

^HTÜRK CEZA KANUNU'NDA İŞKENCE SUÇU*

Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK**

GİRİŞ

İnsanı insan yapan birçok değeri hiçe sayıp, onu obje konumuna düşüren işkence, bireyi kendi gözünde değersiz ve kişiliksiz kılan, ona aşağılanmışlık hissi veren, tanımlara sığmayan bir muameledir. Şüpheli veya sanıktan delile ulaşan sistemlerin vazgeçilmezi haline gelen bu muamele, başkalarının haklarını göz ardı etmek uğruna her şeyin kolayına kaçan insanoğlunun en büyük icatlarından biridir.

İşkenceyi icat eden insanoğlu, onunla başa çıkmak için de gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde mücadelesini sürdürmektedir. Bizim hukukumuzda da, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinde; daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde işkence suçu düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK m. 243'te düzenlenen işkence suçu sınırlı bir alanda uygulanabilir olması (dar anlamda işkence suçu) eleştiri konusu olmaktayken, TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçu ise tam tersine geniş kapsamlı olarak düzenlendiği için eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin başında gelenler ise suç tipinde ağırlık kıstası, belirli bir saikle hareket etmenin suçun oluşması bakımından önem taşımaması ve davranışın sistematik olması unsurundan gerekçede söz edilmiş olmasıdır.

Çalışmamızın amacı, kapsamının genişliği konusunda eleştiri alan işkence suçunun düzenleniş şeklinin irdelenmesidir. Bu çerçevede asıl üzerine eğilmek istediğimiz hususlar, işkence suçunun oluşması bakımından

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Katkılarını eksik etmeyen, dostum *Cihan ÇELEBİ*'ye teşekkürlerimle.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

davranışın belirli bir ağırlığa ulaşmasının aranıp aranmayacağı, davranışın sürekli ve sistematik olmasının gerekip gerekmediği ile belirli bir saikle hareket etme zorunluluğuna son verilmesinin sorun yaratıp yaratmayacağı noktasında toplanmaktadır. Konu ele alınırken, yine kapsamının dar olması nedeniyle eleştirilen 765 sayılı TCK m. 243'teki işkence suçuyla da karşılaştırma yapılacaktır. Nitekim, TCK m. 94'teki düzenlemeye yöneltilen birtakım eleştiriler, 765 sayılı TCK m. 243'teki düzenlemeden hareketle yapılmaktadır. Bunun dışında AİHM uygulamalarına ve Uluslararası düzenlemelere zorunlu olduğu ölçüde değinilecektir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki haliyle, işkence suçunun hareket unsurunu: kamu görevlisinin herhangi bir kimseye insan onuruyla bağdaşmayan ve bu kimsenin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama yeteneğinin veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açacak davranışları oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere TCK m. 94'te insan onuru odaklı bir işkence suçu tipine yer verilmiştir.

I. İŞKENCENİN TANIMI

İşkence, kelime anlamı olarak, bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet olarak tanımlanmaktadır¹. Hukuki olmaktan ziyade duygusal ve ahlaki bir nitelik taşıyan işkencenin genel anlamdaki bu tanımı, kime hangi sebepte olursa olsun kuvvetli acı ve ıstırap vermeyi ifade etmektedir².

Hukuki bir kavram olarak ele alındığında işkence, pozitif hukuktaki düzenlemelerden ve daha ziyade failin sıfatından, saikinden veya işkence yasağıyla korunmak istenen hukuki değerden hareketle çeşitli şekillerde tanımlanabilmektedir³. Bu nedenle işkence suçunun hangi unsurları barındırdığı ve buna bağlı olarak nasıl tanımlanacağı karmaşık bir sorun arz etmekte ve işkencenin standart bir tanımını yapmak mümkün olamamaktadır⁴.

¹ <http://www.tdk.gov.tr>, (03.03.2011).

² Spiros, Dimitris, Folter Als Problem des Strafrechts, Farnfurt/Bern- New York-Paris 1990, s. 14 (Aktaran: Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 2003, s. 3); Ayrıca bkz. www.definitions.net, (03.03.2011).

³ Üzülmöz, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2, S: 2, 2005; Üzülmöz, İşkence Suçu, s. 3.

⁴ Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 29.

Nitekim gerek ulusal, gerekse de uluslararası metinlerde işkence konusunda ortak bir anlayışı temsil eden herhangi bir tanıma rastlanmamaktadır⁵.

1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı 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 gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir.*” şeklinde tanımlanmıştır⁶. Türk Hukuk Lügati'ndeki tanımıyla, işkence herhangi bir maksatla birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya sanıklara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara eza ve cefa çektirmektir⁷. TCK'nın 94. maddesinde ise işkence, bir kamu görevlisi tarafından bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak hareketlerin gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır.

İşkence suçu, kapsam itibarıyla dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere, iki şekilde de tanımlanmaktadır⁸. Dar anlamda işkence, şüphelinin ya da sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, suç ortaklarını ele verdirmek vs. sebeplerle onda bedeni ya da manevi zarar veya tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü kötü muameledir. Geniş anlamda işkence suçu ise, ceza muhakemesi dışındaki idari ve disiplin gibi herhangi bir muhakemedeki soruşturmalar ile mağdur olarak tanık, bilirkişi ve müdafî gibi sanık dışındaki kişileri de kapsamına alarak dar anlamdaki işkence suçundan ayrılmaktadır. 765 s. TCK zamanında işkence suçu dar anlamda

⁵ Lord, Rachel, The Liability of Non-State Actors For Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia, [http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2003\(1\)/04Lord.pdf](http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2003(1)/04Lord.pdf), (03.03.2011).

⁶ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>, (08.03.2011).

⁷ Türk Hukuk Lügati, Ankara 1944, s. 174-175.

⁸ Bu iki tanım için bkz. **Demirbaş**, Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 1992, s. 5.

ele alınmaktayken⁹, 5237 s. TCK 'da ise işkence suçunun geniş anlamda ele alındığını söyleyebiliriz.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bir suçun kanundaki düzenleme yeri, o suçla korunan hukuki değerın tespitinde önemli bir kıstastır. Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde incelendiğinde, işkence suçunun kanundaki düzenleme yeri bakımından temel olarak üç farklı sistemin bulunduğunu söyleyebiliriz¹⁰. Bu sistemlerden ilki, işkenceyi devlet idaresi aleyhinde suç sayan sistemler, ikincisi kişilere karşı suç sayan sistemler ve nihayet üçüncüsü adliye aleyhine suç sayan sistemlerdir. 765 s. TCK m. 243'te devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar başlığı altında yer alan işkence suçu, 5237 s. TCK sisteminde ise, kişilere karşı suçların ikinci kısım m. 94'te düzenlenmiştir.

TCK m. 94'ün dışında, işkence yasağı Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrasıyla da anayasal güvenceye alınmıştır. Diğer taraftan, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasında, kimsenin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağı kuralı yer almaktadır. Bu düzenlemenin uzantısı olarak, CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasında sanığın susma hakkı düzenlenmiştir. Yine CMK'nın 148. maddesinde iradeyi etkileyen yöntemler yasaklanmış; aynı maddenin 3. fıkrasında yasak usullerle elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Şu halde, TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçunun, Anayasa m. 17/3 ve 38/5, CMK m. 147 ve 148 hükümlerinin ihlalinin yaptırımını da oluşturduğu söylenebilir¹¹.

⁹ Nitekim Yargıtay, 765 s. TCK zamanında vermiş olduğu bir kararda idari soruşturma kapsamında işkence suçunun işlenemeyeceğine işaret etmiştir: "kumar oynama ile ilgili kabahat suçu sebebiyle karakola alınan şikayetçinin, burada adiyen darp edilmiş olmasından ibaret eyleminin TCK'nın 245 inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi lüzumu gözetilmeden 243. maddesi ile uygulama yapılması" 8. CD., 29.06.1995, 9314/10352, (Erol, Haydar, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 477).

¹⁰ Nuhoğlu, Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 535.

¹¹ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 231; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 26; Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2007, s. 106.

İşkenceyi yasaklayan bahsi geçen düzenlemeler dikkate alındığında, kanun sistematığı bakımından nerde düzenlenirse düzenlensin, işkence suçunun birden fazla hukuki değeri koruduğunu ve bu bakımdan karma bir nitelik taşıdığını ifade edebiliriz¹². Nitekim işkence teşkil eden fiiller, bir yandan bu fiillere maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktayken; diğer taraftan irade serbestisi ile algılama yeteneğini etkilediği kişinin, duyduğu acı ve elemnin etkisiyle gerçek dışı beyanlarda bulunmasına sebebiyet vermektedir. Bu durum gerçeğin ortaya çıkarılarak adaletin sağlanmasına da engel teşkil edebilir. Şu haliyle işkence niteliği taşıyan fiillerin cezalandırılması yalnızca bireylerin maddi ve manevi bütünlüğünün korunmasını amaçlamamakta, aynı zamanda ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine¹³ ve adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS' nin 6. maddesine uygun bir şekilde yargılama yapılmasına da hizmet etmektedir¹⁴. Bunların dışında işkence suçuyla kamu güvenliğine ve işleyişine ilişkin menfaatler de koruma altına alınmaktadır. Nitekim işkence suçu, hem bu suçun faili olan kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışta bulunmama konusunda devlete karşı olan sadakat yükümlülüğünü koruma altına aldığı gibi, hem de bireylerin kamu görevlilerine ve bu kamu görevlilerinin temsil ettikleri kamu idarelerine olan güvenlerini zedeleyecek davranışları önlemeyi amaçlamaktadır¹⁵.

Kamusal değerlerin ve en başta idarenin korunmasına üstünlük tanıyan 765 s. TCK'nın aksine, TCK da kişilere karşı suçlar başlığı altında düzen-

¹² Bu husus madde gerekçesinde de "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 açıklamalar ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suçla ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulmuş 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 maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder." şeklinde belirtilmiştir.

¹³ **Özbek**, Veli **Özer/Kambur**, Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 320.

¹⁴ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 29.

¹⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 107; **Nuhoğlu**, s. 550, **Önok**, s. 358.

lenen işkence suçuyla öncelikle bu suça maruz kalan kişilere ait menfaatlerin korunduğunu ifade etmek gerekir¹⁶. Şu halde işkence suçuyla insani değerlerin öncelikli olarak koruma altına alınması, kanun koyucunun işkence suçuna bakış açısı konusunda önemli bir değişikliğin olduğunu göstermektedir¹⁷.

III. MADDİ UNSUR

A. SUÇUN FAİLİ ve MAĞDURU

1. Fail

TCK'nın işkence suçunu düzenleyen 94. maddesine baktığımızda, bu suç, 765 s. TCK'da olduğu gibi, failin kamu görevlisi olmasını arayan gerçek özgü bir suçtur. Fakat, işkence suçunun faili olabilecek kişiler bakımından 765 s.TCK ile TCK arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Her kamu görevlisi 765 s. TCK m. 243'te düzenlenen işkence suçunun faili olamamaktaydı. Nitekim bir memurun bu suçun faili olabilmesi için, o memurun ifade almak ve sorguya çekmek hususunda yetkili bir kimse de olması gerekmektedir¹⁸. Aksi halde, yetkili olmayan memur kimsenin yaptığı fiiller işkence suçunu oluşturmamaktaydı¹⁹. Oysa TCK'da, işkence suçunun işlenebilmesi

¹⁶ **Üzülmez**, İlhan, İşkence Suçu, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 2, Sonbahar 2004, s. 149; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Bası, Ankara 2008, s. 240-241; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 106.

¹⁷ **Üzülmez**, İşkence ve Eziyet, s. 232; **Önok**'a göre, korunan hukuksal yarar açıklanırken gerekçede, işkence ve eziyet suçlarının bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesini gerekli kılan insan onurunu cezai açıdan özerk bir hukuksal değer olarak koruma gereğine hiç yer verilmemiş olması, önemli bir anlayış eksikliğidir. (**Önok**, s. 349).

¹⁸ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 30; **Nuhoğlu**, s. 559; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2008), s. 241; **Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 320.

¹⁹ CMUK'ya göre bu anlamda yetkili olabilecek kişiler ceza davasını açmaya veya adli işlemi yapmaya yetkili cumhuriyet savcıları, hakimler, kolluk amir ve memurları, disiplin ve vergi memurları gibi kişilerdi. Ayrıca özel kanunlarda yetkili kılınmış kimseler de bu suçun faili olabilirlerdi. Bu anlamda, TCK bakımından kamu görevlisi sayılmalarına rağmen, belediye zabıtası, köy bekçileri, geçici köy korucuları böyle bir adli yetkiye sahip olmadıklarından işkence suçunun faili olamazlardı (bkz. **Malkoç**, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C:2, Ankara, 2002; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2008), s. 241, dn.30, **Nuhoğlu**, s. 559). Karşı görüşe göre, failin soruşturma yapmaya genel olarak

bakımından, TCK m. 6/1-c'ye²⁰ göre kamu görevlisi sıfatına sahip bir kim-
senin başkaca özel bir niteliğinin bulunması aranmamaktadır. Bu işkence
suçunun kapsamını oldukça genişletmektedir. Nitekim TCK m. 6/1-c gere-
ğince, bir karakol amiri bu suçun faili olabileceği gibi; okulun kurallarına
aykırı davranan öğrenciyi bir dolaba koyup kilitleyen okul müdürü, Çocuk
Esirgeme Kurumu'na bağlı bir yetiştirme yurdundaki çocukların üzerinde
sigara söndürüp, onları çamaşır leğeninde deterjanlı artık suyla yıkayan
çocuk bakıcısı gibi herhangi bir kamu görevlisi de işkence suçunun faili
olarak değerlendirilebilecek konuma gelmiştir.

