İŞKENCE VE NETİCEYİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞTIRILMIŞ İŞKENCE (TCK m.94-95)

KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bedensel ve ruhsal bütünlük
İrade özgürlüğü
Adil yargılanma hakkı
Kamu idaresinin işleyişi

TİPİKLİK

TCK’nın 94. maddesi bakımından tipikliğin meydana gelmesi için işkence suçunu işleyen kişinin bir kamu görevlisi olması ve işkence suçunu görevi gereği işlemiş olması; bu davranışın insan haysiyetine aykırı olması ve davranışın kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açması gerekmekte ve tipiklik kapsamına öznel unsurlarında var olduğunu kabul ettiğimizde, davranışın kasıtlı olarak yapılması gerekmektedir. İşkence suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri de TCK’nın 95. maddesinde düzenlenmiştir. TCK’nın 95. maddesi çerçevesindeki sorumluluk TCK m.23’de yer alan N.S.A’nın yapısına uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

MADDİ UNSUR (FAİL)

TCK’nın 94. maddesi birinci fıkrasında; “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur…” denilmektedir.

Buradaki düzenleme dikkate alındığında işkence suçunun failinin “kamu görevlisi” olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla işkence suçunda fail kamu görevlisidir. Kamu görevlisi dışındaki kişiler bu suçu işleyemeyeceklerdir. İşkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olacağından suç özgü nitelikli bir suçtur.

TCK’nın 95. maddesi dördüncü fıkrasına göre kamu görevlisi olmayan kişilerin işkence suçuna iştirak etmeleri durumunda azmettiren veya yardım eden olarak değil kamu görevlileri gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir. TCK’nın 6. maddesi birinci fıkrası c bendinde de kamu görevlisinin tanımı yapılmıştır. TCK’nın bu maddedeki tanımında; “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi…” denilmektedir. Kanunda yapılan bu tanımdan da anlaşılacağı gibi bir kişinin kamu görevlisi olduğundan bahsedebilmemiz için, bu kişin kamusal faaliyetin yürütülmesine atama ve seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılması gerekmektedir. TCK kamu görevlisini bu şekilde tanımlamıştır.

İşkence suçunun işlenebilmesi için sırf kamu görevlisi olmak yeterli değildir. Aynı zamanda kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak ve görevi sırasında işkence @suçunu işlemesi gerekir. Eğer kamu görevlisi göreviyle bağlantısı olmaksızın işkence fiillerini yapması halinde artık burada işkence suçundan değil eziyet suçundan bahsetmek gerekir.

MADDİ UNSUR (MAĞDUR)

TCK’nın 94. maddesine bakıldığında mağdurun kim olduğuna ilişkin herhangi bir açıklık yoktur. Öyleyse işkence suçunun mağduru herkes olabilir. Dolayısıyla TCK’nın 94. ve 95. maddelerindeki işkence suçunun mağdurları herkes olabilir. Ancak burada mağdur gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişilerin işkence suçunun mağduru olamayacağı kanaatindeyiz. Örneğin, kamu idaresi.

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

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

MADDİ UNSUR (KONU)

İşkence suçu konu bakımından zarar suçudur. Zarar suçlarında, haksız fiilin meydana gelmesi neticesinde suçun konusu üzerinde zarar meydana gelmektedir. Hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağı aranmaktadır . İşkence suçunun maddi konusu işkenceye uğrayan kişidir. İşkence suçunun hukuki konusu ise; işkence teşkil eden fiillere maruz kalan kişinin vücudu, kişinin şeref ve onuru ve duruma göre yaşamıdır.

MADDİ UNSUR (FİİL)

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

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

İnsan onur ve haysiyetiyle bağdaşmayan davranış şeklinde ortaya çıkmak kaydıyla beden yönünden veya ruhsal yönden acıya neden olma, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açma ve aşağılama şeklinde seçimlik hareketler şeklinde de işkence ortaya çıkabilir.

İşkence suçunda hareketin belli bir ağırlığa ulaşması ve sistematik olması gerekmektedir. İşkence suçunun icrai hareketle işlenmesi sonucunda cezaya hükmedildiği gibi ihmali hareketle işlenmesi halinde de ceza öngörülmektedir ancak ihmali hareketle işlenmesi durumunda cezada herhangi bir indirim söz konusu olmayacaktır.

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

MADDİ UNSUR (FİİL DEVAM)

TCK’da işkence suçu seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Madde metninde ön görülen hareketlerden herhangi birisinin yapılması halinde suç gerçekleşecektir. Dolayısıyla madde metninde belirtilen işkence suçuna ilişkin seçimlik hareketlerden birisinin yapılması yeterli olup, hepsinin yapılması gerekmeyeceği gibi, seçimlik hareketlerden hepsinin yapılması halinde de birden fazla işkence suçu değil tek bir işkence suçu oluşacaktır. Ancak bu durumda TCK m.61 çerçevesinde failin cezası üst sınırdan tayin edilecektir.

