

TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE CÜRÜMÜ

(TCK. nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. maddesi)•

Dr. İlhan ÜZÜLMEZ••

GİRİŞ

Ağır insan hakları ihlallerinden olan işkence, bir insanın diğerine belli bir amaçla acı ve ızdırap vermesi, Hemingway’in deyimiyle¹ “cehennemi yaşatması”dır. İşkence kişinin en temel değeri olan onuruna karşı saldırıdır. İşkence, insanı kişiliksiz hale getiren, onu öncelikle kendi gözünde değersiz kılan, aşağılanmışlık duygusu veren, kişinin, insan olmasından kaynaklanan dokunulmaz, vazgeçilmez değerlerini ihlal eden bir muameledir. İnsan hakları ihlali denince hemen gündeme işkence ve benzeri kötü muamelelerin gelmesinin nedeni budur. Bu nedenle işkence ve benzeri kötü muamelelerin engellenmesine yönelik tedbirlerin alınması zorunluluktur.

İşkence ve benzeri kötü muameleleri engellemeye yönelik önlemlerin başta geleni bunu uygulayanların cezalandırılmasıdır. Hukukumuzda işkence ve benzeri kötü muamelelere başvurular TCK. nun II. Kitabının üçüncü babında “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” arasında yer alan 243. madde ile cezalandırılmıştır. Söz konusu 243. madde “*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 her-*

-
- Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan “Türk Hukukunda İşkence Cürümü –TCK. nun 449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi-” isimli doktora tez çalışmasının özeti şeklinde kaleme alınmıştır.
 - C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Araştırma Görevlisi.
- ¹ Zikreden: **Cassese, Antonio**, *Inhuman States: Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Cambridge UK., 1996, s. 62.

hangi 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.” şeklindedir. Bu çalışmada Kanunumuzun işkence suçuna ilişkin düzenlemesi incelenmiştir.

I- İŞKENCENİN TANIMI, UNSURLARI, İŞKENCE SUÇU KAVRAMI VE İŞKENCE SUÇUNUN KANUNLARDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

A- İşkencenin Tanımı

İşkence, bir kimseye çeşitli yöntemlerle uygulanan bedensel (fiziki) eziyet ya da çektirilen ruhsal acı, sıkıntı ve endişe verici durum anlamlarına gelmekte² ve bir kimseye bir şeyi söyletme ya da yaptırma amacıyla maddi veya psikolojik yöntemlerle acı çektirerek uygulanan baskı ya da eziyet şeklinde tanımlanmaktadır³.

İşkence tarihi ve politik anlamına uygun olarak⁴, devlet gücünü temsil eden bir kişi tarafından veya onun tahrikiyle, işkence görenin veya üçüncü bir kişinin ifadesini veya ikrarını etkilemek, onun tarafından gerçekten işlenmiş veya işlenme ihtimali olan bir fiili cezalandırmak veya diğer bir kişiyi korkutmak amacıyla yapılan ağır bedensel, ruhsal veya zihinsel acı veya ızdırıp veren hareketler şeklinde de tanımlanabilir⁵.

1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkence, “*Bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya*

² *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, C.: 12, Baskı yılı ve sayısı yok, s. 5937; *Meydan Larousse*, C.: VI, İstanbul, 1987, s. 565; *Örnekleriyle Türkçe Sözlük*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, C.: II, Ankara, 1995, s. 1439.

³ *AnaBiritinaica*, C.: 17, İstanbul, 1994, (Hürriyet Armağanı), s. 99.

⁴ **Spirakos, Dimitris**, *Folter als Problem des Strafrechts: Kriminologische, kriminalsoziologische und (straf-) rechtsdogmatische Aspekte unter besonderer Berücksichtigung der Folterschutzkonvention und der Pönalisierung der Folter in Griechenland*, Frankfurt –Bern-New York-Paris, 1990, s. 124.

⁵ Bu kapsamlı tanım, 09.12.1975 tarihli Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Tüm Kişilerin Korunması Bildirisi'nde yapılmıştır. Bkz: **Gemalmaz, Mehmet Semih**, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul, 1991, s. 303. 5.

rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır⁶.

BM. Sözleşmesinde yapılan tanımı da dikkate alarak hukukumuz bakımından işkenceyi şu şekilde tanımlayabiliriz: İşkence; bir kimseden suçları hakkında bilgi almak, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya tanığın olayları bildirmesini, şikayet ve ihbarda bulunmasını engellemek yahut da şikayet ve ihbarda bulunduğu ve tanıklık ettiği için veya bunların dışında ve fakat yargılama faaliyetiyle ilgili herhangi bir nedenle veya ayrımcılığa dayalı herhangi nedenle kişi üzerinde uygulanan fiziki veya manevi nitelikte, şiddetli acı ve ızdırap veren her türlü harekettir.

B- İşkencenin Unsurları ve İşkence Suçu Kavramı

1- Unsurları

İşkence yasağını düzenleyen hukuki kuralların içeriğinin belirlenmesinde, işkenceye ilişkin uluslararası belgelerde ve milli kanunlarda tek tanım bulunmamasından kaynaklanan zorluklar bulunmaktadır⁷. Buna rağmen, öğretilerde genel olarak bireyin fiziki dokunulmazlığını, biyolojik, toplumsal ve kamusal özgürlüğünü ihlal eden işkence ve benzeri kötü muamelelerin özgürlüğü devlet tarafından kısıtlanana karşı uygulanan muamele olduğu görüşü hakimdir⁸. Şu halde, işkence kavramıyla kişinin fizik olarak resmi makamların elinde bulunduğu sırada belirli bir amaca yönelik ve bilinçli olarak uygulanan acı ve ızdırap verilmesi kastedilmektedir. Buna göre, işkencenin unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz.

a) Kişi tutuklulukta veya devletin elinde bulunduğu sırada işkenceye tabi tutulduğundan normal yaşamında olduğu gibi iradesine yönelik etkileri veya haklarının ihlalini önleyememekte⁹; bu bakımdan imkansızlık ve çaresizlik içinde bulunmaktadır. İşkencede, kişinin onuru çiğnenip özgüveni ortadan kaldırılır.

⁶ Türkiye Sözleşmeye taraf olmuş ve 25.2.1988 tarih ve 3411 sayılı Kanunla onaylamıştır. Onay kararı 27.2.1988 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmış ve böylece Sözleşme Türkiye için iç hukuk niteliği kazanmıştır. Bkz: **Gözübüyük, A. Şeref**, *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, no: 10, s. 16-25; **Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, 2000, s. 526; **Demirbaş, Timur**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara, 1992, s. 27.

⁷ **Triffterer, Otto**, “Das Folterverbot im nationalen und internationalen Recht-Anspruch und Wirklichkeit”, in: *Folter Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung*, Baden-Baden, 1974, s. 130.

⁸ **Spirakos**, s. 200.

⁹ **Triffterer**, s. 131.

makta, otorite karşısında boyun eğmeye ve teslim olmaya hazır hale getirilmektedir¹⁰.

b) İşkencede ağır fiziki veya ruhsal acı veya ızdırıp verilmesi söz konusudur¹¹.

c) İşkence fiilinin faili, resmi sıfatla hareket eden bir kişidir veya üçüncü bir kişi vasıtasıyla bu şekilde hareket etmektedir¹². İşkencecinin kimliği, işkencecinin en önemli ayırıcı vasfını oluşturmaktadır¹³. Burada fail-mağdur ilişkisinin özünde birey-devlet ilişkisi¹⁴, bir anlamda kuvvet/güç ilişkisi bulunmaktadır¹⁵. Diğer bir deyişle, işkence ilk bakışta basit fail-mağdur ilişkisi gibi görünmekle birlikte; son tahlilde, kamu görevlilerince ve kamu adına uygulandığından devlet-birey ilişkisine dönüşmekte ve sonuçta ihlal devletin üzerinde kalmaktadır¹⁶.

d) İşkence eylemi kasıtlı yapılmalı, kendi iradesini dikte ettirmek, bilgi temin etmek, cezalandırmak veya korkutmak amacıyla ya da ayrımcılığa dayalı herhangi bir sebeple¹⁷ yahut da mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek veya şikayet ve ihbarda bulunduğu veya tanıklık ettiği için cezalandırmak amacıyla veya buna benzer saiklerle gerçekleştirilmelidir¹⁸.

¹⁰ **Akhan, Okan**, “İşkence ve İnsan Hakları”, in: *İnsan Haklarının Gelişimi*, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), Bilimsel Toplantı Serileri: 9, s. 43.

¹¹ **Triffterer**, s. 132; **Spirakos**, s. 16. Belirtelim ki yasal bir müeyyidenin uygulanmasından doğan, diğer deyişle bir mahkumiyet kararının infazının tabiatı gereği olan veya arizi olarak husule gelen acı ve ızdırıp işkence sayılamayacağı gibi, devlet tarafından uygulanan zorlayıcı tedbirler de işkence kapsamında değerlendirilemez. Bu husus BM. Sözleşmesinin 1. maddesinin son cümlesinde belirtilmiştir. Bkz: **Weiβ, Norman**, “Schutz vor Folter-Rechtliche Grundlagen und Durcsetzungsmechanismen, Menschenrechte”: *Vorträge zu Ausgewählten Fragen, Berlin*, 1997/3, s. 67; **Spirakos**, s. 126-128; **Gemalmaz**, Yaşam Hakkı, s. 311.

¹² **Triffterer**, s. 131; **Spirakos**, s. 15.

¹³ **Akhan**, s. 43.

¹⁴ **Gemalmaz**, Yaşam Hakkı, s. 310.

¹⁵ **Quanter, Rudolf**, *Die Folter In Der Deutschen Rechtspflege Sonst Und Jetzt*, Dresden, 1900, Neudruck Aalen, 1970, s. 104.

¹⁶ **Karaa, Emin**, “Yargılanma Hakkı”, *Yeni Türkiye-Yargı Reformu Özel Sayısı*, Temmuz-Ağustos, 1996/10, Yıl:2, s. 103; **Akhan**, 43. Esasen işkence, kişinin devlete karşı korunan hakları şeklinde gelişen klasik-liberal insan haklarının ihlalinin tipik örneğini oluşturmaktadır. Bu nedenle işkence, devlet terörü olarak nitelendirilmektedir Bkz: **Triffterer**, s. 131; **Aksoy, Muammer**, “Şiddet Eylemleri ve İşkenceye Karşı Önlemler”, *Ankara Barosu Dergisi (ABD)*, 1981/1, s. 10.