Doktrinde bir görüşe göre, işkence suçu bakımından TCK m. 6 dar
yorumlanmalı, her kamu görevlisi değil, yalnızca başkaları üzerinde kuvvet
kullanma yetki ve görevine sahip kamu görevlilerinin fail olabileceği kabul
edilmelidir. Buna göre işkence suçunun faili kolluk memurları olabilir.
Öğretmen, tapu memuru gibi diğer kamu görevlilerinin fiilleri ise niteliğine
göre TCK'daki diğer suçları oluşturur²¹.

Aslında buradaki temel sorun TCK m. 6'dan değil, TCK m. 94'deki
düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, 765 sayılı TCK m. 243'te oldu-
ğunun aksine, TCK m. 94'te işkence suçunun işlenebileceği alanlara ilişkin
herhangi bir sınırlama getirilmemiş, suçun failini göstermek bakımından
kamu görevlisi kavramı kullanılmakla yetinilmiştir. Oysaki işkence suçunun
işlenebileceği alanlar (örneğin ceza yargılamasında, disiplin yargılamasında
gibi) madde metninde belirtilmiş olsaydı, bu durumda her kamu görevlisi
değil, ilgili yargılamaya katılmaya yetkili olan kamu görevlileri suçun faili
olarak değerlendirilebilecekti. Örneğin, Alman Ceza Kanunu'nda işkence

yetkili bir memur olması yeterlidir; dolayısıyla onun belirli bir somut olayda, soruşturma
yapma hususunda yetkili kılınmış olması gerekmez. (bkz. **Demirbaş**, İşkence Suçu, s.
30) Nitekim Yargıtay da, 13.01.1970 tarihinde verdiği bir kararda da, Belediye Başkanı
ve Belediye Zabıta Amirinin mağdura suçunu söyletmek ve çaldığı saatlerin yerini
söyletmek için dövmek ve koltuk altlarına kızgın yumurta koymak şeklindeki fiillerinin
işkence suçunu oluşturduğu sonucuna varmıştır. Y.1. CD. 13.01.1970, E:69/1730
K:1970/118 (karar için bkz. **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 30).

²⁰ TCK m.6/1-c'ye göre kamu görevlisi "kamusal faaliyetin yürütümüne atama veya
seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan
kişi"dir.

²¹ **Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere
Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 114.

suçuna karşılık gelen ifade vermeye zorlama suçunda (StGB §343), ceza yargılamasına, resmi merciler tarafından gözetim altına alınmasına ilişkin yargılamaya, idari para cezası yargılamasına ve disiplin yargılamasına katılmaya yetkili memur kişiler fail olabilir. Buna göre asker kişiler, hâkim, savcı, polis, idari ve disiplin soruşturmasındaki memurlar ifade vermeye zorlama suçunun faili olarak değerlendirilebilir²². Eğer TCK m. 94 bakımından da benzer şekilde bir sınırlama getirilirse, TCK m. 6'ya göre her kamu görevlisi değil, işkence suçunun düzenleniş amacına uygun olarak yalnızca belirli görev ve yetkiye sahip kamu görevlileri suçun faili olabilir. Bu yönde bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, işkence suçunun failinin, yalnızca kuvvet kullanma görev ve yetkisine sahip olan kamu görevlilerinin olabileceği yönündeki yorum tarzının benimsenmesi bizce yerinde olur.

2. Mağdur

765 s. TCK zamanında, 1999 yılında 4449 s. Kanunla m. 243'te yapılan değişiklikten önce suçun mağduru ancak sanık olabilirken, bu değişiklikten sonra sanıkla birlikte mağdur, şahsi davacı, müdahil veya tanık da bu suçun mağduru olabilmekteydi. Dolayısıyla, 765 s. TCK zamanında işkence suçu, yalnızca faili bakımından değil, mağduru bakımından da özgü suç niteliği taşımaktaydı²³.

TCK'daki düzenlemeye göre, herkes işkence suçunun mağduru olabilir. Fakat TCK m. 94/2 gereğince, bu suçta belirli kimselerin mağdur olması

²² **Cramer, Peter/Sternberg-Lieben, Detlev/Hecker, Bernd, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München, StGB § 343, Rn. 19; Kuhlen, Lothar, Kindhauser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 2 Bände, Deutschland 2010, StGB § 343, Rn. 4**

²³ **Tezcan/Erdem/Önok, (2008), s. 242; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 118; Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 321; "TCK'nın 243. maddesinde yazılı suçun oluşması için zorunlu öğeler ise şunlardır: 1- Hakkında ceza davası kovuşturulmasına girilmiş suçlu bir sanık bulunacaktır. 2- Bu sanığa mahkeme başkanı veya üyelerinden veya hükümet memurlarından biri suçunu söylemek için işkence veya onur kırıcı eylemler yapacaktır. ...Dava konusu olayda işkencenin mağduru O'nun hırsızlık suçunun sanığı olduğu kesin kanıtları ile saptanmamıştır...Jandarma onbaşısı sanık K. ve H. imzalı tutanak örneğine konu hırsızlık iddiasının sonucu araştırılmalı ve buna göre mağdur O'nun karakolda iki gün işten kalır biçimde döven sanığın kastı ve suç niteliği yeniden değerlendirilmelidir." 8.CD. 19.06.1981, E. 1981/2821, K. 1981/4069, (kazanci.com).**

nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Mağdurun çocuk, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişi veya gebe kadın olması ya da fiilin avukata veya diğer kamu görevlilerine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi durumunda ceza arttırılmaktadır. Bu nitelikli haller, ilerleyen bölümlerde ele alınacaktır.

B. EYLEM

1. Genel Açıklamalar

765 s. TCK m. 243'te işkence suçunun hareket unsuru "işkence etmek" veya "zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurmak" seçimlik hareketlerinden oluşmaktaydı. Fakat 765 s.TCK'da ne işkenceye ne de haysiyet kırıcı muamelelere ilişkin herhangi bir tanım yer almaktaydı. İşkence ve haysiyet kırıcı muamelelerin tanımlanması, bunlar arasındaki sınırın belirlenmesi ve farklılıkların tayini uygulayıcıya bırakılmıştı²⁴. Buna göre, uygulayıcı her somut olayda bir hareketin işkence mi, yoksa benzeri kötü muamele mi olduğunu kendisi belirlemekteydi²⁵.

TCK'ya göre işkence suçunun hareket unsurunu "*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yok açacak davranışlar*" oluşturmaktadır. Buna göre TCK bakımından işkence suçunun hareket unsuru, iki alt unsurdan oluşmaktadır²⁶:

- a. insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışın olması;

²⁴ **Üzülmaz**, HPD, s. 148; **Gemalmaz**, Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul, 1991, s. 312.

²⁵ **Üzülmaz**, İşkence ve Eziyet, s. 234; "Doktrin ve mahkeme içtihatlarında:
a- İşkence : Bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri,
b- İnsani olmayan muameleler : İnsanlık kişiliğini ve duygusunu, önemli derecede incitici fiilleri,
c- Zalimane muameleler : Mağdure yapılan maddi veya manevi ızdırap verici her türlü muameleleri,
d- Haysiyet kırıcı hareketler ise : Bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde olan fiilleri, ifade eylediği, bu kötü muamelelerin neler olduğunu kanunun tek tek saymayıp hakimın bıraktığı belirtilmektedir." CGK. 05.10.1987, E.1987/8-186, K.1987/423 (kazanci.com).

²⁶ **Önok**, s. 382; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 112; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2008), s. 242.

b. bu davranışın mağdurun

- *bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya*
- *algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya*
- *aşağılanmasına yol açması.*

Görüldüğü üzere, işkence suçu 765 s. TCK'da olduğu gibi, TCK'da da seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir²⁷. Buna göre madde metninde belirtilen seçimlik hareketlerin bir ya da birden fazlasının işlenmesi, işkence suçunun oluşması için yeterlidir.

İşkenceyi oluşturan söz konusu hareketlerin icrai ya da ihmali olması mümkündür²⁸. Burada, kamu görevlisinin mağduru dövmesi, cinsel tacizde bulunması icrai; mağduru aç bırakması, ona depresyon haplarını vermemesi ihmali hareketlere örnek olarak gösterilebilir. Fakat TCK m. 90/4 gereğince, suçun ihmali hareketle işlenmesi durumunda cezada indirim söz konusu olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, ihmali hareketle işlenen işkencenin cezalandırılabilmesi için, failin ihmali hareketi kasten gerçekleştirmiş olması gerekir. Nitekim gerekçede de, “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” denilmektedir. Görüldüğü üzere, işkence suçunun ihmali hareketle işlenebilmesi bakımından “failin **zımnen rıza göstermesi**” koşulu aranmaktadır. Bu koşul da failin en azından olası kastla hareket etmesini gerektirir²⁹.

²⁷ **Hakeri**, Hakan, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, 2009, s. 346; **Önok**, s. 383; **Üzülmez**, İşkence ve Eziyet, s. 234; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 110; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2011), s. 251-252.

²⁸ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 112.

²⁹ **Önok**, s. 384

İhmali hareketten ötürü bir sorumluluğun doğması için, failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında olması gerekmektedir³⁰. Burada acaba kimler hukuksal yükümlülük altında sayılacaktır? İfade etmek gerekir ki, özel bir yükümlülük dairesini koruyan, idare eden ve bu çerçevede başkalarının hukuksal yararına yönelik tehlikeleri önlemek zorunda olan memurların, kendi yetki alanları bakımından garantör konumundadır³¹. PVSK m. 1'e göre polisler buna örnek olarak gösterilebilir³². O halde, madde gerekçesinde her ne kadar "amir"den söz edilmişse de, garantör konumunda bulunan her kamu görevlisinin bu suçta ihmali hareketle işleminin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir³³.

2. İnsan Onuruyla Bağdaşmayan Hareket

TCK m. 94'e göre, bir kişiye karşı *insan onuruyla bağdaşmayan* ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yok açacak davranışları gerçekleştiren kimse işkence suçunu işlemiş olacaktır. Görüldüğü üzere, işkence suçunda seçimlik hareketlerin ortak özelliği "insan onuruyla bağdaşmaz" nitelikte olmalarıdır.

İnsan onuru tanımlanması güç bir kavramdır. Bu haliyle, insan onuru kavramının sınırlarını saptamak da bir o kadar zordur. Çünkü insan onuru kavramı soyut ve belirli bir yaşam ilişkisine indirgenemeyecek kadar geniş olduğu gibi; ideolojik boyutu da ağır basan bir kavramdır³⁴. Kant'a göre,

³⁰ **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 111 vd. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 112; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2010), s. 252.

³¹ **HAKERİ**, İhmal, s. 188 vd.

³² PVSK, Madde 1 - Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatını temin eder. / Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar.

³³ **Önok**, s. 386; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2010), s. 252; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 113

³⁴ **Ünver**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, s. 941; **Önok**, s. 389; Federal Alman Mahkemesi de, insan onurunun mutlak bir kavram olmadığını, duruma bağlı ve daime somut olayla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, insan onurunun ne zaman ihlal edildiği ancak somut olaya bağlı olarak tespit edilebilir ve bu yolla insan onurunun somut ihlal kalıpları ortaya konabilir. (Bkz. **Şimşek**, Oguz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış doktora tezi, DEÜ SBE, İzmir, 1999, s. 64)

insan onuru, insanın kişiliğinden ve doğasından ayrılması olanaksız çekirdeği barındırmaktadır. Yine, insan onuru insanın özerkliğinin, varlık nedeninin özünü ve temelini oluşturmakta, insanın insan olmasının anlamını ve amacını anlatmaktadır³⁵.

Anayasa Mahkemesi insan onuru kavramını şu şekilde açıklamıştır: *“İnsan onuru kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.”*³⁶

Peki insan onuruna aykırı davranış nedir? Diğer bir ifadeyle insan onurunun ihlal edildiği sonucuna nasıl varabiliriz? Şimşek’in de ifade ettiği gibi, *“İnsan onurunun ihlal edildiği sonucuna varabilmek için, insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu ve devletten önce de geçerli olan özünün, öz değerinin, süje niteliğinin hiçe sayılması, kamusal tasarrufların ve işlemlerin basit bir objesi olarak alçaltılması gerekmektedir.”*³⁷

İnsan onurunun ihlal edilip edilmediği her somut olayda insanın obje haline getirilme veya özgür irade kriterlerinin³⁸ yanında, keyfi riayetsizlik (eşitlik) ve ölçülülük gibi diğer kriterler³⁹ dikkate alınarak araştırılabilir. Bir kimseyi obje haline getiren sorgu teknik ve taktikleri insan onurunu ihlal eden hareketler olduğu gibi; iradesine etki etmek suretiyle bir kişinin yakınlıklarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanması da insan onurunu ihlal eden hareketlerdir⁴⁰. Örneğin, *“sanık olarak gözaltına alınan mağdurlara "bilgi ve itiraf" elde etmek için, "erkeklerin makatlarından cop sokmak, kızlara cinsel tacizde bulunmak, göğüslerini elleyip sıkmak, aç bırakmak, hakaret ve tehdit etmek”*⁴¹; *“gözaltı sürecinde sorgulanırlarken suçlarını söyletme için hakaret, tehdit, göz bağlamak, yüksek volümlü marş dinletmek, çırılçıplak soyamak, elektrik akımı vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak,*

³⁵ Şimşek, s. 7.

