

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN
BAŞKA SUÇLARLA İÇTİMAI

ALİ PENDİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi İBRAHİM ÜLKER

Konya - 2021

ÖNSÖZ

Tez çalışmamız esnasında bize maddi ve manevi desteğini esirgemeyen başta aileme, tez danışmanım olan İbrahim Ülker hocama yine bu süreçte moral ve motivasyon konusunda destek olan birlikte aynı enstitüde çalışma yaptığımız değerli arkadaşım Muhammet Eşme'ye yine bu tezi hazırlama sürecinde kaynak tedariki konusunda faydalandığım Ankara Barosu Kütüphanesinin çalışanlarına sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Eserimizi meydana getirirken kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın başka suçlarla içtimai konusunda ayrıntılı kaynak bulma konusunda sıkıntı yaşadık. Bunun sebebi bu konuda detaylı çalışmaların henüz yapılmamış olması olabilir. Hem doktrinsel olarak hem de uygulama konusunda sıkça karşılaşılabilecek bir konu olması dolayısıyla tez konumuzun önemi yadsınamaz gerçektir. Meydana çıkarmış olduğumuz bu eserin hem doktrinsel olarak hem de uygulama konusunda hukuk camiasına faydalı olmasını temenni ederim.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	ALİ PENDİK
	Numarası	174234001017
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU/ KAMU HUKUKU
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☐ Doktor ☐
	Tez Danışmanı	DR. Öğr. Üyesi İBRAHİM ÜLKER
	Tezin Adı	KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN BAŞKA SUÇLARLA İÇTİMAI

ÖZET

Hürriyet, insanlık tarihi boyunca üzerinde düşünülen ve tartışılmalan bir kavram olmuştur. Bu kadar tartışılmasının sebebi herkese göre farklı yorumlanabilecek somut bir kavram olmasıdır. Tanımı üzerinde ortak bir fikir olmasa da her dönemde önemli addedilmiştir. Özellikle demokratik toplum düzenlerinde hürriyet, insanın hür iradesine bile bırakılmamıştır. Ceza Kanunu hürriyeti, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile güvence altına almıştır. Buna göre kişinin iradesi dışında, hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünün kısıtlanması halinde suç oluşacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu birçok suçla birlikte işlenebilmektedir. Öyle ki cebir ve tehdit suç tipleri kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmakla bileşik suç oluşturmuş, yine bazı suçların unsuru sayılarak bileşik suç ilişkisine girmiştir. Zincirleme suç ve fikri içtima hükümlerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için uygulanmasına herhangi bir engel yoktur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için asıl olan gerçek içtima olmakla beraber görünüşte içtimanın uygulanması da gerçekleşmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, içtima, bileşik suç, zincirleme suç, hürriyet, tarih, gerçek içtima, görünüşte içtima*



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	ALİ PENDİK
	Numarası	174234001017
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU/ KAMU HUKUKU
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktor ☐
	Tez Danışmanı	DR. Öğr. Üyesi İBRAHİM ÜLKER
	Tezin İngilizce Adı	COMPARING CONVENTIONAL CRIMES WITH THE CRIME OF DEPRIVING PERSON FROM LIBERTY

ABSTRACT

Liberty has been a concept having been thought and discussed throughout human history. The reason why it is so debated is that it is a concrete concept that can be interpreted differently for everyone. Although there is no common idea on its definition, it has been considered important in every period. Liberty, especially in democratic social orders, is not even left to the free will of man. The Criminal Code guarantees a person with the crime of depriving him/her of liberty. According to this, if one's liberty is restricted to go somewhere illegally or stay somewhere outside the will of the person, a crime will occur. The crime of deprivation of liberty can be committed to many crimes. Thus, force and threat crime types have constituted a compound crime by being regulated as a qualified form of deprivation of the person's liberty, and have also entered into a compound crime relationship by considering the elements of some crimes. There is no obstacle to the enforcement of successive offense and intellectual abuse provisions for the crime of deprivation of the individual. Although the main thing is the actual convention for the crime of deprivation of the liberty of the person, apparently conventional implementation is also taking place.

Keywords: *Deprivation of liberty of person, conventional, compound crime, successive offense, liberty, history, real conventional, apparently convention.*

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HÜRRİYET KAVRAMI VE KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

1.1. Kavram Olarak Hürriyet.....	4
1.1.1. Hürriyetin Anayasal Tasnifi.....	5
1.1.2. Hürriyetin Ceza Hukukunda Tasnifi.....	8
1.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu.....	10
1.2.1. Genel Olarak Suç Tipi ve Korunan Hukuki Yarar.....	10
1.2.2. Maddi Unsurlar.....	13
1.2.3. Manevi Unsur.....	25
1.2.4. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	27
1.2.5. Nitelikli Haller.....	39
1.2.6. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Şekilleri.....	62
1.2.7. Teşebbüs.....	66
1.2.8. İştirak.....	69
1.2.9. Etkin Pişmanlık.....	71
1.2.10. Kovuşturma Usulü ve Yaptırım.....	75

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN İÇTİMAI

2.1. Genel Olarak İçtima Kavramı ve İçtima Çeşitleri.....	77
2.1.1. Gerçek İçtima.....	77
2.1.2. Bileşik Suç.....	81
2.1.3. Zincirleme Suç.....	85
2.1.4. Fikri İçtima.....	88
2.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Çeşitli Suçlarla İçtimai.....	91
2.2.1. Soykırım Suçu ile İçtimai.....	92
2.2.2. İnsanlığa Karşı Suç ile İçtimai.....	93
2.2.3. İnsan Ticareti Suçu ile İçtimai.....	94
2.2.4. İşkence ve Eziyet Suçları ile İçtimai.....	95

2.2.5. Kasten Öldürme Suçu ile İçtimaı.....	98
2.2.6. Kasten Yaralama Suçu ile İçtimaı.....	100
2.2.7. Cinsel Suçlar ile İçtimaı.....	103
2.2.8. Cebir ve Tehdit Suçları ile İçtimaı.....	106
2.2.9. Şantaj Suçu ile İçtimaı	108
2.2.10. Eğitim ve Öğretim Hakkının Engellenmesi Suçu ile İçtimaı.....	109
2.2.11. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu ile İçtimaı	110
2.2.12. Yağma Suçu ile İçtimaı.....	112
2.2.13. Kötü Muamele Suçu ile İçtimaı	115
2.2.14. Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu ile İçtimaı.....	116
2.2.15. Ulaşım Araçlarının Kaçırılması veya Alıkonulması Suçu ve Kıta Sahanlığında veya Münhasır Ekonomik Bölgedeki Sabit Platformların İşgali Suçu ile İçtimaı.....	119
2.2.16. İftira Suçu ile İçtimaı	121
2.2.17. Yalan Tanıklık Suçu ile İçtimaı	122
2.2.18. Hükümlü veya Tutukluların Ayaklanması Suçu ile İçtimaı	123
SONUÇ.....	124
KAYNAKÇA	132

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CK.	: Ceza Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
f.	: fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
md	: madde
no.	: numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCY	: Türk Ceza Yasası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire

Y. : Yargıtay
y. : yıl
YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK : Yeni Türk Ceza Kanunu



GİRİŞ

Hürriyet kavramı insanlık tarihi boyunca her daim önemle üzerinde durulan bir kavram olagelmıştır. Hürriyet kavramı üzerinde herkesin ittifak ettiği ortak bir tanım yapılamamıştır. Ana hatlarıyla kişilerin başkalarının tesiri ve zorlaması olmadan dilediği iradeyi ortaya koyabilmesi denebilir. Hürriyet uğruna mücadeleler yaşanmış topluluklar ve devletler var olabilme savaşına girişmişlerdir. Dünya'nın siyasi yapısını önemli bir şekilde etkileyip değiştiren Fransız İhtilali'nin sloganlarından biri de hürriyet kavramıdır. Hürriyet kavramının önemini insanlık tarihine bakarak anlama imkânına sahibiz.

Modern devletler kişi hürriyetlerini koruyabilmek için her türlü önlemi almaya çalışmaktadır. Çeşitli uluslararası sözleşmelerle kölelik, angarya gibi uygulamalar kaldırılarak insan hürriyetini tam manasıyla gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda devletler kişi hürriyetini koruyabilmek için anayasal koruma tedbirleri almışlar ve bu anayasal belgelerin gereği gibi uygulanabilmesi için yasal düzenlemeler yapmışlardır.

Türk hukuk sistemi de kişi hürriyetini koruyabilmek için çeşitli önlemler almıştır. Özellikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda kişi hürriyetlerini güvenceye almaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda Anayasa 12. maddede istisnasız herkesin kişiliğine bağlı, dokunulamaz, devredilmez ve vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu vurgulanarak hürriyet kavramına verilen değer gözler önüne serilmiştir. Yine Anayasa'nın, kişi hürriyeti ve güvenliği başlıklı 19. maddesinde de herkesin hürriyet ve güvenlik hakkına sahip olduğu söylenmiş ve ancak sınırlı olarak sayılan hallerde kişinin hürriyetinden mahrum edilebileceği belirtilmiştir.

Türk Hukukunda hürriyeti koruyucu mekanizmalar yalnızca Anayasa ile sınırlı kalmayıp diğer koruma mekanizmaları da mevcuttur. Bu mekanizmalardan birisi hiç şüphesiz Türk Ceza Kanunudur. TCK'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi, bir suç olarak düzenlenmiş ve bu eylemin yapılması halinde faile bir yıla beş yıl arasında bir hapis cezası verileceği belirtilmiştir. Böylelikle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi yaptırımsız bırakılmayarak bir caydırıcılık sağlanmıştır.

Kişi hürriyetine yönelik ihlaller yalnızca iç hukuk kurallarıyla koruma altında değildir. Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası anlaşmalarda da kişi hürriyetini koruyucu

düzenlemeler mevcuttur. Ülkemizde yaşanan bir ihlal üzerine başvurulduğu takdirde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuya ilişkin yargılama yapabilmektedir.

Tez çalışmamızda konu olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun başka suçlarla içtimayı seçmiş bulunmaktayız. Konu kapsamında hürriyet kavramı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu büyük önem arz ettiği için çalışmamızı iki bölüm halinde elle alındı. İlk bölümde hürriyet kavramı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu ana hatlarıyla incelendi. İkinci bölümde ise daha spesifik bir ayırım olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun başka suçlarla içtimaı konusunu ele alındı. Bu kapsamda içtima uygulanabilecek suçlarla birlikte işlenmesi halinde faile nasıl bir ceza verilmesi gerektiğini incelendi.

Çalışmamızda asıl amacımız kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun diğer suçlarla bir arada işlenmesi halinde doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında nasıl bir içtima uygulandığını ortaya koyarak açığa çıkarmaktır. Bu kapsamda eserimizde konu hakkındaki tartışmalı uygulama ve düşünceleri gerekçeleriyle ele alındı. Yer yer kendi görüşümüze de gerekçeleriyle yer verilerek konunun aydınlatılmasına çalışıldı.

Eserimizde yeri geldikçe 765 Sayılı Kanun zamanındaki düzenleme ve uygulamalara da atıf yapıldı. Bu atıflar iki kanunun kıyaslanması amacıyla yapılmadığı için kanunlar arasındaki farkları tek tek ele alınmayıp yeri geldikçe üzerinde durulan bir biçimde işlemeye gayret edildi.

Konumuzla doğrudan veya dolaylı bir şekilde bağlantısı olan Yargıtay kararları yeri geldikçe inceleme konusu teşkil etti. Yargıtay kararları arasında mukayese de yapılarak tartışmalı olan kararlar lehe ve aleyhe olacak şekilde ele alındı. Yargıtay'ın kararları arasında bulunan çelişkilerde irdelendi. Bu kararlar hata veya çelişkiler barındırıyor ve varılan sonuç ceza adaleti ile bağdaşmıyor ise eleştirilerimize maruz kaldı.

Konumuzla bağlantılı olduğu hallerde mukayeseli hukuktaki düzenlemeler de göz önüne alındı ve iç hukukla karşılaştırmalı surette anlatıldı. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile alakalı Anayasa Mahkemesi kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yer verilmeye çalışıldı.

Tez konumuzu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun başka suçlarla içtimaı olarak belirlememizin amacı daha öncesinde bu konu hakkında ayrıntılı bir eserin ortaya konulmamış olması ve de birçok suç ile bir arada işleme olasılığının olduğu, bu sebeple

okurlara yol göstermek ve hukuk literatürüne böyle bir eseri katma istek ve gayretidir. Böylelikle uygulamada çok sık bir şekilde karşılaşılabilecek kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun başkaca suçlarla ilişkisi ayrıntılı bir şekilde ortaya konuldu. Bunu yaparken de gerek doktrinden gerekse Yargıtay kararlarından yararlanılarak tartışmalı konulara değinilerek akademik bir üslup kullanılmaya çalışıldı.



BİRİNCİ BÖLÜM

HÜRRİYET KAVRAMI VE KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

1.1. Kavram Olarak Hürriyet

Hürriyet kavramı belki de ilk insandan günümüze kadar üzerinde düşünülen ve tartışılan gelen ender kavramlardan biridir. Tarihin her döneminde ortaya çıkan ve günümüze ulaşan eserlerden görüyoruz ki insanoğlu bu kavram hakkında fazlaca fikir üretmiştir. Platon'dan Aristo'ya, Hobbes'tan Montesquie'ya kadar seçkin düşünürler hürriyet kavramı üzerinde durmuştur. Günümüzde de özellikle demokratik toplum düzeninin işleyişi ve devamı için gerekli olan hürriyet kavramı tartışılmakta ve hakkında çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Bir konu üzerinde fazlaca durulması ve birbirinden değerli, farklı görüşteki düşünürlerin fikir üretmesinin doğal sonucu olarak ve daha da önemlisi hürriyet kavramının çok yönlü bir kavram olması gibi sebeplerle, üzerinde belki de kütüphaneler dolusu kitaplar yazılan hürriyet kavramı için uzlaşılan ete kemiğe bürünen somut bir tanımını yapabilmek mümkün olmamıştır¹.

Hürriyet kavramının üzerinde uzlaşılamamasının en önemli sebebi çok yönlü bir kavram olmasıdır. Güzel bir sanat eserine bakıp gördüğünü anlatan sanatseverler nasıl ki kendi bakış açılarıyla bakar ve buna göre betimleme yaparsa aynı şekilde hürriyet kavramını tanımlayan düşünürler de kendi bakış açılarına göre tanımlama yoluna gitmişlerdir. Böyle olunca kimine göre hürriyet salt bir bağımsızlık yani her türlü baskı cebir ve kısıtlamalardan ayrı olarak insanın kaderine yön verebilmesini, kimine göre ise hürriyet kişinin kendi küçük dünyasında başkaca kişilerin müdahalesi olmadan yaşamayı yine kimine göre de hürriyet eşitlik veya fırsat eşitliğinin ta kendisini ifade eder². Bazıları ise daha dar bir görüşle hürriyeti özel hayatın gizliliği ile bağdaştırmıştır³.

Arapçadan dilimize geçmiş olan hürriyet kelimesinin sözlük anlamı “özgürlük” olarak belirtilmiştir⁴.Özgürlük ise sözlükte, herhangi bir kayda, zorlamaya tabi olmadan düşünme

¹ KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7.Baskı-Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 3.

² KAPANİ; s. 3-4.

³ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 5.

⁴ Büyük Türkçe Sözlük,http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim Tarihi:16/02/2020).

veya hareket etme, serbesti olarak tanımlanmıştır⁵. Hürriyetin karşıt anlamlısı ise esaret veya tutsaklıktır. Bu tanımlardan yola çıkarak yeni bir tanım yapacak olursak hürriyet, başka birinin iradesine tabi olmadan kendi irade ve inisiyatifiyle karar alabilmek ve bu kararı herhangi bir kısıtlamaya uğramadan uygulayıp somut dünyaya yansıtabilmektir. Peki, karar vermek nasıl olmalı? Yalnızca bir doğrultuda karar verebilmesi için çevrelenen bir kimse özgür sayılabilir mi? Mesela düşmanlarının baskılarıyla köyünden veya mahallesinden göç etmek zorunda kalan bir kimse göç etme kararını verince özgürce hareket etmiş olabilir mi? Bu insan baskılardan sınırlamalardan uzak bir seçim yapmadığı için hür iradesiyle hareket etmiş olamaz. Öyleyse karar verebilmek için baskılardan uzak hür iradesiyle seçim yapabiliyor olması gerekmektedir. Böyle olunca bütün insan hürriyetlerinin temelinde seçme ve eylem unsurlarının olduğu açıktır⁶. Ancak seçme ve eylemin, baskı ve zorlama olmaksızın yapılabildiği durumlarda hürriyetten bahsetmek mümkün olabilecektir.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine göre hürriyet başkasına zarar vermeden her şeyi yapabilmek olarak formüle edilmiş ve bu formül 1924 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası gibi birçok anayasada da kendine yer bulmuştur⁷. Bildirge hürriyet için bir sınır getirmiş olup o sınır da başkalarına zarar vermemek olarak kayıtlara geçmiştir. Montesqueiu da hürriyet için sınırlandırılmış bir tanım yapmıştır. O'na göre ise hürriyet kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmektir⁸. Bu tanıma karşı insanın aklına şu soru gelebilir: Ya kanunlar insanlara en tabi olan haklarını yapabilmesi için müsaade etmezse? Kanunlar insanın en asgari yaşamak için yapması gereken şeyleri yasaklarsa bu durumda hürriyetten bahsetmek mümkün olabilir mi? Böyle bir durumda hürriyetten bahsetmek mümkün olmaz.

1.1.1. Hürriyetin Anayasal Tasnifi

Tarihsel olarak bakıldığında anayasallaşma sürecinin asıl sebebinin, sınırsız olan devlet yönetimini sınırlamak ve böylelikle de kişi hak ve hürriyetlerini koruma ve onları garanti altına alma çabasının bir sonucu olduğu görülür. Anayasallaşma sürecinde, dolayısıyla

⁵ Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim Tarihi:16/02/2020).

⁶ ÖNER, Necati, **İnsan Hürriyeti**, 1. Baskı, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1987, s. 5.

⁷ KAPANİ, s. 5.

⁸ KAPANİ, s. 5.

hürriyetlerin korunması konusunda ilk adım İngiltere’de Kraliyete kabul ettirilmek zorunda bırakılan “ Magna Carta Libertatum”(Büyük Hürriyet Fermanı) kabul edilmektedir⁹.

1215 yılında İngiltere’de kabul edilen Magna Carta Libertatum artık yöneticilerin keyfi hareketlerine bir kısıtlama getirmiştir. Magna Carta ile kişilerin can ve mal güvenliğine sahip oldukları vurgulanmış, keyfi cezalandırma, keyfi yakalama gibi hürriyeti kısıtlayıcı eylemlere karşı da koruma getirilerek içinde bulunulan siyasi koşullarla tutarlı hukuki çözümler üretilmiştir¹⁰.

Anayasallaşma sürecinde Magna Carta Libertatum’dan sonra önemli belgeler arasında Petition Of Right (Haklar Dilekçesi) ile Habeas Corpus Act belgeleri de sayılır. Bu belgeler de yine İngiltere’de yaşanan mücadelenin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Petition Of Right ile Magna Carta’daki haklara ilave yeni bazı haklar da kazanılmıştır¹¹. Habeas Corpus Act ise kişi özgürlüğünün keyfi olarak kısıtlanmasını engellemek için bir takım mekanizmalar geliştirmiştir. Bu belgeye göre artık mahkeme kararı olmadıkça kimse tutulamayacak, hakim kararı olmadan bir kişi tutulacaksa da mahkemeye başvurulabilecektir¹².

1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi de kişi hak ve hürriyetlerinin korunması ve garanti altına alınması konusunda birçok anayasanın hazırlanmasına öncülük etmiştir. Bildirgede hürriyet ve eşitlik kavramı üzerinde durulmuş, siyasal topluluğun amacının insanların tabi ve zamanaşımına uğramayacak özgürlük, mülkiyet, güvenlik, baskıya karşı direnme gibi haklarını korumak olduğu belirtilmiştir¹³.

Kişi hak ve özgürlükleri açısından önemli bir başka belge hiç şüphesiz 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’dir. Bildirgeyle klasik hak ve özgürlüklerin yanında artık sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler de kabul edilmiş, bir nevi sosyal devlet sisteminin temelleri atılmıştır. Böylelikle insanların insanca yaşaması için gerekli tedbirleri almak ve ihtiyaç sahiplerine yardım etme yükümlülükleri devlete yüklenmiş oldu. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin bağlayıcı niteliği ve ihlal edilmesi halinde yaptırım mekanizması

⁹ ÜNAL, Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 27.

¹⁰ AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Bihterin V., **Genel Kamu Hukuku**, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 234.

¹¹ GÜNEŞ, Seyithan, **Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi**, 1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1998, s. 17.

¹² GÜNEŞ, s. 19.

¹³ ÇINAR, Ali Rıza / ŞAHBAZ, İbrahim, “Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, S:1, 1996, s. 48.

olmasa da özellikle günümüz demokratik devlet anlayışında baskı oluşturuca bir işlevi olduğu bir gerçektir¹⁴.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden farklı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşmeye taraf olan ülkeler için müeyyide uygulayabilecek bir mekanizma olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini kurmuştur¹⁵. Bu bağlamda Mahkeme, taraf devletlerin hürriyetleri keyfi ve hukuksuz bir şekilde sınırlandırması halinde tazminat gibi yaptırımlara maruz bırakacaktır.

Anayasa hukuku bağlamında temel hak ve hürriyetler doktrinde çeşitli şekilde sınıflandırmalara tabi olmuştur. Daha çok temel hak ve hürriyetlerin ayrımı, analizci ve sentezci yöntemle yapılan ayrım olmakla birlikte analizci yöntemde hürriyetler; temel hürriyetler, iç hürriyetler, siyasal ve sosyal davranış hürriyeti, siyasal ve sosyal haklar şeklinde sınıflandırılmıştır¹⁶. Jellinek'in artık klasikleşen ve daha çok benimsenen sentezci yöntemle sınıflandırmasında ise temel hak ve hürriyetler; negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları olarak üçe ayrılarak incelenir¹⁷.

Negatif statü hakları devlete müdahale etmeme yükümlülüğü getiren, kişinin dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen haklardır¹⁸. Negatif statü haklarına örnek olarak din ve vicdan hürriyeti, düşünce hürriyeti, konut dokunulmazlığı, seyahat hürriyeti, kişi güvenliği, yaşama hakkı gösterilebilir. Bu haklar doğası itibariyle de var olan ancak müdahale ile kısıtlanabilecek olan haklardır.

Pozitif statü hakları ise devlete ödev ve sorumluluk yükleyen, vatandaşa devletten yardım veya bir hizmet bekleme olanağı sunan haklardır¹⁹. Pozitif statü hakları özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile tanınır hale gelmiş ve anayasalarda yerini almaya başlamıştır. Pozitif statü haklarına, sağlık hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı örnek olarak verilebilir.

¹⁴ GÜNEŞ, s. 55.

¹⁵ AKAD / DİNÇKOL, s. 269.

¹⁶ GARİP, Zerrin, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 6-7.

¹⁷ KAPANİ, s. 6.; GÜLŞEN, s. 20.

¹⁸ KAPANİ, s. 6.

¹⁹ KAPANİ, s. 6.

Aktif statü hakları ise kişiye devlet yönetimine katılabilme olanağı sağlayan, toplumu ilgilendiren kararların alınmasında söz sahibi olmasına yarayan haklardır²⁰. Aktif statü hakları siyasi faaliyetlere katılma hakkı tanıdığı için katılma hakkı olarak da tanımlanmıştır. Seçme ve seçilme hakkı, dilekçe hakkı, siyasi parti kurma hakkı, kamu hizmetine girme hakkı aktif statü hakları arasındadır.

Bu üç kategori içindeki haklar hürriyetin birbiriyle sıkı sıkıya bağlı olduğunu göstermekle birlikte bunlardan biri olmadan diğeri tamamlanmış olmayacak, böylelikle hürriyette tam olmayacaktır²¹. Bu sebeple siyasal iradenin hürriyetleri tam olarak sağlayabilmesi için tüm hakların gerçekleşmesine özen göstermesi gerekmektedir.

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 19. madde birinci fıkrasında “ herkes kişi hürriyet ve güvenliğine sahiptir” diyerek kişi hürriyetlerini anayasal bir güvenceye almıştır. Devam eden kısımda ise hürriyetlerin ancak kanunla ve sınırlı olarak sayılan hallerde sınırlandırabileceğini kabul etmiştir.

1.1.2. Hürriyetin Ceza Hukukunda Tasnifi

Hürriyet kavramı önce zihinlerde üzerinde düşünülen bir fikir olarak ortaya çıkmış sonrasında ise anayasal belgelere konu olmuş, bununla da kalmayarak ihlal edilmesi halinde caydırıcı ve cezalandırıcı müeyyideler getirilmiştir. Bu müeyyideler ceza hukukunun inceleme alanına girmektedir.

Ceza hukukçularınca doktrinde ceza sorumluluğunun unsurları da göz önünde bulundurularak yapılan hürriyet tasnifi şu şekildedir: Tabi hürriyet, metafizik hürriyet ve siyasi hürriyet²².

Metafizik hürriyet isminden de anlaşılacağı gibi irade hürriyetiyle özdeşleşebilir. İnsan davranışının düşünsel olarak değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği konusuyla ilgilidir metafizik hürriyet²³. Yapılan bir davranış, değerlendirmeye tutulup iyi veya kötü olarak ayırt edilebilen, bu davranış neticesinde övülebilen veya yerilebilen, ödüllendirilebilen veya cezalandırılabilen kişi özgür sayılır. Böyle bir davranış ancak akıl sahibi olan varlıklar

²⁰ KAPANİ, s. 6.

²¹ KAPANİ, s. 6.

²² ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, **Kazancı Dergisi (Hakemli Dergi)**, S: 5, 2005, s. 95.

²³ GARİP, s. 8.

yapabilir. Daha net bir ifadeyle içgüdüsel dürtülerini akılla frenleyebilen ve akla uygun kararlar alıp bu kararları uygulayabilen varlıklar özgürdür²⁴.

Tabi hürriyet ise daha çok maddi dünyaya yansıyan eylemle ilgilenmektedir. Bu anlayışa göre almış olduğu bir kararı hayata geçirebiliyorsa kişi hürdür. Aksi halde başkaca kişiler tarafından engelleniyorsa kararını uygulaması konusunda hürriyetten bahsedilemez. Tabi hürriyetin iradi hareket serbestisi unsurları ise saik oluşturma yeteneği, kişinin karar verebilme yeteneği ve alınan kararı icra edebilme yeteneğinin varlığıdır²⁵. Ceza hukukunda ceza sorumluluğu olanların tabi hürriyete göre hürriyet sahipleri olduğu kabul edilmektedir²⁶.

Ceza hukuku doktrininde kabul edilen diğer hürriyet olan siyasi hürriyet ise siyasi iradenin oluşması toplumu ilgilendiren kararların alınması gibi faaliyetlere anayasal sınırlar çerçevesinde katılım gerçekleşirken herhangi bir baskıya uğramadan özgür iradeyle katılabiliniyor olmasını ifade etmektedir²⁷. Buna göre seçme seçilme hakkı gibi siyasi haklarını kısıtlamaya uğramadan kullanabilen bireyler siyasi hürriyete sahiptir denebilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hürriyete karşı suçlar özel hükümler başlıklı ikinci kitabın kişilere karşı suçları düzenleyen ikinci kısmının hürriyete karşı suçlar başlığıyla yedinci bölümünde yer almaktadır. TCK'nın ikinci kısım yedinci bölümü Tehdit Suçunu düzenleyen 106. maddeden başlayıp haberleşmenin engellemesini düzenleyen 124. maddeyle sona ermektedir. Bu bölümde düzenlenen suçlar ise şöyledir: Madde 106 tehdit, madde 107 şantaj, madde 108 cebir kullanma, madde 109 kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, madde 112 eğitim ve öğretimin engellenmesi, madde 113 kamu kurumu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetinin engellenmesi, madde 114 siyasî hakların kullanılmasının engellenmesi, madde 115 inanç düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi, madde 116 konut dokunulmazlığının ihlali, madde 117 iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, madde 118 sendikal hakların kullanılmasını engelleme, madde 120 haksız arama, madde 121 dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi, madde 122 ayrımcılık, madde 123 kişilerin huzur ve sükununu bozma ve madde 124 haberleşmenin engellenmesi suçlarıdır.

²⁴ ÜZÜLMEZ, Yeni Türk Ceza Kanununda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s. 95.

²⁵ GARİP, s. 8.

²⁶ ÜZÜLMEZ, Yeni Türk Ceza Kanununda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s. 95.

²⁷ ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 14.

Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş bulunan hürriyet aleyhine suçları şu şekilde ayrıma tabi tutabiliriz²⁸:

1.İrade oluşturma hürriyetini başka bir deyişle iç hürriyeti ihlal eden suçlar: Tehdit, cebir ve şantaj

2.İradi hareket hürriyetini yani dış hürriyeti ihlal eden suçlar: Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetini engelleme,

3.Bireylerin huzurunu, güvenlik duygularını ve özel hayatlarını ihlal eden suçlar: Tehdit, şantaj, konut dokunulmazlığını ihlal, haksız arama, kişilerin huzur ve sükununu bozma,

4.Anayasal hakları koruyan suçlar: İş ve çalışma hürriyetini ihlal, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi, ayrımcılık, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç düşünce ve kanaat hürriyetinin engellenmesi, haberleşmenin engellenmesi suçları.

Konumuzla doğrudan alakalı olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için kişiyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmesini engellemek veya bir yerde kalmak zorunda bırakarak fiil özgürlüğünü engellediği için TCK sisteminde bu suç dış hürriyeti ihlal eden bir suç olarak kabul edilmiştir²⁹.

1.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

1.2.1. Genel Olarak Suç Tipi ve Korunan Hukuki Yarar

Çeşitli uluslararası sözleşmelere paralel olarak kişi hürriyeti ve güvenliği Anayasa'nın 19. maddesiyle "herkes kişi hürriyetine ve güvenliğine sahiptir" denilerek güvence altına alınmış, sonrasında ise kişi hürriyetlerinin hangi hallerde kısıtlanabileceği devam eden fıkralarla hüküm altına alınmıştır³⁰.

²⁸ ÜZÜLMEZ, Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 24.

²⁹ EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler II. Cilt.**, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1993, s. 1178.

³⁰ YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan T. / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt Md. 86-140**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 3723.

Anayasal olan kişi hürriyetini korumak adına, ihlal edildiğinde cezalandırmak, ihlale uğramadığı zamanlarda ise ihlallerin önüne geçip caydırmak amacıyla ceza kanunlarında kişi hürriyetinin ihlal edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Hem 765 sayılı Eski TCK hem de 5237 sayılı TCK’da hürriyetin ihlali suç olarak düzenlenmiş, buna bağılı olarak da cezai yaptırım öngörölmüştür. Eski TCK’dan farklı olarak 5237 sayılı TCK, Eski TCK’nın 179 ve 180. maddelerinde düzenlenen özgürlüğü kısıtlama suçundan ayrı, aynı suçun failinin memur olması halinde işlenmesini düzenleyen 181. maddedeki suç, 182. maddedeki on beş yaşından küçük çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçunu, 184 ile 185. maddelerdeki ceza infaz kurumu yetkililerince işlenebilen özgürlüğü kısıtlama suçlarını; 429, 430 ve 431. maddelerdeki kız, kadın ve erkek kaçırma suçlarını, 439. maddedeki ağırlaştırıcı nedenini, 499. maddedeki adam kaldırma suçunu ayrı ayrı düzenlemek yerine bu suçların hepsini içerisinde barındıran bir ceza normu olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenlemiştir³¹.

TCK 109. maddede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediğı sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Bu suçun;

a) Silahla,

b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c) Kişinin yerine getirdiğı kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

³¹ BAYRAKTAR, Köksal / KESKİN KİZİROĞLU, Serap / YILDIZ, Ali Kemal / ZAFER, Hamide / AKSOY RETORNAZ, Eylem / AKYÜREK, Güçlü / EVİK, Ali H. / SINAR, Hasan / ALTUNÇ, Sinan / AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman / ERMAN, Barış / EROĞLU ERMAN, Fulya, **Özel Ceza Hukuku Cilt III Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m.106-140)**, 1. Baskı, Ön İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 72.

e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

(4) *Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*

(5) *Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.*

(6) *Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*

Görüldüğü üzere maddenin birinci fıkrasında suçun temel şekli düzenlenmiş, ikinci fıkrasında cebir, tehdit ya da hile ile suçun işlenmesi nitelikli hali, üçüncü fıkra ise yine nitelikli haller teker teker altı başlık halinde sayılmıştır. Beşinci fıkra suçun cinsel saikle işlenmesi nitelikli hali ayrı olarak düzenlenmiş; dördüncü fıkra mağdurun ekonomik bakımdan önemli kayba uğraması hali ile altıncı fıkra, suçun işlenmesi esnasında kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinin gerçekleşmesi halinde gerçek içtimanın uygulanacağı yani her iki suçtan da sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

ETCK'daki düzenlemede “kişi hürriyeti” ibaresinin daha da somutlaştırılarak YTCK' da “bir yere gitmek veya bir yerde kalmak” şeklinde düzenlenmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ile neyin kastedildiğinin ete kemiğe bürünür hale getirilmesi kanunun belirlilik ilkesine uygun olmuştur³².

TCK da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenleme 110. madde ile 111. maddelerde de vardır. 110. madde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık halini düzenlememişken 111. madde ise tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerini düzenlemiştir.

³² ÜZÜLMEZ, Yeni Türk Ceza Kanununda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar , s. 103.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunmak istenen hukuksal yarar kişinin istediği yerde bulunma veya istediği yere gitme hürriyetlerinin ortadan kaldırılmasıdır³³. Bir nevi kişinin hareket etme hürriyeti hakkı korunmak isteniyor denilebilir. Hareket etme özgürlüğü sadece hareket etme halini değil hareket etmek istememe özgürlüğünü de kapsar³⁴. Bu kapsamda kişinin bulunduğu yerden ayrılmasını fiziksel olarak imkansız hale getirmek veya güçleştirmek de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu meydana getirecektir³⁵. Örneğin çatıdaki kişinin inmesini engellemek için merdivenin kaldırılması, yürümesi protez bacağına bağlı olan kişinin protezlerinin alınması hallerinde de suç oluşacaktır.

Cebir suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, korunan hukuki yarar açısından farklılık göstermektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda bireyin hareket etme serbestisi engellenmekteyken cebir suçunda belirli bir davranışa ilişkin olarak şahsın irade özerkliği zedelenmektedir³⁶.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmasının engellenmesi hallerinde işlenebileceğinden seçimlik hareketli, hürriyeti engelleyici hareketler sayılmadığından serbest hareketli, yapıldığı an bitmeyen ve etkisi devam eden bir suç olduğundan dolayı mütemadi yani kesintisiz bir suçtur³⁷. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmanın uzun veya kısa müddetli olması önemli değildir. Önemli olan hürriyetin ihlal edilmesidir. Cebir ve tehdit bu suçun oluşabilmesi için gerekli olan unsurlardan değildir. Nitekim cebir ve tehdit olmadan bir kişiyi habersiz bir şekilde odaya kilitlemek suretiyle de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenebilir.

1.2.2. Maddi Unsurlar

1.2.2.1 Suçun Fiili

Ceza hukuku açısından fiil, kişinin iradesi ile belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelmiş dış dünyaya yansıyan bir davranıştır³⁸. Kişinin bir suçtan sorumlu olabilmesi için hareketi ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının olması gerekir. Fiil ile netice

³³ ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 433.

³⁴ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray /BACAĞIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 419.

³⁵ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa R. / ÖNOK, Rifat M., **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 510.

³⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510

³⁷ ARTUÇ, Mustafa, **Pratik Türk Ceza Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 658.

³⁸ ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.161.

arasında bir illiyet bağı mevcut değilse artık cezai bir sorumluluktan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan failin cezalandırılabilmesi için eylemin hangi kasıtle yapılmış olduğunun araştırılması gerekebilir. Nitekim Yargıtay 14. CD kararlarında failin cinsel suç işleme kastı ile mağduru belli bir yerde bulunma zorunluluğunda bırakması halinde, cinsel suçun işlenmesi için gerekli olan hürriyeti sınırlama fiilini ayriyeten cezalandırılmayacağını belirtmiştir³⁹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesi birinci fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için öngörülen fiil “ mağduru bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak” şeklinde belirtilmiştir. Bir yere kapatmaya, bir yerde tutmaya, bir yere götürmeye veya bir yere gitmekten men etmeye yönelik olduğundan, kişiyi bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakacak her türlü davranış kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hareketini oluşturur⁴⁰. Görüldüğü gibi suçun oluşabilmesi için yani kişiyi bir yere gitme veya bir yerde özgürlüğünü engelleyecek hareketler sınırlı olarak sayılmayıp her türlü hareketle suç oluşabileceğinden serbest hareketli bir suçtur⁴¹. Yine suç kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmasının engellenmesi suretiyle işlenebileceğinden, yani her iki şekilde de işlenebileceğinden seçimlik hareketli bir suçtur⁴².

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu neticesi icra hareketlerinin tamamlanmasıyla gerçekleştiğinden dolayı sırf hareket suçu özelliğindedir⁴³. Kişinin özgürce hareket ederek bir yerden başka bir yere gidebilme olanağının kısa veya uzun bir süreliğine ortadan kaldırılması suçun neticesini oluşturur. Bu durum yani istediği yere gidebilme, yer değiştirme olanağının yokluğu hali devam ettiği müddetçe de suç tamamlanmış ancak devam ediyor olacağından dolayı suç kesintisiz olma vasfına sahiptir⁴⁴. Suç ancak mağdurun hareket hürriyetine kavuştuğu anda bitecektir. Kesintinin bittiği an, uygulanacak kanun maddesinin belirlenmesinde, zamanaşımı süresinin hesaplanmasında, meşru müdafaa koşullarının

³⁹ AKDÜZEN, Emre, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 17.

⁴⁰ BAYRAKTAR vd., s. 76.

⁴¹ ARTUÇ, s. 658.

⁴² ARTUÇ, s. 658.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3726.

⁴³ ÖZEN, s. 438.

⁴⁴ ARTUÇ, s. 658.; BAYRAKTAR vd., s. 77.

belirlenmesinde, iştirakçilerin tespitinde ve yetkili mahkemenin tespit edilmesi konularında önemli bir paya sahiptir⁴⁵.

Bu suç doğrudan veya dolaylı hareketlerle işlenebilir⁴⁶. Doktrinde TCK'da bu suçun ihmali bir hareketle işlenebileceği açık bir şekilde düzenlenmiş olmadığından ve ihmali bir hareketten ceza sorumluluğuna sebep olabilmesi için gerekli şartları belirleyen ve tüm suçları kapsayan genel bir düzenlemenin genel hükümler içerisinde yer almadığından dolayı ihmali şekilde işlenemeyeceğini belirten yazarların olduğu bir görüş olmakla beraber çoğunluk, kişiyi hürriyetinden yolsun kılma suçunun ihmali şekilde de işlenebileceği kanaatine sahiptir⁴⁷. Kanaatimizce kanun koyucunun özel hükümler kısmında bir suçun ihmali hareketle işlenmesini sınırlı sayıda tutması, belirtilen suçlarda ihmali hareketi cezada indirim nedeni olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple kanunda ihmali şekilde işlenmesi hali düzenlenmeyen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali hareketle işlenemeyeceği anlamı çıkarılamaz.

Kişiyi hürriyetinden yolsun kılma suçu olumlu bir hareketle işlenebileceği gibi olumsuz bir hareketle de işlenmeye elverişlidir⁴⁸. Bir kişiyi haksız yere bir yere hapsedmek müspet hareketle işlenirken hapsedilmiş birinin çıkmaya hakkı olduğu halde çıkmasını sağlamamak ise menfi hareketle işlenmiş olur. Failin serbest bırakmak için hukuki yükümlülüğü bulunduğu taktirde suç işlenmiş sayılacaktır. Bu halde suç ihmal suretiyle icra yoluyla işlenmiş olur⁴⁹.

Bu suç; kişinin ellerini ve ayaklarını bağlamak suretiyle hareket etmesini engellemekle, kişinin bir yerden çıkmasını engelleyecek şekilde kişiyi oraya kapatmakla, birisini zorla veya hile ile başka bir yere götürmekle, sakat birinin protezini veya tekerlekli sandalyesini almakla, görme özürlü birisinin kılavuz köpeğinin, çıplak birinin elbiselerinin, ıssız bir adadaki kişinin deniz aracının alınması halinde mağdurun hareket etmesini sağlayan araçlardan yoksun kılmak suretiyle işlenebilir⁵⁰.

⁴⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3729.

⁴⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3727.

⁴⁷ ÖZEN, s. 436.

⁴⁸ SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 276.

⁴⁹ SOYASLAN, s. 276.

⁵⁰ GÜLŞEN, Recep, **Hürriyeti Tahdit Suçları TCK m. 179-187**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s. 50-55.

Kişiyi bir yere gitmek hürriyetinden mahrum edilerek bu suç işlenebilir. Bir yere gitmek hürriyetinin içine bir yere gitmemek, istediği yere gitmek ve bulunduğu yerde kalmak hürriyeti de dahildir.⁵¹ Failin mağduru hile ile aldatarak gitmek istediği yere götüreceğini söyleyip başka bir yere götürmesi, mağdurun bir yere hapsedilmesi hallerinde suç oluşacaktır.

Mağdurun istediği zaman bulunduğu yerden ayrılmasının engellenmesi suçun oluşması için yeterli olup kişinin engellenmesinin tam ve mutlak olması aranmadan engellerin kolaylıkla aşılamayacağı, alışılmış dışında yollar kullanması gerektiği haller suçun oluşması için yeterlidir⁵². Buna karşın örneğin birinci kattaki bir yere kapatılan ancak pencereden rahat bir şekilde tehlikeye düşmeden çıkabilecek bir halde ise suç oluşmayacaktır⁵³.

