

İŞKENCE SUÇU

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ*

Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN*

Özet

Ceza muhakemesinin amacı, *maddî gerçeğin araştırılması* ve bu suretle *adil bir yargıya varılması*dır. Ancak, bu amaç, belli bir suç şüphesi altında bulunan (suç zanlısı) kişinin *soyut obje* durumuna irca edilmesine haklılık kazandırmaz. Yani, insana şahsiyet değeri kazandıran yetenekleri, maddî gerçeğin araştırılması uğruna yok edilemezler. Bu nedenle, itirafta bulunmasını temini amacıyla, ikrarda bulunması için belli bir suç şüphesi altında bulunan kişi, algılama yeteneğini olumsuz yönde etkileyecek bir muameleye tabi tutulamayacağı gibi; yine isnat konusu suçu itiraf etmesi için, ikrarda bulunması için kendisine karşı zor kullanılamaz. Bir başka ifadeyle, kişi kendini töhmet altında bırakacak bir beyanda bulunmaya zorlanamaz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek için başvuru işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir.

Bu nedenle, işkence fiillerinin cezalandırılması, adaletin gerçekleştirilebilmesi için bir zorunluluk arz etmektedir. Ancak, bu zorunluluk, işkence fiillerinin bağımsız bir suç olarak tanımlanmasını gerektirmemektedir. Belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek amacıyla bir kişiye işkence edilirken işlenen fiiller, esas itibarıyla farklı nitelikteki bazı suçların oluşumuna sebebiyet vermektedir. İşkence teşkil eden fiiller esas itibarıyla müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiillerin işleniş sırasında belli bir *amaç* güdülmektedir. Bu nedenle, işkence fiillerini bağımsız bir suç olarak tanımlamak yerine; müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz suçlarının bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şeklinin oluştuğunu kabul etmek, daha yerinde olacaktır.

Zusammenfassung

Das Ziel des Strafverfahrens ist die Suche nach materieller Wahrheit und ein gerechtes Urteil abzugeben. Um dieses Ziel zu erreichen, dürfen wir aber den Beschuldigten nicht als schlichtes Objekt des Verfahrens betrachten und behandeln. Aus diesem Grund

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

* * Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

ist die Anwendung der Folter strikt verboten.

Das berechtigt aber nicht, die Anwendung der Folter als eine eigenstaendige Straftat zu betrachten. In Anwendung der Folter kann man verschiedene Straftaten, beispielweise Körpverletzung, sexuellen Missbrauch, Beleidigung, Bedrohung oder Erpressung gegen den Beschuldigten ausüben. Diese Straftaten können mit der Absicht zum Erzwingen von Gestaendnis ausgeübt werden. Unseres Erachtens wäre es sinnvoll, die Ausübung dieser Straftaten mit sogenannter Absicht schwer zu bestrafen.

In unserem Artikel haben wir darauf aufmerksam gemacht dass, die Bestimmung des Türkischen StGB bezüglich der „Straftat Folter“ (Art. 243) in der Praxis verschiedene Probleme verursacht.

Suchwörter: Folter, Straftat Folter, Missbrauch, Gestaendnis, Erzwingen zum Gestaendnis

Arama Sözcükleri: İşkence, İşkence Suçu, Kötü Muamele, İkrar, İtiraf Zorlama

“İŞKENCE SUÇU”

Giriş: İşkence Yasağı

Ceza muhakemesinin amacı, *maddi gerçeğin araştırılması* ve bu suretle *adil bir yargıya varılmasıdır*. Belli bir suç şüphesi altında bulunan (suç zanlısı) kişi de, ceza muhakemesi sürecine katılan kişilerden birisidir. Bu itibarla, bir şahsiyet olan *suç zanlısı kişi* de *maddi gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılmasına* ve dolayısıyla, *adil bir yargıya varılmasına, bazı tedbirlere katlanmak suretiyle de olsa, katkıda bulunmak yükümlülüğü altındadır*¹.

Belli bir suç şüphesi altında bulunan kişi, her ne kadar belli ölçüde ceza muhakemesinin *konusunu* teşkil ediyorsa da; hiçbir zaman *soyut obje* durumuna irca edilemez². Yani, insana şahsiyet değeri kazandıran yetenekleri, maddi gerçeğin araştırılması uğruna yok edilmemelidirler. Ceza muhak-

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZGENÇ İzzet:** *Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukukî Sonuçları*, in: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1995, Cilt 9, Sayı 1-3, s. 129 vd.; **ŞAHİN Cumhur:** *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 105

² **ÖZGENÇ İzzet:** *Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler*, in: İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1994, Cilt 68, Sayı 1-3, s. 92; ayrıca, Kant'tan naklen **WALDER Hans:** *Die Vernehmung des Beschuldigten*, Hamburg 1965, s. 58.

emesinde bir "ispat vasıtası"³ olarak telakki edilen⁴ suç zanlısı kişi; maddi gerçeğin araştırılması uğruna hiçbir surette algılama yeteneğinden yoksun bırakılamaz⁵. Keza, suç şüphesi altında bulunan kişi, ikrarda bulunmasını temin amacıyla, irade yeteneğinden yoksun bırakılamaz; irade yeteneğini bertaraf eden "işkence" metodlarına başvurulamaz⁶.

Bu itibarla, itirafıta bulunmasını temin maksadıyla, ikrarda bulunması için belli bir suç şüphesi altında bulunan kişi, şuurunu bulandıracak, algılama yeteneğini olumsuz yönde etkileyecek bir muameleye tabi tutulamayacağı gibi; yine isnad konusu suçu itiraf etmesi için, ikrarda bulunması için kendisine karşı zor kullanılamaz. Bir başka ifadeyle, kişi kendini töhmet altında bırakacak bir beyanda bulunmaya *meccur* edilemez⁷. Çünkü, zor kullanılarak kişinin bir açıklamada bulunmaya sevk edilmesi halinde; yapılan açıklama, şahsiyet değerini haiz bir insan açıklaması sayılamayacak ve dolayısıyla delil kıymetini haiz olmayacaktır⁸.

Türkiye, taraf olduğu Milletlerarası Sözleşmelerde işkencenin yasak olduğunu kabul ederek, işkencenin önlenmesiyle ilgili gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir.

Türkiye'nin üyesi olduğu Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen "*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*"nin 5. maddesine göre;

«Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tâbi tutulamaz.»

Türkiye'nin taraf olduğu⁹ 4 Kasım 1950 tarihli "*İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme*"nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin) 3. maddesine göre;

«Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tâbi tutulamaz.»

Türkiye 10 Şubat 1984 tarihli "*İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*"ni onaylamıştır¹⁰.

³ "Beweismittel".

⁴ **PETERS Karl**: *Strafprozess, Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1985, § 28, III; **ROXIN Claus**: *Strafverfahrensrecht*, 20. Auflage, München 1987, § 18, A; § 25, I.

⁵ Bu ve müteakip açıklamalar için bkz. **PETERS**, § 41, I ve II.

⁶ Yasak sorgu metodları ve hukuki sonuçları hakkında bkz. **SOKULLU-AKINCI Füsün**: *Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü Ve İnsan Hakları*, İstanbul 1990, s. 155; **ŞAHİN**, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, s. 187 vd.

⁷ **WALDER**; s. 62; **ŞAHİN**, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, s. 102 vd.

⁸ **PETERS**, § 28, IV, 2.

⁹ Onay Kanunu: 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun. Metin için bkz. RG.: 19.3.1954/8662.

Sözleşmenin 1. maddesinde işkence kavramı tanımlanmış ve kapsamı belirlenmiştir. Buna göre;

«“İşkence” terimi, 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 gözeten 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. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.» (f. 1)

«Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata halel getirmez.» (f. 2)

Sözleşmenin 2. maddesinde, hiçbir hal ve şartta işkencenin meşru ve mazur gösterilemeyeceği hüküm altına alınmıştır:

«Hiç bir istisnai durum, ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez.» (f. 2)

«Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.» (f. 3)

Sözleşmenin 4. maddesinde taraf devletlere işkence fiillerinin suç olarak tanımlanması yönünde bir yükümlülük getirilmiştir:

«Her Taraf Devlet, tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde, işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiili suç sayılacaktır.» (f. 1)

İşkence ile ilgili olarak bu Sözleşmede taraf devletlere yüklenen yükümlülüklerin “işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiiller” açısından da geçerli olduğu kabul edilmiştir (m. 16).