³⁶ AYM, 28.06.1966, E.1963/132, K.1966/29 (anayasa.gov.tr).

³⁷ Şimşek, s. 86.

³⁸ Söz konusu kriterler için bakınız Önok, s. 390-391.

³⁹ Şimşek, s. 76 vd.

⁴⁰ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 235.

⁴¹ CGK, 15.06.1999, 109/164 (hukukturk.com).

*erkeklerin hayalarını sıkmak, kızlara cinsel taciz, makatlarından cop sokmak*⁴² gibi davranışlar insan onuruna aykırı davranışlardır.

Doktrindeki bir görüşe göre⁴³, işkence suçunun maddi unsurunu insan onuruyla bağdaşmama kıstasıyla sınırlamak pratikte pek fayda sağlamayacaktır. Bu nedenle yalnızca belirli ağırlık düzeyine varan davranışları hukuken işkence olarak tanımlayabilmek mümkün olabilecektir. Ancak bu sayede, kasten yaralama, hakaret vs. gibi diğer suç türlerini ilgilendiren birçok ihlal işkence suçu kapsamı dışında tutulabilecektir.

İnsan onuruna ilişkin yapılan açıklamaları da dikkate alarak genel bir çerçeve çizdiğimizde, bir insanı sahip olduğu bütün değerlerden soyutlayıp, onu madde konumuna getiren her türlü davranışı insan onuruna aykırı davranış olarak değerlendirebiliriz. Dolayısıyla tipte yer alan diğer seçimlik hareketleri kapsayan insan onuruna aykırı bir davranışın, ağırlık kıstası bakımından ayrıca bir değerlendirmeye tabi tutulmaması, bizce işkence suçu bakımından bir eksiklik oluşturmamaktadır. Bu konuya çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrı bir başlık altında değinilecektir.

3. Kişinin Bedensel veya Ruhsal Yönden Acı Çekmesine Yol Açmak

Buradaki “mağdurun bedensel yönden acı çekmesine yol açmak” ifadesini, yaralama suçundaki “vücuda acı vermek” ifadesiyle paralel anlamak gerekir⁴⁴. Buna göre beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde bozmaya yönelik her türlü hareket bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, vurma, darbe indirme gibi mağdurun vücuduyla doğrudan temas edildiği durumlarda vücuda acı vermek koşulu genellikle gerçekleşmiş olmaktadır⁴⁵. Fakat, bir kimsenin rutubetli, pis, böceklerle dolu bir mekanda tutulması

⁴² 8.CD, 12.10.1998, E. 1998/10667, K. 1998/12819 (kazanci.com).

⁴³ **Önok**, s. 391.

⁴⁴ **Önok**, s. 392; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2010), s. 253.

⁴⁵ **Önok**, s. 392; “Sanıklar Hasan Alpaslan Altuğ ve İsa Akyüz’ün hırsızlık olayının şüphelisi olarak kendiliğinden ailesi ile karakola gelen mağdur İbrahim’i, **hırsızlığa konu parayı nereye sakladığı konusunda, jop ve tokatla dövüp, yer göstermesi için götürdükleri inşaat içinde de aynı şekilde darp ettikleri, mağdur, tanık anlatımları, yüzleştirme tutanağı ve yukarıda açıklandığı şekli ile doktor raporlarından anlaşılacakla, oluş ve mağdurun yaşı da göz önüne alındığında sanıklar Hasan Alpaslan Altuğ ve İsa Akyüz’e atılı işkence suçunun sübuta erdiği...**” 8.CD. 09.10.2006, E.2006/294, K.2006/7381 (kazanci.com).

gibi, her zaman maddi acı vermemekle birlikte, bedensel yönden sıkıntı yaratan bazı haller de bu kapsamda işkence suçuna meydan verebilecektir⁴⁶. Bu tür durumlar ruhsal acı içinde de değerlendirilebilir⁴⁷.

Belirtmek gerekir ki, bedene yönelik hareketlerin mağdurun bedensel yönden acı çekmesine yok açacak nitelikte olması yeterli olduğundan; bu hareketin gerçekten acı vermiş olması aranmaz. Diğer bir ifadeyle, o anki durumu dikkate alındığında, mağdur acı hissetmemiş olsa bile, diğer koşulların da varlığı halinde, işkence suçu oluşacaktır. Bu nokta işkence suçunu yaralama suçundan ayırmaktadır; çünkü yaralama suçunda mağdurun gerçekten acı çekmesi gerekir⁴⁸. Yine bu suça konu hareketin cismen vücuda eza vermiş olması da gerekli değildir. Örneğin, mağdurun gözlerinin bağlanması, ağzına pamuk tıkanması, üzerinin kirletilmesi işkence suçunu oluşturabilecektir⁴⁹.

Yargıtay, bir kaptan diğer kaba su boşaltılarak su arzusunu kamçılamayı⁵⁰, giysileri soyarak, yere yatırıp mağdurun vücuduna buz sürmeyi ve havasız bırakmak için mağdurun kafasına naylon torba geçirmeyi⁵¹ işkence olarak değerlendirmiştir.

Mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine yol açmak ise, söz ya da fiili eylemler aracılığıyla mağdurun psikolojisine az ya da çok doğrudan etki ederek; onun ruh sağlığını bozan davranışlarda bulunmaktır⁵². Örneğin çocuğunun ağlama sesine dayanamayan bir anneye, sürekli kendi çocuğunun ağlama sesi dinletilmesi bu anlamda ruhsal acı verici bir harekettir.

⁴⁶ Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 252; Önok, s. 392; İşkence suçunun niteliği gereği vücuda yönelik etkinin belirli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini belirten Önok, bu ağırlığın belirlenmesinde mağdurun subjektif duyarlılığı değil, objektif ölçüt esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. (Önok, s. 392).

⁴⁷ Örneğin kişinin farelere karşı ruhsal bir bozukluğu varsa, fare görmeye dayanamıyorsa; kişinin ruhsal yönden acıya uğratıldığını söyleyebiliriz.

⁴⁸ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar I, İstanbul 2007, s. 128 vd.; Hakeri, İşkence Suçu, s. 350; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 253; Önok, s. 392.

⁴⁹ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 236.

⁵⁰ CGK, 04.04.1983, E.1983/8-64, 1983/156 (YKD, C. IX, Temmuz, 1983, s. 1059).

⁵¹ 8. CD, 23.03.2004, 672/2557 (Hakeri, İşkence Suçu, s. 350, dn.49).

⁵² Önok, s. 392-393.

4. Algılama veya İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

İşkence suçunu düzenleyen TCK 94. maddedeki hareket unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden birisi de, *mağdurun algılama ve irade yeteneğinin* etkilenmesidir.

Yasa koyucu, isnat yeteneğini, anlama ve isteme yeteneği olarak kabul etmiştir⁵³. Nitekim TCK sisteminde, isnat yeteneği, diğer ifadesiyle kusur yeteneği, bir fiilin bir kimseye yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin tümünü ifade eder⁵⁴. Bu niteliklerden ilki algılama yeteneği, diğer ise irade yeteneğidir⁵⁵. Algılama yeteneği, bir kimsenin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilmesini ifade eder. İrade yeteneği ise, bir kimsenin fiile ilişkin hareketlerini hukuk kuralları çerçevesinde yönlendirme yeteneğini ifade eder⁵⁶. Buna göre, isnat yeteneğine sahip olan kişide anlayabilme ve isteyebilme yeteneği bulunmakla birlikte; kendi iradesine uygun hareket edebilme ve gerektiğinde iradesinin isteklerini engelleyebilme yeteneği de bulunmalıdır⁵⁷. TCK m. 31/2'de “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması”, “işlediği fiili algılama ve bu fiil ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı”ndan söz ederek bu durumu desteklemektedir. O halde ceza kanunu sistematığımızda algılama ve irade yeteneğiyle isnat yeteneğinin, yani kusur yeteneğinin ifade edilmek istendiğini söyleyebiliriz.

İsnat yeteneği, ceza yasalarındaki tipe uygun, hukuka aykırı davranışı gerçekleştiren kimsenin, yani suçun aktif süjesini oluşturan failin, bu davranış bakımından kusurlu olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan bir

⁵³ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, Ankara 2005, s. 351.

⁵⁴ İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Fusun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih/Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, İkinci Kitap, 2. bası, İstanbul, 2000, s. 205, s. 205; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş, s. 350; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 618; Özbek, Veli Özer/Kambur, Nihat/DOĞAN, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 334.

⁵⁵ Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, s. 230; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 334.

⁵⁶ Özgenç/Şahin, Ceza Hukuku, s. 231 vd.

⁵⁷ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 271.

kavramdır. Oysa işkence suçunda suçun pasif süjesini oluşturan mağdurun maruz kaldığı olumsuz neticenin tarifinde de, yerinde olmayarak, aynı kavramlar kullanılmıştır. Bu nedenle “algılama ve irade yeteneği”nin “isnat yeteneği” ile açıklanması, işkence suçu bakımından eleştirilmelidir⁵⁸.

İşkence suçunda, hareket unsurunu oluşturan “algılama yeteneği”ni, “bir kimsenin yapmış olduğu fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneği” şeklinde anlamak, işkence suçuyla hedeflenen amaca aykırı bir takım sonuçlar doğmasına sebep olabilir. Örneğin, kusur yeteneği olmayan bir kimseye, belki konuşturulabilir düşüncesiyle zorla ilaç verilmesi olayında, algılama yeteneği zaten olmayan bir kişi söz konusu olduğu için, bu suçun hareket unsuru da gerçekleşmiş olmayacaktır. Bu nedenle maddede belirtilen algılama yeteneğini, dış dünyada mevcut olan verileri duyu organları vasıtasıyla zihinsel olarak algılayabilme, yani çevredeki olguları gözlemleyebilme yeteneği olarak yorumlamak gerekir⁵⁹. Şu halde diyebiliriz ki, algılama yeteneği insanın etrafında olguları gözlemleyebilme yeteneğidir. Kişinin, çevresindeki olguları gözlemleyebilme yeteneğine etki eden hareketler işkence suçu kapsamında değerlendirilebilecektir. O zaman, kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin gözlerinin bağlanması da, algılama yeteneğinin etkilenmesi çerçevesinde işkence suçuna konu olabilecektir.

“Algılama yeteneğinin etkilenmesi” unsurunu ise yaralama suçundaki “algılama yeteneğinin bozulması” unsuru çerçevesinde ele almak gerekir. Şöyle ki, etkilenmeden kasıt olumsuz yönde bir değişikliğin meydana getirilmesidir. O halde, algılama yeteneğinin bozulması, korku, uyku bozukluğu gibi kişinin psikolojik durumunda ortaya çıkan her türlü değişikliği, akli ve ruhsal yetilerde meydana gelen her türlü anormalliği ifade eder⁶⁰.

İrade yeteneği, bir kimsenin kendi davranışlarını yönlendirebilme yetisidir⁶¹. Diğer bir ifadeyle, özgür iradesiyle bir kimsenin ne şekilde davranacağını belirleyebilmesidir. Buna göre, bireyin düşünme ve düşüncelerine göre hareket edebilme imkânını, davranışlarına yön verebilme kabiliyetini

⁵⁸ **Önok**, s. 396.

⁵⁹ **Demirbaş**, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1996, s. 172.

⁶⁰ **Erem**, Faruk/**Toroslu**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara, 1999, s. 403; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2010), s. 253-254; **Önok**, s. 395.

⁶¹ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 110.

ortadan kaldıran davranışlar da irade yeteneğinin etkilenmesi seçimlik hareketi kapsamında değerlendirilebilecektir⁶².

Netice itibariyle, “algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi” kavramı, mağdurun olumsuz bir neticeye maruz kalmasını önlemeyi ve bu suretle irade özerkliğini korumayı amaçlamaktadır⁶³. Gerçekten de, burada hedeflenen kişiyi dıştan gelebilecek bir etkiden korumaktır. Dolayısıyla, mağdurun serbest iradesini etkilemeye yönelik dıştan yapılan her türlü muamele, bu seçimlik hareketi ihlal edecektir.

5. Mağdurun Aşağılanmasına Yol Açmak

Bir kimseye karşı aşağılayıcı muamelede bulunmak, işkence suçunun bir diğer seçimlik hareketini oluşturmaktadır. Aşağılamak, değerinden düşük göstermek, küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁴.

Aşağılayıcı davranışlar, kişinin itibarını, onur ve şerefini hedef alan hareketlerden oluşmaktadır. Yargıtay kararlarına göre, aşağılayıcı (haysiyet kırıcı) muameleler, bir kimsenin namus, şöhret ve haysiyetine saldırı niteliğinde olan fiillerdir⁶⁵. Yargıtay bazı kararlarında, elbiselerin çıkarılmasını, gözlerin bağlanmasını ve dayak atılmasını aşağılayıcı muamele saymıştır⁶⁶.