Mağdurun bulunduğu yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması şeklinde de bu suçun işlenmesi imkan dahilindedir. Kişinin bir yerde durma, bekleme, orada bulunma özgürlüğünün ihlali şeklindedir. Bir yerde duran kişinin rızası dışında alınıp başka yere götürülmesi, kişinin bir yerde kalma iradesinin icrasının engellenmesi bu seçimlik hareketi oluşturacaktır⁵⁴. Bir yerde kalma hürriyetinden yoksunluk ifadesinden kişinin, kalmak istediği yerde kalmasının engellenmesi anlaşılmamalıdır. Örneğin resmi nikahlı eşinin ortak konuta girmesini, eşi evde yokken kapının kilidini değiştirerek engellemesi halinde, eşin hareket özgürlüğüne dokunmadığından dolayı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır⁵⁵.

Kişi hürriyetinden tamamen yolsun bırakılabileceği gibi kısmen de hürriyetinden yoksun bırakılabilir⁵⁶. Tutuklu bulunan kişinin ellerinin bağlanması gibi özgürlüğü zaten kısıtlanmış olan kişinin de geri kalan özgürlüğünün sınırlandırılması halinde bu suç oluşacaktır⁵⁷.

İtalyan yargısal içtihatlarında bir hükümlüyü kendisiyle beraber hücrelerine gelmesi için zorlayan diğer bir hükümlünün ve araçtan inmek isteyen kişiyi, durmayarak araçta kalmaya zorlayan kişilerin bu suçu işlediği kabul edilmiştir⁵⁸. Yine İtalyan Yargıtay'ı bir hükümlü tarafından başka bir hükümlünün bir hücreye kapatılmasını hürriyeti tahdit suçu olarak

⁵¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3730.

⁵² GÜLŞEN, s. 55.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3730.

⁵³ GARİP, s. 26.

⁵⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3730.

⁵⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3731.

⁵⁶ SOYASLAN, s. 277.

⁵⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 514.

⁵⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 514.

değerlendirmiştir⁵⁹. İtalyan Temyiz Mahkemesi başka bir kararında da 25 Nisan 1975 tarihinde bir grup hükümlünün kaçmalarını kolaylaştırmak için başka bir grup hükümlüyü cezaevi kilisesine kapatmaları olayını hürriyeti tahdit olarak değerlendirmiştir⁶⁰.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda suçun işlendiği yer ister kapalı bir yer olsun ister açık bir yer olsun; ister taşınır olsun ister taşınmaz olsun ya da faile veya mağdura ait olsun önemli değildir⁶¹. TCK'da bir yer kısıtlaması yapılmamış, suçun oluşması için mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünün kısıtlanmış olması gerektiği belirtilmiştir⁶².

Bu suç için dikkat edilmesi gereken başka bir husus olarak, suçun oluşabilmesi için failin mağdura fiziki bir temasta bulunmasının zorunluluğu olmadığı hususudur⁶³. Örneğin çıkış kapısına dikilerek mağdurun çıkmasını engelleyen failin fiili de bu suç kapsamındadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmanın kısa süreli mi yoksa uzun süreli mi olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁴. TCK'da suçun oluşabilmesi için geçmesi gereken sürenin ne kadar olması gerektiği yönünde bir düzenleme yapılmış değildir. Bazı ceza kanunları belirli bir sürenin altında işlenen hürriyeti tahdidin cezada indirim sayıp belirli bir sürenin üstünde işlenen hürriyeti tahdidi ise cezada artırım sebebi saymıştır⁶⁵. Ancak TCK'da süre konusunda herhangi bir cezada artırım veya cezada indirim sebebi zikredilmiş değildir. Hürriyeti tahdidin süresinin uzunluğu veya kısalığı hususu temel ceza belirlenirken göz önüne alınması gereklidir⁶⁶.

Hürriyetten mahrum bırakmanın ne kadar süre gerçekleşmiş olduğu halinde suçun oluşabileceği noktasında kesin bir kıstas yoktur. Ancak bir anlığına kişinin hürriyetinden yoksun bırakılıp hemen serbest bırakılması halinde suç oluşacağı kabul edilmemelidir⁶⁷.

⁵⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 515.

⁶⁰ GARİP, 26.

⁶¹ MERAN, Necati, **Hürriyetten Yoksun Bırakma Tehdit-Şantaj Konut Dokunulmazlığını Bozma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 125.

⁶² KAPLAN, Burcu K., **Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2011, s. 68.

⁶³ GARİP, s. 27.

⁶⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 515; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3728.

⁶⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3728.

⁶⁶ ÖZEN, s. 437.

⁶⁷ ÖZEN, s. 437; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 515; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3728.

Nitekim Yargıtay da bu kanaattedir⁶⁸. Suçun ne kadar bir sürede gerçekleşeceği somut olaya göre hakim tarafından belirlenmelidir. Objektif olarak denebilir ki mağdurda hareket etme serbestisinin ihlal edildiği düşüncesi oluştuğunda veya failin bu saik ile hareket ettiği somut olaydan anlaşılabiliriyorsa suçun oluştuğu söylenebilir⁶⁹. Yargıtay beş veya on dakikalık hürriyeti tahdidin tespit edildiği olayda, belirtilen süreyi suçun oluşabilmesi için yeterli kabul etmiştir⁷⁰.

1.2.2.2. Suçun Faili

Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak belirlenmiş olan fiili yapan veya yapılması hususunda başka bir kişiyi araç olarak kullanan kişi suçun failidir.(TCK 37)

Ortada bir suç varsa mutlaka bu suçu işleyen bir fail olmalıdır. Türk Ceza Kanunu ancak gerçek kişilerin suçun faili olabileceğini kabul etmiş, tüzel kişilerin fail olabileceği kabul edilmemiştir. Ancak bazı durumlarda suçun tüzel kişi lehine işlenmesi halinde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanabileceği de hüküm altına alınmıştır.(TCK 20/2)

Ceza Kanunu'nda suçun faili için herhangi bir özel vasıf aranıyor ve ancak bu vasfa sahip olan kişilerin suçun faili olabileceği düzenleniyorsa bu suça özgü suç denir⁷¹. Özgü suçlarda aranan niteliğe sahip olmayan kişiler suçun faili olamaz, suça katılmaları halinde de yardım eden veya azmettiren sıfatına sahip olabilirler.

⁶⁸ “Sanığın olay günü aynı evde birlikte yaşadığı annesi Songül’ü sıcak su ile yaraladıktan sonra, kısa bir zaman dilimi ile sınırlı olarak polise şikayet edecekleri düşüncesiyle kilitletiği, mağdur Seçkin’in beyanına göre polise gitmeyeceklerini söylemeleri üzerine kapıyı derhal açtığına anlaşıldığı olayda, sanığın hürriyeti kısıtlama kastı ile hareket etmediği gözetilmeden, beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi...” Y. 8. CD., 07.01.2020 tarih, E.2019/2513-K.2020/173

“Somut olayda, oluş, adli rapor ve tüm dosya kapsamına göre, olay tarihinde Isparta il merkezinde bulunan Mehmet Akif Ersoy İlköğretim Okulu 1. sınıf öğrencisi olan mağdur Muhammed Adem Akbuğa’nın okulun bahçesinde oynadığı sırada, basketbol oynamak için okulun bahçesine gelen suça sürüklenen çocuk ve sanıkların mağdurdan basket sahasından ayrılmasını ve topu kendilerine vermesini istedikleri, mağdurun topu vermemesi ve basket sahasından ayrılmaması üzerine mağduru kolundan tutup okulun bahçesinin yanında bulunan alana götürerek burada birlikte mağdura vurmak ve kolunda sigara söndürmek suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralamaları şeklinde gelişen eylemlerinin; sistematik ve süreklilik arz etmeyecek şekilde, aniden gelişen bir olay olması nedeniyle, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı kasten silahla yaralama suçunu oluşturacağı gözetilerek olayın oluş şekli ve birden fazla nitelikli halin birleşmesi nedeniyle alt sınırdan uzaklaşarak hükümler kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile eziyet suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi...” Y. 8. CD., 17.01.2019 tarih, E.2018/11933-K.2019/821

⁶⁹ ÖZEN, s. 437.

⁷⁰ CGK, 2.10.2012 tarih, E.2011/8-778, K.2012/1795 Aktaran: TEZCAN / ERDEM ÖNOK, s. 51.

⁷¹ ÖZGENÇ, s. 188.

Suçun faili için herhangi bir nitelik aranmayan suçlar için herkes suçun faili olabilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da Türk Ceza Kanunu'nda fail için herhangi bir nitelik aranmamış olduğundan suçun faili herkes olabilecektir⁷².

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni tanımından yola çıkarsak suçun faili, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden mahrum eden kişidir. Suçun temel şekli için herhangi bir özellik fail için aranmamıştır. Ancak TCK 109. maddede suçun bazı nitelikli hallerinin işlenebilmesi için failde bazı niteliklerin olması gerekmektedir. TCK 109/3-d de hürriyeti tahdit suçunun kamu görevlisi tarafından, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kıyas yapılamayacağından dolayı sıfatın kötüye kullanılması halinde nitelikli hal uygulama alanı bulmayacaktır⁷³. TCK 109/3-e madde fıkrasında ise suç altsoy üstsoy veya eş tarafından işlenirse cezanın artırılacağı belirtilmiştir. Suçun bu belirtilen nitelikli hallerinde fail için bir takım özellikler aranmış ve ancak bu özelliklere sahip olan kişiler için nitelikli halden cezanın artırılarak uygulanacağını söyleyebiliriz.

Suç işlenirken bir başka kişinin araç olarak kullanılması durumunda dolaylı faillik gündeme gelecektir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için de dolaylı fail olunması mümkündür. Özellikle fail yalan tanıklık veya iftira ile kişinin hürriyetinden yoksun kalmasına sebep olmuş ise dolaylı fail olarak suçu işlediği kabul edilir. Örneğin mahkemede yalan tanıklık yaparak bir kişinin mahkumiyetine sebep olmuşsa veya asılsız olarak, kişinin suçu işlemediğini bilerek mağduru ihbar veya şikâyet ederek gözaltına alınmasına ya da tutuklanmasına sebep olmuşsa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu dolaylı fail olarak işlemiş olacaktır.

Fail yalnızca bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de suçun işlenmesine katılarak müşterek fail olabilir. Müşterek faillik, suçun işlenmesine katılan kişilerin kastlarına ve eylemlerinin olayın özelliklerine göre değerlendirilmesiyle ortaya konulmalıdır. Bu suçta birden fazla kişinin fail olarak suçu işlemesi halinde cezada artırımı neden olan nitelikli hal meydana gelecektir.(TCK 109/3-b)

⁷² ÖZEN, s. 434; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 510; BAYRAKTAR vd., s. 74.

⁷³ ÖZEN, s. 434.

1.2.2.3. Netice

Yapılan fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir. Bu değişiklik ceza hukuku açısından her değişiklik değildir. Ceza Hukuku açısından önemli olan fiilin meydana getirdiği değişiklik, suçu düzenleyen kanun maddesindeki tarif edilen dış alemdeki değişikliktir⁷⁴. Kanun suçun oluşabilmesi için neticenin gerçekleşmesini arayabilir. Bu durumda suçun oluşabilmesi için bahsedilen neticenin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bazen de kanun suçun oluşabilmesi için herhangi bir neticenin gerçekleşmiş olmasını aramayabilir. Bu halde ise suç fiilin gerçekleşmesiyle işlenmiş olacaktır.

Bir kişiyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişinin cezalandırılmasını düzenleyen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, ayrıca bir zararın gerçekleşmesini gerekli görmüş olmayıp kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kalmasını sağlayan eylemin hayata geçirilmesiyle suçun oluşacağını kabul etmiştir. Bu sebepten ötürü yani hareketin gerçekleştirilmesiyle suçun oluşacağından ve başkaca bir netice aranmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sırf hareket suçudur⁷⁵.

1.2.2.4. Suçun Mağduru

Her suçun bir faili olduğu gibi bir mağduru veya mağdurları da vardır. Kökeni Arapça olan mağdur kelimesi sözlükte haksızlığa uğramış kimse, kıygın olarak tanımlanmıştır⁷⁶. Ceza Hukuku açısından suçun mağduru ise suçla korunan hukuki yararın, başka bir deyişle suçun hukuki konusunun sahibi olmakla birlikte suçun maddi konusu da olan kişidir⁷⁷. Bir suçun mağduru gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Ancak bazı suçların doğası gereğiyle suçun mağduru yalnızca gerçek kişiler olabilir. Örneğin kasten yaralama, kasten veya taksirle öldürme, taksirle yaralama gibi suçlarda mağdur yalnızca gerçek kişi olabilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu içinde mağdur ancak gerçek bir kişi olabilir⁷⁸. Tüzel kişilerin bu suçun mağduru olma ihtimali yoktur. Bu suç mağdur bakımından herhangi bir özellik aramadığı için suçun mağduru her gerçek kişi olabilir. Ancak TCK'da suçun bazı

⁷⁴ ÖZGENÇ, s. 172.

⁷⁵ ÖZEN, s. 438.

⁷⁶ Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim Tarihi:16/02/2020)

⁷⁷ BAYRAKTAR vd., s. 74.

⁷⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 511.; BAYRAKTAR vd., s. 74.

özellikteki kişilere karşı işlenmesi halinde suçun nitelikli hali olacağı kabul edilmiştir. Buna göre suç üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenirse; çocuğa ya da kadın veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişilere işlenirse; kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlerse temel cezanın artırılması gereken nitelikli halleri gerçekleşmiş olacaktır.(TCK 109/3-e)

Belirtmek gerekir ki kişiyi hürriyetinden yolsun kılma suçu hayatta olan gerçek kişilere karşı işlenebilir. Ölmüş kişilere karşı bu suçun işlenmesi mümkün değildir⁷⁹. Bunun sebebi kişinin ölümle hukuki kişiliğinin sona ermesi ve aynı zamanda suçla korunan hukuksal yararın hareket özgürlüğü olması dolayısıyla ölünün hareket edebilecek potansiyelinin bulunmamasıdır.

Ceza Hukuku doktrinde mağdurun hareket etme imkanına sahip olması gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Geçici olarak hareket etme yeteneğini (alkol, uyuşturucu madde, uyku etkisinde olma halleri vb.) veya kalıcı olarak hareket etme yeteneğini kaybeden (felçli, sakat, hasta vb.) kişilere karşı hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenip işlenemeyeceği konusunda çeşitli düşünceler ortaya atılmıştır⁸⁰.

Bir görüşe göre bulunduğu yeri değiştirme bilincine sahip olmayan küçük ve akıl sağlığı yerinde olmayan veya uyuşturucu madde ya da alkol etkisinde olan kişilere karşı, bilinçsizlik halinin devamı süresince bu suç işlenemeyecek ancak mağdurun bilinçsizlik hali, fail tarafından oluşturulmuşsa suçun gerçekleştiği kabul edilecektir⁸¹. Bu görüşün savunucuları mağdurun belli bir yere gitme veya belli bir yerde kalma yönünde irade oluşturmuş kişi ya da kişiler olabileceğini kabul etmişlerdir. Suçun oluşması açısından failin gerçekleştirdiği fiile değil de mağdurun iradesine bakıldığı için bu fikir doktrinde eleştirilere konu olmuştur⁸².

Federal Almanya, Avusturya ve İsviçre Ceza Hukuku doktrinde de hastalık, sakatlık gibi nedenlerle engelli olan gerçek kişiler ile bilinç yokluğu nedeniyle hareket bilincine sahip olmayan küçükler, akıl hastaları, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olanların suçun mağduru olamayacakları yönünde bir görüş ortaya çıkmasına karşın, hürriyeti kısıtlama

⁷⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3725.

⁸⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 511.; ÖZEN, s. 434.

⁸¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 511.; CİHAN, Erol; “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 41 (1-2), 1975, s. 52 vd.

⁸² ÜZÜLMEZ, İlhan; “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN'e Armağan**, Haziran-Aralık 2007, 11 (1-2), 2009, s. 1188.

suçunda mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmesinin koşul olmayacağı savunulmuştur⁸³.

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen diğer görüşe göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla kişinin, hem hareketin yapıldığı andaki hem de gelecekteki hareket özgürlüğü korunduğundan dolayı baygın, akıl hastası, sarhoş, felçli, sakat, yeni doğmuş çocuk, uykudaki biri gibi fiilin gerçekleştiği zaman, kendi yetenekleriyle hareket etme olanağına sahip olmayan kişilere karşı da bu suç işlenebilir⁸⁴. Bir kişinin hukuka aykırı olarak hareket hürriyetinin engellenmesi halinde, kişi bunu bilmesede dahi suç gerçekleşecektir. Akıl hastaları ve temyiz kudreti bulunmayan kimselere karşı bu suçun işlenmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁸⁵.

Kanımızca TCK'nın 109/3-f madde fıkrasında düzenlenen nitelikli halinde hürriyetten yoksun kılmanın çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişi veya kişilere karşı işlenmesi cezayı artırıcı nitelik olarak düzenlenmiştir. Bu fıkra sarhoşluk, uyku hali, akıl hastalığı, sakatlık gibi haller tek tek sayılmış olmamakla birlikte kanun koyucunun amacını ortaya koymaktadır. Saydığımız durumların her birisi beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak hallerden olduğundan dolayı kanun koyucu bilinçsizlik hallerinde de suçun oluşacağını kabul etmiştir diyebiliriz. Ayrıca hürriyeti tahdit suçunda mağdurun suç işlendiği andaki durumu değil failin hareketi esas alınmaktadır. Bu konuda İtalyan Yargıtay'ının vermiş olduğu kararlar da tezimizi destekler niteliktedir. Bahse konu kararda İtalyan Yargıtay'ı hırsızlık zanlılarının ev sahiplerinin derhal karşı koymalarını engelleyebilmek için uyuyan ev sahiplerinin yatak odası kapısını kilitlemelerini hürriyetten yoksun kılma suçu olarak değerlendirmiştir⁸⁶.

Bu konuda bir diğer tartışmalı husus ise hürriyeti kısıtlama suçunun çok küçük yaşlardaki çocuklara karşı işlenebilir işlenemeyeceği konusudur. Doktrinde bir kısım yazar çok küçük yaştaki çocukların potansiyel olarak dahi hareket serbestisinin olmamasının

⁸³ BAYRAKTAR vd., s. 75.

⁸⁴ MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı İçtihatlı 2537 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 82-159, İkinci Cilt**, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2013, s. 1979.; ÖZEN, s. 434-435.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3725.

⁸⁵ MALKOÇ, s. 1979.

⁸⁶ GÜLŞEN, s. 43.

yanında bir yere gitme veya belli bir yerde kalma yönünde irade oluşturabilme yeteneğine sahip olmadıkları için bu suçun mağduru olamayacaklarını savunmaktadır.⁸⁷

Diğer kısım yazarlara göre ise bilinci olmayanlara karşı suçun oluşma gerekçesini farazi irade teorisine dayandırarak bir yaşımdan küçük çocuklara karşı bile hürriyetten yoksun kılma suçunun oluşabileceği kabul edilmiştir⁸⁸. Nitekim Yargıtay da 2013 tarihli bir kararında iki yaşımdaki bir çocuğa karşı suçun işlenebileceğini kabul etmiştir⁸⁹. Bu suçta soyut olarak insanın kişi özgürlüğü korunduğundan dolayı bu insan henüz bebek bile olsa özgürlüğü kısıtlama suçunun konusu ve mağduru olabileceği gibi velayet hakkına sahip anne babanın suçun mağduru değil suçtan zarar gören sıfatını taşıyabileceğini belirtmişlerdir⁹⁰. 735 sayılı ETCK'da 112. maddede bu husus ayrı bir suç şeklinde düzenlenmişti fakat 5237 sayılı TCK ise tüm ayrı olarak düzenlenen hükümleri 109. madde kapsamında değerlendirmiş “çocuk” terimini kullanarak aynı düşüncüyü kabul etmiştir⁹¹.

Kanaatimizce de ETCK'da düzenlenmiş suçların tek bir suç halinde düzenlenmesi durumu göz önüne alınarak küçük çocuklar için de hürriyetten yoksun kılma suçunun oluşabileceğini kabul etmek isabetli olacaktır.

Uyuyan bir kişinin bir yerden alınıp başka bir yere götürülmesi, cezaevindeki kişinin kanuna aykırı olarak hücreye kapatılması veya ayağından ranzaya bağlanması hallerinde de suç oluşacaktır. Her ne kadar hükümlü de olsa kişi ceza infaz kurumunda hareket serbestisi olan alanlara sahiptir. Bu hareket serbestisinin engellenmesiyle de kaçınılmaz olarak suç oluşacaktır.

TCK 109/3-f, suçun çocuğa karşı işlenmesini cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak öngörüldüğünden mağdurun yaşı önemlidir. Çocuğun tanımı TCK 6/1-b maddesinde yapılmıştır. Buna göre on sekiz yaşını doldurmamış kişiler çocuk sayılmaktadır. Rızanın var olduğu durumları değerlendirecek olursak 15 yaşımdan büyük olanlar davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahipse rızaları geçerli olacak ve TCK 26. maddesi gereğince

⁸⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 512.; ÖZEN, s. 435.

⁸⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3725.; GÖKÇEN, Ahmet, **Hürriyete Karşı Suçlar**, Şubat 2013, s. 13-14. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc (Erişim Tarihi: 20/02/2020)

⁸⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3725.

⁹⁰ BAYRAKTAR vd., s. 76.

⁹¹ BAYRAKTAR vd., s. 76.

ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilecektir⁹². Kişi 15 yaşından küçük ise rıza hukuka uygunluk sebebi olmayacaktır⁹³. Ancak doktrinde herhangi bir suça meydan vermeyen 15 yaşından küçük farik mümeyyizlerin rızaya dayalı eylemlerde hürriyeti tahdidin oluşmayacağını savunan yazarlarda vardır⁹⁴. Yargıtay uygulamada yakın tarihli bir kararında 14 yıl 3 aylık olan mağdureyi rızasıyla ikametinde dört gün alıkoyduğu olayda mağdurun rızasını hukuken geçerli saymamış ve hürriyetten yoksun kılma suçunun oluşacağına karar vermiştir⁹⁵.

1.2.2.5. Suçun Konusu

Suçun konusu hakkında bazı yazarlar ikili bir ayırım yapmıştır⁹⁶. Bu ayırmada hukuki konu ve maddi konu şeklinde bir kabul söz konusudur. Suçun maddi konusu suçun üzerinde işlendiği şahıs veya varlık olarak tanımlanmışken hukuki konu ise suç ile ihlal edilen, ceza ile korunan, bu şekilde hukuki nitelik kazanan insanı değer veya menfaat olarak tanımlanmıştır⁹⁷.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun maddi konusu hürriyetinden yoksun kılınan gerçek kişinin bedensel varlığıdır⁹⁸. Başka bir deyişle suçun maddi konusu gerçek kişinin maddi varlığıdır.

Suçun hukuki konusu ise kişinin özgür bir şekilde hareket etme serbestisi ya da kanun metnine göre somutlaştıracak olursak kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetidir⁹⁹. Bu suçta korunan hukuki yarar ile suçun hukuki konusu örtüşse de ikisi aynı

⁹² MALKOÇ, s. 1975.

⁹³ “Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, suç tarihinde onbeş yaşından küçük olan mağdurenin herhangi bir cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın velayeti altında bulunduğu annesinin yanından ayrılarak erkek arkadaşı olan suça sürüklenen çocuğun kaldığı ikamete gittiği ve bir gece bu evde kaldığı, ertesi gün şahsına zarar verilmeksizin evine döndüğü anlaşılmakla, suç tarihinde henüz onbeş yaşını tamamlamamış olması nedeniyle rızası hukuken geçerli sayılmayan mağdureye karşı hürriyeti tahdit suçunu işleyen suça sürüklenen çocuğun TCK.nın 109/1-3-f, 110. maddeleri gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” Y. 8. CD., 27.02.2020 tarih, E.2019/4190-K.2020/10611

“Suç tarihinde on beş yaşını bitirdiği kabul edilen ve bu nedenle rızası hukuken geçerli sayılan mağdurenin olay günü kendisini evine çağıran sanığın yanına gitmesi şeklinde gerçekleşen eylemde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı nazara alınarak sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” Y. 14. CD., 25.02.2020 tarih, E.2018/4116-K.2020/1488

⁹⁴ MALKOÇ, s. 1980.

⁹⁵ Y. GKG. 21.03.2017 gün ve E.2014/14-468; K.2017/181, Aktaran: ARTUÇ, s. 668.

⁹⁶ GARİP, s. 38.

⁹⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki / GÜNGÖR, Devrim, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 20 (69), 2007, s. 23.

⁹⁸ BAYRAKTAR vd., s. 74.; ÖZEN, s. 433.

⁹⁹ ÖZEN, s. 434.; GARİP, s. 38.

şeyler değildir¹⁰⁰. Korunan Hukuki değer soyut nitelikteyken hukuki konuda ise hürriyet, bir kişiye atfedilerek daha somut bir hale getirilmektedir¹⁰¹.

1.2.3. Manevi Unsur

Bir suçun manevi unsur boyutunu kast ve taksir oluşturur. Suçun manevi unsuru değerlendirmesi, suçun kasten mi işlenebildiği taksirle mi işlenebildiği veya hem kasten hem de taksirle işlenebilen bir suç mu olduğu yönündeki değerlendirmedir. Ceza Kanunu düzenlemelerinde suç için esas olan kastın varlığıdır.(TCK 21) TCK 22/1 madde fıkrasında kanun koyucu taksirle işlenen fiillerin ancak kanunda açınca belirtilen hallerde cezalandırılacağını düzenlediğinden dolayı taksirli sorumluluk istisnai bir sorumluktur.(TCK22)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kasten işlenebilen suçlardandır¹⁰². Kastın bilme ve isteme unsurları bu suç açısından kişiyi bir yere gitmek veya bir yerde bulunmak hürriyetinden mahrum bıraktığını bilmesi ve bunu gerçekleştirme şeklinde gerçekleşmesi gerekir¹⁰³. Başka bir ifadeyle failin kastı, gerçekleştirdiği fiil ile mağdurun hareket etme veya etmeme hürriyetini mağdurun iradesi dışında kısıtladığını veya ortadan kaldırdığını bilip istemesini içine alır. Suçun taksirle işlenebileceği yönünde kanunda bir düzenleme olmadığından dolayı TCK 22/1 madde fıkrası gereğince, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu taksirle işlenemez¹⁰⁴.

Türk Ceza Kanunu 109. madde metnine baktığımızda suçun temel şeklinin gerçekleşmesi için failin saikinin herhangi bir öneminin olmadığı, madde lafzından ve ruhundan da anlaşılmadığı üzere suçun temel şeklinin oluşması için özel kast aranmaz¹⁰⁵.

Kural olarak failin Ceza Kanunu'nun suç saydığı sonucu bilmesi, istemesi ve bu doğrultuda hareket etmesi kast için yeterlidir. Buna ek olarak sonucun hukuka aykırı olduğunu bilmesi şartı aranmaz. Ancak kanunda, çeşitli suçlar bakımından hukuka aykırılığı belirten terimlerin kullanıldığı bazı düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerden birisi de

¹⁰⁰ ÜZÜLMEZ, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1189.

¹⁰¹ GARİP, s. 39.

¹⁰² BAYRAKTAR vd., s. 79; ÖZEN, s. 438; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 522.

¹⁰³ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 406.

¹⁰⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.1765.

¹⁰⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3733.

TCK 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mevcuttur. Kanunun hukuka aykırılık şartını, failin iradesiyle ilgili olarak açıkça aradığı bunun gibi düzenlemelerde, failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu biliyor olması da kast içine girecektir¹⁰⁶.

Kanun suçun oluşabilmesi için hukuka aykırı bir şekilde işlenmesini gerekli kılmıştır. Böyle olunca fail işlemiş olduğu fiilin hukuka aykırı olduğu bilincinde olmalı, hakim de failin hukuka aykırılık bilincinin olup olmadığını yargılama esnasında araştırmalıdır. Ancak şunu belirtelim ki hukuka aykırılık bilinci ile özel kastı birbirine karıştırmamak gerekir. Fail suçun objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek meydana getirse dahi hukuka aykırılık bilinci yoksa, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için kastının varlığı kabul edilmeyecektir¹⁰⁷. Bu husus suçun işlenmesi için özel kastın olması gerektiği anlamına da gelmez.

765 sayılı ETCK döneminde Yargıtay, 11.06.1956 tarihinde vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararı ve bu karara binaen verilen kararlarda hürriyeti tahdit suçu için özel kast gerektiği görüşüne göre uygulama yapmaktaydı¹⁰⁸. Bahse konu 11.06.1956 tarih 5/12 Ceza Genel Kurulu içtihadı birleştirme kararında Yargıtay, müşterek evi terk eden karısını rızası dışında eve getiren kocanın kişisel özgürlüğü sınırlama özel kastıyla hareket etmeyip aile birliğinin bozulmaması gayesiyle hareket etmesinden dolayı fiilin müessir veya aile bireylerine kötü muamele oluşturacağı sonucuna varmıştır¹⁰⁹. Bu kararıyla Yargıtay suçun oluşabilmesi için özel kast aramaya başlamıştı. Ancak 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu döneminde Yargıtay bu görüşünden dönmüştür. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için özel kast aranmayacağı, genel kastın suçun oluşabilmesi için yeterli olacağı yönünde kararlar vermiştir¹¹⁰.

Suçun basit şeklinin gerçekleşmesi için herhangi bir özel saik aranmamasına, genel kastın yeterli olmasına karşın bazı nitelikli hallerin gerçekleşmesi için özel kastın olması gerekir. TCK 109/3-c madde fıkrasındaki nitelikli hal için kişinin yerine getirdiği kamu görevi sebebiyle işlenmesi aranmış, yine TCK 109/5 madde fıkrasında ise suçun cinsel saikle işlenmesi halinde cezayı artırıcı nitelikli halin gerçekleşeceği düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ GÜLŞEN, s. 89.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 522.

¹⁰⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3734.

¹⁰⁸ GARİP, s. 44.

¹⁰⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 523.

¹¹⁰ Y. CGK 23.01.2007, 8-275/9; Y 8.CD 22.01.2008, 9623/362; Y. CGK, 02.10.2012, 8-778/179, Aktaran: TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 522.

Belirtmemiz gerekir ki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bazı amaçlarla işlenmesi başka bir takım suçların da oluşması sonucunu doğurabilmektedir. Örneğin kişinin zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak vb. amacıyla kaçırılması halinde TCK 80' de düzenlenen insan ticareti suçunun oluşacağı açıktır¹¹¹. Yine terör örgütleri faaliyetleri kapsamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenirse artık Terörle Mücadele Kanunu 4a maddesi uyarınca terör suçu sayılacak ve ceza artırılacaktır.

Doktrinde suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği konusu tartışmalıdır¹¹². Bir görüş kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun olası kastla işlenebileceğini savunurken diğer görüş ise olası kastla bu suçun işlenmesinin mümkün olmadığı kanaatindedir. Ancak bizim görüşümüze göre olası kastla suçun işlenmesinin önünde herhangi bir engel olmayıp şartları gerçekleşiyorsa olası kastla da bu suç işlenebilir.

1.2.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Maddi dünyada gerçekleştirilen bir eylemin ceza kanununda düzenlenen suç tipindeki haksızlık tanımıyla örtüşmesi halinde eylem suç tipine uygun demektir. Tipikliğin gerçekleşmesi fiilin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmemekle beraber fiilin hukuka aykırı olduğu konusunda karine teşkil eder¹¹³. Dolayısıyla suç tipine uygun olan bir fiil kesin olarak hukuka aykırıdır ve suç teşkil eder denilemez. Bu sebeptendir ki hakim veya mahkeme eylemin tipikliğe uygun olduğunu belirledikten sonra hukuka aykırı olup olmadığını araştırmalıdır. Bir suçtan bahsedebilmek için meydana getirilen eylemin hem kanuni tanımdaki suç tipine uygun olması hem de hukuka aykırı olması gerekir.

Suç tipine uygun fiilin gerçekleşmesinden sonra bakılması gereken hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenin olup olmadığıdır. Olayda meşru müdafaa, ilgilinin rızası, görevin ifası vb. gibi herhangi bir hukuka uygunluk nedeni varsa eylem suç olarak kabul edilmeyecektir. Kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen Anayasa 19. maddesi herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir diyerek devam eden ikinci fıkrasında kişi hürriyetinin

¹¹¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 523.

¹¹² ÖZEN, s. 438.

¹¹³ GARİP, s. 48.

sınırlandırılabilceği bazı durumları sıralamıştır. Anayasa'nın 19/2 Madde fıkrasında saydığı hususlar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da hukuka uygunluk nedenlerindendir¹¹⁴.

Suç tipinde 'hukuka aykırı olarak' , 'hukuka aykırı davranışla' , ' hukuka aykırı yollarla' gibi ifadelerle hukuka aykırılıktan ayriyeten bahsedilmesine özel hukuka aykırılık denmektedir. 5237 sayılı TCK'da hukuka aykırılıktan ayriyeten bahsedilen suçlar mevcuttur. Bu suçlardan biri de TCK 109 kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçudur. Hukuka aykırılığı ayriyeten düzenleyen bu gibi suçlarda failin fiilinin, suçun maddi ve manevi unsurlarını oluşturup oluşturmadığının araştırılmasının yanı sıra failin hukuka aykırılık bilincinin olup olmadığı da araştırılacak bir husustur¹¹⁵. Araştırma neticesinde fail hukuka aykırılık bilincine sahip değilse failin kastı haksızlığı kapsamadığı için suç yalnızca kasten işlenebilen bir suç ise artık suç oluşmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki fail file başladığı esnada hukuka aykırı davrandığını anlayıp eylemini devam ettirirse artık suçun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir. Örneğin görevini ifa ederken suçlu sanılan kişiyi yakalayan bir polisin, kişinin suçsuz olduğu ortaya çıkması karşısında derhal serbest bırakmaması halinde artık kişiyi hürriyetinden yoksun kıldığının kabulü gerekir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda genel hükümler içinde düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri 'ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler' başlığıyla 24, 25 ve 26. maddelerde gösterilmiştir.

Her suçta olduğu gibi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da hukuka uygunluk nedenleri bulunur. Bu hukuka uygunluk nedenleri, hakkın kullanılması, meşru müdafaa, ilgilinin rızası ve görevin ifasıdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için gereken fiil gerçekleştirildiği anda saydığımız hukuka uygunluk nedenlerinin biri veya bir kaçı birlikte bulunuyorsa artık fiil hukuka aykırı kabul edilmeyecek olup fail de ceza almayacaktır.

¹¹⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s. 189.

¹¹⁵ DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 270.; ÖZGENÇ, s. 286.

1.2.4.1. Hakkın Kullanılması

Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenleri 24. ve 26. maddeler arasında düzenlenmiştir. TCK'nın 26. maddesi birinci fıkrasında 'hakkını kullanan kimseye ceza verilmez' denilerek hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Hukuk düzeni kişiye belirli bir hakkı verirken o hakkın hayata geçirilmesi için gerekli olan icrai hareketleri de hukuka uygun saymaktadır.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşebilmesi için her şeyden önce hukuk düzeninin kişiye vermiş olduğu bir hakkın olması gerekmektedir. Hukuk düzenince verilen bu hakkın da doğrudan doğruya kullanılabilir nitelikte olması yani hakkı kullanabilmesi için herhangi bir merciinin iznine bağlı olmaksızın kullanabileceği bir hak olması gerekmektedir¹¹⁶. Eğer bu kişi hakkını doğrudan doğruya kullanamıyorsa TCK 26. maddede belirtilen hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olan haklardan değildir¹¹⁷.

Kişi hukuk düzeninin tanımış olduğu hakkını kullanırken dikkatli olmalıdır. Hak kullanılırken, hakkın tanınması amacına uygun olarak, hakkın sınırları içinde kullanılması gerekir. Eğer kişi hakkın sınırlarını aşarak hakkı kötüye kullanırsa artık hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkar¹¹⁸. Örneğin suçüstü halinde failin yakalanması ardından hemen yetkili makamlara teslim etmeyip de bir yere hapsedmeleri halinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, sınırın aşılmasından dolayı oluşacaktır.

Türk Medeni Kanunu, 339.ve 340. maddelerinde velayet hakkı kapsamında anne babaya eğitim ve terbiye hakkı vermiştir. Ebeveynler, tedip hakları sınırları içerisinde çocuğun hürriyetini kısıtlayabilirler. Bu halde Medeni Kanun kapsamında bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır¹¹⁹.

Tedip hakkının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için alınan tedbirlerde ölçülü olunmalıdır¹²⁰. Eğitim ve terbiyenin ölçüsü ve tarzı, çocuğun bedensel yapısına, yaşına, işlemiş olduğu kabahate ve somut eğitsel gerekliliklere uygun olmalı; tehlikeli, insan onuruna

¹¹⁶ ÖZGENÇ, s. 292.

¹¹⁷ DEMİRBAŞ, s. 315.

¹¹⁸ BAYRAKTAR vd., s. 82.

¹¹⁹ ÜZÜLMEZ, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200.; BAYRAKTAR vd.; s. 82.

¹²⁰ ÜZÜLMEZ, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200.

bağdaşmayan, onur kırıcı, aşağılayıcı, çocuğun eğitimine zararlı veya beden dokunulmazlığına yönelik kötü muamele olmamalıdır¹²¹. Aksi halde tedip hakkında sınırın aşılması söz konusu olacaktır.

Yine TCK 232/2 madde fıkrasında iradesi altında bulunan veya büyötmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi dile getirilmekte olup kullanılacak bu disiplin yetkisi de hürriyeti sınırlayıcı mahiyette olması ve sınırın aşılması kaydıyla hukuka uygunluk nedenini oluşturacaktır¹²².

Eğitim, terbiye ve disiplin haklarının kötüye kullanılması durumunda kişi özgürlüğünden yoksun bırakılıyorsa TCK 232/2 madde fıkrasında düzenlenen kötü muamele suçu ile kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu arasında fikri içtima ortaya çıkacaktır¹²³.

1.2.4.2. Görevin İfası

Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen görevin ifası TCK 24. madde 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilemeyeceğı belirtilmiştir. Kanun hükmü ile kişiye herhangi bir konuda hak ve yetki verilmiş ise bu hak ve yetkisini kullanan kişi hukuka aykırı hareket etmiş olmayacak, böylelikle de suç oluşmayacaktır¹²⁴. Burada bahsedilen kanun deyiminden anlaşılması gereken TCK veya herhangi bir kanun olabileceğı gibi hatta kanunların yanında tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemleri de kapsayan hukuk normu olarak değerlendirmek gerekir¹²⁵. Bir başka deyişle herhangi bir kanun veya düzenleyici işlemle kişiye verilen hak ve yetkinin kullanılması hali hukuka uygunluk nedeni olacaktır.

Hukuka uygunluk nedeni olan görevin ifası, gözaltı, yakalama ve tutuklamaya ilişkin kamu hukukundan kaynaklanan yetkinin kullanılması bakımından söz konusu olmaktadır¹²⁶. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 90/1 madde fıkrasında kişiye suç işlerken rastlanması, kaçma olasılığının bulunması veya hemen kimlik tespitinin yapılması olanağının bulunmadığı halde herkese yakalama yapabilme yetkisi tanımıştır. Belirtmek

¹²¹ BAYRAKTAR vd.; s. 82.

¹²² BAYRAKTAR vd., s. 82.

¹²³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 526.; BAYRAKTAR vd., s. 82.

¹²⁴ ÖZGENÇ, s. 298.

¹²⁵ Aktaran: GARİP, s. 52.

¹²⁶ GÜLŞEN, s. 84.

gerekir ki suçüstü halinde yakalanan failin, makul sürede yetkililere teslim edilmemesi halinde hukuka uygunluk sınırı aşılabacağından dolayı artık eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacaktır.

TCK 109. maddede belirtmek gerekir ki hukuka aykırı olarak tabiri kullanıldığından eylemin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi ve bu hukuka aykırılığın da fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılık deyimi hukuk düzeninin izin vermediği halleri ifade etmektedir. Bundan dolayı soruşturma aşamasında suç şüphesi altında olan kişinin Ceza Muhakemesi Hukukunun gereklerine uygun olarak yakalanması, gözaltına alınması veya tutuklanması fiil hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğinden suç oluşmayacaktır¹²⁷.

Kanun kolluk görevlilerine, herkesin yakalama yetkisine sahip olduğu hallerde yakalama yetkisi verdiği gibi bazı hallerde sadece kolluk görevlilerine yakalama yetkisi vermiştir. CMK 90/2 madde fıkrasına göre tutuklama veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına yahut amirlerine derhal başvurma olanağı yoksa kolluk görevlileri yakalama yapma yetkisine sahiptir. Belirtmek gerekir ki bu durumun dışındaki hallerde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun maddi unsurunu oluşturan fiilin hukuka uygunluk sınırları içerisinde kalabilmesi için özgürlüğü kısıtlayıcı kararın, yetkili merci tarafından usulüne uygun bir şekilde verilmesi gereklidir¹²⁸. Yine bu hürriyeti kısıtlama süreleri de kanunda öngörülen sürelerle sınırlı olacak şekilde uygulanmalıdır. Aksi taktirde hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkacak ve usulsüz işlem yapan görevli, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili hâline gelecektir. Bu sebeple kanun hükmü yerine getirilirken, öngörülen şartlara sıkı sıkıya bağlı kalınmasında fayda vardır. Kanunda belirtilen yetkinin taksirle aşılması halinde TCK 27. maddede yer alan hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın asılması hükümlerinin uygulanması gerekir¹²⁹.

