

# İŞKENCE SUÇUNDA TİPİK FİİL YÖNÜNDEN 'ACI VE EZANIN AĞIRLIĞI' İLE SUÇUN 'SİSTEMATİK VE BELLİ BİR SÜREÇ İÇİNDE İŞLENMESİ' ÖLÇÜTLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi ÖZNR SEVDİREN<sup>(\*)</sup>

**Öz:** Öğretideki baskın görüşe göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçunda tipik fiili karakterize eden olgu, madde gerekçesinden hareketle esas itibarıyla fiilin 'sistemik bir biçimde ve belli bir süreç içinde işlenmesi'dir. İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin tanımı ve bu tanımı esas alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarından hareketle diğer bir yaklaşım ise, işkence suçunda ayırt edici özelliğin 'acı ve ezanın ağırlığı' kriteri olduğunu savunmaktadır. Fakat, her iki görüş de maddenin açık lafzına aykırı bir yorumu benimsemektedir. Diğer taraftan, Yargıtay da seçimlik hareketli bir suç olarak maddede öngörülen hareketlerden birinin gerçekleşmesini suçun işlenmesi için yeterli görmemekte fiilin sistemik ve belli bir süreç içinde işlenmesini aramaktadır. Nitekim, ilgili ihtisas dairesi sistemiklik kriterini pratiğe tercüme ederken birbiri ile çelişen kararlar vermekte ve her halükarda 'sistemik' kavramını açıklamakta zorlanmaktadır. Bu çalışmada geleneksel olarak işkence suçunu karakterize ettiği düşünülen acı ve ezanın ağırlığı kriteri ile öğretisi ve uygulamanın benimsediği sistemiklik görüşü suç genel teorisi ve konu ile ilgili uygulama ışığında eleştirel bir biçimde ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İşkence, İnsanlık Dışı Muamele, Aşağılayıcı Muamele, Acının ve Ezanın Ağırlığı-Sistemik İşkence, İnsan Onuru.

## AN ASSESSMENT OF THE CRITERIA OF 'THE SEVERITY OF PAIN AND SUFFERING' AND 'SYSTEMATIC AND LASTING NATURE' AS TO THE *ACTUS REUS* ELEMENT OF THE CRIME OF TORTURE

**Abstract:** Under the new Turkish Penal Code the *actus reus* element characterising the crime of torture according to prevailing opinion among legal doctrine is that the crime torture is necessarily of systematic and lasting nature. Based on the case law of the ECtHR and the definition stipulated in the UN Convention Against Torture, another opinion asserts that the severity of the pain is the distinctive criterion. Nevertheless, it must be said that both scholarly views adopt an interpretation that indeed contradicts the open letter of the provision on torture. Intriguingly, pursuant to the case law of the Court of Cassation the mere commission of those acts specified alternatively in the provision does not suffice to fall within the scope of the crime of torture. Instead, parallel with the prevailing opinion, the Court of Cassation is of the view that for a crime to be qualified as a torture it requires repeated commissions of the same

<sup>(\*)</sup> İstanbul Bilgi Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,  
E-posta: oznur.sevdiren@bilgi.edu.tr; Orcid no: 0000-0003-0952-7741,

Makalenin Geliş Tarihi: 24.07.2019; Makalenin Kabul Tarihleri: 30.07.2019 / 02.08.2019.

or different conducts which continued for certain period of time. Unsurprisingly, in translating this approach into practice, the Court of Cassation holds contradictory judgements, and in any case, encounters the difficulty in defining the concept of systematic commission. In the light of the recent case law and the general theory of crime, this study assesses both views, which are considered to characterise the crime of torture in Turkish criminal law, critically.

**Keywords:** Torture, Inhuman Treatment, Degrading Treatment, The Severity of Pain and Suffering, Systematic Torture, Human Dignity.

## I. Giriş

İşkence ve kötü muamele yasağının uluslararası hukukta emredici bir norm olduğu genel kabul görmektedir.<sup>1</sup> Yasağın mutlak niteliği dolayısıyla savaş ve olağanüstü hal gibi genel bir tehlike durumuna ilişkin anayasal istisna rejimlerinde dahi bu yasak ile ilgili yükümlülüklerin azaltılmasına cevaz verilmemiştir.<sup>2</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”), terörizm ve örgütlü suçlarla mücadele söz konusu olduğunda bile işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da cezaların uygulanması yasağının, mağdurun davranışına bakılmaksızın geçerli olduğunun birçok kez altını çizmiştir.<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi de işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili olarak kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun, herhangi bir istisnaya, “*haklılaştırıcı faktöre*” veya menfaatlerin tartılmasına izin verilemeyeceğini belirtmektedir.<sup>4</sup> Bununla birlikte mutlak olan bu yasağın

<sup>1</sup> Uluslararası Adalet Divanı, ‘Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite’ Belçika/Senegal, 20.7.2012, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf> para. 99, (Son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019); Furundzija (IT\_95-17/1), Trial Chamber, 10.12.1998, para. 147-157, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> (Son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019). Stahn, Carsten, A Critical Introduction to International Criminal Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, Burchard, Christoph, Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals, Journal of International Criminal Justice, c. 6, s. 159-182, 2008, s. 162. Harris, David/O’Boyle, Michael, The Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 235-238, Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, c. 1, Şen Matbaa, 2012, s. 125, Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Di Fabio, Udo, 86. EL Januar 2019, GG Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn. 78-80 (Beck Online), Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian, KK-StPO/, 8. Aufl. 2019, MRK Art. 3 Rn. 3, Gaede, Karsten, MüKoStPO, 1. Aufl. 2018, EMRK Art. 3 Rn. 1-4 (Beck Online), Altıparmak, Kerem, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?, Anayasa Yargısı, c. 32, 2015, s. 145-184.

<sup>2</sup> Selmouni/Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, para. 95; Labita/İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, para. 119 (HUDOC, son erişim tarihi: Ağustos 2019).

<sup>3</sup> Deniz Yazıcı Başvurusu, 2013/6359, 10.12.2014, Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, 2013/293, 17/7/2014, para. 93 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019); Labita/İtalya, para. 119; Chahal/Birleşik Krallık, B. No: 22414/93, 15/11/1996, para. 79, B. No: 2013/293, 17/7/2014, para. 93, Gaefgen/Almanya [BD], B. No: 22978/05, 1.6.2010, para. 87 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019). Bkz ayrıca, Meyer-Ladewig, Jens/Lehnert, Matias, HK-EMRK 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 3 Rn. 1-6.

<sup>4</sup> Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, para. 104, Elif Aydın Dost Başvurusu, 2014/19954, 12.6.2018, para. 36, Turan Günana Başvurusu, 2013/3550, 19.11.2014, para. 33 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

sınırları isabetle belirtildiği üzere çoğunlukla muğlaktır.<sup>5</sup> Özellikle, işkencenin diğer kötü muamele biçimlerinden nasıl ayrılabilceği öğretide uluslararası insan hakları mahkemeleri, *ad hoc* uluslararası ceza mahkemeleri ve ulusal yargı kararlarında çeşitli veçheleriyle tartışılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki işkence suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde işkence suçunun varlığının ancak çok istisnaen ve yer yer gün hesabı ile belirlendiği, acının bezdirici ve dayanılmaz olmasının arandığı uygulamadan kaynaklanan cezasızlık olgusunu bertaraf etmeyi amaçlamış ve yasak pek çok yönden olabildiğince geniş bir biçimde kanun maddesinin lafzına yansımıştır.

Ne var ki, 5237 sayılı TCK ile işkence suçunun maddi ve manevi unsurları yönünden yapılan değişiklik neticesinde bugün, işkence suçu ile kasten yaralama, tehdit ve hakaret (kişinin "aşağılanmasına yol açacak davranışlar" bağlamında), hatta kasten öldürme (neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence boyutuyla) arasında sınırları belirlemek son derece güçleşmiştir. TCK md.94'te öngörülen tipik maddi unsurun yarattığı bu yeni durum, madde gerekçesinden yola çıkarak suçun 'sistematik ve belli bir süreç içinde işlenmesi' şartı ile aşılmaya çalışılmıştır. Fakat, öğreti ve uygulamada da çoğunlukla benimsenen ve madde gerekçesinden uyarlanan bu kıstasın ne anlama geldiği yeterli bir biçimde açıklanmadığı gibi, Yargıtay'ın ilgili ihtisas dairesi de birbiriyle çelişen kararlar vermekte ve söz konusu ölçütün nasıl yorumlanacağına açıklık getirememektedir. Diğer taraftan aşağıda örnekleri tartışılacağı gibi, işkence olarak tavsifi mümkün olan kayda değer sayıda soruşturma, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile sonuçlanmakta<sup>6</sup> veya kamu davası açılmış olsa dahi AİHM içtihadına aykırı bir biçimde<sup>7</sup> hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmektedir. Bu kararlarda yargının tutumu konu ile ilgili öğretideki baskın eğilimin de çok gerisindedir. Dolayısıyla, işkence suçunun maddi unsuru ile ilgili öğreti görüşleri ve uygulama bu açıdan detaylı bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

Bu çalışma, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen işkence suçunda tipik fiili, öğretideki görüşleri dikkate alarak değerlendirmektedir. Bu nedenle, önce kısaca söz konusu değişikliği doğuran nedenler üzerinde durulacak, daha sonra işkence suçunda tipik fiil 'acı ve ezanın ağırlığı' ve 'sistematik ve belli bir süreç içinde işlenme' kriterleri çerçevesinde ve konu ile ilgili AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır. Konunun sınırlarının genişliği dolayısıyla, bu makale kapsamındaki tartışmanın odak noktasında yalnızca işkence suçunun fiil unsuru ile ilgili yapılan tartışmalar bulunmaktadır.

<sup>5</sup> Altıparmak 2015, s. 146.

<sup>6</sup> İç hukukta işkence iddialarının soruşturulması ile ilgili AİHM kararlarına ilişkin bkz., Yokuş Sevük, Handan, Ceza Hukuku Dergisi, c. 7, sy. 20, 2012, s. 7-42, s. 16-23.

<sup>7</sup> Bkz., örneğin, Taylan/Türkiye, B. no. 32051/09, 3/7/2012, para. 46 (HUDOC, son erişim tarihi 19 Ağustos 2019).

## II. 765 sayılı TCK'da İşkence Suçu Düzenlemesi ve Uygulaması

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk halinde işkence suçu '*Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler*' başlığı altında ve '*Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler*' adlı fasılda yer almaktaydı. Bu nedenle suçla korunan hukuksal yarar, mağdurun beden bütünlüğü ve onurundan ziyade memurların kamu idaresine bağlı olarak görevlerini yerine getirirken disiplin ve kamu idaresinin saygınlığının korunması olarak açıklanmıştı.<sup>8</sup> 765 sayılı TCK md.243'te<sup>9</sup> düzenlenen işkence suçunun faili bu düzenlemede, ifade alma ve sorgu yapma yetkisine sahip olan kolluk memurları, savcılar ve yargıçlar olarak tanımlanmıştı. İşkence suçu, bu ilk düzenlemede mağdura cürmünü söyletmek amacıyla gerçekleştirilmesi haline münhasır bir biçimde tanımlanmıştı. İşkence emrini veren amirin ancak *yardım eden sıfatıyla* yargılanabileceğini öngören bu düzenlemede, işkence sonucunda ölüm meydana gelmesi halinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükmünü düzenleyen 765 sayılı TCK 452. madde, organ kaybı veya sürekli maluliyet veya mayubiyet durumunda ise müessir fiil/ yaralama hükümlerine göre (765 Sayılı TCK md.456) cezalandırılması öngörü-lüyordu. Bu hükümlerdeki ceza aralığı, özellikle ölüm halinde, üst sınır belirlenmeksizin 8 yıllık<sup>10</sup> bir aşağı sınır belirlendiği gözetildiğinde, işkence suçunun vahametini yansıtmaktan uzaktı. Bu ilk düzenlemede son derece ilginç bir husus, emri veren amir durumunda bulunan kişinin asli fail olarak değil, ancak yardım eden sıfatı ile sorumlu tutulacağı hükmüydü.

Bu dönemki uygulamayı en iyi yansıtan kararlardan biri, 1956 tarihli karardır.<sup>11</sup> Yargıtay bu kararda, adi nitelikteki müessir fiile nazaran işkencenin, mağdura yaptığı tesir ve verdiği azap ve eziyet itibarıyla farklı ve daha vahim olduğunu belirtmektedir. Bu kararda kişinin sopa ile ve dövülmesi ve kaba dayağa maruz kalması 765 sayılı TCK'nın 243. maddesi kapsamında değerlendirilmemiştir.

İşkence suçunu düzenleyen TCK md.243'ün, 1961 yılında 235 sayılı Kanun ile değiştirilme gerekçelerinden biri de yargı mensuplarının bu şekilde tezahür eden tutumudur. Değişiklik gerekçesinde, işkence suçlarının etkili (müessir) bir

<sup>8</sup> Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, c. 2, Ankara, Adil Yayınevi, (tarihsiz bası), s. 1831.

<sup>9</sup> "Mahkemeler veya meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselere cürümlerini söyletmek için işkence ederlerse beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezasıyla mahkum olur./ Bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan amirlerin emir ve teşvikiyle yapmış olsa dahi cezadan kurtulmaz. / Amirler cürümde feran zimethal sayılır./ İşkence olunan kimse bundan müessiren ölürse fail 452. madde ile cezalandırılır. Ve eğer işkence bir uzvun katı veya amelden sukutunun veya diğer daimi maluliyet veya mayubiyeti mucip olursa faili 456'ncı madde mucibince cezalandırılır".

<sup>10</sup> Maddenin 1953 yılında 6123 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde aşağı sınır 5 yıl olarak belirlenmişti.

<sup>11</sup> 1 CD 12.6.1956, 1893 E./1410 aktaran Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, c. 2, Kazancı Yayınları, İstanbul, (tarihsiz), s. 956.

biçimde cezalandırılmadığının altı çizilmiş ve 'işkence dışında' suçun maddi unsuruna vücut veren diğer seçimlik hareketler olarak "zalimane veya gayriinsani veya hasiyet kırıcı muameleler" eklenmesiyle suçun, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin "hiç kimse işkence, zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz bırakılamaz" hükmü ile uyumlu hale getirilmek istendiği belirtilmiştir.<sup>12</sup> Yine, ilk düzenlemede emri veren amirin yardım eden (fer'i fail) olarak cezalandırılmasını öngören hüküm kaldırılmıştır. Nihayet, işkence sonucu ölüm veya müessir fiil sonucunun doğması durumunda yukarıda belirtilen hükümlere göre (765 Sayılı TCK md.452 ve 456) tayin edilecek cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı hükmü ilave edilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili ikinci bir madde olan TCK md.245. maddede ise, zor kullanma yetkisine sahip memurların, görevlerini ifa ederken bu yetkinin aşılması suretiyle kişilere kötü muamele etme, cismen eza etme veya yaralama (darp ve cerh) fiillerini gerçekleştirmesi halinde üç aydan üç seneye kadar hapis ve geçici olarak memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmasına dair bir düzenleme yapılmıştı. Dolayısıyla, uygulamaya göre bu suçun, sadece ifade ve sorguya yetkili memurlar tarafından işlenebilen işkence suçundan farklı olarak mutlaka zor kullanmaya yetkili memurlar tarafından işlenmesi gerekmektedir.<sup>13</sup>

1961 yılında yapılan değişiklik Yargıtay'ı, işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasındaki farkı tanımlamak durumunda bırakmıştır. İşkence ve diğer kötü muamele biçimleri seçimlik hareket olarak işkence başlıklı 243. maddede tanımlandığı için, somut olayda fiilin hangi biçimde değerlendirileceği maddenin kapsamı açısından haliyle son tahlilde bir farklılık yaratmıyordu. Ne var ki, yapılan değerlendirme cezanın kademeli olarak artan yoğunluğu dolayısıyla miktarını belirleme yönünden önemli sonuçlar doğurabiliyordu.

Yargıtay, 1983 yılında bir Ceza Genel Kurulu kararı ile işkence, zalimane muamele, insanlık dışı muamele ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameleyi tanımlamıştır.<sup>14</sup> Buna göre, işkence "bir kimseye yönelik maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketler"; zalimane muamele "mağdura yapılan maddi ve manevi ızdırap verici her türlü muamele"; insani olmayan muamele "insanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici fiiller"; haysiyet kırıcı hareketler ise "bir kimsenin namus, şöhret ve haysiyetine saldırı niteliğindeki fiilleri" ifade etmektedir.

<sup>12</sup> Önok, Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin, Ankara, 2006, s. 272; Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 57; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya Ahmet, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 166, Nuhoğlu, Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Prof. Sahir Erman'a Armağan, Alfa Basım, İstanbul, s. 563-592, s. 547.

<sup>13</sup> Önok 2006, s. 325.

<sup>14</sup> Bkz. örneğin, CGK, 8/64-156, 4/4/1983 aktaran Malkoç/Güler, ayrıca diğer bazı kararlar için bkz., *ibid.*, 1844-1846.

Bu ayırımın isabetli bir biçimde tatbik edilmiş olduğunu söylemek güçtür. Yargıtay Ceza Genel Kurul kararı ile bozulan bir daire kararı bu bağlamda ayrıca zikredilmelidir.<sup>15</sup> Dava konusu olayda, falakaya yatırıldığını söyleyen mağdurenin “gluteal bölgede -kalça bölgesi- ekimoz ve sol elinde ödem görüldüğüne ilişkin raporu bulunmasına rağmen, Yargıtay 8. Ceza Dairesi “rapordaki bu arazın, falakaya yatırılmakla değil, sopa ile gluteal -kalça kabalarına- vurulduğu, müdahilin korunmak için elini tutunca sopa değerek ödem yapmış olması”nın “kuvvetle muhtemel” olduğu, “sopa ile gluteala vurmak, 7 gün işe mani olacak bir darp olup işkence niteliğinde görülmeceğinden TCK’nın 243. maddesi yerine 245. maddesiyle ceza verilmesi” gerektiği yönünde hüküm kurmuş, Ceza Genel Kurulu ise fiilin işkence teşkil etmese bile ‘insani olmayan’ ve ‘haysiyet kırıcı muamele’ olarak TCK md.243 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Diğer bir olayda, hırsızlık şüphelisinin saçlarından tutularak yere ve duvara çarpılması nedeniyle nihai olarak 10 gün iş ve gücünden yoksun kaldığı, daha sonra saçlı derideki lezyonlar nedeniyle bir dizi ameliyat geçirdiği bir davaya ilişkin olarak Ceza Genel Kurulu, söz konusu fiilin “işkence olarak mütalaa edilmese bile, ikrar elde etmek için insani olmayan, haysiyet kırıcı, zalimane muameleler sayılması gerektiği” şeklinde bir sonuca varmış ve dolayısıyla TCK md.243 uyarınca cezalandırmada bir isabetsizlik görmemiştir.<sup>16</sup>

Zikredilen Yargıtay kararında da anlaşılacağı üzere işkence suçu ile ilgili tartışma pratikte kötü muamele biçimlerinin birbiri ile aralarındaki ayırımdan ziyade 765 sayılı TCK md.243 ile md.245 arasındaki ayırımda odaklanmıştı. Yargıtay’ın da belirttiği üzere, bugünkünün tam aksine, 765 sayılı TCK 243. madde, fail ve mağdurun tanımı ve suçun özel kastla işlenmiş olması dolayısıyla eski TCK sistematığında, md.245’e göre daha özel bir düzenleme içeriyordu.<sup>17</sup> Ancak, bu dönemde TCK md.243 öylesine dar yorumlanmıştır ki, TCK md.243’ün tipiklik unsurunun karşılandığı pek çok olayda suç, kanunun açık hükmüne aykırı bir biçimde md.245 başlığı altında değerlendirilmiştir. Söz gelimi, uzunca sayılabilecek bir süre, TCK md.243’ün lafzı yani “cürmünü söyletmek” ifadesi sadece şüpheli ve sanıktan ikrar elde etmek için yapılan işkenceyi kapsayacak biçimde yorumlanmıştır. 1970 tarihli bir kararında Yargıtay “*memurun, sanığın cürmünü değil de cürmünün delilini söyletmek için kötü muamele yapması halinde TCK md.245 uygulanır*” şeklinde bir sonuç benimsemiştir.<sup>18</sup> Bu ifade daha sonra hükmün amacına uygun olarak suç delillerini söyletmeyi içine alacak biçimde yorumlanmakla birlikte bu tartışma varlığını hep sürdürmüştür. Örneğin, hırsız-

<sup>15</sup> CGK, E. 1987/8-186, K. 1987/423, 5/10/1987 aktaran Gözübüyük, s. 942-944.