Davranışın aşağılayıcı olup olmadığı tespit edilirken, objektif değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim mağdurların subjektif durumları nazara alındığında, aşağılayıcılık niteliğine haiz özdeş iki davranışın, farklı şekilde nitelendirilmesinin önüne bu şekilde geçilebilir⁶⁷.

C. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

- Suçun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye yada gebe kadına karşı işlenmesi: İhtiyar ve sakatların kendini savunmasında zorluk çekmeleri dolayısıyla bu nitelikli hale yer

⁶² Önok, s. 395.

⁶³ Önok, s. 396.

⁶⁴ www.tdk.gov.tr.

⁶⁵ CGK, 04.04.1983, E.1983/8-64, 1983/156 (YKD, C.IX, Temmuz, 1983, s. 1059).

⁶⁶ CGK, 05.10.1987, E. 1987/8-186, K. 1987/423, (kazanci.com).

⁶⁷ Önok, s. 398.

verildiği söylene de⁶⁸, işkenceye karşı kimsenin direnme imkanı bulunmadığından, ihtiyar veya sakat ile güçlü bir kişiye işkence yapılması arasında fark bulunmamaktadır⁶⁹. Fakat suçun çocuğa karşı işlenmiş olması, işkencenin onun üzerinde yol açacağı etkilerin ağırlığı nedeniyle nitelik bir hal olarak düzenlenmesi yerindedir⁷⁰.

- Suçun avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmiş olması: İşkence fiilleri ceza yargılaması esnasında sıkça işlendiği için, kanun koyucu avukatlar açısından koruyucu bir düzenleme getirerek, bu özel düzenleme ile avukata karşı işlenen işkence fiilleri nitelikli hal olarak saymıştır Diğer kamu görevlileri ise, görevi dolayısıyla hareket eden herhangi bir kamu görevlisini ifade etmektedir⁷¹.

- Filin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi: TCK m. 102'nin gerekçesinde cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğini taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilen, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağduru rahatsız eden hareketler olarak tanımlanmıştır⁷². Buna göre, cinsel amaçlı fiillerin vücut dokunulmazlığını ihlal etmemiş olması gerekir. Aksi halde, mağdurun yaşına göre cinsel saldırı veya cinsel istismar suçları gündeme gelecek ve bu suçlar ile işkence suçu arasında gerçek içtima kuralı uygulanacaktır⁷³.

Bu nitelikli hal bakımından eleştirilen husus, cinsel taciz cinsel dokunulmazlığa karşı suçların en hafifini oluşturmaktayken, bu suçun bileşik suç kapsamında bu denli ağır cezalandırılmasıdır⁷⁴. Örneğin, bir kamu görevlisi, gözaltındaki şüpheliye sürekli jopla vursa asgari üç yıl, bu hareketler mağdurun yaşamını tehlikeye sokarsa asgari dört buçuk yıl; buna karşılık kamu

⁶⁸ Soyaslan, s. 154; Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 324.

⁶⁹ Hakeri, İşkence Suçu, s. 359.

⁷⁰ Hakeri, İşkence Suçu, s. 359.

⁷¹ Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 324.

⁷² Soyaslan, cinsel tacizi mağdurun vücut dokunulmazlığını bozmayan, kişinin cinsel dürtülerini tahrik eden, cinsel ilişki arzusu uyandıran söz, hareket ve davranışlar olarak tanımlamaktadır (bkz. Soyaslan, s. 154).

⁷³ Önok, s. 506.

⁷⁴ Hakeri, İşkence Suçu, s. 359; Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 243, 244; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 123; Önok, s. 507.

görevlisi yalnızca söz atarak cinsel tacizde bulunsa cezası asgari on yıl olacaktır⁷⁵.

D. SUÇUN MADDİ UNSURLARINA YÖNELİK ELEŞTİRLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Davranışın Belli Bir Ağırlık Düzeyine Ulaşması Sorunu

765 s. TCK m. 243'teki "işkence veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele" kavramlarının aksine, TCK m. 94'te "insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar"dan söz edilmiştir. Bu düzenleme, belirli ağırlık düzeyine ulaşmayan davranışların işkence suçu kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceği tartışmasını gündeme getirmiştir.

Bir görüşe göre⁷⁶, işkence insanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğü ile insan olmaktan kaynaklanan onuruna karşı işlenen ihlallerden yalnızca en ağır kategoriye ifade eder. Fakat işkence suçunun oluşabilmesi için çekilen bedensel ya da ruhsal acı veya ezanın ağır olmasını aramayan TCK m. 94'teki düzenlemeyle birlikte, işkence derecesine varmayan davranışların belirlenmesi sorun halini almıştır. Oysa madde gerekçesinde atıf yapılan 1984 Birleşmiş Milletler İşkence Sözleşmesinin 1. maddesi ile AİHS m. 3 kapsamında verilen AİHM içtihatları birlikte değerlendirildiğinde, yalnızca ağır acı ve ezaya yol açan hareketler işkencedir. İşkencenin insanlık dışı muamelelerden ayrı tutulması ve en ağır türden bazı ihlalleri işaret etmek üzere kullanılması belirli bir amaca dayanır. İşkence, çok ağır ve acımasızca

⁷⁵ **Önok**, s. 507; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 263; Aynı eleştiriyi paylaşan **Artuk/Gökçen/Yenidünya**'ya göre, cinsel taciz suçu, işkence suçunun temel şekli içinde mütalaa edilerek, TCK m.102/1 anlamında cinsel saldırı suçunun ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmesi daha yerinde olurdu (bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 123).

⁷⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, (2010), s. 255; **Önok**, s. 399 vd. Yazar, görüşünü açıklarken, işkence suçunun kaynak alındığı İspanyol Ceza Kanunu dayanak göstermiştir. İşkence suç tipini düzenleyen İsp. CK. m.174'te ağır saldırı kıstası getirilmiş, hafif durumlarda ise daza az ceza öngörülmüş, m.175'te ise tamamlayıcı bir suç tipine yer verilmiştir. Böylece, işkence niteliği taşıyan davranışları belirlemede salt objektif bir kıstaslardan yola çıkılması önlenmiştir. İsp. CK. sistemine göre işkenceye özelliğini veren unsurlar temel olarak sübjektif olup, belli saiklerle hareket edilmesi ve fail ile mağdur arasındaki özel garantörlük ilişkisinden kaynaklanmaktadır (bkz. **Önok**, s. 399).

eza çekilmesine yol açan kasti davranışları nitelendirmek için öngörülmuş bir suçtur. Buna göre, işkencenin ayırt edici özelliği, ister fiziksel olsun ister zihinsel olsun, çekilen acı ya da ezanın yoğunluğudur. Yine TCK'da düzenlenen işkence suçu, fail ile mağdur bakımından hiçbir sınırlama getirmediği ve özel saik de aramadığı için, söz konusu sorunu bu faktörleri dikkate alarak çözmek de mümkün değildir. O halde, maddede sayılan seçimlik hareketleri işkence suçu kapsamında değerlendirirken, ağırlık kıstasına başvurmak gerekecektir.

Bir başka görüşe göre⁷⁷, her türlü maddi acının zaten ağır olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü az ya da çok maddi acı doğurabilecek her türlü hareketi müessir fiil olarak cezalandıran ceza hukuku sistemimizin işkence bakımından farklı bir ölçüt getirdiğini düşünmek yanlış olur.

765 s. TCK m. 243'te işkence etmekten ve zalimane, gayri insani, hay-siyet kırıcı muameleden bahsedilmiş, insan onuru kavramına yer verilme-miştir. Eski kanunda yer verilen bu davranışlar arasında her ne kadar derece farklı olsa da, söz konusu davranışların da işkence suçu kapsamında ele alınacağına şüphe bulunmamaktaydı. Nitekim doktrinde de bu kavramları tanımlama gayretlerinin yersiz olduğu, çoğu zaman bunların hepsi için işkence ifadesinin kullanıldığı ifade edilmekteydi⁷⁸. Fakat TCK m. 94'te bu kavramlar terk edilerek yalnızca insan onuruna aykırı davranıştan söz edilmiştir. O halde kanuni düzenlemeye göre, ister mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine, ister algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, isterse de aşağılanmasına yol açacak bir davranış söz konusu olsun, bunun işkence suç tipi içerisinde değerlendirilebilmesi için temel alınması gereken ölçüt insan onurudur.

Aslında temel sorun insan onuru kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. İnsan onuru algısındaki çeşitlilik, bu kavram üzerinde en azından belli bir çerçevede mutabakat sağlanmasına haklı engel oluşturmakta ve bu engel de haklı tartışmalara neden olmaktadır. Buradaki tartışma konusu, insan onuruna aykırı davranışın hangi derecedeki ağır davranışları kapsadığına ilişkindir. İnsan onuruna aykırılık acaba davranışın da ağırlığını beraberinde getirir mi? Diğer bir değişle, insan onurunu zede-

⁷⁷ **Özgen**, Eralp, İşkence ve İnsanlık Dışı Muamelelere Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2, 1988, s. 218 vd.

⁷⁸ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 38.

yen davranışın mevcut olduğu bir yerde, söz konusu davranışın ağır acı ve ezaya yol açmadığı, daha hafif derecede olduğu söylenebilir mi? Bu soruya vereceğimiz yanıt, insan onuruna aykırı davranış unsuruna yer verilen işkence suçunda, söz konusu davranışın belli ağırlık düzeyine ulaşmasının aranması gerekip gerekmediğinin tespiti bakımından önem taşımaktadır.

İnsan onuru kavramının içeriğinin belirlenmesi ve yorumlanması, insan onurunun temelinde yatan anlayışın ortaya konulması ile mümkün olabilecektir. Fakat insan onuru kavramının soyutluğu ve bu kavrama dâhil olan davranışların önceden belirlenmesinin insan onurunu sabit sınırlar içerisine sokacağı tehlikesi, insan onuru kavramının somut kriterler çerçevesinde ortaya konulmasına engel oluşturmaktadır⁷⁹. Buna karşılık, insan onuru kavramına yüklenen soyut anlamlar, insan onurunun içeriğine dâhil olamayan davranışları belirleyebilmeye yardımcı olabileceği göz önünde bulundurulduğunda; insan onuruna uygun düşmeyen bir davranışın ağır acı ve ezaya yol açıp açmadığı konusunda bir kanaate varılması mümkündür.

Başta da belirttiğimiz gibi, insan onuru bireyin sırf insan olmasından ötürü sahip olduğu, varlığını hissettirmeyen, yokluğunda ise insanı insan yapan kişiliğinden arındırıp, onu değersizleştiren, obje haline getiren en yüce değer şeklinde açıklanmaktadır. O halde, yukarıdaki paragrafta sorduğumuz sorunun da yanıtı olacak şekilde ifade edersek, insan onuruna aykırılık, davranışın ağırlığını da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle bir insanın sırf insan olmasından ötürü sahip olduğu bütün değerleri hiçe sayarak, onu madde konumuna düşüren bir muamelenin “ağırlık kıstası” çerçevesinde ikinci bir incelemeye tabi tutulmasına gerek bulunmadığı gibi; böyle bir incelemenin yapılması, bizce yerinde olmayarak, insan onurunun “*ağır ihlali*” ve “*hafif ihlali*” gibi kavramların doğmasına da sebebiyet verebilir.

İnsan onuruyla bağdaşmayan her davranış zaten ağır nitelikte olduğu için, ağırlık kıstasına yer verilmemesi şu aşamada işkence suçu bakımından bir eksiklik oluşturmamaktadır⁸⁰. Fakat bu noktadan hareketle, “**her**” insan

⁷⁹ **Şimşek**, s. 57.

⁸⁰ Ağırlık kıstası karşısında insan onuruna aykırılık unsuruna yer verilmesinin eksiklik oluşturmayacağını belirtsek de, insan onuruyla bağdaşmayan davranış unsurunun, işkence suçu bakımından tartışma götürmez bir düzenleme olduğunu söyleyemeyiz. Aynı şey asgari ağırlık kıstasını benimseyen görüş bakımından da geçerli olacaktır. Nitekim ister yalnızca insan onuruyla bağdaşmama kıstası benimsensin, isterse de ağırlık kıstası getirilsin; her iki durumda da söz konusu davranışların niteliklerini belirlemek

onuruna aykırı davranışın işkence suçuna vücut vereceği sonucuna varılmalıdır. Elbette ki her işkence insan onuruna aykırı olmakla birlikte, her insan onuruna aykırılık işkence teşkil etmeyebilir. Nitekim insan onuruna aykırılık, işkence suçunun unsurlarından yalnızca biridir. Failin niteliği, manevi unsurun gösterdiği özellik ve suç tiplerinde yer verilen diğer unsurlar, insan onuruna aykırılık teşkil eden davranışlardan yalnızca “belirli” olanlarının işkence olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Fakat manevi unsur bölümünde de değinileceği üzere, suçun oluşması bakımından özel saikin aranmadığı ceza kanunu sistemimizde, insan onuruna aykırı “pek çok” davranışın 94. madde çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür.