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

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

MADDİ UNSUR (FİİL DEVAM)

İşkence suçunun işlenmesinde ihmali hareket olduğu zaman, bir sorumluluk meydana gelmesi için, failin neticeyi önleme bakımından hukuksal yükümlülük altında olması yani garantör konumda olması gerekir. Nitekim TCK'nın 94. maddesinin gerekçesinde; "İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımni muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır." denilmektedir. TCK'nın 94. maddesinden de anlaşılacağı gibi kanun koyucu bu sorumluluğu amirlere yüklemiştir. Ancak buradan hareketle kamu görevlisinin işkence suçunu ihmali hareketle işlemesi mümkündür. Soyut yükümlülüğün bulunduğu takdirde amirin sorumluluğu için bu yeterli değildir. Aynı zamanda yükümlülüğün somut olayda yerine getirme imkânı bulunmalıdır. Eğer amirin izinde veya hasta olması durumunda yükümlülüğü yerine getirme imkânı yoksa amiri sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

MADDİ UNSUR (FİİL DEVAM)

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

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

MADDİ UNSUR (NETİCE)

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

MADDİ UNSUR (NEDENSELLİK)

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

MANEVİ UNSUR

Kasten işlenen bir suçtur. TCK'nın 94. maddesi bu suç bakımından özel kast (saik) aramamıştır. İşkence suçu için fail mağdura karşı bedensel ve ruhsal bakımdan acı çektirecek, onun algılamasını ve iradesini etkileyecek sürekli davranışları bilerek ve isteyerek yapmalıdır.

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

TCK'nın 95. maddesinde öngörülen netice sebebiyle ağırlaşmış işkence hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde ise; TCK'nın 23. maddesi gereğince suçun failinin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu neticeler açısından taksir düzeyinde kusurun varlığı aranacak; yani buna göre failin kasten işlediği işkence suçu sonucunda suçun temel şeklinde bulunmayan 95. maddedeki ağır neticeler gerçekleşirse failin bu neticelerden sorumlu bulunabilmesi için kast değil taksir derecesinde hareketinin bulunması gerekecektir. İşkence suçunun herhangi bir kamu görevlisi tarafından işlenebilmesi ve özel kast aranmaması, TCK 94. maddedeki işkence suçuyla TCK'nın 256. maddesinde düzenlenen zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun ayrımının nasıl ve hangi kriterlere göre belirleneceği konusu sorun çıkarılabilecek niteliktedir. Aynı şekilde TCK bakımından her kamu görevlisi ve suçun faili olabileceği ve özel kast aranmayacağı için, işkence suçu ile yaralama suçunu ayırt etmek de çok zor olacaktır

HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ ve KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA ETKİLEYEN NEDENLER

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

İşkence suçu bakımından meşru savunma ve zorunluluk halinin kusuru ortadan kaldırmasından söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olan mağdur kişinin rızası işkence suçu bakımından eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir. İşkence uygulamasına gösterilen rıza, kişilik haklarından vazgeçmek, insan kişiliğini ve onurunu önemsiz saymak anlamına geleceğinden hukuka aykırıdır. Dolayısıyla kişilik haklarından vazgeçmeyi ifade eden, ahlaka ve adaba aykırılık teşkil eden bu tarzdaki davranışların uygulanmasına mağdur tarafından rıza gösterilmesi hukuken geçersiz olacaktır. İşkence suçunda failin TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacağı kanaatindeyiz.

SUÇUN CEZAYI ARTTIRAN NİTELİKLİ HALLERİ

a. Mağdurun Özelliğine İlişkin Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Unsurlar:

İşkence suçunun çocuklara, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişilere ya da hamile olan bir kadına karşı ve avukat olan bir kişiye veya diğer başka kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle gerçekleştirilmesi durumunda verilecek ceza 3 ile 12 yıla kadar hapis cezası değil 8 ile 15 yıla kadar hapis cezasıdır. Dolayısıyla işkence suçunun cezası ilgili bentte belirtilen hallerde artırılacaktır. Çocuğa karşı işlenmesi halinde çocuktan anlamamız gereken TCK'nın 6. maddesindeki tanımdır. Dolayısıyla buradaki tanıma göre çocuk henüz 18 yaşını doldurmamış kişidir. Beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak olan kimseden anlaşılması gereken ise sakatlar, düşkünler, isnat yeteneği olmayanlar, tamamen veya kısmen akıl hastası olan kimselerdir. Avukata veya kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işkence suçunun işlenmesi halinde de ceza artırılacaktır. Burada avukat ve kamu görevlisine karşı işkencenin görevi sebebiyle gerçekleşmesi gerekecektir. Burada şunu da belirtmek gerekirse kamu görevlisinden anlaşılması gereken TCK'nın 6. maddesinde belirtilmekte ve aynı zamanda kanunda belirtilen avukatın serbest veya kamuya bağlı olarak çalışması herhangi bir önem arz etmemektedir. Bütün bu hallerde işkence suçunun failine verilecek ceza artırılacaktır.