Türkiye, ayrıca, 26 Kasım 1987 tarihli “İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”ni onaylamıştır¹¹.

Bu milletlerarası yükümlülüklerle paralel olarak Anayasada da işkencenin yasak olduğu kabul edilmiştir:

«Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.» (m. 17, f. 3)¹².

¹⁰ Onay Kanunu: 21.4.1988 tarih ve 3441 sayılı Kanun. Metin için bkz. RG.: 10.8.1988/19895.

¹¹ Onay Kanunu: 25.2.1988 tarih ve 3411 sayılı Kanun. Metin için bkz. RG.: 27.2.1988/19738.

«Hiç kimse kendisini ... suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.» (m. 38, f. 5)¹³.

Bu taahhütler karşısında ve özellikle insan haysiyetinin tecavüzlerden korunması için, işkence teşkil eden fiillerin cezasız kalmaması gerekmektedir. Bu düşüncelerle, işkence fiilleri TCK.nda “bağımsız” bir suç olarak tanımlanmıştır.

I. TCK.ndaki “İşkence Suçu”na İlişkin Tanım

«Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.» (1. fıkra)

«Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.» (2. fıkra)

İşkenceyi bağımsız bir suç olarak tanımlayan 243. madde hükmü kaynak 1889 İtalyan Ceza Kanununda bulunmamaktaydı¹⁴. Bağımsız bir “işkence suçu”na ilişkin tanım, 1274 (1858) tarihli Ceza kanunname-i Hümayunundan TCK.na alınmıştır.

Madde metni, 1961¹⁵ ve 1999¹⁶ yıllarında iki defa değiştirilmiştir.

II. İşkence Fiillerinin Cezalandırılmasıyla Korunan Hukuki Değer

¹² 1961 Anayasasının 14. maddesinin 3. fıkrasına göre; “Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz”.

¹³ Aynı hüküm 1961 Anayasasının 33. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktaydı.

¹⁴ 1930 İtalyan Ceza Kanununda da işkence fiilleri bağımsız bir suç olarak tanımlanmamıştır.

¹⁵ 5.1.1961 tarih ve 235 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle madde metni şu şekli almıştı:

«Mahkemeler ve meclisler reis ve âzalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gariinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere baş vurursa beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile mahkûm olur.» (1. fıkra)

«Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.» (2. fıkra)

¹⁶ Madde metni bugünkü halini 26.8.1999 tarih ve 4449 sayılı Kanunla almıştır.

İşkenceyi bağımsız bir suç olarak tanımlayan kanunlar ve bu arada TCK sistemine göre; bu suç ile korunan hukuki değer, karma bir nitelik taşımaktadır. Çünkü, işkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığını ve şerefini ihlal etmekte, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkence teşkil eden fiillere maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemnin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek için başvurulmuş işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkence teşkil eden fiillerin cezai yaptırım altına alınması, Ceza Muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder¹⁷.

III. Fail

Türk Ceza Kanunundaki tanımlama biçimiyle “işkence suçu”, bir *mahsus (özgü) suç*¹⁸ niteliğindedir. Kanunun değişiklikten önceki ifadesine göre, bu suç “*mahkemeler ve meclisler reis ve âzalarından ve sair hükümet memurlarından biri*” tarafından işlenebilir. Bu itibarla, bir suç vakıasını takibe yetkili bir kamu görevlisi (“memur”) “işkence suçu”nun faili olabilir¹⁹.

TCK.nun 243. maddesinin 1. fıkrasında 26.8.1999 tarih ve 4449 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre, işkence suçunun faili “*memur veya diğer kamu görevlileri*” olabilirler.

Değişiklikle benimsenen bu ifade biçimini TCK.nun 279. maddesi hükmüyle telif etmek mümkün değildir. Çünkü, 279. maddeye göre ancak “kamu görevi” ifa eden kişiler, yani kamu görevlileri “*Ceza Hukuku uygulamasında memur*” sıfatını haiz olacaklardır. Halbuki bu ifade biçimi, “memur”dan başka ayrı bir “*kamu görevlisi*” statüsünün varlığını gerekli kılmaktadır. Anayasanın 128 ve 129. maddeleri esas alınarak yapılan bu ayır-

¹⁷ **DEMİRBAŞ Timur:** *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 1992, s. 29; aynı yazar: *1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi*, in: Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 205 vd. (212); **ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner:** *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2000, s. 527.

¹⁸ **ÖZGENÇ İzzet/ŞAHİN Cumhur:** *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001, s. 95 vd.

¹⁹ **DEMİRBAŞ,** *İşkence Suçu*, s. 30; **SOYASLAN Doğan:** *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 1997, s. 555. Ancak, işkence suçunun faili olmak için kamu görevlisinin (“memur”un) somut olayda suçu takiple görevlendirilmiş olması gerekmez (**ÖNDER Ayhan:** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 1991, s. 181).

ının, İdare Hukukuna uygun düşmekle birlikte, Ceza Hukuku açısından doğru olmadığını düşünmekteyiz^{20, 21}.

Ayrıca, bu “*memur veya diğer kamu görevlileri*”nin, suçu takibe yetkili olması gerektiği hususunda madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen, doktrinde kabul edilen bir görüşe göre; “*memur veya diğer kamu görevlileri*”nin işkence suçunun faili olabilmesi için, “*ifade almaya ve sorgulamaya (madde bakımından) yetkili olması gerekir.*”²².

IV. İşkence Fiilleri

Söz konusu oluşturan fiiller, Kanunda “*ışkence etmek*”, “*zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurmak*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu ifadelerin ne anlama geldiği, doktrine²³ atıfla Yargıtay kararlarında açıklanmaya çalışılmıştır:

«243. maddenin 1. fıkrası; yetkili bir memurun, suçunu söylemek için sanık durumunda bulunan bir kimseye ve kimselere işkence ve sair kötü muamelelerde bulunmasını müeyyide altına almaktadır.

Buna göre; suçun kanuni unsurları,

- 1- Suç failinin, yetkili memur olması;
- 2- Mağdurun, “sanık durumunda bulunan” kimse olması;
- 3- Sanığın suçunu söylemek kastı ile hareket e(dil)mesi;
- 4- Sanığ(a) işkence ve sair kötü muamelelerde bulun(ul)ması gerekir.

Yetkili bulunmayan veya memur olmayan kimsenin sanık durumunda sayılmayan kimseye karşı anılan eylemlerde bulunması, maddedeki suç oluşturamaz.

²⁰ “Kamu görevlisi” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **ÖZGENÇ/ŞAHİN**, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 426 vd.

²¹ Aynı yöndeki düşünce için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, *Özel Hükümler*, s. 528; **TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan**: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, İzmir 2000, s. 193/194.

²² **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, *Özel Hükümler*, s. 528.

²³ Bu kavramlarla ilgili doktrindeki açıklamalar için bkz: **ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin**: *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1992, s. 236 vd.; **ÖNDER**, *Özel Hükümler(3)*, s. 181; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, *Özel Hükümler*, s. 531; **TEZCAN/ERDEM**, s.195.

Maddede bahsolunan ve suçun maddi unsurunu teşkil eden işkence ve sair kötü muamelelerden ne anlaşılması gerektiği hususunda kanuni bir tarife rastlanmamakla birlikte; doktrin ve mahkeme içtihatlarında;

a- *İşkence*(nin), bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri;

b- *Zalimane muameleler*(in), mağdura yapılan maddi veya manevi ızdırap verici her türlü muameleleri;

c- *İnsani olmayan muameleler*(in), kişiliği ve insanlık duygusunu önemli derecede incitici fiilleri;

d- *Haysiyet kırıcı hareketler*(in) ise; bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğindeki fiilleri

ifade ettiği; bu kötü muamelelerin neler olduğunu Kanunun tek tek saymayıp, hâkimin takdirine bıraktığı belirtilmektedir.