<sup>16</sup> CGK, 23/178, 27/5/1991 aktaran Malkoç/Güler, s. 1853.

<sup>17</sup> CGK, 87/143, 17/4/1989 aktaran Malkoç/Güler, s. 1853.

<sup>18</sup> 1 CD, E. 1969/3576, K. 1970/2486, 15/9/1970, aktaran Gemalmaz, Mehmet Semih, ‘Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı’, İnsan Hakları Yıllığı, c. 14, sy. 1, 1992, s. 65-107, s. 80-81.

lık suçu şüphelisi mağdurları sanık polisin “su dökerek dövdüğü, kışlarına (*sic*) cop soktuğu, vücutlarını ateşle dağladığı” anlaşılmasına rağmen ilk mahkemenin işkence suçu ile ilgili mahkumiyet kararı, Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından cürümlerini söyletmek saiki bulunmadığı gerekçesi ile bozulmuştur. Bu karar derece mahkemesinin direnmesi üzerine 1976 tarihli bir Ceza Genel Kurul kararı ile bozulmuştur.<sup>19</sup> Keza, ‘cürmünü söyletmek’ ifadesindeki cürüm ifadesi de 765 sayılı TCK sistematiğinde sadece cürümlere münhasır olmak üzere yorumlanmış, kabahat nev’inden suçlar dolayısıyla maruz kalınan işkence bu kapsamda değerlendirilmemiştir.<sup>20</sup>

Diğer taraftan eski TCK md.243 ve md.245 arasında kötü muamelenin biçimine ilişkin bir yoğunluk eşiği uygulamada karine olarak kabul edilmiş ve dolayısıyla işkence olarak değerlendirilmeyen fiillerin kötü muamele olarak tavsif edildiği yanlış bir uygulama, süreç içinde yerleşik bir yargı pratiği halini almıştır.<sup>21</sup> Örneğin Yargıtay kararına konu bir diğer vakada, mağdurların dövüldüğü, hakarete uğradıkları ve beton zeminde su dökülerek ıslatıldıkları tespit edilmesine rağmen fiil, kötü muamele olarak kabul edilmiştir.<sup>22</sup> Bir başka vakada ise, hırsızlık olayı nedeniyle ifadesi alınmak üzere evinden karakola getirilen ve ellerine ve ayaklarına copla vurulmak suretiyle 5 gün iş ve gücüne engel şekilde dövülen kişi yönünden fiilin TCK md.245 kapsamına girmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>23</sup> Konu ilgili daha vahim örnekler de bulunmaktadır. Bir kararında Yargıtay işkence suçunun oluşması için “en azından 10, 15 günü geçecek derecede iş ve güçten kalınması”nı zorunlu görmüş,<sup>24</sup> bir diğerinde muamelenin “yoğun bir biçimde

<sup>19</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1976 yılında 8. Ceza Dairesinin söz konusu kararını bozduğu kararda, suç aletinin ve maddi delillerinin elde edilmesi ‘çabaları’ sırasında “doğru olmamakla birlikte tazyik ve işkence edildiklerini”, hırsızlık olaylarında çalınan malın veya paranın bulunması için çok sık uygulanan bu tutuma dair TCK md.245’in uygulandığını belirtmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla, Yargıtay’ın bu pratikten somut olay bakımından ayrılma nedeni, işkencenin fotoğraflar ve adli tıp raporu ile delillendirilmiş olmasıdır. Hırsızlık zanlısı mağdurların, “elbiselerinden tamamen tecrit” edildikten sonra üzerlerine soğuk su dökülerek copla dövülmesi, makattan cop sokulmaya yeltenilmesi ve vücutlarının göbük bölümü de dahil sigara ateşiyle yakılması fiillerini nihai olarak işkence kabul etmiştir. CGK, E. 1976/8-100, K. 1976/133, 22.3. 1976. Bkz., YKD, Mart 1977, c. 3, sy. 3, s. 412-415.

<sup>20</sup> Bkz., örneğin, kumar oynatma kabahati ile ilgili olarak 8. CD E. 1995/9314, K. 1995/10352, 29.6. 1995, aktaran Altıparmak, Kerem, ‘İşkenceyi nasıl bilirsiniz?: Türkiye’de orantısız güç kullanma sorunu’, Toplum ve Bilim, sy. 115, 2009, s. 138-176, s. 162.

<sup>21</sup> ‘İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu Raporu’, TBB Dergisi, sy. 53, 2004, s. 141-147.

<sup>22</sup> CGK, E. 1986/4-223, K. 1986/545, 1.12.1986, aktaran Gözübüyük Şerhi, s. 966.

<sup>23</sup> 8 CD. 29.9.1995, 9314/10352, aktaran Malkoç/Güler s. 1842. Aynı yönde CGK 13.2.1989, 8/463-39, Malkoç/Güler, s. 1862.

<sup>24</sup> Özgen, Eralp, ‘İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sy. 2, 1988, s. 208-233, s. 219. Erem, Ankara Yenimahalle 1. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 10.2.1987 tarihli 177/47 no.lu kararına atıf yapmıştır. Bu kararda Mahkeme, işkence suçunun varlığı için basit bir dövmenin kafi olmayıp, en azından 10-15 günü geçecek derecede rapor alınması gereğinin Yargıtay içtihadına uygun düşeceğine hükmetmiştir, Erem Faruk, İşkence, TBB Dergisi, sy. 2, s. 197- 207. Şu karar da dikkate değer bazı değerlendirmeler içermektedir:

bezdirici, usandırıcı, dayanılmaz ve çekilmez”<sup>25</sup> olması gerektiğine karar vermiş, başka bir kararında da “müdahili cürmünü söyletmek için bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesinin” işkence olarak mütalaa edilmeyeceğini hükme bağlamıştır. Haliyle, Yargıtay’ın bu yöndeki kararları işkence suçunun kapsamını kayda değer bir biçimde sınırlandırmıştır.<sup>26</sup>

765 sayılı TCK md.245’in uygulamada işkencenin tespit edilmesinde yarattığı bu etki dolayısıyla esasen eski Türk Ceza Kanunu’nun TCK md.243 kapsamında görülen işkence, insanlık dışı muamele, zalimane muamele ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele şeklindeki ayırımın etkisi pratik olarak son derece sınırlı olmuştur. Bu sınırlı etkiye rağmen, söz konusu ayırım eleştirilmiştir.<sup>27</sup> Eleştirinin temel başlıklarını 1989 tarihli bir Ceza Genel Kurulu kararında Vural Savaş tarafından yazılan aşağıdaki azınlık oyunda bulmak mümkündür.<sup>28</sup>

*“İşkenceye karşı olmak başka şeydir: doktrinde ve Büyük Millet Meclisi’nde onaylanan bazı milletlerarası sözleşmelerdeki, açıklıktan yoksun, ne çeşit eylemleri dahi kapsadığı belli olmayan “işkence” tarifleri çok geniş yorumlamak suretiyle yasalarımızın öngörmediği ve “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini de ihlal edecek şekilde, bazı kamu görevlilerinin cezalandırmalarına karar vermek başka bir şeydir.”*

İlginçtir, söz konusu eleştirinin yeni ceza kanununun hazırlanmasında önemli bir rol oynadığı söylenebilir. Zira, aşağıda belirtileceği üzere yeni ceza kanununda işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasındaki bu ayırım terk edilmiştir. Bu görüşün bir başka eleştirisi aynı fiilin “mağdura cürmünü söyletmek için” yapıldığında bir türlü, “önleyici zabıta tedbiri alınırken veya kızgınlıkla yapıldığında” başka türlü değerlendirilmesidir.<sup>29</sup> Bu eleştirinin hareket noktası da yeni düzenleme ile izale edilmiştir. Nihayet, bir diğer nokta ise, söz konusu görüşün “müessir fiiller ve eza hareketlerinin belli bir boyutu aştığı ve sistemli uygulandığı takdirde işkence niteliğini” alacağı şeklindeki iddiasıdır. Bu görüşün

---

“İşkenceye maruz kalan, doğru cevap vermek zorundadır. Çünkü yanlış bir cevap verdiği takdirde, işkencenin daha da artırılacağını bilir. İfadenin işkence altında alınmış olduğu sabit olsa bile bu, ifadenin gerçek dışı olduğunu ve bu nedenle itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. İşkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir.” Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi, 1984/107 E., K. 1984/375, 4.9.1984 aktaran Algan, Bülent, ‘İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu’ in Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 1-36, 15.

<sup>25</sup> 8 CD, 30.1.1990, 10896/893 aktaran Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu 2. Cilt, Seçkin, Ankara, 1995, s. 2508-2509.

<sup>26</sup> CGK, E. 1987/8/186, K. 1987/423, 5.10.1987 (Legalbank, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>27</sup> Üzülmüş, İlhan, s. 96, Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur, İşkence Suçu, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 4, sy. 1-2, 2000, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4\\_9.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf) (Sayfa numaraları dijital versiyonda belirtilmemiştir, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>28</sup> CGK E. 1989/87, K. 1989/143, 17.4.1989 aktaran Malkoç/Güler, s. 1856.

<sup>29</sup> *Ibid.*

de işkence suçunu düzenleyen 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde benimsendiği anlaşılmaktadır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun kabulünden önceki bir önemli değişiklik de 1999 yılında 4449 sayılı Kanununun 1. maddesi ile gerçekleştirilmiştir.<sup>30</sup> Söz konusu değişiklik ile suçun mağdurunun şahsi davacı, katılan veya tanık olarak kapsamı genişletilmiştir. Dolayısıyla, suçun mağduru olabilecek ceza muhakemesi süreçleri bu değişiklik ile artmıştır. Yine, bir kimseye cürümlerini söyletmek yanında, “mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple” biçiminde bir ilave ile manevi unsur bakımından amaç unsuru genişletilmiştir.

### III. 5237 sayılı TCK'da İşkence Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu, Kanunun İkinci Kitabı'nın Kişilere Karşı Suçlara İlişkin İkinci Kısım'ında 94. maddede düzenlenmiştir. Dolayısıyla maddenin bu düzenleme biçimiyle korunan hukuksal yararın öncelikle mağdurun beden bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, irade özgürlüğü ve onuru olduğu ittifakla kabul edilmektedir.<sup>31</sup> Adliyenin ve kamu yönetiminin korunması amacı bu bakımdan tali bir nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte, yeni kanun döneminde de işkence gören kişinin irade özgürlüğünün ortadan kalktığı, algılama yeteneğinin etkilendiği dolayısıyla gerçek dışı açıklamalarda veya kabullenmelerde bulunmasının adaletin tecellisini ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyeceğinin altı çizilmektedir.<sup>32</sup> İşkence suçu ile ilgili 5237 sayılı Kanun'daki bir diğer önemli düzenleme ise, işkence suçu ile ilgili zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlemesidir (md.43/3).

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu yukarıda belirtildiği üzere, suçun tipik unsuru yönünden birçok bakımdan özelleştirilmişti. Yeni düzenleme, suçun bu dar tanımını mümkün olduğunca genişletmiştir. Nitekim yeni Türk Ceza Kanunu'nda failin kamu görevlisi olması yeterlidir, mağdurun bir ceza soruşturmasında sıfatının bulunması aranmamıştır. Keza, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'den (“BM İşkenceye Karşı Sözleşme”) farklı olarak, yeni Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu belli bir amaç güdülmeksizin genel kastla işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Fiil unsuru yönünden ise işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasındaki ayırım terk edilmiştir.

<sup>30</sup> Bu değişikliğe ilişkin, bkz., Üzülmöz, İlhan, Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK'nın 4449 sayılı Kanuna Değişik 243. maddesi), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 10, sy. 3-4, 2002, s. 147-174.

<sup>31</sup> Artuk, Mehmet Emin, İşkence Suçu (TCK m.94, 95), CHD, c. 3, sy. 7, 2008, s. 5-40, s. 18, Koca, Mahmut/Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Adalet, Ankara 2017, s. 244. 8 CD., 2016/5680 E., 2017/3721 K., 5.4.2017.

<sup>32</sup> 8 CD., 2016/5680 E., 2017/3721 K., 5.4.2017 (Lexpera, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

İşkence suçunun fiil unsuru, TCK md.94 bakımından şöyle ifade edilmiştir. “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar”. Öğretide baskın görüş, isabetli bir biçimde belirtilen hareketlerin seçimlik olarak tanımlandığını kabul etmektedir.<sup>33</sup>

İşkence suçunun seçimlik hareketlerinden biri olarak “bedensel veya ruhsal yönden acı verme” gerek bedensel gerekse de ruhsal yönden acı veren davranışları kapsamaktadır. İşkenceye maruz kalmış kişilerin görüntülerinin izletilmesi, seslerinin dinletilmesi, anneye ağlayan çocuğunun sesinin dinletilmesi gibi davranışlar bu kapsamda görülebilir. AİHM Dikme/Türkiye kararında başvurucunun tecrit altında ve gözleri kapalı bir biçimde tutulmasını, olayda uygulanan darbin yanında ruhsal yönden acı verme içinde görmüş ve işkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>34</sup>

İşkence suçu “algılama ve irade yeteneğinin etkileyen” davranışlarla da işlenebilir. Öğretide, isnat yeteneği ile ilgili TCK md.30’dan hareketle algılama yeteneği, “bir kimsenin gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilmesini”, irade yeteneği ise “davranışlarını yönlendirebilmesi yetisi” olarak tanımlanmaktadır.<sup>35</sup> Kişiye ilaç verilmesi, korku yaratıcı telkinlerde bulunması veya uyku bozukluğuna neden olunması bu kapsamda değerlendirilir. Kişinin yakınlarına yönelik tehditler, sorgusu sırasında bir yakının durumdan habersiz olarak kendisine gösterilmesi ve ona bir kötülük yapılacağı inancının doğurtulması da bu yönde bir etki yaratır. AİHM, Akkoç/Türkiye kararında, gözaltındaki anneye çocuklarına işkence yapılacağı tehdidinde bulunulmasının yarattığı psikolojik baskıyı diğer yöntemlerle birlikte işkence tespitine dayanak göstermiştir.<sup>36</sup> İnsan Hakları Amerikan Mahkemesi’nin önüne gelen bir davada (*Maritza Urrutia*), uygulanan başka yöntemlerin yanında, mağdura işkence izleri taşıyan veya çatışmada öldürülmüş kişilerin fotoğrafları gösterilmiş, ailesini ve kendisini bu vaziyette bulacağı yönünde tehdit edilmiştir. Devlet görevlileri ayrıca, eğer işbirliği yapmayacak olursa, işkence yapmakla ve kendisi ve aile üyelerini öldür-

<sup>33</sup> Artuk 2008, s. 22, Artuk/Gökçen/Yenidünya 2010, s. 143, Demirbaş, Timur, İşkence Suçu, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2016, s. 95, Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhani/Önok, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, 2018, s. 290, Bayraktar, Köksal/Erman, Barış, İşkence in Özel Ceza Hukuku, Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 315-370, s. 351. İşkence suçunun serbest hareketli bir suç olduğu görüşüne ilişkin bkz., Koca/Üzülmez 2017, s. 246, Demirbaş 2016, s. 93.

<sup>34</sup> Dikme/Türkiye, B.No: 20869/92, 11.7.2000, para. 91 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>35</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya 2010, s. 144, Bayraktar/Erman 2017, s. 344, Tezcan/Erdem/Önok 2018, s. 289, Koca/Üzülmez 2017, s. 249.

<sup>36</sup> Akkoç/Türkiye, B. No: 22947/93, 22948/93, para. 111-118 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

mekle tehdit etmişlerdir. İnsan Hakları Amerikan Mahkemesi, bu davada olduğu gibi tehdidin manevi bir ıstıraba yol açtığı durumların psikolojik işkencenin oluşturacağı tespitinde bulunmuştur.<sup>37</sup>

Nihayet üçüncü bir seçimlik hareket olarak “aşağılayıcı davranışlar” bireyin şeref ve onurunu hedef alan fiillerdir. Bireye hakaret edilmesi, çıplak bırakılması, yakasından, kulağından, saçından çekilmesi gibi hareketler aşağılayıcı davranışlar olarak değerlendirilmektedir.<sup>38</sup>

Aşağılayıcı davranışlar dışında öğretilerde de yaygın biçimde kabul edildiği üzere işkence suçunda tipik fiil yaralama fiili ile örtüşmektedir.<sup>39</sup> Bu bakımdan işkence ve yaralama arasındaki fark, yaralamada mağdurun gerçekten acı çekmesi gerekliliğine rağmen, işkence suçu için bu gerekliliğin aranmaması olarak açıklanmaktadır.<sup>40</sup> Diğer bir fark ise işkence suçunun ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü bir suç olmasından kaynaklanmaktadır.