Salgın hastalıklarla mücadele etmek için, kişilerin belirlenen sınırlar içerisinde karantinaya alınması, belirli yere giriş çıkışların engellenmesi, belirli bir yerde yaşayan halkın başka bir yere aktarılması gibi kamu sağlığını korumak amacıyla gerçekleştirilen, hareket

¹²⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 524.

¹²⁸ GÜLŞEN, s. 78.

¹²⁹ Aktaran: AKDÜZEN, s. 26.

serbestisini kısıtlayıcı eylemler ile akıl hastalarının muhafaza altına alınması da kanun hükmünün icrası kapsamında değerlendirilir¹³⁰.

1.2.4.3. Meşru Müdafaa

Kişinin kendisine veya bir başkasına yönelen haksız bir saldırı karşısında, savunma amacına yönelik olarak bu saldırıyı savuşturacak ölçüde kuvvet kullanılması hali meşru müdafaa olarak ifade edilir¹³¹. Kişiliğin gereği olarak, kendini ve başkasını savunma içgüdüsünün eseri olarak meşru müdafaa bütün hukuk sistemlerinde kabul edildiği gibi Türk Hukuk sisteminde de kabul görmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası şöyledir, “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yöneltilmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiilden dolayı faile ceza verilmez.*”

Bir olayda meşru müdafaa halinin varlığının kabul edilmesi için bazı şartların olması gerekmektedir. Bu şartların bir kısmı saldırıya diğer bir kısmı ise savunmaya ilişkindir. Her şeyden önce bir saldırının olması gerekmektedir. Bu saldırı ya gerçekleşiyor olmalı veya gerçekleşmesi yada tekrarı muhakkak olan bir saldırı olmalıdır. Eğer saldırı tamamlanmış veya gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan bir saldırı değilse artık meşru müdafaadan bahsedilemeyecektir¹³². Saldırının olması tek başına yeterli değildir. Bu saldırı bir hakka yönelik olarak gerçekleştirilen, haksız bir saldırı olmalıdır¹³³. Haklı bir saldırıya karşı konulması halinde meşru müdafaa hükümleri uygulanmayacak, kişinin eyleminden dolayı hangi suç meydana gelmişse artık ondan sorumlu olacaktır. Meşru müdafaa halinde olan birine karşı konulması halinde de meşru müdafaa olmayacağı kabul edilmelidir. Saldırının yönelmiş olduğu hak, vücut bütünlüğüne, ırza veya mal varlığına yönelmiş olabilir. Ceza Kanunu, hak konusunda bir sınırlama yapmadığı için herhangi bir hakka yönelik bir saldırıya karşı, savunma amaçlı gerçekleştirilen eylem meşru müdafaaya imkan verecektir. Savunmaya ilişkin şart ise saldırı anında, hal ve şartlara göre saldırı ile orantılı olması gerektiğidir. Savunmada kullanılan araçla savunma esnasında uygulanan şiddet, saldırıyı savuşturmak için

¹³⁰ GÜLŞEN, s. 78.

¹³¹ ÖZGENÇ, s. 327.

¹³² ÖZGENÇ, s. 328.

¹³³ ÖZEN, Mustafa, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s.80.

yeterli derecede olmalıdır. Aksi takdirde, saldırı ve savunma arasında oransızlık oluşacak, TCK 27 sınırın aşılması müessesesi söz konusu olacaktır¹³⁴.

Meşru müdafaa halinde gerçekleştirilen fiil, hukuka uygun olup sebebi ise hukuk düzeninde hakkın ihlal edilmesine müsamaha ve müsaade edilemeyecek olması esasına dayanır¹³⁵. Meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebi olduğu için meşru müdafaa kapsamında yapılan eylem de suç teşkil etmeyecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için de meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşebileceği kabul edilmektedir¹³⁶. Meşru müdafaanın saldırı ve savunmaya ilişkin olarak gerçekleşmesi gereken şartlarının gerçekleşmesi halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılan eylem, meşru müdafaa kapsamında değerlendirilecek ve suç oluşmayacaktır. İntihar etmek isteyen yahut kendini yaralamaya çalışan birini engellemek amacıyla kişinin hürriyetinin kısıtlanması halinde yapılan eylem, suç teşkil etmeyecektir¹³⁷. Yine başkasını yaralamak için saldırı gerçekleştiren şahsın haksız eylemini engelleyebilmek için saldırgan veya saldırının yöneldiği kişinin hürriyetini, rızası dışında kısıtlaması halinde de üçüncü kişi lehine meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeni olacaktır. Ancak hürriyetten yoksun kılmanın, saldırıdan kurtulmak veya saldırıyı önlemek için gerekli olan yoğunluk ve süreyi aşması halinde sınırın aşılması müessesesi gündeme gelecektir. Örneğin vatandaşın cüzdanını çalan kapkaççının, bir depoda yakalanıp cüzdan kapkaççıdan alındıktan sonra kapının kapkaççının üzerine kilitlenmesi halinde, sınır aşılmış olacak ve yapılan eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacaktır¹³⁸.

1.2.4.4. İlgilinin Rızası

Türk Ceza Kanunu'nda kabul edilen hukuka uygunluk nedenlerinden birisi de ilgilinin rızasıdır. TCK 26/2 madde fıkrasına göre kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak açıklamış olduğu rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği belirtilmiştir. Kanuna göre açıklanan rızanın geçerli olabilmesi için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisine sahip olduğu bir hakka yönelik olması gerekmektedir.

¹³⁴ DEMİRBAŞ, s. 295.

¹³⁵ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 5. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1974, s. 119.

¹³⁶ ÖZEN, s. 439.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3739.

¹³⁷ GÜLŞEN, s. 84.

¹³⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 524.

Üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilir haklar kanunda belirtilmiş değildir. Doktrinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin esasına ilişkin söylenenlerden hareketle, verilecek olan rızanın, doğrudan sosyal bir faydayı temsil etmeyen varlıkların ihlalini meşru hale getirmek yönünden etkili olduğu kabul edilmektedir¹³⁹. Bu sebeple bireye tanınmış olan yalnızca bireyi ilgilendiren ve ihlali halinde kamu düzenini bozmayan haklar üzerinde kişi, doğrudan tasarruf edebilecektir. Devleti veya toplumu ilgilendiren, ihlal edildiği takdirde kamu düzenini bozucu nitelikteki haklar üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyecek, bu tarz bir hakkın ihlali halinde rıza geçerli olmayıp hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir¹⁴⁰.

Kanun'da rızanın kanuna ve ahlaka aykırı olmaması gerektiği açıkça dile getirilmiştir.(Türk Medeni Kanunu 23) Kişinin mutlak olarak üzerinde tasarruf edebileceği haklar için vereceği rıza ancak ahlak ve adaba, kanuna uygun olmak üzere fiili, hukuka uygun hale getirecektir¹⁴¹. Hürriyetin ahlaka aykırı olacak şekilde sınırlandırılmasının anlamı, kişinin kendisinden beklenen fonksiyonun önemli oranda azalmasıdır denebilir¹⁴². Bu sebeple kimse kendisini ölünceye kadar veya uzunca bir süre özgürlüğünden mahrum olmaya rıza gösteremez. Rıza göstermiş olsa dahi bu gösterilmiş rıza geçersiz olacak, hatta fiil suç teşkil edecektir¹⁴³.

1982 Anayasa'nın 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmiştir. Kişi hürriyeti de anayasada belirtilen temel hak ve özgürlüklerdendir¹⁴⁴. Kanun koyucu, kişi hürriyetlerine vermiş olduğu öneme binaen, bizzat kişinin kendisine karşı dahi hürriyetleri koruyucu tedbirleri almış, hatta rızası olsa bile rızanın hukuka uygun olmayacağını belirtmiştir. Gerçekten Türk Medeni Kanunu 23. maddesinde "kimse özgürlüğünden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz" denilmektedir. Bu sebepten dolayı bir kimsenin ömür boyu yahut makul süreyi aşacak ölçüde örneğin on yıldan fazla, bir yere gitmekten veya belli bir yerde kalmaya yönelik açıklamış olduğu rıza geçerli olmayacak, böylelikle de açıklanmış rıza

¹³⁹ GARİP, s. 57.

¹⁴⁰ GÜLŞEN, s. 70.

¹⁴¹ ARTUK, Mehmet E. / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 276.

¹⁴² SOYASLAN, s. 278.

¹⁴³ SOYASLAN, s. 278.

¹⁴⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3735.

doğrultusunda yapılacak olan fiil de hukuka aykırı olacaktır¹⁴⁵. Ancak kölelik oluşturmayacak surette ve süre olarak da makul kabul edilebilecek şekilde rızayla bir kişinin kendisinin bir yere götürülmesine rıza göstermesi halinde verilecek rıza, hukuka uygun olacak ve suç oluşmayacaktır¹⁴⁶. Denilebilir ki makul bir süre olmak kaydıyla, geçici olarak hürriyetten yoksunluk kişinin, kişisel fonksiyonunu yerine getirmesine engel olmayacağı için rıza, fiili hukuka uygun hale getirecektir¹⁴⁷. Örneğin mağdurun kısa bir süre bir yere kapatılmasını istemesi gibi.

Kölelik geçtiğimiz yüzyıldan beri uluslararası sözleşmelerle insan onuruyla bağdaşmadığı için yasaklanmış, yine beyaz kadın ticareti gibi fiiller de kölelik kapsamında değerlendirilmiştir¹⁴⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4. madde 1. fıkrasında kölelik ve kulluk, demokratik bir toplumun temel değeri olarak savaş gibi olağanüstü dönemlerde bile müdahale edilemeyecek mutlak bir yasak olarak öngörülmüştür. Tutsaklık ya da kölelik haricinde kişinin rızası sağlık veya vücut bütünlüğüne karşı eğer bir saldırı oluşturuyorsa, kişinin göstermiş olduğu rızayı geçerli saymamak isabetli olacaktır¹⁴⁹.

Bir fiilin gerçekleştirilmesi için verilen rızanın geçerli olabilmesi için fesada uğratılmamış, sağlıklı ve serbest bir iradenin mahsulü olması gereklidir. İradenin fesada uğradığı bir durumda rızanın geçerli olmasından bahsedilemez. Yine rıza, kişinin gerçek iradesini yansıtmalı ve ciddi olmalıdır. Rıza açıklamasının açık veya örtülü olmasının önemi olmayıp olayda kişinin rızasının varlığının anlaşılıyor olması gerekmektedir.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, yapılan eylemi hukuka uygun hale getiren rızanın verilme zamanı önemlidir. Fiil işlendikten sonra verilen rızaya icazet denilmekte olup izzet de hukuka aykırı bir fiilin hukuka uygun hale gelmesini sağlamamaktadır¹⁵⁰. Buna göre suçun maddi unsuru olabilecek bir fiille ilgili rıza göstermeye yetkili kişi rızayı, neticenin gerçekleşmesinden önce vermelidir. Yani mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için rıza açıklamasını, özgür iradesiyle ve suç işlenmeden önce yahut en geç

¹⁴⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3735.

¹⁴⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3735.

¹⁴⁷ SOYASLAN, s. 278.

¹⁴⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 525.

¹⁴⁹ CİHAN, Erol, "Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 41 S 1-2, 1975, s. 63.

¹⁵⁰ ARTUK. / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 277.

suçun işlendiği esnada yapmış olması gereklidir¹⁵¹. Belirtmek gerekir ki hile ile de rızanın alınmış olması mümkündür. Ancak hile, özgür iradeyi engelleyici etki yaptığından hukuka aykırılığı kaldırıcı bir etkiye sahip değildir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suç niteliğinde olmasından dolayı rıza, suç bitene kadar yani kişinin hürriyetine kavuşması anına kadar devam etmelidir. Başlangıçta var olan rıza fiil gerçekleştirilirken geri alınmış olabileceği gibi verilmiş bir rızanın sınırları da aşılmış olabilir. Başta var olan rızanın geri alınması yahut verilen rızanın sınırlarının aşılması halinde artık eylem hukuka uygun olmaktan çıkacak ve fiil suç teşkil edecektir¹⁵². Başlangıçtaki rızanın geri alınması halinde fiil en baştan hukuka aykırı olmayacak rıza alındıktan sonra sürdürülen fiil hukuka aykırı olacaktır. Mağdurun izni olmadan aracın yol değiştirmesi, mağdurun araçtan inmek istemesi karşısında inmesine izin verilmemesi veya rızası ile girdiği bir evden çıkmasına engel olunması gibi hallerde artık başlangıçtaki rıza geçerli olmayacak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacaktır¹⁵³.

Kendi başına işlendiğinde suç olarak öngörölmüş fakat ilgilinin rıza açıklamasıyla artık hukuka uygun olacak fiile rıza gösterecek olan ilgili kim olmalıdır? Rıza açıklamasını, kural olarak failin hareketi ile menfaati zarara uğrayan yahut tehlike altında olan kimse, o kişi tarafından yapılmalıdır. Ancak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi hallerde bu kişilerin ayırt etme gücü yerinde olmadığından veli veya vasileri bu kişiler için rıza açıklamasında bulunabileceklerdir. Rıza veren menfaati doğrudan etkilenen kişinin akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik ya da arızı bir sebeple algılama yeteneğine sahip olmaması durumunda, irade açıklamasına ehil olmadığından dolayı açıklanan rıza beyanına rağmen fiil hukuka uygun olmayacaktır¹⁵⁴.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda rıza açıklamasında bulunan kişinin yaşının önemli olup olmayacağı, önemli olaksa yaş sınırının ne olması gerektiği doktrinde tartışmalara sebep olmuştur.

¹⁵¹ BAYRAKTAR vd., s. 85; GÜLŞEN, s. 75.; ŞAHİN, Cumhuriyet, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 178.

¹⁵² GÜLŞEN, s. 71.

¹⁵³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 526.

¹⁵⁴ GÜLŞEN, s. 70.

Bir görüşe göre akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan, ayırtım gücüne sahip kişi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda rıza açıklama ehliyetine kural olarak kaç yaşında olursa olsun sahip olacak ancak TCK on iki yaşından küçük olanların hareketlerinin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin olmadığını kabul ettiğinden on iki yaşından küçüklerin rızası kabul edilmez olsa da on iki yaşını doldurmuş henüz on beş yaşını doldurmamış küçüklerin rıza beyanını geçersiz kabul eden ETCK 182. maddesine paralel bir düzenleme 5237 sayılı TCK da olmadığından bahisle, on beş yaşını doldurmamış çocuğun ayıt etme gücü varsa açıkladığı rıza hukuka uygunluk sebebidir¹⁵⁵. Bu görüşe göre velayet veya vesayet yetkisi sahibinin izni olmadan on iki yaşından büyük çocuk eve geri dönmek üzere arkadaşının evine gidecek olsa, algılama yeteneği var ise rızası hürriyeti kısıtlama eylemi için hukuka uygunluk sebebi olacaktır.

Bu görüşü savunanlar, Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğu on beş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı işlenen cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kılmada, çocukların rızalarının hukuken geçerli olmayacağı yönündeki kararlarına şiddetle karşı çıkmaktadırlar¹⁵⁶. Yargıtay'ın bu konudaki kararlarının sebebini çocukların cinsel istismarı suçunda, on beş yaşından küçük çocukların rızalarının TCK 103/2 uyarınca geçersiz sayılmasına bağlamışlardır. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından böyle bir yaş ayrımı veya sınırı öngörülmediğinden uygulamanın bir nevi kıyas olduğunu ve kıyasın da suç ve cezaya ilişkin kanun maddeleri için yasak olduğunu belirtmişlerdir¹⁵⁷.

Bu görüş kabul edildiği takdirde cinsel amaçlı olarak fail tarafından rızasıyla kaçırılan 15 yaşından küçük algılama yeteneği bulunan mağdura karşı, çocukların cinsel istismarı suçu oluşması kaçınılmaz olsa da ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacak, suça iştirak eden kişiler açısından da cinsel suça iştiraktan ceza alamayacakları gibi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da suç oluşmayacağı için ceza almayacaklardır¹⁵⁸. İştirakçi de fail de yalnızca çocukların cinsel istismarı suçundan ceza alacaktır.

Başka bir görüşe göre ise 15 yaşından küçük olanların rıza açıklama ehliyetleri olmadığı yönündedir¹⁵⁹. 15 – 18 yaş arası çocukların ise rıza vermeye ehil olduğunu savunmaktadırlar.

¹⁵⁵ BAYRAKTAR vd., s. 83.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 524.

¹⁵⁶ BAYRAKTAR vd., s. 83.

¹⁵⁷ BAYRAKTAR vd., s. 83.; ŞAHİN, s.135.

¹⁵⁸ BAYRAKTAR vd., s. 84.

¹⁵⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3735.; ARTUÇ, s. 659.

Nitekim Yargıtay da 15 yaşından küçük olan çocukların rızasını hukukten geçerli saymamakta olup 15 – 18 yaş arasındaki çocukların rızalarını ise hukuka uygun görüp kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir^{160 161}. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus olarak TCK 234. maddesine 6.10.2006 tarihinde eklenen 5560 sayılı Kanunun 10. maddesi ile eklenen üçüncü fıkradır. Bu fıkra göre kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızası olsa bile ailesi veya yetkili makamlara bildirmeme durumu suç olarak kabul edilmiştir. Burada araştırılması gereken, çocuğun evi terk etme iradesidir. Eğer evi terk etme iradesi yoksa geçici olarak evden ayrılma iradesi varsa 15 – 18 yaş grubu arasındaki çocuklar için TCK 234/3 madde fıkrasındaki suç oluşmayacaktır¹⁶². TCK 234/3 madde fıkrasının yürürlük tarihi 19.12. 2006 tarihi olduğu için TCK'nın yürürlük tarihinden bu tarihe kadar işlenen eylemlerde, rızanın olması 15 – 18 yaş grubu arasındaki çocuklar için hukuka uygunluk sebebi olacağı yönünde Yargıtay kararları vardır¹⁶³. 19.12.2006 tarihinden sonra 15 – 18 yaş grubu arasındaki çocukların rızası olması durumunda veli veya vasisinin izni olmasa bile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacak ancak TCK 234/3 çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu oluşabilecektir.

Yeri gelmişken TCK 234/1 madde fıkrasına değinmekte fayda var. Belirtilen suç, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın özel bir şeklidir. Maddeye göre velayet yetkisi elinden alınmış olan anne veya babasının yahut üçüncü derece dahil kan hısmının on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu, veli, vasi veya gözetimi altında bulunan kimsenin yanından zor kullanmadan kaçırması yahut alıkoyması hali suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç için on altı yaşı doldurmamış olmak şart koşulmuş ve suçu ancak velayet yetkisi elinden alınmış ebeveyn yahut üçüncü derece dahil kan hısımları işleyebileceklerdir. Burada mağdur için artık on beş yaşını doldurup doldurmadığı değil on altı yaşı doldurmuş olması esas alınacaktır. TCK 234. madde TCK 109. maddeye göre özel bir hüküm olmasından dolayı özellikle 234. maddenin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmeli, gerçekleşmemişse bu takdirde 109. maddeye göre olay incelenmelidir.

¹⁶⁰ ÖZEN, s. 441.

¹⁶¹ “Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince:Mağdurenin çelişkili ifadeleri, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, suç tarihinde on altı yaşında bulunan mağdurenin yaşı itibarıyla hukukten geçerli rızasına istinaden sanığın çalıştığı internet kafeye giderek cinsel ilişkiye girdiği ve mevcut haliyle sanığın üzerine atılı suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde karar verilmesi...” Y. 14. CD., 8.01.2020 tarih, E.2016/1973-K.2020/155

¹⁶² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3736.

¹⁶³ Y. 5. CD. 24.4.2006, 2006/3632-4311, Aktaran: YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3735.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda Yargıtay uygulamalarında 15 yaşını tamamlamış kişilerin rızalarının olması halinde eylemin hukuka uygun olacağı görüşü istikrarlı bir şekilde geçerliliğini sürdürmektedir¹⁶⁴. Bunun mefhumu muhalifinden 15 yaşını tamamlamamış çocukların rızası hukuka uygun sayılmamaktadır. Yine de doktrinde cinsel bir saik olmadan meşru amaçlarla örneğin on üç yaşındaki ayırtım gücü olan bir çocuğun ders çalışmak amacıyla öğretmeninin evine götürülmesi gibi durumlarda mağdurun rızasının geçerli olması gerektiği fikri ileri sürülmektedir¹⁶⁵.

Varmış olduğumuz kanaate göre, 15 yaşından küçük çocukların rızası olsa bile cinsel amaçlı veya başka bir suça meydan verecek şekilde alıkonulması halinde rızanın hukuken geçerli sayılmaması gerekir. 15 yaşından küçük çocukların özellikle cinsel anlam ifade eden fiiller hakkında algılama yeteneğinin gelişmiş olmadığı karinedir. Ancak herhangi bir suça mahal vermeyen ve cinsel amaçlı da olmayan örneğin kısa süreli bir gezinti yahut ders çalışma gibi hallerde, algılama yeteneği gelişmiş olan küçüğün rızasının geçerli olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Yine belirtelim ki velayet ve vesayet yetkisi sahiplerini endişelendiren boyutta olan, veli veya vasinin bilgisi dışında birkaç günlük alıkoymalarda ise rızanın hukuken geçerli olmaması gerekir.

1.2.5. Nitelikli Haller

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halleri 104. maddenin 2. Fıkrasından itibaren düzenlenmiştir. Maddenin 3, 4 ve 5. fıkralarındaki nitelikli haller hem birinci fıkrada öngörülen suçun temel şeklinin hem de önceki fıkralardaki düzenlenmiş olan nitelikli hallerin ağırlatıcı sebepleridir¹⁶⁶. Bu sebeple failin cezası öncelikle, önceki nitelikli hallere göre artırılacak daha sonra ise bir artırım daha yapılacaktır.

TCK'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halleri olarak düzenlenen hükümlerde suçun işlenmesini kolaylaştıracak hallerin ve toplumsal değer yargılarının zedelenmesi sonucunu doğuracak hallerin, ağırlatıcı sebep olarak düzenlendiği görülmektedir. Örneğin nitelikli haller TCK 109. maddenin ikinci fıkrasında suçun cebir, tehdit veya hile ile gerçekleştirilmesi, üçüncü fıkrasında, silahla, birden fazla kişiyle birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması

¹⁶⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3736.

¹⁶⁵ MALKOÇ, s. 1980; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3737.

¹⁶⁶ SOYASLAN, s. 274.

suretiyle, altsoy, üstsoy veya eşe karşı, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi hali ve beşinci fıkrasında suçun cinsel amaçla işlenmesi hali olarak belirlenmiştir.

1.2.5.1. Fiili İşlemek İçin veya İşlediği Sırada Cebir, Tehdit veya Hile Kullanılması

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, kanun koyucu cebir, tehdit veya hileyi suçun gerçekleşmesini kolaylaştırması ve haksızlık derecesini artırdığı için cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Cebir TCK'nın 108. maddesinde, tehdit ise TCK'nın 106. maddesinde müstakil birer suç olarak düzenlenmesine karşın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak da öngörülmüştür. Bu sebepten dolayı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cebir ve tehdidin kullanılması halinde ayrıyeten cebir ve tehdit suçlarından ceza verilmeyecektir¹⁶⁷.

Türk Dil Kurumu Türkçe sözlüğüne göre cebir, Arapça kökenli bir kelime olarak zor ve zorlayış anlamına gelmekte olup tam karşılığı zorlamadır¹⁶⁸. Ceza Hukuku açısından cebir, mağdurun bir şeyi yapması veya yapmaması yada failin kendisinin yapmasına müsaade etmesi için eylemin yapılmasına, mağdurun engelleyici direncini kırmak suretiyle, eylemi gerçekleştirmeye imkan verecek ölçüde uyguladığı fiziki güçtür.

Cebir suçu hareketin yapılmasıyla tamamlanan şekli bir suçtur¹⁶⁹. Cebir suçunun içinde yaralama suçu da barınmakta olup aynı zamanda yaralama niteliği taşımayan eylemler dahi cebir kapsamında sayılır¹⁷⁰. Cebir suçu kişi hürriyetine karşı işlenen bir suçtur¹⁷¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için, özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişinin direncini kırmak veya sonrasında mağdurun gerçekleştirebileceği direnci önlemek maksadıyla gerçekleştirilen, kişiye yönelik her türlü zorlayıcı etki yapan davranış cebir kapsamı içinde değerlendirilir¹⁷². Mağdurun direncini kırarak şekilde kolunun bükülerek eve sokulması, zorla çuvala konulması, ayağının tutularak arabaya bindirilmesi şeklinde cebir uygulanabilir¹⁷³.

¹⁶⁷ BAYRAKTAR vd., s. 86.; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 190.

¹⁶⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, **Türk Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 57-58.

¹⁶⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3741.

¹⁷⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3605.

¹⁷¹ BAŞLI, Süreyya, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyete Karşı İşlenen Suçlardan Tehdit ve Cebir Suçu**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 137.

¹⁷² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 516.

¹⁷³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3741.

Ancak belirtmek gerekir ki mağdura uygulanan cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesini sağlayacak zorunlu şiddet derecesini aşmışsa, artık oluşan suçla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçek içtimaya göre içtima ettirilmesi gerekir¹⁷⁴. Nitekim TCK 109/6'da uygulanan cebrin, maksadını aşarak kasten yaralanmanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi halinde gerçek içtima yapılması gerektiği öngörülmüştür. Buna göre uygulanan cebir TCK 86 sınırları içinde kalırsa bileşik suç hükümleri uygulanacak, ancak bu sınır aşıldığında TCK 87'deki netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama derecesine ulaşırsa artık hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan ayrı ayrı ceza vermek gerekecektir¹⁷⁵.

Uygulanan cebrin eylem devam ettiği sürece devam etmesi gerekli olmayıp mağdurun direncini kırmak için elverişli olması yeterlidir¹⁷⁶. Kanaatimizce kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz suç olduğu için eylem bitmeden herhangi bir zamanda ister başta isterse de eylem devam ederken cebir uygulanırsa nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Belirtilen cebir maddi cebir olup, fiziken güç kullanılmasını ifade ettiğinden manevi cebirle bu suçun işlenmesi halinde nitelikli hal uygulanmayacaktır¹⁷⁷. Nitekim Yargıtay kararları da bu doğrultudadır¹⁷⁸.

Tehdit, mağdurun veya bir yakınının hukuki olarak korunan bir yararına gelecekte zarar vereceği beyanı ile mağdurun korkutulmasıdır¹⁷⁹. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından daha geniş bir ifadeyle tehdit, kendisi veya yakınlarının ağır bir zarara uğratılacağı konusunda, belli bir boyuta ulaşan, kolayca kurtulma olanağı bulunmayan, hürriyetten yoksun kılma fiilinden daha ağır bir netice doğurur nitelikte olmasından dolayı mağdurun daha hafif nitelikteki bu suça razı olmak zorunda olduğu haller denilebilir¹⁸⁰.

TCK 106. maddedeki tehdit suçunun aksine bu suç tipinde, tehdidin yönelik olduğu hukuksal değer yönünden bir sınıflandırma yapılmadığı için mağdur üzerinde objektif olarak kabul edilebilir, korku oluşturmaya elverişli ve hukuken korunan herhangi bir yarara zarar

¹⁷⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 516.

¹⁷⁵ BAYRAKTAR vd., s. 86.

¹⁷⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3741.

¹⁷⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3741.

¹⁷⁸ GARİP, s. 75.

¹⁷⁹ GÜLŞEN, s. 98.

¹⁸⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3742.

verileceği bayanı, tehdit kapsamı içerisine alınmalıdır¹⁸¹. Bileşik suç olması dolayısıyla TCK 109/2 deki nitelikli halin uygulanması halinde ayrıca tehdit suçundan ceza verilmeyecektir. Hürriyeti sınırlandırılmak istenen mağdurun kendisinin veya bir yakınının mal varlığına zarar verileceği yönündeki tehdidin TCK 109/2 de öngörülen nitelikli halin oluşması için yeteceğine şüphe yoktur¹⁸². Ancak gerçekleştirileceği söylenen zarar, mağdurun tehditle amaçlanan hareketi yapmaya sevk etmesi objektif olarak elverişli ve ciddi olması gerekir¹⁸³.

Yargıtay 14. CD. 2013 tarihli bir kararında mağdureyi kaçırmak için mağdurun başına silah dayayarak mağduru öldürmekle tehdit etmekten ibaret eylemi bileşik suç kapsamında değerlendirmiş ve TCK 109/2 deki nitelikli halin unsuru saymıştır¹⁸⁴. Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Olayda iki ayrı mağdur olduğu gözden kaçmamalıdır. Kaldı ki failin tehdit açıklaması mağdureye değil bizzat mağdura yönelmiştir.

Cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle TCK 109/2 deki nitelikli halin gerçekleştiğini kabul edebilmek için cebir veya tehdidin araç suç olması gerekmektedir¹⁸⁵. Başka bir deyişle cebir veya tehdit kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesini sağlamak için kullanıldığı takdirde nitelikli hal uygulanacaktır.

Hile mağduru hataya düşürerek, algılama ve karar verme yeteneğini sınırlayıp yanlış karar vermesine sebep olan davranışlar veya sözlerdir¹⁸⁶. Hile aslında bir aldatmacadır. Hilenin olduğu durumda mağdurun iradesi mevcut olsa da bu irade hile nedeniyle sakatlanmış iradedir¹⁸⁷. Hilenin varlığını kabul edebilmek için hileli söz veya davranışın mağduru aldatabilecek şekilde ve oranda ağır, yoğun ve ustaca olması ayrıca mağdurun denetleme imkanını ortadan kaldırabilecek nitelikte olması gerekmektedir¹⁸⁸. Hilenin varlığı için belirli bir yoğunluk aransa da bu yoğunluk, dolandırıcılık suçundaki gibi kişinin inceleme eğilimini etkisiz kılacak bir düzeyde olmak zorunda değildir¹⁸⁹.

¹⁸¹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 516.

¹⁸²SOYASLAN, s. 280.

¹⁸³ÜZÜLMEZ, Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 53.

¹⁸⁴YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3743.

¹⁸⁵BAYRAKTAR vd., s. 86.

¹⁸⁶MALKOÇ, s.1983.

¹⁸⁷YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3743.

¹⁸⁸YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3743.; YURTCAN, Erdener, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 1. Baskı, Barış Matbaası, İstanbul, 2010, s. 112.

¹⁸⁹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 517.

Hilenin varlığını kabul edebilmek için, hile olarak kabul edilebilecek söz veya davranışların objektif bir aldaticılığa sahip olması gerekmeyip kişinin yaşına ve özelliklerine göre subjektif değerlendirme yapılarak her somut olaya göre değerlendirmek gereklidir¹⁹⁰¹⁹¹. Yargısal kararlarda da “ gel sana oyuncak maske vereceğim demek” , “ annesine götüreceğini söylemek” , “ TCK 264 kapsamında olmaksızın polis süsü vermek” , “ gel kızım ile oynayıp eve çağırarak” , “soba borusunu takma bahanesiyle evine çağırarak” gibi hususlarda subjektif bir değerlendirme sonucu hile olarak değerlendirilmiştir¹⁹².

Cebir, tehdit veya hile bizzat fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir¹⁹³. TCK 109/2 deki nitelikli hal için cebir, hile ve tehdidin hepsi bir arada işlenmiş olması aranmamakta olup biri veya birkaçı birlikte yapılırsa suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi için yeterli olacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu mütemadi bir suç olduğundan dolayı cebir, hile veya tehdidin TCK 109/2 madde fıkrasındaki nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi için başlangıçta veya suç devam ederken bulunması gerekir. Yani en geç kesintinin gerçekleştiği ana kadar bulunmalıdır. Suçun işlenmesi amacına yönelik olmayan, suçtan önce veya suçun tamamlanmasından sonra gerçekleştirilecek cebir veya tehdit müstakil suç olarak değerlendirilecektir.

1.2.5.2. Suçun Silahla İşlenmesi

Kanun koyucunun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla işlenmesini cezayı artırıcı nitelikli hal olarak öngörmesinin sebebi silahın, mağdur üzerinde daha fazla korkutucu ve zorlayıcı etkiye sahip olmasıyla failde de büyük bir cesaret oluşturarak suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır¹⁹⁴. Silah kullanılmasıyla mağdurun direnci önemli ölçüde azalmış olacaktır.

TCK 109’da suçta kullanılacak hangi materyallerin silah olarak değerlendirileceği konusunda bir değerlendirme yapılmamıştır. Genel hükümler kısmında TCK 6/1-f madde fıkrasında silah deyiminden nelerin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. TCK 6/1-f şöyledir: “*Silâh deyiminden;*

¹⁹⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3744.

¹⁹¹“Dosya içeriğine göre sanığın, suç tarihinde on beş yaşından küçük olan mağduru köy minibüslerinin kalktığı yere gideceklerinden bahisle kandırıp hileyle tanık Taner’in idaresindeki araca bindirdiğinin anlaşılması karşısında, hakkında münsnet suçtan temel ceza belirlenirken 5237 sayılı TCK’nın 109/2. yerine aynı Kanunun 109/1. maddesi ile hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini...” Y. 14. CD., 13.01.2020 tarih, E.2017/238-K.2020/330

¹⁹² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3744-3745.

¹⁹³ ÖZEN, s. 446.

¹⁹⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3746.

1. Ateşli silâhlar,
2. Patlayıcı maddeler,
3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,
4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,
5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler.”

TCK “ saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” i de silah kapsamına aldığından silah kapsamı çok geniştir. Olaya ve koşullara bakılarak mağdurun direncini kırmaya etki edebilecek materyaller silah sayılabilecektir. Bu materyaller yeri gelir ağaç dalı, yeri gelir su borusu yeri gelir patlayıcı veya kesici delici aletler olabilir. Silah kavramı sadece mekanik olanları kapsamayıp vücudun dışında veya içinde etki gösteren kimyasal ya da biyolojik maddeler de olabilir¹⁹⁵.

Vücut kısımları silah olarak değerlendirilmez. Fail ne kadar güçlü olursa olsun yumruk atmak, tekme atmak gibi insan uzvuyla gerçekleştirilen saldırılar silahlı saldırı sayılmaz. Ancak belirttiğimiz gibi saldırı veya savunma amacıyla üretilmiş olmasa da saldırı ve savunmada kullanılan, mağdurun direncini kırıcı nitelikteki kesici, delici veya bereleyici her araç silah sayılabilir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁹⁶.

Kanaatimizce silah taşınabilir olmak zorunda değildir. Olay ve koşullara göre saldırı ve savunmada kullanılan, mağdurun direncini kıran taşınmaz unsur da silah olarak değerlendirilebilir. Örneğin beton bir zemine gömülü sivri bir demir silah olarak kullanılabileceği gibi mağdurun kafasını yere veya duvara vurma olayında olduğu gibi yer veya duvar da silah olarak kullanılabilir.

¹⁹⁵ ÇAKMUT, Özlem, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 19 S. 2, s. 594.

¹⁹⁶ ÇAKMUT, s. 594.

Göz yaşartıcı sprey, biber gazı, uyuşturucu madde, uyku ilacı, eter gibi kimyasal ve biyolojik maddeler de suçun işlenmesini kolaylaştırdığı takdirde, silah olarak değerlendirilecektir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda oyuncak silah dahi silah olarak değerlendirilebilir, yeter ki mağdur üzerinde gerçek silah etkisi oluşturup suçun işlenmesini kolaylaştırsın¹⁹⁷.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda TCK 109/3-a bendinde öngörülen suçun silahla işlenmesi nitelikli halinin uygulanması açısından silahın doğrudan doğruya kullanılması gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, suçun silahla işlenmesi deyiminden, silahın suçun icrası esnasında ve suçu gerçekleştirmek maksadıyla kullanılmış olması gerektiğini savunurken diğer bir görüş ise silahın, mutlaka failin eline alınarak kullanılmış olmasını gerekli görmeyip, failin eylemini yerine getirmek veya davranışını gerçekleştirmek için herhangi bir şekilde silahtan faydalanmasını, bilhassa silahın görünür bir şekilde bulunmasını yeterli saymıştır¹⁹⁸.

Örneğin belindeki silahı gösteren failin “gel benimle” demesi üzerine, mağdur silahtan korkup etkilenecek gitmişse yani failin silahlı olduğunu bilmesi ve bundan korkması nedeniyle hürriyetinin kısıtlanmasına razı olmuşsa TCK 109/3-a bendindeki nitelikli hali uygulamak gerekir denmektedir¹⁹⁹.

Kanaatimizce kanun koyucunun suçun silahla işlenmesini nitelikli hal olarak düzenlemekteki amacı, silahın mağdurda daha büyük bir korku oluşturması dolayısıyla mağdurun direncini azaltması ve failin cesaretini artırarak suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır. Bu sebeple olayda silah kullanılsın veya kullanılsın, bilinçli olarak fail tarafından mağdurun bir şekilde haberdar edilmesiyle mağdurda korku ve panik oluşturması, suçun silahla işlenmesi nitelikli halinin uygulanması için yeterlidir. Yoksa failin mağduru silahla korkutma amacı gütmmediği bir durumda mağdurun failin belindeki veya aracındaki silahı tesadüf eseri görmesi dolayısıyla korkması halinde bu nitelikli hali uygulamak mümkün değildir. Çünkü failin kastı silahla korkutmayı kapsamamaktadır.

Failin mağdura silahı bilerek göstermesi gerekli olup, silahı bilerek ve açıkça belinde olduğu halde mağdura, “ bizimle geleceksin” demesi veya mağdurun silahı görmesini istemesi

¹⁹⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3746.

¹⁹⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 414.; GARİP, s. 76-77.

¹⁹⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3746.

ya da mağdurca görülebilecek şekilde silah bulundurulması bu nitelikli halin uygulanması için yeterlidir²⁰⁰. Yeter ki failin kastı silahın korkutucu etkisini kullanmayı kapsasın. Suçun birden fazla kişiyle gerçekleştirilmesi halinde, her bir failde silahın bulunması gerekli olmayıp içlerinden sadece birinde silahın bulunması yeterli olup, diğer şerikler bu failin silahlı olduğunu biliyorlarsa, artık kendileri için de belirtilen nitelikli halden sorumluluk doğacaktır²⁰¹.

Suçun silahla işlenmesi hali, aynı zamanda silahlı tehdidi de gündeme getirir. Bu durumda ilk önce TCK 109/2 den daha sonra ise 190/3-a dan ceza artırımı yapılması gerektiği ileri sürülebilecek olsa da, tehdidin silahla işlenmesi durumunda TCK 109/3-a, TCK 109/2'deki tehdidi içinde erittiğinden dolayı, sadece TCK 109/3-a' dan artırım uygulanması gerekir²⁰². Bu sebepten ötürü TCK 109/2'deki tehditten artırım hali, tehdidin silahla işlenmediği olaylarda uygulama alanı bulacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu mütemadi suç olduğundan dolayı, silahla işlenmesi nitelikli halinin uygulanması için silahın suçun herhangi bir anında kullanılması yeterlidir. Yeter ki suç bitmeden silah kullanılmış olsun.

1.2.5.3. Birden Fazla Kişiyle Birlikte İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için öngörülen bu artırım nedeninin uygulanabilmesi için suçun en azından iki kişi tarafından birlikte işlenmesi gerekmektedir²⁰³. Suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesinin cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesinin sebebi, failin işlenmesinde sağladığı kolaylık, mağdurun karşı koyma iradesini zayıflatması ve failin cesaretinin artırılması olarak gösterilebilir²⁰⁴. Burada suçun birlikte gerçekleştirilmesinden kastedilen ise suçun işlenmesi açısından TCK 37. madde 1. fıkrasında anlatılan “ suçun kanuni tarifindeki fiili birlikte gerçekleştirenler” olarak tanımlanan müşterek faillik durumunun mevcut olması halidir²⁰⁵. Yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketleri gerçekleştirilirken, bu hareketleri birlikte gerçekleştirenlerin sayısı en az iki olmalı ve bu kişiler müşterek fail konumunda

²⁰⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3746.

²⁰¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 518.

²⁰² ÖZEN, s. 446.

²⁰³ ARTUÇ, s. 660.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3747.

²⁰⁴ GÜLŞEN, s.105.

²⁰⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3747.

bulunmalıdırlar²⁰⁶. Suçun icra hareketlerini bir kişinin yapması karşısında, diğer suç ortakları TCK 38 maddesine göre azmettiren veya TCK 39 maddesine göre yardım eden sıfatındaysalar artık bu cezayı artırıcı nitelikli halin uygulanması söz konusu olmayacaktır²⁰⁷.

Yargıtay da uygulamada, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi nitelikli halinin ancak Kanun'un 37. maddesi kapsamındaki iştirak halinde uygulanabileceğini, Kanun'un 38. ve 39. maddelerinde belirtilen azmettiren veya yardım eden kapsamındaki iştirak halinde uygulanamayacağını kabul etmektedir^{208 209}.

Azmettiren ve yardım edenler, nitelikli halin uygulanması için gerekli asgari sayı olan iki kişinin belirlenmesi açısından göz önüne alınmayacaktır. Şunu belirtelim ki, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna iştirak eden azmettiren veya yardım eden, suçun birden fazla kişiyle işleneceğini biliyorsa, artık bu nitelikli hal azmettiren ve yardım eden iştirakçiler için de uygulanır²¹⁰.

İştirakçilerden biri, icra hareketlerini gerçekleştirirken diğerleri icra hareketinin yapılmasına katılmadan, TCK 38. ve 39. maddelerde belirtilen, azmettiren veya yardım eden sıfatıyla suça katılırsa suçun nitelikli hali oluşmayacak, duruma göre TCK 109. madde 1. ve 2. fıkralarındaki suçlar oluşacak ve icra hareketlerine katılmayan iştirakçiler ise bu suça TCK 38.ve TCK 39. maddeleri uyarınca katılmış olacaklardır²¹¹.

