

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

Aydın AYGÜN

Danışman

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

İZMİR-2017

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

(Faint watermark text: YÜKSEK LİSANS TEZİ)

..../..../.....

Aydın AYGÜN

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Aydın Aygün

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Programı

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hürriyete karşı suçlar başlıklı yedinci bölümünde düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hürriyete karşı işlenen suçların en önemlilerinden biridir. Bu suç tipi ile kişilerin hukuka aykırı olarak iradesine göre bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetini ihlal edenlerin cezalandırılması düzenlenmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kişinin hareket serbestisi korunmuş ve temel haklar arasında yer alan kişi güvenliği ve özgürlüğü teminat altına alınmıştır.

765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda da benzer bir düzenleme mevcuttu. Ancak mülga Kanunda bağımsız suç tipleri olarak düzenlenen birçok madde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme ile bir madde altında toplanmış ve suçun unsurları belirgin bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca cezaya etki eden şahsi bir neden olarak etkin pişmanlık hükmü de TCK m. 110'da yer almıştır.

Hürriyete karşı işlenen suçlardan biri olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu çalışmamızda doktrin ve yargı kararları da değerlendirilmek suretiyle detaylı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişi Hürriyeti, Hareket Serbestisi, Hürriyete Karşı Suç, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma.

ABSTRACT

Master's Thesis

Crime of Deprivation of Liberty

Aydın AYGÜN

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

Public Law Program

Crime of deprivation of liberty enacted in seventh part titled crimes against deprivation of Turkish Penal Code as numbered 5237 is one of the most important crimes against deprivation. With this type of crime have been enacted penalisation them violate unlawfully personal freedom of going to somewhere or staying in somewhere. With crime of deprivation of liberty have been protected freedom of action of person and have been collateralised personal security and freedom between fundamental rights.

There was a similar type of crime in abrogated Turkish Penal Code as numbered 765. But a lot of articles were separately enacted type of crime in the abrogated code have been gathered under one article and elements of crime have been prominently enacted with regulation in penal code as numbered 5237. Besides clause of effective remorse affecting punishment as a personal reason is located in article 110.

Crime of deprivation of liberty which is one of the crimes against deprivation have been examined in detail in study by evaluating also doctrine and judicial decisions.

Keywords : Personal Liberty, Freedom of Action, Crime Against Deprivation, Deprivation of Liberty.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YEMİN METNİ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR CETVELİ	x
GİRİŞ	1
Ş1. HÜRRİYET KAVRAMI, HÜRRİYETLERİN CEZA HUKUKU YOLUYLA KORUNMASI, HÜRRİYETE KARŞI SUÇLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE CEZA HUKUKUMUZDA HÜRRİYETE KARŞI SUÇLAR	
I- HÜRRİYET KAVRAMI.....	3
A. Siyasal Sistemlerin Bakışı.....	4
1. Liberalizmin Bakışı	5
2. Anarşizmin Bakışı	7
3. Marksizmin Bakışı	8
4. Faşizmin Bakışı	10
B. Kişi Hürriyeti.....	11
II- CEZA HUKUNDA HÜRRİYET KAVRAMI VE HÜRRİYETELERİN CEZA HUKUKU YOLUYLA KORUNMASI.....	13
A. Ceza Hukukunda Hürriyet Kavramı.....	13
B. Hürriyetelerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması	15
III- HÜRRİYETE KARŞI SUÇLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE CEZA HUKUKUMUZDA KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU.....	17
A. Hürriyete Karşı Suçların Tarihsel Gelişimi.....	17
B. Ceza Hukukumuzda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu	20