İşkence suçunun ihmali surette de işlenebileceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda ceza sorumluluğunun doğabilmesi için kişinin neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması, bir başka deyişle garantör durumunda bulunması gerekmektedir. Aynı konumda bulunan diğer bir kamu görevlisinin işlediği fiili bildiği halde müdahale etmeyen ve bildirmeyen ancak eşit konumda ya da ast olan kişinin cezai sorumluluğu da tartışılmaktadır. Kamu görevlileri yönünden görevleri sırasında öğrendikleri suçları bildirim yükümlülüğü (TCK md.279) ve özellikle kolluk görevlerinden kaynaklı olarak suçu önleme yükümlülüklerinin bulunması dolayısıyla ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>41</sup>

İşkence suçunun bu şekilde düzenlenmesi ile fiziki ve manevi surette ağır acı ve ıstırap veren işkencenin yanı sıra, zalimane, gayriinsani ve aşağılayıcı muamelelerin de bu suç tipinin bünyesine toplanmış olduğu, daha da ileri gidilerek yeni düzenleme ile algılama ve irade yeteneğini etkileyen insan onuruna aykırı her müdahalenin bu kapsam içinde bulunduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla insan onuruna aykırılık ölçütüne suçun maddi unsuru yönünden kritik bir önem izafe edilmektedir.<sup>42</sup> Hatta işkencenin insan onurunun ve bütünlüğünün korunması ve bunların zedelenmezliği üzerine temellendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> İnsan Hakları Amerikan Mahkemesi, Maritza Urrutia, Ser. C, No. 103, 27/11/2003, para. 58.8, 58.9, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_ing.pdf) (Son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>38</sup> Koca/Üzülmez, 2017, s. 249, Tezcan/Erdem/Önok, s. 289.

<sup>39</sup> Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 279.

<sup>40</sup> Önok, 2006, s. 392, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe., s. 279.

<sup>41</sup> Bayraktar/Erman 2017, s. 348.

<sup>42</sup> Artuk 2008, s. 23, Koca/Üzülmez, s. 246.

<sup>43</sup> Gemalmaz, Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994, s. 308, Bakım Sevi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence, Beta, İstanbul, 2008, s. 126-127.

‘İnsan onuru ile bağdaşmama’ kriterini değerlendirebilmek ve özellikle bu kriterin ayırt edici olup olmadığını incelemek için öncelikle insan onuru kavramına verilen anlamın ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

### III.1. İnsan Onuru ile Bağdaşmama

Onur kavramının Latince’de karşılıyan ‘dignitas’ kelimesi *Cicero*’nun kullandığı anlamda modern insan hakları kavramının bir öncüsü olarak kabul edilmektedir.<sup>44</sup> *Kant* bu kavramı insanın kendisinin bir amaç olduğu, araç olarak kullanılmayacağı belirlemesiyle ve kendi paradigması içinde ahlak ve irade özerkliği kavramları ile ilişkilendirerek tartışmıştır.<sup>45</sup> *Kant*’a göre, onur, “yerine ikamesi olmayan, başkası konulamayacak olan tek şeydir: içsel bir değeri vardır, eşdeğeri yoktur, değiş tokuşu mümkün değildir.”<sup>46</sup>

Modern anayasacılık açısından ise kavramın geldiği nokta iki farklı boyutla ifade edilmektedir: Devletin bireyin vücut bütünlüğüne, özel hayatına saygı göstermesi ile bireyin “sosyal ekonomik ortamda piyasa koşullarının insafına terk edilmeyip bu alanda karşılaştığı açmazlarda tek başına korumasız bırakılmamasıdır”.<sup>47</sup> İnsan onuru kavramının bugün, koruma ve riayet içeren bir temel hakkı, sübjektif bir kamu hakkını ifade ettiği savunulmaktadır.<sup>48</sup> İnsan onuru bu biçimde bir hak kategorisi olarak değerlendirilmese dahi, her halükarda kavrama bir değer kriteri olarak bir kısım temel hakların yorumunda başvurulması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>49</sup>

İnsan onuru kavramı temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelerde ve sözleşme dışı belgelerde korunmuştur.<sup>50</sup> Kavram İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin çeşitli maddelerinde yer almaktadır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde de insan onuru kavramına “Başlangıç” bölümünde yer verilmiş, bu bağlamda Sözleşme’de tanınan hakların insanın doğuştan sahip ol-

<sup>44</sup> Heper, Altan, ‘İnsan Onuru ve İnsan Tasarımı ve Aktüel Tartışmalar’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, c. II, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 1921- 1932; s. 1928-1929. Ünver 2002, s. 43.

<sup>45</sup> Kuru, Gonca, ‘Tarihsel Süreçte İnsan Onuruna Kısa Bir Bakış’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 7, sy. 1-2, 2017, s. 179-208, s. 204, Gürbüz, Nagehan, ‘Rawls ve Nozick’in Adalet Teorileri Açısından İnsan Onurunun Değerlendirilmesi’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’e Armağan), c. 11, s. 1, 2014, s. 303-324. (s. 306-307). Ünver, Yener, Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, CHD, c. 3, sy. 7, 2008, s. 41-82, s. 43-44.

<sup>46</sup> Kuru 2017, s. 204.

<sup>47</sup> Doğan, İlyas, Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 13, sy. 2, 2005, s. 51-59, s. 52, Ünver 2008, s. 46.

<sup>48</sup> Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Dokuz Eylül Üniv., Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1999, s. 61.

<sup>49</sup> Gören, Zafer, Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, Anayasa Yargısı, c. 9, 1992, s. 165-184, s. 172, Ünver 2008, s. 54. Ayrıca bkz., Gören, Zafer, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İliki, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, c. 6, sy. 12, 2007, s. 21-37.

<sup>50</sup> Kuru 2017, s. 186-189.

duğu insanlık onurundan türediği belirtilmiş ve ayrıca insan onuru kavramı eğitim hakkı bağlamında tanımlanmıştır.<sup>51</sup> BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde ise özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili 5. maddede şu düzenleme yer almaktadır: “Özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek muamele edilir.”

Ulusal mevzuatlar bakımından İkinci Dünya Savaşı sonrasında<sup>52</sup> kaleme alınan anayasalarda insan onurunun korunması ilkesinin net bir biçimde ifade edildiği örnekler bulunmaktadır. Söz gelimi, Federal Alman Anayasası'nda konu (*Menschenwürde*) ile ilgili açık bir düzenleme bulunmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi ve Alman öğretisi, insan onurunun Federal Anayasa'nın en üst değeri olduğunu ifade etmektedir.<sup>53</sup> Alman Anayasa Mahkemesi, anayasal düzenin merkezinde insanın olduğunu belirtmiş ve “insan onur ve haysiyetinden” daha değerli hiçbir şeyin olmadığını ifade etmiştir. Bu nedenle insanın kendisi daima amaç olarak kalmalı; insan onur ve haysiyeti daha büyük olduğu varsayılan menfaatler için feda edilmemelidir. Mahkemeye göre, temel hakların tamamı da dolayısıyla insan onur ve haysiyeti için öngörülmüştür ve bu ilkedен türemektedir.<sup>54</sup> Bu ilke insana insan oluşu nedeniyle manevi ve sosyal bir değer gösterilmesini isteme hakkıdır.<sup>55</sup> Alman öğretilerinde insan onuru sadece etik bir deklarasyon değil aynı zamanda devlete ve diğer kişilere karşı ileri sürülebilecek subjektif bir kamu hakkı olarak da görülmektedir.<sup>56</sup> Alman Anayasa Mahkemesi, pratik olarak insan onuru ile nelerin bağdaşmadığı ile ilgili genel bir tanımın yapılamayacağını belirtmekte, ancak vaka bazında insan onurunun ihlal edilip edilmediğinin değerlendirileceğinin altını çizmektedir.<sup>57</sup> Mahkeme burada, *Günter Dürig* tarafından geliştirilen ‘nesne olma’ (*Objektsformel*) formülünü kullanmaktadır. Mahkeme'ye göre, bireyin devlet eyleminin salt bir nesnesi haline getirilmesi insan onuruna aykırıdır.<sup>58</sup> Mahkeme, ayrımcılık yapma, söverek küçük düşürme, aşağılama, haksız

<sup>51</sup> md.13/1 “Bu Sözleşme'ye taraf devletler, herkesin eğitim görme hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Taraf devletler, eğitimin, insanın kişiliğine ve onur duygusunun tam olarak gelişmesine yönelik olacağı ve insan hakları ile temel özgürlüklere saygıyı güçlendireceği hususunda mutabıktırlar...”.

<sup>52</sup> İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan onuru kavramının gelişimi üzerine, Şimşek 1999, s. 40-43.

<sup>53</sup> BVerfGE 6, 32(41)= NJW 1957, 297. BVerfGE 61, 126(137) zikreden Hufen Friedhelm, 'Die Menschenwürde, Art. 1 I GG', JuS, s. 1, 2010 (Beck Online). Maunz/Dürig/Herdegen, 86. EL Januar 2019, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 1-6 (Beck Online).

<sup>54</sup> Gören 1999, s. 11 ve 2007, 31, Hillgruber, Christian, BeckOK Grundgesetz/, 41. Ed. 15.5.2019, GG Art. 1 Rn. 1-2 (Beck Online).

<sup>55</sup> BVerfGE 30, s. 39'dan aktaran Güneş, Ahmet, M., Alman Çevre Hukukunun Anayasal Çerçevesi, AÜHFD, c. 58, sy. 4, 2009, s. 777-824, Gören, s. 24.

<sup>56</sup> Vardar Çiğdem, İnsan Onurunun Anayasal Düzeyde Korunması, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 2, sy. 1, 2012, s. 105-114, s. 108.

<sup>57</sup> *Ibid.*, s. 109.

<sup>58</sup> BVerfGE 9. 89 (92); 27, 1(6), aktaran Vardar 2012, s. 109, Ünver, 2008, s. 49.

takibat, acımasızca cezalandırma, manevi cebir, bedensel zarar gibi davranışların insan onurunu ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>59</sup> Alman Ceza Kanunu'nda insan onuru kavramına ise md.130'da yer verilmiştir.<sup>60</sup> Buna göre halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye birinci fıkradaki ceza verilir. Keza Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 11/1. maddesinde de insan onuruna aykırı emrin bağlayıcı olmadığı öngörülmektedir.<sup>61</sup>

İsviçre uygulamasına göre de insan onurunun münferit bireyler açısından anlamının, kamusal makamların bireyi salt obje olarak ele almamaları, bilakis onu bir süje, bir birey olarak dikkate almaları gerektiğinin altı çizilmektedir.<sup>62</sup> İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi içtihatlarında bireyin kendisinin bizatihi değer olduğu ve insanın kişilik haklarının korunması gerekliliğini vazedenden normatif bir anlayış ile hareket edilmesi gerekliliği vurgulanmaktadır.<sup>63</sup> İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, bu ilkeyi, kişilik haklarının korunmasında, infaz hukuku alanında, bireyin özel ve gizli yaşamında, devlet gücünün kullanılması alanları ile kişilik ve temel hakların yorumunda gözetmektedir.<sup>64</sup>

1982 Anayasası'nın pek çok yönden tartışmalı Başlangıç kısmında ise "Her Türk vatandaşının ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" belirtilmektedir. Anayasa'nın 5. maddesinde ise bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin "temel amaç ve görevleri arasında" sayılmıştır. Bu madde gerekçesinde sosyal devletin görevi insan onuruna (haysiyetine) uygun bir ortamda yaşamasını sağlama olarak açıklanmıştır.<sup>65</sup> İnsan onuru kavramı, 1982 Anayasası'nın kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı 17. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm hem yaşama hakkını hem de işkence ve kötü muamele yaşadığını düzenlemektedir. Türkiye'de anayasa hukuku öğretisi ise yaşama hakkı ve mülkiyet hakkını da (kişinin kendi kendini geliştirmesine olanak sağlaması nedeniyle) insan onuru kavramı ile ilişkilendirmiştir.<sup>66</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi'nin insan onuru ilkesini tartıştığı en önemli karar, Askeri Ceza Kanunu'nda o dönem yürürlükte olan katıksız hapis cezasına ilişkin

<sup>59</sup> Ünver 2008, s. 62. Ayrıca bkz, Ünver Yener/Heper Altan, 'İnsan Onuru Araştırması', Ceza Hukuku Dergisi, c. 5, sy: 12, 2010, s. 7-10.

<sup>60</sup> Korunan hukuksal değer yönünden bir değerlendirme için bkz, Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara, 2002, s. 937.

<sup>61</sup> Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/ Dau, 224. EL März 2019, WStG § 2 Rn. 29 (Beck Online).

<sup>62</sup> Ünver 2008, s. 63-64.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, 2008, s. 8.

<sup>66</sup> Bkz., Gören 1992, 2007.

verdiği karardır.<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi bu kavramı şöyle tanımlamıştır: “İnsanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerini tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, yapılan muamele, insanı, insan olmaktan çıkarır.” Bununla birlikte, talihsiz bir biçimde, insan onurunu tartıştığı bu kararda, katıksız hapis cezasının içerdiği hak yoksunluğunun olağan olduğunu, infazının güvencelelere bağlandığı belirtmiş ve “... halkının büyük çoğunluğunun, ne yazık ki başlıca gidasını ekmek teşkil eden bir ülkede bir cezalının üç gün yalnız bu gıda ile yetinmek zorunda bırakılmasını eziyet ve işkence saymak gerçekçi bir görüş ve anlayış olamaz. Ahlakça çeşitli kimseleri içinde barındırmak zorunda bulunan asker ocağından, bir takım ağır askerlik hizmetlerinden sıyrılabilmek için hapse girme yollarını arayacakların ve oda hapsini nimet sayacakların çıkabileceğini ve bu gibileri ancak katıksız hapsin yola getirebileceğini de ayrıca gözönünde tutmak gerekir.” şeklinde bir gerekçe ile söz konusu cezanın Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bunun dışında insan onuru kavramının Anayasa Mahkemesi tarafından sosyal devlet kavramının açıklanmasını sağlamak üzere kullanıldığı da olmuştur.<sup>68</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin çizdiği bu çerçeveden hareketle insan onuru öğretide şöyle tanımlanmıştır: “Bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendisini geliştirip çevresini biçimlendirme yeteneği veren ve kişiliğizsizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güç olarak tanımlanmıştır”.<sup>69</sup> Kavramın bireyin irade özerkliği ve maddi ve manevi varlığını geliştirme ve kendi kaderini tayin hakkı ile ilişkilendirilerek tarif edildiğini belirtmek herhalde yanlış olmayacaktır.<sup>70</sup> İlginçtir, Türk pozitif ceza hukukuna kavram ilk kez Alman Ceza Kanunu md.130/2’de düzenlenen suç ile paralel bir biçimde yapılan bir düzenleme ile girmiştir. 4744 sayılı 2002 tarihli Kanun ile değişik 312. maddesinde şu düzenleme öngörülmüştür: “Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye birinci fıkradaki ceza verilir.” Hükümdeki insan onuru o dönem sadece bireyin kişilik haklarına yönelik saldırıları değil, aynı zamanda kişiliğin vazgeçilmez çekirdek alanına tecavüz teşkil eden yani o halk kesiminin toplumda yaşama hakkını reddeden veya o grubu toplumdaki diğer bireylerden daha değersiz olarak gösteren hareketler olarak görülmüştür.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi, 1965/41 E., 1965/66 K., 27/12/1965 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi 2009/93 E., 2011/73 K., 28/4/2011 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>69</sup> Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa, Ruhan/Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2001, s. 12, Ünver 2002, s. 936.

<sup>70</sup> Ünver, s. 936.

<sup>71</sup> Zafer, Hamide, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü, İÜHFİM, c. LXII, sy. 1-2, s. 209-261, 2004.

Bugün insan onuru kavramı öğretide daha ziyade, yasak sorgu yöntemleri bağlamında gündeme gelmekte, bireyin obje haline getirilmesi ve kendi kaderini tayin hakkı ile özgür iradesinin ortadan kaldırılması insan onuruna aykırı davranışlar olarak görülmektedir.<sup>72</sup> Bu bakımdan Anayasa md.38'de ifadesini bulan kimsenin kendisi ve yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı yasağının (*nemo tenetur*) ihlali insan onuruna aykırı olarak görülmektedir.<sup>73</sup> Nitekim yukarıda belirtildiği üzere bir görüş, işkence suçunda ayırt edici özelliğin kişi onuru ve bütünlüğü ve bunun zedelenemezliği olarak belirtmekte<sup>74</sup> ve işkencenin kabul edilmezliğinin başlıca sebebi, mağdurun iradesinin kırılmak istenmesi olarak açıklamaktadır.

Ne var ki, genel kastla işlenebilen ve mağdurun herkes olabildiği işkence suçu yönünden irade özerkliği kıstası pek çok olayda uygulanma alanı bulamayacaktır. Diğer taraftan isabetle belirtildiği üzere insan onuruna aykırılıktan insanın araçsallaşması veya nesneleşmesi anlaşıldığında, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, organ ve doku ticareti, insan üzerinde deney, cinsel saldırı, fuhşa teşvik ve aracılık gibi suçlar da bu bağlamda ele alınabilecektir.<sup>75</sup> Keza, bireyin beden bütünlüğü ile ilgili olması dolayısıyla kasten yaralama açısından da aynı sonuca varılabilecektir. Nitekim İsviçre öğretisinde cebir ve şiddet içeren suçlarla insan onuru arasındaki ilişkinin altı çizilmektedir.<sup>76</sup> Nihayet, hakaret suçunda korunan hukuksal değer olan 'şerefın' insan onuruna dayanan ve insana haklı olarak tanınan değer ve buna saygı gösterilmesi hakkı olduğu da belirtilmektedir. Benzer bir yaklaşım iftira suçu açısından da geçerlidir.

Yukarıda, belirtildiği üzere, iç hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta anayasa mahkemelerinin yorumu esas alındığında buradaki suç kataloğunu genişletmek mümkündür. Kanuni tanımda açıkça ifade edilmemiş olsa da pek çok suç, insan onuru ile bağdaşmaz. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin şu kategorik değerlendirmesi de son derece önemlidir:

*"Her ne olursa olsun, özgürlüğü kısıtlanan bir kişi nezdinde, bu kişinin tutumu tam olarak gerekli kılmadıkça, fiziksel güç kullanılması insan onurunu kırar ve kural olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal eder."*<sup>77</sup>

<sup>72</sup> Artuk 2008, s. 23.

<sup>73</sup> Demirbaş 2016, s. 94.

<sup>74</sup> Gemalmaz 1994, s. 308, Bakım 2008, s. 127.

<sup>75</sup> Katoğlu, Turgut, 'Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Tanımı', Prof. Dr. Rona Aybay'a Armağan, c. 2, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı 2014, s. 1457-1482. s. 1473.

<sup>76</sup> Schultz, Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht, s. 520'den aktaran Ünver 2008, s. 58.