Bu konuda üzerinde önemle durulması gereken husus; sanığın kastıdır. Bu kasıt, genel kasıt olmayıp, *sanıklara suçlarını söyletmek kastı*, yani *özel kasıt* olmalıdır.»^{24, 25}.

Maddede yer alan “*işkence, zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleler*” suç siyaseti açısından isabetli kavramlar değildir. Çünkü bu kavramların içeriğini belirlemek ve bunları birbirinden ayırmak mümkün değildir. Suç teşkil eden her davranış, -tabir yerinde ise- “gayriinsani”dir ve bir haksızlığı ifade etmesi itibarıyla, “zalimane davranış”tır.

²⁴ CGK., 4.4.1983, 8-64/156 (YKD., Temmuz 1983, s. 1059-1072. Aynı olay ve konuya ilişkin olarak 8. CD.nin kararı YKD., Mart 1983, s. 445 vd.nda yayınlanmıştır.). Karara konu teşkil eden olay şu şekildedir:

«İncelenen dosyaya ve delillere göre; ... Köyü'nden Hüseyin isimli şahsın, 27.6.1980 gecesi saat 22.00 sıralarında Adana, Merkez ... Bucağı Jandarma Kararolu'na gelerek, burada görevli sanık Astsubay Başçavuş G'ye ... Köyü'nden Mehmet'in yanında çoban olan maktûl Mustafa'nın dağda kazı yaparak çok sayıda altın bulup bunu satmaya çalıştığını ihbar etmesi üzerine; köye giden sanık Başçavuşun, yaptığı soruşturmada Mustafa'nın 15 - 20 kg. miktarında tarihî altın para bulup, bir miktarını İsmail'e sattığını, kalanını da Osmaniy'e'de kuyumculuk yapan Mehmet'e satmak istediğini öğrenerek, altın işine isimleri karışan Mehmet, Mustafa ve Ali'yi evlerinden alıp karakola getirerek, nezaret altına aldığı; bu kişilerin altın bulma işini inkâr etmeleri üzerine, altınların yerini söyletmek için ayrı ayrı el ve ayak parmakları ile tenasül organlarına cereyan verip, dövmek, sövmek suretiyle işkence başladığı; bu işkence eylemlerinin 27.6.1980'den başladığı ve geceleri 23.00'den sabaha kadar devam ettiği; inleme feryat sesleri ile “*b...nu yiyem komutanım, altınların yerini bilmiyoruz*” sözlerinin etraftan geçenlerce duyulacak derecede olduğu; nezaret altına alınıp işkenceye maruz tutulan maktûl Mustafa'nın yapılan işkenceler sonucu altınları çıkarttığı yeri göstermek üzere, birkaç defa dağa götürüldüğü; ancak, her seferinde bir şey bulunamadan (geri) döndüğü; bir seferinde çalılıklar içinde Jandarmaların elinden kaçıp kurtulduğu; ancak, takip sonucu iki gün sonra tekrar yakalanıp, nezarete konulduğu; nezaret altındaki bu üç kişiye altınların yerine söylemeleri hususunda bahsedilen türde işkenceler devam etmekte iken, olayı başından itibaren bilip altınların bir an önce bulunmasını, sanıkların konuşmasını isteyen ... Karakolu'nun bağlı bulunduğu ... Merkez Jandarma Bölük Komutanı Yüzbaşı F'nin, onları konuşturmak ve altının yerini öğrenmek için, maktûl Mehmet ve Mustafa'nın Merkeze getirilmelerini emrettiği; 7 Temmuz 1980 günü gece saat 21.00 sıralarında Başçavuş G'nin bu iki şahsı Merkeze getirdiği; Alay bahçesinde yanında tanıkların da bulunduğu sırada sanık Yüzbaşı F'nin altınların yerini söylemelerini istediği; cevap alamayınca “*ben sizi konuşturmayı bilirim. Üç saat kalınca kan beyninize gelir, konuşursunuz*” tarzında sözlerle Mehmet ve Mustafa'yı ayakları demire dayalı ve havada, başları yerde, elleri arasında olacak şekilde durdurtuğu; düşenlere kızıp küfrederek ve vurarak yeniden baş aşağı durmasını sağladığı; bu arada yere düşen Mehmet'i döverek baş-

Dolayısıyla, içerikleri belirsiz olan bu kavramlara suç tanımında yer verilmesi suç siyaseti açısından doğru değildir^{26, 27}.

TCK.nun 243. maddesinin ilk şeklinde söz konusu suçun maddi unsurları kapsamında sadece “işkence etmek” ifadesi kullanılmıştı. Ancak, söz konusu madde 1961 yılında 235 sayılı Kanunla değiştirilerek; “işkence etmek” ifadesinin yanında “zalimane veya gariünsani veya haysiyet kırıcı muamelelere baş vurmak” ifadeleri madde metnine dahil edilmiştir. Bu değişiklikte, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesindeki ifade esas alınmıştır.

ına tekme attığı; başından feci şekilde yararlanan bu şahsın tedavisi için sıhhiye erini çağırıp pansuman yaptırıp sardığı; ancak, kanın durmaması üzerine ikinci sargının da yapıldığı; bu sırada sanık Yüzbaşının oturduğu yere gelen Bölük Komutanı Muavini sanık Teğmen A'nın da “Komutanım, müsaade edin, bunu ben konuştururum” dediği; maktûl Mehmet'e “Yüzbaşına bir Mercedes, bana Renault ve astsubaylarıma birer Murat ve Anadol alın; altınların yerini söyleyin” dediğinde, maktûlün “benim bir murat arabam var, onu vereyim; altın yoktur” (şeklinde cevap verdiği; buna karşılık, sanık Teğmenin) “hayır, altınlarla alacaksınız” diyerek, Mehmet'in karnına, başına yumruklarla vurup, hayalarını kıvırdığı; penisinden tutup, sağa-sola çekiştirdiği ve oradaki su havuzuna başını sokup havasız bıraktığı; Yüzbaşı F'nin bitkin hale düşen, üzerlerinde binlerce sinek dolaşan bu iki maktûlün tekrar ... Karakola götürülüp orada konuşturulmaları(nın temini) hususunda Astsubay G'ye emir verdiği; bu emir üzerine sanık G'nin maktûlleri alarak Karakola götürdüğü ve orada 9.7.1980 gününe kadar diğer maktûl Ali ile (birlikte) tuttuğu; bu arada hem işkenceye devam edip, hem de tahkikatı sürdürdüğü; olay nedeniyle daha bazı kişileri nezarete almakla beraber, onlara işkence yapmadığı; yalnız birkaçına elektrik verdiği; Alay Komutanının, bu arada tahkikat ile ilgilenip, Başçavuşun bulunmadığı bir sırada karakola gelerek, erlerden soruşturma sonucunu sorarak ayrıldığı; hatta, Mustafa'yı iki gün süre ile elinden kaçıran Başçavuş G'ye “sen bu işten beş milyon almışsın, öyle söyleniyor; demek doğruymuş” (şeklinde) sözler sarfettiği; Başçavuş G'nin de, bu sözlerin etkisi altında kalarak baskı ve işkence ile soruşturmayı yürütmeye devam ettiği ve sonuçta altınları çıkaramay(ınca, meseleyi) Adliyeye (havale et)mek üzere evrakı hazırladığı; bu kapsamda maktûllerin darp edilmediklerine ve sıhhatli olduklarına dair rapor almak üzere 9.7.1980 günü maktûller ve diğer zanlılar dahil hepsini Adli Tabibliğe getirdiği; Adli Tabib sanık Z'nin, getirilenleri soyup muayene etmeden Başçavuş G'nin yanında “bir şikâyetiniz var mı” tarzında sözlerle dinleyip, hepsi hakkında “patolojik bulgu yok” şeklinde raporlar verdiği; arkasından da G'ye “siz Jandarmasınız, ben sizin işinizden anlamam; ben doktorum, siz de benim işimden anlamazsınız; ben altınları bir dakikada çıkarttırırım; çıkarttıramazsam diplomamı yırtarım; bunlar konuşmak için birbirleriyle yarış edecekler; bir çok olayı aydınlattım; git, Alay Komutanına söyle, izin verirse ben bu gece altınları çıkarttırırım” dediği ve sanık Astsubay G'nin, durumu Alay Komutanı ile Bölük Komutanına intikal ettirdiği ve onların olumlu bulmaları üzerine, Bölük Komutanı Yüzbaşı F'nin Adana Hükümet Tabibliği'ne, 9.7.1980 gün ve 10538 sayılı yazıyı yazdığı;

4449 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte bu ifade biçimi aynen korunmuştur.