¹⁷ **Spirakos**, s. 16; **Gemalmaz**, Yaşam Hakkı, s. 309; **Aksoy**, s. 10.

¹⁸ **Spirakos**, s. 123-124; **Gemalmaz**, Yaşam Hakkı, s. 310.

2- İşkence Suçu Kavramı

İşkence hukuki bir kavram olarak, yargılama faaliyeti sırasında şüphelilere ya da sanıklara, bunların itiraflarını veya ikrarlarını almak için¹⁹; yahut yargılama faaliyetine bir şekilde katılan veya katılmak isteyen kişilere, bu katkıları veya istekleri nedeniyle uygulanan insan haysiyetini zedeleyen maddi ve manevi baskıları ifade etmektedir.

İşkence suçu kavramı, “ışkencenin acı, eziyet ve ızdırap gibi sözcüklerle ifade edilen genel dil anlamından çok dardır ve daha ziyade adalet ya da adliye ile ilgilidir. İşkence bu yönüyle, cezanın infazının hükümlüde yarattığı ızdırap ile kişilere karşı adli amaçlar dışında yapılan kötü davranışlardan ayrılmaktadır”²⁰. Örneğin, TCK. m. 450/3 ve AsCK. m. 127’te sözü edilen işkence, adli amaçlar dışında yapılmış hareketlere ilişkindir.

İşkence suçu kavramının dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamda işkence, şüphelinin ya da sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçun itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, şerikleri söylettirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzeltmek ya da işlemesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedeni veya ruhi zarar yahut tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muamelelerdir²¹.

Geniş anlamda işkence ise, ceza yargılaması dışındaki idari ve disiplin gibi herhangi bir muhakemedeki soruşturmalar ile tanık, bilirkişi ve müdafî gibi, sanık dışındaki kişileri de mağdur olarak kapsamına almaktadır²². Bilindiği gibi 4449 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce TCK. 243. maddede dar anlamda işkence suçu düzenlenmişti²³. Zira, önceki düzenlemeye göre, sadece “maznun” (sanık) bu suçun mağduru olabilmekteydi. Örneğin tanığa, şahsi davacıya veya müdahile yapılan işkence bu madde hükmüne göre cezalandırılmamaktaydı. Maddede 4449 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle geniş anlamda işkence suçu düzenlenmiştir.

Bunun dışında işkence suçu kavramı, işkence etmek fiilinin yanı sıra, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleleri kapsamına alan üst bir kavram durumundadır. Kanun koyucu, iradeyi ihlale ve belli bir amaca ulaşmaya

¹⁹ Keskin, O. Kadri, “İşkence”, *Adalet Dergisi (AD.)*, 1985/3, s. 732.

²⁰ Holzauer, Heinz, “Rechtsgeschichte der Folter”, in: *Folter, Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung*, Baden-Baden, 1976, s. 107; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 5.

²¹ Demirbaş, Timur, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD.)*, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, s. 207.

²² Demirbaş, İşkence Suçu, s. 6.

²³ Demirbaş, İşkence Suç, s. 6.

elverişli olduklarından²⁴ zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleleri işkencenin benzerleri olarak cezalandırmıştır. Bu nedenle, “işkence suçu”nu zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleleri de kapsar şekilde anlamak gerekmektedir.

C- İşkencenin Suçunun Kanunlarda Düzenleniş Şekli

Ceza Kanunlarının, işkence fiilinin cezalandırılmasında üç sistem izledikleri görülmektedir. İşkence suçunda karma bir nitelik gösteren hukuki yararlarından (devlet idaresi, adliye ve kişiler) birisinin ön planda tutulmasıyla oluşturulan bu sistemlerden ilki, işkenceyi devlet idaresi aleyhine; ikincisi adliye aleyhine ve nihayet üçüncüsü de şahıslara karşı bir suç olarak kabul etmektedir.

İlk grupta yer alan kanunlar, işkenceyi kamu idaresi aleyhinde işlenmiş bir suç olarak kabul etmektedirler. Kamu idaresine mensup bir kişinin, görevini kötüye kullanmak veya yetki sınırlarını aşmak suretiyle, bir ferдин haklarına zarar vermesi, kişilerin kamu idaresine karşı duydukları güven duygusunun azalmasına ve idarenin itibarının sarsılmasına neden olmaktadır. Bu açıdan, suçun kamusal niteliği ağır basmakta ve dolayısıyla kanun koyucular buradan hareketle işkenceyi devlet idaresi aleyhine bir suç olarak düzenlemektedirler²⁵. Bu sistemi benimseyen kanunlar, Türk Ceza Kanunu (m. 243), Alman Ceza Kanunu (m. 343), Avusturya Ceza Kanunu (m. 312/I) ve 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanunu (m. 147) ve 1950 tarihli Yunan Ceza Kanunu m. 239) şeklinde sıralanabilir.

İşkence bazı kanunlarca adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu sistemi benimseyen Kanunlara 1968 tarihli Bulgar Ceza Kanunu (m. 287) ve 1977 tarihli Arnavutluk Ceza Kanunu (m. 115) örnek gösterilebilir²⁶.

İşkenceyi kişilere karşı işlenen suç olarak kabul eden sistemlerde, işkence herkesin işleyebileceği genel bir suçtur. Örneklerine 1889, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ve 1994 tarihli Yeni Fransız Ceza Kanununda rastladığımız bu sistemde; işkence suçu kişilere karşı işlenmiş bir suç kabul edilmekte ve failin memurluk sıfat veya görevini kötüye kullanması hali ağırlaştırıcı sebep teşkil

²⁴ Triffterer, s. 134.

²⁵ Erman, Sahir- Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, TCK 202-281)*, İstanbul, 1992, s. 232-233.

²⁶ Nuhoglu, Ayşe, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, in: *Sahir Erman’a Armağan*, İstanbul, 1999, s. 537-538. İşkence, 1987 ve 1989 tarihli TCK. Öntasarılarında da adliyeye karşı işlenmiş suçlar arasında düzenlenmiştir. Bkz: *1987 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı*, Ankara, 1987, s. 172-173; *Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin)*, Ankara, 1989, s. 152.

etmektedir²⁷. 1997 tarihli Türk Ceza Kanun Tasarısı ile 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda kabul edilen sistem de budur.

II- TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE SUÇU

A- TCK. m. 243. Hakkında Genel Bilgiler

Doktrinde genel olarak “işkence cürmü” olarak adlandırılan bu suç²⁸, TCK.nun II. Kitabının “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümleri” cezalandıran üçüncü babının “Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler” başlığını taşıyan altıncı faslında düzenlenmiştir²⁹. Kanunumuzun bu faslı, mehzaz kanunda yer almamaktadır. Ancak, mehzazda bu fiillere yer verilmemesi, söz konusu fiillerin cezalandırılmadığı anlamına gelmemektedir. Zira; mehzaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 208 ve 209. (Müşterek Hükümler) maddeleri, failin memur olmasını ve failin işlendiği sırada görevini sui-istimal etmesini, bu sıfatı ayrıca dikkate alan suçlar dışındaki bütün suçlarda genel bir ağırlatıcı sebep saymıştır³⁰.

Kaynak Kanununun söz konusu 208 ve 209. maddeleri, kanunumuzun 280 ve 281. maddelerine tekabül etmektedir³¹. Dolayısıyla, mehzadaki anlayış kanunumuz açısından uygulanabilir niteliktedir. Böyle bir düzenleme TCK.nun kabul edildiği dönemde yeterli görülmemiş, Eskişehir'deki Mahkemeyi Temyiz Ceza Kanunu Komisyonu teklifi ile 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun üçüncü kitabının “nüfuzun kişilere karşı kötüye kullanılması” başlıklı faslından alınan “memûrin-i hükümet tarafından efrad hakkında teaddiyat ve sui muâmelât vukuunda icra olunacak mücazât” başlıklı altıncı faslı TCK.nuna eklenmiştir³². Bu kapsamda, TCK. 243.

²⁷ **Dönmezer, Sulhi**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Bası, İstanbul, 1998, s. 45; **Dönmezer, Sulhi-Yenisey, Feridun**, *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gereçekler*, İstanbul, 1998, s. 525-526; **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, İzmir, 2000, s. 191.

²⁸ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 517; **Demirbaş**, *İşkence Suçu*, s. 5; **Tezcan-Erdem**, s. 191; **Önder**, “Memurun Sanığa Cürmünü Söyletmek İçin İşkence Vesair Kötü Muamele Yapması” (bkz: **Önder, Ayhan**, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul, 1994, s. 220), **Erman-Özek**, “İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu” (**Erman-Özek**, s. 234) ve **Soyaslan** ise, “Memurun Sanığa Cürmünü Söyletmek İçin İşkence Etmesi” (**Soyaslan, Doğan**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 1999, s. 555) şeklinde isimlendirmişlerdir.

²⁹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 515-516.

³⁰ **Erman-Özek**, s. 232.

³¹ **Erman-Özek**, s. 232.

³² **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 517. **Erem, Faruk**, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C.: II, Ankara, 1962, s. 337; **Erman-Özek**, s. 232.

madde de 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun 103. maddesinden alınmıştır³³.

TCK. 243. madde bugüne kadar iki kez değişikliğe uğramıştır. Bunlardan ilki, 5.1.1961 gün ve 235 sayılı Kanunun 2. maddesiyle³⁴, ³⁵; ikinci ise, 26.8.1999 gün ve 4449 sayılı Kanunun 1. maddesiyle gerçekleştirilmiştir³⁶.

B- Benzer Suçlardan Farkı

Ceza kanunumuzda memurların kişilere karşı işlediği suçları cezalandıran tek hüküm 243. madde değildir. Bunun yanı sıra, kişilere yönelik olmaları bakımından işkence suçuna benzeyen ve aynı fasılda yer alan “Cebir kullanmaya yetkili memurların kötü muamele etmeleri” (m. 245) suçu, 4. fasıldaki “keyfi muamele etmek” (TCK. 228/I) ve “sert muamele etmek” (TCK. 228/II) suçlarına değinilmeli, bunların benzerlik ve farklılıkları ortaya konulmalıdır³⁷.

1- Keyfi Muamele Etmek Suçu (TCK. m. 228/I)

TCK. m. 228/I. fıkraya göre, memurun görevini kötüye kullanarak başkasına keyfi muamelede bulunması veya keyfi muamele yapılmasını emretmesi veya bu yönde emir verdirilmesi cezalandırılmaktadır.