<sup>77</sup> Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, B. No. 2013/293, 17.7.2014, para. 22-27 (<https://www.ana-yasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

Ezcümle, 'insan onuru ile bağdaşmama' kriteri, işkence suçunu diğer suçlardan ayırmaya elverişli değildir.<sup>78</sup> Nitekim anayasa hukuku öğretisinde de insan onuru kavramının anayasa hukukunun en soyut kavramlarından biri olduğu ifade edilmektedir.<sup>79</sup> Ceza hukuku öğretisinde de insan onuru kavramının içeriğini ve sınırlarını kesin olarak belirlemenin olanaksız olduğu zira bu önemli kavramın "kaygan bir zemine sahip olup, özünde subjektif değerlendirmelere fazla elverişli" olduğu belirtilmektedir.<sup>80</sup>

#### IV. 5237 sayılı TCK'da İşkence Suçunu Karakterize Eden Unsurlar

İnsan onuru ölçütünün kavramın geniş ve soyut içeriği dolayısıyla pratik olarak işkence suçunu diğer suçlardan ayrılması yönünden işlevinin son derece sınırlı olduğunu belirledikten sonra, yeni Türk Ceza Kanunu'nda öğreti ve uygulamada işkenceyi fiil unsuru yönünden karakterize eden ölçütlere değinmek gerekir. Burada esas itibarıyla iki temel yaklaşımdan söz etmek mümkündür. Birincisi, madde gerekçesinin de BM Sözleşmesi'ne atıf yapması nedeniyle işkencenin varlığı için asgari bir eşığın aranmasının zorunlu olduğu yaklaşımıdır. Türkiye'de önceki dönem uygulaması, AİHM içtihadı ve Anayasa Mahkemesi kararları bu yaklaşımı ön plana çıkarmaktadır. İkinci görüş ise, madde gerekçesinden yola çıkarak işkencenin sistematik ve belli bir sürede işlenmesinin aranmasını savunmaktadır. Aşağıda, bu yaklaşımlar sırasıyla ele alınacaktır.

##### IV.1. Acı ve Ezanın Ağırlığı

Dayanağını en başta İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin tanımı ve bu tanımı esas alan mahkeme içtihatlarından alan ve bu bakımdan işkence suçunu benzer diğer suçlardan ayıran özelliğinin, çekilen acı veya ezanın ağırlığı olarak değerlendiren bir yaklaşım 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de ağırlığını korumaktadır. Öğretide *Önok* tarafından savunulan bu görüş çerçevesinde, bir davranışın suçla korunan hukuki yararı ihlal etmesi ve dolayısıyla tipik olması halinde dahi asgari bir ağırlık düzeyine varmaması durumunda işkence olarak kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. *Önok*'a göre davranışın asgari ağırlığı ile kast edilen, mağdurun çok fazla acıya maruz kalması değil, "davranışının objektif yapısının haksızlık içeriği ve sosyal kötülüğü" ile ilgili olmasıdır.<sup>81</sup> Dolayısıyla insan onuruna aykırılıkla sınırlama yerine "davranışın objektif niteliği ile" değerlendirilmesinin daha uygun olacağı belirtilmektedir. Bu görüş, ceza hukuku bakımından önemsiz ya da hafif düzeyde kalan muameleler söz konusu ise, davranışın kamu görevlisinin disipliner sorumluluğunu gerektireceğini belirtmektedir. "İtip kakma" örneği bu yönüyle yazarın ifade etmeye çalıştığı olguyu anlatmakta muhtemelen yetersiz

<sup>78</sup> Önok 2006, s. 391, Katoğlu 2014, s. 1474.

<sup>79</sup> Linke, Tobias, 'Die Menschenwürde im Überblick: Konstitutionsprinzip, Grundrecht, Schutzpflicht', JuS, 2016, s. 888 (Beck Online), Şimşek 1999, s. 50.

<sup>80</sup> Ünver 2002, s. 941.

<sup>81</sup> Önok 2006, s. 402.

kalmaktadır. Dahası yazar, bu noktada ceza hukukunun *ultima ratio* niteliğini hatırlatmaktadır ki, konunun bu kısmı ayrıca tartışmaya değerdir.

Acı ve ezanın ağırlığını esas alan görüşün çıkış noktasını bir davranışın nesnel olarak ciddi bir acı ya da ezaya yol açabilecek yapıda olup olmadığının genel ve soyut olarak değerlendirilebileceği kabulü oluşturmaktadır. Bu tanım AİHM içtihadını, karşılaştırmalı hukukta kimi ulusal mevzuatları ve uluslararası *ad hoc* ceza mahkemelelerini etkilemiştir.<sup>82</sup> Aşağıda öncelikle konu ile ilgili AİHM içtihadı ve konuyu AİHM ile paralel bir biçimde yorumlayan Anayasa Mahkemesi içtihadı ele alınacak, ikinci bölümde ise söz konusu yasağın anlamı eleştirel bir biçimde değerlendirilecektir.

#### IV.1.i AİHM İçtihadı

Avrupa insan hakları koruma mekanizmaları tarafından işkence kavramı ilk kez Yunanistan'da Albaylar Cuntası döneminde gerçekleştirilen işkence ve kötü muamele fiillerini nitelemek üzere tanımlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Yunanistan'a ilişkin olarak yapılan başvuruda işkenceyi, bilgi ve itiraf elde etmek amacı ile yapılan insanlık dışı muamele veya ceza verilmesi ve genellikle "insanlık dışı muamelenin ağırlaşmış biçimi" olarak tespit etmiştir.<sup>83</sup> Aynı kararda, AİHM; insanlık dışı muamelenin somut olayda meşru bir nedene dayanmayan fiziksel ve ruhsal ağır acı olduğunu belirtmiş, aşağılayıcı muamele de kişinin başkalarının yanında küçük düşürülmesi, aşağılanması olarak ifade etmiştir.<sup>84</sup> Devamla, işkencenin insanlık dışı ve aşağılayıcı olduğunu, insanlık dışı muamelenin de aşağılayıcı (*degrading*) olduğunu belirterek, söz konusu fiiller arasında bir derece farkı olduğuna işaret etmiştir.<sup>85</sup> Yunanistan kararının bu belirlemelerine göre,<sup>86</sup> işkenceyi insanlık dışı muameleden ayıran özelliğin, esasen çekilen acı veya ızdırabın yoğunluğu değil, işkenceyi karakterize eden amaç unsuru olduğunu söylemek mümkündür.<sup>87</sup>

Bu karar, 'Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri'nin esin kaynağını oluşturmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere Bildiri, "işkencenin zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın ağır ve kasıtlı işlenen bir türü" olduğunu hüküm altına almıştır.

İşkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında ağırlık açısından bu biçimde ortaya çıkan "kademeli acı ve ızdırıp" ölçütü yine bir başka devletlerarası başvuruda, İrlanda Birleşik Krallık davasında gündeme gelmiştir. Bu davada AİHM,

<sup>82</sup> Buchard 2008, s. 164-164.

<sup>83</sup> 'The Greek Case (1969)', Year Book of European Convention on Human Rights, c. 12, s. 186, para. 2, ayrıca Gemalmaz (2006), s. 190-191.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*, s. 186, ayrıca bkz., Evans, Malcolm, D., 'Getting to Grips with Torture', ICLQ, c. 51, s. 365-383, s. 371-373.

<sup>86</sup> Altıparmak, 2009, s. 155.

<sup>87</sup> APT ve CEJIL, Torture in International Law (A Guide to Jurisprudence), Cenevre, 2008, s. 57.

daha önce Komisyon'un işkence olarak kabul ettiği dava konusu beş tekniğin (kol ve bacaklar açık olarak duvara yaslanmaya zorlanma, kafaya kukuleta geçirilmesi, sürekli gürültüye maruz bırakma, uyku mahrumiyeti ve yeterli yiyecek verilmesi) işkence değil, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğuna hükmetmiş, bu kararında da işkenceyi "çok ciddi ve zalimane ızdıraba kasıtlı olarak sebep verme" olarak tanımlayarak fiilin işkence olarak tanımlanmasının özel damgalayıcı etkisine vurgu yapmıştır.<sup>88</sup> AİHM'nin bu kararının gerek somut olay bakımından gerekse de işkence fiiline ilişkin değerlendirmeleri dolayısıyla çok tartışmalı olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu karar ile AİHM işkence, insanlık dışı ve kötü muamele arasındaki ilişkiye dair dereceli bir ağırlık ölçütünü benimsemiştir.<sup>89</sup>

AİHM bu çerçevede işkencenin diğer kötü muamele biçimlerinden daha ağır olduğu ve ancak belli bir vahamet düzeyini aşan fiillerin işkence olarak tanımlanmasına dair içtihadını bir dizi başka kararda da devam ettirmiştir.<sup>90</sup> AİHM, kendi terminolojisi ile belli bir kötü muamelenin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verilirken, AİHS md.3'te işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele kavramları arasındaki ayrımın gözetilmesi gerektiğini ve ancak "çok ciddi ve zalimce bir ıstıraba neden olacak kasten ve insanlık dışı muameleye özel bir damga yüklenmesi gerektiğini" belirtmektedir.<sup>91</sup>

AİHM, insanlık dışı muameleyi ise, "önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralanmaya veya fiilen yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş bir muamele" olarak tanımlamıştır.<sup>92</sup> Mahkeme içtihadında, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleler "insanlık dışı muameleler" olarak nitelendirilmektedir.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> İrlanda/Birleşik Krallık, 18 Ocak 1978 (Başvuru no: 5310/71), para. 167 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>89</sup> Long, Debra, 'Aspects of the Definition of Torture in the Regional Human Rights Jurisdictions and the International Criminal Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda', in Association for the Prevention of Torture (ed.) *Torture in International Law*, s. 51-78, s. 54.

<sup>90</sup> Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18.12.1996 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019), Sel-mouni/Fransa (supra dn. 1).

<sup>91</sup> Aksoy/Türkiye, para. 63-64; Aydın/Türkiye, B. no: 57/1996/676/866, 25/9/1997, para. 82-83; İlhan/Türkiye, B. No: 22277/93, 27/6/2000, para. 85; İlaşçu vd/Moldovya, B. no: 48787/99, 8/7/2004, para. 424-428; Erdoğan Yılmaz vd./Türkiye, B. no: 19374/03, 14/10/2008, para. 49; bkz. ayrıca, Arif Çelebi vd./Türkiye, B. no: 3076/05, 26739/05, 6/4/2010 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>92</sup> Gafgen/Almanya, para. 89, Labita/İtalya, para. 120.

<sup>93</sup> İrlanda/Birleşik Krallık; İlaşçu ve diğerleri [BD], Soering/Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; Moldova ve Rusya, B. No: 48787/99, 8/7/2004, para. 432-438, Jabari/Türkiye, B. No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41, 42; Giusto/İtalya, B. No: 38972/06, 15/5/2007 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019). Bkz. ayrıca, Arif Haldun Soygür başvurusu, para. 57 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

Strazburg Mahkemesi'nin özellikle 3. maddenin sınırını oluşturduğu için “aşağılayıcı muamele” ile ilgili içtihadı ise daha fazla gelişmiş durumdadır. Mahkeme, mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen bir muameleyi ‘aşağılayıcı’ muamele olarak kabul etmiştir.<sup>94</sup>

#### IV.1.ii Anayasa Mahkemesi İçtihadı

AİHM içtihadı ile paralel bir biçimde Anayasa Mahkemesi de kötü muamelelerin kişi üzerinde varsayılan etkisini gözeterek derecelendirdiğini ve çekilen acının yoğunluğuna göre bir değerlendirme yaptığını istikrarlı bir biçimde belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi bu bakımdan, Anayasa md.17'nin lafzını esas alarak işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele şeklinde üçlü bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerini ayırırken, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin verdiği tanımdan yol açarak şöyle bir değerlendirmede bulunmaktadır: “(a)nayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütününe en fazla zarar veren muamelelerin “işkence” olarak belirlenmesi mümkündür.”<sup>95</sup>

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da bulunan eziyet kavramını tanımlarken AİHM'nin insanlık dışı muamele kavramına başvurmakta ve AİHM'nin insanlık dışı muamelelerin tanımlandığı içtihatlarına atıfta bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre “işkence seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler “eziyet” olarak tanımlanabilir.”<sup>96</sup>

Anayasa Mahkemesi, “insan haysiyeti ile bağdaşmayan” aşağılayıcı nitelikte daha hafif davranışı ise şöyle tanımlamaktadır: “Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muameleler.”<sup>97</sup> Mahkeme'ye göre burada “eziyet”ten farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi, tutulma koşulları, tutu-

<sup>94</sup> Gafgen, para. 89, Keenan/Birleşik Krallık, 27229/95, para. 110 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>95</sup> Tahir Canan başvurusu, 2012/969, 18/9/2013, para. 22 (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>96</sup> Tahir Canan başvurusu, para. 22, Deniz Yazıcı başvurusu, para. 70, Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, para. 89, Arif Haldun Soygür başvurusu, para. 58.

<sup>97</sup> Deniz Yazıcı başvurusu, para. 70, Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, para. 89, Arif Haldun Soygür başvurusu, para. 58.

lanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli bireylerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler 'insan haysiyetiyle bağdaşmayan' muamele olarak ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir.<sup>98</sup>

Anayasa Mahkemesi, Anayasa md.17'de yer alan eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele kavramları ile işkence arasındaki farkı açıklarken, bu ayrımın, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiğini belirtmektedir.<sup>99</sup> Bununla birlikte Mahkeme yaptığı ayrımın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan "işkence", "eziyet" ve "hakaret" suçlarının unsurlarından daha geniş ve daha farklı bir anlam taşıdığına hükmetmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, muhtemelen Türk Ceza Kanunu'nda acının veya ezanın ağırlığı şeklinde bir ölçüt bulunmadığı için, bu tartışma alanına girmek istememekte ve yaptığı ayrımın anayasal denetim amacına matuf olduğunu vurgulamaktadır. Nitekim, yeni tarihli bir kararında bu konudaki tutumunu daha net bir biçimde ortaya koymaktadır.

*"Kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak derece mahkemelerinde dava görüldüğü zaman ceza hukuku sorumluluğunun Anayasa ve uluslararası hukuk sorumluluğundan ayrı tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunanlarla sınırlıdır (Cezmi Demir ve diğerleri para. 96). Dolayısıyla insan hakları bağlamında kötü muamele oluşturduğu kabul edilen eylemin ceza hukukunda hangi suçu oluşturduğu Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan ilgi alanına girmemektedir."*<sup>100</sup>

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin teorik olarak ele aldığı bu meseleyi, somut olaya uygularken suç oluşturan ihlali yorumlamaktan haliyle kaçınmamaktadır. Kuşkusuz bu durumun önemli bir nedeni işkence ve kötü muamele yasağının ceza hukuku ile doğrudan doğruya ilişkisidir. İşkence suçu doğrudan doğruya işkence ve kötü muamele yasağının yaptırımını oluşturmaktadır. Teşkilat Kanunu'nda açıkça düzenlendiği gibi Anayasa Mahkemesi'nin kanun yolu mahkemesi gibi bir denetim yapması beklenemez (6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun md.49/6). Nitekim Mahkeme, defaatle, Anayasa Mahkemesi'nin "cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmamakta" olduğunun altını çizmekte-

<sup>98</sup> Cezmi Demir ve diğerleri, para. 90, Deniz Yazıcı başvurusu, para. 70.

<sup>99</sup> Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, para. 84, Deniz Yazıcı başvurusu, para. 64.

<sup>100</sup> Doğukan Bilir başvurusu, 2014/15736, 29/5/2019 ((<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>), Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

dir.<sup>101</sup> AİHM de Sözleşme gereğince cezai sorumluluğun devlete atfedilen sorumluluktan ayrı tutulduğunu, bireysel ceza sorumluluğu ile devletin organları, memurları ve çalışanlarının eylemi nedeniyle sorumluluğunun farklı olduğunu altını çizmektedir.<sup>102</sup> Bu bakımdan ulusal ceza hukuklarındaki işkence ve diğer kötü muamele tanımları, AİHS'nin normatif düzeninde kural olarak bir anlam ifade etmemektedir.<sup>103</sup> AİHM bu kavramları özerk bir biçimde yorumlamaktadır. Ancak, Avrupa Mahkemesi'nden farklı olarak Anayasa Mahkemesi'nin Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan işkence suçu ile ilgili bir değerlendirmeden kaçınması *Altıparmak*'ın da haklı olarak belirttiği üzere anlaşılması güç bir meseledir.<sup>104</sup> Dahası Türk Ceza Kanunu bağlamında işkence olarak değerlendirilecek fiiller Mahkeme içtihadında başka bir biçimde tavsif edilmektedir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi, iç hukuku tamamen görmezden gelmek pahasına kademelilik anlayışını devam ettirmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin, eziyet ve 'insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameleyi' tartıştığı bir karar bu bakımdan önemlidir.<sup>105</sup> Olayda ters yönden araç kullanan başvuru kolluk görevlileri tarafından uyarılmış, aralarında çıkan sözlü tartışma sırasında kolluk görevlisinin kelepçe takmak ve biber gazı sıkmakla tehdit etmesi üzerine başvuru kolluk görevlilerinden kimlik göstermelerini istediğini, bu sırada 155 polis imdat hattını aradığını, sonrasında kolluk görevlilerin kendisine saldırdığını, yere yatırdıklarını ve kolunu bükerek vücuduna vurduklarını ve "sana göstereceğiz zavallı it" diyerek hakaret ettiklerini, kelepçe takarak polis aracına bindirdiklerini daha sonra komiser olduğunu söyleyen bir polisin gelip kelepçeyi çıkardığını belirtmiştir. Bu olayda, Anayasa Mahkemesi başvuru olayına ilişkin bu anlatımını esas almış ve derece mahkemesinin zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması yönünden verdiği (bilahare Yargıtay tarafından da onanan) beraat kararının isabetli olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, başvuru evinin bulunduğu sokakta kolu arkaya bükülmek suretiyle yere yatırılmasını ve kelepçe takılmasını, zorla ekip arabasına bindirilmesini ve adli tıp raporuna yansıyan biçimde oluşan darbın "küçük düşürücü veya aşağılayıcı bir etki doğurabileceğini" ve böylece *insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele* olduğunu belirtmiştir. Ne var ki, tehdit, hakaret ve darbın olduğu ve belli bir süre devam eden davranışların teorik çerçevede ceza hukuku bakımından işkence olarak değerlendirilmesi ihtimali yüksektir.

<sup>101</sup> Bkz., örneğin, Deniz Yazıcı başvurusu, para. 76, Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, para. 96.

<sup>102</sup> Giuliani ve Gaggio/İtalya [BD], 23458/02, para. 182, 24/3/2011 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>103</sup> Altıparmak 2015, s. 153.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> Arif Haldun Soygür başvurusu, para. 6-27.

