanun ve aynı kanun gereğince en üst dereceli kolluk amirleri hakkında, yine vali ve kaymakamlar hakkında 4483 sayılı Kanun gereği izin alınması gerekmektedir. İşkence suçundan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir. İşkence suçunun temel şeklinde faile verilecek ceza üç yıldan on iki yıla kadardır. Diğer hallerde verilecek ceza artırılmaktadır.

İşkence suçunda zamanaşımı söz konusu değildir. 6459 sayılı Kanunun 9. maddesi ile 94. maddenin 6. fıkrasına eklenen düzenleme ile zamanaşımının işkence suçu bakımından işlemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla işkence suçunun faili herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın yargılaması yapılacaktır. Bu nedenlerle TCK'nın 66. maddesinde düzenlenen zamanaşımı süreleri işkence suçu bakımından uygulanmayacaktır. İşkence suçu bakımından zamanaşımının kaldırılması işkence ile etkin bir şekilde mücadele edilmesine katkı sağlayacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla zamanaşımının kaldırılması yerinde bir düzenleme olmuştur.

İşkencenin önlenmesi için bir takım önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu önlemler kanuni, idari veya yargısal olabilmektedir. Kanuni düzenlemeler yoluyla işkence yasaklanmalı ve işkence uygulayan kişi cezalandırılmalıdır. Kanuni düzenlemelerin yanı sıra kolluk personelinin eğitilmesi gibi idari önlemlerinde alınması gerekmektedir. İşkence ile ilgili olarak tarafsız soruşturma yapılarak ve hâkimlerin bağımsızlığı sağlanarak yargısal önlemler alınması gerekmektedir. Bu

önlemlerin yanı sıra diğerk gerekli her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Ancak bu şekilde işkence ile mücadele edilebilir.

İnsanlık ayıbı olan işkencenin ne yazık ki tamamen önlendiğini söyleyemeyiz. İşkence ve her türlü kötü muamelenin önlenmesi için hem uluslararası düzeyde hem de ülkemizde birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Yapılan onca düzenlemeye rağmen işkencenin tamamen önlendiğini söylemek mümkün değildir. İşkence ile etkin bir mücadele için öncelikle kamu görevlilerinin işkence konusunda iyi bir şekilde eğitilmesi gerekmektedir. İşkencenin önlenmesi ve işkenceyle mücadele etmek için kamu görevlilerinin eğitilmesi önem arz etmektedir. Yine cezaevi ve nezarethane gibi birimlerin yetkililerce denetiminin iyi yapılması gerekmektedir. Cezaevi ve nezarethane gibi yerlerin mevcut şartlarının da iyileştirilmesi gerekmektedir. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki sadece yasal düzenlemeler ile işkencenin önlenmesi mümkün olamamaktadır. Yasal düzenlemelerin uygulayıcılar tarafından uygulamasının da yapılması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

AKÇAM, Taner; Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence, İstanbul, İletişim Yayınları, 1992.

AKGÜL, Aydın; “İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 112, 2014, s. 189-236.

ALGAN, Bülent; İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011.

ANAYURT, Ömer; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 12, sayı 1-2, 2008 s. 421-459.

ARAL, Sadri MAKSUDİ; Türk Tarihi ve Hukuku 1, İstanbul, 1947.

ARTUK, Mehmet Emin; “Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı” Argumentum, sayı 2, Eylül, 1990, s. 1-5.

ARTUK, Mehmet Emin; “İşkence Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 3, sayı 7, Ağustos, 2008, s. 5-40.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

ASLAN, Volkan; “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi(Amerikan İnsan Hakları-Türk Sistemi)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 2, 2012, s. 261-298.

AYDIN, Hakkı; İslam ve Modern Hukukta İşkence, İstanbul, Beyan Yayınları, 1997, s. 71.

BAKIM, Sevi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, İstanbul, Beta Yayınevi, Ağustos 2008.

BALKIZ, Neval Oğan; “Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi- Öneriler”, Ankara Barosu Dergisi, yıl 59, sayı 4, 2001, s. 97-110.

BAŞER, Mert/YENİDÜNYA, A. Caner; “Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir

Korunma Yolu; İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu”, İzmir Barosu Dergisi, sayı 4, Ekim, 1996 s. 23-53.

BAŞBÜYÜK, İsa; “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 12, sayı özel, 2010 s. 1443-1485.

BAYRAKTAR, Köksal; “İşkence Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2011.

BAYRAKTAR, Ömer; “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen İfade Alma ve Sorguda Yasak Usullerin Temeli” Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, sayı 4, 2018, s. 97-110.

BECCARİA; Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi, çev. Muhittin Göklü, İstanbul, 1950.

BİLGE, Burak; “AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 5, sayı 2, 2015, s. 367-406.