Netice itibariye, kişinin aşağılanması, algılama ya da irade yeteneğinin etkilenmesine veya ruhsal ya da bedensel acı çekmesine yol açacak davranışlar bir de insan onuruna aykırı nitelikte iseler, zaten belirli ağırlığa ulaşmış olacaktır. Bizce kanun koyucunun iradesi de bu yöndedir. Nitekim kanunun, 94. maddede belirtilen seçimlik unsurların zaten koruma altına alındığı diğer suç tipleri içerisinde düzenleme yapmak yerine, bu unsurları insan onuruna aykırılıkla birleştirip işkenceyi ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi buna kanıt oluşturmaktadır.

2. Davranışın Sistematiği ve Sürekliliği Sorunu

TCK'nın 94. maddesinin gerekçesine göre, “*işkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiiller ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eden bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh ve irade yeteneği üzerinde tahrip edici etkilerin olmasıdır. Bu etkilerin uzun süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırım altına alınmasını gerektirmiştir.*”

Madde metninde belirtilmemiş olmakla birlikte, gerekçeye göre işkence suçunun oluşabilmesi için, sistematik olarak ve belirli bir süreç içerisinde işlenen, süreklilik arz eden fiiller söz konusu olmalıdır.

veya çerçevesini çizmek uygulayıcıya kalmaktadır. Bu nedenle, söz konusu kavramların, belirli olmaktan uzak ve her somut olaya göre uygulayıcı tarafından tespit edilmesi gereken davranışları kapsadığını belirtmek yerinde olacaktır.

Bir görüşe göre, sistematik olma unsuru işkencenin önceden tasarlanması ve örgütlü olarak icra edilmesi, az çok bir plan dâhilinde yapılan hazırlık doğrultusunda emir komuta zinciri içinde iş bölümü yapılarak icra edilmesi şeklinde açıklanmaktadır⁸¹. Bir başka görüşe göre ise, işkence suçunu oluşturan hareketlerin önceden tasarlanmış, örgütlü olarak emir komuta içersinde işlenmesi, bu suç tipiyle bağdaşmamakla birlikte, uygulama alanını da oldukça daraltacak mahiyettedir. Bu nedenle, sistematik olma unsurunu, belirli bir süreç içersinde mağdura karşı yöneltilen müteakip saldırıların, genel bir tavır çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar bütününe bir unsuru olması ya da önceden kararlaştırılmış, organize ve düzenli bir seyir takip etmesi olarak tanımlamak gerekir⁸².

Doktrinde de ifade edildiği üzere, Filistin askısı, falaka, cinsel taciz gibi bazı hareketler tekrarlanmasa bile, niteliği gereği sistematik bir uygulama özelliği taşıyorsa işkence suçuna konu olabilmektedir⁸³. Yine işkence suçu bakımından aranan sistematik olarak ve belirli süreç içersinde uygulanma kriteri, aynı hareketin tekrarlanması şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bu suçtan söz edebilmek için aynı hareketlerin tekrarlanmış olması şeklinde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Birbirinden farklı olan hareketler kendi içinde sistematik bir bütünlük oluşturuyorsa, yine işkencenin varlığından söz edilebilecektir⁸⁴. Örneğin tek bir tokat atma fiili kasten yaralama suçunu oluşturur. Ancak tek bir tokat atma fiiline hakaret, sövme, tehdit, cinsel taciz şeklindeki fiiller eklenirse bunlar bir bütün halinde işkence suçunu oluşturacaktır⁸⁵.

Sistematik ve sürekli olma unsuruna değindikten sonra, bunun TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçu bakımından zorunlu bir unsur olup olmadığını tespit etmek gerekecektir. Az öncede işaret ettiğimiz üzere, sistematiklik ve süreklilik unsuruna madde metninde değil, gerekçede yer verilmiştir. Öncelikle, işkence suçunda tipikliğin çerçevesini çizibilmemiz bakımından fiilin sistematik ve sürekli olması unsuruna madde metninde değil de, madde

⁸¹ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 151.

⁸² Önok, s. 412.

⁸³ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 236.

⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 256; Önok, s. 412; Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 236, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 108.

⁸⁵ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 236.

gereğesinde yer verilmesi, bizce uygun değildir. Nitekim bu durumda suç tipine ilişkin düzenleme tartışmalı hale gelmektedir.

Bir görüşe göre⁸⁶, her işkencenin sistematik olduğu, diğer bir deyişle sistematik olmayan bir hareketin işkence nitelikli olmayacağını söylemek mümkün değildir. Nitekim, sistematik olmayan veya süreklilik arz etmeyen fiiller de işkence suçunu oluşturabilir. Örneğin bir kimsenin göz kapağının üzerinde sigara söndürülmesi, siyasal ayrımcılık nedeniyle cinsel organının kesilmesi, mağdurun ırzına geçilmesi de işkence olarak nitelendirilebilir. Bu açıdan sistematik olma ölçütü, bir fiilin işkence oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi bakımından yardımcı olacak önemli bir unsur olmakla birlikte, suç tipinin olmazsa olmazı değildir. Aynı şekilde, davranışın sürekliliği de dikkate alınması gereken ölçütlerden yalnızca biri olmakla birlikte, işkence suçunun vazgeçilmezi değildir.

Bir başka görüş ise, TCK m. 94'te "yol açacak davranışlardan" söz edildiğini, bu nedenle ani olarak değil, belirli bir süreç içerisinde işlenen fiillerin işkence suçuna vücut vereceğini belirterek; ani olarak işlenen fiillerin kasten yaralama, tehdit, cinsel saldırı gibi suçları oluşturacağını ifade etmektedir⁸⁷.

1984 Tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya karşı Sözleşme de, işkencenin tanımına yer verilirken, işkence suçunun kim tarafından hangi amaçlar çerçevesinde işlenebileceği belirtilmekte; buna karşılık davranışın sistematik ve sürekli olmasından söz edilmemektedir⁸⁸. Yine AİHM içtihatlarında da, davranışın sistematikliği veya sürekliliği işkence teşkil eden fiiller bakımından zorunlu bir

⁸⁶ Önok, s. 414; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 257.

⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 110; Aynı yönde Üzülmüş, İşkence Suçu, s. 354; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 323; Hakeri ise, işkence suçunun oluşabilmesi için sistematik olarak ve belli bir süreç içerisinde işlenen, süreklilik arz eden fiillerin olması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak yazar devamında, kanun gerekçesinde sistematik ve sürekli olma şartı bakımından özellikle dikkat edilmesi gereken hususun, her ne kadar işkencenin karakteristik özelliğinin hareketin sistematik olması ise de, sistematik olmayan veya süreklilik arz etmeyen fiillerin de işkence olabileceğini belirterek, Tezcan/Erden/Önok'un görüşüne gönderme yapmıştır. Bkz. Hakeri, İşkence Suçu, s. 354.

⁸⁸ Ayrıca Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 9 Aralık 1975 Tarih ve 3452 (XXX) Sayılı Kararı ile Cenevre Birleşmiş Milletler Kongresinde yer verilen işkence tanımında da, davranışın sistematik ve sürekliliğinden bahsedilmemektedir.

unsur olarak görülmemektedir⁸⁹. Diğer taraftan karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Alman Ceza Kanunu'nda yer verilen ifade vermeye zorlama suçunda davranışın sistematik ve sürekli olması aranmamakta, suçun oluşması için fiziksel bütünlüğü bozan veya manevi acı veren davranışların gerçekleştirilmesi yeterli görülmektedir⁹⁰. Şu halde, bir davranışın işkenceye meydan verebilmesi için, söz konusu davranışın sistematik ve sürekli olması şart değildir. Bu yorum TCK m. 94 bakımından da benimsenmelidir. Buna göre, davranışın sistematik ve sürekli olması, işkence suçunun tespitinde yardımcı bir kıstas olmakla birlikte, tipiklik bakımından bu suçun zorunlu unsurunu oluşturmamaktadır. Delil elde etmek için şüphelinin göz kapağında bir kez sigara söndüren güvenlik görevlisinin fiilini, sistematiklik ve süreklilik koşuluna uymadığından bahisle işkence suçu kapsamında değerlendirmemek yanlış olacaktır.

Şüphesiz ki, genel kastın yeterli görüldüğü işkence suçunda, davranışın sürekliliği ve sistematikliği aranmadığı takdirde, bu suçun uygulama alanı daha da genişleyecek; işkence suçu ile diğer suçlar (kasten yaralama, tehdit vs.) arasındaki farkın ortaya konulması zorlaşacaktır. Fakat bu sorunu, işkence suçunda davranışın sistematik ve süreklilik göstermesini aramak suretiyle çözmek, hatalı sonuçlara yol açabilir. Bizce bu husustaki asıl sorun, ileride de ele alınacağı üzere, davranışın sistematikliği ve sürekliliğinden değil, suçun manevi unsurundan kaynaklanmaktadır. Buna göre, bir polis memurunun sanığa tek yumrukla vurup çenesini kırması örneğinde, davranış sistematik ve sürekli olmadığı için değil, fail özel saikle hareket etmediği için işkence suçu oluşmamış kabul edilmelidir⁹¹. Buna göre işkence suçunun

⁸⁹ **Anayurt**, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 433. AİHM işkencenin varlığına hükmederken, fiziksel veya ruhsal acının ağırlığı, kast ve özel amaç unsurları çerçevesinde bir değerlendirme yaparak sonuca varmaktadır. Bunun için bkz. **Reidy**, Aisling, The Prohibition of Torture, Human Rights Handbooks, No. 6, 2003, s. 11-12. Ayrıca bkz. **Anayurt**, s. 431; **Önok**, s. 170.

⁹⁰ **Cramer/Sternberg-Lieben/Hecker**, S/S, StGB § 343, Rn.8-12.

⁹¹ Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre, "Olay gecesi hırsızlık soruşturması sırasında bardan çıkan ve arkadaşının polis otosuna bindirilmesi üzerine merak saikiyle arkadaşını neden aldıklarını soran katılının da otoyola bindirildiği ve polis memuru sanığın yumrukla vurması sonucu 25 gün iş ve güç kaybına uğrayacak şekilde çenesinde kırık meydana geldiği dosya kapsamı ve adli tıp raporuyla anlaşılacakla, sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 86/1, 3-d, 87/3 madde ve fıkraları gereğince lehe uygulama yapılması

oluşabilmesi için failin özel saikle hareket etmesi aranır, hem işkence suçunun çerçevesi diğer suçlar karşısında daha belirgin bir hal alır, hem de suçun kapsamı bu denli geniş olmaz.

IV. MANEVİ UNSUR

765 s. TCK m. 243'te yer alan işkence suçu özel saikle işlenebilmekteydi. Buna göre işkence teşkil eden fiiller a) bir kimseye cürümlerini söyletmek b) mağdurun şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek veya c) bir kişiye karşı şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işlenmesi gerekmekteydi.

TCK'nın 94. maddesinde ise, işkence suçunun özel saikle işlenmesi aranmamış, failin kasten hareket etmesi yeterli görülmüştür⁹². Buna göre işkence suçunun gerçekleşebilmesi için, kamu görevlisinin insan onuruyla bağdaşmayan, kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açacak davranışları gerçekleştirdiğini bilmesi ve istemesi gereklidir⁹³. Failin hareketinin objektif olarak bu neticelerden birine yol açacağını bilmesi yeterlidir⁹⁴.

Doktrinde bazı yazarlara göre⁹⁵, işkence genel bir görev suçu haline getirilerek ona özelliğini veren özel kast (özel kast kavramıyla saik ifade edilmektedir) olgusundan soyutlanınca, bu suçun içi boşalmaktadır. Nitekim bir kamu görevlisinin, görevi sırasında başkasına cismen ya da manen acı

gerekir..." 8. CD., 22.12.2008, 6112-14285. Bizce bu olayda kasten yaralama suçundan dolayı hüküm verilmesini gerektiren neden, polis memurunun özel saikle hareket etmemiş olmasıdır. Aksi halde, tek yumruk darbesinin sistematik ve süreklilik arz etmediği gerekçesiyle işkence suçuna meydan vermeyeceğini kabul etmek doğru olmaz. Eğer fail suçun delillerine ulaşmak amacıyla vurmuş olsaydı, artık işkence suçunun varlığından söz etmek gerekecekti. Bu nedenle TCK m.94'teki suçun özel saikle işlenebilecek şekilde tanımlanması gerekir.

⁹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 121; Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 327; Soyaslan, s. 153; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 261; Önok, s. 469; Hakeri, İşkence Suçu, s. 355.

⁹³ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 239; Soyaslan, s. 153.

⁹⁴ Önok, s. 469.

⁹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 262; Önok, s. 470.

vermesini, işkence saymak anlamsızdır. Örneğin bir profesör acil bir işini yetiştirmek için asistanını gece geç saatlere kadar yemeğe göndermeyip onu tutarsa bu suç işlemiş olacaktır⁹⁶.

Her ne kadar yazarın vermiş olduğu örneğe işkence suçu bakımından katılmak bizce mümkün olmasa da⁹⁷, işkence suçunun oluşması bakımından özel bir saik aranması gerektiği konusunda dile getirdiği eksiklik yerindedir. Nitekim işkence suçunda fiilin işleniş şekli kadar, işleniş amacı da önem taşımaktadır. Fakat görünen o ki, kanun koyucu işkence suçunda genel kastı benimseyerek, 765 s. TCK m. 243'te sayılan amaçlar dışında, soruşturma veya kovuşturma makamlarının elinde bulunan kimselere karşı TCK m. 94 kapsamında gerçekleştirilen fiilleri de işkence suçunun kapsamına sokmak suretiyle, bu tür fiilleri sonlandırmayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede, ister delil elde etmek, cezalandırmak ister öfkesini bastırmak isterse de otoritesini hissettirmek için hareket etsin, gözaltındaki bir şüpheliyi rutubetli ve böcek sarmış bir odada çırılçıplak tutan emniyet amiri, onun kolunu kıran polis memuru işkence suçunu işlemiş olacaktır.