Bir diğer olayda<sup>106</sup> kimlik gösterme üzerine başlayan bir tartışmada, doktor olan başvuruca doktor kimliğinin gösterilmesi istenmiştir. Doktor kimliğinin henüz çıkmadığını söyleyerek kaşesini gösteren başvuruca, polis memuru tarafından 6-7 kez tokatlandığını, ekip otosuna bindirildiğini, ekip otosunda sinkaflı küfürlere maruz kaldığını, araçla 100-150 metre ileride bulunan boş bir araziye götürülüp burada araçtan indirilerek kafasına ve karnına tekmeler vurulduğunu, araçta da sinkaflı küfürler edildiğini, bu arada “... demek Diyarbakırlısın, adında Deniz. Sen üniversitede az dayak yedin herhalde, doktor oldun da bir şey mi oldun” denilerek polis memurlarınca aşağılandığını, ekip otosuyla karakola getirildikten sonra nezarethaneye konulduğunu, burada da elbiseleri çıkartıldıktan sonra birkaç kez darp edildiğini belirtmiştir. İlginçtir, bu olayda iddianamede zor kullanma şartları oluşmadan kişinin darp edildiği belirtilmiş, ancak sevk maddesi “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması”nı düzenleyen TCK md.256 olarak yer almıştır. Bilahare hakaret suçu ile ilgili olarak başvurucaunun soyut iddiası dışında bir beyan bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturma açılmasına yer olmadığına dair karar verilmiştir. Esasen görevsiz olan Mahkeme (İzmir 1. Sulh Ceza Mahkemesi) kararında kolluk görevlilerin kanunun tanıdığı zor kullanma yetkisinin sınırlarını keyfi biçimde aşmış olduklarına değinmesine rağmen, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun işlendiği sabit görülerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, gözaltı sırasında yaşanan olayları, özellikle çırılçıplak soyulmayı başvurucaunun toplumda saygın bir meslek mensubu olması, olayın yerel ve ulusal basında geniş yer alması, gözaltı sırasındaki şiddetin yoğunluğu nedeniyle gelecekte de sürekli bir acı ve endişe içinde yaşama riskini dikkate alarak eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olduğuna karar vermiştir.<sup>107</sup> Hakaret, aşağılama, çırılçıplak soymanın içinde olduğu bu olayın da ceza hukuku bakımından işkence olarak değerlendirilmesi mümkün ve gereklidir.

Ezcümle, Anayasa Mahkemesi, “çok ağır ve zalimane acılara” neden olan davranışları işkence olarak değerlendirmektedir. Ancak, Mahkeme yaptığı bu değerlendirmenin ceza hukuku açısından başka türlü nitelenmesine de açık kapı bırakmaktadır. Zira, Mahkeme’ye göre yaptığı değerlendirme ceza hukuku bakımından fiilin karşılığı anlamına gelmeyebilecektir. Nitekim AİHM içtihadındaki insanlık dışı muamelenin muadili olarak Anayasa’nın 17. maddesinin lafzından hareketle eziyet verici muameleyi sıklıkla kullanmaktadır. Ancak, kuşkusuz kastedilen eziyet verici davranışın Türk Ceza Kanunu’nun 96. maddesinde düzenlenen eziyet fiili ile doğrudan bir ilişkisi söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi’nin Türk Ceza Kanunu’nda tanımlanan işkence suçu ile ilgili bir değerlendirme yapmaması hatta kötü muamele biçimlerinden söz ederken Türk

<sup>106</sup> Deniz Yazıcı başvurusu, para. 6-28.

<sup>107</sup> Deniz Yazıcı başvurusu, para. 81-83.

Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak düzenlenen eziyet ifadesini konuyla ilgili herhangi bir açıklamada bulunmaksızın kullanması isabetli değildir. Anayasa Mahkemesi'nin daha güvenceli hüküm niteliğinde Türk Ceza Kanunu'nun işkence ve kötü muamele fiillerine karşı mağduru daha fazla koruyan 94. madde hükmünü esas alması gerekmektedir. Aşağıda tartışılacağı gibi bu durum insan haklarına ilişkin daha fazla koruma sağlayan hükmün önceliğini öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesine de aykırıdır.

#### IV.1.iii. İşkence Suçunda Acı ve Ezanın Yoğunluğu Kriterine İlişkin Değerlendirme

İşkenceye Karşı Sözleşme'nin işkence tanımından yola çıkarak AİHM'nin ağırlık ölçütü kriterinin hala işkence ve diğer kötü muamele biçimlerini ayırmada en önemli parametre olduğunu söylemek mümkündür.<sup>108</sup> Bununla birlikte, AİHM konu ile ilgili içtihadında dahi, ızdırabın ağırlığı kriterini değerlendirirken, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi özelliklerin de dikkate alınmasını istemektedir.<sup>109</sup> Özetle, AİHM, bu konuda bir yandan ızdırabın yoğunluğu kriterinden yola çıkarken bir taraftan da genel ve soyut bir biçimde tespiti mümkün olmayacak bu kriterlerin somut olay çerçevesinde değerlendirilmesini zorunlu görmektedir. Örneğin, AİHM; Keenan/Birleşik Krallık kararında da fiziksel ve ruhsal acının ağırlığının Mahkeme tarafından 3. maddenin ihlali açısından önemli bir kriter olduğunu belirtirken, muamelenin kişi üzerindeki gerçek (*actual*) etkisinin majör/ana faktör olmadığı durumların mümkün olabileceğini kaydetmektedir.<sup>110</sup> Diğer taraftan Mahkeme, Tyrer/Birleşik Krallık kararında asgari ağırlık eşiği kavramının dinamik bir yorumla günün koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>111</sup>

AİHM'nin, Selmouni/Fransa kararı da bu açıdan mihenk taşı özelliği taşımaktadır. Mahkeme, bu kararda hem işkence ve kötü muamele yasağının dinamik niteliğine bir kez daha dikkat çekmiş, hem de daha önce işkence ve kötü muamele kapsamında görülmeyen bir davranışın daha sonra bu yasak çerçevesinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir.<sup>112</sup> Selmouni/Fransa kararında ayrıca, İşkenceye Karşı Komite kararlarına referansla, Yunanistan davasından itibaren etkisi azalan amaç faktörüne yeniden vurgu yapılmıştır. İlhan/Türkiye kararında da muamelenin ağırlığı ile birlikte amaç unsurunun İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi bakımından önemli olduğunu belirtmiştir.<sup>113</sup>

<sup>108</sup> Bruha, Thomas/Steiger, Dominik, Das Folterverbot im Völkerrecht, Kohlhammer, Stuttgart, 2006, s. 27-28.

<sup>109</sup> İrlanda/Birleşik Krallık, para. 162, Jalloh/Almanya [BD], B. no. 54810/00, 11/7/2006 para. 67 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019), Gafgen, para. 88.

<sup>110</sup> Keenan/Birleşik Krallık, B. no: 27229/95, 3/4/2001, para. 113 (HUDOC son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>111</sup> Tyrer/Birleşik Krallık, B. no: 5856/72, 25/4/1978, para. 31 (HUDOC son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>112</sup> Selmouni/Fransa, para. 101.

<sup>113</sup> Aksoy/Türkiye kararı, para. 64, Egmez /Kıbrıs, B. no: 30873/96, 21/12/2000 para. 78, Krastanov/ Bulgaristan kararı, B. No: 50222/99, 30/9/2004 (HUDOC son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

AİHM'nin 'acı ve ezanın ağırlığını' esas alan bu yaklaşımına rağmen, insan hakları hukuku ile ilgili diğer belge ve yorumlarda, ağırlık eşiği kriterinin bu ölçüde ayırt edici bir kıstas olmadığı gözlemlenebilir. Aksine, giderek artan oranda muamelenin amacı ve mağdurda yarattığı çaresizlik bu fiillerin ayrımı bakımından ön plana çıkmaktadır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan BM İnsan Hakları Komitesi işkence suçuna ilişkin 20 no.lu Genel Yorumunda, işkence ya-sağı kapsamında değerlendirilebilecek muamelelerin bir listesini vermenin ya da işkence ile diğer kötü muamele biçimleri arasında keskin bir ayrım yapmanın gerekli olmadığını, zira bu farkın uygulanan muamelenin yapısı, amacı ve yoğunluğuna göre değiştiğini belirtmektedir.<sup>114</sup> İnsan Hakları Komitesi, muamele-nin süresi ve biçimi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumunun belirli bir muamelenin değerlendirilmesinde etkili olabileceğini be-lirtmiştir.<sup>115</sup> İşkence Özel Raportörü tarafından hazırlanan raporda da işkenceyi zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden ayırt etmek üzere belirleyici olan ölçütün, çekilen acı veya ızdırabın yoğunluğu değil "filin amacı ve mağdur-da ortaya çıkan çaresizlik" olduğu sonucuna ulaşmaktadır.<sup>116</sup>

Nitekim, İşkenceye Karşı Amerika Sözleşmesi'nde de 'ağır acı ve eza' ölçü-tüne işkence suçu tanımlanırken yer verilmemiştir.<sup>117</sup> Sözleşme'ye göre (md.2), yapılan muamele kişinin manevi veya bedensel acı çekmesine neden olmasa bile, bu davranışların mağdurun kişiliğini yok etmek ya da fiziksel veya ruhsal yetisini azaltmaya yönelik olması fiilin işkence olarak tanımlanması için yeterli olabile-cektir. Kişiye acı vermeksizin iradesini kırmaya yönelik olan yöntemler de bu tanım uyarınca işkence kapsamına girebilmektedir. Komisyon ve Mahkeme, bu bağlamda, maddi unsuru saptamak için acı ve eza veren muamelenin süresi, acı verme yöntemi, daha geniş sosyal ve siyasal koşullar, özgürlükten keyfi veya baş-ka bir biçimde mahrum bırakılma gibi objektif unsurlar ile kişinin yaşı, cinsiyeti ve mağdurun özel durumu gibi subjektif hususları değerlendirmiştir.<sup>118</sup>

Keza *ad hoc* uluslararası ceza mahkemeleri de aynı şekilde mağdurun süb-jektif özelliklerinin acının ağırlığının tespitinde dikkate alınacağını belirtmek-

<sup>114</sup> U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom20.htm> (Son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>115</sup> Bkz., örneğin, Vuolanne/Finlandiya, B. No. 265/1987, 7/4/1989, para. 9/2 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>116</sup> 'Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment', Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture, Manfred Nowak, 23 Aralık 2005, UN Doc E/CN.4/2006/6, para. 39. İlgili belgeye şu linkten ulaşılabilir. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/sessions/62/listdocs.htm> (Son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>117</sup> Bkz., Altıparmak 2009, s. 154.

<sup>118</sup> Ximenes-Lopes/Brezilya, Series C, no. 149, para. 127, karara şu linkten erişilebilir: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf) (Son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

tedir.<sup>119</sup> İlginçtir, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü de hem insanlığa karşı suç oluşturan hem de savaş suçu oluşturan işkenceye ilişkin ağır acı veya eza kriterini benimsemiştir. Mahkeme Statüsü'nde 7/e fıkrasında işkence “sadece hukuka uygun biçimde verilen cezaların doğası gereği içerdiği veya neden olduğu acı ve eza hariç olmak üzere gözetiminde bulunan veya şüpheli/sanığın gözetiminde bulunan bir kişiye kasdi ağır acı ve eza verilmesi” olarak tanımlanmaktadır. Mahkeme Statüsü, 7(1)k da ise diğer kötü muamele biçimlerini suç olarak tanımlamıştır. İlk bakışta, işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında AİHM içtihatlarına benzer bir biçimde dikey/hiyerarşik bir ilişki arandığı söylenebilir. Ne var ki, Suçların Unsurları Belgesi'nin her iki hükmü açıklayan metninde farklı sözcüklerle de olsa (“*severe*” ve “*grave*”) gerek işkence gerekse de diğer kötü muamele biçimleri bakımından ağır acı veya eza verilmesi aranmaktadır. Yine, Suçların Unsurları Belgesi'nde savaş suçu olarak işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasındaki fark aynı sözcükle ifade edilmektedir: “*severe infliction of physical or mental pain or suffering*”. Dolayısıyla, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında hiyerarşik bir ilişki olduğu ve işkencenin kötü muamelenin ağırlaşmış bir hali olduğunu söylemek bu çerçevede esasen mümkün değildir.<sup>120</sup>

Diğer taraftan uluslararası insan hakları hukukunda ve uluslararası ceza hukukunda bu kriterin benimsendiği düşünülse dahi, Türk Ceza Kanunu'nda karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinin aksine ‘acının ağırlığı’ ile ilgili bir kriter yer verilmiş değildir. AİHM kararlarının Türk iç hukuku açısından bağlayıcı olduğu iddia edilebilir. Bu durumda AİHS md.53'ün hatırlatılması gerekecektir. AİHS md.53'e göre, “*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.*”

Sözleşme'nin 53. maddesinin bireysel başvuru konusu olmasının mümkün olmaması dolayısıyla,<sup>121</sup> AİHM'nin konu ile ilgili az sayıda içtihadı bulunmaktadır. Ancak, Strazburg Mahkemesi, ilk kez 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararında, Mahkeme'nin taraf devletleri güvence altına aldıkları hak ve özgürlükleri sınırlamaları yönünde bir yükümlülük altında tutamayacağını belirtmiştir.<sup>122</sup> Türkiye Birleşik Komünist Partisi ile ilgili 1998 tarihli kararında ise, ikincillik ilkesi uyarınca, ulusal düzeyde sağlanan korumayı hiçbir biçimde sınırlandır-

<sup>119</sup> Burchard, 2008, s. 165.

<sup>120</sup> *Ibid.*, s. 167.

<sup>121</sup> Alkema, Evert A./Rob van der Hulle, Leiden/van der Hulle, Rick, ‘Safeguard Rules in the European Legal Order: The Relationship Between Article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union’, Human Rights Law Journal, c. 53, sy. 1-8, s. 8-20, 2015.

<sup>122</sup> Handyside/Birleşik Krallık, 5493/72, 7/12/1976, para. 54 aktaran Alkema vd., s. 10'da.

maksızın güçlendirdiğinin altını çizmiştir.<sup>123</sup> Mahkeme'nin 53. madde ile ilgili önemli bir içtihadı Okyay ve diğerleri/Türkiye<sup>124</sup> Sözleşme'nin 6. maddesindeki 'medeni hak' kavramını iç hukukla uyumlu bir şekilde değerlendirilerek idare mahkemelerinin kararlarının uygulanmamasından ötürü adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile ilgili yaptığı saptamadır. AİHM, burada, 53. maddeye atıfla, Sözleşme'nin 6. maddesinin iç hukukta var olan bir hakkı sınırlandıracak biçimde yorumlanamayacağına işaret etmektedir.

Şu halde, AİHM içtihadı, işkence ve kötü muamele yasağı bakımından asgari güvenceleri tespit etmektedir. AİHM'nin aslında birçok yönden Sözleşme'ye taraf devletlerin hukukundaki gelişimi de dikkate alarak, belli bir konsensüsü aradığını söylemek gerekir. Ancak söz konusu negatif hakka ilişkin daha fazla koruma içeren düzenleme olması durumunda haliyle ilgili ulusal mevzuat uygulanacaktır. İşkence ve kötü muamele yasağı bakımından Türkiye iç hukuku düzenlemelerinin Sözleşme'de belirlenen standartlar ve asgari güvenceler sisteminden daha ileri olduğunu söylemek mümkündür. Bu bakımdan AİHS md.53, AİHM'nin kararlarının etkisi bakımından mutlaka değerlendirilmesi gereken bir hükümdür.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi de yukarıda belirtildiği üzere yaptığı değerlendirmelerin ceza hukuku alanına ilişkin olmadığını defaatle altını çizmektedir. Kaldı ki, Anayasa altı mevzuat, örneğin gözültü süreleri gibi, Anayasa'nın kendisinden daha fazla koruma içerebilir. Türk Ceza Kanunu md.94 bu bakımdan insan onuru, beden bütünlüğü, yaşama hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri daha fazla koruyucu bir içeriğe sahiptir. Bu anlamda, Anayasa md.17'deki yasağı yaptırıma tabi tutarken kanun koyucu tarafından mümkün olduğunca geniş bir çerçeve çizilmiştir. Bu durumda, tipik olsa ve suçla korunan hukuki menfaati ihlal etse bile, bir davranışın yeterince ağır olmaması halinde işkence teşkil etmeyeceği şeklinde *Önok* tarafından savunulan ve yukarıda ana hatlarıyla ele alınan görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Türk Ceza Kanunu md.94'ün tipik unsuru için hareketlerin seçimlik olarak belirtilmesi, AİHM içtihadına egemen olan piramit yaklaşımının benimsenmediğini, aksine farklı ağırlıktaki hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi ile suçun işlenebileceği anlamına gelmektedir. Normun korumaya yöneldiği hukuki menfaatleri ihlal eden, dolayısıyla ihlal edici ve tipik olan bir davranışın suç olarak değil de, örneğin disiplin hukuku kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, fiilin niteliğine göre basit yaralama veya hakaret oluşturacak bir fiilin bir kamu görevlisi tarafından görevin icrası sırasında gerçekleştirilmesi halinde, bu hareketin TCK

<sup>123</sup> Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye 133/1996/752/951, 30/1/1998 aktaran in *Ibid.*, s. 11.

<sup>124</sup> Okyay ve Diğerleri, 36330/97, 12/7/2005, *Ibid.*, ayrıca bkz. Duymaz, Erkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, sy. 47, s. 121-160, 2012, s. 139.

md.94 kapsamında değerlendirilemeyeceğini iddia etmek her ne kadar, ilk bakışta uluslararası insan hakları hukuku standartları ile bağdaşır görünse de Türk iç hukukuna aykırı bir yorumdur.

Öğretide de ‘acının ağırlığı’ kriterinin işkenceyi diğer suç tiplerden, başta kasten yaralama olmak üzere, ayrıcı bir özelliğinin olmadığını, acının derecelendirilmesinin güçlüğü dolayısıyla bu kriterin çoğunlukla isabetli bulunmadığını söylemek mümkündür.<sup>125</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na giden süreçte etkili olduğu görülen değerlendirmelerden birisi de AİHM’nin acının ağırlığı ile ilgili değişen içtihadının etkili olduğu ileri sürülebilir. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda işkence suçu düzenlemesinde önemli katkıları olan *Üzülmez*, 2002 tarihli monografisinde kanun henüz tasarı halindeyken AİHM’nin acının ağırlığı ile ilgili değerlendirmelerine ilişkin *Gölcüklü/Gözübüyük*’e atfen Tomasi/Fransa kararını tartışmıştır.<sup>126</sup> Tomasi/Fransa kararında başvuru Felix Tomasi gözaltına alındığı sırada Korsika’nın bağımsızlığını savunan bir siyasi partinin aktif bir üyesi ve saymanıdır.<sup>127</sup> Tomasi, iki askerin ağır surette yaralandığı silahlı saldırıya katıldığı şüphesi ile gözaltına alınmıştır. Daha sonra hakkında beraat kararı verilecek Tomasi, gözaltı sırasında polisler tarafından dövüldüğünü, aç bırakıldığını, sabah açık bir pencerenin önünde iki üç saat kadar çıplak tutulduğunu, daha sonra giydirilerek tekrar dövüldüğünü belirtmiştir. Başvurucunun bu şikayetlerini teyit eden fiziksel bulgular ve hekim raporları soruşturma hâkimi tarafından teyit edilmiştir. Fransız hükümeti, muamelenin yeterli ağırlık düzeyine varmadığını belirtmiş, başvuru genç olması, sağlık durumunun iyiliği, sorgunun on dört saat sürmesi ve Korsika’nın içinde bulunduğu durum nedeniyle bu eşiğe ulaşmadığını belirtmiştir. Ancak, Mahkeme, tıbbi raporların kişiye çok sayıda darbe vurulmuş olmasını ve darbelerin şiddetini doğrulamış olduğunu belirtmiştir. Bu karar *Gölcüklü* ve *Gözübüyük* tarafından kısmen isabetli olmayan bir çeviri ile (zira kararda “darbe sayısının çokluğu ve şiddeti”nden<sup>128</sup> söz edilmektedir) muamelenin “yoğunluğu ve devamlı tekrarı” deyimini kullanarak asgari ağırlık eşiğinin daha aşağıya çekilmiş olduğunun somut bir göstergesi olarak yorumlanmıştır.