İşkence ve eziyet teşkil eden fiiller, aslında müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. İşkence kapsamında icra edilen fiiller, müessir fiil, sövme, tehdit ve sair suç niteliği taşıyan fiillerden bir veya birkaçı şeklinde olabilir. Aslında bu fiillerin suç açısından arzettiği özellik, aşağıda açıklayacağımız üzere, bunların belli bir amaç doğrultusunda işlenmiş olmalarıdır. Burada ön plana

bu yazıda “izinsiz kazı yaparak altın bulmak, satmak, saklamak suçlarından sanık (olan) Mustafa, Mehmet, Ali (ve) Ahmet’in altın buldukları(nın) delillerle tespit edilmesine, Mustafa’nın altınları Mehmet’le birlikte kazı yapıp bulduklarını ve bu şahısta saklı olduğunu itiraf etmesine rağmen; diğer sanık Mehmet, olayı inkâr (ederek,) altınları teslim etmemektedir. **Tarafınızdan altınların bulunması ve olayın aydınlanması için tıp ilmi yönünden gerekli işlemin yapılması hususunu arz ederim**” (ifadelerine yer veril)diği; bu yazıyı alan Adli Tabib sanık Z’nin, Başçavuş G’ye “saat 24.00’de Sahil Gazinosu’nda buluşup karakola gidelim” diyerek, gazinoda oturacağı masa için şef garsona hitaben bir pusula yazıp verdiği; sanık Başçavuşun da aldığı emir ve talimat üzerine, diğer şahısları, ertesi gün sabah gelmelerini ihtar ederek, serbest bırak(tığı;) maktûlleri (tekrar Karakola götürüp) nezarete koyduğu; serbest bıraktığı zanlılardan M.D.’nin kardeşi A.D.’nin akşam otomobili ile gelerek kendisini alıp Adana’ya götürmesini istediği; gece 21.00 sarılarında otomobil ile gelen A.D.’nin sanık Başçavuşu alarak Adana’ya (götürdüğü); gazinonun 24.00’de açılacağını öğrenip sağda solda oyalandıktan sonra, 24.00’de gazinoya gelerek doktorun masasına oturup O’nu bekledikleri; bir süre sonra gelen sanık doktorla orada saat 03.00’e kadar oturup program seyredip, yiyip içtikten sonra 03.00’de oradan çıkıp vasıta ile Kararola geldikleri; Karakolda sanık Doktorun, Başçavuş ve erlere tuz ve un getirmelerini söyle(diği;) temin olunan bir miktar tuz ile unu karıştırarak bulamaç haline getirip kaynatıldıktan sonra, soğu(maya terkettiği;) Mustafa, Ali ve Mehmet’e (soğuyan bu bulamacı) tatmalarını söylediği; bunların “acı” demeleri üzerine bir miktar daha tuz ilâve ettirip tattırdığı; yine “acıdır” diye 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 G’nin yanında, erlerin de yardımı ile, maktûllerin direnmelerini dövmek ve coplamak sureti ile kırıp, kusturuncaya kadar zorla yedirdikleri; kısa bir süre sonra maktûllerin alttan, önden, arkadan ve üstten çıkarmaya başladıkları; etrafın pislik içinde kaldığı; sanık doktorun bu hareketler sırasında maktûlleri konuşturmak için ayrıca bir kaptan diğer kaba su boşaltarak su arzularını kamçılıyıp, “ben 34 senelik deli doktorum; altınların yerini söylemezseniz tımarhanelik olursunuz; bunun tadını beğenmeyip numara yapıyorsunuz; ben yutmam” tarzında sözlerle sabaha kadar bu işi sürdürdüğü; perişan hale gelen, kendilerini kaybeden bu üç maktûlü daha sonra bahçeye çıkartıp, orada duvar dibinde bir ağaç altına bıraktıkları; orada başlarına su döküp kendilerine gelmelerini sağlamaya çalıştıkları; ancak, makt-

çıkan husus, bu fiillerin işlenişindeki amaçtır. Bu amaç nedendir ki, bu fiillerin işlenişi bir *süreklilik* de arzedebilir²⁸.

V. Manevi Unsur

“İşkence suçu” kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak, bu suç, bir *amaç suçu*²⁹. Yani, suçun maddi unsurunu oluşturan işkence fiilleri, “*maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için*”³⁰ icra edilmelidirler³¹. Yani işkence fiilleri, *belli bir suç şüphesi altında bulunan kişiden şüphe konusu suçla ilgili olarak ikrar elde etmek amacıyla* işlenmelidirler.

Üllerin kendilerine gelmek bir tarafa gittikçe fenalaştıklarını gören sanık doktorun saat 07.00 sıralarında Adliyede işi olacağını bahane ederek oradan ayrılıp gittiği; sanık Başçavuş G'nin maktûlleri bu halde saat 08.00 sıralarına kadar beklettikten sonra, ellerinden ayaklarından askerlere tutturarak bir vasıtaya koyup Adana'ya Merkeze getirdiği; burada amirlerine haber verdiği; halkın tepkisinden çekinerek sivil hastaneye götürülemedikleri; Alayın revirine kaldırdıklarından birer ikişer saat ara ile aynı gün peş peşe üçünün de öldüğü; yapılan otopsi ve Adli Tıp Meclis mütalâaları(nda bu üç kişinin) “*soruşturma sırasında 10 gün müddetle zaman zaman baş aşağı durumda dövme, elektrik cereyanına bağlama gibi muamelelere maruz bırakıldıkları; bu müddetin son gecesinde ise, çok yoğun tuz ihtiva eden bir un bulamacı yedirildikten sonra, aynı gece kendilerini kaybederek ertesi gün öldükleri; maktûllerin bir taraftan merkezî sinir sistemi kanaması, diğer taraftan aşırı tuzlu bulamacının meydana getirdiği elektrolitik denge bozukluğuna bağlı beyin harabiyeti sonucu öldükleri; bunların her birinin tek başına dahi ölümü tevhit edebilecek nitelikte buldukları*”nın bildirildiği olay(da) Özel Daire ile C.Başsavcılığı arasında(ki) uyuşmazlığın, sanıkların eylemlerine uyacak kanun hükmünü belirlemekte(n ibaret) olduğu görülmektedir.»

Yargıtay'a göre, «... Sanıkların izinsiz kazı yaparak altın bulduğu söylenen maktûllere suçlarını söyletmek ve altını meydana çıkartmak için işkence yaparak ölümlerine sebep olduklarına göre; eylemlerinin TCK.nun 243. maddesi içinde düşünülmesi gerekmektedir.»

²⁵ Ayrıca bkz. CGK, 15.6.1999, 8-109/164 (YKD, Ağustos 1999, s. 1121 vd.[1126]).

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Komisyonunun söz konusu kavramların içeriğine ilişkin kararları hakkında bkz. **NUHOĞLU Ayşe**: *İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*, in: Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 563 vd.

²⁷ Yargıtay da bir kararında somut bir ölçüt belirlemeksizin şu şekilde karar vermiştir: «... olayda sanığın müdahili cürmünü söyletmek için bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesi, “işkence” olarak mütalaa edilmesine bile; kuşkusuz “insanî olmayan” ve “haysiyet kırıcı” muamele niteliğindedir.»: CGK., 5.10.1987, 8-186/423 (YKD, Ocak 1988, s. 105).

²⁸ **ERMAN/ÖZEK**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 238; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, *Özel Hükümler*, s. 532.

²⁹ **ÖZGENÇ/ŞAHİN**, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 158.

³⁰ Bu ifade, geniş bir yoruma tabi tutulmuştur: “suçu ikrar ettirmenin yanı başında, diğer sanıkları söyletmek, suç yerini, suçtan hasıl olan eşyanın bulund-

4449 sayılı Kanunla işkence suçunun manevi unsuru oldukça karmaşık bir hale sokulmuştur.