BİRTEK, Fatih; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 4 Baskı, Ankara 2016.

BOUZAT, Pierre; “Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları”, Çev. Hasan İ. Bıyıklı, Yargıtay Dergisi, cilt 3, sayı 1, Ocak, 1977, s. 85-113.

BOZKURT, Enver/KÜTÜKÇÜ, M. Akif/POYRAZ, Yasin; Devletler Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.

CENTEL, Nur; “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 4, yıl: 2000/1-2, s. 56-99.

CİHAN, Erol; “Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri” İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt 5, sayı 7, 1971, s. 77-88.

CİHAN, Erol; “Narkoanaliz”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt 3, sayı 5, 1969, s. 57-90.

ÇAKIR, Ayşe Seymen; “İnsanlığa Karşı Suçlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 103, 2012, s. 169-198.

- ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel;** “Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı”, Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 7, sayı 65, Nisan, 2015, s. 14-26.
- DARENDELİ, Abdulvahap;** “İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi”, Adalet Dergisi, yıl 90, sayı 1, Ekim, 1999.
- DEMİR, Nazlı Hilal;** “Uluslararası Belgeler ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında İşkence Suçunun İncelenmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 12, sayı 1, Ocak, 2013, s. 125-175.
- DEMİRBAŞ, Timur;** “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 2, sayı 4, Ağustos, 2007, s. 81.
- DEMİRBAŞ, Timur;** İşkence Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.
- DEMİRBAŞ, Timur;** Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992.
- DEMİRBAŞ, Timur;** Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 71, 1996.
- DİNÇ, Güney;** “Savunma Hakkı ve İşkence”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 1, sayı 1, Ocak, 1988, s. 54-69.
- DOĞRU, Osman;** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.
- DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla;** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1.Cilt, 2012.
- DÜLGER, Murat Volkan;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanım Durumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 111, 2014, s. 325-410.
- EGEMENOĞLU, Alaaddin;** Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu (TCK m. 170/1), Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- ENGİN, Zeynep;** “İşkence ve Türkiye: Türkiye’de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/1, İstanbul, s.11-24.
- ER, Cüneyd;** “İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 18, sayı 60, Eylül, 2005, s. 169-188.
- EREM, Faruk;** “İşkence”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/2 s.197-207.

EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

EREM Faruk/TOROSLU Nevzat; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2003.

ESGİN, Mehmet; “İşkence ve Engizisyon”, Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 3, 2013, s. 39-60.

ERTUĞRUL, Metin; “İşkence ve Ötesi Özgürlüğün Bedeli”, Yargıtay Dergisi, cilt 1, sayı 4, 1976, s. 119-126.

GEMALMAZ, Mehmet Semih; İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002.

GEMALMAZ, Mehmet Semih; “İşkence Karşısında Ulusal Yargı Açmazı”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, cilt 12, sayı 95, Mayıs, 1988, Ankara, s. 8-13.

GEMALMAZ, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011.

GÖKÇEN, Ahmet; Tazminat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989.

GÜLTAŞ, Veysel; İnsan Hakları Odağında İşkence, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005.

GÜNDEL, Ahmet; 5237 Sayılı TCK’da Kasten ve Taksirle Öldürme- Yaralama ve İşkence Suçları, Ankara, 2009.

GÜNDÜZ, Orçun; “İşkence Suçunda Mağduriyet”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 1, sayı 2, Aralık, 2006, s. 287-328.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/KETİZMEN, Muammer; İşkence ve Eziyet Suçları, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler; Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, US-A Yayıncılık, 2010.

HAKERİ, Hakan; İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, yay.haz: İlyas Doğan, Ankara, 2009.

HAKERİ, Hakan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009.

KATOĞLU, Tuğrul; “Türk Ceza Hukuku’nda İşkence Tanımı”, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay’a Armağan 2. Cilt, Legal, 2014, s. 1459.

KAYA, Köroğlu; “İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 7, sayı 24, Ocak, 2016, s. 461-512.

KAYMAZ, Seydi; “Yasak Sorgu Yöntemi Olarak “Yorma”..”, Yargıtay Dergisi, cilt 25, sayı 4, Ekim, 1999, s. 561-569.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

KOÇ, Aysun/ÜÇPİNAR, Hülya/SAKALLI, Nazan/ATAŞ, Nergiz Tuba; İşkenceye Açık Kapılar (Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Değerlendirmesi), İzmir, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 2009.

MAHMUTOĞLU, Fatih S.; İşkence ve Eziyet Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer armağanı /;yay. haz. Köksal Bayraktar, Zuhal Dönmezer-Çakıroğlu, Hakan Kızıllarlan, Ankara: Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi; Türk Ceza Hukuku Derneği, 2008.

Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedisi, 10. Cilt, Sabah, s.155-156.

MONTAİGNE; Denemeler, çev. Sebahattin Eyüpoğlu, 29. Baskı, İstanbul,1997.

MUMCU, Ahmet/KÜZECİ, Elif; İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar Evrensel ve Ulusal Gelişimler, Bugünkü Durumlar), Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

ÖNOK, Murat; Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006.

ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, Mehmet Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ekim 2012.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ekim 2017.

ÖZEN, Mustafa; Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s. 302.

ÖZEN, Muharrem; Genel Tehlike Yaratan Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.

- ÖZGENÇ, İzzet;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.
- ÖZGENÇ, İzzet;** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006.
- ÖZBOYACI, Ayşe;** “Yasak İfade Alma Ve Yasak Sorgu”, Türk Hukuk Dergisi, cilt 2, sayı 16, Aralık, 2007, s. 69-78.
- SANCAR, Türkan Yalçın;** “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, sayı: 57-4, 2002, s. 154-169.
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık;** Türk Ceza Kanunu Yorumu CİLT II, Ankara, 1995.
- SAVCI, Bahri;** Yaşam Hakkı ve Boyutlar, Ankara, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1980.
- SELÇUK, Sami;** “Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti”, Yargıtay Dergisi, cilt 3, sayı 2, Nisan, 1977, s.49-70.
- SEVEN, Huriye;** “Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi ve Uygulaması”, Türk İdare Dergisi, sayı 448, Eylül, 2005, s. 103-122.
- SEVİĞ, Vasfi Raşit;** “Engizisyon Muhakeme Usulü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 18, sayı 1, 1961, s.1-35.
- SCOTT, George Ryley;** İşkencenin Tarihi, Çev. Hamide Koyukan, Ankara, Dost, Şubat 2001.
- SOYASLAN, Doğan;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005.
- ŞAHİN, Cumhuri;** Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- ŞENOL, Cem;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- TAŞDEMİR, Hakan/TAŞDEMİR, Fatma;** “Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Yasağı”, Akademik Hassasiyetler Dergisi, cilt 2, sayı 4, Ocak, 2015, s.73-81.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.

ÖZTEKİN, Tosun/GÜLERİ, Nevzat; “Heyecan Göstergesi İle Yalan Beyanın Bulunması ve Ceza Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 30, sayı 3-4, 1964 s. 498-544.

TOSUN, Öztekin; “İşkence İddiaları Ve Gerekli Hukuksal Önlemler”, Yargı Dergisi, 1977/3, s.11-23.

TOSUN, Öztekin; “İşkence İddiaları ve Getirilmesi Gerekli Hukuksal Önlemler”, Yargı Dergisi, 1977/11 s. 11-14.

Türk Hukuk Lugati; 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991.

ÜZÜLMEZ, İlhan; “Türk Hukukunda İşkence Cürmü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 10, sayı 3-4, 2002, s. 147-174.

ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003.

YALVAÇ, Gürsel; Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, T.C. Anayasası, Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Mevzuat, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

YILDIRIM, Ali; “Yargılama Hukuku ve İşkence Olgusu”, Ankara Barosu Dergisi, yıl 46, sayı 1,1989, s. 31-48.

YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005.

1997 TCK Ön Tasarısı; TC Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri 3; 2000 TCK Ön Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, TC Adalet Bakanlığı, 2000.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Anabritannica Genel Kültür Ansiklopedisi; (Erişim) <https://www.britannica.com/topic/torture>, 27 Aralık 2018.

İLKAN, Caner; “AİHM Kararları Işığında İşkence Yasağı”, Çağın Polisi Dergisi, Sayı 157, 2015, (Erişim) <http://www.caginpulisi.com.tr/aihm-kararlari-isiginda-iskence-yasagi/>, 18 Ocak 2019.

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi; (Erişim) humanrightscenter.bilgi.edu.tr, 10 Aralık 2018.

KARAOŞMANOĞLU, Fatih; “Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi Ve Denetim Mekanizması; Türkiye'nin Tespit Edilen Sorunları ve Çözüm Önerileri”; (Erişim) <http://www.abchukuk.com/makale/makale28.html>, 9 Ocak 2019.

ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur; “İşkence Suçu”, Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 4, sayı 1, 2000, (Erişim) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf, 15 Ocak 2019.

Resmi Gazete; (Erişim) <http://www.resmigazete.gov.tr/>, 16 Ocak 2019.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi; (Erişim) <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, 21 Aralık 2018.

Türk Dil Kurumu; (Erişim) <http://www.tdk.gov.tr>, 6 Aralık 2018.

Uluslararası Af Örgütü; (Erişim) http://www.amnesty.de/ai_foltr.htm, 17 Ocak 2019.