Yargıtay da acının ağırlığı ölçütüne kararlarında AİHM’nin AİHS 3. madde ile ilgili içtihadının da altını çizerek yer vermekte (örnek Mehmet Ali Okur/Türkiye, Labita/İtalya), ancak bu kriteri uygulamamaktadır.<sup>129</sup> Yargıtay kararına konu

<sup>125</sup> *Üzülmez* 2002, s. 160, *Demirbaş* 2016, s. 98, *Katoğlu* 2012, s. 1475.

<sup>126</sup> *Üzülmez* 2002, s. 161.

<sup>127</sup> Türkçe çevirisi için *Tomasi/Fransa*, B. no: 12850/87, 27/8/1992, bkz., *Doğru/Nalbant* 2012, 188-195.

<sup>128</sup> İfade aynen şöyledir: “... *large number of blows inflicted on Mr Tomasi and their intensity*”, *Tomasi/Fransa*, para. 115 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>129</sup> 8 CD, 2014/398 E., 2014/5977 K., 11.3.2014, 8 CD 2013/13411 E., 2013/26551 K., 6.1.2013. Ayrıca bkz., 8 CD, 2013/15223 E., 2014/7817 K., 26.3.2014 (Lexpera, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

olan bir olayda,<sup>130</sup> Pendik Belediyesi'nde zabıta görevlisi olan sanıklar Pendik sahilinde seyyar balon satan mağdurun balon satmasını men etmek istemişler, bu sırada meydana gelen tartışma üzerine şikayetçiyi araçlarına alarak park ve bahçeler müdürlüğünün deposuna götürmüş ve burada şikayetçiyi darp etmiş ve nihayet evinin yakınlarına bırakmışlardır. Sanıkların eylemi sonucunda meydana gelen yaralanmaya ilişkin, 27 Haziran 2012 tarihli Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi'nin raporunda; "dava konusu olaya bağlı olarak sol böbrek içi kanama olduğu ve bu kanamanın giderek artması ve hastanın yaşamsal fonksiyonlarını bozmaya başlaması üzerine kişinin ameliyatla alındığı, sol böbreğin ve dalağın alınması ile sanıkların yaralama eylemleri arasında illiyet bağının bulunduğu" ve şikayetçide önceden mevcut olan böbrek taşının böbreğin alınmasında etkili olmadığı bildirilmiştir. Ancak, sanıkların eylemlerinin sistematik şekilde belli bir süreç içerisinde süreklilik göstermediği, meydana gelen tartışmanın kavgaya dönüşüp yaralama ile sonuçlandığı, bu nedenle, işkence suçunun yasal unsurları gerçekleşmediği sanıkların bu eylemlerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir. Sol böbreğin ve dalağın alınmasına neden olan sanıkların fiili belli bir süreklilik de arz etmesine rağmen sistematik olarak değerlendirilmediği için işkence olarak nitelenmemiştir.

Yine Yargıtay bir başka kararında, katılanın bir suç şüphesi ile takibi sırasında kolluk görevlilerinden kaçarken tel örgülere takılarak yere düştüğü ve bu esnada sanıkların yere düşen katılanın yanına gelerek batın bölgesine tekme atmaları sonucu katılanın dalağının ağır derecede hasar gördüğü ve bilahare alındığı olayda sanıkların fiillerinin sistematik ve süreklilik arz eder şekilde ortaya çıkmasının gerekliliğinden bahisle işkence suçunu oluşturmadığını belirtmektedir.<sup>131</sup>

Diğer taraftan, öğretide ceza kanunlarının kanunilik ilkesinin bir gereği olarak belirli olmasının doğal sonucu olarak bu biçimde belirsiz bir ölçütten yola çıkmanın kanunilik ilkesini ihlal edeceği de haklı olarak belirtilmektedir.<sup>132</sup> Bu görüş çerçevesinde, insan onuru ile bağdaşmayan muamelenin bir de acının ağırlığı yönünden ikinci bir incelemeye tabi tutulmaması gerektiği belirtilmektedir.<sup>133</sup>

Yukarıda izah edilen nedenlerle öğretide ve Yargıtay'ın teorik olarak acı veya ezanın ağırlığını belirleyici ölçüt olarak genellikle reddettiği söylenebilir. Ancak, aşağıda örnekler ışığında da tartışılacağı üzere sistematiklik ve belli bir süre içinde işlenme kriterinin esas alınması, isabetle belirtildiği gibi acının ağırlığı kriterinin madde metnine daha ölçüsüzce ilave edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>134</sup>

<sup>130</sup> 8 CD 2014/398 E., 2014/5977 K., 12.3.2014 (Lexpera, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>131</sup> 8 CD. 2017/25657 E., 2018/4263 K., 16.4.2018 Lexpera, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>132</sup> Katoğlu 2012, s. 1475.

<sup>133</sup> Demirbaş 2016, s. 99, Başibüyük, İsa, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 12, özel sayı, 2010, s. 1443-1485, 1464.

<sup>134</sup> Altıparmak 2009, s. 164-165.

## V. Sistematik ve Belli Bir Süre içinde İşlenme

İşkence suçu yönünden ‘asgari ağırlık eşiği’ kriterinin malul olduğu yukarıda belirtilen sorunların altını çizen ve öğretide baskın diğer bir yaklaşım madde gerekçesinden yola çıkarak işkencenin sistematik ve belli bir sürede işlenme zorunluluğuna işaret etmektedir. Bu konuda nüanslara ilişkin kısmen farklı gerekçelerin ileri sürüldüğünü görmek mümkündür.

Öğretide 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde *Üzülmez* tarafından savunulan ve yeni Türk Ceza Kanunu’nun madde gerekçesinin felsefesini teşkil ettiği anlaşılan bir görüşe göre, işkence seçimlik hareketli bir suç olup, işkence veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele ika edilerek işlenebilir. Seçimlik hareketlerin en ağırını oluşturan işkencede fiziki veya manevi ağır acı ve ıstırap veren hareketlerin süreklilik arz eder şekilde icrası söz konusudur. Bu nedenle 765 sayılı TCK 243. maddedeki suç işkence etmek suretiyle işlendiği takdirde mütemadi bir suçtur.<sup>135</sup>

*Üzülmez*, daha sonra işkencenin ‘manevi ağır acı ve ıstırap’ vereceği şeklindeki görüşünü<sup>136</sup> revize etmiş, ancak işkence suçunun süreklilik arz ettiği ve bu itibarla mütemadi olduğu şeklindeki görüşünü savunmaya devam etmiştir. Ancak, önemli bir farkla: İşkence suçunda hareketin süreklilik arz etmesi ayrıca sistematlilik olarak yorumlanmıştır. Bilahare *Koca ve Üzülmez* tarafından savunulan ve yeni Türk Ceza Kanunu uygulamasında ve öğretisinde sıklıkla atıfta bulunan bu görüş işkence suçunun kural olarak mütemadi olduğu kabulünden yola çıkarak, tek tek işlendiklerinde bağımsız suç oluşturan kasten yaralama, tehdit, cinsel taciz gibi hareketlerin sistematik olması halinde işkence teşkil edeceğini belirtmektedir.<sup>137</sup> Bu görüşe göre tek bir tokat atma işkence teşkil etmez, ancak tekrarlayan tokatlamalar veya tokat fiili ile birlikte hakaret, sövme, tehdit ve cinsel taciz eklenirse işkence suçu oluşacaktır. Bu görüşün sistematik olma zorunluluğunu aynı hareketin veya maddede belirtilen seçimlik hareketlerin tekrarlanması olarak gördüğünü söylemek herhalde yanlış olmayacaktır. Bu ana yaklaşım çerçevesinde, askıya çekme, falakaya yatırma, elektrik verme gibi mahiyetleri itibarıyla sistematik uygulama özelliği arz ettiği savunulan fiiller bakımından fiil belirli bir süre devam etmese bile işkence suçunun varlığı kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, sistematlilik ibaresine doğrudan kanun metninde verilmesi daha yerinde olacaktır. Ancak, kanun koyucu, bu ölçüte madde gerekçesinde yer vermeyi tercih etmiştir.

<sup>135</sup> *Üzülmez* 2002, s. 165-166, *Üzülmez* 2003, s. 99-112.

<sup>136</sup> “İşkence seçimlik hareketli bir suç olup, işkence veya zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele ika edilerek işlenebilir. Seçimlik hareketlerin en ağırını oluşturan işkencede fiziki veya manevi ağır acı ve ıstırap veren hareketlerin süreklilik arz eder şekilde icrası söz konusudur.” *Üzülmez* 2002, s. 165.

<sup>137</sup> *Koca/Üzülmez* 2017, s. 247.

Öğretideki diğer bir görüş ise, gerekçedeki "... yol açacak davranışları gerçekleştiren" ifadesinin, dolayısıyla maddenin lafzının, dolaylı bir biçimde sistematik ve belli bir süre içinde işlenme kriterine işaret ettiğini ileri sürmektedir.<sup>138</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya tarafından da savunulan bu görüşe göre, "kamu görevlisi tarafından mağdura yumruk atılması kasten yaralamadır. Buna karşılık bu eylemi, başka yumruklamalar veya tekmeler, itip kalkmalar, vurmalar veya tehditler, hakaretler, cinsel taciz takip ederse bunlar bir bütün halinde işkence suçunu oluşturur."<sup>139</sup>

*Bayraktar/Erman* ise hareketin sayıca birden fazla olmasını ifade ettiğini varsaydıkları "davranışlar" sözcüğünün başlı başına "sistematik" hareketleri zorunlu kılmadığını belirtmekte ancak, sistematiklik unsuruna ilişkin öğretideki baskın eğilimin de dışına çıkmamaktadırlar. Bu bakımdan, sistematikliğin tekrarlanma zorunluluğu anlamına gelmeyeceğinin altını çizmekte, hakaret, yaralama, tehdit, cinsel taciz gibi hareketlerin bir bütün olarak yapılması durumunda da işkence suçunun oluşacağını belirtmektedirler.<sup>140</sup> Bu görüş, bazı yazarlar tarafından savunulan, hareketin "niteliği gereği tek başına belirli bir davranışın insan onuru ile bağdaşmayacak derecede ve korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olması durumunda" sistematik olarak değerlendirilebileceği şeklindeki öğreti görüşüne yaklaşmakta, ancak, bu görüşe iştirak edilip edilmediği net bir biçimde anlaşılamamaktadır.<sup>141</sup>

*Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe* de paralel bir biçimde sistematiklik ve belli bir süre içinde işlenme kriterine eleştirel bir biçimde yaklaşmaktadır. Bu görüş, Alman Ceza Kanunu'nun ifade vermeye zorlama suçunda sistematiklik ve belli bir süre içinde işlenme kriterine yer vermediğinin altını çizmektedir.<sup>142</sup>

Öğretide bugün için azınlık görüş, madde gerekçesinin bağlayıcı olmadığı, yorum aracı olduğu, böylece sistematiklik unsurunun bu bakımdan işkence suçunun unsuru olmadığı şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>143</sup>

Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları değerlendirildiğinde, işkence suçunun oluşumu için Yargıtay'ın da gerekçede ve öğretide savunulduğu gibi birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi ve belli bir süre devam etmesi koşullarını kümülatif bir biçimde aradığı görülmektedir. Ancak, esas itibarıyla aranan ölçütün 'sistematiklik' olduğunu, birden fazla hareketin sürekliliğinin fiilin sistematikliğine ilişkin bir karine olarak yorumlandığını görmek mümkündür. Örneğin,

<sup>138</sup> Artuk 2002, s. 22, Artuk/Gökçen/Yenidünya 2010, s. 173.

<sup>139</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya 2010, s. 142.

<sup>140</sup> Bayraktar/Erman 2017, s. 346.

<sup>141</sup> *Ibid.*, s. 347.

<sup>142</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe 2017, s. 274.

<sup>143</sup> Tezcan/Erdem/Önok 2008, s. 293, Katoğlu 2012, s. 1472, Bakım 2008, s. 130-131, Başibüyük, s. 1467.

Yargıtay, jandarma görevlisi olan sanığın bir suç nedeniyle yakalanan mağdura önce tokat atması, akabinde de jandarma karakolunda falakaya yatırarak ayaklarının altına vurmasını “*belli bir süreç içerisinde süreklilik gösteren ve dolayısıyla sistematik bir şekilde işlenen*” fiiller olduğunu belirtmiştir.<sup>144</sup> Burada kişinin özgürlüğünün sınırlandırılmış olması ve falaka gibi esasen doğası gereği sistematik olduğu varsayılan bir yöntemin kullanılmış olması da kuşkusuz önemlidir.

Yargıtay’ın sistematiklik ölçütü ile ilgili içtihadını anlamak için şu karar bir emsal olarak gösterilebilir. Vakada, askeri bir infaz kurumunda, oda hapsi verilen mağdura gardiyan tarafından elbiselerini çıkartarak çırılçıplak vaziyette sınav çektirilmiş, mağdurun üzerine oturulmuş, ve devamlı mağdur hortumla ıslatılmış, kafası masaya vurulmak suretiyle darba maruz kalmıştır. Burada, madde gerekçesindeki tarife son derece benzeyen bir olay silsilesi olduğu için işkencenin farklı seçimlik hareketlerini oluşturan davranışların sistematik olduğu kabul edilmiştir.<sup>145</sup>

Yargıtay’ın aynı seçimlik hareketin birden fazla gerçekleştirilmesi halinde de işkence suçunun varlığını tespit ettiği vakalar mevcuttur. Bozma kararına konu bir davada, karşılıklı darp dolayısıyla bir başka kişiyle karakola getirilen ve diğer kişiye ayrı bir muamele yapılması dolayısıyla itiraz eden mağdurun üç polis memuru tarafından nezarethaneye götürülürken darba maruz kalması, daha sonra nöbet değişimi sırasında kameranın olmadığı koridorda dövülmesi bakımından işkence suçunun gerçekleştiği, karakol amirinin ise ihmali surette işkence suçuna iştirak ettiği tespit edilmiştir.<sup>146</sup> Bir başka olayda, kendisini “*sen gel bakayım buraya*” biçiminde çağıran sanık polise karşı uyarıda bulunan mağdurun tekme ile dövülüp diğer polislerle birlikte, ellerindeki coplar ile mağdurun ellerinin kelepçelenmesi araç içerisinde yaklaşık 20-25 dakika dolaştırmalarının, bu arada her üç sanığın da şikayetçiyi araç içerisinde darp etmek suretiyle yaralamaları ve hakaret etmeleri eylemlerinin işkence teşkil ettiğine karar vermiştir.<sup>147</sup> Bu karar yukarıda, bahsedilen zabıta görevlileri tarafından darba maruz kalan baloncu örneğinden<sup>148</sup> birçok yönüyle farksızdır. Ancak, Yargıtay o kararda fiilin sistematik olmadığını bu olayda ise fiilin sistematik bir biçimde işlendiğini belirtmektedir. Aynı daire neredeyse aynı biçimde gerçekleşen ve aradaki tek farklılığın faillerin kolluk görevlileri olması olarak ortaya çıkan bu iki olayda farklı bir sonuca varmıştır.

Ezcümle, Yargıtay sistematik ifadesini birden çok fiilin birlikte işlenmesi olarak anlamaktadır. Sistematikliğin öğretisi ve uygulamaya göre çoğunlukla ‘di-

<sup>144</sup> 8 CD, 2013/15223, 2014/7817, 26.3.2014 (Lexpera, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>145</sup> 8 CD, 2012/31460 E., 2013/6705 K., 27.2.2013 (Kazancı, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>146</sup> 8 CD 2016/5680 E., 2017/3721 K., 5.4.2017 (Lexpera, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>147</sup> 8 CD, 2013/7707 E., 2014/5504 K., 6. 3.2014 (Kazancı, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>148</sup> 8 CD 2014/398 E., 2014/5977 K., 12.3.2014 (Lexpera, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

ğer bileşeni' belli bir sürede işlenmesidir. Yargıtay,<sup>149</sup> işkenceyi oluşturan fiillerin birbirini takip eden günlerde yapılmasının zorunlu olmadığını, sadece belli bir süre devam etmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir.<sup>150</sup> Yargıtay, birkaç dakika süren kasten yaralamanın, bir dakika veya daha az süren işaret veya sözle tehdidin veya bir veya birkaç dakika süren cinsel tacizin (çimdikleme, "okşama" gibi)<sup>151</sup> işkence teşkil etmediğini belirtmektedir. 8. Ceza Dairesi'nin bu kararına göre, söz konusu fiillerin devamlılığı halinde işkenceden söz edilmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, bir kişiye gelinip gidilip tokat atılması, tekme vurulması, on dakikada bir küfredilip vurulması, tek ayak üstünde tutulması, yüzünü duvara döndürüp elleri havada yahut tek ayak üstüne duvara yapışık vaziyette bekletilmesi, uyutmamak için geceleri sık sık soru sorulması, kızıp bağırılması, vurulması, sorguya alınması, yüksek sesle sürekli müzik dinletilmesi, "soğukta" soyundurulup betona yatırılması, elektrik verilmesi, "sıcakta" su içilmesinin önlenmesi, giyinik veya soyunukken su sıkıp seyredilmesi, tuvalet ihtiyacını gidermeye engel olunması örnek olarak verilmektedir.