Buna göre, işkence teşkil eden fiiller “*Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple*” işlenebilir.

Bu itibarla, işkence teşkil eden fiiller,

a) “*bir kimseye cürümlerini söyletmek ... için*” işlenebilir;

b) “*mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için*” işlenebilir;

yahut

c) bir kişiye “*şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple*” işlenebilir.

Bu ifade biçimine göre; örneğin, bir kişiye suç duyurusunda bulunmasını, şikayet etmesini, tanıklık yapmasını *önlemek için* müessir fiil ikaı durumunda “işkence suçu” oluşacaktır.

Buna karşılık; örneğin, bir kişiye suç duyurusunda bulunmasını, şikayet etmesini, tanıklık yapmasını *temin amacıyla* müessir fiil ikaı durumunda “işkence suçu” oluşmayacaktır.

Keza, örneğin, bir kişiye suç duyurusunda bulunduğu için, şikayet hakkını kullandığı için, hatta tanıklık yaptığı için müessir fiil ikaı durumunda da işkence suçu oluşacaktır. Yani bir kişiye belli bir suçla ilgili olarak “*niye ihbar veya şikayette bulundun*” ya da lehte veya aleyhte “*niye tanıklık yaptın*” diye müessir fiil ika edilmesi durumunda “işkence suçu” oluşacaktır! Dikkat edilmelidir ki, bu tanıklığın bir ceza veya hukuk davasında olmasının bir önemi de bulunmamaktadır. Bu düzenlemeye göre, “işkence suçu” ihbar, şikayet veya tanıklık yapıldıktan sonra da işlenebilecektir³².

Hal böyle olunca, işkence suçunun failinin *suçu takibe yetkili* bir kamu görevlisi olmasına da gerek olmayacaktır. Bu düzenleme biçimine göre; herhangi bir kamu görevlisi, sözgelimi kendisi aleyhine suç duyurus-

uğu mahalli veya kimlere satıldığını göstermek, suç delillerini açıklamak da bu maksada dahil sayılmak gerekir.” (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 239; DEMİRBAŞ, *İşkence Suçu*, s. 43 vd.).

³¹ CGK., 4.4.1983, 8-64/156 (YKD., Temmuz 1983, s. 1059-1072).

³² Bu düzenlemenin zorunlu sonucu olarak; meselâ, bir kişiye suç duyurusunda bulunduğu için, şikayet hakkını kullandığı için, hatta tanıklık yaptığı için *kamu görevlisi tarafından* müessir fiil ikaı durumunda “işkence suçu” oluşacak; buna karşılık, *herhangi bir kişi tarafından* işlenmesi durumunda ise, kasten müessir fiil suçu (TCK, m. 456) oluşacaktır.

unda bulunduğu için veya tanıklık ettiği için maiyetindeki bir kamu görevlisine müessir fiil ika etmesi durumunda yine “işkence suçu” oluşacaktır.

VI. Mağdur

TCK.nun 243. maddesinin birinci fıkrasının 1991 yılında yapılan değişiklikten önceki metni itibarıyla “işkence suçu”nun mağduru, *belli bir suç şüphesi altında bulunan kişidir*^{33,34}. Ancak, ifade edelim ki, suç şüphesi altında bulunan kişiden ikrar elde etmek için, işkence fiillerinin başka bir kişiye, örneğin zanlı kişinin yakın bir akrabasına karşı işlenmesi de pekala mümkündür³⁵.

³³ Türk Hukukunda gerek doktrinde gerek uygulamada işkence suçunun mağdurunun ancak belli bir suç şüphesi altında bulunan kişi olabileceği kabul edilmektedir (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 235; ÖNDER, *Özel Hükümler[3]*, s. 182); DEMİRBAŞ, *Faruk Erem Armağanı*, s. 215; NUHOĞLU, *Sahir Erman'a Armağan*, s. 527 vd.; 8. CD., 19.6.1981, 2821/4069 (YKD, Eylül 1981, s. 1217); 8. CD., 19.6.1981, 3143/4070 (YKD, Eylül 1981, s. 1219).

³⁴ Bu anlayışın sonucu olarak, “meselâ hırsızlık malını almaktan sanık olan kimseye, bu malı kendisine satan kimsenin kimliğini veya fiilini söylemeğe yönelik” müessir fiilin TCK.nun 243. maddesinde tanımlanan işkence suçunu oluşturmayacağı kabul edilmektedir (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 235).

³⁵ TCK.nun 243. maddesinin değişiklikten önceki ifade biçimi nazarı itibara alınarak “işkence suçu”nun mağdurunun ancak belli bir suç şüphesi altında bulunan bir kişi olacağı kabul edildiğine göre, bunun dışındaki kişilere karşı yapılan işkence fiillerinin TCK.nun 243. maddesindeki suçu oluşturmayacağı kabul edilmekteydi. Ancak, bu anlayışa göre, sair kişilere yapılan işkence fiilleri suç şüphesi altında bulunan kişinin “akıl ve ruh sağlığında büyük bir ızdıraba yol açan işlemlerin de işkence sayılmaları gerekmektedir. Meselâ bir kimsenin eşinin veya kızının kaçırılıp onun gözünün önünde küçültücü ve onur kırıcı işlemlere tabi tutulmaları ağır ve manevî acı ve ızdırıp veren, bu itibarla işkence sayılması gereken bir olaydır.” (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 237).

Değişiklikten sonraki metin itibarıyla, “işkence suçu”, suç şüphesi altında bulunan kişiye karşı işlenebileceği gibi, *mağdur*³⁶, *şahsi davacı*³⁷, *davaya katılan (müdahil)*³⁸ ve hatta *tanık*³⁹ olan bir kişiye karşı da işlenebilir⁴⁰.

VII. Bağımsız Bir “İşkence Suçu” Sorunu

Muayyen bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek amacıyla bir kişiye işkence edilirken işlenen fiiller, esas itibarıyla farklı nitelikteki bazı suçların oluşumuna sebebiyet vermektedir. İşkence teşkil eden fiiller aslında müessir fiil⁴¹, hakaret, sövme⁴², tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiillerin işlenişi sırasında belli bir amaç güdülmektedir. Özellik taşıyan nokta da burasıdır. Kanımızca, sadece bu amaçtan hareketle bu fiillere ayrı bir suç niteliğinin verilmesi yerinde olmamıştır⁴³. Kanunda yapılacak bir değişiklikte, müessir fiil, hakaret,

³⁶ ÖZGENÇ/ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 112 vd.

³⁷ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖZBEK Veli Özer: *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2000, s. 269 vd..

³⁸ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku(5)*, s. 274 vd.

³⁹ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku(5)*, s. 379 vd.

⁴⁰ Tezcan/Erdem, bilirkişinin mağdurlar arasında gösterilmemiş olduğuna bir eleştiri olarak işaret etmektedirler (TEZCAN/ERDEM, s. 194)

⁴¹ Mağduru “aç veya susuz ya da uykusuz bırakmak, fazla soğuk veya sıcakta maruz bırakarak hastalandırmak, mevcut hastalığı tedavi ettirmemek suretiyle bunun artmasına ve kişiyi bitkin hale getirmesine yol açmak”, müessir fiil olarak kabul edilmelidir. (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 237).

⁴² “Çıplak dolaşmaya, pislik içinde kalmaya yönelik zorlamalar” (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 238), kanımızca, en azından sövme suçunu oluştururlar.

⁴³ TCK. Öntasarısında “işkence suçu” ayrıca tanımlanmıştır. Öntasarının 2000 Metninin “İşkence” başlıklı 140. madde hükmü şöyledir: “Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.” Öntasarının “Nitelikli işkence” başlığını taşıyan 141. maddesi hükmü şöyledir:

«Yukarıdaki maddede belirtilen suç:

A.1) On sekiz yaşını bitirmemiş çocuk ve küçüklere karşı,

2) Yaş, hastalık, malûllük, fizik veya ruhî zayıflık veya hamilelik nedeniyle, failin bildiği veya açıkça görülebilen özel bir güçsüzlük veya çaresizlik içinde bulunan kimseye karşı,

3) Mağdurun eşi tarafından,

4) Silah vasıtası veya tehdidi ile,

işlenirse, fail hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

B. 1) Usule yahut babalık veya analığa karşı,

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

sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz suçlarının bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şeklinin oluştuğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır⁴⁴.