TCK. m. 228 I. fıkranın uygulanabilmesi, keyfi muamelenin doğrudan kişilere yapılmış olmasına bağlıdır. Bu nedenle, kişilere karşı yapılmayan bir keyfi muamele hakkında 228. madde uygulanmaz. TCK., keyfi muamelenin bir şahsın hak ve menfaatlerini ihlale yönelik olması aramaktadır. Buna göre; keyfi muamelenin başkasının hakkını ihlâl veya malına zarar vermeye yönelik olması, suçun gerçekleşmesi için şart ve yeterlidir³⁸.

Kişilere karşı memurluk görevine dahil yetkilerin kötüye kullanıldığı keyfi muamele suçu, bir hakkı veya menfaati zarara uğratması ve fakat kişilerin vücuduna yönelik bir fiili saldırı içermemesiyle işkenceden ayrılmaktadır³⁹.

³³ Madde metni için bkz: **Gökçen, Ahmet**, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s. 136.

³⁴ 235 sayılı Kanunun Gerekçesi: “a- İşkence: Halen mer’i Anayasa’nın (Madde 73) ‘işkence’yi yasak ettiği malumdur. Buna rağmen Ceza Kanununun bu çeşit fiilleri müessir şekilde önleyemediği bir vâkıdır. Bu itibarla, madde hükmünün “insan hakları evrensel beyannamesi”nin 5. maddesi hükmünde gösterilen şekilde tanzimi yoluna gidilmiştir”. Bkz: **Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.: II, Ankara, 1995, s. 2182.

³⁵ 12.01.1961 tarihli RG.

³⁶ 29.08.1999 tarih ve 23801 sayılı RG.

³⁷ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 6.

³⁸ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 480-481.

³⁹ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 6; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 481, 517.

2- Sert Muamele Etmek Suçu (TCK. m. 228/II)

TCK. 228. maddesinin II. fıkrasında, memurların görevleri sırasında yaptıkları lüzumsuz sert muamelelerle başkalarının kanuna veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olmaları cezalandırılmıştır⁴⁰. Kanunda sert muameleden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bu bakımdan, kişileri kanuna ya da hükümetin emirlerine itaatsizliğe sevk eden hareketlerin “sert muamele” olup olmadığını hakim takdir edecektir⁴¹.

İşkence suçuyla, sert muamelede bulunma suçu manevi unsur bakımından farklılık arz etmektedir. Gerçekten işkence suçunun manevi unsuru özel kast olduğu halde, sert muamelede bulunma cürmünün manevi unsuru genel kasttır⁴². Bu suçlar, fail bakımından farklılık arz eder. 243. maddedeki suç her memur işleyemez, onun ifade almaya veya yargılamaya ilgili bir işlem yapmaya yetkili olması gerekir. Oysa, m. 228/II'deki suçta böyle bir zorunluluk yoktur⁴³.

3- Cebir Kullanmaya Yetkili Memurların Kötü Muamele Etmeleri Suçu (TCK. m. 245)

TCK. 245. maddede, kuvvet kullanmaya yetkili memurların bu yetkilerinin sınırlarını aşmak suretiyle kişilere dayak atmaları ve kötü muamelede bulunmaları cezalandırılmaktadır. Kanunumuzun bu hükmü, failin “kuvvei cebriye imaline memur..⁴⁴” olması gerektiğinden özel bir nitelik arz etmektedir. Bu nedenle fail, kuvvet kullanmaya yetkili memurlardan değilse, bu memur hakkında müessir fiile ilişkin hükümler uygulanacak, fakat belirlenecek ceza 251. maddeye göre artırılacaktır⁴⁵.

TCK. m. 245'in, TCK. m. 243'ten ayrıldığı nokta, failde sanığa suçunu ikrar ettirmek ve maddedeki diğer saiklerin bulunmaması ve failin ancak zor kullanmaya yetkili memur tarafından işlenebilmesidir⁴⁶. Gerçekten, fail hareketinin kötü muamele olduğunu biliyor ve istiyorsa, cismen kötü muamele suçu; buna karşın suçun söz konusu hareketler ikrar sağlamaya veya diğer amaçlara yönelik ise, işkence suçu gerçekleşecektir⁴⁷.

⁴⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 484, 517.

⁴¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 485; Erman-Özek, s. 135; Önder, Özel Hükümler, s. 193.

⁴² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 517; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 7.

⁴³ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 7.

⁴⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 547.

⁴⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 546; Önder, Özel Hükümler, s. 225.

⁴⁶ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 8; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 517; Tezcan-Erdem, s. 194.

⁴⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 552. “Yarg. CGK. 22.3.1976, 8-100/133 (Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 552, dpn: 40).

Bu iki suçun birbirinden ayrıldığı diğer nokta mağdurların durumuna ilişkindir. TCK. m. 243'te suçun mağduru bir suçun sanığı veya yargılama hukukuna ilişkin bir faaliyet icra edecek olan kişidir. Buna karşın, 245. maddedeki suçun mağduru herhangi bir kimsedir.

C- Korunan Hukuki Yarar

İşkence hukukumuzda Anayasanın 17. maddesinin III. fıkrasında yasaklanmıştır. TCK. 243. madde ilk olarak bu hükmün yaptırımını oluşturmaktadır⁴⁸. Ayrıca, maddenin kanundaki sistematik yeri, “devlet idaresi aleyhine cürümler”in düzenlendiği üçüncü bapıdır. Buna göre; işkence ve benzeri kötü muameleleri cezalandıran bu hükümle kamu idaresine ait bir yarar da korunmaktadır⁴⁹.

Diğer taraftan, Anayasanın 38. maddesinin V. fıkrasında, kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamama ilkesi yer almaktadır. Bu anayasal hüküm, CMUK.'nun “ifade ve sorgu tarzını” düzenleyen 135. maddesinin 4. bendinde “sanığın susma hakkı” olarak somutlaşmıştır. CMUK. m. 135a'da ise, işkenceyi de kapsar şekilde serbest iradeyi etkileyen yöntemler yasaklanmış; aynı maddenin III. fıkrasında yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceği öngörülmüştür. İşkence ve benzeri muameleleri cezalandıran 243. madde, Anayasanın m. 38/ V, CMUK. m. 135 ve 135a hükümlerinin ihlalinin yaptırımını da teşkil etmektedir⁵⁰.

Görüldüğü gibi işkence suçu ile korunan, hukuki yarar birden fazladır⁵¹ ve bu açıdan karma bir nitelik göstermektedir⁵². Zira suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin, mağdurların ruh ve beden sağlığı, yaşama hakkı üzerindeki olumsuz etkilerinin yanı sıra, adaletin yanlış tecelli etmesine neden olabileceği de açıktır. Ayrıca, söz konusu hareketlerle vatandaşın devlet idaresine olan güveni sarsılmaktadır. Öyleyse bu suçla, kamu idaresi, kişinin vücut tamlığı-kişisel özgürlükleri, irade ve ifade özgürlüğü, adliye ile adil yargılanmak hakkı birlikte korunmaktadır⁵³.

48 Demirbaş, İşkence Suçu, s. 26; Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu –Özel Hükümler- C.: II, Ankara, 1996, s. 1831.

49 Erman-Özek, s. 234; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 526-527.

50 Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 527; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 26; Erman-Özek, s. 234; Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 1999, s. 502.

51 Tezcan-Erdem, s. 193.

52 Erman-Özek, s. 234; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 527. Doktrinde Demirbaş, işkence suçuyla korunan hukuki yararın adliye ve kişi dokunulmazlığı olduğu görüşündedir. Bkz: Demirbaş, İşkence Suçu, s. 29.

53 Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 527; Tezcan-Erdem, s. 193.

D- Fail Ve Mağduru

1- Faili

İşkence suçunun faili TCK. 243. maddenin I. fıkrasında “memurlar veya diğer kamu görevlileri” olarak gösterilmiştir. Buna göre fail, TCK.nun 279. maddesinin I. fıkrası anlamında kamu görevi (amme vazifesi) ifa edenlerdir⁵⁴ ve bu nedenle işkence mahsus bir suçtur⁵⁵. Suç tipinde memurluk vasfı kurusu unsur olarak yer aldığından işkence aynı zamanda gerçek memur suçlarındandır^{56, 57}.

TCK. 243. maddesindeki düzenlemeyi tekrarlırsak, bu suçun faili “memurlar veya diğer kamu görevlileri”dir. Kamu görevlisi ibaresinin ceza hukukumuzdaki karşılığı memurdur (TCK. m. 279/I, 1-2). Bu nedenle maddede, faili göstermek için ilk olarak “memur” kavramı kullanıldıktan sonra “veya” bağlacıyla yine ceza hukuku açısından teknik karşılığı memur olan “kamu görevlileri” kavramının kullanılması yerinde olmamıştır. Zira, TCK. nun memuru tanımlayan 279. maddesinde, “kamu hizmeti”-“kamu görevi” ayrımı yapılmış ve ancak kamu görevi ifa edenler memur sayılmıştır⁵⁸. Görüldüğü gibi, 243. maddedeki “memurlar ve diğer kamu görevlileri” ifadesi yoruma muhtaçtır.

TCK. 243. maddedeki suç, ifade almaya, sorguya çekmeye, şikayet ve ihbarı kabul etmek gibi bir faaliyet gerçekleştirmeye yetkili memur tarafından işlenebilir^{59, 60}. Bu nedenle işkence suçu özel memur suçlarındandır⁶¹. Memurun

⁵⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 528.

⁵⁵ Bkz: Özgüç, İzzet-Şahin, Cumhuriyet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 2001, s. 195; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.: II, 10. Baskı, İstanbul, 1994, s. 422.

⁵⁶ Jescheck, Hans-Heinrich-Russ, Wolfgang-Willms, Günther, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, B.: 7, 10. Auflage, Berlin-New York, 1988, §343, kn: 1; Maurach, Reinhart-Schroder, Friedrich Christian, *Strafrecht Besonderer Teil*, B.: II, 6. Auflage, Karlsruhe, 1981, §74/I, s. 192; Horn, in: *Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch (SK)*, 4. Auflage, Neuwid-Frankfurt, 1991, §343, kn: 3.

⁵⁷ Bkz: Cramer, Vorbemerkung zu den §§331ff., in: Schönke, Adolf-Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, München, 1997, kn: 6-8; Önder, *Özel Hükümler*, s. 89-90; Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht*, 4. Auflage, Karlsruhe, 1971, s. 247-249; Özgüç-Şahin, s. 96.

⁵⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 296 vd.; Önder, *Özel Hükümler*, s. 92 vd.