b. Fiilin İşleniş Şekli Bakımından Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Unsurlar:

İşkence suçunun cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi durumu fiilin işleniş şekli bakımından cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurdur. TCK'nın 94. maddesinin üçüncü fıkrasında da verilecek cezada artırım söz konusudur. TCK'nın 94. maddesi üçüncü fıkrasına göre; "Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." denilmektedir. Kanun koyucu burada failin mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelik yapılan işkenceyi işleniş şekli olarak cezanın artırılmasını gerektiren bir durum olarak düzenlemiştir. TCK'nın 105. maddesinde cinsel taciz suçunun tanımı yapılmamıştır. Ancak TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde cinsel taciz; kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen ve cinsel davranış şeklinde meydana gelen eylem olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla cinsel tacizde cinsel amaçlarla yapılan ve kişinin vücut dokunulmazlığın ihlalini gerektirmeyen durumlardır.

NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ İŞKENCE

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

“(1) İşkence fiilleri, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa, c) Yüzünde sabit ize, d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğması gibi sonuçlara yol açmışsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesi gibi sonuçlar doğurmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

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

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

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

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ (TEŞEBBÜS)

İşkence suçu bakımından incelediğimizde bu suça teşebbüs mümkündür. TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçuna teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla işkence suçunu işleyen fail hakkında teşebbüs aşamasında kalması halinde teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Şöyle ki; bir suçtan sanık olanın baskı ve kötü muamele ile sorgulanması veya ifadesinin alınması için odaya alınması ve tehdit ile sorgulanmaya başlanması halinde henüz işkenceye teşebbüs olmakta ve suç tamamlanmamış kabul edilmektedir. Eğer fail işkenceyi oluşturan hareketlere başlayıp ancak engel bir durumun ortaya çıkması sonucunda icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda işkence suçuna da teşebbüs mümkün olacaktır.

İşkence suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda TCK'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen cezadaki indirim, suçun faili açısından uygulanacaktır. Böylece teşebbüs halindeki işkence suçunun failine, tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilecektir. işkence suçuna elverişli hareketlerle başlamış olan failin, işkence suçunu işlemekten gönüllü bir şekilde vazgeçerse, failin vazgeçtiği o ana kadar olan eylemleri eğer bir suç oluşturuyorsa ancak fail o suçun öngördüğü ceza ile cezalandırılacaktır. Gönüllü vazgeçme işkence suçu bakımından uygulanacaktır. Ancak burada failin kendi rızasıyla işkenceden vazgeçmesi hali tek sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki; failin mağdura karşı bedensel veya ruhsal açıdan acı vermek için gerçekleştirilen davranışlardan vazgeçmesi durumunda o ana kadar yaptığı davranışların mağdurun aşağılanmasına yol açması ve mağdurun aşağılanmasına yol açacak davranışı gerçekleştirmenin işkence suçunun seçimlik hareketlerinden biri olması nedeniyle o ana dek yapılan hareketler bu düzeye ulaşmışsa burada gönüllü vazgeçme uygulanmayacak ve TCK'nın 94. maddesine göre hüküm kurmak gerekecektir. Böyle bir durumda artık tamamlanmış bir işkence suçundan bahsetmek gerekmektedir.

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ (İŞTİRAK)

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

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

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ (İÇTİMA)

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

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

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

İşkenceyi gizlemek amacıyla mağdurun öldürülmesi halinde gerçek içtima uygulanır ve fail hem işkencenin nsa halinde hem de kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumlu tutulacaktır.

İşkence suçunun düzenlendiği TCK'nın 94. maddesi ve 95. maddesinde öngörülen nitelikli haller ile TCK'nın 87. maddesindeki netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama halleri aynı olsa bile burada bileşik suç hükmü gereği sadece TCK'nın 94. ve 95. maddeleri uygulanacak; ayrıca TCK'nın 87. maddesi uygulanmayacaktır . Dolayısıyla işkence suçu bakımından bileşik suç hükümleri uygulanacaktır. İşkence suçu sonucu ölüm meydana gelmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla işkence sonucu ölüm meydana gelmesi halinde bileşik suç hükümleri gereği TCK'nın 95. maddesinin dördüncü fıkrası uygulanacaktır. İşkence suçunun cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde cinsel taciz TCK'nın 94. maddesi üçüncü fıkrası gereği işkence suçunun nitelikli hali olarak düzenlendiğinden bileşik suç söz konusu olacaktır ve fail sadece işkence suçundan ceza alacaktır. Ancak işkencede cinsel tacizden daha ileri boyutta cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı gibi nitelikli haller söz konusu olduğunda faile ayrıca ceza verilir. Dolayısıyla bu durumda gerçek içtima uygulanacak ve ayrı ayrı ceza verilecektir.

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

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