VIII. İşkence ve Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

243. maddenin 2. fıkrasına göre;

“Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”

Bu hükümlerle “işkence suçu” açısından bir *netice sebebiyle ağırlaşmış suç* durumu düzenlenmiştir⁴⁵.

Buna göre, maddenin birinci fıkrasında belirtilen amaçlar doğrultusunda örneğin bir kişiye müessir fiil ikai sonucunda mağdur ölmüş olabilir.

olsa bile görevleri nedeniyle,

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

4) *Suçun asli veya fer'i faili sıfatını taşıyan birden çok kimselerce,*

5) *Taammüden,*

6) *Memur veya bir kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle,*

7) *Bir cinsel saldırı ile birlikte,*

işlenirse failin cezası beş yıldan on yıla kadar haptir.

C. Suç, nesebi sahih veya gayrisahih bir çocuğa veya küçüğe karşı veya usul veya babalık yahut analık sıfatını taşıyanlarca işlendiğinde faile altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir.»

Keza, “**Ağır nitelikli işkence**” başlığını taşıyan 142. maddesi hükmü şöyledir:

«Suç, daimi malûllüğü veya uzuv kaybını sonuçladığında fail hakkında on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Suç, mağdurun ölümüne neden olduğunda ceza ağırlaştırılmış müebbet haptir.»

Yukarıdan beri yaptığımız açıklamalar karşısında, TCK. Öntasarısındaki bu “işkence suçu” tanımının gereksiz ve uygulama kargaşasına sebebiyet verecek nitelikte olduğu açıkça görülmektedir. Nitekim, *Erman/Özek*, Öntasarısındaki bu düzenleme biçimini eleştirmektedirler: 1 Mart 1994 tarihinde yürürlüğe giren yeni Fransız Ceza Kanununun 221-1 vd. maddelerinin esas alındığı bu “*sistem, en ufak bir bilimsel tasnife dayanmadığı için, savunulabilecek bir metod değildir.*” (**ERMAN/ÖZEK**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 233).

⁴⁴ Benzer yöndeki görüş için bkz. **ERMAN/ÖZEK**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 233.

⁴⁵ *Nuhoğlu*'nun bu hükmün bir “*mürekkep suç*” oluşturduğu yönündeki “görüş”ü (**NUHOĞLU**, *Sahir Erman'a Armağan*, s. 581), dikkat çekicidir!

Dikkat edilmelidir ki; burada söz konusu olan netice sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığı için, *failin öldürmek kastıyla hareket etmemesi gerekir*. Aksi takdirde, yani failin öldürme kastının varlığı durumunda⁴⁶ artık 243. madde değil, 450. maddenin 3. bendi ile 251. madde hükmünün uygulanması gerekir:

«450. madde 3. bendi; canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile adam öldürme halini düzenlemektedir.

“*Canavarca hisle*” adam öldürme(nin); sadece öldürmüş olmak için öldürmek, öldürülenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek, silahının tesirini denemek için öldürmek gibi vahşi duygularla adam öldürmeleri ifade ettiği; (adam öldürmenin bu ruh haliyle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini) hadisenin mahiyet ve işleniş şekline göre hâkimin takdir edeceği, Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamalarında ifade olunmaktadır.

“*İşkence ve tazip*” ile adam öldürmek(ten bahsedebilmek için;) mağdurun öldürülmesinden evvel, öldürmek kasdı ve amacını aşan, yani öldürme için zaruri bulunmayan vahşice fiil ve hareketler(in mevcut olması gerekir). Burada, failin, (genel olarak adam) öldürme kastından (ziyade), işkence ve azap çektirme *özel kastının* da bulunması gerekir.»⁴⁷.

İşkence edilen kişinin ölmesi durumunda fail, 452. madde hükmüne istinaden belirlenecek olan cezanın belli bir miktar (“*üçte birden yarıya kadar*”) arttırılması suretiyle cezalandırılacaktır.

243. maddenin birinci fıkrasında belirtilen amaçlar doğrultusunda işkence edilmesi sonucunda mağdur yaralanmış olabilir. Mağdura yapılan işkenceler müessir fiil niteliği taşıyabilir. Bu fiiller sonucunda *müessir fiil suçunun* TCK.nun 456. maddesinde belirlenen *nitelikli unsurları* (2 ve 3. fıkralar) gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda fail, “*456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza(nın) üçte birden yarıya kadar artırıl*”ması suretiyle cezalandırılacaktır.

IX. İşkence ve Suçların İçtimaı

243. maddenin 1. fıkrasında belirlenen amaçlar doğrultusunda işkence yapılırken, mağdura karşı müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza tecavüz niteliğinde fiiller işlenebilir. *TCK sisteminde* bütün bu fiiller genel olarak “*işkence suçu*”nun maddi unsurları kapsamında nitelendirildiği için, failin sadece bu suçtan dolayı cezalandırılması gerekecektir. Bu nedenle, söz konusu amaçlar doğrultusunda bir kişiye karşı işlenen bu fiillerin bir veya birkaç günlük zaman zarfında işlenmesi (devamlılık, süreklilik arzemesi) durumda dahi, failin 243. madde hükmüne istinaden *bir defa* cezalandırılması gerekecektir.

⁴⁶ Bu kast, *muhtemel kast* şeklinde de olabilir.

⁴⁷ CGK., 4.4.1983, 8-64/156 (YKD., Temmuz 1983, s. 1059-1072).

Aslında işkence fiilleri, yukarıda açıkladığımız gibi, bağımsız bir suç oluşturmamaktadır. Kişiye işkence edilirken işlenen fiiller esasında müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ya da ırza tecavüz niteliğindedir. Dolayısıyla, işkence kapsamında mağdura karşı bu suçlardan birkaçının işlenmesi durumunda, *kanımızca*, her bir suçun bağımsız olarak işlendiğinin kabul edilmesi ve failin buna göre cezalandırılması gerekir.

Belirli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek için bir kişiye işkence edilirken müessir fiil, hakaret, sövme ve benzeri suçlar belli bir zaman zarfında süreklilik arzeder şekilde ard arda işlenmiş olabilir. Bu durumda, *kanımızca*, söz konusu suçların müteselsilen işlendiğinin kabulü ve TCK.nun 80. maddesi hükmünün uygulanması gerekir.

Bu itibarla, işkence fiillerini ayrı ve bağımsız bir suç olarak tanımlayan sistemler (ve bu arada TCK. sistemi) esasında sorunun bu yönünü gözardı ederek, bir haksızlığı bünyelerinde taşımaktadır.

Belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek için birden fazla kişiye işkence edilmesi durumunda “işkence suçu”nun müteselsilen işlendiğini kabul etmek gerekir⁴⁸. Ancak, belirtelim ki, Yargıtay, bu gibi durumlarda TCK.nun 80. maddesi hükmünün değil, her bir kişi açısından ayrı bir “işkence suçu”nun oluştuğundan bahisle, gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği fikrindedir⁴⁹.

⁴⁸ **ERMAN/ÖZEK**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 240; **DEMİRBAŞ**, *İşkence Suçu*, s. 47; **TEZCAN/ERDEM**, s. 199; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, *Özel Hükümler*, s. 536.