⁵⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 528; Önder, *Özel Hükümler*, s. 221; Demirbaş, *İşkence Suçu*, s. 30; Gözübüyük, A. Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Madde 202-368*, 4. Bası, (Baskı yeri ve yılı yok), s. 244; Cramer, in: Schönke-Schröder, §343, kn: 19; Lackner, Karl, *Strafgesetzbuch*, 20. Auflage, München, 1993, §343, kn: 2; Maurach-Schröder, §74/III, s. 195; Dreher, Erward-Tröndle, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 41. Auflage, München, 1983, §343, kn: 2; Jescheck, LK., §343, kn: 3; Horn, in: SK, §343, kn: 3.

madde bakımından yetkili olması gerekli ise de⁶²; onun genel olarak soruşturmayla yetkili olması yeterli olup, somut olayda yetkili kılınması şart değildir⁶³. Bu nedenle, soruşturmanın yürütümünde taraf ve görevli memurlardan olmadıklarından, avukat, bilirkişi ve tanıklar fail olamazlar⁶⁴. Zira, bunlar her ne kadar görevleri bakımından tahkikatla ilgili olsalar da, kovuşturmayla yetkili memurlar gibi kurumsal bir kuvvet kullanma gücüne sahip değildirler.

Buna göre fail olabilecekler, ceza davasını açmaya veya adli işlemi yapmaya yetkili cumhuriyet savcıları, hakimler, kolluk amir ve memurları gibi kişilerle⁶⁵; idari veya disiplin soruşturması açmaya ve yürütmeye yetkili amir ve memurlardır⁶⁶. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre, ön inceleme yapmaya yetkili olanlar da bu gruba dahildir⁶⁷.

2- Mağduru

TCK.nun 243. maddesinde yer alan suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Bunlar, maddenin I. fıkrasında, “suçlarını söyletmek için işkence yapılan bir kimse”, “mağdur”, “şahsi davacı”, “davaya katılan (müdahil)” ve “tanık” şeklinde gösterilmiştir⁶⁸. Ceza yargılamasına katılan bilirkişi, tercüman ve avukat gibi diğer sùjelerin mağdurlar arasına dahil edilmemesi ise yeni düzenleme açısından eksikliktir⁶⁹. Yukarıda belirtildiği gibi, soruşturma kavramına cezai, idari ve disiplin soruşturmaları dahildir. Bu nedenle, ceza soruşturması dışındaki soruşturmalara muhatap olmuş kişiler de mağdur olabilir⁷⁰.

60 Erman-Özek bu hususta aksi kanıdadırlar. Yazarlara göre, TCK. 243. maddedeki suçun faili “memur” sıfatını taşıyan herkestir. Bkz: **Erman-Özek**, s. 234-235.

61 **Cramer**, in: Schönke-Schroder, §331ff., kn: 9.

62 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 528.

63 **Jescheck**, LK., §343, kn: 3; **Dreher-Tröndle**, §3443, kn: 2-3; **Önder**, Özel Hükümler, s. 221; **Wagner, Heinz**, *Amtsverbrechen*, Berlin, 1975, s. 182. “.... Memur olmayan, memur olsa bile yetkili bulunmayan bir kimsenin sanık durumunda sayılmayan kimseye karşı veya suçunu söyletme özel kastı dışında eylemlerde bulunması halinde bu maddedeki suç oluşamaz....” Yarg. CGK. 17.04.1989, 8-87/143 (**Savaş-Mollamahmutoglu**, s. 2224-2227).

64 **Jescheck**, LK., §343, kn: 3; **Cramer**, in: Schönke-Schröder, §343, kn: 19.

65 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 528; **Malkoç**, s. 502.

66 **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 32; **Malkoç-Güler**, C.: II, s. 1839-1840.

67 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 528.

68 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 528.

69 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 531.

70 **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 34.

Buna göre işkence suçunun mağdurları; suçlarını söyletmek için (şüpheli veya sanık) işkence ve benzezi muameleye maruz kalan kimse, işlenmiş başka bir suçun mağduru, şahsi davacı, müdahil, ve tanıktır.

E- Suçun Unsurları

1- Kanuni Unsur (Tipiklik)

İşkence suçunda fiilin tipik olabilmesi için işkence ve benzeri kötü muameleleri işleyen failin tahkikatla görevli bir memur olması, bu fiilleri bir kimseye suçunu söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek için veya şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle işlemesi gerekir (TCK. m. 243/I).

Bu bakımdan; kovuşturmaya yetkili memurlardan olmayan bir belediye başkanı ve zabıta müdürünü ika ettiği işkence ve benzeri kötü muameleler yüzünden TCK. 243'e göre cezalandırmak, fiil tipik olmadığından, mümkün değildir. Bu nedenle, Yarg. 1. CD. nin kovuşturma yetkisi olmayan belediye başkanının ve zabıta amirininin 243. maddeye göre cezalandırılması gerektiği yönündeki 13.01.1970 tarih 69-1730/970-118 sayılı kararına katılmak mümkün değildir⁷¹.

2-Maddi Unsur

a- Genel olarak

İnceleme konumuz suçta, maddi unsurun hareket kısmı (TCK. m. 243/I), “işkence etmek” veya “zalimane” veya “gayriinsani” veya “haysiyet kırıcı” muamelelerde bulunmaktan ibarettir⁷².

Kanunda, işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler sayma yöntemi ile; işkence etmek veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerde bulunmak şeklinde belirtilmiştir. Maddede, maddi ve manevi mahiyetteki kötü muameleler söz konusudur⁷³.

İşkence suçu, madde metninde yer alan işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerden birinin yapılması ile tamamlanacağından seçimlik hareketli bir suçtur⁷⁴. Bu nedenle, Yargıtay'ın işkence ve zalimane

⁷¹ Gözübüyük, TCK. Açıklaması, s. 218.

⁷² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 531; Tezcan-Erdem, s. 194; Erman-Özek, s. 236.

⁷³ Erem, Özel Hükümler, C.: III, s. 424; Gözübüyük, TCK. Açıklaması, s. 246.

⁷⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 531.

muameleleri bir bütün olarak değerlendiren kararlarına katılmak mümkün değildir⁷⁵.

b- İşkence Etmek

İşkence en genel anlamıyla, bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyeti, bir kimseye bir şeyi söyletme ya da yaptırma amacıyla maddi ya da psikolojik yöntemlerle acı çektirerek uygulanan baskı ya da eziyeti ifade eder⁷⁶. Yargıtay, 1983 tarihli bir kararında⁷⁷ işkenceyi, “*bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici hareketler*”in uygulanması olarak tarif etmiştir. BM. Sözleşmesinde (m. 1) ise, “*fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil*” şeklinde ifade edilmiştir. Böylelikle, bedene doğrudan etki yapan maddi nitelikteki eza verici hareketlerle; bedene doğrudan veya dolaylı etki yapmamakla beraber, akıl ve ruh sağlığında büyük bir ıstıraba yol açan davranışlar da işkence sayılmıştır⁷⁸.

Hemen belirtelim ki, işkenceyi oluşturan acı ve eza veren maddi veya manevi mahiyetteki hareketlerin ağırlığına ilişkin somut bir ölçüt mevcut değildir. BM. Sözleşmesinde, fiziki ya da manevi acı veya ızdırap veren hareketin ağır⁷⁹ olması gerektiği vurgulanmıştır. Bir görüşe göre⁸⁰, her türlü maddi acının “ağır” olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira, az ya da çok maddi acı doğurabilecek her türlü hareketi müessir fiil sayan ceza hukuku sistemimizin, işkence söz konusu olduğunda değişik bir ölçü benimsemesi kabul edilemez.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, 3. madde hükmüne (İHAS.) aykırı muameleden söz edebilmesi için, kişi üzerinde uygulanan fiilin “en az belli bir ağırlıkta”⁸¹ veya “bel-

⁷⁵ Bu nedenle doktrinde ileri sürülen şu görüşe de katılmamaktayız: “Örneğin, bir kimseye hakaret etmek de “haysiyet kırıcı muameledir. Şu halde, cürmünü söyletmek için maznuna hakaret eden polis memurunu 243 üncü maddeye göre mahkum etmek gerekecektir ki, kanun koyucunun amacı herhalde bu olmasa gerektir” (Savaş-Mollamahmutoglu, s. 2213).

⁷⁶ Bkz: *Meydan Larousse*, C.: 6, s. 565; *AnaBritinacia*, C.: 17, s. 99.

⁷⁷ Yarg. CGK.’nın 4.4.1983 tarih ve 8/64-156 esas sayılı kararı için bkz: **Çağlayan, M. Muhtar**, *En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gereçeli ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, C.: II, 3. Baskı, Ankara (Baskı Yılı Yok), s. 812-817.

⁷⁸ **Erman-Özek**, s. 236.

⁷⁹ Bkz: **Özgen, Eralp**, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, *TBBĐ.*, Yıl: 1988/2, s. 218, dpn: 21.

⁸⁰ **Özgen**, *İşkence ve İnsanlık Dışı*, s. 218-219.

⁸¹ İrlanda/İngiltere ve Guzzardi/İtalya uyumsuzluklarına ilişkin İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ya da Komisyonun X/Almanya uyumsuzluğu hakkındaki kararı. Bkz: **Gölcüklü- A. Feyyaz – Gözübüyük, A. Şeref**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara, 1994, s. 192-193.

li bir düzeyde”⁸² olması aranmıştır. Mahkeme daha sonraları, Felix Tomasi davasında önceki kararlarında olduğu gibi muamelenin “en az belli bir ağırlıkta” yahut “belli bir düzeyde” olmasından söz etmemiş; kullanılan fizik kuvvetin “yoğunluğu ve devamlı tekrarı”nı vurgulamıştır. Böylelikle, uygulanan muameleye ilişkin ağırlık eşiği daha aşağıya çekilmiştir⁸³.

İşkence, maddi veya manevi nitelikte ağır acı ve ızdırap veren hareketlerden oluşmaktadır. Bu nedenle, işkenceyi sadece müessir fiil niteliğindeki hareketler olarak anlamamak gerekmektedir⁸⁴. Buna göre, Yarg. CGK.nun⁸⁵ bir kişinin bir hafta işten kalacak şekilde dövülmesini işkence saymadığı ve işkencenin ancak müessir fiilin ağırlaşmış hallerinde söz konusu olabileceği yönündeki kararına katılmak mümkün değildir⁸⁶.