Yargıtay'ın uyguladığı sistematiklik testinin kendi içinde birçok tartışmayı beraberinde getirdiği açıktır. Özellikle süre koşulu bu tartışmayı içinden çıkılmaz bir hale getirmektedir. Yargıtay kararına konu bir davada,<sup>152</sup> Beyoğlu ilçesinde bir işyerinde cebir ve şiddet ile fazla hesap ücreti şikayeti üzerine sanık kolluk görevlilerinin barda şef garson olarak çalışan mağdur ve diğer çalışanları Taksim Polis Merkezi Amirliği'ne götürdükleri, sanığın mağdura tokatla vurması üzerine elleri kelepçeli olan mağdurun eliyle sanığı itmesi sonucu, sanığın bu kez tahta ve plastik copla vurduğu olayda, Yargıtay, mağdura tokat atan, daha sonra mağduru kelepçelerinden tutarak burada darp eden, bu sırada tehdit ve hakaret eden kişinin fiilinin işkence suçu oluşturduğunu kabul etmektedir. Karardaki azınlık görüşü ise, sistematiklik ve belli bir süreç içinde işlenme kriterinin kendi mantığı içinde önemli bir tespit yapmaktadır: "*Sanığın polis merkezi içinde araya herhangi bir fasıla girmeden, önce tokatla sonra da copla yaraladığı olay aynı mekan ve zaman dilimi içinde gerçekleştirilmiştir. Ani olarak işlenen bu suçun belli bir sürece yayılmış ve sistematik olduğunu kabul mümkün değildir.*"

<sup>149</sup> 8 CD, 2012/29994 E., 2012/38227 K., 13.12.2012 (Legalbank, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>150</sup> 8 CD 2013/13411 E., 2013/26551 K., 6.1.2013 (Legalbank, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>151</sup> Belirtmek gerekir ki, 'çimdikleme' ve 'okşama' şeklinde ifade edilen fiiller cinsel saldırının basit (sarkıntılık) veya temel halini oluşturur. Cinsel taciz suçu, bedensel temas içermeyen ancak kişinin cinsel dokunulmazlığını, söz, yazı, resim veya diğer herhangi bir surette ihlalini içeren bir fiille işlenebilir. Yargıtay böyle bir değerlendirme ile haliyle cinsel taciz ile ilgili genel yaklaşımından esasen ayrılmaktadır. Bkz., örneğin, 14 CD, 2016/841 E., 2016/2662 K., 17.3.2016, 5 CD., 2007/3731, 2007/4315 K., 4.6.2007, 14 CD. 2012/15509, E., 2014/10611 K., 29.9.2014, 14 CD, 2013/5437 E., 2015/4639 K., 17.3.2015 (Lexpera, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>152</sup> 8 CD 2017/468 E., 2017/4455 K., 20/4/2017 (Kazancı, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

## V.1. Sistematik ve Belli Bir Süreç İçinde İşlenme Kriterinin Anlamı ve Değerlendirme

Öğreti ve uygulamada ağırlıklı olarak “belli bir süreç içinde işlenme ve sistematik olma”nın işkence suçunun ayırıcı kriteri olduğunu belirtilse de, bu görüşe de katılmaya imkan bulunmamaktadır.<sup>153</sup> Birincisi, sistematik ifadesi semantik açıdan öğretinin varsaydığı biçimde devam eden veya ardışık hareketler olarak yorumlanmaya elverişli değildir. Sistematik, Türk Dil Kurumu sözlüğünde *sistemli* olarak tanımlanmıştır.<sup>154</sup> Dolayısıyla, kavram esas itibarıyla belli bir sistem dahilinde hareket edilmesi olarak anlaşılmalıdır.

Nitekim, bu kavram, bu biçimiyle insanlığa karşı suçların tanımlandığı 77. maddede Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün 7. maddesinde insanlığa karşı suçun unsuru olarak tanımlanan ‘sistematiklik’ unsurunu karşılamaktadır. Uluslararası ceza hukukunda sistematik ifadesi, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri içtihatlarında muhtelif biçimlerde tanımlanmıştır. Bu çerçevede ‘sistematik’ ifadesi, benzer fiillerin tesadüfi olarak ortaya çık-maması, aynı bağlam içinde gerçekleşen fiillerin bir organizasyon dâhilinde belli bir model/seyir izlemesi olarak yorumlanmıştır.<sup>155</sup> Ruanda Mahkemesi, Akayesu kararında ise bu tanımdan ayrılarak sistematik unsurunu “*kamusal ve özel kaynakların esaslı biçimde kullanımını gerektiren, ortak bir politika çerçevesinde bütünü itibarıyla organize edilmiş ve düzenli bir seyir izleyen/ belirli bir çerçevede gerçekleşen saldırı*” olarak tanımlamıştır.<sup>156</sup> İnsanlığa karşı suçlara ilişkin sistematiklik unsuru karşılaştırmalı hukukta da bu biçimde yorumlanmaktadır. Bir hareketin organize bir niteliğinin olması ve bir plana dayalı olarak gerçekleştirilmesi aranmaktadır.<sup>157</sup> Bu unsurun izole ve tesadüfi suçları bu kapsamdan çıkaracağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kural olarak sistematik bir saldırı insanlığa karşı suçlar bağlamında iyi planlanmış ve organize bir yaklaşım olarak anlaşılmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun 77.

<sup>153</sup> Aynı yönde, Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 336.

<sup>154</sup> Bu tanıma Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlüğü’nden erişilebilir (sozluk.gov.tr, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>155</sup> Kunarac et al (IT-96-23/1-A), 12/6/2002 (Kordić ve Čerkez (IT-95-14/2), 17/12/2004, para. 94, Haradinaj et al (IT-04-84-T), 3/4/2008, para. 105 söz konusu kararlara <http://www.icty.org> adresinden erişilebilir; ICTR, Akayesu (ICTR-96-4-T), 2/9/1998, para. 580 <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> (Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019). ICC, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31/3/2010 (ICC-01/09), para. 94, (<https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=1223118>, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>156</sup> Akayesu (ICTR-996-4-T), para. 580.

<sup>157</sup> Werle, Gerhard, MüKoStGB, 3. Aufl. 2018, VStGB § 7 Rn. 25-29, (Beck Online), Barthe, Christoph ‘Der Straftatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Menschlichkeit in VStGB§ in der staatsanwaltschaftlichen Praxis -Zur Abgrenzung von Völkerstraftaten und allgemeinen Delikten-, NSTZ, 2012, s. 247.

maddesindeki sistemli ifadesi “her bir hareketin önceden mevcut bir planı takip ederek işlenmesi” olarak anlaşılmaktadır.<sup>158</sup>

Türkiye açısından işkencenin sistematikliği kavramının özel bir anlamı bulunmaktadır. 1990 yılında, BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin denetim organı İşkenceye Karşı Komite, 1990 yılında Sözleşmenin 20. maddesi<sup>159</sup> çerçevesinde Türkiye'deki sistematik işkence ile ilgili bir 'soruşturma' başlatmıştır. Komite, bu kararından önce, Uluslararası Af Örgütü, BM Özel Raportörü'nün 1989 tarihli yukarıda belirtilen raporu ve diğer sivil toplum örgütlerinin konuya ilişkin şikayet ve değerlendirmelerini dikkate almıştır. Türkiye'de işkencenin sistematik biçimde uygulandığına ilişkin verilerin ikna edici olduğunu belirtmiş ve Türkiye hükümetini Komite ile işbirliğine davet etmiştir.<sup>160</sup> Türkiye hükümeti, başlangıç itibarıyla Komite ile işbirliğini reddetmiş, ancak daha sonra hükümet değişikliği ile birlikte Komite'nin Türkiye ziyaretini kabul etmiştir.

Komite, 6-18 Haziran 1992 yılında Türkiye ziyaretinin ardından 1993 tarihli raporunu kamuoyuna açıklamıştır.<sup>161</sup> Raporda Komite genel olarak beş uluslararası insan hakları örgütü ile aynı sayıda Türkiye merkezli sivil toplum örgütünün raporları, Türkiye ziyareti sırasında dinlediği çok sayıda işkence mağdurunun beyanları ve Komite'ye eşlik eden tıbbi uzmanın değerlendirmeleri ışığında sonuçlara ulaştığını belirtmiştir. Komite raporunda, Türkiye hükümetinin işkence

<sup>158</sup> Turhan, Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc>, s. 11 (Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

<sup>159</sup> BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, md.20. “1. Komitenin, bir taraf Devletin ülkesinde işkencenin sistematik bir şekilde uygulandığına dair inandırıcı bilgi alması halinde Komite, ilgili Taraf Devleti, bu bilginin incelenmesinde işbirliği yapmaya ve bu maksatla alınan bilgi dolayısıyla gözlemlerini sunmaya davet edecektir.

2. Komite, ilgili Taraf Devletin sunmuş olabileceği gözlemleri olduğu kadar, temin edilebilecek ilgili başka malumatı da dikkate alarak, gerekli olduğuna karar verdiğinde, üyelerinden birini veya daha fazlasını gizli bir soruşturma yapmak ve acilen Komite'ye rapor vermek üzere tayin edebilir.

3. Soruşturma bu maddenin 2. paragrafına uygun olarak yapılmış ise, Komite ilgili Taraf Devletin işbirliğini isteyecektir. Bu Taraf Devlet ile anlaşmaya varılarak, böyle bir soruşturma o devlet ülkesine bir ziyareti de içerebilir.

4. Bu maddenin 2. paragrafı ile uyumlu olarak görevli üye veya üyelerin bulgularını inceledikten sonra Komite, bu bulguları duruma göre uygun gördüğü yorumları ve önerileriyle birlikte ilgili Taraf Devlete gönderecektir.

5. Bu maddenin 1. ve 4. paragraflarında zikredilen tüm işlemler gizli olacaktır ve işlemlerin bütün aşamalarından Taraf Devletin işbirliği aranacaktır. 2. paragrafa uygun şekilde yapılan soruşturmanın ikmal edilmesinden sonra Komite, ilgili Taraf Devlet ile istişareyi müteakip 24. maddeye uygun olarak düzenlediği yıllık raporunda, işlemlerin sonuçlarının bir özetinin yer almasına karar verebilir”.

<sup>160</sup> 'Inquiry Under Article 20: Committee Against Torture, Finding Concerning Turkey, UN Doc. No. A/48/44/Add.1, 15 Kasım 1993, para. 5 ayrıca bkz. Yasadışı, Kısa Yoldan ve Keyfi İnfazlara İlişkin İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Raporu, E/CN.4/1994/7, s. 138.

<sup>161</sup> Committee against Torture pursuant to Article 20 of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Turkey, 15.11.1993, A/48/44/Add.1, para. 36.

iddialarını reddettiğini, insan hakları örgütlerinin görüşlerinin politize olduğunu ve tarafsız olamayacaklarını, bu kurumların teröristlerle aynı çizgide olduğu için işkencenin varlığını ileri sürdüğünü belirtmiştir.<sup>162</sup> Resmi muhataplarının bu tezlerine rağmen, Komite, sadece az sayıda olayda işkencenin kesin olarak saptanmış olmasına rağmen, neredeyse birbirinin aynısı olan tanık ifadelerinin, işkence teknikleri ve yerlerine ilişkin anlatımlarının tutarlılığı karşısında Türkiye’de işkencenin sistematik niteliğinin yadsınamayacağını belirtmiştir.<sup>163</sup>

Komite’nin Türkiye’de işkenceyi neden sistematik olarak değerlendirdiğini belirttiği bölüm ise son derece önemlidir. Komite, “*işkence iddialarının sadece belli bir yer ve zamanda rastlantı eseri ortaya çıkmış olaylara ilişkin olmadığı, aksine özellikle belli bir coğrafya içinde daimi alışılabilir/sürekli, yaygın ve kasıtlı/tasarlanmış (deliberate) bir biçimde cereyan eden bir pratikle ilgili olduğunu*” vurgulamıştır. Yine, Rapor’da, Hükümet’in işkence ile ilgili doğrudan doğruya kasıt unsuru ihtiva eden bir planının olmayabileceğine ve fakat en azından merkezi hükümet tarafından belirlenen siyasa (*policy*) ile yerel mülki idarenin uygulaması arasında ciddi farklılıklar bulunduğu ve merkezi hükümetin kontrolünde sıkıntılar yaşadığını gösteren olgular bulunduğu işaret etmiştir. Komite, Türkiye’de işkence pratiğine zemin hazırlayan nitelikte bir mevzuatın rolüne de bu bağlamda dikkat çekmiş ve işkence için öngörülen cezaların arttırılmasını talep etmiştir.<sup>164</sup>

Sistematik işkence bulgusuna ilişkin olarak BM’nin tematik diğer organları tarafından da dile getirilen örnekleri vardır. Özel Raportör’ün 2003 yılında yayımladığı işkence tekniklerinin anlatılması, işkence yapılan yerler ve şartlar konusundaki raporda kendilerine yapılan açıklamalardaki tutarlılığın soruşturma süresi boyunca yaygın ve süreklilik kazanmış işkencenin varlığına işaret ettiğini belirtmiş ve işkencenin sistematik olduğunun altını çizmiştir.<sup>165</sup> Nitekim, yeni Türk Ceza Kanunu’nun amaçlarından bir tanesinin de “sistematik işkence uygulamalarına son vermek” olduğu belirtilmiştir.<sup>166</sup> Gerçekten, Türk Ceza Kanunu’nun kabul ediliş nedenleri arasında etkin bir biçimde oluşturulmayan ve hakkında mahkumiyet hükmü verilmeyen sistematik işkencenin önemli bir yer tuttuğunun altı çizilmektedir.

<sup>162</sup> *Ibid.*, s. 37.

<sup>163</sup> *Ibid.*, s. 38.

<sup>164</sup> *Ibid.*, para. 35. Komite şu belirlemede bulunmuştur: “ayrıca işkenceye vücut veren filler bakımından ceza skalasının yeniden kanun koyucu tarafından açıkça değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. İşkenceci hukukta neredeyse başışık oldukları inancına kapılmamalıdır”.

<sup>165</sup> E/CN.4/2003/68/Add.2, karar atfı İsmoilov vd./Rusya, B. No: 2947/06, 24/4/2008, para. 78.

<sup>166</sup> Sözüer, Adem, Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu, İÜHF, c. 71, sy. 1, 2013, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97744> (Sayfa numaraları dijital versiyonda belirtilmemiştir, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

Belirtmek gerekir ki, uluslararası insan hakları mahkemelerinin işkencenin sistematik olması zorunluluğunu arayan herhangi bir kararına rastlamak mümkün değildir. Bununla birlikte, sistematik işkencenin, söz gelimi AİHM içtihadı bağlamında, vakanın bir parçası olarak ele alındığı kararlardan söz edilebilir.

AİHM'nin, işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında sistematik kavramını yukarıda sözü edilen İrlanda/Birleşik Krallık kararında dolaylı bir biçimde de olsa tartıştığı devletler arası başvuru bu bakımdan önemlidir. Bu davada, yukarıda belirtilen söz konusu beş tekniğe ilişkin uygulama üst merciler tarafından yetkilendirilmiştir. Bu tekniklerin her ne kadar resmi bir belgede geçmese de 1971 yılında İngiliz İstihbarat Merkezi tarafından organize edilen bir seminerde sözlü olarak öğretildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu tekniklerin uygulandığı operasyonların hemen ardından kötü muamele iddiaları gündeme gelmiştir. Konu ile ilgili komiteler oluşturulmuş ve 1972 yılında Birleşik Krallık Parlamentosu'nda başbakan tarafından sorgunun yapılmasını sağlamak üzere "söz konusu tekniklerin kullanılmayacağı" belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu davada şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: "*Gerçekten, ilgili tekniklerin sistematik bir biçimde kişiden bilgi almak için sistematik bir biçimde uygulanması çağlardır bilinen sistematik işkence yöntemleri ile açık bir benzerlik göstermektedir. Duyusal yoksunluk veya oryantasyon bozukluğu olarak da adlandırılan beş teknik her zaman ciddi sonuçlara neden olmasa da Komisyon bu yöntemleri bilgi ve itiraf elde etmek için uygulanan eski yöntemlerle aynı kategoriye giren modern işkence sistemi olarak değerlendirmektedir.*"<sup>167</sup> Komisyon'un bu değerlendirmesi son derece önemlidir. Mahkeme ise beş tekniğin sistematik bir biçimde uygulandığını, ancak işkence için aranan asgari eşiği sağlamadığı için insanlık dışı muamele olduğunu belirtmektedir.<sup>168</sup>

AİHM tarafından 'sistematiklik' insanlığa karşı suç kavramının bir unsuru olarak "bir planın varlığı" olarak tanımlanmaktadır. AİHM'ye göre, fiilin sistematik olması en azından belli bir plan ve organizasyonun varlığını aramaktadır;<sup>169</sup> bu planın mutlaka açıkça ilan edilmiş veya ifade edilmiş olması gerekmez. Strazburg Mahkemesi'ne göre, askeri güçlerin mobilizasyonu (hareketlenmesi) gibi bir dizi olay, spontane ve rastlantı sonucu ortaya çıkan olaylar bu bağlamda değerlendirilmez.

AİHM'nin geri gönderme bağlamında sistematik işkence bulgusunu değerlendirdiği kararları vardır. Söz gelimi, NA/Birleşik Krallık kararında, Sri Lanka'da hükümet güçleri ile Tamil Kaplanları arasında devam etmekte olan ça-

<sup>167</sup> İrlanda/Birleşik Krallık, para. 127.

<sup>168</sup> *Ibid.*, para. 133-135.

<sup>169</sup> AİHM, Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi'nin (ICTY) Jelisić; Blaskić ve Kunarac kararlarından yola çıkarak bu değerlendirmelere ulaşmıştır. Mocanu vd./Romania, B. no: 10865/09, 45886/07, 32431/08, 17/9/2014, para. 12, dn. 36 (HUDOC, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).

tışma bağlamında işlenen sistematik işkence fiillerini değerlendirmiş ve geri göndermenin işkence ve kötü muamele yasağını ihlal riski olduğunu belirtmiştir.<sup>170</sup> İnsan Hakları Yüksek Komiseri de 2005 tarihli raporunda sistematik ve yaygın işkence bulgusunun altını çizmiştir. Bu raporlara dayanarak, İsmoilov vd./Rusya kararında Özbekistan'a iade edilmesi durumunda işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edilmesi ihtimalinin bulunduğu altını çizmiştir.<sup>171</sup>

Yukarıda belirtildiği gibi, işkence ile ilgili uluslararası insan hakları mahkemeleri tarafından geliştirilen hiçbir tanımda sistematiklik unsuruna yer verilmemiştir. İşkence tanımında sistematik unsuruna yer veren tek tanım denemesi 1972 yılında Uluslararası Af Örgütü tarafından yapılmıştır.<sup>172</sup> Burada işkencenin “*sistematik ve kasıtlı biçimde bir başkasına veya üçüncü bir kişiye karşı belli bir amacı gerçekleştirmek üzere acı verilmesi*” olarak tanımlanmaktadır. Af Örgütü tarafından yayımlanan bu raporda, işkencenin belli bir rasyonel amacı takip eden sistematik bir eylem olduğu belirtilmiştir. Rapora göre işkence, bilmeden (*unwitting*) veya tesadüfi olarak gerçekleşmemektedir, aksine failin özel kastını ortaya koyan acı vermedir. Özel kast burada, itiraf elde etmek, cezalandırmak veya gözdağı vermek amacına dönük olabilir. Ancak buradaki sistematikliğin daha ziyade amaç unsuru ile ilişkili olduğu ve öğretilerdeki sistematiklik anlayışından bir hayli uzak olduğu açıktır.