Bir taraftan suçun faili bakımından kamu görevlisi sıfatına sahip olma şartından başka bir özelliğin aranmaması, diğer taraftan kamu görevlisi sıfatına sahip olan bu kimselerin maddede belirtilen hareketleri belirli bir

⁹⁶ Örnek için bkz. **Önok**, s. 470.

⁹⁷ Pek tabii ki, tarihi gelişimine de bakıldığında, işkence suçunun esasını, bir olayı aydınlatmak ve sorumluları ortaya çıkarmak üzere, şüpheli veya sanığa ya da olaya tanık olduğu düşünülen ilgili kimselere yapılan fiiller oluşturmaktadır. Bu da suçun oluşması bakımından failin özel bir saikle hareket etmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Fakat bir asistanın gece geç saatlere kadar aç olarak çalıştırılması, TCK m.94'ün eksik haliyle bile işkence suçunu oluşturmaz. Nitekim işkence suçunda esas olan "*insan onuruna aykırı bir davranış*" ile maddede belirtilen diğer seçimlik hareketlerin işlenmesidir. Bir asistanın gece geç saate kadar çalıştırılması m.94 anlamında, bir kimsenin sırf insan olmasından kaynaklı sahip olduğu evrensel değerlerin hiçe sayılması şeklinde geniş yorumlanmamalıdır. Bir hareketin insan onuruna aykırı olduğunu tespit etmek için yalnızca hareketin mahiyetine bakmak yanlış olacaktır. Nitekim hareketin nerede, nasıl ve hangi koşullarda yapıldığı da, söz konusu hareketin insan onuruna aykırı olup olmadığının tespitinde önemli bir kriterdir. Şu halde, başka türlü davranma olanağı bulunan asistanın hocası tarafından çok çalıştırıldığı için aç kalması ile beklemekten ve kendisine söyleneni yapmaktan başka hiçbir olanağı olmayan gözaltındaki bir şüphelinin, işlediği diğer suçları da itiraf edinceye kadar yemek verilmeyip aç bırakılması nitelikleri itibarıyla farklı davranışlardır.

saik gütmeksizin işleyebilmesi, işkence suçunun kapsamını oldukça genişletmiştir. Buna göre bir önceki paragrafta vermiş olduğumuz örneğin yanında, duvara resim çizerek okulun malına zarar veren bir öğrenciyi cezalandırmak amacıyla dolaba kilitleyen ve bunu tüm okulda ifşa eden okul müdürü; hasta olan eşi için yeni keşfettiği tedavi yöntemini zorla bir başka hastasının üzerinde deneyen kamu görevlisi doktor da işkence suçunda tipe uygun fiili gerçekleştirmiş olacaktır. O halde işkence suçunun oluşması bakımından belirli bir saikle hareket etmenin aranmaması iki hatalı uygulamaya yol açabilir. Bunlar: 1) Her kamu görevlisinin, 2) Bu kamu görevlilerinin insan onuruna aykırı nitelikteki her hareketlerinin TCK m. 94 kapsamında değerlendirilebilir olmasıdır⁹⁸. Bu sakıncaları belli ölçüde giderebilmek için kamu görevlisi kavramı, daha önce de bahsettiğimiz üzere, işkence suçunun düzenleme amacına uygun olarak kuvvet kullanma görev ve yetkisine sahip olan kimselerle sınırlı olarak dar yorumlanmalı ki, işkence suçunun çerçevesi biraz olsun daraltılabilsin.

1984 tarihli İşkence Sözleşmesinde, işkence cezalandırmak, bilgi veya itiraf elde etmek, ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla işlenebilen bir fiil olarak tanımlanmıştır. AİHM de işkenceye hükmederken, 1984 tarihli işkence sözleşmesine atıfta bulunarak, kararlarının gerekçesinde özel amacı vurgulamaktadır⁹⁹. Karşılaştırmalı hukukta ise, Alman Ceza Kanununda ifade zorlaması suçu, mağdurun açıklama yapmasına veya yapmamasına yönelik özel saikle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır. Mağdurun yapmış olduğu açıklamanın yargılama bakımından işe yarayıp yaramadığı önem taşımaz¹⁰⁰. Kanımızca TCK m. 94 bakımından da saik unsuruna yer verilmesi, düzenlemenin amacına daha uygun olacaktır. Kaldı ki, verilen kararlardan anlaşılacağı üzere, Yargıtay da işkence suçuna hükmederken faillerin suç işleme yönündeki özel saikini açıkça vurgulamaktadır¹⁰¹.

⁹⁸ Böylece TCK m.94'te düzenlenen işkence suçunun, geniş anlamda ele alınan işkence suçu kavramından dahi daha geniş bir kapsama sahip olduğu anlaşılmaktadır.

⁹⁹ Fakat bu koşul AİHM tarafından mutlak olarak anlaşılmamakta, özel bir amaç olmasa dahi tek başına fiilin ağırlığı göz önünde bulundurularak işkencenin varlığına hükmedilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Anayurt**, s. 438-442.

¹⁰⁰ **Cramer/Sternberg-Lieben/Hecker**, S/S, StGB § 343, Rn.16; **Kuhlen**, K/N/P, StGB § 343, Rn. 4.

¹⁰¹ “Sanıkların hırsızlık olayının şüphelisi olarak kendiliğinden ailesi ile karakola gelen mağduru **hırsızlığa konu parayı nereye sakladığı konusunda**, jop ve tokatla dövüp, yer

İşkence suçu ile diğer suçlar arasında belirgin bir ayrım ortaya koyabilmek için, işkence suçunda failin 765 sayılı TCK'da olduğu gibi belli saiklerle hareket etmiş olmasını aramak gerekir. Nitekim işkenceyi diğer suçlardan ayırt etmeye yarayan en önemli kriter, failin amacıdır. Fail, bir yargılama faaliyeti çerçevesinde bilgi elde etmek veya cezalandırmak amacıyla hareket ediyorsa, fiil işkence suçu kapsamında ele alınmalıdır. Genel kastla işlenen diğer fiiller bakımından ise, kasten yaralama, tehdit, cinsel saldırı, eziyet vs. suçlarının uygulanması yeterli korumayı sağlayacaktır.

Son olarak, işkence suçunda taksirli sorumluluk hali düzenlenmediği için, dikkatsizlik, tedbirsizlik veya meslekte acemilik gibi nedenlerle insan onuruna aykırı davranışa meydan verip, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açan kimsenin cezalandırılması söz konusu değildir.

V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

İşkence suçunda hukuka aykırılığı kaldıran bir halin bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öğretide Winfried Brugger işkencenin meşru olduğu istisnai durumu şu şekilde açıklamaktadır: “(1) Suçsuz bir insanın hayatı veya bedeni dokunulmazlığı için, (2) belirli, (3) dolaysız, (4) ciddi bir tehlike söz konusu olması gerekiyor. (5) Tehlike teşhis edilmiş bir fail tarafından kaynaklanıyor. (6) Fail hakka geri dönerek (...) tehlikeyi ortadan kaldıracak tek kişi. (7) Buna da mecburdur. (8) Bedeni cebir kullanmak bilgileri elde etmek için başarı getirebilecek tek araç.”¹⁰²

göstermesi için götürdükleri inşaat içinde de aynı şekilde darp ettikleri, mağdur, tanık anlatımları, yüzleştirme tutanağı ve yukarıda açıklandığı şekli ile doktor raporlarından anlaşılacakla, oluş ve mağdurun yaşı da göz önüne alındığında sanıkların atılı işkence suçunun sübuta erdiği...” 8. CD., 09.10.2006, E.2006/294, K.2006/7381, (kazanci.com); “Emniyet karakolu görevlisi olan sanıkların katılanın şikayeti üzerine başlatılan bir soruşturma sırasında, *olayları bildirmesini engellemek ve beyanlarını değiştirmesini sağlamak amacıyla* katılanı karakola çağırıp gözlerini bağlayarak dövme suretiyle kötü muamelede bulunma eylemlerinin işkence suçunu oluşturabileceği...”, 4. CD., 09.05.2007, E.2007/2313, K.2006/4406, (kazanci.com); “... sanıkların mağdur Ersin ve Mehmet'e *suçlarını söyletmek amacı* ile gözlerini bağlayarak sürekli gezdirmek ve dayak atmak suretiyle işkence yaptıkları...” 8.CD., 11.10.2005, 14107-9402, (yayımlanmamış).

¹⁰² Aktaran **Hilgendorf**, Eric, Hukuk Devletinde İşkence (Çev: Bahar **Erbil**), Kamu Hukuku Arşivi (KHukA), Mart 2005, s. 16.

Buna göre, bir yere bomba koyan ve yüzlerce insanın ölümüne neden olabilecek olan kişiye, bombanın yerini söylemesi için işkence yapılmasının meşru savunma veya zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülebilir ve kanundaki şartlar açısından değerlendirildiğinde, böyle bir işkencenin hukuka uygun sayılması mümkün olabilir¹⁰³.

Özellikle terörist faaliyetlerin artmasıyla birlikte, işkencenin söz konusu faaliyetleri önlemek amacıyla yapılıp yapılamayacağı tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Nitekim bu gibi durumlarda, bir tarafta terörist zanlısının acı çekmemesi fakat onlarca insanın ölmesi, diğer tarafta ise terörist zanlısının acı çekmesi yani işkenceye tabi tutulması fakat insanların hayatının kurtulması söz konusudur. Şu halde Dershowitz'e göre, gerçekleşmesi yakın ve ağır olan terörist saldırılarını engellemeye yarayacak bilgiyi elde edebilmek adına, ki bu kendisini bombalama eylemlerinde (*ticking bomb*) göstermektedir, terörist zanlılarına öldürücü olmamak kaydıyla işkence yapılabilirdir¹⁰⁴.

İşkence veya benzer muameleye tabi olmama, her insan için dokunulmaz ve mutlak haklardan biridir¹⁰⁵. Bu hakkın doğması için ne bir şart ve/veya bir ön koşul gerekmekte, ne de bu hakkın kullanılmasının bir istisnası bulunmaktadır. Dolayısıyla, bugün doktrinde hâkim olan görüşe göre, herkes için dokunulamaz, mutlak bir hak olan insan onuru merkezli bir koruma öngören işkence suçu bakımından, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak herhangi bir sebebin varlığı söz konusu olamaz¹⁰⁶. Nitekim, İşkenceye Karşı

¹⁰³ **Hakeri**, İşkence Suçu, s. 356.

¹⁰⁴ **Dershowitz**, Alan M., Why Terrorism Works: Understanding The Threat, Responding to The Challenge, New Haven and London 2002, s. 58-151. Dershowitz'in aynı hususu vurguladığı söyleşi için bkz. www.salon.com/books/int/2002/09/12/dershowitz, 03.03.2011. Bu fikrin, insan onuruna, hukuka ve ahlaka aykırı olan işkenceyi meşrulaştıracağı yönündeki karşı görüş için bkz. **Sung**, Chanterelle, Torturing The Ticking Bomb Terrorist: An Analysis of Juridicially Sanctioned Torture In The Context of Terrorism, Boston Collage Third World Law Journal, Vol.23:193 2003, 211 vd.

¹⁰⁵ **Gölcüklü**, Feyyaz/**Gözübüyük**, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Baskı, Ankara 2004, s. 198; **Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 246.

¹⁰⁶ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 247; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 120; **Nuhoğlu**, s. 575; **Tezcan/Erdem/Önok**, (2010), s. 260; **Önok**, s. 446; **Demirbaş**, İşkence Suçu, s.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2. maddesinde savaş dâhil, hiçbir olağanüstü durumun işkencenin uygulanmasına gerekçe olarak gösterilemeyeceği düzenlemesine yer verilerek, bu hususa açıkça işaret edilmektedir¹⁰⁷.

Diğer taraftan bomba örneğinden hareketle, insanların işkence bakımında kamunun güvenliği ile insan onuru arasında tercih yapmaya zorlanması ve buna göre bir sonuca varılması bizce doğru bir yöntem değildir. Öncelikle onlarca kişinin ölümüne meydan verecek olay ile işkence yapılacak zanlının bilgisi arasındaki bağlantının varlığını ortaya koymak zor olduğu gibi, bir bağlantı olsa bile elde edilen bu bilginin (yahut delilin) ölüm neticelerine engel olmada yeterli olabileceğini de bilmek her zaman mümkün olmaz. Doğru sonuçlara varabilmek için bomba örneğine dayanarak dar bir çerçeveden bakılmamalı; insan onuru kavramı ile insan yaşamı kavramları arasında tercih yapma zorunluluğuna gelmeden önce başka nelerin yapılabileceği araştırılmalıdır. Bu konuda görev devletlere düşmektedir. İnsan onuru yanında insan yaşamını da korumakla görevli olan devletler, terör eylemlerini önleme konusunda hukukun kendilerine çizdiği sınırlar içerisinde, ileri teknolojideki araştırma tekniklerini de kullanarak, kötü sonuçları önlemek için gerekli olan bütün çabayı göstermelidir. Şurası çok açık ki, gerek ulusal gerekse de uluslararası düzeyde barış ve huzurun sağlanabilmesi için, insan onuru ile birlikte insan yaşamının da etkin bir şekilde korunması gereklidir. Bunun için yetkililer, etkin bir soruşturma yürüterek, bu tip terörist faaliyetlerine karşı gerekli önlemleri almalıdır.