²⁰⁶ “Mağdurenin aşamalarındaki beyanları, sanık savunmaları, tanık anlatımı ve dosya kapsamına göre, sanık Cem'in mağdureye yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini, ismini İhsan olarak bildirdiği ancak gerçek kimliği tespit edilemeyen şahısla birlikte gerçekleştirdiklerinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında şartları olduğu halde TCK.nun109/3-b maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini...” Y. 8. CD., 18.03.2019 tarih, E.2019/2487-K.2019/3762

²⁰⁷ BAYRAKTAR vd., s. 88.

²⁰⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3747.

²⁰⁹“Dosya kapsamına göre, mağdurenin sanık Kezban ve hakkında kurulan hüküm temyiz edilmeksizin kesinleşen sanık Kader Şendur ile birlikte fuhuş yaptıkları, bir süre sonra mağdurenin daha fazla fuhuş yapmak istememesi üzerine sanıkların yanından kaçarak bir arkadaşının evine sığındığı, mağdurenin yerini öğrenen sanıklar Kezban ve Yunus'un kaldığı eve gelerek mağdureyi zorla araca bindirdikleri, sanık Kezban'ın araç içerisinde mağdureye tokat attığı,fotoğraflarını çektiği, söz konusu fotoğrafları mağdurenin tanındığı ortamlarda dağıtacağını söyleyerek fuhuş yapmaya devam etmesini istediği, son olarak Kader'in evine götürüp teslim ettikleri, sanık Kader'in sanık Kezban'ın talimatıyla mağdurenin üzerinden kapıyı kilitleyerek evden ayrılmasından sonra apartman boşluğunda bulunan pencereden kaçarak şikayetçi olduğu olayda, sanık Kezban'ın eyleme doğrudan iştirak etmek suretiyle, mağdureyi birden fazla kişiyle birlikte, cinsel amaçla, zorla hürriyetinden yoksun kıldığı gözetilerek, sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 109/2, 109/3-b, 109/5 maddeleri uyarınca mahkumiyetine hükmolunması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini...” Y. 8. CD., 25.03.2019 tarih, E.2019/2491-K.2019/4181

²¹⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 518.

²¹¹ MALKOÇ, s. 1985.

Doktrinde bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, birden çok kişi arasında iştirak iradesinin bulunup bulunmaması gerektiği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iştirak iradesi olmalı ve iştirak de müşterek faillik olması gerekir derken diğer bir görüş ise, faillerin arasında iştirak iradesi bulunmasının gerekli olmadığını belirterek, kişi veya kişilerin birlikte fail olarak temadi eden fiilin, herhangi bir esnasında suça katılmalarını yeterli görmüşlerdir²¹².

Kanaatimizce, Kanun'da iştiraktan bahsedilmeyip, birlikte işlemekten bahsedilmiştir. Bu sebeple iştirak iradesinden ziyade fiilen beraber hareket etme hali aranıyor denilebilir. Bizce, Kanun'un lafzından önceden iştirak iradesi olması gerektiği gibi bir husus anlaşılmadığından dolayı, iştirak iradesinin olması bu nitelikli hal için gerekli değildir. Kaldı ki suç işlendiği esnada, suça katılan müşterek faillerde zımnen iştirak iradesi oluşmuştur diyebiliriz.

Yargıtay aynı fıkra içinde düzenlenen birden fazla nitelikli halin ihlal edilmesi hâlinde, bir kez artırım uygulanması gerektiğini belirtmiştir.(Özen, 2019: 447) Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun 3. fıkrasında sayılan 6 bentten birkaçı aynı anda oluşursa (silahla, birden fazla kişiyle birlikte vb.) bir kez artırım uygulanacaktır. Ancak bu husus temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurularak ceza için öngörülen cezanın alt sınırından uzaklaşarak temel ceza belirlenecektir.

1.2.5.4. Suçun Üstsoy, Altsoy ve Eşe Karşı İşlenmesi

TCK 109/3-e uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun üst soy, altsoy ya da eşe karşı işlenmesi cezayı artırıcı nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Söz konusu yakınlık bağlarından dolayı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi kolaylıkla gerçekleştirilebileceğinden ve de yardım bakım ve koruma zorunluluğundan kaynaklı aile hukuku yükümlülükleri ihlal edildiğinden, bu nitelikli hal düzenleme konusu yapılmıştır²¹³.

Herhangi bir akrabalık ilişkisinin varlığı bu nitelikli halin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Kanunda üst soy, altsoy ve eşe karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi aranmaktadır. Bu sebeple yan soy olan kardeş, kardeşin çocukları, yine amca, hala, dayı, teyze gibi akrabalar ile kayın hısımlığından doğan baldız, görümce gibi akrabalıklar bu nitelikli halin uygulanması için yeterli değildir.

²¹² ÖZEN, s. 446-447.

²¹³ GÜLŞEN, s. 105.

Üstsoy, altsoy ve eş kavramının içeriği Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince belirlenir²¹⁴. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 17/2 madde fıkrasına göre, biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasında ise yansoy hısımlığı vardır²¹⁵. Buradan yola çıkılarak baba, dede, büyük dede, anne, anneanne, babaanne gibi anne ve babanın, anne ve babalarıyla bunların anne ve babaları üstsoy; bunların çocukları ve torunları da altsoydur. Anne ve babanın kardeşleri ve onların çocukları yansoy hısımları olup bu nitelikli hal için aranmaz.

Kanun yakınlardan birinin fail, diğerinin mağdur olmasını aramıştır. Bu sebeple bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için altsoy, üstsoy veya eş olabilme koşulu arandığından, bu nitelikli hal özgü suç niteliğindedir. Bir kimsenin sanığın altsoyu, üstsoyu veya eşi olduğunun ispatı, nüfus müdürlüğünden getirilecek vukuatlı nüfus kayıt örneğiyle sağlanacaktır²¹⁶.

Altsoy ve üstsoyluğun kabulü için hukuken tanınmışlık aranmayacak, failin mağdurun kendisinin üstsoyu veya altsoyu olduğunu bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmesi nitelikli halin uygulanması için yeterlidir²¹⁷. Başka bir anlatımla evlilik birliği dışında doğan bir çocuk, bilerek babasını yahut babasının babasını veya babasının annesini kaçırarak hürriyetlerini kısıtlarsa artık, TCK 109/3-e bendindeki nitelikli hal uygulama konusu olacaktır.

Eş kavramının içine ancak resmi nikahla evli olunan kişi girmekte olup, resmi nikah öncesi nişanlı olunan kişi, boşanılmış olunan eş bu kavramın içine giremeyeceği gibi, dini nikahla birlikte yaşanan eş de bu kavram içinde değerlendirilemez²¹⁸. Eş sıfatı ancak mahkeme tarafından verilen boşanma kararıyla sona ereceğinden dolayı, aralarında ayrılık kararı olan eşe karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için de TCK 109/3-e bendindeki nitelikli hal uygulama alanı bulur. Belirtmek gerekir ki mutlak butlan halinde karı kocalık ilişkisi hukuken kabul edilmese de nisbi butlan halinde, iptal edilinceye kadar geçerli bir evlilik olduğundan, nisbi butlanla sakat olan evlilik hakim kararına kadar iptal edilene kadar

²¹⁴ SOYASLAN, s. 283.

²¹⁵ BAYRAKTAR vd., s. 90.

²¹⁶ ARTUÇ, s. 660.

²¹⁷ BAYRAKTAR vd., s. 90.

²¹⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3759.

karı kocalık ilişkisi olacaktır²¹⁹. Bu durumda iptal edilene kadar geçen süreçte, eşe karşı işlenen hürriyeti kısıtlama fiilinde TCK 109/3-e bendindeki nitelikli hal uygulanacaktır.

Türk Medeni Kanunu 18. maddesinde eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olacağı ve bu kayın hısımlığının evlilik birlikteliğinin sona ermesiyle dahi ortadan kalkmayacağı düzenlenmiştir. Medeni Kanun'un bu hükmüne binaen failin üstsoy kayın hısımlarından birine karşı evlilik birlikteliği sona erdikten sonra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi karşısında, TCK 109/3-e nitelikli hali gereğince cezada artırım uygulanması gerektiği düşünülse de Yargıtay 1. CD. 14.03.1995 tarih 5045/637 sayılı kararında, öldürme suçuna ilişkin olarak nitelikli hal kabul etmemiştir²²⁰.

Suçun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi nitelikli halinin uygulanması için belirtilen kişilerin birlikte oturma zorunluluğu bulunmamaktadır²²¹. Eşler ayrı yaşıyor olsalar da, mahkeme ayrılık kararı vermiş olsa da, yine boşanma davası açmış olsalar bile, boşanma kararı kesinleşinceye kadar eş vasfı devam edecek ve belirttiğimiz cezayı artırım nedeni uygulama alanı bulacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, TCK 109/3-e uyarınca velayet hakkının kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, TCK 53/5 maddesi gereğince velayet hak ve yetkisinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmelidir²²².

1.2.5.5. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi

TCK, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için cezayı artırıcı nitelikli hal olarak kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle suçun işlenmesini kabul etmiştir. Bu artırım nedeninin uygulanabilmesi için, mağdurun halen bir kamu görevi yapıyor olması ya da daha önce kamu görevi yapmış olması gerekmektedir²²³.

Ceza Hukuku açısından kimlerin kamu görevlisi olduğu konusunda düzenleme TCK 6. maddede belirtilmektedir. Buna göre “kamu görevlisi, kamusal faaliyetlerin yürütülmesine atanma veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir.” denilerek kamu görevlisi tanımı geniş tutulmuştur. TCK, kişinin kamu

²¹⁹ SOYASLAN, s. 283.

²²⁰ MERAN, Necati, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 444.

²²¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3749.

²²² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3750.

²²³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3747.; ARTUÇ, s. 661.

görevlisi sayılması için icra edilen faaliyetin kamusal bir faaliyet olması kıstasını aramaktadır. Anayasa ve kanunlarda belirtilmiş usul ve esaslara uygun, kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet kamusal faaliyet olarak değerlendirilir. Kişinin kamusal faaliyete sağlamış olduğu katkının, bu faaliyetin icrasındaki konumu ve ne surette katılmış olduğunun bir önemi bulunmamaktadır²²⁴.

Anayasal anlamda kamu görevlisi, 1982 Anayasasının 128. maddesine göre devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerini gören memurlar ve memurlar dışındaki kişiler olarak kabul edilmiştir. Anayasal olarak kamu görevlisi tanımı çok geniş tutulmuştur. Özel hukuk hükümlerine tabi KİT'lerin personeli dahi kamu görevlisi sayılmıştır.

İdare Hukuku'nda kamu görevlisi ise kamu kesimindeki bir tüzel kişiye bağlı olarak çalışan kişidir²²⁵. Bu bağlamda Ceza Kanunu kamu görevlisinin kapsamını Anayasa ve İdare Hukuku'nda yapılan tanımları da içine alacak şekilde düzenlemiştir. Buna göre Ceza Hukuku'nda kamu görevlisi sayılan kişiler Anayasa veya İdare Hukuku'na göre kamu görevlisi sayılmayabilir ancak İdare ve Anayasa Hukuku bakımından kamu görevlisi sayılan kişiler, Ceza Hukuku açısından da kamu görevlisi sayılırlar.

Kişinin salt kamu görevlisi olması, bu nitelikli halin uygulanması için yeterli olmayıp, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle suçun işlenmiş olması gereklidir²²⁶. Hatta kişi kamu görevlisi sıfatını artık taşımıyor olsa bile, daha öncesinde yerine getirdiği bir kamu görevi nedeniyle hürriyeti kısıtlanırsa, bu nitelikli hal uygulanacaktır²²⁷. Diğer taraftan mağdur kamu görevlisi sıfatına haiz olup da fail, mağdurun hürriyetini kamu görevi nedeniyle değil de adi, kişisel nedenlerden dolayı kısıtlarsa, artık bu cezayı artırıcı nitelikli halin uygulanması mümkün değildir.

TCK 109/3-d bendinde belirtilen suçun, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi nitelikli halinin uygulanması için mağdurun kamu görevliliği sıfatı ile suçun

²²⁴ AYDIN, Hüseyin, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, 2010, s. 19.

²²⁵ Aktaran: GARİP; s. 81.

²²⁶ BAYRAKTAR vd., s. 88.

²²⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3747.

işlenmesi arasında bir bağlantı, bir nedensellik bağı bulunmalıdır²²⁸. Başka bir anlatımla, suç mağdurun yerine getirmiş olduğu kamu görevinin edasına tepki olarak işlenmiş olmalıdır.

Özgürlüğü kısıtlanan kişinin, tepki gösterilen kamu görevini bizzat yerine getiren kamu görevlisi olması gerekmeyip, bu kamu görevlisinin bir yakını da olabilir. Örneğin hakimın verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması gibi(madde gerekçesi). Yeter ki özgürlüğü kısıtlama fiili, kişinin yerine getirdiği kamu görevine karşı bir tepki mahiyetinde olsun.

Kamu görevlisinin sürekli olarak bu kamu görevini yapmasının bir önemi yoktur. Örneğin tanığın mahkemede tanıklık yapması nedeniyle, CMK 90 kapsamında herkesin yakalama yapabileceği hallerde usulüne uygun yakalama yapan kişilere karşı, yapmış olduğu bu yakalama eylemi nedeniyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi halinde TCK 109/3-d bendinde belirtilen nitelikli hal uygulanacaktır²²⁹.

765 sayılı ETCK'da suçun milletvekillerine karşı işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiş ancak suçun milletvekilinin görevinden dolayı işlenmiş olması aranmamaktaydı²³⁰. 5237 sayılı TCK'da ise milletvekillerine karşı suçun işlenmesi gibi bir nitelikli hal mevcut değildir. Milletvekilleri de TCK 6. maddesinde belirtilen kamu görevlisi sayılacak ve milletvekillerine karşı hürriyetin kısıtlanması, görevi nedeniyle işlenirse TCK 109/3-d nitelikli hali uygulama alanı bulacaktır²³¹. Aksi halde ise yani milletvekiline görevinden dolayı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmeyip de kişisel sebeplerden dolayı işlenirse, suçun temel şeklinin gerçekleştiği kabul edilecektir.

Bir savcının yapmış olduğu yargılama faaliyeti nedeniyle kaçırılması olayında olduğu gibi kamu görevlisine görev sebebiyle işlenen suç, kamu görevlisinin ilgili yasa ve mevzuat uyarınca yerine getirmekte olduğu görev nedeniyle işlenen ve doğrudan görevin içeriği veya biçimsel koşullarıyla ilgili işlenen suçtur²³².

Kamu görevlisinin, görevini kötüye kullanmış olmasına karşı tepki olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlememişse ve görevin kötüye kullanılmış olması sabit

²²⁸ SOYASLAN, s. 282.; ÖZEN, s. 447.

²²⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3748.

²³⁰ GARİP, s. 82.

²³¹ BAYTEMİR, Erdal, **Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 513.

²³² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3748.

olmak kaydıyla bu cezayı artırıcı nitelikli hal uygulanmayacağı gibi fail için haksız tahrik indirimi yapılması da söz konusu olabilecektir²³³. Bunun sebebi, bu nitelikli halin mevzuata uygun olarak yasal çerçevesinde yerine getirilen kamu görevine tepki olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesinin aranmasıdır.

1.2.5.6. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Kamu görevi, kamu görevlisine diğer kişilere karşı üstünlük sağladığından dolayı, üstlenmiş olduğu kamu göreviyle mağdura karşı sağlamış olduğu üstünlüğü kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılan fail için Kanun, daha ağır bir ceza belirlemiştir²³⁴. Bunun sebebi kamu görevinin sağladığı nüfuzun suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır. Nitekim kanun koyucu, hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hem de diğer suçlarda, suçun işlenmesini kolaylaştırıcı etmenleri cezayı ağırlatıcı neden olarak kabul etmektedir.

Kamu görevinin sağladığı nüfuzdan anlaşılması gereken, görevden kaynaklanan yetkilerin kullanılması sebebiyle, kişiler üzerinde kurulacak etkinlik ve kontroldür²³⁵. Kamu görevinin sağladığı nüfuzla fail, kolaylıkla mağduru etkisi altına alarak suçu daha kolay bir şekilde işleyebilecektir. Memurların bu suçu görevleri nedeniyle işlemeleri halinde aynı zamanda kamu idaresinin itibarının sarsılmasına ve zarar görmesine sebep olabilmektedir²³⁶. Nüfuzun kötüye kullanılması terimi 765 sayılı ETCK'nın 181. maddesindeki “görevin kötüye kullanılması ve kanundaki usul ve şartlara uyulmaması” unsurlarını da kapsayan niteliktedir²³⁷. Kamu görevinin sağlamış olduğu etki ve yetkinin kötüye kullanılması, yetkilerini ve takdirlerini amaçlarına ve verilme nedenlerine aykırı olacak şekilde kullanmak demek olup, görevin ister esas isterse usul şartlarına aykırılık oluşturan, sonuçta kanuna aykırı davranan kamu görevlisi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemişse TCK 109/3-d bendindeki nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır²³⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması nitelikli halinin oluşabilmesi için failin kamu görevlisi olması gerekir²³⁹. Bu

²³³ BAYRAKTAR vd., s. 89.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 519.

²³⁴ SOYASLAN, s. 282.

²³⁵ MALKOÇ, s. 1985.

²³⁶ SOYASLAN, s. 282.

²³⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3748.

²³⁸ MALKOÇ, s. 1985.

²³⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3748.

ağırlaştırıcı nitelikli halin uygulanması için failin başlı başına kamu görevlisi olması yeterli olmayıp failin, kamu görevlisi olmanın sağlamış olduğu etki, manevi güç ve nüfuzu kullanarak suçu işlemesi gerekmektedir²⁴⁰. Aksi halde kamu görevlisinin, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmadan herhangi biri gibi bu suçu işlediği durumda bu nitelikli halin kullanılması söz konusu olmaz. Örneğin bir polis memurunun kendisinden ayrılmak isteyen eşini eve hapsedmesi gibi. Failin suç tarihinde kamu görevinin devam ediyor olması gerekli olup yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması ve mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda bulunması gerekir²⁴¹. Bunun tipik örneği kanuni bir dayanağı olmaksızın yakalanıp karakola götürülen ve orada tutulan kişi ile CMK'ya göre savcı kararı olmaksızın bir kimsenin gözaltına alınması, istisnai durumlar dışında mümkün olmadığı için yakalanan kişinin Cumhuriyet savcısına bildirilmeden nezarethanede tutulması olaylarıdır²⁴².

Bu nitelikli halin oluşabilmesi için failin mutlaka kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hususunda yetkili biri olması aranmaz²⁴³. Öğretmenin sorduğu soruyu bilemeyen öğrencisini bodruma kapatması örneğindeki gibi failin hürriyeti kısıtlama yetkisi bulunmasa da mağdur üzerinde nüfuz ve otorite sahibi olan kamu görevlisi olması yeterlidir²⁴⁴.

Faili, hürriyetten yoksun kılmayı görev anında işleyebileceği gibi görev dışında da işleyebilir, ancak her halde failin suçu işleme saiki kamu görevinden kaynaklanan bir neden olmalıdır²⁴⁵. Kamu görevinin verdiği nüfuz ile suçun işlenmesi arasında bir bağlantı, nedensellik bağı bulunmalıdır²⁴⁶.

Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle suçun işlenmesi nitelikli hali ile kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle suçun işlenmesi nitelikli hali birbirinin tersidir. Çünkü bu nitelikli hallerde failer ve mağdurlar yer değiştirmektedir. Birinde kamu görevlisi mağdurken diğer nitelikli halde fail konumunda olan kamu görevlisidir.

²⁴⁰ BAYRAKTAR vd., s. 89.

²⁴¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3748.

²⁴² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 520.

²⁴³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3748.

²⁴⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3748.

²⁴⁵ SOYASLAN, s. 282.

²⁴⁶ ÖZEN, s. 447.; SOYASLAN, s. 282.

Bu nitelikli hal için kamu görevlisi olmanın vermiş olduğu nüfuzun kötüye kullanılması arandığı için sırf sıfatın kullanılması halinde bu nitelikli hal uygulanmamalıdır²⁴⁷.

Elbette bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olmasının yanında bu kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak suçu işlemesi gerekeceğinden, bu iki koşulun bir arada olması gerekir. Kamu görevlisi olmayan fakat kendisini kamu görevlisi olarak tanıtan kişinin eylemi, bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmeyecek, bu husus hile olarak kabul edilip TCK 109/2 madde fıkrasının uygulanmasını gerektirecektir²⁴⁸.

Bu nitelikli halin oluştuğu hallerden bir kaç şöyledir: Hakimin yasal engel olmasına rağmen kişiyi tutuklaması, savcının kişiyi gözaltı süresinden daha fazla gözaltında tutması, infaz koruma memurunun hükümlüyü koşulları oluşmamasına rağmen hücreye koyması, kişi hakkında herhangi bir soruşturma olmadan bir polis memurunun kişiyi 3-4 saat polis arabasına bindirip dolandırması ve sorguya çekmesi hallerinde, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacaktır²⁴⁹.

1.2.5.7. Suçun Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Olan Kişiyi Karşı İşlenmesi

Kanun koyucu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için mağdurun çocuk olması veya ileri yaşı, hastalığı, malullüğü ya da ruhi veya fiziki güçsüzlüğü nedeniyle kendini koruyamayacak durumda olan kişilere karşı suçun işlenmesini, gerek faildeki ahlaki kötülüğün çokluğu gerekse bu durumun fiilin icrasını kolaylaştıracak etmen olması dolayısıyla cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlemiştir²⁵⁰.

Çocukları özgürlüğünden yoksun bırakma, gerek psikolojik gerekse fizyolojik olarak çocukların kendilerini savunmaları daha zor olduğundan nispeten daha kolaydır²⁵¹. TCK kapsamında çocuğun tanımı 6/1-f maddesinde yapılmıştır. Buna göre çocuk on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. Yine 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu 3. maddesine göre de daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi bu Kanun uygulamasında çocuk

²⁴⁷ ÖZEN, s. 448.

²⁴⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 520.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3748.

²⁴⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3749.

²⁵⁰ Aktaran: GARİP, s. 87.

²⁵¹ ÖZEN, s. 283.

sayılır²⁵². Kişinin çocuk olup olmadığı nüfus kayıt örneğine göre belirlenir, ancak farklı bir iddia söz konusuysa yaş düzeltme yoluna gidilebilir²⁵³.

Yaş itibariyle 15 yaşından küçük çocukların açıklamış oldukları rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için hukuki bir değeri bulunmamaktadır. 15- 18 yaş arası gruptaki çocuklar ise evi terk etme iradesi olmadan rızasıyla faille bir yerlere gitmişse bu durumda suç oluşmayacaktır²⁵⁴. 15- 18 yaş arası gruptaki çocuklar evi terk etme kastıyla faille giderlerse bu durumda rıza geçerli olmayacak ve eylem daha özel bir suç tipi olan TCK 234/3 madde fıkrasındaki suçu oluşturacaktır. Rızanın bulunmadığı halde çocuğun yaşı fark etmeksizin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşması önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bir kişinin kendi çocuğunu kaçırmaması gibi bir durum velayet hakkı kendinde olduğu müddetçe söz konusu olmasa da eşler boşanmışlarsa ve velayet hakkı eşlerden birine verilmişse, velayet hakkı elinden alınan ebeveyn 16 yaşını tamamlamamış çocuğunu cebir veya tehdit kullanmaksızın rızasıyla kaçırmaması ya da alıkoyması halinde TCK 234. maddede düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu oluşacaktır²⁵⁵.

Çocuk, beden veya ruh bakımından kendini savunabilecek durumda olsa bile, yalnızca çocuk olmasından dolayı bu cezayı artırıcı neden uygulanacaktır²⁵⁶. Bu husus doktrinde eleştirilere neden olmaktadır. Failin mağdurdan daha küçük bir çocuk olması hali gibi durumlarda da bu nitelikli halin uygulanmasının kaçınılmaz olduğu belirtilmiş ve bu hususun kanunun amacına uygun olmadığı dile getirilmiştir²⁵⁷. Kanunda ayrıca çocuklara karşı işlenmesi belirtilmeden “beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesine” yer verilmiş olsaydı daha isabetli olacağı savunulmuştur²⁵⁸.

Kanaatimizce de çocuklara karşı işlenmesinin Kanun metninde yer almaması daha isabetli olurdu. Bunun sebebi, Beden veya ruh bakımından kendini savunamayacaklar arasında yaşı küçük olanların da olması dolayısıyla kanunun buradaki amacının savunmasız

²⁵² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3750.

²⁵³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3750.

²⁵⁴ ARTUÇ, s. 660.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3750.

²⁵⁵ ARTUÇ, s. 661.

²⁵⁶ BAYRAKTAR vd., s. 91.

²⁵⁷ BAYRAKTAR vd., s. 91.

²⁵⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 519.

kişilere karşı işlenen suçun daha ağır cezaya çarptırılması olduğudur. Gerçekten TCK'ya göre çocuk sayılan 18 yaşını doldurmamış birçok kişinin bedeni ve ruhi yönden kendini savunabilecek potansiyelde olmadığı da kaçınılmaz bir gerçektir.

Beden veya ruh bakımından kendini savunmama durumundan anlaşılması gereken ise yaş küçüklüğü veya ileri yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhsal ya da psikolojik güçsüzlüğü nedeniyle kendisini korumaktan aciz olan kişilerin halidir²⁵⁹. Bedensel güçsüzlük direnç yetersizliğini anlatmaktadır²⁶⁰. Bu güçsüzlük hali bir nevi kendisini savunamama durumunu ifade eder. Yatalak bir hastanın bilinci açıksa ve eylemi görüp anlıyor fakat buna karşı koyacak gücü olmadığından karşı koyamıyor ise bu nitelikli hal oluşacaktır.

TCK mağdurun kendisini savunamayacak durumda olması konusunda beden veya ruh bakımından savunmasız olması arasında bir fark görmemiştir. Mağdur ya bedenen ya da ruhen savunmasız olabileceği gibi hem bedenen hem de ruhen savunmasız olabilir. Mağdurun bizzat fail tarafından kendini savunamayacak hale getirilmiş olması gerekli olmayıp, mağdurun içinde bulunduğu savunmasızlık durumundan yararlanmış olması bu nitelikli halin uygulanması için yeterlidir²⁶¹. Örneğin kendi iradesi ile alkol veya uyarıcı madde alan ve kendi iradesiyle kendini savunamayacak hale gelen mağdurun hürriyetinin kısıtlanması halinde TCK 109/3-f bendi uygulanacaktır.

Belirtmek gerekir ki mağdura fail tarafından ilaç verilmesi, hipnotize edilmesi, darp, cebir veya tehdit ile mağdurun direncinin kırılması halinde TCK 109/2 madde fıkrasında belirtilen, suçu işlemek için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hilenin kullanılması nitelikli hali söz konusu olacak, bu artırım nedeni uygulanmayacaktır²⁶².

Mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olması halinin sürekli veya geçici olmasının önemi yoktur²⁶³. Yine mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak hale gelmesine, kendi kusurunun sebep olması veya failin mağduru

²⁵⁹ BAYRAKTAR vd., s. 91.

²⁶⁰ MALKOÇ, s. 1986.

²⁶¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 518.

²⁶² MALKOÇ, s. 1986.

²⁶³ ÖZEN, s. 448.; MALKOÇ, s. 1986.

bu hale getirmiş olmasının da önemi bulunmamaktadır²⁶⁴. Önemli olan ise failin suçu işlediği anda mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak halde olmasıdır.

Kişinin beden veya ruh bakımından kendini koruyamayacak olduğu hallere, mağdurun felçli olması, engelli olması, akıl hastalığı, ileri yaş, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde bulunma, uyku esnasında işlenmesi örnek olarak verilebilir. Mağdurun ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olup olmadığını ilgili sağlık kurulunun raporuyla ortaya koymak gerekmektedir²⁶⁵.

Mukayeseli hukukda da benzer düzenlemelerin olduğu görülmektedir. 1989 İtalyan Ceza Kanunu'nun 146/3 madde fıkrası, 1940 tarihli Brezilya Ceza Kanunu'nun 148/2 madde fıkrası, 1881 tarihli Hollanda Ceza Kanunu'nun 282/2 madde fıkrası, 1977 tarihli Arnavut Ceza Kanunu'nun 94. maddesi, Arjantin Ceza Kanunu'nun 142/3 madde fıkrası, Federal Alman Ceza Kanunu'nun 239/2 madde fıkrası ile Fransız Ceza Kanunu'nun 224-2/1 madde fıkrası mağdurun çocuk veya beden ya da ruh bakımından kendini savunamayacak kişi olması halini nitelikli hal olarak kabul etmiş ve daha ağır ceza yaptırımını öngörmüştür²⁶⁶.

1.2.5.8. Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu'nda 109/5 madde fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi hali cezayı artırıcı nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Böylelikle kanun koyucu suçun işlenmesi amacına ayriyeten önem atfederek failin kastının araştırılması gerektiğini ortaya koymuştur. Kanun koyucunun suçun işlenmesi için özel bir kastının araştırıldığı bu gibi suçlara, özel kastla işlenen suçlar denilmektedir.

Suçun cinsel amaçla işlenmesi esnasında TCK 109. maddede öngörülen diğer nitelikli hallerde gerçekleşmiş olabilir. Söz gelimi cinsel saikle işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu aynı zamanda birden fazla kişiyle, silahla ya da cebir, tehdit veya hile kullanılarak işlenmesi ihtimal dahilindedir. Bu gibi durumlarda ceza tayini yapılırken önce TCK 109'un

²⁶⁴ BAYRAKTAR vd., s. 91.

²⁶⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3751.

²⁶⁶ ARTUK, Mehmet E., *Hürriyeti Tahdit Cürmü*, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 54.

önceki fıkralarına göre ceza belirlenecek, ardından 5. fıkradaki suçun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli hali nedeniyle belirlenen ceza yarı oranında artırılacaktır²⁶⁷.

735 sayılı ETCK'da cinsel amaçla kaçırma eylemleri “genel adap ve aile düzenine karşı suçlar” arasında sayılmışken, 5237 sayılı TCK'da ise bu husus kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hali olarak kabul edilmiştir²⁶⁸. Hatta ETCK'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın evlenme maksadıyla işlenmesi hali cezayı hafifletici nitelikli hal olarak düzenlenmişti.(735 sayılı ETCK 433.madde) Ancak böyle bir hafifletici düzenleme 5237 sayılı TCK'da yer almadığı gibi TCK 109/5 madde fıkrasının uygulanmasına da engel yoktur.

Bu cezayı artırıcı nitelikli halin uygulanabilmesi için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi yeterli olup ayrıca failin nihai amacına ulaşması ya da bu amaç için gerekli icrai hareketlere başlamış olması aranmaz²⁶⁹. Fail, ayrıca cinsel amacına yönelik icra hareketlerine de başlarsa eylemi hangi cinsel suça yönelikse hem o cinsel suçtan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halinden sorumlu olacaktır²⁷⁰. Belirtmek gerekir ki bu nitelikli halin uygulanması için fail mağdur üzerinde cinsel saldırı, cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki veya cinsel taciz suçlarını gerçekleştirebilmek için mağduru hürriyetinden yoksun bırakmış olması gerekir²⁷¹.

Cinsel amaçtan kastedilmek istenen, failin cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmesidir²⁷². Evlilik amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi halinde, TCK 109/5 madde fıkrasının uygulanması gerekip gerekmeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bilindiği üzere 735 sayılı ETCK'da evlilik amacıyla hürriyeti tahdit, cezayı hafifletici bir neden olarak düzenlenmişti.(ETCK 433.m) 5237 sayılı TCK'da böyle bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde bir görüş evlenme maksadının kanundaki cinsel amaç unsurunu her zaman karşılar olarak kabul edilemeyeceğini, ancak mağdura karşı cinsel

²⁶⁷ YURTCAN, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 118.

²⁶⁸ BAYRAKTAR vd., s. 92.

²⁶⁹ BAYRAKTAR vd., s. 92.; ÖZEN, s. 449.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 521.

²⁷⁰ BAYRAKTAR vd., s. 92.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 521.

²⁷¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3753.

²⁷² ÇAKMUT, s. 598.; ARTUÇ, s. 662.

suçlardan birinin işleneceğini gösteren başkaca bir deli varsa bu nitelikli halin söz konusu olabileceğini savunmuştur²⁷³.

Doktrinde baskın olan diğer görüş ise evlenmenin cinselliği de içerdiğinden bahisle evlenmek için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma durumunda TCK 109/5 nitelikli halinin uygulanması gerektiğini savunmuşlardır²⁷⁴. Nitekim Yargıtay uygulamaları da bu yönde gerçekleşmektedir^{275 276}.

Kanaatimizce evliliğin içinde cinsellik olduğunu inkar etmek olanaksızdır. Fail kaçırma esnasında cinsel bir sarkıntılıkta bulunmasa bile amacı cinsellik içeren evliliğe dönük olduğu için evlenmek maksadıyla ya da evliliğe zorlamak düşüncesiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenirse TCK 109/5 madde fıkrasındaki nitelikli hal uygulanmalıdır.

Cinsel amacın mutlaka hürriyetinden yoksun kılınan kişiye yönelmiş olması aranmaz²⁷⁷. Örneğin birisini cinsel ilişkiye zorlamak için bir yakınına kaçırma halinde bu nitelikli hal uygulanacaktır. Yine cinsel amaç, hürriyeti kısıtlama eylemini bizzat gerçekleştiren failin amacı olabileceği gibi azmettiren kişinin de amacı olabilir. Önemli olan suçun cinsel amaçla gerçekleştirilmesi olduğundan kaçırma eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile bu durumda da TCK 109/5 uygulama alanı bulacaktır²⁷⁸.

Cinsel amaç ortaya konulmuş olabileceği gibi açıkça ortaya konulmuş olmasa dahi sanık ile mağdurun yaşlarına, olayın gerçekleşme şekline, sanık ile mağdurun olay öncesi münasebetlerine, olay gerçekleştiği esnadaki failin sarf ettiği sözlere bakılarak cinsel amaç olduğu anlaşılıyorsa TCK 109/5 uygulanacaktır²⁷⁹. Örneğin suçtan önce mağdurun fail tarafından istenmesi ve kendisine olumsuz cevap verilmiş olması, daha öncesinde mağduru

²⁷³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 522; MALKOÇ, s. 1987.

²⁷⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3753.; SOYASLAN, s. 283.; BAYRAKTAR vd., s. 92.

²⁷⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 521.

²⁷⁶ “Tüm dosya kapsamına göre, mağdurun olay günü teyzesinin oğlu olan sanık Nazmi ile buluşup teyzesinin evinde yemek yedikten sonra kendi evine gitmek istediği ve sanıkların hep birlikte mağduru evine bırakmak üzere sanık Şeref’in kullanımındaki araca bindikleri, mağdurun farklı bir yoldan gidilmesi üzerine şüphe ederek araçtan inmek istediği, ancak sanıkların mağduru itirmek suretiyle araçtan inmesine izin vermediklerinin anlaşıldığı olayda, eylemin cebir kullanılarak ve çocuğa karşı işlendiği mahkemece kabul olunmasına karşın, sanıklar hakkında ceza tayin edilirken TCK’nın 109/2. ve TCK’nın 109/3-f maddelerinin uygulanmaması, ayrıca eylemin sanıklardan Nazmi ile evlendirmek amaçlı işlendiği dikkate alındığında cinsel amaçla işlendiği gözetilerek, sanıklar hakkında ceza tayin edilirken 109/5. maddesi gereğince artırım yapılması gerektiğinin düşünülmemesi...” Y. 8. CD., 24.12.2019 tarih, E.2019/2525-K.2019/15635

²⁷⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 521.

²⁷⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3754.

²⁷⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3754.; ARTUÇ, s. 662.

gördüğünde cinsel içerikli sözler sarf ediyor olması gibi durumlarda cinsel amacın varlığını kabul etmek gerekir²⁸⁰.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failde herhangi bir özellik aranmış değildir. Bu sebeple fail herkes olabilir. Kadının erkeğe karşı veya erkeğin kadına karşı cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemesi halinde TCK 109/5 gerçekleşmiş olacaktır. Önemli olan eylemin cinsel amaçlı olarak işlenmesidir.

Yargıtay, suçun işlenmesinden önce veya sonra herhangi bir şekilde kişinin hürriyetinden yoksun kalınmadığı, yalnızca cinsel saldırı veya istismar boyunca hürriyeti tahdidin sınırlı kaldığı durumlarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza vermeyip yalnızca cinsel suçtan ceza verilmesi gerektiği görüşündedir^{281 282}. Örneğin fail mağduru açık bir arazide görüyor ve yakalayıp yere yatırarak tecavüz ediyor ve hemen olay yerinden uzaklaşıyorsa, burada cinsel suç öncesinde ve sonrasında mağdurun hürriyeti kısıtlanmadığından doktrinde bir görüşe göre cinsel suçun karma bir suç olduğundan bahisle, cinsel suçun işlenmesi için hürriyetten yoksun kılmanın kaçınılmaz olması dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmayacağını savunmaktadır²⁸³. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise bu durumda hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacak hem de cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu oluşacak fakat TCK 44 fikri içtima hükümleri uygulanarak yalnızca daha ağır cezayı gerektiren cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan faile ceza verilecektir²⁸⁴. Bizce de bu tür olaylarda iki ayrı suçun oluştuğunu kabul edip fikri içtima hükümlerini uygulamak daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Ancak fail, suç öncesinde veya sonrasında her ne suretle olursa olsun, cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu için gerekli olan süreyi aşarak mağdurun hareket kabiliyetini daraltmışsa,

²⁸⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3754.

²⁸¹ ARTUÇ, s. 662.

²⁸² “Cinsel istismar eylemi işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süreyle mağdurun iradesiyle hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayaacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması nedeniyle mağdurun hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği nazara alındığında, mağdurun olay günü kaldıkları cezaevi koğuşunun üst katında sanığın nitelikli cinsel istismar eylemine maruz kalması ve bu fiil dışında mağdurun hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketin bulunmaması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” Y. 14. CD., 03.03.2020 tarih, E.2016/2494-K.2020/1694

²⁸³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3767.

²⁸⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

bu durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da ceza vermek gerekecektir²⁸⁵. Örneğin mağdurenin تنها bir yere götürölüp cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde her iki suçtan da sorumluluk doğduğu gibi tenhada yakalanan mağdurenin cinsel saldırı suçu işlendikten sonra da bir süreliğine olay yerinden ayrılmasına müsaade edilmediği durumda da her iki suçtan da fail, gerçek içtima kuralları gereğince ceza alacaktır. Cinsel suç öncesinde veya sonrasında mağdurun hürriyetinin kısıtlanıp kısıtlanmadığını, olayın oluş şekline ve şartlarına göre mahkeme takdir edecektir.

1.2.6. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Şekilleri

TCK'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için Kanun koyucu iki tane neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal öngörmüştür. Bunlardan birincisi TCK 109/4 madde fıkrasında belirtilen, suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halidir. Öngörülen ikinci netice sebebiyle ağırlaşmış hal ise TCK 109/6 madde fıkrasındaki, suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtildiği haldir. Buna göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla cebir uygulanırken bu cebir kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birine sebep olursa artık hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de kasten yaralama suçunun ağırlaşmış neticesinden fail ceza alacaktır. Şimdi bu halleri teker teker ele alalım.

1.2.6.1. Suçun Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması

TCK 109/4 madde fıkrasında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru hürriyetinden yoksun bırakmanın haricinde, ekonomik bakımdan da önemli bir kayba uğratılmasını neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiştir²⁸⁶. Hal böyle olunca failin kastının bu ekonomik zararı kapsayıp kapsamadığının önemi olmamakla beraber en azından bu ekonomik kayıp öngörülebilir olmalıdır²⁸⁷. 23. madde de *“bir failin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi*

²⁸⁵ ARTUÇ, s. 662.

²⁸⁶ BAYRAKTAR vd., s. 91.

²⁸⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 521.

gerekir.” denilmektedir. Failin ekonomik kayıp açısından herhangi bir taksiri de söz konusu değilse artık gerçekleşen ağırlaşmış neticeden sorumluluğu olmayacaktır.

Burada fail mağduru kişiyi hürriyetinden yoksun kılma amacıyla kaçtırmakta olup ekonomik olarak zarar verme amacı gütmeyiz²⁸⁸. Eğer failin gerçekleşen ağır neticeye yönelik kastı söz konusu ve artık oluşan neticenin ilişkili olduğu bir suç da var ise, bu suç ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır²⁸⁹. Başka bir anlatımla failin mağdura ekonomik zarar vermek amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma söz konusu olursa, gerçek içtima uygulanacağı için TCK 109/5 uygulama alanı bulamayacaktır²⁹⁰. Burada fail suçu gerçekleştirirken ağırlaşmış neticeyi hesaba katmamış fakat suçu işlemesinden dolayı bu ağır ya da kastedilenden başka sonuç gerçekleşmiştir²⁹¹.

TCK 109/4 hükmünün uygulanabilmesi için ekonomik bakımdan önemli bir kaybın gerçekleşmesiyle yapılan fiil arasında uygun nedensellik bağı kurulabilmelidir²⁹². Failin kaçırdığı kişiden para alması veya senet imzalatması ve bir kişiyi kaçırdıktan sonra ülkede büyük bir ekonomik bunalım olması nedeniyle mağdurun tüm malvarlığını kaybetmesi gibi olaylarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla meydana gelen ekonomik kayıp arasında nedensellik bağı olmadığından TCK 109/4 uygulanmayacaktır²⁹³. Ancak önemli bir ihale öncesinde failin mağduru ofisinde kitlemesi ve ihaleye teklif verememesi dolayısıyla mağdur parasal kayba uğramışsa, illiyet bağının varlığından dolayı artık bu ağırlaşmış netice uygulanacaktır²⁹⁴.