İşkence teşkil eden hareketler maddi ve manevi nitelik arz edebilir ve bunlar sıralanamayacak kadar çeşitlilik gösterir.

c- Zalimane Muamele

Zalimane muamele ise, acımasızca, gaddarca, zalimce hareketleri ifade eder⁸⁷. TCK. 243. maddede, zalimane muamelelerin (cruel) neler olduğu belirtilmemiş ve dolayısıyla hangi hareketlerin bu kapsamda değerlendirileceği hakimnin takdirine bırakılmıştır⁸⁸. Yargıtay 4.4.1983 tarihli bir kararında⁸⁹; “Zalimane muamelelerden maksat, mağdura yapılan maddi veya manevi ızdırap veri-

82 İnsan Hakları Mahkemesinin Tyrer/İngiltere ve Campbell et Cosans/İngiltere arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin kararları. Bkz: **Gölcüklü-Gözübüyük**, s.193; Örneğin, Titina Loizidou-Türkiye davasında Komisyon, 3. madde ihlalinin söz konusu olabilmesi için, muamelenin en azından “ciddi” olması gerektiğini belirtmiştir. “En azında ciddi olma” göreceli bir kavram olup, olaydan olaya değiştiği, yapılan muamelelerin niteliği, çerçevesine ve mağdurun özelliklerine bağlı olduğu açıktır. Bkz: **Akılloğlu, Tekin**, “Komisyonun Bir Kararı: Titina Loizidou-Türkiye”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C.: III, 1995/2, s. 27.

83 **Gölcüklü-Gözübüyük**, 1994, s. 194.

84 **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 37.

85 Yarg. CGK. 5.10.1987, 8/186-4234 (**Erdurak, Yılmaz Güngör**, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara, 1991, s. 396-398).

86 Aynı yönde bkz: **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 37; Karış görüş için bkz: **Savaş-Mollamahmutoglu**, s. 2216-2217. “Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 2.10.1971 gün ve 65/70 sayılı kararında da “Her çeşit müessir fiilin işkence sayılmasına cevaz yoktur. Zira işkence, mağdura yaptığı tesir, verdiği azap ve eziyet itibariyle adiyen müessir fiilden tamamen farklı ve daha vahim bir mahiyet taşımaktadır” denilmektedir ki, bu yorumun yasaya daha uygun olduğu kanaatindeyiz” (**Savaş-Mollamahmutoglu**, s. 2217).

87 *Büyük Larousse*, C.: 24, s. 12702.

88 **Gözübüyük**, TCK. Açıklaması, s. 246.

89 Yarg. CGK. 4.4.1983, 8-64/156 (**Savaş-Mollamahmutoglu**, s. 2220-2235).

ci her türlü muameleler”dir şeklinde bir tanım denemesi yapmış ve bu tanım doktrinde de benimsenmiştir⁹⁰.

Yargıtay’ın yaptığı tanımdan, işkence ve zalimane muamele arasındaki farkın ne olduğu anlaşılacaktır. Oysa maddede işkence ve zalimane muamele ayrı ayrı zikredildiğine göre, aralarında bir farkın bulunması gerekir⁹¹. Esasen zalimane muamelenin, işkenceyle eşdeğer nitelikte hareketlerden oluşmadığı BM. Sözleşmesinin 1. maddesinde yapılan ayırmadan anlaşılacaktır (karşılaştırınız: BM. Sözleşmesi m. 1 ve 16)⁹². Yargıtay’ın kararında, maddenin ya da manen acı veren her türlü hareket zalimane muamele olarak nitelenmiştir. Yine aynı kararda işkence, “bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici hareketler”in yapılması şeklinde tanımlanmış ve işkencedeki hareketlerin “eza verici” ağırlıkta olması gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre zalimane muamele ise, “eza verici” olmamakla birlikte, maddi ya da manevi acı veren her türlü harekettir. Kanımızca, zalimane muamele bu şekilde anlaşılır ise, bedene yönelik az ya da çok acı veren her türlü hareket 243. madde kapsamında cezalandırılabilir.

d- Gayriinsani Muamele

Gayriinsani (inhuman) muameleler, insani olmayan, insan kişiliğini önemli derecede zedeleyen⁹³, insanca olmayan, insana yakışmayan ve insanlıkla bağdaşmayan fiillerdir. Bunlar, kişinin insan olmasından kaynaklanan haklara saldırı niteliğindeki hareketler olarak da tanımlanmaktadır⁹⁴.

İnsan Hakları Komisyonu, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda-Yunanistan uyuşmazlığında, insanlık dışı muameleyi, belli bir durumda hukuka uygun olmayan (gayrimeşru) ve fiziki ya da zihni ağır acılara sebep olan kasıtlı hareketler şeklinde tanımlamıştır⁹⁵.

İşkence ve gayriinsani muamele arasında yoğunluk farkı söz konusudur. Buna göre, gayriinsani muameleler işkence seviyesine varmayan, ancak kişiye

⁹⁰ **Gözübüyük**, TCK. Açıklaması, s. 246; **Erman-Özek**, s. 237; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 531.

⁹¹ Karşı için bkz: **Savaş-Mollamahutoğlu**, s. 2213.

⁹² Belirtelim ki, BM. Sözleşmesinin aksine, İHAS. zalimane kavramına yer vermemiştir. Ancak bu boşluk, öğreti ve içtihat yoluyla doldurulmuş ve genel olarak “insanlık dışı muamele” teriminin bunu da kapsadığı kabul edilmiştir. bkz: **Gemalmaz, Mehmet Semih**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi*, 1. Basım, İstanbul, 1990, s. 58.

⁹³ **Gözübüyük**, TCK. Açıklaması, s. 246. Yarg. CGK. 4.4.1983, 8-64/156 (**Savaş-Mollamahutoğlu**, s. 2229-2235). “... İnceleme konumuzu teşkil eden olayda da; sanığın müdahili cürmünü söyletmek için raporunda açıklandığı gibi bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesi, “işkence” olarak mütalaa edilmese bile kuşkusuz “insani olmayan” ve “haysiyet kırıcı” muamele niteliğindedir.” Yarg. CGK. 5.10.1987, 8-186/423 (**Erdurak**, s. 396-398).

⁹⁴ **Nuhoğlu**, s. 566.

⁹⁵ **Spirakos**, s. 105; **Gemalmaz**, İşkencenin Önlenmesi, s. 85; **Weiß**, Schutz vor Folter, s. 74.

maddi veya manevi acı veren hareketlerden oluşmaktadır. Bir görüşe göre⁹⁶, İHAS. nin amacı göz önünde bulundurularak kişinin vücut dokunulmazlığına yönelik önemli müdahale teşkil eden bütün hareketler gayriinsani muamele kapsamında değerlendirilmelidir.

e- Haysiyet Kırıcı Muamele

Haysiyet kırıcı muameleler, kişinin itibarını, onur ve şerefini hedef alan hareketlerden oluşmaktadır. Kişiyi aşağılayan, değerinden ve niteliğinden daha aşağı seviyeye indiren, küçülten ve hor gören hareketler haysiyet kırıcıdır. Diğer bir deyişle, “insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değeri”⁹⁷ yıkan, inciten ve yok sayan hareketlerdir.

Yargıtay haysiyet kırıcı hareketleri, “bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğindeki fiiller” şeklinde tanımlamıştır⁹⁸. Erman-Özek’ e göre, “sırf manevi alanda kalan muameleler, küçültücü işler yapmaya, çıplak dolaşmaya, pislik içinde kalmaya yönelik zorlamalar hep bu tarife girer”⁹⁹. Yargıtay bazı kararlarında, elbiselerin çıkarılmasını, gözlerin bağlanmasını ve dayak atılmasını haysiyet kırıcı muamele olarak değerlendirmiştir¹⁰⁰. Başka bir olayda ise, bir hafta iş gücünden kalacak şekilde dövülme insanlık dışı ve haysiyet kırıcı bulunmuştur¹⁰¹.

İnsan Hakları Komisyonu Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda-Yunanistan Uyuşmazlığında aşağılayıcı muameleyi, “bireyi, diğer kişilerin önünde büyük ölçüde utanca boğan ya da onu kendi arzu yahut iradesine aykırı davranmaya yönlendiren eylemler” şeklinde tanımlamıştır. Komisyona göre, kişiye yönelik küçültücü dil kullanılması ya da onun çıplak bırakılması aşağılayıcı muamele örnekleridir. Komisyon, aşağılayıcı muameleyi belirlerken kişinin toplumsal konumunu dikkate almıştır. Buna göre, bir hareket eğer ilgilinin çevresinde, durumunda veya karakterinde, onu kendi gözünde veya başkalarının gözünde küçük düşürüyorsa, bu aşağılayıcı muameledir¹⁰².

⁹⁶ Spirakos, s. 120.

⁹⁷ AMK. 28.6.1966, E. 1963/132, K. 1966/29 (AMKD. S. 4, s. 187).

⁹⁸ Yarg. CGK. 4.4.1983, 8/64-156 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 2229-2235).

⁹⁹ Erman-Özek, s. 238.

¹⁰⁰ Yarg. CGK. 22.3.1976, 100/133 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 2235-2236); Yarg. 8. CD. 27.9.1989, 5123/6914 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 2237).

¹⁰¹ Yarg. CGK. 5.10.1987, 8-186/423 (Erdurak, s. 396-398).

¹⁰² Gemalmaz, İşkencenin Önlenmesi, s. 86-87; Villiger, Mark E., *Handbuch Der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, Zurich, 1993, s. 174-175; Centel, Centel, Nur, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD.)*, C.: IV, 2000/1-2, s. 9.

Mahkeme İrlanda-İngiltere kararında, işkence, gayriinsani ve aşağılayıcı muamele kavramlarına ilişkin tanımlarında, ilke olarak verilen acının yoğunluğunu dikkate almıştır. Buna göre, aşağılayıcı muamele ve ceza, İHAS. 3. madde anlamında ihlallerin en hafif basamağını oluşturmaktadır¹⁰³.

Doğu Afrikalı Asyalılar-İngiltere davasında, haysiyet kırıcı muamele yaşımanın amacını, genel olarak insan onuruna yönelen, özellikle ciddi içerikli müdahalelerin önlenmesi olarak belirleyen İnsan Hakları Komisyonu, bir kişiyi rütbe, konum ve şöhret açılarından daha alt düzeye düşüren edimleri veya bir kişiyi grup içerisinde ırk temelinde farklı muameleye tabi tutan uygulamaları aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirmiştir¹⁰⁴.

f- TCK. m. 243 ve CMUK. m. 135a İlişkisi

CMUK.'na 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla eklenen m. 135a ile sanığın özgür iradesini ve haklarını ihlal sorgu yöntemleri yasaklanmış ve örnek kabildinden kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçları uygulama ve kanuna aykırı vaatte bulunma gibi yöntemler gösterilmiştir¹⁰⁵.