Son olarak değinmek istediğimiz husus, mağdurun rızasının işkence suçunu oluşturan fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği problemidir. Bu suçta kişiye ait hukuksal menfaatlerin yanında, adliye ve kamu idaresi de korunduğu için, mağdurun rızası suça konu fiilin hukuka uygunluğu konusunda önem taşımaz¹⁰⁸.

40; Üzülmüş, İşkence Suçu, s. 154 vd.; Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 326

¹⁰⁷ 2. madde aynen: “Hiçbir istisnai durum, ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez. Bir üst görevlinin veya bir kamu mercinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.”

¹⁰⁸ Cramer/Sternberg-Lieben/Hecker, S/S, StGB § 343, Rn.17; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 40; Nuhoğlu, s. 575; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 120; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 260.

VI. KUSURLULUK

İşkence suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, failin kasten hareket etmiş olması yetmemekte, ayrıca failin kusurlu hareket etmiş olması da gerekmektedir¹⁰⁹. Buna göre somut olayda kusurluluğu kaldıran bir sebep mevcutsa, failin tipte yer alan hukuka aykırı fiili gerçekleştirmiş olması nedeniyle sorumlu tutulması mümkün değildir.

Kusurluluğu kaldıran hallerden emrin ifası, diğer suçlarda olduğu gibi, işkence suçunda da uygulama alanı bulmaz. Nitekim konusu suç olan emir hiçbir surette yerine getirilmez. Aksi halde emri verenle birlikte emri yerine getiren de sorumlu olur (TCK m. 24/3). Yine mazeret sebebi olan zorunluluk halinin de işkence suçu bakımından bir özellik göstermesi muhtemel gözükmemektedir. Diğer kusur yeteneğini ortadan kaldıran haller mahiyetine uygun düştüğü ölçüde işkence suçu bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Kamu görevlisinin irade dışı aldığı alkol etkisiyle veya tehdit zoruyla işkence suçunu işlemesi örneğinde olduğu gibi.

Kusurluluğu azaltan bir hal olan haksız tahrik suçun oluşumuna bir etki etmez, yalnızca failin işlemiş olduğu suçtan dolayı cezai sorumluluğunun azalmasına neden olur. Örneğin, polis memurunun bir yakını öldüren zanlıya, o memur tarafından işkence edilmesi halinde, haksız tahrik hükümleri uygulanarak, failin cezasında indirimle gidilecektir.

VII. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ İŞKENCE SUÇU (m.95)

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, failin kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice meydana gelmektedir¹¹⁰. Burada temel suç kasten işlenir. Fakat meydana gelen netice için en az taksir seviyesinde kusur aranır. Nitekim TCK m. 23'e göre, bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

¹⁰⁹ Kusurluluk sübjektif isnadiyetin koşullarından birisi olarak fail hakkında ceza hükmü verilip verilemeyeceğini hususunda önem arz eder. Bu nedenle kusurluluğun, haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olan kast ve taksirden ayrı olarak ele alınması gerekir. (Bkz. **Özgenç/Şahin**, s. 229; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 333; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 327).

¹¹⁰ **Doğan**, Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar, Ankara 2011, s. 5

TCK m. 95/1'de düzenlendiği şekliyle, işkence 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, 94. maddeye göre belirlenen ceza yarı oranında artırılır.

TCK m. 95/2'de düzenlendiği şekliyle ise, işkence fiilleri, mağdurun; a) iyileşmesi 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, 94. maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

TCK m. 95/3 uyarınca, işkence suçunun vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde sekiz yıldan on beş yıla cezaya hükmedilmesi öngörülmüştür. Söz konusu kırığın, mağdurun hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, söz konusu ceza miktarı belirlenecektir¹¹¹.

TCK m. 95/4'te işkence suçunda ölüm neticesinin meydana gelmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre, işkence suçunda ölüm neticesi meydana gelirse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir. Fakat bu husus da eleştirilmektedir. Söz konusu fıkranın uygulanabilmesi için, ölüm neticesi bakımından TCK m. 23 gereği failin taksirle hareket etmiş olması aranacağından, kasıtlı olmayan bir netice bakımından TCK 'da öngörülen en ağır ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının öngörülmesi, kusur ilkesi başta olmak üzere, ceza hukukunun birçok temel ilkesine aykırılık teşkil etmektedir¹¹².

TCK m. 95/4 açısından, ölüm neticesine yönelik en azından olası kastın varlığı halinde, artık neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkenceden söz edilemeyecektir¹¹³. Örneğin gözaltındaki şüphelinin vücudunun hayati önem taşıyan

¹¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 128.

¹¹² Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 262; Önok, s. 514; karşı görüş Yurtcan, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2004, s. 197.

¹¹³ "... Mehmet Mustafa ve Ali isimli kişileri evlerinden alıp karakola getirerek nezaret altına aldığı, bu kişilerin altın bulma işini inkar etmeleri üzerine, altınların yerini söylemek için ayrı ayrı el ve ayak parmakları ile tenasül organlarına ceryan verip, dövmek, sövmek suretiyle işkenceye başladığı, bu işkence eylemlerinin 27.6.1980'den başla-

çeşitli yerlerinin bıçaklanması ve bıçak darbeleri sonucunda şüphelinin ölmesi durumunda, somut olayın koşullarına göre fiili gerçekleştiren kamu görevlisinin ölüm neticesi bakımından en azından olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir.

VIII. TEŞEBBÜS

İnsan onuruyla bağdaşmayan ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına “*yol açacak*” davranışların gerçekleştirilmesiyle işkence suçu

dığı ve geceleri 23.00'den sabaha kadar devam ettiğini, inleme ve feryat sesleri ile "Bokunu yiyeyim komutanım... altınların yerini bilmiyoruz..." sözlerinin etraftan geçenlerce duyulacak derecede olduğu,, Mehmet ve Mustafa'yı ayakları demire dayalı ve havada, başları yerde, elleri arasında olacak şekilde durduttuğu, düşenlere kızıp küfrederek ve vurarak yeniden başaşağı durmasını sağladığı, bu arada yere düşen Mehmet'i döverek başına tekme attığı, ... sanık doktorun Başçavuş ve erlere tuz ve un getirmelerini söyleyip temin olunan bir miktar tuz ile unu karıştırarak bulamaç haline getirip kaynatıktan sonra soğutup huzura getirttiği Mustafa, Ali ve Mehmet'e tatlamlarını söylediği bunların "acı" demeleri üzerine bir miktar daha tuz ilave ettirip tattırdığı, yine "acıdır" söylemeleri üzerine yeniden tuz getirip bulamaca karıştırdığı, bu suretle tahminen 2 kg. una, bir kısım beyana göre 1 - 2 kg. bir kısım beyana göre 5 kg. tuz karıştırdıktan sonra Başçavuş Gazi'nin yanında erlerin de yardımı ile (maktüllerin direnenlerini dövmek ve coplamak sureti ile kırıp kusturuncaya kadar zorla yedirdikleri kısa bir süre sonra maktüllerin alttan - önden - arkadan ve üstten çıkarmaya başladıkları, etrafın pislik içinde kaldığı, sanık doktorun bu hareketler sırasında maktülleri konuşturmak için ayrıca bir kaptan diğer kaba su boşaltarak su arzularını kamçılıyıp "Ben 34 senelik deli doktoruyum, altınların yerini söylemezseniz tumarhanelik olursunuz... bunun tadını beğenmeyip numara yapıyorsunuz... ben yutmam" tarzında sözlerle sabaha kadar bu işi sürdürdüğünü perişan hale gelen, kendilerini kaybeden bu üç maktülü daha sonra bahçeye çıkartıp orada duvar dibinde bir ağaç altına bıraktıkları, orada başlarına su döküp kendilerine gelmelerini sağlamaya çalıştıkları, ancak maktüllerin kendilerine gelmek bir tarafa, gittikçe fenalaştıklarını gören sanık doktorun saat 07.00 sıralarında Adliye'de işi olacağını bahane ederek oradan ayrılıp gittiği, sanık Başçavuş Gazi'nin maktülleri bu halde saat 08.00 sıralarına kadar beklettikten sonra ellerinden - ayaklarından askerlere tutturarak bir vasıtaya koyup Adana'ya Merkez'e getirdiği, burada amirlerine haber verdiği, halkın tepkisinden çekinerek sivil hastaneye götürülemedikleri, alayın revirine kaldırıldıklarından birer ikişer saat ara ile aynı gün peşpeşe üçünün de öldüğü, ..., sanıkların her maktüle karşı vaki eylemlerinden dolayı müstakil olan tecziyeleri ve haklarında TCK.nun 243/1 2, 452/1 ve 448. maddeleri ile ve her maktul için ayrı ayrı ceza tayini" CGK., 04.04.1983, E. 1983/8-64, K. 1983/156 (kazanci.com).

tamamlanır¹¹⁴. Dolayısıyla, suçun tamamlanmış olması için mağdurun acı çekmiş olmasına gerek yoktur¹¹⁵. İnsan onuruyla bağdaşmayan ve tipte yer alan neticeleri gerçekleştirmeye müsait olan davranışların gerçekleştirilmesi, suçun oluşması bakımından yeterlidir. Bu yönüyle işkence suçu salt hareket suçu olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁶.

İşkence suçuna, kural olarak, teşebbüs mümkündür¹¹⁷. Somut olayda suçu tamamlamaya yönelik icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği halde teşebbüsün varlığından söz edilebilir. Buna göre, kamu görevlisi elverişli hareketlerle doğrudan doğruya işkence suçunun icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğin özel olarak hazırlanmış bir yere işkence yapılmak üzere götürülen şüphelilerin, bir yolunu bularak kaçması ve işkence yapılmaktan kurtulması halinde teşebbüs hükümler uygulanabilecektir¹¹⁸.

IX. İŞTİRAK

Sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen işkence suçu özgü bir suçtur. TCK m. 40'ta özgü suçlara diğer kimselerin iştirak etmesine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, "*özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulur.*"

Fakat kanun koyucu işkence suçunda TCK m. 40'taki kurala bir istisna getirmiştir. TCK m. 94/4'te yer alan bu istisnaya göre, işkence suçunun

¹¹⁴ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet, s. 240; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 121.

¹¹⁵ Hakeri, İşkence Suçu, s. 361.

¹¹⁶ Önok ise, işkence suçunun netice suçu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Önok, s. 476.

¹¹⁷ Soyaslan, s. 152; Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 327; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 264; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 122.

¹¹⁸ Buna karşılık, baskın sırasında ele geçirilen teröriste, annesinin de yakalanıp tecavüze uğradığının söylenmesi, fakat gerçekte teröristin annesinin daha önce ölmüş olması örneğinde, işkence suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ifade edilmektedir. (Örnek için bkz. Önok, s. 478) Bilindiği üzere suç elverişli olan her türlü hareketle işlenebilir. Dolayısıyla teşebbüsten bahsedebilmek için de, suçu işlemeye yönelik icra hareketlerinin elverişli olması gerekmektedir. Daha önce ölmüş annesinin tecavüze uğradığından bahisle teröriste manevi acı vermeye yönelik hareketlerin, bizce elverişli hareket olarak nitelendirilmemelidir. Bu nedenle, işkence suçunda teşebbüse ilişkin olarak verilmiş söz konusu örneğe katılmadığımızı belirtmek istiyoruz.

işlenişine iştirak eden diğer kimseler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Buna göre, işkence suçunun işlenmesine iştirak eden herkes birlikte fail gibi cezalandırılacaktır¹¹⁹.

İştirakte bağlılık kuralı esastır. Bu çerçevede, doktorların gerçeğe aykırı rapor vermeleri halinde iştirak hükümleri uygulanmaz. Nitekim mağdurun muayenesi sırasında zaten işkence suçu tamamlanmış olmaktadır.

X. İÇTİMA

765 s. TCK m. 80'e göre, bir suç işlemek maksadıyla kanunun aynı hükmünü birden fazla kez ihlal eden kimseye zincirleme suç çerçevesinde tek bir suçtan fakat ağırlaştırılarak ceza verilmekteydi. Bu hükmün uygulanması için mağdurun aynı kişi olması aranmamaktaydı. Fakat Yargıtay, işkence suçunda mağdur sayısınca işkence suçunun varlığına hükmetmekteydi¹²⁰.

TCK'da zincirleme suçun düzenlendiği m. 43'te işkence suçu için istisna getirilmiştir. Buna göre, ister aynı mağdura, ister aynı anda farklı mağdurlara karşı işlenmiş olsun, işkence suçu bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.

Hukuki anlamda hareketin tekliğinin söz konusu olduğu durumlarda, tek suç olacağı ve bu nedenle zincirleme suç hükümleri uygulama alanı

¹¹⁹ Önok, s. 482; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 267; Soyaslan, s. 152.