Mağdurun kaybı ekonomik kayıp olmalıdır. Bu ekonomik kayıplardan amaçlanan ise maddi zararlar olup manevi zararlar bu fıkra kapsamında değerlendirilmez²⁹⁵. Örneğin failin mağduru kaçırdığını duyan mağdurun annesi kalp krizi geçirip ölse, ortada ekonomik bir kayıp söz konusu olmadığından TCK 109/4 fıkra hükmü uygulanmayacaktır²⁹⁶. Ekonomik

²⁸⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3752.

²⁸⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 521.

²⁹⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3752.

²⁹¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3752.

²⁹² ARTUÇ, s. 662.

²⁹³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3752.

²⁹⁴ YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar, s. 116.

²⁹⁵ MALKOÇ, s. 1986.

²⁹⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3752.

kayıp suçun devamı süresince çalışmama, karşı koşulları yerine getirememe nedeniyle cezai şart ödenmesi, işin veya ihalenin alınamaması şeklinde belirebilir²⁹⁷.

Mağdurun ekonomik kayba uğraması tek başına yeterli olmayıp bu ekonomik kaybın önemli olması gerekmektedir²⁹⁸. TCK'da bu önemli ekonomik kaybın kime göre olması noktasında herhangi bir düzenleme yoktur. Bir fabrika işçisine göre önemli ekonomik kayıp aynı fabrikanın sahibi için önemli bir kayıp olmayabilir. Ekonomik kaybın önemli olup olmaması göreceli bir durumdur. Kişileri gözetmeyen bir değerlendirme söz konusu edilirse ceza adaletine uymayan komik uygulamalara yol açılacağından bu değerlendirme mağdura göre yapılmalıdır²⁹⁹.

Mağdurun uğradığı ekonomik zararın önemli olup olmadığının takdiri hakime ait olup, hakim somut olayda mağdurun durumunu gözeterek buna karar vermelidir³⁰⁰.

Kanun koyucu hürriyetinden yoksun kılınan kişinin önemli bir ekonomik kayba uğradığı halde TCK 109/4 madde fıkrasında, fail için temel suç tipinin gerektirdiği hapis cezasının yanında ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmedilmesini düzenlemiştir. Bu hükümle netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda görünüşte içtima ilişkisi nedeniyle failin sadece ağır neticeden sorumlu olacağı yönündeki temel prensibe bir istisna getirilmiştir³⁰¹.

TCK 109/4 madde fıkrasında öngörülen adli para cezasının uygulanması hususunda TCK 50/1 madde fıkrası göz önüne alınarak en az beş gün en fazla bin gün olacak şekilde para cezası belirlenmelidir. Mağdurun uğradığı ekonomik kaybın önemi, adli para cezasının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

1.2.6.2. Suçun İşlenmesi Amacıyla veya Sırasında Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hallerinin Gerçekleşmesi

TCK, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için cebir kullanılmasını 109/2 madde fıkrası gereğince cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Cebir kullanıldığı esnada kasten yaralamanın gerçekleşmesi mümkündür. Bu suçu işlerken cebir kullanılması halinde bileşik suç hükümleri gereğince ayrıca cebir suçundan ceza verilmeyecektir.

²⁹⁷ MALKOÇ, s. 1986.

²⁹⁸ BAYRAKTAR vd., s. 92.

²⁹⁹ MALKOÇ, s. 1986.

³⁰⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 520.

³⁰¹ Aktaran: GARİP, s. 91.

Ancak TCK bütün yaralamaların cebir içinde kalmasını ve TCK 109/2 madde fıkrası gereğince cezalandırılmasını ceza adaleti açısından uygun görmemiştir. TCK 109/6 madde fıkrasına göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen cebir eylemi sonucunda, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birisi gerçekleşirse hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebirle işlenmesi nitelikli halinden hem de kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden fail için sorumluluk doğacaktır.(TCK 109/6) Başka bir ifadeyle TCK 109/2 nitelikli halinin gerçekleşmesi esnasında TCK 87. maddesi ihlal edilirse fail hem TCK 109/2 madde fıkrasından hem de TCK 87. maddedeki kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu olacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak için uygulanan cebir sonucunda TCK 87. maddedeki neticeler gerçekleşmeyip de TCK 86. maddedeki neticenin gerçekleşmesi durumunda fail için yalnızca TCK 109/2 madde fıkrasından sorumluluk tesis edilecektir³⁰².

Fail, mağdura karşı hürriyetten yoksun kılma suçunu işlemeye başlamasından, mağdurun serbest kalması esnasına kadar geçen aşamada yaptığı hareketlerin neden olduğu sonuçlar TCK 86 maddesi kapsamında kalır şekilde yaralamalar ise TCK 109/2 madde fıkrası uygulanacak olup ayriyeten TCK 86 uygulanmayacaktır³⁰³. Fakat fail icra hareketlerine başlamadan önce veya kesintinin gerçekleşmesinden sonra ya da mağdur dışındaki başka bir kişiye karşı TCK 86 kapsamında bir yaralama gerçekleştirir ise artık gerçek içtima uygulanacak olup fail her iki suçtan da sorumlu tutulacaktır.

TCK'nın 87. maddesi neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçu olduğu için failin 87. maddeden sorumlu olabilmesi için TCK 23. maddenin de dikkate alınması gerekmektedir³⁰⁴. TCK 23. madde gereğince failin neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan sorumlu olabilmesi için en azından taksirinin olması gerekmektedir.(TCK 23) Bu sebeple taksiri dahi bulunmuyorsa failin artık ağırlaşmış yaralamadan sorumlu olması da söz konusu olmayacaktır.

³⁰² ÖZEN, s. 450.

³⁰³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3757.

³⁰⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 422.

1.2.7. Teşebbüs

Teşebbüs Türk Ceza Kanunu'nda kabul edilen bir müessesedir. Fail, icra hareketlerine başlayıp da elinde olmayan nedenlerden dolayı eylemi tamamlayamamışsa teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁰⁵. TCK genel hükümler kısmında 35. maddede teşebbüse ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu maddede “ *kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*” denilerek, teşebbüsten bahsedebilmek için elverişli icra hareketlerine başlamış olmak gerektiğini kabul etmiştir.

Suç belirli bir silsileyi takip eden bir süreç içinde gerçekleşen bir olgudur. Ceza Hukuku doktrinde suç sürecine, suç yolu(iter criminas) denilmektedir. Bu suç yolunda fail, öncelikle belirli bir suçu işleme hususunda karar verir, daha sonra bu vermiş olduğu kararın icrasına yönelik hazırlık hareketlerini yapar ve en son da suça yönelik icra hareketlerini yaparak neticeyi gerçekleştirmekle suçu tamamlar³⁰⁶. Başka bir ifadeyle üç aşamadan oluşan suç yolunun ilk aşamasında suç fikri ortaya çıkacak, ikinci aşamada bu kararın hayata geçirilmesi için elverişli hareketlerin yapılabilmesini sağlayacak araç gereçlerin temini gibi hazırlık hareketleri gerçekleştirilecek ve son aşamada ise neticeyi gerçekleştirmeye elverişli icra hareketleri yapılacaktır ve suç meydana getirilecektir.

TCK sistematğinde teşebbüsün varlığından bahsedebilmek için suç yolundaki üçüncü aşama olan suçun kanuni tanımındaki neticeyi gerçekleştirebilecek elverişli icra hareketlerine başlanmış olması gereklidir. Aksi halde suça karar verme ve hazırlık aşamasında kalan eylemler için teşebbüsten bahsedilemez. Bu sebeple suç işleme kastı yalnızca teşebbüs için yeterli olmayıp, kastettiği suçu işlemeye yönelik gerçekleştirdiği davranışın o suça ilişkin icra hareketi özelliği taşıması gerekir³⁰⁷. Diğer bir anlatımla suç yolu açısından değerlendirme yapıldığında suçun tamamlanmasından önce, hazırlık aşamasından sonra olan, başlamış ancak neticeye erdirilememiş fiili ifade eder³⁰⁸.

Teşebbüs aşamasında kalan suçlar için Kanun koyucu, tamamlanmış suçun cezasından meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirli bir indirim yapılması gerektiğini

³⁰⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3757.

³⁰⁶ AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 55 S. 1, 2006, s. 86.

³⁰⁷ ÖZGENÇ, s. 455.

³⁰⁸ TOZMAN, Önder, **Suç Teşebbüs**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 13.

kabul etmiştir.(TCK 35/2) Teşebbüs aşamasında kalan suçun haksızlık derecesi, tamamlanmış suçun haksızlık derecesinden daha az olduğu için TCK'nın teşebbüs için öngördüğü ceza indirimi ceza adaleti için yerinde bir uygulamadır.

Failin icra ettiği hareketin suç tipinin öngördüğü neticeyi meydana getirmeye elverişli olması teşebbüs için gereklidir.(TCK 35/1) Failin icra hareketlerinin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı her somut olaya göre değerlendirilerek karar verilmelidir. Elverişli icra hareketlerinin olduğu fakat suç elde olmayan nedenlerden dolayı tamamlanamamışsa veya tamamlanmasına rağmen engel bir sebepten dolayı netice gerçekleşmemiş ise sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecek ve fail teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır³⁰⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sırf hareket suçu olduğu için mağdurun iradesi dışında yer değiştirmesine engel olma ya da kalmak istediği yerden ayrılmaya zorlama ile tamamlandığından bu suça teşebbüs mümkündür³¹⁰. Failin mağdurun başına çuval geçirip omzuna atıp götürmeye çalışırken etraftakilerin yetişip mağduru kaçırmamasına engel olmaları veya mağdurun evden bir şey alacağım diyerek faili kandırıp bıraktırması ya da mağdurun ağırlığı nedeniyle kaldıramayıp olay yerinden failin ayrılması gibi durumlarda failin elinde olmayan nedenlerden dolayı, elverişli icra hareketlerine başlamasına rağmen suçu tamamlayamadığı için teşebbüs aşamasında kalmış kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşur diyebiliriz³¹¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suç olduğu için suçun tamamlanma anı ile suçun bitme anı birbirinden farklı olabilecektir³¹². Suçun tamamlanma anı, mağdurun bulunduğu yeri değiştirme olanağının ortadan kaldırıldığı an iken suçun bitme anı ise kesintinin gerçekleştiği, yani mağdurun yeniden özgürlüğüne kavuştuğu an olacaktır³¹³. Suç tamamlandıktan sonra temadi söz konusu olabilecektir. Ancak temadi süresince suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilemez³¹⁴.

³⁰⁹ AYDIN, Devrim, s. 86.

³¹⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3757.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 530.; MALKOÇ, s. 1991.

³¹¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3757.

³¹² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 529.

³¹³ ÇAKMUT, s. 598.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 529.

³¹⁴ MALKOÇ, s. 1991.

İcra hareketlerinin tamamlanamaması haricinde şayet kişiyi hürriyetinden yoksun kılma için kesintisiz suçtan bahsedebilmeye olanak verecek kadar sürmemişse, yani önemsiz veya göz ardı edilebilecek kadar az bir zaman devam etmişse yine teşebbüsün varlığından söz edilebilecektir³¹⁵³¹⁶.

Teşebbüsün uzadığı hallerde tamamlanmış kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan bahsetmek mümkün olabilir mi? Örneğin fail sevgilisini kaçırmak için eve gelir, silahını gösterir hazırlan gidiyoruz der, mağdur ise failden korkup kendini yatak odasına kilitler ve polisi arayıp polisin gelmesini bekler ve nihayetinde polis gelene kadar yarım saat yatak odasında kalmak zorunda kalır³¹⁷. Bu durumda fail mağdurun hareket özgürlüğünü kısıtlamış yine eylem belirli bir süre devam etmiş olduğundan suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek mümkün olmayıp failin sorumluluğu tamamlanmış suçtan olmalıdır³¹⁸.

Teşebbüs ve gönüllü vazgeçme birbiriyle karıştırılsa da farklı kavramlardır. Teşebbüste fail suç elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamışken gönüllü vazgeçmede faile dışarıdan bir müdahale olmayıp kendi iç muhasebesi dolayısıyla tamamlayabileceği bir suçu tamamlamaktan vazgeçme durumu söz konusudur.(TCK 36) Gönüllü vazgeçmenin olduğu durumda fail teşebbüsten cezalandırılmayacak, ancak gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen eylem suç teşkil ediyorsa o suça ilişkin ceza verilecektir³¹⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından suç tamamlanıncaya kadar eğer şartları oluşmuşsa gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir³²⁰. Örneğin fail mağduru kaçırmak için evine girmiş ve mağdur da evdeyken o esnada ezan sesini duyan fail, vicdanı olarak doğru bir hareket etmediğine kanaat getirerek suçu işlemekten vazgeçip evi terk ederse gönüllü vazgeçmeden bahsetmek mümkündür. Ancak fail gönüllü vazgeçme anına kadar konut dokunulmazlığını ihlal ettiğinden kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olmayıp konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sorumlu olacaktır.

³¹⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 530.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3758.

³¹⁶ “Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde mağdura eter koklatmak suretiyle etkisiz hale getirip, elini ve ayaklarını bağladıktan sonra yorgana sararak evden dışarı çıkardıkları ve apartman girişinde mağdurenin kendine gelip bağırması üzerine mağdureyi olay yerinde bıraktıklarının kabul olduğu somut olayda, sanıkların mağdureyi ikamet ettiği apartmanın girişinde bırakıp kaçmaları nedeniyle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y. 8. CD., 07.01.2020 tarih, E.2019/2469-K.2020/166

³¹⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3758.

³¹⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3758.

³¹⁹ GÜLŞEN, s. 130.

³²⁰ ÖZEN, s. 443.; GÜLŞEN, s. 130.

1.2.8. İştirak

Suçta iştirak, bir suçu işlemek için birden fazla kişinin o suçu işlemek yönünde iradelerini birleştirmelerine denir.(Demirbaş, 2017: 492) Suça iştirak müessesesini düzenleyen hükümler TCK 37-41 maddeleri arasındadır. TCK 37/1 failliği, TCK37/2 dolaylı failliyi, TCK 38 azmettirmeyi, TCK 39 yardım etmeyi, TCK 40 bağlılık kuralını ve nihayet TCK 41 de iştirak halinde gönüllü vazgeçme halini düzenlemiştir.

İştirak halleri faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmakta olup faillik kanunda tanımlanan haksızlığı bizzat gerçekleştiren kişi ya da kişiler için kullanılan terim iken şeriklik ise suçun icrasına iştirak etmekle beraber, suçun işlenmesinde bulunduğu katkı suçun kanuni tanımına uygun olmayan diğer suç ortakları için kullanılan terimdir³²¹. Bu açıdan müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik, faillik hallerini oluştururken azmettirme ve yardım etme ise şeriklik hallerini oluşturacaktır.

Suçta tek başına gerçekleştiren kişi müstakil fail iken suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler de müşterek failidir.(TCK 37/1) Yine suçun işlenmesinde bir başka kimseyi araç olarak kullanan kişi de dolaylı fail olarak fail gibi gerçekleşen suçtan sorumlu olacaktır.(TCK 37/2) Eğer dolaylı fail suç işlenirken kusur yeteneği olmayan kişileri araç olarak kullanırsa, bu takdirde dolaylı faile verilecek ceza artırılacaktır.

Şeriklikten ilki olan azmettirmede amaç, suç işleme konusunda henüz bir iradesi olmayan bir failin suç işleme kararını almasını sağlamak böylelikle de suçun ilk ve etkili psikik nedenini oluşturmaktır³²². Azmettirenin failin üstsoyu veya altsoyu olmasından doğan nüfuzunu kullanarak faili suça azmettirmesinde veya çocuğun suça azmettirilmesi halinde verilecek ceza artırılacaktır³²³.

Şerikliğin diğer hali yardım etme ise başkasının kasten işlemekte olduğu suçun icrasının desteklenmesi halidir³²⁴. TCK 39. maddeye göre yardım etme üç şekilde gerçekleştirilebilir. Birincisi suç işlemeye teşvik etmek veya suça yardımda bulunacağını vaat etmek, ikincisi suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, üçüncü şekli ise suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda

³²¹ ÖZGENÇ, s. 495.

³²² GARİP, s. 98.

³²³ ÖZGÜVEN, Ayşe D., Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 97.

³²⁴ ÖZGENÇ, s. 506.

bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmaktır.(TCK 39/2) Azmettiren ile yardım eden arasındaki en önemli fark, azmettiren failde oluşmamış bir suç iradesini oluştururken, yardım eden ise failde oluşmuş suç iradesini kuvvetlendiriyor olmasıdır.

Azmettirme ve dolaylı faillik de birbiriyle karıştırılabilecek terimlerdir. Her ikisi de başka kişinin suç işlemesine sebep olmaktadır. Azmettiren ile dolaylı failin birbirinden ayrılabilmesi için araç olarak kullanılan kişinin hareket egemenliğinin, arka plandaki kişinin iradeye egemenliğine baskın olup olmadığına göre karar verilecektir³²⁵. Eğer arka plandaki kişinin irade egemenliğinin baskınlığı söz konusu ise dolaylı faillikten bahsedilecek, araç kişinin hareket egemenliği baskınsa azmettirmeden söz edilecektir³²⁶.

Kanun koyucu TCK'da azmettiren için meydana gelen suçun tam cezasıyla cezalandırılmasını kararlaştırmışken yardım eden içinse ceza indirimi öngörmüştür.

Azmettiren ve yardım edenin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi TCK 40 maddesinde düzenlenen bağlılık kuralıyla mümkün hale gelebilmektedir. Buna göre şeriklerin sorumlu tutulabilmeleri için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması ile işlenen fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bağlılık kuralı ile suç üzerinde hakimiyet kurmayan veya özel faillik niteliği taşımayan failin meydana gelen suçtan sorumlu olabilmesinin yolu açılmıştır³²⁷. TCK iştirakçilerden her birinin kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılması gerektiğini ve diğer iştirakçilerin cezalandırılmasını engelleyen kişisel nedenlerin göz önünde bulundurulmamasını hükme bağlamıştır.(TCK40/1) Buna göre kusurluluğu etkileyen herhangi bir neden varsa, her suç ortağı için bu durum ayrı ayrı değerlendirilecektir³²⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna iştirak konusu herhangi bir özellik göstermez³²⁹. Bu suçta iştirak için genel hükümler geçerli olup bu suçta iştirakin her türlü mümkün olmaktadır³³⁰. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesine birden fazla

³²⁵ AKDÜZEN, s. 73.

³²⁶ DEMİRBAŞ, s. 579.

³²⁷ PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **Suç Teşebbüs- İştirak- İctima ve Yaptırımlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 116-117.

³²⁸ EVİK, Vesile S., **Suç İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 267.

³²⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; s. 533.

³³⁰ ÖZEN, s. 443.

kişinin asli fail olarak katılması TCK 109/3-b madde fıkrasına göre cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir³³¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz suçlardan olduğundan dolayı temadının sona ermesine kadar bu suça iştirak etmek mümkündür³³². Öğretide azmettirmenin hükümlerinin uygulanabilmesi için, suçun icrasına başlamadan önce azmettirmenin gerçekleşmesi gerektiğini kabul edenler vardır³³³. Ancak kanaatimizce kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kesintisiz suç olması dolayısıyla ve suç tamamlanıncaya kadar müşterek fail olarak katılabilmek mümkün ise ki mümkündür, bu müşterek faillerden birini suç devam ederken katılmasına azmettirmek mümkün olacağından suç sona erene kadar azmettirici olabilmek mümkündür.

Mağdurenin direncinin kırılmasını sağlamak için onu darp eden, mağdureyi kollarından tutup sürükleyen, mağdurenin içine konulduğu aracı kullanan kişi Yargıtay'ca asli fail olarak kabul edilmektedir³³⁴.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna dolaylı fail olarak katılmak da pekala mümkündür. Örneğin bir yere gitmesini istemediği mağduru asılsız ihbar ile polise yakalatan fail, mağdura karşı hem iftira suçunu işlemiş hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olacaktır³³⁵. Burada fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmayı kendisi direkt olarak gerçekleştiriyor fakat yapmış olduğu asılsız ihbarla başkalarının iradesini etkileyerek kişinin hürriyetinin kısıtlanmasına sebep olmuş ve bu sebeple dolaylı fail sıfatıyla suç işlemiş olmaktadır.

1.2.9. Etkin Pişmanlık

Suçun tamamlanmasından sonra failin meydana gelen neticeyi telafi etmeye dönük davranışları etkin pişmanlık olarak adlandırılmakta olup, etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak tamamlanmış suçlar açısından cezayı azaltan şahsi bir sebeptir³³⁶.

³³¹ MALKOÇ, s. 1991.; BAYRAKTAR vd., s. 98.

³³² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 420.; ÜZÜLMEZ, 2009, s. 1205.

³³³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 421.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 533.

³³⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3759.

³³⁵ ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 28.

³³⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 418.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için kanun koyucu TCK 110. maddede cezayı azaltan şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlığı düzenlemiştir. TCK 110. madde şöyledir: *“Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.”*

Kanun lafzına bakılınca etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmekte olup bu şartlar şöyledir: İlk olarak suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan failin serbest bırakılması gerekmektedir. Türk Ceza Hukuku’nda soruşturma aşaması, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren iddianamenin kabulüne kadar olan süreyi ifade etmektedir.(CMK 2/1-e) Olay savcılığa veya kolluk kuvvetlerine intikal etmişse artık soruşturma aşaması başlamış olacağından fail bu etkin pişmanlık hükmünden faydalanamayacaktır³³⁷. Kolluk kuvvetleri de soruşturma aşamasında yetkili merci olduğu için kolluk kuvvetlerine yapılan somut bir dayanağı olmayan bir ihbarın da soruşturma başlatmaya yeterli olduğu ifade edilmektedir³³⁸.

İkinci şart olarak failin, hürriyetinden yoksun kıldığı mağdurun şahsına herhangi bir zarar vermemesidir³³⁹. Doktrinde kanunda bahsedilen zarardan neyin kastedildiği noktasında ihtilaf vardır. Bir görüşe göre burada kastedilen zarardan, mağdurun yaşamı, beden bütünlüğü ve cinsel bütünlüğüne yönelik bir saldırı anlaşılmalıdır³⁴⁰. Diğer bir görüşe göre ise mağdurun fiziki varlığına yönelik zararların yanında mağdurun manevi bütünlüğüne, akli dengesine hafif veya ağır, kasıtlı veya taksirli herhangi bir zarar bu belirtilen zarar içinde değerlendirilmelidir³⁴¹.

Kanaatimizce failin mağdura vermiş olduğu her türlü zarar, maddi olsun manevi olsun bahsedilen zarar kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü Kanun “mağdurun şahsına dokunmaksızın” demiş, şahıs varlığı içinde kişinin hem maddi hem de manevi bütünlüğü

³³⁷ SOYASLAN, s. 285.

³³⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 529.

³³⁹ “Sanıklardan M. Salih, Mehmet Ali ve Ömer’in müşteki Ahmet Karaman’ın kullandığı taksiye binerek, “kafana sıkırm” şeklinde müştekiyi tehdit edip yaklaşık 20 kilometre boyunca aracı sürmesini istedikleri ve sonrasında ise katılan Belgin’i araçtan zorla indirip, arkalarından takip eden sanık Doğan’ın kullandığı araca bindirdikten sonrataksiciyi bıraktıkları, müşteki Ahmet’in ihbarı sonucu sanıkların yakalandıklarının anlaşılması karşısında, müşteki Ahmet’in soruşturma başlamadan evvel ve müştekinin şahsına zararları dokunmadan bırakıldığının anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında TCK’nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...” Y. 8. CD., 28.01.2020 tarih, E.2019/2626-K.2020/1114

³⁴⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 528.

³⁴¹ SOYASLAN, s. 285.; ÖZEN, s. 451.

birlikte değerlendirilir. Kanun koyucu yalnızca maddi varlığına yönelik saldırı gibi bir sınırlama yapmamıştır. Aksi görüş fail lehine gereğinden fazla iyimser bir yaklaşım olacaktır.

Ancak Yargıtay, fail lehine oldukça geniş bir yaklaşım benimseyerek kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla ve işlendiği süreyle sınırlı olarak ve eylemin gerçekleştirildiği esnada mağdurun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir unsurunu oluşturacak ve kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline ulaşmayacak şekilde yaralanması halinde de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir^{342 343}.

Üçüncü şart olarak failin mağduru dışarıdan herhangi bir müdahale olmadan kendiliğinden bırakmış olması gerekmektedir³⁴⁴. Burada kastedilen mağdurun serbest bırakılmasının herhangi bir dış baskı veya müdahale olmaksızın gerçekleştirilmiş olması olup, yetkili organların veya herhangi bir kişinin müdahalesiyle mağdur serbest bırakılır ise TCK 110. madde uygulanamayacaktır³⁴⁵. Failin mağduru serbest bırakmasının gerçek bir pişmanlık sonucu olması aranmaz³⁴⁶.

765 sayılı ETCK'da failin etkin pişmanlıktan yararlanması için suçtan elde etmek istediği amaca henüz ulaşmış olmaması aranmış olmasına rağmen 5237 sayılı TCK'da böyle bir husus belirtilmediğinden, bu günkü koşullarda failin amacına ulaştıktan sonra bile mağduru herhangi bir zarar vermemiş olmak koşuluyla kendiliğinden güvenli bir yere soruşturma aşaması başlamadan bırakması halinde etkin pişmanlığın uygulanacağını savunan yazarlar vardır³⁴⁷. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce elde etmek istediği sonuca ulaşan failin mağduru serbest bırakması zaten olağan bir sonuç olduğu ve elde edeceği başka bir yararda kalmadığı için başka bir anlatımla, mağdurun hürriyetini

³⁴² YCGK, 8.12.2015,14-645/498, Aktaran: TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 528.

³⁴³ “Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.12.2015 tarihli 2014/14-710 Esas, 2015/502 Karar sayılı ilamı gereğince tüm dosya içeriğine göre, sanığın, mağduru bir süre tutuktan sonra, soruşturma başlamadan önce, nitelikli bir yaralamaya sebebiyet vermeden kendiliğinden serbest bıraktığının anlaşılması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hükümler kurulması neticesinde fazla ceza tayini...” Y. 8. CD., 04.02.2020 tarih, E.2019/2688-K.2020/7630

³⁴⁴ “Sanıklar mağdur Türkan'ı kaçırap alıkoyduktan sonra mağdurenin haber vermesi üzerine, annesi Satı'nın olay yerine gelip duruma müdahale etmesi üzerine sanıklara mağdureyi teslim etmesi şeklindeki olayda, iradi bir serbest bırakmadan bahsedilemeyeceğinden haklarında TCK 110. maddesi gereğince indirim yapılması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.” Y. 8. CD., 12.02.2020 tarih, E.2019/2386-K.2020/9466

³⁴⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 527.

³⁴⁶ GÜLŞEN, s. 125.

³⁴⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 527-528.

kısıtlamasının artık bir anlamı kalmadığı için etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması, ceza adalet anlayışına aykırılık teşkil edecektir. Bu yüzden amacına ulaşan failin diğer şartlar oluşmuş olsa bile TCK 110. maddesindeki etkin pişmanlıktan yararlandırılmaması gerekir.

TCK 110. maddede öngörülen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan dördüncü ve son şart ise mağdurun güvenli bir yere bırakılmış olmasıdır. Güvenli yerden maksat, mağdurun herhangi bir tehlikeyle karşı karşıya kalmayacağı bir yerdir³⁴⁸. Buna göre kaçırılan mağdurun yol ortasına atılıp bırakılması ya da تنها bir yere götürülüp salıverilmesi gibi durumlarda, mağdurun tehlikeyle karşılaşabileceği açık olduğundan etkin pişmanlık hükmü uygulanmayacaktır³⁴⁹. Tehlikenin olabileceği veya olmayacağı her somut olaya göre değerlendirme yapılarak kararlaştırılacaktır. Örneğin normal şartlarda güvenli bir alan olmasına karşın, yoğun terör olaylarının yaşandığı bir yerde mağdur serbest bırakılırsa etkin pişmanlık hükmü uygulanmaz.

TCK 110. maddesinde belirtilen bu şartların hepsinin birlikte gerçekleşmesi halinde failin cezası 2/3 oranına kadar indirilecektir. Belirtelim ki TCK 110'da etkin pişmanlık deyimine yer verildiği için suç tamamlanmış olmalı, şayet icra hareketleri tamamlanmadan fail mağduru bırakırsa gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmalıdır³⁵⁰.

Doktrinde bazı yazarlar etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerektiğini öne sürerek TCK 110. maddede düzenlenen hükmün bir nevi gönüllü vazgeçme olduğunu ileri sürmektedirler³⁵¹. Buradaki durumu TCK 36' da belirtilen icra hareketlerinin tamamlanması ancak neticenin gerçekleşmesini önleme şeklindeki gönüllü vazgeçme durumuna benzetmişlerdir. Ancak bu husus neticesi harekete bitişik suçlardan olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için geçerli olmayacaktır. Çünkü hareket tamamlanınca netice gerçekleşmiş olur. Bu sebeptendir ki neticesi harekete bitişik suçlarda pişmanlık ancak neticenin sürdürülmesine hiçbir engel yokken neticenin sonlandırılmasıyla etkili olabilir³⁵².

³⁴⁸ BAYRAKTAR vd., s. 94.

³⁴⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 529.

³⁵⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 528.

³⁵¹ ÖZEN, s. 451.

³⁵² BAYRAKTAR vd., s. 93-94.

1.2.10. Kovuşturma Usulü ve Yaptırım

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçü, suç işlendiği yönünde bilgi alındığında herhangi bir şikayete tabi olmadan resen soruşturma usulüne tabi bir suçtur. Soruşturma aşaması tamamlandıktan sonra kovuşturma işlemlerini yapmaya görevli olan mahkeme, hem suçun temel şekli için hem de nitelikli halleri için asliye ceza mahkemesidir³⁵³.CMK hükümlerine göre yetkili mahkeme suçun işlendiği yer olmakla beraber kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçü, kesintisiz bir suç olduğu için yetkili mahkeme, kesintinin gerçekteştiği yer mahkemesidir³⁵⁴.(CMK12/2)

Bu suçun temel şekli için öngörülen ceza TCK 109/1 gereğince 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Suçü işlemek amacıyla veya suç işlendiği esnada cebir, tehdit veya hilenin kullanılmasını düzenleye TCK 109/2 madde fıkrası için ise 2 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası öngörölmüştür.

TCK 109/3 madde fıkrasında öngörülen nitelikli hallerin gerçekteşmesi halinde ise faile 1. ve 2. fıkraya göre verilecek ceza bir kat artırılacaktır. Dikkat edilmesi gereken husus TCK 109/3 madde fıkrasında sayılan seçimlik hallerin biri veya bir kaçü aynı anda gerçekteşse de artırım bir kat uygulanacaktır. Seçimlik hallerin birkaçının birlikte gerçekteşmesi, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Mağdurun önemli bir ekonomik kayba uğramış olması halinde TCK 109/4 gereği önceki fıkralara göre verilecek hapis cezasına ek olarak, 1000 güne kadar adli para cezası verilecektir. Burada öngörülen para cezasının belirlenmesinde TCK 52'nin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre en az 5 gün olmak üzere fiilin haksızlık derecesine göre, bin güne kadar artırılarak uygulanacaktır.

Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde ise TCK 109. maddede ilk üç fıkraya göre belirlenen hapis cezası yarı oranında artırılarak uygulanacaktır.(TCK 109/5) Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birinin gerçekteşmesi halinde ise fail, hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de kasten yaralamadan sorumlu olacaktır.(TCK 109/6)

³⁵³ 5235 sayılı Adli İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun 11. m.

³⁵⁴ şAHİN, s. 97.

Eğer fail TCK 110. maddede düzenlenen etkin pişmanlık şartlarını yerine getiriyorsa yani soruşturma başlamadan önce, mağdurun şahsına zarar vermeden, kendiliğinden güvenli bir yere mağduru bırakırsa TCK 109. maddeye göre belirlenen cezanın 2/3 sine kadar olan kısmı indirilerek uygulanır. İndirim oranını hakim taktir edecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kasten işlenebilen bir suç olduğu için fail hakkında TCK 53. maddede öngörülmüş olan belli hakların kullanılmasından yoksun bırakılma hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu suç açısından dava zamanaşımının gerçekleşmesi için geçmesi gereken sürelerle bakacak olursak, TCK 109/1 madde fıkrası için öngörülen cezanın üst sınırı 5 yıl olduğu için dava zamanaşımı süresi, kesintinin gerçekleştiği tarihten itibaren 8 yıldır.(TCK 66/1-e) Dava zamanaşımı süresini kesen hallerden birinin gerçekleşmesi halinde yarısı kadar uzayacağından, dava zamanaşımı en fazla 12 yıla kadar uzayabilir.(TCK 67/4) Suçun nitelikli hallerini düzenleyen diğer fıkralar için dava zamanaşımı süresi ise, suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı 5 yıla 20 yıl arasında hapis cezası olduğu için 15 yıldır.(TCK 66/1-d) Nitelikli haller için dava zamanaşımının kesilmesi halinde TCK 67/4 gereğince dava zamanaşımı, 22 yıl 6 aya kadar uzayabilir. Suçun 12-15 yaş arasındaki çocuklar tarafından işlenmesi halinde, geçmesi gereken dava zamanaşımı süresinin yarısının, 15-18 yaş arası çocuklar için ise 2/3 sinin geçmesiyle dava zamanaşımı dolmuş olur.(TCK 66/2)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu kamu görevlisi, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak işlemiş ise, kamu görevlisi hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁵⁵.

³⁵⁵ GARİP, s 122.

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN İÇTİMAI

2.1. Genel Olarak İctima Kavramı ve İctima Çeşitleri

İctima kelime anlamı olarak toplantı, toplanma anlamına gelmektedir³⁵⁶. Ceza hukuku açısından da ictima, suçların ictimai noktasında gündeme gelmektedir. Suçların ictimandan kastedilen, failin gerçekleştirmiş olduğu suçların toplanmasıdır. Yani aslında ictimanın ilgi alanı, işlenen suçlar için verilecek cezaların toplanıp toplanamayacağı hususudur.

Ceza hukuku açısından gerçek ictima ile anlatılmak istenen, ne kadar suç varsa o kadar ceza vardır prensibidir. Başka bir deyişle fail kaç tane ceza normunu ihlal etmiş ise o kadar ceza normundan ayrı ayrı sorumlu tutulup, bu suçlar için verilecek cezaların toplanarak toplam cezanın bulunmasıdır. 5237 sayılı TCK'nın benimsemiş olduğu temel kural gerçek ictima olduğundan, böylelikle suçların ictimai kapsamına giren bazı istisnalar dışında işlenen her bir suçtan ayrı ayrı cezaya hükmedilecek ve verilen cezalar bağımsızlığını koruyacaktır³⁵⁷.

TCK'da gerçek ictima kurallarının istisnaları da öngörülmüştür. TCK'da öngörülen gerçek ictima kuralının istisnaları, bileşik suç, zincirleme suç ve fikri ictima halleridir. Bu sayılan durumlardan birinin varlığı halinde gerçek ictimadan sapılarak hangi hal gerçekleşmiş ise o hale göre uygulama yapılacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için aslolan gerçek ictima olmakla beraber bileşik suç, zincirleme suç ve fikri ictima hallerinin uygulama alanı bulunmaktadır.

2.1.1. Gerçek İctima

Gerçek ictima, suçların birleştirilmeden meydana gelen her bir suçun ayrı ayrı değerlendirilerek bu suçlar için öngörülen cezaların toplanması esasıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi TCK için kabul edilen temel kural gerçek ictima uygulamasıdır. Ancak istisnai bazı durumlarda gerçek ictima dışında uygulama yapılabilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için de aslolan gerçek ictima uygulamasıdır. Yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla başka suçlar birlikte işlendiğinde hem kişiyi

³⁵⁶ Büyük Türkçe Sözlük. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts, (Erişim Tarihi: 16/02/2020)

³⁵⁷ ÖZGENÇ, s. 522.

hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de işlenen diğer suçlardan sorumluluk esastır. Ancak zincirleme suç, fikri içtima ve bileşik suç uygulama şartları oluştuğunda bu kuralın istisnası olarak gerçek içtimadan sapma söz konusu olabilecektir.

Kasten yaralama suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu birlikte işlenebilir. Kasten yaralama sırasında fail mağdurun yakasına yapışarak onu darp ederken geçici bir müddet hürriyetini kısıtlayabilir. Burada her ne kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmuştur denilebilirse de öğretideki baskın görüş ve Yargıtay'a göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içermesi gerektiği kabul edildiğinden, fail yalnızca kasten yaralama suçundan sorumlu tutulur³⁵⁸. Ancak fail ani gelişen bir kasten yaralama gerçekleştirmeyip hukuken kabul edilebilir bir müddet mağdurun hürriyetini kısıtlarsa her iki suçun da oluşmuş olduğu kabul edilmelidir. Ancak TCK 109/2 madde fıkrasında cebir suçun nitelikli hali olarak kabul edildiğinden, kasten yaralama esnasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gerçekleşirse ve yaralama netice sebebiyle ağırlaşmış bir yaralama da olmaz ise artık bileşik suç hükümlerine göre fail yalnızca TCK 109/2 nitelikli halinden sorumlu olacaktır. Örneğin failin, mağduru تنها bir yere, darp etmek amacıyla götürüp darp etmesi halinde hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacak hem de kasten yaralama oluşacaktır. Ancak netice sebebiyle ağırlaşmış bir yaralama olmaz ise bu yaralama, cebir içerisinde değerlendirilerek TCK 109/2 nitelikli halinin oluşacağı kabul edilerek bileşik suç hükmü gereği faile yalnızca TCK 109/2 madde fıkrasına göre ceza verilecektir. Bunun sebebi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun genel kastla işleniyor olabilmesi ile TCK 109/2 Madde fıkrasında belirtilen cebirin suçu işlemek için veya suçun işlediği esnada uygulanmasının aranıyor olduğudur.

Bir kimsenin cebir, tehdit ve hile kullanılarak hürriyetinden yoksun bırakılması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.(TCK 109/2) Buradaki düzenleme bileşik suç niteliğindedir. Yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cebir ve tehdit kullanılarak işlenirse TCK'da suç olarak düzenlenmiş cebir suçu(TCK 108) ve tehdit suçu(TCK 106) oluşmayacak, fail yalnızca TCK 109/2 madde fıkrasına göre ceza alacaktır. Ancak burada öngörülen cebir kullanılarak suçun işlenmesi hali nitelikli hal olsa da eğer failin uyguladığı cebir, suçun işlenmesi için gerekli şiddet derecesini aşmış ise artık oluşan suçla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçek içtima kuralları

³⁵⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 515.

gereğince içtima ettirilmesi gerekir³⁵⁹. Bu husus TCK 106'da vurgulanmıştır. Buna göre, “ *Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*”denilmiştir. Yani suçun işlenmesi esnasında uygulanan cebir, kasten yaralamanın basit şeklini oluşturuyorsa, ayrıca kasten yaralamanın basit şeklinden fail sorumlu olmayacak yalnızca TCK 109/2'den sorumlu olacaktır. Bu durumda kasten yaralama suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun içinde eritilmiş olmaktadır³⁶⁰. Başka bir anlatımla, basit kasten yaralama suçu TCK 109/2 madde fıkrasındaki nitelikli halde belirtilen cebir kapsamında değerlendirilmiş olmaktadır.

Belirttiğimiz gibi suçun işlenmesi esnasında uygulanan cebir, TCK 86. maddesindeki yaralama halini aşır TCK 87. maddesine göre bir netice meydana getirir ise artık TCK 109/6 gereğince, fail hem kasten yaralama suçundan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan gerçek içtima kuralları gereğince sorumlu tutulacaktır.

Yağma suçunu işlemek amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması halinde, gerçek içtima kurallarınca hem yağma suçundan hem de hürriyetten yoksun kılma suçundan sorumluluk doğacaktır³⁶¹. Yağma suçu işlendiği esnada mağdur kendi rızasıyla failin olduğu yerde değildir. Bir nevi bir zorlama ile orada alıkonulmuştur. Bu açıdan eğer yağma suçunun işlenmesi uzunca bir zaman sürmüşse, bu durumda da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabileceği değerlendirilmelidir. Ancak kısa bir süreliğine, yani hukuken göz ardı edilebilecek bir müddet içinde, mağdurun alıkonularak yağma suçunun işlenmesi halinde yalnızca yağma suçu oluşmuş olacaktır.

Yargıtay 2012 tarihli bir kararında yağma suçu işlenirken mağdurlardan birinin rehin alınmış olmasını sadece nitelikli yağma olarak değerlendirmiş, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşup oluşmayacağını tartışma konusu bile yapmamıştır³⁶². Yağma suçunun basit halini düzenleyen TCK 148. madde ile nitelikli yağmayı düzenleyen TCK 149.maddesine bakıldığında yağma suçu işlendiği sırada kişinin hürriyetinin kısıtlanması, yağma suçunun unsuru veya nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmadığı görülmektedir. Bu

³⁵⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 531.

³⁶⁰ ÖZEN, s. 445.

³⁶¹ Gökçen, Ahmet (Şubat 2013). Hürriyete Karşı Suçlar. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, s. 11-12.
Erişim Tarihi: 20.02.2020

³⁶² YCGK, 07.02.2012 tarih, E.2011/6-332-K.2012/21, Aktaran: Garip; s. 101.

sebepledir ki YCGK'nun vermiş olduğu bu karar isabetli bir karar değildir. İsaletli olan ise, yağma suçu işlenirken ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hali meydana gelirse hem yağma suçu oluşmuş hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmuş olacak, bu durumda gerçek içtima kurallarınca her iki suçtan da faile ceza verilmesi gerekecektir.