TCK. m. 243'ü ihlal eden her hareketin CMUK. m. 135'a anlamında yasak sorgu yöntemi olduğu şüphesizdir. Buna karşın, CMUK. m. 135a kapsamına giren her hareketin 243. madde kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise problemlidir. TCK. 243. maddeyle, işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleler cezalandırılmaktadır. CMUK. m. 135'a ve TCK. m. 243 karşılaştırıldığında, sadece işkence kavramının çakıştığı görülmektedir. Bu nedenle, 135a anlamında yasak sorgu yöntemi olan hangi hareketlerin 243. maddeye göre cezalandırılacağı belirlenmesi gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, 243. maddeyle sadece işkencenin cezalandırılmadığı, bunun yanı sıra zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamelelerin de cezalandırıldığıdır. Bu nedenle, TCK. m. 243 ve CMUK. m. 135a'yı karşılaştırırken, 243. maddedeki suçun maddi unsuru sadece işkenceymiş gibi hareket edilmemelidir. Diğer ifadeyle, CMUK. m. 135a'yı ihlal ettiği saptanan bir hareketle, TCK. m. 243'ün de ihlal edilip edilmediği belirlenirken, söz konusu hareketin işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele teşkil edip etmediği araştırılmalıdır. Zira, işkence olarak niteleneme-

¹⁰³ Frowein, Jochen Abr.,-Peukert, Wolfgang. *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 2. Auflage, Kehl, Strassburg, Arlington, Engel, 1996, s. 45; Gemalmaz, İşkencenin Önlenmesi, s. 92.

¹⁰⁴ Gemalmaz, İşkencenin Önlenmesi, s. 97.

¹⁰⁵ Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa R. -Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2000, kn: 586 vd.; Koca, Koca, Mahmut, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Değerlendirme Yasağı", *AÜEHFD.*, C.: IV, 2000/1-2, s. 125.

yecek, bu ağırlığa ulaşmamış bir hareket zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele teşkil edebilir.

Buna göre, bir hareket işkencede varlığı aranan ağırlık eşiğine ulaşmamış ise, bunun zalimane muamele; zalimane muamele olarak nitelendirilemiyorsa, gayriinsani muamele veya haysiyet kırıcı muamele teşkil edebileceği düşünülmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında da, bir hareketin işkence olduğu tespit edildikten sonra, diğer unsurlara aykırılık olup olmadığının incelenmesine gerek görülmemektedir¹⁰⁶. Şu halde, bir hareketin işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele olup olmadığı değerlendirilirken ağırdan hafife doğru her bir unsurun ihlal edilip edilmediği araştırılmalı ve işkence teşkil etmeyen bir hareketin, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele olabileceği göz önünde tutulmalıdır.

CMUK. m. 135a'da sayılan yöntemlerden biri olan işkence, 243. maddenin ihdasının temel nedenidir. Sanığı konuşturmaya yönelik kötü davranma, bedensel cebir ve şiddet uygulaması ise, hareketlerin uygulanış tarzına göre işkence, zalimane, insanlık dışı veya haysiyet kırıcı muamele teşkil edebilir. Uygulamamız görüşü aksi yönde olsa da¹⁰⁷, kanaatimizce ikrar ve bilgi elde etmek saikiyle veya 243. maddede belirtilen diğer saiklerle yapılan bedene yönelik her türlü hareket işkence suçu kapsamında cezalandırılmalıdır.

g-Suçun Netice Bakımından Özellikleri ve Tamamlanma Anı

İşkence suçunun tamamlanabilmesi için, failin mağdura suçunu itiraf ettirme veya madde belirtilen diğer saiklerle işkence ve benzeri kötü muameleleri yapması yeterli olup, failin bu amaca ulaşması şart değildir¹⁰⁸.

İşkence seçimlik hareketli bir suç olup, işkence veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele ika edilerek işlenebilir. Seçimlik hareketlerin en ağırını oluşturan işkencede fiziki veya manevi ağır acı ve ızdırap veren hareketlerin süreklilik arzeder şekilde icrası söz konusudur. Bu nedenle 243. maddedeki suç işkence etmek suretiyle işlendiği takdirde mütemadi bir suçtur¹⁰⁹. Buna karşın, zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerle suç işlenmişse, bu hareketler süreklilik arzetmesi gerekmediğinden, yani zalim-

¹⁰⁶ Örneğin, Aksoy-Türkiye davasında Mahkeme, davacının iddialarını değerlendirip, işkence yapıldığı sonucuna ulaşmış ve varılan bu sonucun ağırlığı nedeniyle, başvurucunun diğer kötü muamele şikayetlerini inceleme konusu yapmamıştır. Bkz: *İnsan Hakları Kararları Derlemesi (İHKAD.)*, İstanbul Barosu Yayınları (İBD.), C.: II, 1998, s. 250.

¹⁰⁷ Yarg. 8. CD. 20.12.1995, 14569/17658; Yarg. 8. CD. 29.6.1995, 9314/10352 (Malkoç-Güler, C.: II, s. 1842).

¹⁰⁸ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 44.

¹⁰⁹ Bkz: Özgenç-Şahin, s. 134; Yarg. CGK. 15.6.1999, 8-109/164 (YKD. Ağustos 1999, s. 1121 vd.).

mane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı bir hareketin icrasıyla suç tamamlanacağından ani suç niteliği taşır.

TCK. 243. maddede, "... işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur..." denilerek failin cezalandırılabilmesi için işkence etmesi veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleyi ika etmesi, hukuki yararı zarara uğratması arandığından işkence zarar suçudur.

3- Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK. 243. maddede, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak bu suç açısından "mağdurun rızası" ve "yetkili merciin emrini ifa" hukuka uygunluk nedenlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

a- Yetkili Amirin Emrini İfa

TCK. m. 49/1'e göre, aslında suç teşkil eden bir takım fiilleri yetkili merciin emriyle yerine getiren hukuka uygunluk sebebinden faydalanır (örneğin, CMUK. m. 106/1'e göre hakimın tutuklama emrini yerine getiren kimse)¹¹⁰. Ancak kanunun bu hükmü, Anayasamızın 137/II. maddesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, "*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz*". Şu halde amirin emrini ifa, hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte, eğer ifası istenen emrin konusu suç teşkil ediyorsa, bu emri yerine getiren hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz ve işlemiş olduğu suçun cezasıyla cezalandırılır¹¹¹.

İşkence ve benzeri kötü muamele Anayasamızın 17. maddesinin III. fıkrasında yasaklanmış, bu yasak aynı zamanda TCK. m. 243 ile cezaı yaptırma bağlanarak pekiştirilmiştir. İşkence, jenosit ve savaş suçları gibi insanlığa karşı bir suçtur. Bu nedenle, işkence ve benzeri kötü muamele yapılması hususunda amir tarafından verilen emri yerine getiren için hukuka uygunluk nedeni oluşurmaz; gerek emri veren, gerekse fiili irtikap eden fail cezalandırılır¹¹².

b- Mağdurun Rızası

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği durumlar, kural olarak, tasarrufu kişinin şahsına bırakılmış haklara ilişkin olanlardır.

¹¹⁰ Artuk, Suç Genel Teorisi, s. 209; İçel, Kayıhan-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih. S.-Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 1. Bası, İstanbul, 1999, s. 128; Günal, H. Yılmaz, Yetkili Merciiin Emrini İfa, Ankara, 1967, s. 1-3; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1998, s. 400.

¹¹¹ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 400.

¹¹² Demirbaş, İşkence Suçu, s. 41; Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.: III, Ankara, 1985, s. 425 vd.; Ambos, Kai, "Zur strafbefreienden Wirkung des "Handelns auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht" JR., 1998/6, s. 221 vd.

Kişilerin hangi haklar üzerinde tasarrufta bulunabileceği ise, bütün hukuk düzeni göz önüne alınarak belirlenir. Kamusal nitelikte olan, devletin ve toplumun yararını ilgilendiren sahalarda, bireyin rızası etkisizdir¹¹³.

TCK. m. 243, devlet idaresi aleyhine cürümler kısmında yer almakta ve bu suçla devlet idaresi, adliye, adil yargılanma hakkı, susma hakkı ve vücut dokunulmazlığı gibi hukuki yararlar bir arada korunmaktadır. Bu yararlardan, vücut dokunulmazlığı ve susma hakkı dışındakiler kişinin tasarruf yetkisinin bulunmadığı alanlara ilişkin olup mağdurun rızası işkence ve benzeri kötü muameleleri hukuka uygun hale getirmez¹¹⁴.

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, konusunun kanuna, ahlâka ve adaba aykırı olmaması gerekir (MK. m. 23/II). İşkence ve benzeri kötü muameleler, kişi bütünlüğünü, dokunulmazlığını ve insan onurunu ihlal etmektedir. Bu nedenle, kişilik haklarından feragati ifade eden, ahlaka ve adaba aykırı olan bu tür hareketlerin uygulanmasına rıza gösterilmesi hukuken geçersizdir¹¹⁵.

4- Manevi Unsur

İşkence suçunun manevi unsuru kasttır. Taksirle bu suç işlenemez. Suçun gerçekleşebilmesi için, failin, işkence, zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele yaptığını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir. Ancak TCK. m. 243'te failin, "bir kimseye cürümlerini söyletmek", mağdurun, şahsi davacının, müdahilin ve tanığın "olayları bildirmesini engellemek", "şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek" veya "şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle" yahut "diğer herhangi bir sebeple" işkence ve benzeri kötü muamelelerde bulunması aranmaktadır. Bu nedenle, suçun oluşabilmesi için genel kastın yanı sıra özel kast da bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, fail hareketleri belli saiklerle gerçekleştirmelidir¹¹⁶.

Maddede geçen "*Bir kimseye cürümleri söyletmek...*" ibaresini "bir kimseye suçlarını söyletmek" şeklinde anlamak gerekir¹¹⁷.

¹¹³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 153; İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 188; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 391; Dönmezer-Erman, C.: II, s. 74 vd.

¹¹⁴ İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 195.

¹¹⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 154; Erman-Özek, s. 238.