Keza işkencenin belli bir süreç içinde işlenme zorunluluğu kıstası da tümüyle dayanaktan yoksundur ve bu itibarla birçok yönden kanuna aykırı bir yorum sebebiyet verebilecektir. Nitekim belli bir süreç içinde işlenme kriteri de işkencenin esas itibarıyla mütemadi bir suç olduğu varsayımına dayanmaktadır. Kuşkusuz, işkence suçunun fiil unsuru belli bir süre devam edebilir, örneğin Batı ve diğerleri/Türkiye kararına<sup>173</sup> konu vakada olduğu gibi gözaltında tutulan kişilerin uykusuz bırakılması, veya İlaşçu ve diğerleri /Moldovya ve Rusya<sup>174</sup> davasında olduğu gibi tuvaleti, suyu, doğal ışığı bulunmayan hücrede ölüm cezası hükümlüsü olarak tutulmaları gibi. Ancak burada esas itibarıyla ani işlenen bir suçun somut örneklerde devamlılık gösterecek biçimde işlenmesi söz konusudur. Nitekim, işkence suçunun zorunlu olarak mütemadi olmasının aranması işkence suçunun doğasına aykırı olduğu için, işkencenin belli bir süreç içinde işlenmesi görüşünü savunanlar da bazı hareketlerin mahiyetleri itibarıyla sistematik bir uygulama özelliğini taşıdığını savunmakta ve bu hareketlerin süresine bakılmaksızın işkence kabul edileceği belirtmektedirler. Söz gelimi, Filistin askısı ve falaka gibi.

<sup>170</sup> NA./Birleşik Krallık, B. No: 25904/07, 6/8/2008, para. 147 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>171</sup> İsmoilov vd./Rusya, B. no: 2947/06, 24/4/2008 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>172</sup> Amnesty International, Report on Torture, Londra, 1973, s. 10.

<sup>173</sup> Batı ve diğerleri/Türkiye, B. no: 33097/96, 57834/00, 3/6/2004, para. 1-65 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>174</sup> İlaşçu ve diğerleri/Moldovya ve Rusya, B. No: 48787/99, 8/7/2004, para. 199 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

Kaldı ki, AİHM'nin darbı tek başına işkence olarak kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. Dedovskiy ve diğerleri/Rusya'ya karşı davasında cezaevinde özel bir birliğin tutukluları copla dövmelerini işkence olarak nitelendirmiştir.<sup>175</sup> Keza Vladimir Romanov/Rusya davasında da copla darp edilme sonucunda iç kanama geçiren ve dalağı alınan kişiye karşı işlenen işkencenin varlığını tespit etmiştir.<sup>176</sup>

İşkence suçunun sistematik ve belli bir süreç içinde işlenmesi kriterinin benimsenmesinin önemli bir sonucu da, devam eden işkence fiillerinin tek fiil olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla kanunda bulunmayan bir içtima sonucuna varılmasıdır. Başka türlü zincirleme biçimde işlenmesi kanundaki açık istisna dolayısıyla mümkün olmayan birbirinden farklı işkence fiilleri, böylece tek bir fiil olarak kabul edilmektedir. Nitekim, *Mahmutoğlu* gibi sistematikliğin fiilin işkence teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde önemli bir araç olduğu görüşünü savunanlar dahi tam da bu gerekçe ile bu kriterin dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedirler.<sup>177</sup> Bu yorum ile ayrı ayrı kasten yaralama, tehdit, hakaret ve cinsel taciz için hareketin hukuki anlamda tek kabul edilemeyeceği her durumda zincirleme suç hükmüne gidilmesi mümkün iken, *de facto* kanuna aykırı bir içtima ilişkisi tanımlandığı için işkence suçunun mağduru kanun koyucunun suç siyasetine de aykırı bir biçimde daha da dezavantajlı bir konuma yerleştirilmektedir.

Keza, her halükarda, işkence suçunun ağırlaştırıcı unsurunu oluşturan ve özel bir önemi haiz olan<sup>178</sup> cinsel tacizin de ancak süreklilik arz etmesi halinde işkence olarak varlığının kabulü suç siyaseti ile bağdaşmayacak bir yorum olacaktır. Bu eleştiriye yanıt olarak, kamu görevlisi tarafından ika edilen cinsel tacizin, zaten cinsel tacizin nitelikli hali olarak cezalandırıldığı ve cinsel tacizin işkence teşkil etmesi için belli bir süre devamlılık göstermesi gerektiği söylenebilir. Bir suç isnadına bağlı olarak karakolda tutulan bireyin çıplak bir vaziyette tutulması ve/veya bu sırada cinsel içerikli sözlere maruz kalmasının kısa bir süre devam etmesi durumunda söz konusu fiil, herhangi bir kişi tarafından işlenebilecek cinsel taciz suçundan farklı olarak mağduru içinde bulunduğu durum dolayısıyla özel bir önem arz etmektedir. Kuşkusuz bu durumun belli bir süre devam etmesini aramak isabetli olmayacaktır.

Diğer taraftan öğretilerdeki aksi yönde yorumlara rağmen, 'yol açacak davranışlar' ifadesinin birden fazla seçimlik hareketi bulunan bir suç tipinde dilbilgisi açısından zorunlu bir çoğul ifade kullanımı olarak değerlendirmek mümkündür. Nitekim, benzer bir kullanıma, işkence ve eziyet suçlarının yanında, cinsel saldırı ('cinsel

<sup>175</sup> Dedovskiy ve diğerleri/Rusya, B. No: 7178/03, 15.5.2008, para. 80-86 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>176</sup> Vladimir Romanov/Rusya, 41461/02, 24.7.2008, para. 28, para. 58-70 (HUDOC, son erişim tarihi: 18 Ağustos 2019).

<sup>177</sup> Mahmutoğlu, Fatih Selami, "İşkence ve Eziyet Suçu" in Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, TCHD, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Ankara, 2008, s. 1023-1041, s. 1038.

<sup>178</sup> APF, APT ve OCHR, Preventing Torture: An Operational Guide for National Human Rights Institutions, Sydney, 2010, s. 12.

davranışlar’), dolandırıcılık, ihaleye fesat karıştırma, zimmet ve irtikap (‘hileli davranışlar’), müstehcenlik suçu (‘cinsel davranışlar TCK md.226/4) gibi diğer suçlarda da yer verilmiştir. Bu ifadeye bunu aşan bir anlam vermek mümkün olmadığı gibi, ayrıca buradan belli bir süreç içinde işleme ve sistematiklik gibi işkence suçunun doğası ile bağdaşmayan bazı çıkarımlara varılmasını anlamak güçtür. İşkence suçuna izafe edilen bu özelliğin işkenceyi, başta Türk Ceza Kanunu md.256’da düzenlenen zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması olmak üzere, diğer suçlardan ayırdığından söz edilmektedir.<sup>179</sup> Ancak, zaten, başka bir çalışmada ele alınacağı gibi, işkence suçunun kapsamının bu derece geniş bir biçimde tanımlandığı ve kasten yaralamanın görevin sağlandığı nüfuz kullanmak suretiyle işlenmesinin kasten yaralamanın nitelikli olarak düzenlendiği (TCK md.86/3-d) bir sistemde TCK md.256 tümüyle gereksiz bir düzenlemedir. Bu bakımdan tekrar hatırlatmak gerekir ki, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda TCK md.243, TCK md.245’e göre özel bir düzenleme idi. Zira belirli sıfatı haiz olan kamu görevlilerinin belirli bir saikle işlediği fiiller işkence olarak nitelendiriliyordu. Bugün artık böyle bir gereklilik yoktur.

Kanun koyucu işkence suçunun tipiklik açısından zorunlu objektif unsurlarını kanun metninde göstermiştir. İşkence suçunda kanunda öngörülen hareketlerin seçimlik olarak belirlenmiş olması nedeniyle uluslararası insan hakları mahkemelerinin işkence ve kötü muamele olarak değerlendirdiği hareketler birbirleri ile dikey değil, yatay bir ilişki içinde tanımlanmıştır.<sup>180</sup> Ceza makası da (işkence için üç ila on iki yıl arası, neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence bakımından üst sınır ağırlaştırılmış müebbet) bu biçimde bir değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır. Kanunda öngörülen hareketlerin birden fazla veya aynı fiilin tekrarlanması suretiyle işlenebileceğini kabul etmek, tipik fiil bakımından aranmayan bir koşulun kanun metnine ithal edilmesi anlamına gelir. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği gibi, böylelikle, işkence suçu bakımından tipik fiilin sistematik ve belli bir süreç içinde işlenmesi gerekliliğini savunan görüşler itiraz ettikleri acının ağırlığı kriterinin daha da ölçüsüz bir biçimde uygulanmasına zemin hazırlamıştır. Resmî Gazete’de yayımlanmayan kanun gerekçesi bir yorum aracı olarak değerlendirilse dahi, yargı organları için bağlayıcı değildir.

Bu nedenle, işkence suçu ile TCK 94. madde düzenlemesinin, lafzına uygun bir biçimde işkence ve kötü muamele biçimlerini kapsayacak biçimde anlaşılması, suçun alt ve üst sınırı arasında öngörülen makasın, failin fiili ile orantılı bir biçimde TCK 61. madde kapsamında bireyselleştirilmesi zorunludur. Bu kabulün zorunlu sonucu TCK md.256’da düzenlenen zor kullanma yetkisinin aşılması suçunun ilgasıdır. Keza, kasten yaralamanın kamu görevlisinin nüfuzunu kullanmak suretiyle işlenmesi ve cinsel tacizin kamu görevlisi tarafından görevi sırasında görevle bağlantılı bir biçimde işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesinden vazgeçilmesi, bu hallerin de TCK md.94 kapsamında olduğunun da kabulü

<sup>179</sup> Artuk, 2002, s. 22.

<sup>180</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı olarak bkz., Altıparmak 2009, s. 148-149.

gerekmektedir. Böyle bir çözümün de isabetli olmadığı düşünülyorsa, kanun metninde açık bir düzenleme ile 765 sayılı TCK ile İşkenceye Karşı Sözleşme'de olduğu gibi suçun belli bir amaç dahilinde işlenmesinin aranması gerekecektir.

## VI. Sonuç

5237 sayılı TCK uygulamasının BM İşkenceye Karşı Sözleşme ve AİHM kararlarından hareketle acının veya ezanın ağırlığı ölçütünün etkisini hala belli ölçüde koruduğu söylenebilir. Bu yorum, TCK md.94'ün acının ağırlığı ilgili herhangi bir kıstas içermemesi dolayısıyla bugün özellikle daha güvenceli hükmün önceliğini düzenleyen AİHS md.53 çerçevesinde Türk hukuku yönünden geçerliliğini yitirmiş olmalıdır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarından yola çıkarak bu ölçütü işkence ve kötü muamele yasağının ihlali iddialarını incelerken benimsemektedir. Bu kriterin bu ölçüde Yargıtay kararlarına yansımadığını gözlemlemek mümkündür. Zira yukarıda tartışıldığı üzere Yargıtay madde gerekçesi ve öğreti görüşlerini esas alarak organ kaybının gerçekleştiği olaylarda dahi fiilin sistematik ve belli bir süreç içinde işlenmemesi dolayısıyla işkence olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme birbirine çok benzeyen olaylarda bile sistematiklik testini farklı uygulamaktadır. Yukarıda ayrıntıları ile tartışıldığı gibi, uluslararası insan hakları mahkemeleri ve *ad hoc* uluslararası ceza mahkemeleri kararları, BM insan hakları koruma mekanizmaları tarafından geliştirilen yorumlarından da anlaşılacağı üzere 'sistematik' kavramı öğretilde anlaşıldığı üzere aynı hareketin tekrarı veya başka hareketlerle bir bütün oluşturması anlamına gelmemektedir.

Bir suçun tipik unsuru, ancak kanun hükmü ile tanımlanabilir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi ile TCK'nın aynı konuya ilişkin 2. maddesi hükmü bir suçun unsurlarının ancak kanun hükmü ile düzenlenebileceğini hüküm altına almıştır. Suçun kanuni tanımında yer almasına rağmen, sistematik ve belli bir süreç içinde işlenmesinin işkence suçunun unsuru olarak değerlendirilmesi haliyle kabul edilebilir bir yorum değildir.<sup>181</sup> Nitekim, işkence suçunun unsuru olarak kabul edilen "belli bir süreç içinde ve sistematik olarak işlenme" kriteri kanunun açık lafzına aykırı olarak işkence suçu düzenlemesinin uygulanabilirliğini son derece istisnai hale getirmektedir. Bu sonucun ortadan kaldırılması, TCK md.94'ün işkence ve diğer kötü muamele fiillerini kapsayan bir hüküm olarak düzenlendiğinin kabulü ile mümkün olacaktır. Bu kabulün zorunlu sonucu böyle bir normatif düzende zor kullanmaya ilişkin yetkinin sınırının aşılması suçunun ilga edilmesi gerekliliğidir. Nihayet, aynı nedenlerle, kamu görevlisi tarafından işlenen kasten yaralama ve cinsel tacizin de TCK md.94 kapsamında cezalandırılmasını kabulü TCK md.94'ün açık hükmü karşısında zorunlu görünmektedir.

<sup>181</sup> Altıparmak 2009, s. 164-165, Önok 2006, s. 414, Şen 2006, s. 336.

## Kaynakça

- Algan, Bülent, 'İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu' in *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 1-36.
- Alkema, Evert A./Rob van der Hulle, Leiden/van der Hulle, Rick, 'Safeguard Rules in the European Legal Order: The Relationship Between Article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union', *Human Rights Law Journal*, c. 53, sy. 1-8, s. 8-20, 2015.
- Amnesty International, Report on Torture, Londra, 1973.
- APF, APT ve OCHR, Preventing Torture: An Operational Guide for National Human Rights Institutions, Sydney, 2010.
- APT ve CEJIL, Torture in International Law (A Guide to Jurisprudence), Cenevre, 2008.
- Artuk, Mehmet Emin, İşkence Suçu (TCK m.94, 95), CHD, c. 3, sy. 7, 2008, s. 5-40.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya Ahmet, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Bakım, Sevi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence, Beta, İstanbul, 2008, s. 126-127.
- Barthe, Christoph 'Der Straftatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Menschlichkeit in VSTGB§ in der staatsanwaltschaftlichen Praxis -Zur Abgrenzung von Völkerstraftaten und allgemeinen Delikten-, NStZ, 2012 (Beck Online)
- Başbüyük, İsa, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 12, özel sayı, 2010, s. 1443-1485.
- Bayraktar, Köksal/Erman, Barış, İşkence in Özel Ceza Hukuku, Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 315-370.
- Bruha, Thomas/Steiger, Dominik, *Das Folterverbot im Völkerrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2006.
- Burchard, Christoph, Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals, *Jornal of International Criminal Justice*, c. 6, s. 159-182, 2008.
- Demirbaş, Timur, İşkence Suçu, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.
- Doğan, İlyas, Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 13, sy. 2, 2005, s. 51-59.
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, c. 1, Şen Matbaa, 2012.
- Duymaz, Erkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, sy. 47, s. 121-160, 2012
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/ Dau, 224. EL März 2019, WStG § 2 Rn. 29.
- Erem Faruk, İşkence, TBB Dergisi, sy. 2, s. 197- 207.
- Evans, Malcolm, D., 'Getting to Grips with Torture', *ICLQ*, c. 51, s. 365-383.
- Gaede, Karsten, MüKoStPO, 1. Aufl. 2018, EMRK Art. 3 Rn. 1-4 (Beck Online).
- Gemalmaz, Mehmet Semih, 'Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı', *İnsan Hakları Yıllığı*, c. 14, sy. 1, 1992, s. 65-107.

- Gemalmaz, Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, c. 2, Kazancı Yayınları, İstanbul, (tarihsiz).
- Güneş, Ahmet, M., Alman Çevre Hukukunun Anayasal Çerçevesi, AÜHFD, c. 58, sy. 4, 2009, s. 777-824.
- Gürbüz, Nagehan, 'Rawls ve Nozick'in Adalet Teorileri Açısından İnsan Onurunun Değerlendirilmesi', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'e Armağan), c. 11, s. 1, 2014, s. 303-324.
- Heper, Altan, 'İnsan Onuru ve İnsan Tasarımı ve Aktüel Tartışmalar', Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, c. II, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 1921-1932.
- Hillgruber, Christian, BeckOK Grundgesetz/, 41. Ed. 15.5.2019
- İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu Raporu', *TBB Dergisi*, sy. 53, 2004, s. 141-147.
- Katoğlu, Turgut, 'Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Tanımı', Prof. Dr. Rona Aybay'a Armağan, c. 2, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı 2014, s. 1457-1482.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Adalet, Ankara 2017
- Kuru, Gonca, 'Tarihsel Süreçte İnsan Onuruna Kısa Bir Bakış', Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 7, sy. 1-2, 2017, s. 179-208.
- Linke, Tobias, 'Die Menschenwürde im Überblick: Konstitutionsprinzip, Grundrecht, Schutzpflicht', *JuS*, 2016, s. 888 (Beck Online).
- Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian, KK-StPO/, 8. Aufl. 2019, MRK Art. 3 Rn. 3 (Beck Online).
- Long, Debra, 'Aspects of the Definition of Torture in the Regional Human Rights Jurisdictions and the International Criminal Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda', in Association for the Prevention of Torture (ed.) *Torture in International Law*, s. 51-78.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "İşkence ve Eziyet Suçu" in Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, TCHD, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Ankara, 2008, s. 1023-1041.
- Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, c. 2, Ankara, Adil Yayınevi, (tarihsiz bası).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Di Fabio, Udo, 86. EL Januar 2019, GG Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn. 78-80 (Beck Online).
- Meyer-Ladewig, Jens/Lehnert, Matias, HK-EMRK 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 3 Rn. 1-6 (Beck Online).
- Nuhoğlu, Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Prof. Sahir Erman'a Armağan, Alfa Basım, İstanbul, s. 563-592.
- Önok, Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin, Ankara, 2006.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- Özgen, Eralp, 'İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 2, 1988, s. 208-233.

- Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, İşkence Suçu, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 4, sy. 1-2, 2000, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4\\_9.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf) (Sayfa numaraları dijital versiyonda belirtilmemiştir, son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa, Ruhan/Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2001.
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu 2. Cilt, Seçkin, Ankara, 1995.
- Stahn, Carsten, A Critical Introduction to International Criminal Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Dokuz Eylül Üniv., Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1999
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, 2018.
- Turhan, Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc> (Son erişim tarihi: 19 Ağustos 2019).
- Ünver Yener/Heper Altan, 'İnsan Onuru Araştırması', Ceza Hukuku Dergisi, c. 5, sy: 12, 2010, s. 7-10.
- Ünver, Yener, Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, CHD, c. 3, sy. 7, 2008, s. 41-82.
- Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara, 2002.
- Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Üzülmez, İlhan, Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK'nin 4449 sayılı Kanuna Değişik 243. maddesi), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 10, sy. 3-4, 2002, s. 147-174.
- Vardar Çiğdem, İnsan Onurunun Anayasal Düzeyde Korunması, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 2, sy. 1, 2012, s. 105-114.
- Werle, Gerhard, MüKoStGB, 3. Aufl. 2018, VStGB § 7 Rn. 25-29, (Beck Online).
- Yokuş Sevük, Handan, Ceza Hukuku Dergisi, c. 7, sy. 20, 2012, s. 7-42.
- Zafer, Hamide, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü, İÜHFH, c. LXII, sy. 1-2, s. 209-261.