Gerçek içtima konusunda değinmemiz gereken suçlardan birisi de cinsel suçlardır. Fail, mağduru cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılarak cinsel saldırı, cinsel taciz, çocukların cinsel istismarı gibi cinsel suçlardan herhangi birini işlerse hem cinsel suçtan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli halinden gerçek içtima kurallarına göre sorumlu olacaktır³⁶³. Gerçekten TCK 109/5 madde fıkrasında cinsel saikin göz önünde bulundurulduğu, ancak cinsel davranışın suçun nitelikli hali olarak öngörülmediği için TCK 102 ve devamında yer alan herhangi bir suç tipinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olmaması dolayısıyla bu suçların bileşik suç ilişkisine (TCK 42) girdiğinden söz edilemez³⁶⁴.

Fail mağdurun hürriyetini yalnızca cinsel suçun işlenmesi süresince kısıtlamış ise fikri içtimadan (TCK 44) bahsedilebilir³⁶⁵. Buna göre fail işlemiş olduğu bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verdiğiinden en ağır cezayı gerektiren cinsel suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin تنها bir yerde mağduru yakalayan failin, cinsel saldırıyı gerçekleştirdikten sonra hemen olay yerinden ayrılması durumu gibi.

Ancak fail cinsel dokunulmazlığa karşı işlediği suçun öncesinde veya sonrasında mağdurun hürriyetini, suç için gerekli sürenin ötesinde kısıtlamış ise artık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile gerçekleştirilen cinsel suç gerçek içtima kuralına göre içtima ettirilir ve fail her iki suçtan da sorumlu tutulur³⁶⁶. Örneğin mağdurun tenhaya kaçırılarak tecavüz edilmesi veya tenhada yakalanan mağdurun tecavüz edilmesinden sonra bir müddet daha alıkonulması hali gibi.

TCK 267/4 madde fıkrası, iftira suçu sonucunda kişinin özgürlüğünün kısıtlanması halinde failin, hem iftira suçunun faili olarak hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulacağını belirtmiştir. TCK 267/4 şu şekildedir:

³⁶³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3763.

³⁶⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

³⁶⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

³⁶⁶ ÖZEN, s. 449.

“Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.”

Yine TCK 272/5 madde fıkrasında yalan tanıklık suçu dolayısıyla mağdurun hürriyetinin kısıtlanması halinde failin hem yalan tanıklık suçunun faili olarak hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulacağı hüküm altına alınmıştır. TCK 272/5 şöyledir: *“Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.”*

Kara, hava ve deniz nakil vasıtalarına yönelik işlenen kaçırma veya alıkoyma eylemlerinde, kaçırılan veya alıkonulan vasıtayla birlikte mürettebatın ve yolcuların da kaçırılacağı veya alıkonulacağı açıktır. Bu husus TCK 223/4 madde fıkrasında öngörüldüğünden fail, hem TCK 223. maddesindeki suçtan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan gerçek içtimaya göre sorumlu tutulacaktır. Aynı şekilde kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgelerdeki sabit platformların işgali sırasında kişilerin hürriyetleri kısıtlanırsa TCK 224/2 madde fıkrası gereği her iki suçtan da gerçek içtima kuralınca ceza verilecektir.

2.1.2. Bileşik Suç

Türk Ceza Kanunu sisteminin kabul ettiği genel kural olan gerçek içtima prensibinin istisnalarından biri, bileşik suç uygulamasıdır. Bileşik suç uygulaması suçların birleştirildiği bir uygulamadır. Başka bir ifadeyle Ceza Kanunu'nda öngörülmüş olan iki veya daha fazla suçun, biri diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedenini oluşturması şeklinde düzenlenen ve ortaya bambaşka bir suçun çıktığı, böylelikle de artık birleşen suçların ilk halinden sorumluluğun kalktığı düzenlemeler bileşik suç düzenlemeleridir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 42. maddesinde bileşik suç, şu şekilde tanımlanmıştır: “Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

TCK 42. madde düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere suçların birleştirilerek yeni bir suç şeklinde tanımlandığı suçlar bileşik suç olacak, birleşen suçlar için içtima uygulanmayacak ve yalnızca meydana gelen yeni suç cezasından fail sorumlu olacaktır.(TCK 42)

Bileşik suç uygulaması kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için de uygulama alanı bulmuştur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK 109. maddenin 2. fıkrasında failin, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir veya tehdit ya da hilenin kullanılması cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile TCK 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçu ile TCK 108. maddede düzenlenen cebir suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı nedenini oluşturmasıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile cebir ve tehdit suçları birleştirilmiş ve bileşik suç uygulaması meydana gelmiştir. Bu sebeple TCK 109/2 madde fıkrasında düzenlenen cezayı artırıcı nitelikli hal, bileşik suç olma niteliğine sahiptir³⁶⁷.

Cebir veya tehdidin, biri veya her ikisi birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için ya da suçun işlendiği sırada gerçekleştirilmesi halinde bileşik suç hükümlerinin uygulama alanı bulması dolayısıyla fail için artık cebir ve tehdit suçları oluşmayacak, TCK 42 maddesi uyarınca yalnızca amaç suça ilişkin TCK 109. maddeye göre ceza verilecektir³⁶⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olan cebir kullanılması durumunda uygulanan cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için gerekli olan şiddet derecesini aşar ise meydana gelen yeni suç ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gerçek içtimaya göre içtima ettirilecektir³⁶⁹. TCK 109/6 madde fıkrasında bu husus açıkça belirtilerek uygulanan cebrin kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinden birini oluşturması durumunda ayrıca kasten yaralamadan failin sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir.

³⁶⁷ ÖZEN, s. 444.

³⁶⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3768.

³⁶⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 531.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda işlenen tehdit veya cebrin kimin üzerinde olacağı noktasında TCK'da bir açıklık bulunmamaktadır. Mağdurun üzerinde tehdit veya cebrin uygulanması halinde TCK 109/2 cezayı artıran nitelikli halin uygulanması gerektiği konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Mağdura karşı cebir veya tehdit kullanılırsa TCK 109/2 uygulanması söz konusu olacaktır. Fail uyguladığı cebir veya tehdidi mağdura değil de mağdur dışında herhangi bir kişiye uygularsa, bu durumda nasıl bir uygulama yapmak gerekecektir? Fail açısından hem özgürlüğünden yoksun kıldığı mağdur için TCK 109/2 nitelikli haliyle hem de üçüncü kişiye karşı işlemiş olduğu kasten yaralama veya tehditten ayrı ayrı sorumluluk mu gerekecek ya da özgürlüğünden mahrum bıraktığı mağdur için mağdura yönelik cebir veya tehdit yok ise yalnızca temel kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile üçüncü kişiye yönelik kasten yaralama veya tehditten sorumluluk mu uygulanacak ya da yalnızca TCK 109/2 nitelikli halinden mi sorumluluk doğacaktır?

TCK 109/2 madde fıkrasında cebrin veya tehdidin kime karşı uygulanması gerektiği hususunda bir netlik olmamasına rağmen Yargıtay 14. CD. 20.03.2012 tarihli bir kararında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında, mağdurenin yanında bulunan annesinin direncini kırmak için mağdurenin annesine karşı basit tıbbi muayene ile giderilebilecek şekilde yaralama gerçekleştirmesi halini kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir unsuru kapsamında kalacağı yönünde bir karar vermiştir³⁷⁰.

Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı isabetli değildir. Bunun sebebi hürriyetinden yoksun kılınan mağdur dışındaki kişinin, kişiliğinin yok sayılmasıdır. Fail tehdidi veya kasten yaralamayı üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirdiğinde, diğer mağdura karşı işlenen suç için şikayet hakkı mağdurun elinden alınmaktadır. Bu da ceza adalet anlayışına ters düşmektedir. Yargıtay failin lehine karar verebilmek için bu doğrultuda karar vermiş olsa gerektir. Ancak bu gibi durumlarda hürriyetinden yoksun kılınan mağdur dışında başka bir mağdur da olduğundan her iki mağdura yönelik eylemleri ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetli olacaktır. Böylelikle de üçüncü kişi mağdurun elinden şikayet hakkı da alınmamış olacaktır. İlle de fail lehine bir uygulama yapılacaksa şu şekilde olabilir: Kanunda, cebir veya tehdidin uygulanması dar yorumlanarak, bu cebir veya tehdidin hürriyetinden yoksun kılınan mağdura karşı gerçekleştirilmiş olması gerektiği yönünde görüşle, fail için hürriyetinden yoksun kıldığı

³⁷⁰ Y. 14. CD. 20.03.2012, 2491/3263, Aktaran: ÖNCEL, Hakan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 38.

mağdur açısından bu kişiye karşı cebir veya tehdit yok ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun basit halinden, diğer üçüncü kişi mağdura karşı eyleminden dolayı da oluşan suçla göre kasten yaralama veya tehdit suçundan ceza verilmelidir. Aksi halde fail, hem TCK 109/2 nitelikli halinden sorumlu olacak hem de üçüncü kişi mağdura karşı gerçekleştirmiş olduğu kasten yaralama veya tehdit suçundan sorumlu olacaktır.

TCK 109/5 madde fıkrasında suçun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli hali bileşik suç uygulaması değildir³⁷¹. Kanun bu düzenlemede cinsel amacı aramış olduğundan, cinsel davranışı suçun unsuru veya nitelikli hali olarak kabul etmediğinden bileşik suç uygulamasından bahsetmek mümkün değildir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu başka suçların unsuru olarak düzenlenmesiyle bileşik suç oluşturma kabiliyetine de sahiptir. Zaten TCK'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu birtakım suçların unsuru olarak düzenlenmiş ve bileşik suç uygulamasına konu olmuştur.

Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının birinci kısmının birinci bölümünde düzenlenen soykırım ve insanlığa karşı suçlar için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Yine ikinci kitabın birinci kısmının ikinci bölümünde düzenlenen insan ticareti suçu için de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, suçun unsuru olarak öngörülmüştür.

TCK 76. maddedeki soykırım suçunda, soykırım suçunu oluşturacak fiiller sayılırken 76/1-c bendinde grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması hali gruptaki kişilerin hürriyetlerinin kısıtlanması halidir. Söyle ki, o gruptaki kişiler bulundukları yerden ayrılmak isteseler dahi o yer ve koşullarda yaşamaya zorlanmaktadırlar. Yine TCK 76/1-e bendinde gruba ait çocukların başka bir yere zorla nakledilmesi fiili zikredilmektedir. Veli veya vasisinin izni olmadan, çocukların bu şekilde bir uygulamaya maruz kalmaları da aynı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacaktır. Ancak TCK 76.maddesi bu fiilleri suçun unsuru olarak zikrettiğinden bileşik suç uygulaması gerekecek olup, faile ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilmeyecektir.

³⁷¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 522.; ÖZEN, s. 444.

TCK 80. maddesinde de kişinin zorlayıcı ve hukuka aykırı yöntemlerle kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi veya nakledilmesi gibi eylemler suç olarak düzenlenmiş olmakla, suç tanımı içerisinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın da suçun unsuru olarak düzenlendiği görülmekte olduğundan ve bundan dolayı da insan ticareti suçunun bileşik suç niteliğinde olduğu söylenebilir³⁷². Bu sebeple insan ticareti suçu işlenirken, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi de gerçekleşirse fail, TCK 42 uyarınca yalnızca insan ticareti suçundan ceza alacaktır³⁷³.

2.1.3. Zincirleme Suç

Türk Ceza Kanunu sistematığının benimsediği gerçek içtima kuralının istisnası olan zincirleme suç TCK 43. maddede düzenlenmiştir. Zincirleme suç hükümlerini düzenleyen TCK 43. madde şöyledir: “ (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. **(Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.)** Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

TCK 43. maddeye göre zincirleme suçun iki hali vardır. Buna göre birinci durum, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi halidir. Bu durumun varlığında faile, gerçekleştirmiş olduğu suçtan bir kez ceza verilecek, ancak verilen bu ceza zincirleme suç hükmü gereğince 1/4 den 3/4 e kadar artırılabacaktır.³⁷⁴

³⁷² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3764.; ÖNOK, R. Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 493.

³⁷³ ÖNOK, s. 493.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3764.

³⁷⁴ ÖZGENÇ, s. 531.

Zincirleme suçun ikinci hali ise, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiil ile işlenmesi durumudur. Zincirleme suçun bu hali doktrinde aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılmaktadır. Yine aynı neviden fikri içtima halinde de fail için tek bir suçtan ceza verilecek ve verilen ceza hakimin taktir yetkisine göre 1/4 den 1/3 e kadar artırılacaktır.

Zincirleme suç hükümlerinin bütün suçlar için uygulanması mümkün değildir. Bunun sebebi TCK 43/3 madde fıkrasında açıkça birtakım suçlar için zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını düzenlenmesidir. Buna göre kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak, failin sorumluluğu gerçek içtima kurallarına göre belirlenecektir.(TCK 43/3) Bu suçların zincirleme suç uygulanması yönündeki istisna oluşturmalarının sebebi haksızlık derecelerinin yoğun olması, toplum içindeki önemi ve bu suçların işlenmesini caydırmak amacı güdülmüş olmasıdır³⁷⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için zincirleme suçun her iki halinin de uygulanması hususunda bir engel yoktur³⁷⁶. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla suç işlenecek olur ise TCK 43/1 madde fıkrasındaki zincirleme suç hükmü uygulanacaktır. Ancak aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile, değişik zamanlarda birden fazla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması halinde zincirleme suç hükmü uygulanmayacak, hürriyetinden yoksun kılınan mağdur sayısınınca suçtan fail sorumlu olacaktır³⁷⁷. Ancak fail birden fazla kişiye karşı yalnızca tek bir fiil ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlerse artık TCK 43/2 hükmü gereği aynı neviden fikri içtima uygulanabilecektir³⁷⁸. Yine bir minibüsün kapısının kilitlenerek içerde bulunan birden fazla kişinin hürriyetinin kısıtlanması halinde de aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır³⁷⁹.

Ceza hukuku doktrininde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanabileceği hususundaki görüş hakimdir. Ancak Yargıtay 765 sayılı ETCK döneminde bir eylemle birden fazla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması durumunda müteselsil suç hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde kararlar verilmekteydi³⁸⁰. Yani her bir mağdur için ayrı ayrı suç oluşacağı kabul edilmekteydi. Bu uygulamanın altında

³⁷⁵ YURTCAN, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, s. 442.

³⁷⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3760-3761.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 530-531.

³⁷⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 530.

³⁷⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 530-531.

³⁷⁹ HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 631.

³⁸⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3761.

yatan asıl sebep, ETCK 80. maddesindeki düzenlemeydi. Çünkü bu maddede 5237 sayılı TCK 43/2 gibi bir düzenleme açıkça yer almış değildi. Bu sebeptendir ki Yargıtay uygulaması da o yönde gelişmişti. Ancak 5237 sayılı TCK 43/2 madde fıkrasında artık tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlenmesi, zincirleme suç hükümleri arasında düzenlendiğinden artık böyle bir problem kalmamış olacaktır. Yeni kanun döneminde Yargıtay da 29.6.2010 tarihli CGK kararında, TCK 43/3 madde fıkrasında belirtilen, zincirleme suç uygulanamayacak suçlar arasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun zikredilmediğinden bahisle, koşulları oluşması halinde 5237 sayılı TCK'nın 43/1-2 madde fıkralarının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için uygulanabileceği yönünde karar vermiştir³⁸¹. Yeni tarihli kararlarında da Yargıtay bu görüşünü devam ettirmektedir³⁸².

Yargıtay'a göre farklı mağdurlara, aynı anda bile olsa farklı farklı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenirse, her bir mağdura karşı eylem ayrı bir suç oluşturacak, zincirleme suç hükümleri uygulanmayarak gerçek içtimaya göre failin cezası belirlenecektir^{383 384}.

Kanaatimize göre aynı olayda birden fazla mağdura karşı tek bir fiil oluşturan hareketlerle işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması daha isabetli olacaktır. Örneğin, failin beş mağdurun bulunduğu odanın kapısına silahla dikilip “çıkan olursa vururum” diyerek çıkmalarını önlemesi durumunda ya da iki kişiye silahını doğrultarak “araca binin” diyerek tehditle kaçırma eylemlerinde TCK 43/2 madde hükmünü uygulamak gerekir³⁸⁵.

³⁸¹ CGK, 39.6.2010,8/110-161, Aktaran: YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3761.

³⁸² “Sanıklar tarafından işletilmekte olan pansiyonda kalan mağdurelerin işten ayrılmak istemeleri üzerine, sanıkların mağdureleri cebir ve tehditle pansiyonda tutmaya devam ederek üzerlerinden kapıyı kilitledikleri tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mağdureleri alıkoyma eyleminin tek fiille birden fazla mağdureye yönelik işlenmesi nedeniyle zincirleme şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilerek sanıkların TCK'nın 109/2, 3-b, 43/2. maddeleri uyarınca mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mağdure sayısınca hüküm kurulması...” Y. 8. CD., 25.03.2019 tarih, E.2019/2477-K.2019/4184

³⁸³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3762.

³⁸⁴ Tüm dosya kapsamına göre, sanığın arkadaşları ile birlikte mağdurların kollarına girip onları cebir ve tehditle olay yeri olan öğrenci evine götürmek suretiyle ayrı ayrı hürriyetlerinden yoksun kıldıkları anlaşılmakla, sanık hakkında mağdur sayısınca mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken, yazılı şekilde zincirleme suç hükümleri uygulanarak eksik ceza tayini...” Y. 8. CD., 09.09.2019 tarih, E.2019/2853-K.2019/10098

³⁸⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3762.

İtalyan Yargıtay'ı da bir hapisanede ki hükümlülerin ceza evi görevlilerini hapsedmeleri halinde aynı suç işleme düşüncesiyle kanunun aynı düzenlemesinin birden fazla ihlal edilmesi gerekçesiyle suçta teselsül oluştuğu kanaatine varmıştır³⁸⁶.

Doktrinde tartışmalı olan bir husus vardır. Bir görüş fail tarafından kaçırılan mağdurun ıssız bir alana götürülmesinden sonra mağdur bir fırsatını bularak, kaçıp failin elinden kurtulur da fail durumu fark edip, failin egemenlik alanından uzaklaşmadan mağdur tekrar yakalanırsa ortada tek suç oluşacağından zincirleme suç hükümlerinin bu durumda uygulanamayacağını savunmaktadır³⁸⁷.

Diğer bir görüş ise bu durumda failin kaçıp kurulmasıyla suç sona erecek fail, mağdurun egemenlik alanından çıkmamış dahi olsa tekrar yakalayıp mağdurun hürriyetini kısıtlarsa iki ayrı suç oluşacak, bu durumda da bu iki suç arasında zincirleme suç ilişkisinin araştırılması icap edecektir³⁸⁸.

Kanaatimizce kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suç olma vasfına sahip olduğundan kesintinin gerçekleşmesiyle suç sona ereceğinden, failin elinden kaçan mağdurun fazla uzaklaşmadan tekrar yakalanıp hürriyetinden yoksun kılınması halinde iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır. Bu durumda suçlar arasında zincirleme suç ilişkisinin varlığını araştırmak gerekecektir.

2.1.4. Fikri İçtima

Gerçek içtima prensibinin bir diğer istisnası olarak Türk Ceza Kanunu'nda fikri içtima müessesesi düzenlenmiştir. Fikri içtima hükmünü düzenleyen TCK 44. maddesi şöyledir: *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”* TCK 44. maddede fikri içtima başlığı altında düzenlenen hükme doktrinde, farklı neviden fikri içtima da denmektedir.

Fikri içtima halinde kanunda suç olarak tanımlanmış birden fazla normun tek bir fiil ile ihlal edilmesi durumu söz konusudur. Fail bu ihlal edilen normlardaki suçların her birinden

³⁸⁶ GÜLŞEN, s. 139.

³⁸⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3761.

³⁸⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 531.

ayrı ayrı ceza alabilecekken kanun koyucu faile bu suçlardan hangisi en ağır cezayı gerektiriyorsa o suçtan ceza verilmesi ilkesini benimsemiştir³⁸⁹.

Başka bir suçla beraber aynı fiil ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da işlenirse bu suçlar içinde hangisi daha ağır cezayı gerektiriyor ise sadece o suçtan faile ceza verilecektir. Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına bir engel yoktur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun fikri içtimaya konu olduğu durumlardan birisi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın yalnızca cinsel içerikli suçun işlenmesi süresiyle sınırlı olması halidir³⁹⁰. Bu durumda fail gerçekleştirmiş olduğu tek bir eylemle hem cinsel suçu işlemekte hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu gerçekleştirmiş olmaktadır. Her iki suç da tek bir eylemle gerçekleştirilmiş olduğundan dolayı TCK 44 fikri içtima hükmü gereğince fail daha ağır cezayı gerektiren cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır. Örneğin تنها bir yerde yakaladığı mağdureye cinsel saldırı suçunu gerçekleştirip, cinsel saldırı suçunun öncesinde veya sonrasında mağdurenin hürriyetini kısıtlamamış ve cinsel saldırıdan hemen sonra yerinden ayrılmış ise fail artık sadece cinsel saldırı suçundan cezalandırılacak ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilmeyecektir.

Öğretide bir görüşe göre TCK 232. maddede düzenlenen kötü muamele suçu işlenirken kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili de gerçekleştiriliyor ve kötü muamele suçunun sınırları aşıyorsa fikri içtima uygulamak gerekecektir³⁹¹. Bu durumda fikri içtima uygulanacağı kabul edilirse, fail daha ağır cezayı gerektiren kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olacak, kötü muameleden dolayı artık ceza verilmeyecektir. TCK'da kötü muamele için öngörülen ceza 1 yıla kadar hapis cezasıyken kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli için öngörülen ceza 5 yıla kadar hapis cezasıdır.

TCK 223. maddesinde düzenlenen ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunun icra hareketleri ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketleri örtüşmektedir. Kara, deniz, demiryolu veya hava ulaşım aracını kaçıran fail, ulaşım aracını kaçırdığı esnada yaptığı fiil ile eş zamanlı olarak yolcu ve mürettebatın hürriyetlerini de

³⁸⁹ ÖZGENÇ, s. 554.

³⁹⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

³⁹¹ ÖZEN, s. 444.

kısıtlamış olmaktadır³⁹². Örneğin, bir geminin personeli ve yolcuları içindeyken kaçırılması veya alıkonulması halinde gemiyi kaçırma veya alıkoyma eylemiyle gemi mürettebatı ve yolcuların hürriyetlerinden yoksun bırakılması suçunun eylemi çakışıkır. Yani tek bir eylemle iki ayrı suç işlenmiş olmaktadır. Bu durumda TCK 44. maddesindeki fikri içtima hükümleri uygulanabilirdi. Ancak TCK 223. madde 4. fıkrasında özel bir düzenleme yapılmış olup, ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu sırasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da işlenirse her iki suçtan da ceza verilmesi gerektiği belirtilmiştir. TCK 223/4 madde fıkrası olmasa idi iki suç fikri içtima hükümleri uyarınca içtima edilecekti. Bu düzenlemeyle artık fikri içtima uygulanamayacak, iki suç gerçek içtima kuralına göre içtima ettirilecektir. Aynı şekilde kıta sahanlığındaki veya münhasır ekonomik bölgelerdeki sabit platformların işgali sırasında da aynı fiil ile iki ayrı suç oluşmaktadır. Yine TCK 224/2 madde fıkrasında da TCK 223/4 benzeri bir düzenleme getirilmiş ve böylelikle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile bu suçun fikri içtimaya göre içtima ettirilmesi engellenerek gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

İtalyan Yargıtay'ı bu hususta iki suçun hukuki konusunun farklı olmasının inkar edilemez bir gerçek olmakla beraber hürriyeti tahdit suçu, uçak kaçırma suçu içinde zorunlu olarak eridiği için İtalyan Ceza Kanunu'nun 81. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir³⁹³.

Fikri içtima konusunda TCK 234. maddede düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu üzerinde durulabilir. Bu suç ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki ilişki nasıl bir ilişkidir? İki suç arasında fikri içtima ilişkisi mi vardır yoksa normların görünüşte içtimai ilişkisine göre özel norm-genel norm ilişkisi mi vardır? Bu konuyu değerlendirmek yerinde olacaktır.

Bu iki suç arasında fikri içtimanın olduğu kabul edilecek olur ise sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilecek diğer suçtan sorumluluk doğmayacaktır. Bu durumda en ağır cezayı gerektiren suç, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olduğundan fail yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza alacaktır³⁹⁴.

³⁹² COŞKUN, Neslihan, Fikri İçtima, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 140

³⁹³ GÜLŞEN, s. 133.

³⁹⁴ ÖZEN, s. 444.

Ancak normların görünüşte içtimainın kabul edilmesi durumunda özel norm-genel norm ilişkisinde önceliğin özel norm olmasından dolayı özel normdan ceza verilmesi gerekecektir³⁹⁵. Bu halde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu özel norm olduğu için fail yalnızca bu suçtan ceza alacaktır. Her iki suçta da korunan hukuksal yararın kişi hürriyeti olması dolayısıyla TCK 234. maddesinin TCK 109.maddesine göre özel norm niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür³⁹⁶.

2.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Çeşitli Suçlarla İçtimaı

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu TCK'da düzenlenen birçok suçla yakından ilişkilidir. Kimi suçlarda suçun unsuru olarak düzenlenmiş kimi suçlar da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Örneğin cebir ve tehdit TCK'da ayrı birer suç olarak düzenlenmemişken TCK 109/2 madde fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için veya işlediği sırada işlenmesi halinde cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Böylelikle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu diğer suçlarla bileşik suç ilişkisine girebilmektedir.

TCK'da bazı suçlar da vardır ki bu suçların işlenmesi için gerçekleştirilmesi gereken fiil aynı zamanda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da gerçekleştirilmesine sebep olabilmektedir. Örneği TCK 223. maddedeki ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunun işlenmesini sağlayan fiil aynı zamanda ulaşım aracının içindeki yolcu ve mürettebatın hürriyetini sınırlandırabilir. Bu gibi suçlarda ayrıca bir hüküm yoksa TCK 44 fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına bir engel yoktur. Ancak TCK 223/4 madde fıkrasındaki gibi özel bir düzenleme varsa fikri içtima uygulanmayarak gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile bazı suçlar arasında da normların görünüşte içtimaı prensibine göre özel norm-genel norm ilişkisi de mevcut olabilmektedir. TCK 234. maddede düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu özel norm-genel norm ilişkisine sahip olup, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu özel norm niteliği teşkil eder³⁹⁷.

³⁹⁵ ÖZEN, s. 444.

³⁹⁶ ÖZEN, s. 444.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 533.

³⁹⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 533.

Kasten yaralama, kasten öldürme, cinsel suçlar gibi birçok suçun işlenmesi esnasında veya suçun işlenmesinden öncesinde ya da sonrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma meydana gelebilmektedir. Bu gibi durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini aşağıda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ilişkili suçlar açısından teker teker ele alarak inceleyeceğiz. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için de aslolan diğer suçlarla gerçek içtima kuralına göre içtima ettirilmesi olmakla beraber, gerçek içtimanın istisnası olan düzenlemeler uygulama alanı bulabilmektedir.

Şimdi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun diğer suçlarla içtima ilişkisini teker teker aşağıda inceleyelim.

2.2.1. Soykırım Suçu ile İçtima

Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap birinci kısım birinci bölümünde soykırım ve insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir. Soykırım suçu uluslararası suçlardan olup zamanaşımına uğramayan suçlardan birisidir.(TCK 76/4) Bu sebeple suçun işlenmesi durumunda hiçbir şekilde zamanaşımı işlemeyecek, fail ne zaman yakalanırsa yakalansın yargılaması yapıp cezası verilecektir.

Soykırım Suçu TCK 76/1 madde fıkrasında bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi olarak tanımlanmıştır.(TCK 76/1) Buna göre soykırım suçu bir planın icrası suretiyle işlenebileceğinden bu suç için önceden tasarlama söz konusudur. Bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek isteme sebepleri ise bu insanların belli bir millete, etnik kökene, ırka veya dine mensup olmalarıdır. Bu suçla amaçlanan bir grubun tamamen yok edilmesi olabileceği gibi nüfus popülasyonunu değiştirmek veya kontrol altında tutmak da olabilir.

TCK 76/1 madde fıkrasında soykırım tanımlandıktan sonra milli, etnik, ırki veya dini grup mensuplarına karşı hangi fiillerin işlenmesi halinde soykırım suçunu oluşturacağı beş bent halinde sayılmıştır. Fail veya failler bu seçimlik hareketlerin yalnızca birini yaparak soykırım suçunu işleyebileceği gibi birkaç seçimlik hareketi birlikte yaparak da soykırım suçunu işleyebilir.

TCK 76/1-c bendinde grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması seçimlik fiili soykırım suçunu oluşturacak hareketler

arasında sayılmıştır. Fail veya failler bu seçimlik fiilin icrası için grup üyelerini, belli bir yerde ve zor koşullar altında yaşatmak için grup üyelerinin o yerden çıkmalarını engelleyerek, hürriyetlerini kısıtlayacaklardır. Bu şekilde de grup üyelerine karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacaktır.

Yine TCK 76/1-e bendinde gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi seçimlik hareketi soykırım suçunu oluşturacak hareketler arasında gösterilmiştir. On beş yaşından küçük çocukların veli veya vasisinin izni olmadan, on beş yaşından büyük on sekiz yaşından küçük çocukların ise rızası olmadan başka bir gruba nakledilmesi, zorla nakledilen çocuklar için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacaktır.

Ancak TCK 76/1-c ve TCK 76/1-e bentlerinde öngörülen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilleri, soykırım suçunun bir unsuru olarak düzenlenmiş olduğundan TCK 42. maddesi gereğince biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçlar, bileşik suç olacağından TCK 76. maddesindeki soykırım suçunun bileşik suç olarak kabul edilmesi gerekecektir. Buna göre fail veya failler kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrıca ceza almayacak yalnızca TCK 76. maddede düzenlenen soykırım suçundan sorumlu olacaklardır.

2.2.2. İnsanlığa Karşı Suç ile İhtimal

Türk Ceza Kanunu ikinci kitap birinci kısım birinci bölümde düzenlenen iki suçtan diğeri ise insanlığa karşı suçlardır. İnsanlığa karşı suçlar TCK 77. maddede dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Soykırım suçu gibi insanlığa karşı suçlar için de zamanaşımı işlememektedir.(TCK 77/4) Kişi suçu ne zaman işlerse işlesin zamanaşımı işlemeyeceğinden yakalandığı zaman yargılaması yapılacak ve cezası verilecektir.

İnsanlığa karşı suçlar da yine soykırım suçu gibi belli bir plan çerçevesinde sistemli olarak gerçekleştirilen eylemlerle meydana gelmektedir. Suçun yöneldiği kişiler ise toplumun belli bir kesimi olup, suç siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle işlenebilir. TCK 77/1 madde fıkrasında sekiz bent halinde sayılan fiiller siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi halinde insanlığa karşı suç işlenmiş olacaktır. Bu sayılan eylemlerin yapılma saikleri sınırlı olarak sayıldığı için siyasal, felsefi, ırki veya dini saik dışında başka bir saikle bu eylemlerin yapılması halinde insanlığa

karşı suç oluşmayacak, eylem hangi suçu teşkil ediyorsa o suç oluşacak ve fail meydana gelen suçtan ceza alacaktır.

TCK 77/1 madde fıkrasında sayılan insanlığa karşı suç oluşturacak eylemler arasında d bendinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da sayılmıştır. Bu sebeple kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile insanlığa karşı suçlar arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu siyasal, felsefi, ırki veya dini sebeplerle toplumun bir kesimine karşı, bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenecek olursa insanlığa karşı suç işlenmiş olacaktır. Korunmak istenen insanlık ortak değerlerine verilen önemden dolayı bu suç, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmeyip, müstakil bir suç olarak vaaz edilmiştir³⁹⁸.

Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde yer alan insanlığa karşı suç için, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu unsur olarak düzenlendiği anlaşıldığından dolayı TCK 42 maddesi gereğince bileşik suç olduğunu kabul etmek gerekecektir³⁹⁹. Bilindiği üzere TCK 42. maddede bileşik suçtan bahsedebilmek için suçların biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturup, tek bir fiil sayılan suç oluşturulması gerektiği belirtilmiştir. TCK 77/1-d bendinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun insanlığa karşı suçun unsuru olarak düzenlendiği açıktır. Bundan dolayı TCK 77 insanlığa karşı suçların, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemiyle işlenmesi halinde bileşik suç hükümleri uygulanacak olup fail yalnızca TCK 77'den sorumlu olacak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza almayacaktır.

2.2.3. İnsan Ticareti Suçu ile İçtimai

Türk Ceza Kanunu'nun uluslararası suçlar kısmında düzenlenen suçlardan birisi de insan ticareti suçudur. TCK 80. maddesinde insan ticareti suçunun hareket unsurunu oluşturan fiiller şöyle sayılmıştır: Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek,

³⁹⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3763.

³⁹⁹ GÖKCAN, Hasan T., “ Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 39 S. 3, 2013, s. 55.

kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek veya barındırmak olarak sıralandırılmıştır.(TCK 80/1)

TCK 80/1 madde fıkrasında suçun hareket unsurunu oluşturan fiiller sayılırken kaçırarak, bir yerden başka bir yere nakletmek vb. gibi sayılan eylemlerin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacak eylemler de olması sebebiyle insan ticareti suçunun tanımı içerisinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın da unsur olarak yer aldığını görmekteyiz⁴⁰⁰. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, insan ticareti suçunun unsuru olarak düzenlenmesinden dolayı TCK 42 maddesindeki bileşik suç hükmü gereğince insan ticareti suçu bileşik suç niteliğindedir⁴⁰¹.

İnsan ticareti suçunun bileşik suç oluşturması nedeniyle insan ticareti suçu işlenirken kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi gerçekleştirilirse artık yalnızca insan ticareti suçundan faile ceza verilecek, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için faile ceza verilmeyecektir⁴⁰².

2.2.4. İşkence ve Eziyet Suçları ile İktimai

Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabının kişilere karşı suçlar kısmının üçüncü bölümünde işkence ve eziyet suçları düzenlenmiştir. TCK 94. maddesinde işkence suçu, 95. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence, 96. maddesinde ise eziyet suçu düzenleme konusu olmuştur. İşkence ve eziyet suçları birbirine benzer suç olmakla beraber aralarındaki en önemli fark, işkence suçunun yalnızca kamu görevlilerince işlenebilmesi iken eziyet suçunu herkesin işleyebilmesidir. İşkence suçu kamu gücünün vermiş olduğu gücün kötüye kullanılması suretiyle insan onuruna yakışmayacak, kişiyi aşağılayacak, kişiye beden veya ruhsal yönden acı çektirecek eylemlerin yapılmasıyla gerçekleşir. Eziyet suçu ile işkence suçunun eylemleri çakışabilir. Yani aslında eziyet suçunun eylemlerini kamu görevlisinin görevi dolayısıyla işlemesi halinde işkence suçu oluşur diyebiliriz. Belirtmek gerekir bir polis memurunun tatildayken tartıştığı birini evin bodrumuna kaparak işkence niteliğindeki

⁴⁰⁰ ÖNOK, s. 493.; GÖKCAN, s. 55.

⁴⁰¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3764.

⁴⁰² "...kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminin insan ticareti suçunun unsuru olması ve bu suçtan kurulan 6 yıl hapis cezasına ilişkin hükmün daha önce onanarak kesinleşmesi karşısında, bu cezanın insan ticareti suçundan hükmedilen cezadan mahsup edilmek suretiyle sonuç cezanın tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..." Y. 14. CD., 26.06.2019 tarih, E.2018/1128-K.2019/10383

eylemler yapması işkence suçunu oluşturmayacak eziyet suçunu oluşturacaktır.⁴⁰³ Kamu görevlisinin göreviyle bağlantısı olmayan hallerde yapmış olduğu işkence mahiyetindeki eylemlerin eziyet suçunu oluşturacağı doktrinde belirtilmiştir.

İşkence suçu TCK 91/1 madde fıkrasında bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılamasına yol açacak davranışların kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmıştır.(TCK 91/1) Bu sebeple işkence suçu özgü suç niteliğinde olup kamu görevlisi sıfatı taşıyan kişiler haricinde kimse işkence suçunu işleyemez. İşkence suçunun önlenmesi amacıyla 11.04.2013 tarihli 6459 sayılı kanunun 9. maddesiyle TCK 94. maddeye eklenen altıncı fıkrayla beraber artık işkence suçu için zamanaşımı işlemeyecektir.

Eziyet suçu TCK 96. maddesinde bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Arapça kökenli olan eziyet kelimesinin anlamı zulüm, sıkıntı ve güçlütür⁴⁰⁴.

Eziyet ve işkence suçlarının varlığının kabul edilebilmesi için sistematiklik gerekli olup ani eylemler eziyet ve işkence kapsamında değerlendirilemez⁴⁰⁵. Yine bu suçların belli bir yoğunlukta devam eden hareketleri içinde barındırması da gerekmektedir. Örneğin sorgu esnasında sinirine hakim olamayan kolluk kuvveti mensubunun şüpheliye bir tokat atması işkence suçunu oluşturmayıp kasten yaralama suçunu oluşturacaktır. Doktrinde yapılan eylemin ağırlığına göre sistematik olmayan, kişinin bedeninde sigara söndürülmesi gibi ağır hareketlerin de işkence suçunu oluşturabileceğini savunan yazarlar da vardır. Ancak Yargıtay yakın tarihli bir kararında ani gelişen olayda, mağdurun bedeninde sigara söndürülmesini

⁴⁰³ BAKIM, Sevi, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008. s. 98-99.

⁴⁰⁴ Büyük Türkçe Sözlük. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts, ET:16/02/2020

⁴⁰⁵ "eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımına altına alınmasını gerektirmiştir..." Y. 8. CD., 25.02.2019, 2018/11874-2019/2586

eziyet olarak değerlendiren yerel mahkemenin kararını bozarak, eylemin kasten yaralamanın nitelikli halini oluşturacağını gerekçesinde belirtmiştir⁴⁰⁶.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, işkence suçunun unsuru veya cezayı artırıcı nitelikli hali olarak düzenlenmediğinden, hukuka uygunluk nedeni olmaksızın bir kişinin özgürlüğü kısıtlanarak işkence suçunun işlenmesi halinde iki ayrı suçun olduğu kabul edilecektir⁴⁰⁷. Başka bir anlatımla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma için hukuka uygunluk nedeni olmaksızın, kişi hürriyetinden yoksun bırakılarak işkence suçu işlenirse, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile işkence suçu gerçek içtima kuralına göre içtima ettirilecek ve faile için her iki suçtan da ceza verilmesi gerekecektir.

İşkence suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bir kaç şekilde bir araya gelebilir. İlk olarak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığıyla örneğin TCK 24 kapsamında kanun emrinin yerine getirilmesi gibi bir durumun varlığı halinde, hukuka uygun şekilde özgürlüğü kısıtlanan mağdura bu süreçte işkence eyleminin yapılması ile yalnızca işkence suçu işlenmiş olacak, hukuka uygun olarak hürriyetinden yoksun kılındığı için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır⁴⁰⁸. Kamu görevlisi failin sorumluluğu, dolayısıyla yalnızca işkence suçundan olacaktır.

İkinci bir hal olarak hukuka uygunluk nedeni ile beraber kişinin hürriyetinin kısıtlanmasıyla başlayan eylem, hukuka uygunluk nedeninin bitmesine rağmen devam etmesi ve bu esnada işkence eylemlerinin yapılması durumunda, kamu görevlisi fail hem işkence suçundan dolayı ceza alacak hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı ceza alacaktır. Örneğin Cumhuriyet savcısının “ifadesinin alınıp şüphelinin salıverilmesi” talimatını kolluk görevlilerinin yerine getirmeyerek şüpheliyi sabaha kadar nezarete bekletmeleri ya da ceza evinde bulunan hükümlüyü koğuşundan alıp bir hücreye kapatarak birkaç gün süreyle işkence eden infaz koruma görevlisinin eylemleri hem işkence suçunu hem

⁴⁰⁶ “... basketbol oynamak için okulun bahçesine gelen suça sürüklenen çocuk ve sanıkların mağdurdan basket sahasından ayrılmasını ve topu kendilerine vermesini istedikleri, mağdurun topu vermemesi ve basket sahasından ayrılmaması üzerine mağduru kolundan tutup okulun bahçesinin yanında bulunan alana götürerek burada birlikte mağdura vurmak ve kolunda sigara söndürmek suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralamaları şeklinde gelişen eylemlerinin; sistematik ve süreklilik arz etmeyecek şekilde, aniden gelişen bir olay olması nedeniyle, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı kasten silahla yaralama suçunu oluşturacağı gözetilerek olayın oluş şekli ve birden fazla nitelikli halin birleşmesi nedeniyle alt sınırdan uzaklaşılarak hükümler kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile eziyet suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi...” Y. 8. CD., 17.01.2019 tarih, E.2018/11933-K.2019/821

⁴⁰⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3766.

⁴⁰⁸ GÖKCAN, s. 58.

de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olan 109/3-e bendini gerçekleştirmiş olacak ve kamu görevlisi fail gerçek içtima kurallarına göre her iki suçtan da ceza alacaktır⁴⁰⁹.

Üçüncü bir hal olarak, hiçbir hukuka uygunluk nedeni olmadan kamu görevlisi failin mağduru hürriyetinden yolsun kılarak işkence suçunu işlemesidir. Örneğin istihbarat görevlilerinin hukuka uygunluk nedeni olmaksızın bir kişiyi yakalayıp, gizli bir yere götürerek işkence etmesi halinde kamu görevlisi failer her iki suç da işlemiş olacaklar ve gerçek içtima kuralına göre her iki suçtan da ceza alacaklardır.