¹¹⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 534; Erman-Özek, s. 238; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 41; Önder, Özel Hükümler, s. 222; Malkoç, s. 505; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 556. Yarg. CGK. 5.10.1987, 8-186/423 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 2229).

¹¹⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 534; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 31, 44; Tezcan-Erdem, s. 197-198; Malkoç, s. 502; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tabiki Ceza Hukuku, C.: I, 11. Bası, İstanbul, 1994, s. 454; Erman-Özek, s. 238.

F- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1- Teşebbüs

İşkence suçunun tamamlanabilmesi için, maddede gösterilen işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerden birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Buna göre, failin bir kimseye suçunu ikrar ettirmek, mağdura, şahsi davacıya, müdahile veya bir tanığa olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek amacıyla veya olayları bildirdiği, şikayet ve ihbarda bulunduğu ya da tanıklık yaptığı işkence ve benzeri kötü muamelelerden oluşan seçimlik hareketlerden birinin icrasıyla suç tamamlanır. Bu nedenle işkence, neticesi harekete bitişik (şekli) bir suçtur.

Neticesi harekete bitişik suçlarda, ihlali belirten hareketin yapılmasıyla suç tamamlandığından, bu tür suçlarda tam teşebbüs mümkün değildir. Bu nedenle, ihlali oluşturan işkence ve benzeri kötü muamelelerden birinin icrasıyla suç tamamlandığından işkence suçunda da tam teşebbüs mümkün değildir. İşkencede, tam teşebbüs mümkün değilse de, işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele teşkil eden icrai hareketlerin çeşitlilik ve devamlılık göstermesi nedeniyle kısımlara bölünebildiği durumlarda eksik teşebbüs söz konusu olabilir¹¹⁸.

2- İştirak

İşkence suçu çok failli değil bireysel bir suçtur. Başka bir anlatımla, suç tek fail tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişinin iştiraki ile de (TCK. m. 64-67) icra edilebilir.

İşkence mahsus bir suçtur ve ancak kovuşturmaya yetkili memurlar tarafından işlenebilir¹¹⁹. Bu nedenle, memur sıfatı taşımayan sivil bir kişinin veya memur sıfatı taşımakla birlikte, kovuşturma yetkisi bulunmayan memurların işkence suçuna iştirak edip edemeyecekleri sorununun halledilmesi gerekmektedir.

Memurlar tarafından işlenebilen bir suçta katılan sivil kişilerin sorumluluğunun tayininde, TCK. m. 66'nın delaletiyle, suçuna iştirak ettiği kişinin memurluk sıfatını bilip bilmediğine bakmak gerekmektedir. Memurluk sıfatını taşımayan kişi fiiline katıldığı kişinin memur olduğunu biliyor ise, memurun işlediği suçtan katkısının niteliğine göre sorumlu tutulmalıdır. Buna göre; memurluk sıfatını taşımayan kişi memurlar tarafından işlenebilen mahsus suçun fiili irtikap edeni olamaz ise de, doğrudan doğruya beraber işleyeni, asli manevi şeriki veya maddi ve manevi fer'i şeriki olabilir. Eğer memurun bu sıfatını bil-

¹¹⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 535; Tezcan-Erdem, s. 198; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 44; Dönmezer-Erman, C.: I, s. 454 vd.

¹¹⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 535.

miyor ise, memurun işlediği suçtan sorumlu tutulmaz, sadece işlenmesini istediği suçtan sorumlu olur¹²⁰.

İşkencenin, amirin emriyle yapılması da mümkündür. Bu durumda, konusu suç teşkil eden hukuka aykırı bir emir söz konusu olacağından, emri veren amir azmettiren sıfatıyla cezalandırılacaktır¹²¹. Örneğin, gözaltına alınan kişinin konuşmadığını söyleyen memurlara, işkence uygulamalarını emreden amir azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.

3- İçtima

a- Görünüşte İçtima (TCK. m. 78)

Ölüm (TCK. m. 452) veya ağırlaşmış müessir fiille (TCK. m. 456) sonuçlanan işkence uygulaması 243. maddenin II. fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle mürekkep suç (bileşik suç) söz konusudur¹²².

Ayrıca TCK. m. 243 ile 228., 240. ve 245. maddeler arasındaki ilişkiyi de görünüşte içtima kuralları çerçevesinde halletmek gerekmektedir. Çünkü, 243. maddedeki suçun, diğerlerine göre özel nitelikleri vardır¹²³. Bu durumda, özel normun önceliği ilkesi gereği sadece 243. madde uygulanır¹²⁴.

b- Fikri İçtima (TCK. m. 79)

TCK. 79. maddeye göre, bir fiil ile kanunun çeşitli hükümlerini ihlal eden kimseye, bu fiillerden cezası fazla olanın uygulanmasıyla iktifa edilecektir¹²⁵. Buna göre, işkence manevi cebirle yapılıyorsa TCK. m. 243 ile m. 188 arasında fikri içtima söz konusu olabilir¹²⁶.

İşkencenin, hakaret veya sövme teşkil eden hareketlerle yapılması halinde de aynı durum söz konusudur¹²⁷. Zira hakaret veya sövme fiilleri, Ceza kanununun 480 ve devam eden maddelerinde cezalandırılmıştır. 243. maddedeki

¹²⁰ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 526; Dönmezer-Erman, C.: II, s. 486 vd.; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 1994, s. 183 vd.

¹²¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 535.

¹²² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 542; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 45; Erman-Özek, s. 240.

¹²³ Görünüşte içtimanın gerçekleşme şekillerinden biri olan “özel normun önceliği ilkesi” hakkında geniş bilgi için bkz: İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 461 vd.; İçel, Kayıhan, *Suçların İçtimaları*, İstanbul, 1972, s. 183 vd.

¹²⁴ Tezcan-Erdem, s. 200; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 23-24. Demirbaş’a göre buradaki ilişki, asli-tali norm ilişkisidir. Bkz: Demirbaş, İşkence Suçu, s. 46. Asli-tali norm ilişkisi için bkz: İçel, Suçların İçtimaları, s. 209 vd.

¹²⁵ Fikri içtima için ayrıntılı bilgi için bkz: İçel, Suçların İçtimaları, s. 57 vd.

¹²⁶ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 45; Tezcan-Erdem, s. 200.

¹²⁷ Tezcan-Erdem, s. 200.

saiklerle, bir kişiye hakaret ederek veya söverek işkence ve benzeri kötü muameleleri yapan memur, 79. maddenin deyimiyle bir fiil ile kanunun farklı hükümlerini aynı anda ihlal etmiş olmaktadır. Burada da, memur işkence suçu için öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır.

c- Müteselsil Suç

İşkence suçunun, TCK. m. 80'de belirtilen ilişki çerçevesinde gerçekleşmesi de mümkündür. Bu çerçevede, failin 243. maddeyi, aynı veya değişik mağdurlara karşı aynı suç işleme kararıyla birkaç kez ihlal etmesi durumunda müteselsil suç söz konusu olur¹²⁸. Ancak, TCK. m. 80'de çeşitli ihlallerden söz edilmiştir. Bu nedenle, başlı başına suç teşkil etmeyen ve aynı suçu meydana getiren hareketler birden fazla olsa da müteselsil suç oluşmaz¹²⁹. Buna göre, aynı yer ve zamanda bir kişiye karşı suçunu itiraf ettirmek amacıyla işkence niteliğinde birden fazla hareket yapılmış olsa dahi, bunlar aynı suçun icra hareketlerini oluşturduğundan müteselsil suçtan bahsedilemez¹³⁰.

Failin, bir kişiye suçunu itiraf ettirmek için veya maddede öngörülen diğer nedenlerle, değişik günlerde işkence yapması halinde, eğer hareketler aynı suç işleme kararına dayanıyorsa, TCK. 243. maddeyi ihlal eden her fiil bağımsız bir suç olmasına rağmen, TCK. 80. madde gereğince tek suç sayılacak ve failin sorumluluğu tek fiil üzerinden tayin edilip, ceza altında bir oranında artırılacaktır¹³¹.

G- Yaptırım Ve Kovuşturma Usulü

1- Yaptırım

TCK. m. 243/I'e göre, işkence suçunun cezası 8 yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden yasaklılıktır. Burada cezanın alt sınırı bir senedir (m. 13/II). Bilindiği gibi, işkence, işkence ederek veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerde bulunarak işlenebilen seçimlik hareketli bir suçtur ve en ağır ihlali işkence oluşturur. Bunu sırasıyla zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele izler. Bu nedenle maddede "sekiz yıla kadar ağır hapis cezası"nın öngörülmüş olması, ihlalin ağırlığına göre ceza tayinini mümkün kıldığından yerindedir.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan ağırlaştırıcı nedene göre; fiil sonucu ölüm gerçekleşmiş ise 452. maddeye göre belirlenecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılarak hükmedilecektir. Ancak madde 243/II. fıkranın m. 452. madde-

¹²⁸ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 46.

¹²⁹ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 395-396; Sancar, s. 64-66.

¹³⁰ Tezcan-Erdem, s. 199.

¹³¹ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 47; Tezcan-Erdem, s. 199.

ye yaptığı atıf 452. maddede söz konusu olan üç ihtimalden 448. maddedeki halin gerçekleşmesini ifade eder (bkz: Yarg. CGK. 4.4.1983 tarih ve 8-64/156 sayılı Kararı). Bu nedenle, m. 452/I'e göre sekiz yıldan aşağı olmamak üzere belirlenecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktır.

İşkence ve benzeri kötü muameleler sonucunda m. 456'daki durumlar gerçekleşmiş ise, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılarak uygulanacaktır. Ancak, 243. maddede 4449 sayılı kanunla yapılan değişiklikle suçun basit şeklinin cezası 8 yıla kadar ağır hapse çıkarılırken, suçun nitelikli şeklini düzenleyen II. fıkraya hiç dokunulmadığından, cezalar arasında oransızlık meydana gelmiştir.

Ayrıca fail hakkında geçici veya sürekli kamu hizmetlerinden yasaklık cezası da uygulanacaktır. Kamu hizmetlerinden yasaklılık maddede hapis cezasının yanı sıra zikredildiğinden ayrıca TCK. m. 31 çerçevesinde kanuni netice olarak eklenmez.

2- Kovuşturma Usulü

Anayasanın 129. maddesinde, suç işleyen memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kanunda öngörülen istisnalar dışında kanunun gösterdiği idari merciiden izin almak zorunluluğu vardır. Bu hususta 2.12.1999 tarih 4483 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"da memurlar ve diğer kamu görevlileri, görevleri sebebiyle işledikleri (m. 2) suçlar nedeniyle 4483 sayılı kanunun 3. maddesinde belirtilen yetkili merciin izniyle kovuşturulabilecektir¹³².