⁴⁹ CGK., 4.4.1983, 8-64/156 (YKD., Temmuz 1983, s. 1059-1072). Örnek olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun oyçokluğuyla aldığı şu kararını iktibas ediyoruz:

«Jandarma Karakol Komutanı Yardımcısı olan sanık; bir hırsızlık suçunu soruşturması sırasında yakalanan O’nun beyanı üzerine, hırsızlık suçuna katıldıkları şüphesi ile karakola getirilen şikayetçileri şifahi sorgularında suçu inkar etmeleri nedeniyle copla dövmüş, kalorifer dairesine indirip tekme ve tokat vurmuş, ertesi gün soyduktan sonra tazyikli su tutup, su içine yatırıp havlu ve hortumla dövmüş, mağdur C’nin vücudundaki yara izlerinin yok edilmesi için sıcak suya sokup tuzla ovdurmuş, güneşe çıkartmıştır. Bu baskı sonucu şikayetçiler yüklenen suçu kabul etmişler, C.Savcılığı ve Sulh Ceza Hakimliğinde ise suça katılmadıklarını savunmuşlardır. Haklarında açılan davada beraetlerine karar verilmiş ve bu karar Özel Dairece onanarak kesinleşmiştir. Sanığın, suçlarını söylemek için mağdurlara işkence etmekten TCK.nun 243/1., 59. maddeleri gereğince iki kez (ve sonuçta) “4 yıl 12 ay ağır hapis, 2 yıl 16 ay memuriyetten yoksun bırakılma cezası ile cezalandırılmasına” karar verilmiştir. Mahkûmiyet hükmü Özel Dairece “temel cezanın tayininde dosya içeriği ile çelişen bir gerekçe ile alt sınırdan çok uzaklaşmış olması” isabetsizliğinden bozulmuş, Yerel Mahkeme önceki hükmünde direnmiştir.

Dosyanın görüşülmesi sırasında, her iki mağdura yönelik eylemlerin müteselsil suçu oluşturduğu ve sanık hakkında TCK.nın 80. maddesinin uygulanması gerektiği ileri sürüldüğünden öncelikle bu yönde inceleme yapılmıştır.

X. Yaptırım

Kanun koyucu, “işkence suçu”nu işleyen kişilerle ilgili olarak “*sekiz yıla kadar ağır hapis*” ve ayrıca, “*sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası*” öngörmüştür.

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu suçla ilgili olarak öngörülen “ağır hapis cezası”nın alt sınırı madde metninde belirlenmemiştir. TCK.nun 13. maddesi hükmü karşısında, bu cezanın alt sınırını bir yıl olarak kabul etmek gerekir.

Eylemin birden fazla olması halinde, kural olarak birden fazla ihlâl, birden fazla hüküm ve birden fazla ceza ile her ihlalin ayrı suç olması nedeniyle de birden çok suç mevcuttur. Yasanın aynı hükmünü ihlâl eden birden çok fiilin bulunması halinde, müteselsil suçun kabulü için fiiller, “*aynı suç işleme kararı*” altında işlenmelidir.

“*Aynı suç işleme kararı*”ndan, yasanın aynı hükmünü bir çok kez ihlâl etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyet anlaşılmalıdır. Fail, suçu işlemeyen önce bir plan yapmalı veya suça niyet etmeli fakat, fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmelidir. Öngörülen ve gerçekleştirmeye yönelik olan suç planı çerçevesinde hareket etmelidir. Failin hareketi, önceki hareketinin devamı olmalı ve failin tüm hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmalıdır.

Suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yerler, işlenme zamanı, fiiller arasında geçen zaman süresi, suçun mağdurları, ihlâl edilen değer ve yarar ile korunan değer ve hak, olayın işleniş biçimi, gelişim ve oluşum ile tüm özellikleri değerlendirilerek “aynı suç işleme kararının” varlığı veya yokluğu olaysal olarak saptanmalıdır.

Maddî olayda sanık; bir soruşturma nedeniyle karakola getirilen her iki mağduru bilinçli olarak ve suçlarını ikrar ettirmek amacıyla ayrı ayrı dövmüştür. Sanık, her bir mağdura karşı acı çektirme iradesiyle hareket etmiştir. Mağdurlardan bir tanesinin yüklenen hırsızlık suçunu kabul etmesi, diğer mağdur yönünden sonuç doğurmayacak ve onu etkilemeyecektir. Diğer bir anlatımla, mağdurlardan birinin dövülmesiyle ihlâl edilen hak ve sağlanacak yarar, diğer mağduru etkilememekte, onun suçunu ortaya çıkarmamaktadır. Her iki mağdur, ayrı ayrı suç kabul etmeleri için işkenceye tabi tutulmuşlardır. Neticeye ulaşmak, yani hırsızlık suçunu aydınlatmak için her iki mağdurun peş peşe dövülmesi de şart değildir. Mağdurlardan bir tanesinin suçu ikrarı ile olay açıklığa kavuşacaktır. Kaldı ki, olaydan sonra yakalanan O, suçu kabul etmiş ve hırsızlık suçu aydınlanmıştır. Sanığın, buna rağmen her iki mağdurun vücut bütünlüğüne karşı suç işlemede müteselsil suçun sübjektif şartı gerçekleşmemiş; sanık, bir olayı ortaya çıkarmak için değil, suçu ayrı ayrı kabul ettirmek için, ayrı suç işleme kararı ile hareket etmiştir.

Öte yandan, Haziran 1929 tarih 26/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; “Eşhas aleyhindeki işlenen suçlar ile mülkiyet aleyhinde işlenen suçları bir hadisede birbirinden ayırarak mütalâa etmek lazım geldiğinde ve eşhas aleyhindeki suçlarda yani eşhasın hayatına, namusuna karşı ika olunan suçlarda dıçarı tecavüz olanların taaddüdü müteselsil suç teşkil edemeyeceğinde müttefik kalmıştır. Çünkü müteaddit eşhas aleyhinde cürüm işleyen bir kimsenin hareketinde bir kastı cürmünün vücudu iddia edilemez. Bilfarz, münazaa esnasında müt-

“İşkence suçu”nu işlediğinden bahisle mahkûmiyet kararı tesis eden mahkeme, fail hakkında ayrıca “*sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası*”na da hükmedecektir (TCK, m. 243, f. 1). “İşkence suçu” açısından özel nitelikteki bu hükmün uygulanması durumunda, TCK.nun 31 ve 35. maddeleri hükümleri artık uygulanamaz⁵⁰.

Söz konusu “*kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası*”nın kapsamını belirlerken, TCK.nun 20. maddesi hükmünün gözönünde bulundurulması gerekir.

Hâkim, kararında “*kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası*”na hükmederken bunun süreli veya süresiz olduğunu, süreli ise bunun miktarını açıkça belirtmelidir⁵¹.

eaddit kimseleri döven bir şahsın iradesinde tebeddül vardır. Kaç kişiyi dövmüş veya yaralamış ise, her şahsa karşı iradesi tebeddül etmiş demektir. Zira, saik bir olsa da bu saik, müteaddit kastı cürmiler tevliit edebilir. Binaenaleyh gayesi, maksadı, müteaddit eşhasa karşı suç işlemekten ibaret olan bir şahıs, o gayesine müteaddit kasıt ve kararlarıyla varmıştır. Hülasa, saikin birliği her halde kastın birliğine icabettirmez.”

denilerek şahıslar aleyhine işlenen suçlarla teselsülün mümkün olmadığı kabul edilmiştir.

TCK.nun 80. maddesinde yer alan “cürmi kast” kavramı, maddenin kabahatlere de uygulanabilmesi amacıyla “suç işleme kararı” olarak değiştirildiğinden ve başkaca bir amaç güdülmediğinden, İçtihadı Birleştirme Kararında “karar” sözcüğünün, “kast” sözcüğü ile eş anlamlı olarak kullanıldığı kabul edilse dahi, İçtihadı Birleştirme Kararı bugün de geçerliliğini korumaktadır.

Ayrıca, şahıs aleyhine işlenen suçlarda örneğin kavgada üç kişinin dövülmesi olayında TCK.nun 80. maddesinin uygulanması kabul edildiği takdirde, aynı kavgada mağdurların tümünün ölümünden de TCK.nun 448, 80. maddelerinin uygulanması gerekecektir. Böyle bir uygulama yapılması ise, aynı Yasanın 450/5. maddesi karşısında olanaksızdır. Teselsülün varlığı kabul edildiği takdirde, ağır cezanın hafif cezayı içermesi, yani mağdurlardan birinin ölümü, diğerinin yaralanması halinde sadece ağır suçtan ceza verilmesi de kabul edilecektir. Bu durum cezanın; fiilin ağırlığı ve sorumluluk derecesi ile orantılı olması, örnek teşkil ederek güvenliği sağlaması, başkalarının suç işlemesini önlemesi, fiile uygun ve yeterli olması ilkelerine ve Yasa koyucunun amacına aykırıdır. Yine, failin cinsel duygularını tatmin amacıyla toplu kalınan yerlerde örneğin bir yurttan, bakım evinde, hastahane her gece bir başka küçüğe tasaddide bulunması veya her gece bir başka mağdurun ırzına geçilmesinde aynı suç işleme kararından bahsedilemez. Fail, mağdurlardan biri üzerindeki fiillerini aynı karar altında tekrarlamakta ise de, her mağdur üzerinde ayrı ve yeni bir suç kararı ile fiilini gerçekleştirmektedir. Bu itibarla, ayrı şahıslar aleyhine işlenen suçlarda teselsül hükümleri uygulanamaz.»: CGK., 27.3.1995, 8-58/86 (YAŞAR Osman: *Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler*, Ankara 2000, s. 1208-1214).