İçtima konusunda işkence suçu gibi eziyet suçunda da gerçek içtima kuralı uygulama alanı bulacaktır. Bunun sebebi eziyet suçunun unsurları arasında ve cezayı artırıcı nitelikli hallerinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın vaaz edilmiş olmamasıdır. Bundan dolayı eziyet suçuyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bileşik suç oluşturmayacak ve böylelikle failin sorumluluğu her iki suçtan da olacaktır.

Kanaatimizce tek bir fiil ile hem işkence hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi mümkündür. Örneğin herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın kişiyi hürriyetinden yoksun kılan kamu görevlileri, mağduru başka bir eylemde bulunmadan soğuk, karanlık bir hücreye kapatmaları halinde bedensel ve ruhsal olarak mağdurun acı çekmesine sebep olacaklarından tek bir fiil ile iki suç da işlenmiş olacaktır. Bu durumda TCK 44 maddesindeki fikri içtima kurallarının uygulanması önünde bir engel yoktur. Fail böyle bir durumda işkence suçu için öngörülen hapis cezası daha fazla olduğu için yalnızca işkence suçundan ceza alacaktır.

Eziyet suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da tek bir fiil ile gerçekleştirilecek olursa, yine bu iki suç için de TCK 44 maddesindeki fikri içtima hükümlerini uygulamak yerinde olacaktır. Bu durumda hangi suç için daha ağır hapis cezası yaptırımını öngörülüyorsa failin sorumluluğu o suçtan olacaktır.

2.2.5. Kasten Öldürme Suçu ile İçtima

Kasten öldürme suçu TCK'nın özel hükümler kitabının kişilere karşı suçlar kısmının birinci bölümü olan hayata karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. TCK 81. maddesinde kasten

⁴⁰⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3766.

öldürme, TCK 82. maddesinde kasten öldürme suçunun nitelikli halleri, TCK 83. maddede kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçları düzenlenmiş bulunmaktadır. İhlal ettiği hukuksal değer çok ağır olduğundan dolayı kanun koyucu, kasten öldürme suçunun yaptırımını olarak müebbet hapis cezasını, kasten öldürmenin nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde ise TCK'da en ağır yaptırım olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını yaptırım olarak öngörmüştür.

Türk Ceza Kanunu, kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesini de suç olarak düzenlemiştir.(TCK 83) Buna göre kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden failin sorumlu tutulabilmesi için, neticenin gerçekleşmesine sebep olan yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekmektedir.(TCK 83/1)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kasten öldürme suçu biri diğerinin unsuru veya cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hali olarak düzenlemeyip tek fiil sayılacak bir suç ilişkisi içinde olmadığından, bu iki suç bileşik suç oluşturmazlar. Yine bu iki suç, özel norm-genel norm ilişkisi içerisinde de bulunmadığından dolayı kasten öldürme suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilirlir⁴¹⁰.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kasten öldürme suçları birkaç değişik şekilde içtima konusu yapılabilirler. İlk olarak, öldürmek maksadıyla hürriyetinden yoksun kılınan mağdurun daha sonra öldürülmesi halidir ki bu durumda gerçek içtima kuralları gereğince fail her iki suçtan da sorumlu olacaktır. Örneğin, failin mağduru ıssız bir yerde öldürmek amacıyla araca bindirip kaçırdıktan sonra ormanda öldürmesi veya mağdurun evine giderken cebir ve tehditle bir süre hürriyetini kısıtlamasının ardından öldürmesi halinde her iki suç da işlenmiş olacaktır⁴¹¹. İştirakçilerin her iki suçtan sorumlu olabilmeleri suçun hem kasten öldürme hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiillerinin gerçekleştirileceğini bilmelerine bağlıdır. Eğer biliyorlarsa her iki suçtan da sorumlu tutulacaklardır. Ancak sadece kasten öldürmeye iştirak iradesi olan iştirakçi, mağdurun hürriyetinden yoksun kılınacağını bilmiyorsa yalnızca kasten öldürmeden sorumlu olacakken, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna iştirak iradesi olan iştirakçi ise yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza alacaktır.

⁴¹⁰ GÖKCAN, s. 55.

⁴¹¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3764.

Kasten öldürme suçu işlenirken, öldürme fiilinin öncesinde veya sonrasında hürriyetten yoksun kılmaya yönelik herhangi bir eylem olmadan, yalnızca mağdura karşı bir süre şiddet uygulayarak mağduru öldürmesi gibi hallerde fail sadece kasten öldürme suçunu işlemiş sayılmalıdır⁴¹². Yani failin yalnızca öldürme suçunu işlediği süre ile sınırlı bir zaman diliminde mağdurun özgürlüğünü kısıtlaması durumunda yalnızca kasten öldürmeden ceza verilmelidir. Bu durumu kanaatimizce TCK 44. madde kapsamında fikri içtima hali olarak değerlendirmek isabetli olacaktır. Çünkü fail tek bir eylemle iki ayrı suçu gerçekleştirmiş olduğundan ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçundan sorumluluk doğar.

Bir diğer halde ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya işlendiği sırada kullanılan cebrin ölümle sonuçlanması halidir⁴¹³. TCK'nın 23. maddesi gereğince failin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu olabilmesi için en azından taksir ile hareket etmiş olması gerekmektedir.

2.2.6. Kasten Yaralama Suçu ile İçtima

Kasten yaralama suçu Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının ikinci kısmı olan kişilere karşı suçların ikinci bölümü olan vücut dokunulmazlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. TCK 86. maddesinde kasten yaralamanın basit ve nitelikli halleri düzenleme alanı bulurken TCK 87. maddede kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Kasten öldürme suçunda olduğu gibi kasten yaralama suçu için de ihmali davranışla gerçekleştirilmesi TCK 88'de suç olarak düzenlenmiştir. TCK 88'de kasten yaralamanın ihmali şekilde işlenmesi halinin uygulanması açısından kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesine ilişkin koşulların göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre failin kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleşmesinden sorumlu olabilmesi için kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi ve neticeye sebep olan yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekmektedir.(TCK 83/1)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kasten yaralama suçu yakın bir ilişki içerisinde. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi hem kasten yaralama suçunun işlendiği esnada gerçekleşebilir hem de kasten yaralama suçunun öncesinde veya sonrasında gerçekleşebilir. Yine hürriyeti kısıtlanan kişinin, hürriyeti kısıtlanırken kişi, kasten yaralama

⁴¹² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3764.

⁴¹³ GÖKCAN, s. 56.

eylemine maruz kalabilir. Belirttiğimiz suretlerle iki suç arasında ilişki doğabilecektir. Peki, bu hallerde nasıl bir içtima hali uygulanmalıdır? Bunu şimdi aşağıda inceleyelim.

TCK 109/2 madde fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Cebir suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlendiği için TCK 42 gereğince bileşik suç oluşturmuştur⁴¹⁴. Cebir suçu kasten yaralama suçunun özel bir nitelikli hali görünümündedir. Ancak TCK'da ayrı bir maddede düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre cebir suçunun içinde kasten yaralama suçu erimektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için veya işlediği esnada fail mağdura cebir uygularsa TCK 109/2 nitelikli hali gerçekleşecektir. Bu durumda fail ayrıyeten cebir suçundan sorumlu olmayacaktır. Yaralamanın temel şekli cebir suçunun unsuru olduğundan dolayı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cebir uygulanması halinde, bu cebir kasten yaralamanın temel şeklini oluşturuyorsa ayrıca kasten yaralama suçundan faile ceza verilmeyecektir⁴¹⁵. Başka bir anlatımla, uygulanan cebir TCK 86. madde kapsamında bir kasten yaralama vasfını geçmemişse yapılan eylem cebir içerisinde değerlendirilecek, faile ayrıca kasten yaralamadan ceza verilmeyecektir.

TCK 109/6 madde fıkrasında özel bir düzenleme ile suç işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi halinde ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümden dolayı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için veya işlediği sırada uygulanan cebir TCK 86. maddesindeki kasten yaralama vasfını aşarak TCK 87. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hallerinden birini oluşturursa artık fail için gerçek içtima kurallarına göre hem TCK 109/2 hükmü hem de TCK 87 hükmü uygulanacak, her iki ceza toplanarak failin cezası bulunacaktır⁴¹⁶.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, özel bir kast aranmadan genel kastla işlenebilen bir suç olması dolayısıyla, bir kişinin kasten yaralama suçu işlemek maksadıyla olsa dahi, hile ile veya tehdit ya da cebir ile bir yere götürülmek, tutulmak ya da gitmesine engel olunmakla beraber darp edilmesi biçimindeki eylemler de TCK 109/2 madde fıkrası

⁴¹⁴ BAYRAKTAR vd., s. 96.

⁴¹⁵ SOYASLAN, s. 280.

⁴¹⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 516.

kapsamında değerlendirilecektir⁴¹⁷. Bu gibi durumlarda yaralamanın boyutu önemli olmaktadır. Yaralamanın boyutu TCK 86. madde kapsamında ise sorumluluk yalnızca TCK 109/2 madde fıkrasından olacak iken, yaralamanın boyutu TCK 87. madde kapsamında olursa sorumluluk gerçek içtima gereği hem TCK 109/2’den hem de TCK 87’den olacaktır.

Kişinin kasten yaralama için kaçırılıp dövülmesi hali ile hürriyeti kısıtlanan kişinin suç bitmeden dövülmesi arasında, hürriyeti kısıtlama suçu özel kastı aramadığı için sorumluluk bakımından bir fark olmayacaktır. Her iki durumda da kasten yaralamanın basit şekli gerçekleşmişse TCK 109/2 gerçekleşecek, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama meydana gelmişse TCK 109/6 madde fıkrası gereğince gerçek içtima uygulanacağından hem TCK 109/2 hem de TCK 87. maddelerinden ceza verilecektir⁴¹⁸.

Bir başka durum olarak, kasten yaralama suçu işlendiği esnada mağdurun hareket etme yeteneği belli bir süre kısıtlandığı bir gerçektir. Bu kısıtlanma hali nasıl değerlendirilmelidir? Öncelikle ani olarak mağdurun yakasını tutup yumruk atan failin çok kısa bir süreliğine mağdurun hareket serbestisini engellediği açıktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için hürriyeti kısıtlama süresinin uzun veya kısa olmasının önemi olmamakla beraber hukuken önemli sayılan belli bir süre devam etmesi yani anlık olmayan bir süreyi içermesi gerekmektedir⁴¹⁹. Bu sebepten dolayı ani gelişen hukuken önemli sayılamayacak bir süre mağdurun hareket serbestisinin engellenerek kasten yaralamanın gerçekleştiği durumda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacak fail yalnızca kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır.

Faile mağdurun boğuşmasının uzun sürdüğü örneğin yarım saat gibi cedelleştikleri hallerde ise doktrinde, yaralama suçunu oluşturan hareketlerin devamı süresince fiilin niteliği

⁴¹⁷ GÖKCAN, s. 56.

⁴¹⁸ “Sanık Ata ve arkadaşlarının, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediği sırada mağdurları basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaraladıklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, mevcut yaralanmanın TCK’nın 109/2. maddesinde düzenlenen suçun cebir unsuru içinde kaldığı gözetilerek sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza tayini gerekirken, sanık hakkında hem kasten yaralama hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulması...” Y. 8. CD., 09.09.2019 tarih, E.2019/2853-K.2019/10098

“... Sanığın olay günü oğlu olan mağdurun arkadaşıyla birlikte hırsızlık yaptığını öğrenmesi üzerine, mağdurun ellerini ve ayaklarını bağlayarak, pamuk işlemeye kullanılan sopayla darp etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, kasten yaralama eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun zor unsuru niteliğinde olduğu gözetilerek, sanık hakkında sadece TCK’nın 109/2, 3, a, e, f maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken, ayrıca eziyet ve kasten yaralama suçlarından da hükümler kurulması...” Y. 8. CD. 06.05.2019 tarih, E.2019/9242-K.2019/6264

⁴¹⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 514.; ÖZEN, s. 437.

gereği mağdurun hürriyetten yoksun kılınmış olmasının ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna vücut vermeyeceği savunulmuştur⁴²⁰. Ancak kanaatimizce, kasten yaralama esnasında mağdurun hürriyeti hukuken önemli sayılacak bir müddet kısıtlanmışsa örneğin yarım saat süreyle kısıtlanması hali gibi bir durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekecek ve uygulanan şiddet TCK 86. madde kapsamında ise fail TCK 109/2 madde fıkrasına göre, uygulanan şiddet TCK 87. madde kapsamında ise de fail hem TCK 109/2 madde fıkrasına göre hem de TCK 87. maddesine göre sorumlu olmalıdır.

Ağır derecede yaralanan veya ayakları ya da bacakları kırılan mağdurun hareket etme yeteneğinin büyük ölçüde kısıtlandığı bir gerçektir. Doktrinde, mağdurun ayaklarının kırılarak veya kesilerek hareket yeteneğinin kısıtlanması fiilinin de vücut bütünlüğü hakkı ihlal edildiğinden failin sorumluluğunun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan değil yaralama suçundan oluşacağı belirtilmiştir⁴²¹.

2.2.7. Cinsel Suçlar ile İçtimai

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, TCK'nın özel hükümler kitabının kişilere karşı suçlar kısmının altıncı bölümünde 102 ile 105. maddeler arasında toplamda dört madde halinde düzenlenmiştir. TCK 102. maddede cinsel saldırı suçu, 103. maddede çocukların cinsel istismarı suçu, 104. maddede reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve 105. maddede de cinsel taciz suçu düzenlenmiştir. Bu şekilde cinsel suçlar TCK sistematğinde dört başlık altında toplanmıştır. Bu sebeple cinsel suçlardan anlaşılması gereken cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçları olmalıdır. Belirtmek gerekir ki reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için pek elverişli bir suç değildir⁴²². Bunun sebebi mağdurun 15- 18 yaş arası çocuk olmasıdır. 15- 18 yaş arası çocukların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hareketleri için vermiş olduğu rıza hukuken geçerli kabul edilmektedir. Ancak yine de reşit olmayanla cinsel ilişki için zorla çocuğun kaçırılması halinde de 109/5 madde fıkrası uygulama alanı bulabilir.

⁴²⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3766.

⁴²¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3766.

⁴²² “Suç tarihleri itibarıyla on beş yaşını tamamlamış olan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabildiği anlaşılan mağdurenin, gerek sanıkla ilişkiye girdikleri zamanlarda onunla buluşmalarında gerekse sanığın, mağdureye yönelik fuhuş suçunu işlerken diğer sanıklarla buluşturduğu olaylarda, mağdurenin iradesi dışında bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakıldığından söz edilemeyeceğinden, sanığın üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” Y. 14. CD., 11.03.2019 tarih, E.2017/8706-K.2019/8100

Cinsel suçların hem doğası gereği hem de TCK 109/5 madde fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi halinin cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiş olmasından dolayı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile cinsel suçlar yakın bir ilişki içerisinde. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların, mağdur üzerinde işlenmesi durumunda suçun özelliğinden dolayı mağdurun hareket özgürlüğünün kısıtlanması kaçınılmazdır⁴²³. Hal böyleyken cinsel suçlarla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun içtimaı nasıl olmalıdır? Yine fail mağduru cinsel amaçlı veya ilk başta cinsel amaç olmadan kaçırır ve cinsel suç işlerse bu durumda failin sorumluluğu hangi suçlardan olmalıdır? Gerçek içtima mı uygulanmalı yoksa bu tür bir durumda gerçek içtimanın bir istisnası olan durum var mıdır? Şimdi bunları inceleyelim.

TCK 109/5 madde fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak bu nitelikli halde aranan husus cinsel saik olup cinsel davranış gerçekleştirilmesi olmadığından, cinsel suçlardan herhangi birisinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olduğundan ve dolayısıyla da her iki suçun TCK 42 gereğince bileşik suç ilişkisine girdiğinden söz etmek mümkün değildir⁴²⁴. Başka bir anlatımla TCK 102 vd. yer alan cinsel suçlar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsuru veya cezayı artırıcı nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmayıp TCK 109/5’de yalnızca cinsel saik arandığından bileşik suç ilişkisi yoktur. Bu sebepten dolayı her ne kadar suçun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüş olsa da hürriyetinden yoksun kılınan mağdura karşı cinsel bir davranış gerçekleştirilmiş ise, artık fail hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de meydana getirdiği cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçtan gerçek içtima kuralı gereğince ceza alacaktır⁴²⁵. Buna karşın fail cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılar ve mağdura cinsel bir davranış gerçekleştirmezse cinsel suç oluşmaz ve fail yalnızca TCK 109/5 madde fıkrasından sorumlu olur.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların, mağdurun vücudu üzerinde işlenmesi sırasında cinsel suçların özelliği gereği mağdurun hareket serbestisinin ortadan kaldırılması kaçınılmazdır. Bundan dolayı doktrinde bir görüşe göre cinsel suç, mağdurun vücudu üzerinde işlenmekle ve suçun işlenmesi süresince mağdurun hürriyetinden mahrum edilmesi suçun ögesi sayılmalı, bu bakımdan mağdurun üzerinde işlenen cinsel suçların, kanuni

⁴²³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3767.

⁴²⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

⁴²⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

tarifteki suçun zorunlu olarak daha hafif olan diğer suçu içine almasını ifade eden karma suç niteliğinde olduğu savunulmaktadır⁴²⁶. Doktrinde diğer bir görüş ise yalnızca cinsel suçun işlenmesi süresince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gerçekleşmişse bu durumda TCK 44 fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir⁴²⁷. İkinci görüşe göre, cinsel suçun işlenmesi esnasıyla sınırlı kalan hürriyet kısıtlaması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacak, ancak failin yapmış olduğu tek hareketten dolayı hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu hem de failin meydana getirdiği cinsel suç oluşacağından, daha ağır cezai yaptırım gerektiren cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan ceza verilecektir. Bize göre de bu gibi durumlarda fikri içtima kurallarına göre faile daha ağır cezayı gerektiren suçtan ceza vermek daha isabetli olacaktır. Çünkü olayda tek bir fiil ve iki ayrı suç vardır. TCK 44. maddesi fikri içtimanın uygulanmasına da bir engel yoktur. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda bakıldığında ise cinsel suç süresince gerçekleşen hürriyetin kısıtlanması durumu için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmayacağı savunulmuştur⁴²⁸.

Cinsel suçun işlenmesi esnasında gerekli olan hürriyetten yoksun kılma süresini aşan hürriyetten yoksun kılma eyleminin varlığı halinde artık fikri içtima değil gerçek içtima kurallarına göre iki ayrı suçtan sorumluluğun doğacağına kabulü gerekmektedir⁴²⁹. Örneğin failin mağduru cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu öncesinde bulunduğu yerden kaçırarak تنها bir yere götürmesi ya da cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu sonrasında mağdurun gitmesine müsaade edilmeyerek bir müddet daha tutulması gibi hallerde, ister cinsel suçun işlenmesinden önce olsun isterse cinsel suçun işlenmesi sonrasında olsun mağdurun hürriyeti cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu süresini aşacak şekilde kısıtlanırsa, artık fail hem cinsel suçtan dolayı hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı ceza alacaktır.

⁴²⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3767.

⁴²⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

⁴²⁸ "Sanıklar haklarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince;

Katılanın soruşturma evresinde alınan beyanı, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, olay günü sanık Alper'in diğer sanık Şükrü'ye "hadi sokulsana" şeklinde söylemesi üzerine Şükrü'nün omuzlarından tutarak duvara doğru sıkıştırdığı mağdurenin bu arada sanığı itekleyerek elinden kurtulup koşarak gittiği evinin önünde kardeşini beklediği sırada tekrar mağdurenin yanına gelen sanıklardan Alper'in yanındakine "bak sana nasıl bakıyor, hadi işte yapsana" şeklinde söylemesi üzerine mağdurenin cıgıllıklar atarak kaçtığı olayda cinsel saldırı sırasında ve eylemle sınırlı süreyle katılanın iradesiyle hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle katılanın hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre de sanıkların katılanın hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketlerinin bulunmadığı gözetilerek kanuni unsurları itibarıyla oluşmayan müstet suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi..." Y. 14. CD., 11.02.2020 tarih, E.2016/2443-K.2020/1052

⁴²⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

2.2.8. Cebir ve Tehdit Suçları ile İctimai

TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmının yedinci bölümü olan hürriyete karşı suçlar arasında cebir ve tehdit suçları da düzenlenmiş bulunmaktadır. TCK 106. maddesinde tehdit suçu düzenlenmemişken TCK 108. maddesinde ise cebir suçu düzenleme konusu yapılmıştır. TCK 106/1 madde fıkrası iki cümle halinde düzenlenmiştir. Birinci cümlede belirtilen şekilde tehdit suçu işlenir ise soruşturma ve kovuşturma şikâyetine tabi değilken ikinci cümledeki belirtilen şekilde tehdit suçunun işlenmesi ise mağdurun şikâyeti üzerine soruşturma ve kovuşturma yapılabilecek şikâyetine tabi bir haldir. Buna göre bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceği şeklinde tehdit eden kişinin, soruşturma ve kovuşturması şikâyetine tabi olmadan gerçekleştirilecektir.(TCK 106/1-1) Buna karşın failin mağduru malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük yapacağından bahisle tehdit edilmesi halinde soruşturma ve kovuşturma mağdurun şikâyetine bağlıdır.(TCK 106/1-2) Bu kapsamda tehdit, mağdurun veya bir yakınının hukuki olarak korunan bir yararına gelecekte zarar vereceği beyanı ile mağdurun korkutulmasıdır⁴³⁰. Tehdit suçunun hukuki konusu bireylerin iç huzuru olarak da ifade edilen davranışlarını kararlarını serbestçe belirleyebilme baskı altında kalmadan özgürce hareket etmeleri olduğundan dolayısıyla bireylerin güvenlik duygusudur.⁴³¹

Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı zor kullanılması olarak cebir suçu tarif edilmektedir.(TCK 108) Arapça bir kökeni olan cebir kelimesinin anlamı zor ve zorlayış olarak ifade edilmektedir⁴³². Gerçekten de cebir suçu, kişiyi bir şeye zorlama şeklinde gerçekleşmektedir. Bu sebepten dolayı doktrinde bazı yazarlar kasten yaralamanın temel şeklinin cebir suçunun bir unsuru olduğunu ifade etmektedirler⁴³³.

Cebir ve tehdit suçları hem TCK'da hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmeleri hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak öngörülmesi bakımından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile yakın bir ilişki içerisindeyler. Öyle ki TCK 109/2 madde fıkrasında suçun işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir ve tehdit kullanılması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için cezayı artırıcı nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu

⁴³⁰ GÜLŞEN, s. 98.

⁴³¹ TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 391.

⁴³² Büyük Türkçe Sözlük. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts.

⁴³³ SOYASLAN, s. 280.

sebepten TCK 42. madde gereğince biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denilmesi dolayısıyla cebir ve tehdit suçları, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı nedenini oluşturarak bileşik suç oluşturmuşlardır⁴³⁴. Yine TCK 42. maddesi uyarınca bileşik suç oluşan hallerde, gerçek içtima hükümleri uygulanmayacak ve failin sorumluluğu yalnızca yapmış olduğu fiil neticesinde meydana gelen yeni suçtan, yani bileşik suçtan olacaktır.(TCK 42) Başka bir deyişle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bileşik suç olması sebebiyle, suçu işlemek için veya işlendiği esnada failin cebir veya tehdit kullanması halinde ayrıca cebir ve tehdit suçları oluşmayacak, bileşik suç hükmü gereğince failin sorumluluğu TCK 109/2 madde fıkrasında belirtilen nitelikli halden olacaktır⁴³⁵.

Fail kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için veya işlediği esnada yalnızca tehdit gerçekleştirebileceği gibi yalnızca cebir fiili de gerçekleştirebilir. Yine hem cebir fiilini hem de tehdit fiilini birlikte işleme ihtimali de bulunmaktadır. Her ne surette olursa olsun hem cebir hem de tehdit fiilleri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlendiğinden, bileşik suç hükmü uygulama alanı bulacak ve cebir ile tehdit suçları ayrıca oluşmayacaktır. Tehdit için şunu belirtelim ki, tehdit direk mağdurun yüzüne karşı yapılan bir eylemle gerçekleşmeyebilir. Örneğin telefonla tehdit içeren mesajlar göndererek, mağdurun tehdit edilip bir yere gitmesini sağlaması durumunda da tehditle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacaktır⁴³⁶. Bu takdirde tehditten ayrıca ceza verilmesine yer yoktur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenirken veya işlendiği sırada kullanılan cebir için dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Kullanılan cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için zorunlu olan şiddet derecesini asmamış olması gerekmekte olup, eğer aşmış ise TCK 109/6 madde fıkrasında vurgulandığı gibi oluşan suçla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gerçek içtima kuralları çerçevesinde içtima ettirilecektir⁴³⁷. TCK 109/6 madde fıkrasında suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi esnasında kasten

⁴³⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3768.

⁴³⁵ GÖKCAN, s. 59-60.

⁴³⁶ “Sanığın, olay günü mağdureye gönderdiği tehdit içerikli mesajlarla buluşmaya zorlayarak çağırdığı yere gelmesini sağlaması şeklinde gerçekleşen eyleminin bütün halinde 5237 sayılı TCK’nın 109/2. maddesinde düzenlenen tehditle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde her iki suçtan ayrı ayrı hüküm kurulması...” Y. 8. CD., 03.10.2019 tarih, E.2019/4118-K.2019/11285

⁴³⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 531.

yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin oluşması halinde ayrıca kasten yaralamadan failin sorumlu tutulacağı belirtilerek, kullanılan cebirin TCK 86. maddesine göre kasten yaralama oluşturması halinde sadece TCK 109/2 uygulayacakken, kullanılan cebir TCK 87. maddesi kapsamında ağırlaşmış bir netice doğuruyorsa artık fail hem TCK 87. maddesinden hem de TCK 109/2 madde fıkrasından gerçek içtima prensibi gereği sorumlu olacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenen cebir ve tehdit kullanılması hususunda bu cebir veya tehdidin kimin üzerinde uygulanması hususunda TCK'da bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla beraber cebir veya tehdidin mağdurun üzerinde uygulanması durumunda TCK 109/2 madde fıkrasındaki nitelikli halin uygulanacağı konusunda şüphe yoktur. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu gerçekleştirmek için veya gerçekleştirdiği sırada failin cebri veya tehdidi üçüncü bir kişiye karşı uygulaması durumunda nasıl bir uygulama yapılacağı konusu tartışmalıdır. Yargıtay 14. CD. 2013 tarihli bir kararında mağdureyi kaçırmak için diğer bir mağdurun başına silah dayayarak mağduru öldürmekle tehdit etmekten ibaret olan eylemi bileşik suç kapsamında değerlendirmiş ve TCK 109/2 madde fıkrasındaki nitelikli halin bir unsuru saymıştır⁴³⁸. Yine Yargıtay 14. CD. 20.03.2012 tarihli bir kararında da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi esnasında, mağdurun yanında bulunan annesine karşı basit tıbbi muayene ile giderilebilecek şekilde yaralama gerçekleştirmesini kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir unsurunu kapsamında kaldığına karar vermiştir⁴³⁹.

Kanaatimizce Yargıtay'ın vermiş olduğu bu doğrultudaki kararları kabul etmek mümkün değildir. Zira olayda iki ayrı mağdur bulunmakta olup iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Aksi bir uygulama ceza adalet anlayışı ile bağdaşabilir bir durum olamaz. Fail lehine karar verelim derken bir takım mağduriyetlere sebep olma durumu ortaya çıkmaktadır. Üçüncü bir kişi olan mağdura karşı yönelmiş hareket cezasız kalmakta ve üçüncü kişi mağdurun şikayet hakkı elinden alınmaktadır.

2.2.9. Şantaj Suçu ile İçtima

Hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenen suçlardan birisi de şantaj suçudur. TCK 107. maddesi şantaj suçunu ele almıştır. Buna göre şantaj suçu hakkı olan veya yükümlü

⁴³⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3743.

⁴³⁹ Y. 14. CD. 20.03.2012, 2491/3263, Aktaran: ÖNCEL, s. 38.

olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamak şeklindeki fiil ile gerçekleştirilebileceği gibi kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği konusunda tehdit etmek suretiyle de işlenebilir.(TCK 107/1,2)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun şantaj eylemleri vasıtasıyla gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin failin mağduru, bu gece benim evime gelmezsen bendeki uygunsuz resimlerini internette paylaşırım diyerek şantajla mağdurun, evine gelmesini sağlaması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, şantaj suçunu oluşturan eylem vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir. Bu gibi durumlarda uygulama nasıl olmalıdır? Gerçek içtima mı yapılacak yoksa gerçek içtimanın istisnası olan bir hal mevcut mudur? Bunları inceleyelim.

Şantaj suçunun düzenlendiği TCK 107. maddenin ikinci fıkrasında mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği hususunda tehdit edilmesinden bahsedilmiştir. Bu bahsedilen tehdit eylemi TCK 109/2 madde fıkrasındaki sözü edilen “tehdit” kavramı kapsamına girmemekte olup, TCK 109/2 madde fıkrasındaki tehditten anlaşılması gereken TCK 106.maddede düzenlenen hayata, vücut veya cinsel dokunulmazlığa, mal varlığına ya da şair kötülük işlemeye yönelik zarar vereceği yönünde bildirisinin anlaşılması gerekmektedir⁴⁴⁰. Şantaj suçunun fiil ögesi tehditten farklı ve özel biçimde düzenlenmiş olduğundan TCK 109/2 madde fıkrası kapsamında tehdit olarak kabul edilemeyeceğinden dolayı şantaj suçunun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsuru olduğu söylenemez⁴⁴¹.

Şantaj suçunun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsuru veya cezayı ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmemesinden dolayı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile şantaj suçu bileşik suç oluşturamayacak böylelikle de iki suç gerçek içtima kuralları gereğince içtima ettirilerek faile her iki suçtan da ceza verilecektir.

2.2.10. Eğitim ve Öğretim Hakkının Engellenmesi Suçu ile İçtima

Türk Ceza Kanunu'nda, hürriyete karşı suçlar bölümünde eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçu da düzenlenmiş bulunmaktadır. TCK'nın 112. maddesinin 1. fıkrası c

⁴⁴⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3775.

⁴⁴¹ GÖKCAN, s. 67.

bendinde cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı bir davranışla, öğrencilerin toplu olarak oturdukları binalara ve bunların eklentilerine girilmesine veya orada kalınmasına, engel olunulması suretiyle suçun işlenebileceği bir durum öngörülmüştür.(TCK 112/1-c) Öngörülen bu şekilde suçun işlenmesi hali, TCK 109. maddede düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da oluşturur nitelikte bir düzenlemedir⁴⁴².

Eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ilişkisine baktığımız zaman ilk suçun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarını taşımakla beraber özel bazı unsurları da ihtiva ettiği görüldüğünden, TCK 109. maddedeki suçun genel nitelikli, TCK 112. maddedeki suçun ise özel nitelikli bir suç olarak düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır⁴⁴³. TCK 112. maddedeki suç düzenlenmemiş olsa idi ve eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçu için bahsedilen fiil işlenmiş olsaydı TCK 109. maddenin uygulanacağı da inkar edilemezdi.

Tüm bu sebeplerden dolayı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçları arasındaki ilişki, normların görünüşte içtimai prensibi gereğince özel norm-genel norm ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekecektir⁴⁴⁴. Normların görünüşte içtimai ile anlatılmak istenen, çeşitli normların çeşitli fiillerin aynı fiille ilgili görünmelerine rağmen, aslında bunlardan yalnızca bir normun uygulanabilmesi halidir⁴⁴⁵. Bu tanımdan da yola çıkarak özel norm-genel norm ilişkisinin bulunduğu hallerde, özel normun önceliği ilkesi gereğince yalnızca eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçundan failin sorumluluğu doğacak olup, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluk doğmayacaktır.

2.2.11. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu ile İçtimai

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu Türk Ceza Kanunu'nun hürriyete karşı suçlar bölümünde 117. maddede düzenlenmiştir. Buna göre cebir ya da tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilecektir.(TCK 117/1)

⁴⁴² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3768.

⁴⁴³ GÖKCAN, s. 60.

⁴⁴⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3768.

⁴⁴⁵ İÇEL, Kayıhan, **Suçların İçtimai**, 1. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul 1972, s. 167.

Bu suçun oluşabilmesi için herhangi bir özel kast aranmamakta olup, genel kast suçun işlenmesi için yeterlidir⁴⁴⁶.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile TCK 117. maddede, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma unsur olarak düzenlenmiş değildir⁴⁴⁷. Aynı şekilde cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak da düzenlenmediği açık olduğundan bu iki suç bileşik suç oluşturmamaktadır.

Ancak bazı durumlarda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu işlenirken aynı zamanda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da işlenebilmektedir⁴⁴⁸. Örneğin yolcu taşıyan minibüs şoförüne bir daha bu köyden geçersen seni öldürürüm diyerek tehdit edilmesi ya da tüp gaz ticaretiyle uğraşan mağdura “sana buralara gelme, seni öldürürüm demedim mi?” diyerek tehdit etme halinde, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun yanında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da oluşmaktadır⁴⁴⁹. Bunun sebebi TCK 109. maddede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma” şeklinde tanımlanmış olması dolayısıyla bahsettiğimiz örneklerde, mağdurun bir yere gitmesi ve o yer de bulunmasının hukuka aykırı olarak engellenmesidir. Suç tanımlarının farklı olmasının doğurduğu sonuç olarak, iki suç arasında özel norm-genel norm ilişkisi de mevcut değildir⁴⁵⁰.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları bileşik suç ilişkisi içerisinde olmadıklarından ve aralarında özel norm-genel norm ilişkisi de bulunmadığından dolayı bu iki suç gerçek içtima kuralları gereğince içtima ettirilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki yukarda verdiğimiz örneklerde olduğu gibi eğer fail tek bir fiil ile her iki suçu da işlerse, TCK 44 maddesi gereğince farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulama konusu olacak ve fail en ağır yaptırımı hangi suç öngörüyorsa o suçtan ceza alacaktır⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3769.

⁴⁴⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3769.

⁴⁴⁸ “...Sanık Ali'nin müşteki Muharrem'in kendi tarlasını biçmeyi kabul etmeyip başkasının tarlasını biçmek üzere yola çıkması üzerine kullandığı traktörle biçerdöverin peşine düşüp, önünü keserek müşteki Muharrem'in çalışmasını engellemesi şeklindeki eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 117/1. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçlarından mahkûmiyet hükümleri kurulması...” Y. 14. CD., 04.04.2018 tarih, E.2016/7200-K.2018/2551

⁴⁴⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3769.

⁴⁵⁰ GÖKCAN, s. 61.

⁴⁵¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3769.

Fail iki farklı eylemle iki farklı suçu işleyecek olursa, örneğin mağduru cebren kaçırdıktan sonra, aynı cadde üzerinde iş yeri açmaması için de tehdit etmiş ise, artık fail hem TCK 109/2 madde fıkrasındaki cezayı artırıcı nitelikli halden hem de TCK 117/1 madde fıkrasındaki suçtan sorumlu tutulacaktır⁴⁵².

2.2.12. Yağma Suçu ile İktimar

Yağma suçu Türk Ceza Kanunu'nda, malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş bir suçtur. TCK 148. maddede yağma suçunun temel şekli düzenlenmişken 149. maddede yağma suçunun nitelikli halleri düzenleme alanı bulmuştur. Yağma suçunun konusu olan malın değerinin azlığı ve yağmanın, kişinin hukuki ilişkiye dayanan alacağının tahsili amacıyla yapılması halleriyle sınırlı olan daha az cezayı gerektiren haller ise TCK 150. maddede hükme bağlanmıştır.

Yağma, bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim ya da malın alınmasına karşı koymamaya mecbur edilmek suretiyle işlenen suçtur.(TCK 148) Yağma niteliği itibariyle cebir ve tehdit suçlarıyla hırsızlık suçunu bünyesinde barındıran bileşik suçtur. Cebir ve tehdit ile hırsızlık yağmanın unsuru olarak öngörülmüştür.

Yağma suçu, kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılarak işleniyor olsa da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, yol keserek yağma suçunun işlenmesi nitelikli hali haricinde yağma suçunun unsuru ya da nitelikli hali olarak düzenlenmemiştir⁴⁵³. Yağma suçunun cebir ve tehditle işleniyor olmasından ötürü yağma suçu işlenirken kısa süreli de olsa mağdurun hareket özgürlüğünün kısıtlanması muhtemeldir. Bu durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacak mı, eğer oluşacaksa bu iki suç nasıl içtima ettirilecektir?

Doktrinde bir görüşe göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu genel nitelikli suç olduğundan geriye çekilecek ve yalnızca özel nitelikte olan yağma suçu oluşacaktır⁴⁵⁴. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise yağma suçu yalnızca cebir, tehdit ve hırsızlık suçlarından oluşmayıp, bu suçun koruduğu değerler arasında kişi özgürlüğü de bulunmakta⁴⁵⁵

⁴⁵² GÖKCAN, s. 61.

⁴⁵³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3769.

⁴⁵⁴ GÜLŞEN, s. 137.

⁴⁵⁵ KOCA, Mahmut, **Yağma Cürümleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 82.

ve yağma suçunun işlenmesi için zorunlu olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın gerçekleşmesi nedeniyle yağma suçunun karma suç niteliğinde olduğu savunulmaktadır⁴⁵⁶.

Kanaatimizce yağma suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bunun sebebi kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın, yağma suçunun tanımında yer almıyor olmasıdır. Yağma suçunun işlenebilmesi için kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın kaçınılmaz olması dolayısıyla karma suç niteliğinde olduğunu savunan ikinci görüşe de katılmamaktayız. Çünkü her yağma olayında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gerçekleşmez. Örneğin telefonla tehdit ettiği mağdurun, hesabına para göndermesini sağladığı yağma eyleminde olduğu gibi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma her zaman gerçekleşmeyebilir. Bu sebeple yağma suçunu karma suç olarak kabul edemeyiz. Bizce bu hususta dikkat edilmesi gereken konu, yağmanın süresi olmalıdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenebilmesi için, hürriyetten yoksun kılmanın ani olmayan, hukuken önem atfedilebilecek bir süre devam etmesi gerekmektedir⁴⁵⁷. Buradan yola çıkacak olursak, yağma suçunun hukuken önem atfedilemeyecek bir süreçte örneğin bir iki dakika gibi çok kısa bir süre zarfında işlenmesi halinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmadığını kabul etmek gerekir. Ancak yağma suçunun, hukuken önemli sayılabilecek uzunca bir süre zarfında gerçekleştirilmesi halinde artık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşacağı kabul edilmeli ve fail gerçek içtima kuralları gereğince her iki suçtan da ceza almalıdır⁴⁵⁸. Yağma suçunu işlemek için kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması halinde fail hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de yağma suçundan cezalandırılmalıdır⁴⁵⁹.

Yağma suçunun icrasından önce veya sonra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin işlenmesi halinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır. Örneğin, yağma suçunun icrası için mağduru tehditle beş yüz metre uzaklıktaki metruk binaya götürme, mağduru bıçak zoruyla yağmaladıktan sonra zeytin ağacına bağlama, işçileri bağlayıp depodaki malları götürme gibi hallerde hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacak hem de yağma suçu oluşacaktır⁴⁶⁰. Yine mağdura uygulanan cebrin onun iradesini kırmaktan

⁴⁵⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3770.

⁴⁵⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 515.; ÖZEN, s. 437.

⁴⁵⁸ GÜLŞEN, s. 137.

⁴⁵⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 532.

⁴⁶⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3771.

öte, iradesini ortadan kaldırması gibi durumlarda da yağma suçuyla beraber kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da oluşacaktır⁴⁶¹.

Yağma suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 149. maddenin 1. fıkrasının d bendinde yol kesmek suretiyle yağma, cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Yağma suçunun yol kesmek suretiyle işlenmesi halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da yağma suçunun nitelikli halini oluşturması dolayısıyla bileşik suç kuralları gereğince yalnızca yağma suçundan faile ceza verileceği kabul edilmelidir⁴⁶². Yağma suçunun yol kesme suretiyle işlendiğinin kabul edilmesi için Yargıtay kararları işaretiyle, failin eylemi tasarlaması ve bu suretle kimliği failce bilinen veya bilinmeyen mağdurların önünü keserek veya pusuda bekleyerek suçu işlemesi gerekmektedir⁴⁶³. Bu sebeple tesadüfen önüne çıkan mağdurun gasp edilmesi halinde yol kesmek suretiyle yağma suçu oluşmayacaktır. Yol kesmek suretiyle yağma nitelikli halinin gerçekleşmesi, bileşik suç hükümleri uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmasını engelleyecektir. Ancak tesadüfen karşısına çıkan kişinin gasp edilmesi halinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi oluşmuşsa artık her iki suçtan da faile ceza verilmelidir.

Yağma suçunun daha az cezayı gerektiren hallerinin düzenlendiği TCK 150/1 madde fıkrasında, hukuki ilişkiye dayanan alacağının tahsili amacıyla cebir veya tehdit kullanması durumunda, tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu maddede kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple alacağın tahsili amacıyla mağdurun zorla kaçırılıp tehdit edildiği durumda hem cebir veya tehditle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali (TCK 109/2) hem de tehdit suçu (TCK 106) oluşacaktır⁴⁶⁴.

Fidye amacıyla bir kişinin kaçırılarak ailesinden veya yakınlarından para istenmesi şeklindeki olayda hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacak hem de yağma suçu işlenmiş olacaktır. Ancak burada yağma suçunun mağduru ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru aynı kişiler olmayacaktır. Fidye amaçlı kaçırılan şahıs, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru iken fidye istenen kişi ise yağma suçunun mağduru olacaktır.

⁴⁶¹ GÖKCAN, s. 63.

⁴⁶² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3771.