¹²⁰ Oluşa ve dosyadaki bilgi ve belgelere göre sanığın mağdurlara işkence yaptığı kabul edilmesine göre mahkemece öncelikle hangi mağdurlara işkence yapıldığı ayrı ayrı ve kesin biçimde belirlenip, mağdur sayısınca uygulama yapılması gerekirken, yapılan tek uygulamadan verilen cezanın olayda uygulama yeri bulunmayan TCK.nun 80. maddesiyle arttırılmasıyla yetinilmesi..." 8.CD., 23.05.2001, 7016/10949 (Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C.2, Ankara 2002, s. 1989); "Bu itibarla sanıkların her maktüle karşı vaki eylemlerinden dolayı müstakil olan tecziyeleri ve haklarında TCK.nun 243/1 2, 452/1 ve 448. maddeleri ile ve her maktul için ayrı ayrı ceza tayini ve cezaların 71 ve müteakip maddeleri uyarınca içtima ettirilmesi icap eder. Zira her mağdura karşı vaki işkenceler birbirinden bağımsızdır. Ve her eylem ayrı bir suçu oluşturmaktadır. Bu eylemler sırasında 3 kişiden biri veya ikisi ölmeyebilirdi. Bu takdirde TCK.nun 456. maddesine gidilecek ve mağdurların işkence sonucunda belirlenen durumlarına göre bu maddenin uygun düşen fıkraları uygulanacaktır. Görülüyor ki, sanıkların her maktüle karşı vaki eylemleri birbirinden müstakildir." CGK, 04.04.1983, E. 1983/8-64, K. 1983/156, (kazanci.com)

bulmayacağı için, işkence suçuna m. 43/3'te öngörülen istisna da uygulanmayacaktır. Nitekim bir suçu itiraf ettirmek amacıyla, aynı kişiye karşı art arda işkence yapılmışsa, tek bir suç oluşacaktır¹²¹. Yine, gerekçede de belirtildiği üzere, işkence suçunda hareketlerin sistematikliği gereğince, hareketin birden çok olması, suçun da birden çok olduğu anlamına gelmez. Bir başka ifadeyle, işkence suçunda hareketlerin sistematik ve sürekli olması konusu aranırsa, bu durumda kendi aralarında bütünlük teşkil eden birden fazla hareketi tek bir işkence suçu kapsamında değerlendirmek gerekecektir¹²².

İşkence suçunu oluşturan fiiller aynı zamanda yaralama, hakaret, tehdit gibi diğer suçları oluşturuyorsa, nasıl bir çözüme gidilecektir? Doktrinde TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince, en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²³. Bizce, yaralama, hakaret, tehdit fiilleri işkence suçunun temel şeklini oluşturan maddi unsurları içerisinde değerlendirilmelidir¹²⁴. Nitekim işkence suçunu oluşturan seçimlik hareketler, söz konusu suçların maddi unsurlarını karşılamaktadır. Dolayısıyla yaralama, hakaret, tehdit fiilleriyle işkence suçunun işlenmesi halinde, yalnızca işkence suçunun varlığını kabul etmek gerekir. Cinsel taciz suçu ise, işkence suçunun nitelikli hali içerisinde düzenlendiğinden, işkence suçunun cinsel yönden taciz fiiliyle gerçekleştirilmesi halinde de tek bir suç meydana gelmektedir (TCK m. 94/3).

Failin işkence yaptığı mağdur ölürse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçundan hüküm kurmak gerekir. Buna karşılık, kamu görevlisi işkence yaptığı mağduru, kendisini ihbar edeceği düşüncesiyle öldürürse, bu durumda hem işkence suçundan hem de nitelikli kasten öldürme suçundan (TCK m. 82/-h) ceza vermek gerekecektir¹²⁵.

¹²¹ Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 265.

¹²² Önok, s. 524; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 265.

¹²³ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 45; Önok, s. 490-491; Üzülmöz, İşkence Suçu, s. 175; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 328; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 265.

¹²⁴ 765 sayılı TCK döneminde, Özgenç/Şahin, mağdura karşı yapılan müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza tecavüz fiillerinin işkence suçunun maddi unsurları kapsamında olduğunu, dolayısıyla failin sadece işkence suçundan sorumlu olacağını belirterek, duruma farklı bir gerekçeyle yaklaşmıştır (bkz. Özgenç/Şahin, İşkence Suçu, s. 197).

¹²⁵ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 45.

İşkence suçunun nitelikli hallerinde cinsel saldırı suçu düzenlenmediği için, işkence suçunun cinsel saldırı fiilleriyle işlenmesi halinde, işkence suçunun yanında ayrıca cinsel saldırı suçu da oluşacaktır. Acaba bu durumda gerçek içtima yoluna mı gidilecek, yoksa fikri içtima gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı mı sorumluluk belirlenecektir? Doktrinde, gerekçeyle paralel olarak, işkence suçunun cinsel saldırı suçuna meydan verecek davranışlarla işlenmesi halinde, ayrıca cinsel saldırı suçundan da hüküm kurulması gerektiği ifade etmektedir¹²⁶. Davranışın sistematik olmasını arayan madde gerekçesi kendi içerisinde tutarlılık göstermektedir. Fakat gerekçenin bağlayıcılığının bulunmadığı noktasından hareketle, işkence suçunda davranışın sistematik ve sürekli olmasının zorunlu olmadığını kabul ettiğimiz takdirde, farklı sonuca varmak gerekecektir. Nitekim son durumda tek bir fiille hem cinsel saldırı hem de işkence suçunun oluşmasının mümkün hale geleceği göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin konuşması için mağdurun ırzına geçilmesi halinde, tek hareketle hem işkence hem de cinsel saldırı suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu çerçevede fikri içtima kuralları gereğince fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olmalıdır.

SONUÇ

Görüldüğü üzere, TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçuna ilişkin, temel olarak üç noktada tartışmalı husus bulunmaktadır. Bu eleştiriler, işkence suçunda davranışın belirli ağırlık düzeyine ulaşmasının aranmaması, belirli bir saikle hareket etme unsuruna yer verilmemesi ve hareketin sistematikliğinin aranıp aranmamasına ilişkin sorunların etrafından toplanmaktadır.

Eski kanunun aksine, TCK'da, işkence etmek, zalimane ve gayri insani muamelede bulunmak gibi kavramlara yer verilmemiştir. Bunun yerine insan onuruyla bağdaşmayan hareketlerden söz edilmiştir. Şu halde, davranışın ağırlığı konusunda TCK m. 94 bakımından bir sınıflandırmaya gidilmesi anlamsızdır. Burada tartışılması gereken, insan onuruna aykırılık taşıyan davranışların sınırını nasıl çizmemiz gerektiğidir. Kafamızda oluşturacağımız insan onuru algısı, işkence suçuna konu olacak davranışların da sınırını

¹²⁶ Önok, s. 486; Tezcan/Erdem/Önok, (2010), s. 266, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 328; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 122.

oluşturacaktır. Fakat bu ifadeden, her insan onuruna aykırı davranışın işkence olduğu sonucuna varılmamalıdır. İnsan onuruna aykırı davranışın işkence suçuna vücut verebilmesi için, aynı zamanda kanundaki diğer seçimlik hareketleri de karşılaması gerekmektedir. Zaten insan onuruna aykırı davranışların zaten belirli ağırlık düzeyinde olduğunu kabul ettiğimizde, bu davranışlar işkence suçundaki diğer seçimlik unsurları muhtemelen karşılayacaktır.

İşkencenin işlevi iki yönlüdür: İlk olarak işkence politik yıldırma, cezalandırma aracıdır. İkincisi olarak ise işkence bir suçun delillerinin elde edilmesi aşamasında rol üstlenir. İşkence suçunu kaleme alırken, bu amaçlar doğrultusunda bir düzenleme yapılmalı ki, işkence suçu ile diğer suçlar arasındaki sınır tam olarak belirlenebilsin. Buna göre, işkencenin özel saikle işlenmesi aranmalıdır. Aksi halde, hem kamu görevlisi sıfatına bir sınırlama getirilmemesi hem suçun işlenmesinde özel saik aranmaması, kamu görevlisinin işlemiş olduğu birçok fiilin işkence suçu kapsamında mütalaa edilmesine yol açacaktır. Dolayısıyla işkence suçunda belli bir saikle hareket etmenin aranmaması ve bu suçun kamu görevlisi sıfatına sahip herkes tarafından işlenebilecek şekilde tanımlanması, işkence suçunun kapsamını oldukça genişletmektedir. Burada kamu görevlisi kavramının, kuvvet kullanma görev ve yetkisine sahip kimseleri kapsayacak şekilde dar yorulması yoluna gidilirse, işkence suçuna yer verilmiş amacını aşan bazı durumların TCK m. 94 kapsamında değerlendirilmesinin önüne biraz olsun geçilebilir.

İşkence suçunda davranışın sistematik ve sürekli olmasına madde metninde yer verilmeyerek, gerekçede söz edilmiştir. İşkence suçuna vücut verebilmesi için bir davranışın sistematik olması gerekmez. Fakat sistematik olma, davranışın işkence suçuna vücut verip vermediği noktasında kullanılacak kıstaslardan biri olabilir. Buna karşılık sistematik olmadığı gerekçeyle, insan onuruna aykırı bir davranışla (örneğin diğer suç ortaklarının yerini söylemesi için), mağdurun algılama ve irade yeteneğini bozan (göz kapağında sigara söndürmesi gibi) failin işkence suçunu işlemediği söylemek doğru olmayacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, işkence suçunun uygulama alanı her ne kadar genişlemiş olsa da, işkence suçuna yönelik ihlaller artık eskisi kadar fazla değildir. Elbette ki bunda insan hakları algısının büyük bir etkisi olduğu düşünülebilir. Fakat bireyin nerdeyse her hareketini kayıt altına alan

teknolojinin gelişmişliğini ve özel bir takım soruşturma usulleriyle artık delillere ulaşmanın çok kolay olduğunu da göz ardı etmemek gerekir. Dolayısıyla, gelişmiş soruşturma yöntemleriyle birlikte işkence suçuna artık eskisi kadar ihtiyaç kalmadığını ve bunun, işkence vakıalarında ciddi bir azalmasında önemli bir rol üstlendiğini de göz önünde bulundurmak gerekir.

Kaynakça

- Anayurt**, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar I, İstanbul 2007.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, Ankara 2005, (*Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş*).
- Cramer**, Peter/**Sternberg-Lieben**, Detlev/**Hecker**, Bernd, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München.
- Demirbaş**, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1996.
- Demirbaş**, Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 1992, (*Demirbaş, İşkence Suçu*).
- Dershowitz**, Alan M., Why Terrorism Works: Understanding The Threat, Responding to The Challenge, New Haven and London 2002.
- Erem**, Faruk/**Toroslu**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara, 1999.
- Erman**, Sahir/**Özek**, Çetin, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.
- Erol**, Haydar, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.
- Gemalmaz**, Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul, 1991.
- Gölcüklü**, Feyyaz/**Gözübüyük**, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Baskı, Ankara 2004.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003,

Hakeri, Hakan, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, 2009, (*Hakeri, İşkence Suçu*).

Hilgendorf, Eric, Hukuk Devletinde İşkence (Çev: Bahar ERBİL), Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA), Mart 2005.

İçel, Kayıhan/**Sokullu-Akıncı**, Füsun/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoğlu**, Fatih/**Ünver**, Yener, İçel Suç Teorisi, İkinci Kitap, 2. bası, İstanbul, 2000.

Kuhlen, Lothar, Kindhauser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 2 Bände, Deutschland 2010.

Lord, Rachel, The Liability of Non-State Actors For Torture in Violation Of International Humanitarian Law: An Assessment Of The Jurisprudence Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia, ([http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2003\(1\)/04Lord.pdf](http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2003(1)/04Lord.pdf) =03.03.2010).

Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C.2, Ankara 2002, s.1989.

Nuhoğlu, Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.

Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006.

Özbek, Veli Özer/**Kambur**, Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.

Özbek, Veli Özer/**Kambur**, Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011.

Özgen, Eralp, İşkence ve İnsanlık Dışı Muamelelere Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.2, 1988.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010.

Özgenç, İzzet/**Şahin**, Cumhur; İşkence Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S.1-2, 2000, (*Özgenç/Şahin, İşkence Suçu*).

Özgenç, İzzet/**Şahin**, Cumhuriyet; Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, (*Özgenç/Şahin, Ceza Hukuku*).

Reidy, Aisling, The Prohibition of Torture, Human Rights Handbooks, No. 6, 2003.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.

Sung, Chanterelle, Torturing The Ticking Bomb Terrorist: An Analysis of Juridicially Sanctioned Torture In The Context of Terrorism, Boston Collage Third World Law Journal, Vol.23:193 2003.

Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması (Yayımlanmamış doktora tezi), DEÜSBE, İzmir, 1999.

Tezcan, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancaktar**, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004.

Tezcan, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Bası, Ankara 2008.

Tezcan, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Bası, Ankara 2010.

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003.

Üzülmez, İlhan, İşkence Suçu, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, Sonbahar 2004, (*Üzülmez, HPD*).

Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 2003, (*Üzülmez, İşkence Suçu*).

Üzülmez, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2, S:2, 2005, (*Üzülmez, İşkence ve Eziyet*).

Yurtcan, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2004.