50

İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUT-OĞLU / ÜNVER, *Yaptırım Teorisi*, s. 123, 144; ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdar-esine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 216.

“Kamu hizmetlerinden mahrumiyet”, madde metninde “ceza” olarak tavsif edilmiştir. Bu nedenle söz konusu yaptırım, doktrinde “fer’i ceza” olarak nitelendirilmiştir^{52, 53}.

TCK.nun mehzazını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanunu, 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesiyle hazırlanmıştır. Bu nedenle, suç teşkil eden fiilin karşılığında öngörülen yaptırımların hepsi “ceza” olarak mütalâa edilmiştir. Ancak, suçun karşılığında öngörülen bu yaptırımlar, “asli ceza” ve “fer’i ceza” şeklinde bir ayırımı tabi tutulmuştur. Halbuki günümüz ceza hukukunda suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi dolayısıyla ceza ve tedbir olmak üzere iki tür yaptırım öngörülmektedir.

Hukuk sistemimizde “fer’i (veya “mütemmim”) ceza” olarak nitelendirilen kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımı, kanımızca bir emniyet tedbiri niteliği taşımaktadır. Zira, kamu hizmetlerinin yürütümünde görev alabilmesi için kişide liyakat ve ehliyet şartları aranmaktadır. Başka bir deyişle, liyakat, kamu görevinin yürütümü açısından gerekli olan bilgi donanımının kişide bulunmasını; buna karşılık ehliyet ise, liyakatlılık şartını taşıyan kişiye aynı zamanda toplum tarafından duyulan güveni ifade etmektedir. Belli ağırlık derecesinde suç işleyen kişi, kamu görevinin yürütümü açısından kendisine duyulan güveni yitirmektedir. Bu nedenle, suç işleyen kişi, bir tedbir olarak, kamu hizmetlerinden yasaklanabilir.

Kamu hizmetlerinden yasaklılık, Kanunda, belli bir ağırlık derecesine ulaşmış cezaya mahkûm olmanın kanuni neticesi olarak mütalâa edilmelidir (TCK, m. 31). Ancak, bu yaptırım, “işkence suçu”nda olduğu gibi, bir suçun kanuni tarifinde örneğin hürriyeti bağlayıcı cezanın yanı sıra ayrıca belirlenebilmektedir.

⁵¹ Bu yaptırımın etkisi, memnu hakların iadesine dair hükümler çerçevesinde kaldırılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, *Yaptırım Teorisi*, s. 447 vd.

⁵² Bkz. ÖNDER, *Özel Hükümler*, 3. Bası, s. 175.

⁵³ Erteleme kararı, “mahkeme kararında hilâfi tasrih edilmedikçe fer’i cezalar hakkında da tatbik olunur.” (TCK, m. 91). Buna göre, mahkeme, “asli ceza”yı ertelemekle beraber, “fer’i ceza”yı erteleme dışında tutabilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ İzzet: *Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme*, Anayasa Yargısı, Cilt 18, Ankara 2001, s. 99 vd.; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, *Yaptırım Teorisi*, s. 392 vd.). Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay, Kanundaki bu hükme rağmen, aksi yönde karar vermiştir:

“Memurluktan yoksun kılma cezasının, hükmolunan temel cezanın ertelenmesinden sonra uygulanması suretiyle bu cezanın erteleme dışı bırakılması” bozmayı gerektirmiştir: 4. CD., 29.4.1998, 2833/4346 (YAŞAR, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 521).

2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanunla⁵⁴ TCK.ndaki “işkence suçu”nun yaptırımlarının infaz rejimiyle ilgili olarak düzenleme yapılmıştır. Buna göre, “işkence suçu”ndan “*dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez*”.

Bu düzenleme birçok yönden hatalıdır.

Belli bir suçu işlemek dolayısıyla mahkûm olunan hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmesi, para cezasına veya başka bir tedbire çevrilmesi, işlenen suçla ilgili olmayan; faille, failin kişiliği ile, failin resosyalizasyonu ile ilgilidir. Hakim belli bir suçu işleyen kişi ile ilgili olarak somut olay bağlamında bir değerlendirme yapmasını gerektiren bu kurumların, belli suçlar açısından uygulanma imkanının kaldırılması, doğru değildir. Nitekim, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanuna göre, “*ağır hapis hariç, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklerine göre mahkemece*” para cezasına veya tedbire çevrilebilir (m. 4, f. 1).

Aslında belirtmek gerekir ki; TCK.nda “işkence suçu” açısından öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına veya başka herhangi bir tedbire çevrilmesi, 647 sayılı Kanun hükümleri karşısında zaten mümkün değildi. Zira, 647 sayılı Kanuna göre, “*ağır hapis*” cezası dışındaki kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların paraya veya tedbirlerden birine çevrilebileceği belirtilmektedir. Halbuki, TCK.nun 243. maddesinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, “*ağır hapis cezası*”dır.

TCK.nun 243. maddesinde “işkence suçu”nun karşılığında öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, “*sekiz yıla kadar ağır hapis cezası*”dır. Bu cezanın alt sınırı madde metninde belirlenmemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TCK.nun 13. maddesi hükmü dolayısıyla, bu cezanın alt sınırını bir yıl olarak kabul etmek gerekir.

647 sayılı Kanun hükümlerine göre, mahkûm olunan “*bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis cezası*” diğer şartların bulunması durumunda ertelenebilmektedir (m. 6). Bu itibarla, 4778 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar, “işkence suçu”ndan dolayı ancak alt sınırdan verilen yani bir yıl süreli ağır hapis cezası erteleme kapsamına girmekte idi.

Bu durum karşısında, eğer “işkence suçu”ndan dolayı verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmemesi isteniyor idi ise, kurumların niteliği ile bağdaşmayan düzenlemeler yapmak yerine, TCK.nun 243. maddesindeki “*ağır hapis cezası*”nın alt sınırının, örneğin iki yıl olarak belirlenmesi yeterli olabilirdi.

Keza, 4778 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeye göre, 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” hükümleri “işkence suçu” açısından uygulanamayacaktır (m. 33). Belirtelim

ki, bu hüküm, mevzuatımız açısından sadece “malûmu ilan”dan ibarettir. Zira, CMUK’nun 154. maddesinin 4. fıkrasına göre, adli görevin ifası çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı doğrudan C. savcılarını soruşturma yapabilmektedirler. Bu hüküm, 4483 sayılı Kanunda saklı tutulmuştur (m. 2). Başka bir deyişle, adli görevin ifası çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanamayacaktır.

Sonuç

Belli bir suçla ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek amacıyla bir kişiye işkence edilirken işlenen fiiller, aslında farklı nitelikteki bazı suçların oluşumuna sebebiyet vermektedir. İşkence teşkil eden fiiller esas itibarıyla müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiillerin işlenişi sırasında belli bir *amaç* güdülmektedir. Özellik taşıyan nokta da burasıdır. Kanımızca, sadece bu amaçtan hareketle bu fiillere ayrı bir suç niteliğinin verilmesi yerinde olmamıştır. Kanunda yapılacak bir değişiklikle, müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz suçlarının bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şeklinin oluştuğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır.

Aksi takdirde, işkence fiillerini ayrı ve bağımsız bir suç olarak tanımlayan kanunlar, yukarıda açıklandığı üzere, suçların içtimai açısından bir haksızlığı bünyelerinde taşımaya devam edeceklerdir.