Bu kural kanunun 2. maddesinin II. fıkrasında işaret edilen hallerde uygulanmayacaktır. Burada, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olanlarla, çeşitli kanunlardaki soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bu çerçevede, örneğin Silahlı Kuvvetler mensupları, hakimler ve savcılar, yüksek öğretim elamanları hakkında bu kanun hükümleri değil, özel kanunlardaki hükümler uygulanacaktır.

İşkence, kovuşturmaya yetkili memurlar tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle, işkence suçunu işleyen memurlar hakkında hazırlık soruşturması yapılabilmesi için de "soruşturma izni" almak gerekmektedir¹³³. Ancak bu suçta kovuşturma usulü, fail memurun konumuna (örneğin fail hakim, savcı veya emniyet amir olması), suçun görev sırasında işlenip işlenmemesine (CMUK. m. 154/IV) ve suçüstü halinin varlığına göre (4483 sayılı Kanunun m. 2/III) değişmektedir.

¹³² Zafer, Hamide, "4483 Sayılı ve 2.12.1999 Tarihli "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Değerlendirilmesi", *İBD.*, C.: 74, 2000/10-11-12, s. 983; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 543.

¹³³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 543.

Öncelikle belirtelim ki, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 2. maddesinin III. fıkrasına göre, “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir”. Bu çerçevede, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerde 4483 sayılı Kanunun öngördüğü izin sistemi uygulanmayacak, yani Cumhuriyet Savcısı izin almaksızın hazırlık soruşturmasını tamamlayacak ve kovuşturma işlemlerini yapabilecektir¹³⁴.

İşkence suçu, TCK.nun 102. maddesinin I/3. bendine göre, on yıllık bir dava zamanaşımı süresine tabidir. 4449 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce bu süre beş yıldır¹³⁵.

SONUÇ

İşkence, hukukumuzda Batı tarihinde olduğu şekliyle uygulama alanı bulmamış ise de, yaklaşık iki yüzyıldır sürekli gündemdedir. Bu nedenle, gerek Tanzimat Fermanında gerekse Islahat Fermanında işkenceyi önlemeye yönelik tedbirlerin alınacağı sözü verilmiştir. Aynı şekilde işkence 1876 tarihli Kanun-i Esaside ve sonraki anayasalarla da yasaklanmıştır. İşkenceciler ilk olarak 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Humayununun 103. maddesiyle cezalandırılmıştır.

Söz konusu 103. madde, 1926 tarihli TCK.’nun 243. maddesinin kaynağını oluşturmaktadır. Madde ilki 1961 tarih 235 sayılı Kanunla, diğeri 1999 tarih 4449 sayılı Kanunla olmak üzere iki kez değişikliğe uğramıştır.

İşkence suçu, benzeri suçlardan gerek fail ve mağdur, gerek maddi unsur, gerekse manevi unsur bakımından farklılık arz etmektedir. Zira, işkence suçu tahkikata yetkili bir memur tarafından bir kimseye suçlarını söylettirmek veya kanunda öngörülen diğer saiklerle işlenmektedir.

İşkence kanunda her ne kadar “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar” kısmında düzenlenmişse de, bu suçla sadece “kamu idaresine ait bir yarar” korunmamaktadır. Zira, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerle, vatandaşın devlet idaresine olan güveni sarsıldıktan başka; mağdurların ruh ve beden sağlığı, yaşama hakkı olumsuz etkilenmekte ve yine adaletin yanlış tecelli etmesine neden olunmaktadır. Şu halde TCK. 243. maddeyle kamu idaresi, kişinin vücut tamlığı-kişisel özgürlükleri, irade ve ifade özgürlüğü, adliye ile adil yargılanma hakkı birlikte korunmakta ve bu nedenle, TCK. m. 243’le korunan hukuki yarar karma bir nitelik göstermektedir.

Suçun faili 243. maddede “memur veya diğer kamu görevlileri” şeklinde gösterilmiştir. Kamu görevlisi ve memur ibareleri ceza hukukunda teknik olarak

¹³⁴ Zafer, s. 995.

¹³⁵ Yarg. CGK. 21.11.1994, 8-273/293 (YKD. C. 21 1995/3, s. 470 vd.).

aynı anlama gelmektedir. Bu nedenle, memur veya kamu görevlisi ibarelerinden biri maddeden çıkarılmalıdır.

TCK. 243. maddenin değişiklikten önceki halinde, bu suçun mağduru sadece “maznun” (sanık) olarak gösterilmiş ve bir zaman uygulamada hakkında kamu davası açılmamış şüphelilere yönelik işkence fiilleri TCK. 245. madde kapsamında cezalandırılmıştı. Bu nedenle, 4449 sayılı Kanunla değişik 243. maddede “maznun” ibaresi yerine “bir kimseye” ifadesinin kullanılması kanaatimizce yerinde olmuştur. Buna göre, hakkında dava açılın veya açılmasın suçları hakkında bilgi almak için işkenceye tabi tutulan kişi (şüpheli veya sanık) suçun mağdurudur.

Yeni düzenlemede suçun mağduru, suçlarını söylettirmek için işkence ve benzeri kötü muamelelere tabi tutulan bir kimseye sınırlanmamıştır. Buna göre, olayları bildirmek veya şikayet etmek isteyen başka bir suçun mağduru, tanık, müdahil ve şahsi davacı da işkence suçunun mağdurları arasında sokulmuştur. Bilirkişi, tercüman ve avukatların mağdurlar arasında yer almaması ise eleştiriye açıktır. Ancak maddede geçen “diğer herhangi bir sebeple” ibaresi için yapılacak yorumla, bilirkişi ve avukatlara icra ettikleri görev nedeniyle uygulanan işkence ve benzeri kötü muameleler bu maddeye göre cezalandırılabilir.

Suçun maddi unsuru, işkence etmek veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerde bulunmaktan ibarettir. Bu nedenle, işkence seçimlik hareketli bir suçtur. Buna göre, işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerden birinin yapılmasıyla suç tamamlanacaktır. Bu nedenle, Yargıtay’ın işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleleri bir bütün olarak değerlendiren kararlarına katılmak mümkün değildir (Örn: YCGK. 22.3.1976 8-100/133). Zira işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleler arasında, yoğunluk ve nicelik farkı söz konusu olup burada en ağır ihlali işkence oluşturmaktadır. Zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele ihlalin yoğunluğunda sırasıyla işkenceyi izlemektedir. Buna göre, işkence teşkil eden bir hareket aynı zamanda zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameledir; fakat her zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı muamele işkence değildir. Bu nedenle somut olayda, uygulanan hareketler işkencede varlığı aranan yoğunluğa ulaşmamış ise, bunların zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır.

Ayrıca insan hakları ihlallerinin önüne geçebilmek için, TCK. 243. maddede CMUK. m. 135a’nın bire bir yaptırımı haline getirilmelidir. Burada özellikle, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele kavramlarına işlev kazandırılmalıdır. Eğer TCK. m. 243, CMUK. 135a’da sözü edilen işkence dışındaki sanık hakları ihlalleri için ağır bir yaptırım olarak görülüyorsa, Yeni İspanyol Ceza Kanununun-

da olduğu gibi (m. 463 vd.)¹³⁶ bu tür ihlalleri cezalandıran yeni hükümler ihdas edilmelidir.

İşkence suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak, işkence ve benzeri kötü muamelelerin bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları aktarmasını engellemek veya şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklı etmesi sebebiyle uygulanması arandığından özel kast da gereklidir.

İşkence ve benzeri kötü muameleler için “sekiz yıla kadar ağır hapis veya sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası” öngörülmüştür. Cezanın üst sınırı açısından herhangi bir sorun yok ise de, maddede alt sınırın belirtilmemesi yerinde olmamıştır. Zira, alt sınırın genel hükümler çerçevesinde belirleneceği bu durumda, TCK. 13. maddesine göre bir senelik bir ceza verilebilmenin yolu açılmış olmaktadır. Kanımızca, işkence ve benzeri kötü muamelelerin ihlal ettiği hakkın niteliği ve önemine uygun olacak bir alt sınır belirlenmelidir. Yine işkence ve benzeri kötü muamelelerden mahkum olmak, kamu hizmetlerinden geçici değil, sürekli bir mahrumiyeti getirilmelidir.

TCK. 243. maddenin II. fıkrası, I. fıkranın 4449 sayılı kanunla değiştirilmesiyle adeta işlevsiz kalmıştır. Zira ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenen bu fıkra, uygulanan fiil sonucunda ölüm meydana gelmesi halinde 452. maddeye, ölüm dışındaki ağır sonuçların gerçekleşmesi durumunda ise 456. maddeye atf yapmaktadır. Bu durumda, işkence fiili ölümle sonuçlanmışsa, fail hakkında 452. maddeye göre sekiz yıldan aşağı olmamak üzere bir ceza belirlenecek ve bu ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktır. Burada suçun ağırlığı ve ceza arasında bulunması gereken orantı açısından yetersizlik karşımıza çıkmaktadır. Zira, 243. maddenin I. fıkrasındaki cezanın üst sınırı da sekiz yıldır.

Aynı durum, 456. maddeye yapılan atf için de geçerlidir. İşkence sonucunda, müessir fiil niteliğindeki ağır sonuçlar ortaya çıkmışsa 456. maddeye göre tertip edilecek cezanın üçte bir yarıya kadar artırılması öngörülmüştür. Ancak, 456. maddenin sadece III. fıkrasındaki cezanın üst sınırı, 243. maddenin I. fıkrasındaki üst sınırdan fazladır.

Kanaatimizce, bu çelişkinin ve orantısızlığın giderilebilmesi için, 243. maddenin II. fıkrası, uygulanan işkence sonunda ölüm vukua gelmesi veya bunun dışında müessir fiil niteliğindeki ağır sonuçlar oluşması durumuna özgü cezalar konularak yeniden düzenlenmelidir. Başka bir deyişle, söz konusu II. fıkra, diğer maddelere atf yapan değil, ağır sonuçlar için özel cezalar öngören bağımsız fıkra haline getirilmelidir.

¹³⁶ **Özek, Çetin**, “Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, *İÜHFİM*, Prof. Dr. Türkân Rado’ya Armağan, C.: LV, 1997/3, s. 32, dph: 44.