⁴⁶³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3771-3772.

⁴⁶⁴ GÖKCAN, s. 63.

2.2.13. Kötü Muamele Suçu ile İctimai

Kötü muamele suçu, aile düzenine karşı suçlar bölümünde TCK 232. maddede düzenlenmiştir. TCK 232. maddesi şöyledir: “(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

Maddenin birinci fıkrası aynı konutta yaşanan kişilere karşı kötü muameleyi düzenlemişken ikinci fıkra ise çeşitli sebeplerden dolayı doğan terbiye ve disiplin hakkının kötüye kullanılmasını düzenlemiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kötü muamele suçu, aynı eylem sonucunda ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, failin dışarı çıkmasını yasakladığı eşinin üzerine kapıyı kilitlemesi veya disiplin hakkına sahip olan öğretmenin, öğrenciyi cezalandırmak amacıyla bodruma kapatması gibi eylemlerde hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu hem de kötü muamele suçu oluşacaktır. Peki, bu durumda failin sorumluluğu nasıl belirlenmelidir?

Doktrinde ağırlıklı görüş, aynı eylemle hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hem de kötü muamele suçunun oluştuğu durumda TCK 44 gereği fikri ictima kurallarının uygulanarak faile daha ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁶⁵. Kanaatimizce de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kötü muamele suçu arasında özel norm-genel norm ilişkisi mevcut olmadığından dolayı aynı fiille iki suçun da gerçekleştirilmesi halinde TCK 44. madde gereğince fikri ictima kuralının uygulanması gerekecektir. Fikri ictimanın uygulanması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için öngörülen ceza, kötü muamele suçu için öngörülen cezadan daha ağır olduğu için failin sorumluluğu daha ağır cezayı gerektiren kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan olacaktır.

⁴⁶⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 526.; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3774.

2.2.14. Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu ile İctimai

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu TCK'da aile düzenine karşı suçlar bölümünde 234. maddede düzenlenmiştir. TCK 234. madde şöyledir: “(1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.

(3) (Ek: 6/12/2006 – 5560/10 md.) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna göre özel hüküm niteliğinde olduğundan suçun faili özel hükümden sorumlu olacak ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olmayacaktır⁴⁶⁶. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun özel bir şekli olan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun birinci ve ikinci fıkrası yalnızca velayet yetkisi elinden alınmış anne baba ile üçüncü derece dahil kan hısımları tarafından işlenebileceği için özgü suç niteliğindedir. Birinci fıkrada 16 yaşından küçük çocuğun kaçırılması ve alıkonulması düzenlenmişken ikinci fıkrada ise daha ağır cezayı gerektiren 16 yaşından küçük çocuğun cebir veya tehditle kaçırılması ve alıkonulmasıyla, çocuğun on iki yaşını bitirmemiş olması hali düzenlenmiştir. Bu durumda verilecek ceza bir kat artırılarak uygulanacaktır.

Rıza açıklama ehliyetinin varlığının hangi yaştan itibaren olacağı yönünde doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuyu ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni başlığı altında ayrıntılı bir şekilde ele almıştık. Burada kısaca bahsedecek olursak doktrinde bir görüş, açıklanan rızanın hukuka uygun olabilmesi için yaştan bir önemi olmayıp akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan ayırtım gücüne sahip herkesin rıza açıklama

⁴⁶⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3735.

ehliyetine sahip olması gerektiğini savunmaktadır⁴⁶⁷. Yargıtay’ında kabul etmiş olduğu diğer bir görüşe göre ise 15 yaşından küçükler hukuken geçerli rıza açıklama ehliyetine sahip değildir^{468 469}. Bizimde katıldığımız diğer bir görüşe göre ise cinsel bir amaç taşımayan ve başkaca bir suça meydan vermeyecek şekilde örneğin, kısa süreli bir gezinti yahut ders çalışmak gibi hallerde algılama yeteneği gelişmiş küçüğün açıklamış olduğu rızanın geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde haksız mağduriyetlerin yaşanması kaçınılmaz olacaktır.

Yargıtay’ın kabulünden yola çıkarsak, rıza açıklama ehliyeti için 15 yaşından büyük olmak gerekirken TCK 234/1 madde fıkrasında 16 yaşından küçük olan çocuğun kaçırılması veya alıkonulması, suçun oluşması için aranmaktadır. Bundan dolayı TCK 234. maddesi özel hüküm olduğundan artık 15 yaşından büyük 16 yaşından küçük olan çocuğun rızası, hukuken geçerli bir rıza kabul edilmeyecektir. Tekrar belirtmek gerekir ki çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu özgü suç niteliğinde olduğu için velayet yetkisi elinden alınmış ebeveyn veya üçüncü derece dahil kan hısımları haricindeki kişilerin, çocuğu kaçırma ve alıkoyması durumunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gündeme gelecek ve 15 yaşından büyük 16 yaşından küçük çocuğun açıklamış olduğu rıza hukuka uygun sayılacak ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır.

TCK 234. maddesine 6.10.2016 tarihinde eklenen 5560 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle eklenen 3. fıkraya göre kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu,

⁴⁶⁷ BAYRAKTAR vd., s. 83.

⁴⁶⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3735.

⁴⁶⁹ “Sakarya Kadın Doğum ve Çocuk Hastanesinin 07.02.2011 tarihli raporunda mağdurenin 10 haftalık gebe olduğu bildirilip, okula devamının tespiti açısından alınan belgeye göre mağdurenin 29.11.2010 tarihinde okulda olmadığı belirlenmesi ve bu tarihin gebelik raporunu doğrulaması karşısında, suç tarihi olarak 29.11.2010 gününün esas alınması gerektiği; her ne kadar sanık savunmasında 2010 yılı yaz aylarında da mağdure ile rızasıyla ilişkiye girdiğini söylemiş ise de mağdurenin ısrarla 23.11.2010 tarihindeki cinsel ilişkiden önce aralarında herhangi bir cinsel davranış bulunmadığını beyan etmesinden dolayı sanığın kendi sorumluluğunu hafifletme ve arkadaşlığını ispata yönelik ikrar mahiyetindeki bu savunmasına itibar edilmemiş olup, mevcut haliyle eylemin 5237 sayılı TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturması nedeniyle sanığın bu suçtan mahkumiyeti yerine delillerin değerlendirilmesinde yanlıya düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ve tespit edilen suç tarihi itibarıyla on beş yaşından büyük olan mağdurenin sanıkla rızaen İzmit’e gittiğinin anlaşılması karşısında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” Y. 14. CD., 20.01.2020 tarih, E.2019/231-K.2020/502

“Olay tarihinde on beş yaşını doldurmuş olan mağdurenin kendisinin kaçarak İstanbul iline gittiği, sanığa haber vererek kendisini almasını istediği ve sanığın mağdureyi bilerek alıkoyması, mevcut haliyle sanığın mağdureye yönelik eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatine karar verilmesi...” Y. 8. CD., 13.02.2020 tarih, E.2019/5388-K.2020/9749

rızası olsa bile ailesi veya yetkili makamlara bildirmeme durumu suç olarak belirlenmiştir. TCK 234/3 madde fıkrası için araştırılması gereken, çocuğun evi terk etme iradesinin olup olmamasıdır. Evi terk etme, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında eve bir daha dönmemek ya da ne zaman döneceği belirsiz bir şekilde evden ayrılma olarak anlaşılabılır⁴⁷⁰. Evi terk etme iradesi bulunmadan evden ayrılan çocuk için TCK 234/3 madde fıkrasındaki suç oluşmayacaktır. Bu fıkra da geçen çocuk kavramının 18 yaşını doldurmamış kişi olarak anlaşılması gerekmektedir⁴⁷¹. Nitekim Kanun'da belirli bir yaş öngörülmeyp çocuk terimi kullanılması dolayısıyla TCK 6/1-b madde fıkrası uyarınca, çocuğun 18 yaşını doldurmamış kişi olduğu belirtilmiştir.

Kanun koyucu TCK 234/3 madde fıkrası için failde herhangi bir özellik aramadığından, suçun faili çocuğun anne babası ve üçüncü derece dahil kan hısımları haricinde herkes olabilir. Suçun oluşması için herhangi bir saik aranmış olmadığından genel kast yeterli görülmüş olsa da çocuğun evi terk ettiğinin fail tarafınca bilinmesi ya da bilinebilecek durumda olması gereklidir⁴⁷². Evlenme maksadıyla evi terk eden 18 yaşını tamamlamamış küçüğün evi kendi rızasıyla terk etmesi halinde TCK 109/5 madde fıkrası değil TCK 234/3 madde fıkrasının uygulanması gerekir⁴⁷³. Bunun sebebi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu, normların görünüşte içtimalı prensibince özel norm-genel norm ilişkisi içerisinde olduğundan dolayı özel norm niteliğindeki TCK 234/3 madde fıkrasındaki suçtan failin sorumlu olması gereğidir⁴⁷⁴. Bu sebeple iki norm arasında fikri içtima uygulanması da söz konusu olmayacaktır.

Evi terk etme iradesi olan 18 yaşından küçük çocuğu, ailesi veya yetkili makamları haberdar etmeden yanında tutan kişi için Yargıtay uygulamalarınca kabul edilen 15 yaşından büyük çocukların rızalarının hukuka uygunluk nedeni olması TCK 234/3 kanun metninde “rızasıyla da olsa” ibaresinin bulunmasından dolayı kabul edilmeyecektir. Ancak evi terk

⁴⁷⁰ KARAĞÜLMEZ, Ali, “Evi Terkeden Çocuğu Yanında Tutma Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Cilt 5 S. 12, Nisan 2010, s. 79.

⁴⁷¹ GÖKCAN, s. 70.

⁴⁷² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3777.

⁴⁷³ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3778.

⁴⁷⁴ “Olayın intikal şekli, mağdurenin aşamalarındaki ifadeleri, savunma, tanık beyanları ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında, sanık ile suça sürüklenen çocuğun, olay günü on beş- on sekiz yaş grubunda bulunan mağdureyi cebir, tehdit veya hile olmaksızın rızasına istinaden köyünden alıp Erzincan’a getirerek ailesini ya da yetkili makamları haberdar etmeden alıkoymaları şeklindeki eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen takibi şikayete bağlı çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturup, mağdurenin babasının aşamalarda şikayetçi olduğunu bildirmesi karşısında, atılı suçtan mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde hüküm tesisi...” Y. 14. CD., 26.02.2020 tarih, E.2016/3082-K.2020/1522

etme iradesi olmayan 15 yaşından büyük çocuğun rızası hukuka uygunluk nedeni olacağından hem TCK 234/3 madde fıkrasındaki suç oluşmayacak hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır.

TCK 234/3 madde fıkrasındaki suç için dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise fıkranın eklendiği tarih ile TCK'nın yürürlük tarihinin farklı olması dolayısıyla iki tarih arasında işlenen evi terk etme iradesi olan çocuğun alıkonulması durumunda nasıl bir uygulama yapılacağıdır. İki tarih arasında özel bir düzenleme bulunmadığından, 15 yaşından büyük çocukların rızalarının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinden suçun oluşmayacağını kabul etmek daha isabetli görünmekte olup, Yargıtay da bu dönemde suç oluşmayacağı yönünde kararlar vermiştir⁴⁷⁵.

Hem TCK 234/1,2 madde fıkralarındaki suçlar hem de TCK 234/3 madde fıkrasındaki suç, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile normların görünüşte içtimai kuralı gereği özel norm-genel norm ilişkisi içerisinde yer almaktadır. TCK 234. madde TCK 109. maddeye göre özel nitelikte bir suç olduğu için TCK 234. maddede belirtilen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu olduğu zaman, yalnızca özel norm niteliğindeki TCK 234. maddeden faile ceza verilecek, genel norm niteliğindeki TCK 109'dan failin sorumluluğu doğmayacaktır. İki suç özel norm-genel norm ilişkisi içerisinde olduğundan bu suçlar için iki içtima prensibini uygulamak da mümkün olmayacaktır.

2.2.15. Ulaşım Araçlarının Kaçırılması veya Alıkonulması Suçu ve Kıta Sahanlığında veya Münhasır Ekonomik Bölgedeki Sabit Platformların İşgali Suçu ile İçtima

Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının topluma karşı suçları düzenleyen üçüncü kısmının altıncı bölümünde ulaşım araçlarına veya sabit platformlara karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu bölümde ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu ile kıta sahanlığı veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali suçu yer almaktadır. TCK 223. maddede düzenlenen ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla kara, deniz, demir yolu ya da hava ulaşım araçlarından birini aracın niteliğine göre hareket etmesini engellemek, hareket

⁴⁷⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3735.

halinde olan aracı durdurmak veya gitmekte olduğu yerden başka bir yere götürmek şeklinde işlenebilen bir suçtur.(TCK 223)

TCK 234. maddede düzenlenen kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali ise devletin deniz hukukundan kaynaklanan, kıta sahanlığı veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş olan sabit platformların cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranış ile ele geçirmek, zapt etmek veya kontrolü altına almak suretiyle işlenebilmektedir. (TCK 234)

Hem ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu hem de kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile yakından ilişkilidir. Şöyle ki ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması esnasında ulaşım aracının içinde mürettebat ve yolcuların bulunması kuvvetle muhtemeldir. Bu mürettebat ve yolcuların hürriyetleri de ulaşım aracının kaçırılması veya alıkonulması ile kısıtlanmış olacağı muhakkaktır. Hakeza sabit platformların işgali esnasında da platformda bulunan görevli ya da herhangi bir sebeple orada bulunan kişilerin hürriyetleri dolaylı olarak kısıtlanmış olacaktır. Bu halde akla ilk gelen tek bir fiil ile birden fazla suçun işlenmesi halinde uygulanacak olan fikri içtima hükümlerinin uygulanabilme olanağıdır. Nitekim yapılan tek bir eylemle iki ayrı suç tipinin meydana geldiği muhakkaktır. Her ne kadar fikri içtima uygulamak teknik olarak mümkün görünse de TCK yapmış olduğu düzenlemeler ile bu suçlar için fikri içtimaya müsaade etmemiştir.

Kanun koyucu TCK 223/4 madde fıkrasında ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunun işlenmesi esnasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da işlenmesi halinde ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da ceza verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.(TCK 223/4) Aynı şekilde TCK 224/2 madde fıkrasında kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali esnasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hali bulunması durumunda ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da faile ceza verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.(TCK 224/2) Böylelikle kanun koyucu teknik olarak uygulanması gereken fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının önüne özel bir düzenlemeyle geçmiş bulunmaktadır. TCK 223/4 ve TCK 224/2 madde fıkraları karşısında artık hem ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu hem de kıta sahanlığındaki veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali suçu, kişiyi

hürriyetinden yoksun kılma suçu ile gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilecektir. Dolayısıyla fail işlemiş olduğu suçların tümünden ceza almış olacaktır.

Ulaşım aracında veya sabit platformda birden fazla kişinin hürriyetinin kısıtlanması halinde aynı neviden fikri içtima kurallarının (TCK 43/2) uygulanması önünde bir engel yoktur. Dolayısıyla birden fazla kişinin ulaşım aracında veya sabit platformda hürriyeti kısıtlanırsa TCK 43/2 madde fıkrası gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır.

2.2.16. İftira Suçu ile İctimai

İftira suçu Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabının dördüncü kısmının ikinci bölümü olan adliye karşı suçlar arasında 247. maddede düzenlenmiştir. İftira suçu TCK'da yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmek olarak tanımlanmıştır.(TCK 267/1) Buna göre iftira suçunun oluşabilmesi için failin, kişinin isnat ettiği fiili işlemediğini bilmesi gerekmekte olup, bu isnadın kişi hakkında adli veya idari soruşturma açılarak kişiye yaptırım uygulanmasını sağlamak amacıyla isnatta bulunması gerekmektedir. İftira suçunun oluşabilmesi için kişi hakkında idari veya adli yaptırım uygulanmasını sağlamak amacıyla isnatta bulunulmasının bir farkı olmayacak her iki durumda da suç oluşacaktır.

İftira suçu neticesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gerçekleştirilmektedir. İftira suçu neticesinde kişi hakkında adli soruşturma ve kovuşturma sonucunda kişinin özgürlüğünü kısıtlayıcı gözaltı kararı, tutuklama kararı ve mahkumiyet kararı verilerek kişinin hürriyetinin kısıtlanması ortaya çıkabilmektedir. İftira suçunun faili, iftira sonucunda kişinin gözüaltına alınması veya tutuklanmasına karar verilmesi halinde TCK 267/4 madde fıkrası gereğince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan, dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır⁴⁷⁶. TCK 267/4 madde fıkrasının açık hükmü gereğince, kişi hakkında isnat edilen fiilden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olsa bile, kişi bu isnattan dolayı gözüaltına alınmış veya tutuklanmış ise fail, iftira suçunun asli faili olarak ceza alacak iken kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ise dolaylı faili olarak ceza alacaktır. Belirtmek gerekir ki kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya neden olan iftira

⁴⁷⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 533.

sucunun failinin birden fazla kişi olması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişiyle işlenmesi nitelikli hali oluşmayacaktır⁴⁷⁷. Bunun sebebi belirtilen nitelikli halin oluşması için suçun işlenmesine katılan kişilerin doğrudan fail olması gerekliliğidir.

İftira suçunun neticesinde kişi hakkında hapis cezasına mahkumiyet kararı verilmesi TCK 267/5 ve TCK 267/6 madde fıkralarında ayrı suç tipi olarak düzenlendiğinden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın mahkumiyetle gerçekleşmesi nitelikli hal olarak öngörülmüş olup bileşik suç hükümleri gereğince ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilmeyecektir.

2.2.17. Yalan Tanıklık Suçu ile İçtimar

Yalan tanıklık suçu da iftira suçu gibi TCK'nın ikinci kitabının dördüncü kısmının ikinci bölümü olan adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. TCK 272. maddenin 1. ve 2. fıkrasına göre yalan tanıklık, hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde ya da mahkeme huzuru ile yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapılması olarak tanımlanmıştır.(TCK 272/1,2) Buna göre yalan tanıklık suçu hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında işlenebilmektedir. Yine yeminle tanık dinlemeye kanunun yetkili kılınmış olduğu kişi veya kurul önünde de gerçeğe aykırı beyanla tanıklık yapılması ile de yalan tanıklık suçu işlenebilmektedir.

Yalan tanıklık sonucunda kişi hakkında gözaltına alma, tutuklama, hapis cezasına mahkumiyet gibi kişi özgürlüğünü kısıtlayan sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Hapis cezasına mahkumiyet hali TCK 272/6 ve 272/7 madde fıkralarında nitelikli hal olarak düzenlendiğinden, fail hakkında bileşik suç hükümleri gereğince ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilmeyecektir.

⁴⁷⁷ “Sanıklar İbrahim ve Betül tarafından işlenen iftira suçu dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğu ve TCK'nın 267/4. maddesi uyarınca her iki sanığın dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları karşısında; TCK'nın 109/3-b maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinin kabulü için madde gerekçesinde de belirtildiği şekilde suçun icra hareketlerinin birden fazla şahıs tarafından doğrudan fail olarak birlikte gerçekleştirilmesinin, yani TCK'nın 37. maddesi anlamında müşterek faillik durumunun gerektiği, dolaylı faillikte bu fıkra hükmüne göre ceza verilemeyeceği gözetilmeden, dolaylı fail konumunda olduğu anlaşılan sanık İbrahim ve asli fail sanık Betül hakkında tayin edilen cezalarda TCK'nın 109/3-b maddesi gereğince arttırım yapılması...” Y. 14. CD., 13.12.2018 tarih, E.2015/5566-K.2018/7541

Ancak TCK 272/5 madde fıkrasındaki amir hüküm gereğince, aleyhinde tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır⁴⁷⁸.(TCK 272/5) Bu amir hükme göre fail bu durumda yalan tanıklık suçunun asli faili olarak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ise dolaylı faili olarak her iki suçtan da ceza alacaktır.

2.2.18. Hükümlü veya Tutukluların Ayaklanması Suçu ile İçtima

Türk Ceza Kanunu'nda hükümlü ve tutukluların ayaklanması suçu, ikinci kitabın dördüncü kısmının adliye karşı suçlar başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. TCK 296. maddesinde tutuklu veya hükümlülerin toplu halde ayaklanması suç sayılarak ayaklanan kişi sayısının üçten fazla olması gerektiği hükme bağlanmıştır.(TCK 296/1) Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ayaklanma sırasında başka suçların da işlenmesi halinde ayrıca işlenen diğer suçlardan da faillere ceza verileceği belirtilmiştir.(TCK 296/2) Böylelikle TCK hükümlü ve tutukluların ayaklanması suçu ile işlenen diğer suçların gerçek içtima kuralları gereğince içtima ettirilmesini kabul ederek meydana gelen her suçtan faillerin sorumlu tutulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu sebeple hükümlü ve tutukluların ayaklanması esnasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenirse failler her iki suçtan da gerçek içtima kuralı gereğince ceza alacaklardır⁴⁷⁹.

Yargıtay da 2006 tarihli bir kararında ceza evinde gerçekleşen bir ayaklanma esnasında, yedi infaz koruma memurunun rehin alınması olayıyla ilgili hem ayaklanma suçunun oluşacağına hem de mağdur sayısınca yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşacağını kabul ederek yerel mahkemenin eylemlerin bütün halinde ayaklanma suçunu oluşturacağı yönündeki kararını bozmuştur⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 533.

⁴⁷⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3774.

⁴⁸⁰ Y. 8.CD. 18.12.2006, 5199/9360, Aktaran: GÖKCAN, s. 67.

SONUÇ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmının yedinci bölümü olan hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. 735 sayılı ETCK döneminde birkaç maddede düzenlenen hürriyeti tahdit suçları 5237 sayılı TCK'da 109. maddede düzenleme alanı bulmuştur. Başka bir deyişle ETCK zamanında ayrı maddeler halinde düzenlenen birçok suç tipi 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinde bir araya getirilmiştir.

765 sayılı ETCK'da soyut olan suçun fiili 5237 sayılı TCK ile somut bir hale getirilmiş olup suçun fiili, mağduru bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmaktır. Serbest hareketli bir suçtur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun koruduğu hukuki değer, kişinin bir yerde kalma veya bir yere gitme hususunda irade oluşturması ve oluşturduğu bu irade doğrultusunda davranabilme serbestisidir.

Aksi yönde görüşler olsa da bu suçun ihmalî şekilde işlenmesinin önünde bir engel bulunmamakla beraber TCK'da bu hususta açık bir düzenleme mevcut değildir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma mütemadi bir suç niteliğindedir. Bu sebeple suçun tamamlanması ve bitmesi farklı zamanlarda gerçekleşir. Suçun tamamlanması, kişinin hürriyetinin tahdit edilmesi anyken suçun bitmesi ise mağdurun hareket serbestisini tekrar kazandığı andır. Bu husus teşebbüs, iştirak ve zamanaşımı süresinin hesap edilmesi gibi konularda önem arz etmektedir.

Suçun konusu ile suçla korunan hukuki değer farklı şeyle olmasına karşın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, korunan hukuki değer ile suçun konusu çakışmaktadır. Buna göre suçun konusu ve korunan hukuksal değer, kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetidir. Bu suç için failin kişiliği üzerinde herhangi bir özellik aranmadığından dolayı özgü suç niteliğinde olmayıp herkes tarafından işlenebilir. Ancak suçun bazı nitelikli hallerinin gerçekleşmesi için failde bazı özellikler arandığı haller de mevcuttur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için gerekli olan süre hakkında TCK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre suçun oluşabilmesi için hürriyeti tahdidin kısa veya uzun olmasının pek bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bununla beraber hürriyeti tahdidin süresinin ani olan çok kısa zaman aralığında gerçekleşmesi halinde suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. En azından failin hürriyeti tahdit kastının varlığının

anlaşılması ve mağdurun da hürriyetinin tahdit edildiğini anlıyor olduğu bir zaman diliminin geçmiş olması kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşması için yeterlidir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için mağdurun hareket etme potansiyelinin yeterli olup olmaması konusu doktrinde tartışma konusudur. Kimi yazarlar mağdurun yer değiştirme potansiyelini yeterli görmüş, kimi yazarlar ise mağdurun aktüel olarak yer değiştirmesi gerektiğini savunmuştur. Bu sebeple yatalak hastalar, akıl hastaları ve çok küçük yaştaki çocuklar için bu suçun oluşup oluşamayacağı tartışılmıştır. Kanımızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun saydığımız kişilere karşı oluşmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Bu kastın doğrudan veya dolaylı olmasının önemi yoktur. Buna göre fail, mağduru bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kıldığını bilerek ve isteyerek hareket etmelidir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, taksirle işlenmesi durumunda kanunda ceza verileceği hususunda bir düzenleme bulunmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, taksirle işlenemeyen bir suçtur.

Kanunda bir suç için “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı bir şekilde” gibi ifadelerle hukuka aykırılığı aradığı suçlarda suçun oluşabilmesi için failin bu haksızlık bilincinin kastının içinde olması aranmaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için de kanun koyucu “hukuka aykırı olarak” ibaresini, kanunda açıkça belirtmiş olduğundan suçun oluşabilmesi için failin kastının bu haksızlık bilincini kapsıyor olması gerekmektedir. Bu hukuka aykırılık bilinci, özel kast değildir. Hakim her olayda failin hukuka aykırılık bilincinin varlığını arayacak ve buna göre kararlar verecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için hukuka aykırılık hususunda, yapılan eylemi hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk nedenleri mevcuttur. Bu hukuka uygunluk nedenleri, meşru müdafaa, ilgilinin rızası, hakkın kullanılması ve görevin ifasıdır. Belirtmiş olduğumuz hukuka uygunluk nedenlerinin şartları oluşmuşsa artık yapılan eylem hukuka uygun hale gelecek ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır. Bu hususta ilgilinin rızası konusu için rıza açıklama ehliyeti konusunda doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir görüşe göre, yaş sınırlaması olmadan ayırtım gücüne sahip olan kişilerin açıklamış olduğu rızanın hukuken geçerli olduğunu savunurken Yargıtay’ın da kabul ettiği diğer bir görüşe göre ise açıklanan rızanın hukuken geçerli olabilmesi için rıza açıklamasında

bulunan kişinin 15 yaşını doldurmuş ve ayırtım gücüne sahip kişi olması aranmaktadır. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise cinsel bir amaç taşımayan ve herhangi bir suçla mahall vermeyecek şekilde örneğin kısa süreli bir gezinti, ders çalışma gibi hallerde algılama yeteneği gelişmiş küçüğün açıklamış olduğu rızanın hukuken geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde haksız mağduriyetlerin yaşanma ihtimali ortaya çıkacaktır.

Suçun nitelikli halleri ve netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri TCK 109/2 madde fıkrası itibarıyla düzenlenmiştir. ETCK döneminde ayrı bir suç olarak düzenlen bazı suç tipleri 5237 sayılı TCK ile artık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlendiği görülmektedir.

Suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında uygulanan cebir veya tehdidin kimin üzerinde uygulanması gerektiği hususunda TCK'da bir açıklık bulunmamakla beraber, uygulanan cebir ve tehdidin hürriyeti kısıtlanan mağdur üzerinde gerçekleştirilmiş olması gerektiğini kabul etmek daha isabetli olacaktır. Üçüncü bir kişi üzerinde uygulanan cebir ve tehdidin, üçüncü kişiye karşı gerçekleştirilmiş ayrı bir suç olarak değerlendirilmesi gerekir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla işlenmesi nitelikli halinin gerçekleşmesi için silahın fiilen kullanılmış olması gerekmemektedir. Burada silahın korkutucu gücünden faydalanarak mağdurun direncinin azaltılması veya ortadan kaldırılmış olması yeterlidir. Buna göre mağdurun göreceği bir şekilde silah bulunduran ve bu silahı mağdurun görebileceğini ve bundan mağdurun korkacağını bilen fail için bu nitelikli hali uygulamak gerekir. Ancak tesadüf eseri faildeki silahı gören ve failin de silahla bu suçu işleme iradesinin olmadığı durumda suçun silahla işlenmesi nitelikli halinin oluşmadığını kabul etmek isabetli olacaktır. Çünkü bu durumda failin kastı silahla suçu işlemeyi kapsamamaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişiyle işlenmesi nitelikli halinin oluşabilmesi için en az iki kişi tarafından suçun işlenmesi ve bu kişilerin azmettiren ve yardım eden sıfatında olmayıp müşterek fail sıfatıyla suçu işlemeleri gerekmektedir. Asgari sayının belirlenmesinde azmettiren ve yardım eden göz önüne alınmayacaktır. Eşe karşı suçun işlenmesi halinde eşlerin aynı evde yaşıyor olmaları gerekli değildir. Eşler hakkında ayrılık kararı verilmiş olsa dahi mahkeme kararıyla kesinleşmiş bir boşanma hükmü yoksa bu nitelikli hal uygulanacaktır. Eşin muhakkak resmi nikahlı eş olması aranır. İmam nikahlı eş, birlikte yaşanan partner veya nişanlı bu nitelikli halin oluşması için yeterli değildir.

Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle suçun işlenmesi halinde mağdurun halen kamu görevlisi vasfını taşıyor olması aranmaz. Fail mağdurun yerine getirdiği kamu görevinin ifası nedeniyle duymuş olduğu elem neticesinde suçu işlememiş olmalıdır. Mağdurun sürekli bir kamu görevini yerine getiriyor olması şart olmayıp örneğin mahkemede yapmış olduğu tanıklık nedeniyle hürriyetinin kısıtlanması halinde de bu nitelikli hal uygulanacaktır. Kamu görevlisinin, görevi kötüye kullanması sebebiyle hürriyeti sınırlandırılmışsa ve görevi kötüye kullanma sabitse nitelikli hal oluşmayacağı gibi fail için haksız tahrik indirimi de söz konusu olacaktır.

Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması hali için kamu görevlisinin hürriyeti kısıtlama yetkisine sahip bir kamu görevi üstlenmiş olmasının önemi yoktur. Aslolan kamu görevlisinin mağdur üzerinde hakimiyet kurmasını sağlayan bir görev yapıyor olmasıdır. Buna göre bir kolluk görevlisi bu nitelikli halin faili olabilecekken bir öğretmen de bir öğrencisini hürriyetinden yoksun bırakır ise bu nitelikli halden sorumlu olacaktır.

Evlilik amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi halinde suçun cinsel amaçla işlenmiş sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bizce evlenme içerisinde cinselliği de barındırıyor olması dolayısıyla evlilik amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi halinde TCK 109/5 nitelikli halinin uygulanması daha isabetli olacaktır. Cinsel amacın mutlaka hürriyetinden yoksun kılınan kişiye yönelmiş olması gerekmekte olmayıp, başka birini cinsel ilişkiye zorlama amacıyla bir yakınının kaçırılması halinde de suçun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli hali oluşacaktır. Suçun cinsel amaçla işlenmesi bileşik suç uygulaması değildir. Çünkü kanun cinsel amacı aramakta olup cinsel davranışı suçun unsuru veya nitelikli hali olarak kabul etmemiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs mümkündür. Failin mağduru hürriyetinden yoksun bırakma için icrai hareketlere başlayıp elinde dolmayan nedenlerden dolayı suçu tamamlayamadığı hallerde suça teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Suça teşebbüsün ancak suçun tamamlanması anına kadar mümkün olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için iştirakin her türlü mümkündür. Müşterek faillik, dolaylı faillik, azmettiren veya yardım eden olarak suça katılmak önünde bir engel bulunmamaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık müessesesi TCK 110. maddede düzenlenmiştir. 735 sayılı ETCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da failin etkin pişmanlıktan yararlanması için suçtan elde etmek istediği amaca ulaşmadan mağduru serbest bırakması konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak kabul etmek gerekir ki elde etmek istediği sonuca ulaşan failin mağduru serbest bırakması zaten kaçınılmaz olduğundan ve elde etmek istediği sonuca ulaşan failin ödüllendirilir gibi etkin pişmanlık hükümlerinden faydalandırılması ceza adalet anlayışıyla bağdaşmayacağından, elde etmek istediği sonuca ulaşan fail için etkin pişmanlık hükümlerini uygulamamak daha isabetlidir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, takibi şikayete bağlı olmayan, resen soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan bir suçtur. Bu suçun temel şekli için öngörülen ceza 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası olduğundan ve ayrıca bir düzenleme olmadığından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yargılamasının yapılmasıyla görevli olan mahkeme hem temel hali hem de nitelikli halleri için, asliye ceza mahkemesidir.

Bu suç için içtima konusunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması kural olmakla beraber TCK'da düzenlenmiş olan gerçek içtima prensibinin istisnası olan hükümlerin uygulanması da mümkündür. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağı bir suçtur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu TCK sistematğinde kabul edilen gerçek içtima prensibine göre başka suçlarla birlikte işlendiğinde istisnai bir durum yok ise ayrı ayrı cezaların toplanmasıyla failin cezası belirlenir. Buna göre yağma suçu, kasten öldürme, şantaj gibi suçlarla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenir ise failin sorumluluğu meydana gelen tüm suçlardan olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken yağma suçunun işlenmesi esnasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın gerçekleşmesi halinde nasıl bir uygulama yapılacağıdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için hürriyeti kısıtlama süresinin kısa veya uzun olması önemli olmamakla birlikte ani olmayan ve mağdurun hürriyetinin kısıtlandığını anlayacağı ve failin hürriyeti kısıtlama kastının

varlığının anlaşılabileceği bir sürenin geçmesi gereklidir. Eğer yağma suçu işlenirken çok kısa bir sürede suç işlenmişse kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmadığını kabul etmek yerinde olacaktır. Ancak yağma suçunun işlenmesi için gereken sürenin ötesinde, haddinden fazla bir zamanda suç işlenmiş ise artık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da oluştuğu kabul edilerek faile her iki suçtan da ceza vermek yerinde olacaktır. Bu belirttiğimiz husus kasten öldürme suçu işlenirken de geçerlidir. Yine bu ve benzeri suçlar için suçun işlenmesinden önce veya sonra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gerçekleştirilirse de hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacak hem de failin meydana getirdiği diğer suç oluşacaktır.

TCK 109/2 madde fıkrasında suçun işlenmesi sırasında cebir veya tehdit kullanılması nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Cebir ve tehdit TCK'da ayrı birer suç olarak düzenlenmiş olmakla beraber kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlendiğinden bileşik suç oluştuğunu söylemek mümkündür. Dikkat edilmesi gereken bir nokta uygulanan cebrin TCK 86. maddesi kapsamında kalıyor olmasıdır. Eğer uygulanan cebir netice sebebiyle ağırlaşan hallerden birine meydan veriyorsa TCK 109/6 madde fıkrası uyarınca hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de kasten yaralamadan sorumluluk doğacaktır.

Yine kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile başka suçların da bileşik suç ilişkisine girdiği muhakkaktır. Soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, suçun unsuru olarak belirlenmiş olduğundan bileşik suç görünümündedir. Aynı şekilde insan ticareti suçu içinde suç tanımında kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya yönelik eylemlere yer verilerek, suçun unsuru olarak zikredildiğinden insan ticareti suçunun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile bileşik suç oluşturduğu kabul edilebilir. Bu halde artık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için artık ceza verilmeyecek yalnızca meydana gelen bileşik suç için ceza verilecektir.

Zincirleme suç hükümlerini düzenleyen TCK 43. maddede iki hal düzenlenmiştir. TCK 43/1 madde fıkrasına göre bunların ilki, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun işlenmesi halidir. Diğer hal ise TCK 43/2 uyarınca tek bir fiil ile birden fazla kişiye aynı suçun işlenmesi durumudur ki buna doktrinde aynı neviden fikri içtima da denilmektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için zincirleme suç hükümlerinin ikisinin de uygulanması mümkündür. Tekbir fiil ile birden fazla kişinin

hürriyetinden yoksun bırakılması halinde TCK 43/2 madde fıkrası uyarınca aynı neviden fikri içtımının uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır. TCK 43. maddesinin son fıkrasında sayılan zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar arasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sayılmamıştır. Bundan dolayı tek bir fiil ile birden fazla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması halinde TCK 43/2'nin uygulanması gerekir.

TCK 44. maddede düzenlenen fikri içtima hükmü kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için uygulama alanı bulabilmektedir. Buna göre tek bir fiil ile hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hem de başka bir suçun işlenmesi halinde TCK 44 uygulanacaktır. Buna örnek olarak cinsel dokunulmazlığa karşı suç işlenmesi esnasında ve yalnızca cinsel suçla sınırlı olarak kişinin hürriyetinden yoksun kılınması halinde TCK 44 uyarınca yalnızca daha ağır cezayı gerektiren cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan faile ceza verilecektir. Belirtmek gerekir ki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçun öncesinde veya sonrasında mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması halinde, hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de cinsel suçtan dolayı failin sorumluluğu doğacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu diğer suçlarla normların görünüşte içtımı prensibine göre özel norm-genel norm ilişkisine de girdiği görülmektedir. TCK 112. maddede düzenlenen eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu özel norm-genel norm ilişkisi içerisinde olduğundan eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili ile gerçekleştirilir ise artık özel norm niteliğindeki eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçundan failin sorumluluğu doğacak olup kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluk doğmayacaktır. Aynı şekilde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu normların görünüşte içtımı prensibine göre özel norm-genel norm ilişkisi içerisinde. Buna göre TCK 234. maddesindeki suçun işlenmesi halinde genel norm niteliğindeki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluk doğmayacaktır.

Kanun koyucu bazı suçlar için özel bazı düzenlemeler getirmiştir ki eğer bu düzenlemeler olmasa bu suçlar ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu aynı fiille işlendiğinden dolayı TCK 44. maddesi gereği fikri içtima kuralları gereğince ağır hapis cezasını gerektiren suçtan failin sorumluluğu olacaktır. Ancak bu özel düzenleme ile kanun koyucu bunun önüne geçmiştir. Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu, kıta sahanlığı veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali suçu, iftira suçu ve

yalan tanıklık suçu buna örnektir. Kanun koyucu ilgili maddelerde bu suçlar ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da işlenmişse failin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da sorumlu tutulması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Böyle olunca artık belirttiğimiz suçlarla beraber kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenir ise fail hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de meydana gelen diğer suçtan sorumlu tutulacak ve ceza alacaktır.



KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Bihterin V., **Genel Kamu Hukuku**, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2009.

AKDÜZEN, Emre, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul 2018.

ARTUÇ, Mustafa, **Pratik Türk Ceza Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

ARTUK, Mehmet E., “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, 48-85.

ARTUK, Mehmet E. / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

AYDIN, Hüseyin, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı” **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, 109-128.

AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, 55(1), 85-113.

BAKIM, Sevi, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

BAŞLI, Süreyya, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyete Karşı İşlenen Suçlardan Tehdit ve Cebir Suçu**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

BAYRAKTAR, Köksal / KESKİN KIZIROĞLU, Serap / YILDIZ, Ali Kemal / ZAFER, Hamide / AKSOY RETORNAZ, Eylem / AKYÜREK, Güçlü / EVİK, Ali H. / SINAR, Hasan / ALTUNÇ, Sinan / AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman / ERMAN, Barış / EROĞLU ERMAN, Fulya, **Özel Ceza Hukuku Cilt III Hürriyete, Şeref, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m.106-140)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

BAYTEMİR, Erdal, **Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

CİHAN, Erol, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1975, 41 (1-2), 47-69.

COŞKUN, Neslihan, Fikri İctima (Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.

ÇAKMUT, Özlem, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, 19 (2), 587-602.

ÇINAR, Ali Rıza / ŞAHBAZ, İbrahim, “Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1996, 1996/1, 47-66.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 5. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1974.

EKİCİ ŞAHİN, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler II. Cilt.**, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1993.

EVİK, Vesile S., **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

GARİP, Zerrin, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.

GÖKCAN, Hasan T., “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu” **Yargıtay Dergisi**, 2013, 39 (3)

GÜLŞEN, Recep, **Hürriyeti Tahdit Suçları TCK m. 179-187**, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

GÜNEŞ, Seyithan, **Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi**, 1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1998.

HAFIZOĞULLARI, Zeki / GÜNGÖR, Devrim, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007, 20 (69), 21-50.

HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

İÇEL, Kayıhan, **Suçların İctimai**, Sermet Matbaası, İstanbul 1972.

KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7.Baskı-Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

KAPLAN, Burcu K., Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2011.

ŞARAGÜLMEZ, Ali, “Evi Terkeden Çocuğu Yanında Tutma Suçu” **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Nisan 2010, 5 (12),73-85.

KOCA, Mahmut, **Yağma Cürümleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, **Türk Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı İctihatlı 2537 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 82-159, İkinci Cilt.**, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2013.

MERAN, Necati, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

MERAN, Necati, **Hürriyetten Yoksun Bırakma Tehdit-Şantaj Konut Dokunulmazlığını Bozma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

ÖNCEL, Hakan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

ÖNER, Necati, **İnsan Hürriyeti**, 1. Baskı, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1987.

ÖNOK, R. Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

ÖZEN, Mustafa, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.

ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

ÖZGÜVEN, Ayşe D., Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.

PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **Suçta Teşebbüs- İştirak- İctima ve Yaptırımlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa R. / ÖNOK, Rifat M., **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ÜNAL, Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar” **Kazancı Dergisi (Hakemli Dergi)**, 2005, Sayı: 5, 93-113.

ÜZÜLMEZ, İlhan, **Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN'e Armağan, 2009, Haziran-Aralık 2007, 11(1-2), 1183-1210.

YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan T. / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt Md. 86-140**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

YURTCAN, Erdener, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Barış Matbaası, İstanbul 2010.

YURTCAN, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

İnternet Kaynakları

Büyük Türkçe Sözlük. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts, Erişim Tarihi: 16.02.2020

GÖKÇEN, Ahmet (Şubat 2013). Hürriyete Karşı Suçlar. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, Erişim Tarihi: 20.02.2020