§2. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA

SUÇUNUN UNSURLARI

I- KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	22
II- SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....	25
A. Fail.....	25
B. Mağdur	26
C. Fiil	29
1. Bir Yere Gitme Hürriyetinden Yoksun Kılma	33
2. Bir Yerde Kalma Hürriyetinden Yoksun Kılma.....	34
D. SUÇA ETKİ EDEN HALLER.....	35
1. Suçun İşlenmesi İçin Veya İşlendiği Sırada Cebir, Tehdit Veya Hile Kullanımı.....	35
2. TCK'nın 109/3.Maddesinde Düzenlenen Nitelikli Haller	40
a. Suçun Silahla İşlenmesi	40
b. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	42
c. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi	43
d. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi.....	46
e. Suçun Üstsoy, Altsoy Veya Eşe Karşı İşlenmesi	48
f. Suçun Çocuğa Ya Da Beden Veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi.....	51
3. Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi.....	53
4. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Şekilleri.....	55
a. Suçun Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması	55

b. Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hallerinin Gerçekleşmesi	57
III- SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	59
A. Kanun Hükmünü Yerine Getirme	62
B. Meşru Savunma	64
C. Hakkın Kullanılması.....	65
D. İlgilinin Rızası.....	67
IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU	75
A. Genel Olarak	75
B. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Manevi Unsur.....	77
V- ETKİN PİŞMANLIK.....	80
A. Genel Olarak	80
B. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Yönünden Şartları	81
1. Suçun Tamamlanmış Olması.....	83
2. Soruşturmayla Başlanmamış Olması.....	84
3. Mağdurun Şahsına Zarar Verilmemesi.....	85
4. Mağdurun Kendiliğinden Güvenli Bir Yerde Bırakılması	90
VI- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	91
A. Teşebbüs.....	91
B. İştirak.....	95
C. İçtima.....	97
VII- BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	103
A. Çocuğun Kaçırılması Ve Alıkonulması Suçu İle Karşılaştırma.....	103
B. İcra Ve İflas Kanunu Madde 341 İle Karşılaştırılması.....	106
VIII- YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA.....	107
A. Yaptırım	107

B. Kovuşturma	109
SONUÇ	111
KAYNAKÇA.....	117



KISALTMALAR CETVELİ

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AD	Adalet Dergisi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
çev.	Çeviren
dpn.	Dipnot
E.	Esas
Ed	Editör
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
m.	Madde
no.	Numara
S.	Sayı
s.	Sayfa
ss.	Sayfa sayıları
T.	Tarih
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı

Y.	Yıl
Yay.	Yayınları
Yarg.	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi



GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşturmaktadır. Hürriyet kavramı üzerinde uzlaşmaya varılamayan bir kavramdır. Bunun nedenlerinin başında, kavramı açıklamaya çalışan kişinin dünya görüşüne göre bir açıklama getirmeye çalışması yer alır. Bu durumun doğal sonucu olarak da hürriyet kavramı ideolojilere ve siyasal sistemlere göre değerlendirilebilecek bir konuyu oluşturur. Aynı zamanda hürriyet kavramı hukuksaldır. Modern devlette kişi hürriyetlerinin düzenlenmesi ve korunması büyük öneme sahiptir. Çağdaş demokratik devletlerde hürriyetlerin tanınmasıyla yetinilmez. Bunun yanı sıra hürriyetlerin teminat altına alınması da sağlanır. Böylece hürriyetler kullanılabilir hale gelir. İşte hürriyetleri koruma yöntemlerinden biri de ceza hukuku yoluyla onların teminat altına alınmasıdır. Bu nedendir ki ceza hukuku hukuki değerleri koruyan onları teminat altına alan bir hukuk dalıdır.

Çalışmada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları doğrultusunda incelenmiştir. Çalışma iki kısımdan oluşmaktadır. Birincisinde hürriyet kavramı, bu kavrama siyasal sistemlerin bakışları, ceza hukukundaki yeri, hürriyetlerin ceza hukuku yoluyla korunması ile hürriyet karşı suçların tarihsel gelişimi üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın ikinci kısımda ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda koruna hukuki değerin belirlenmesinden sonra, suçun maddi unsurlarını oluşturan suçun faili, mağduru ve fiil detaylı bir şekilde incelenmiş sonra suça etki eden nitelikli haller üzerinde durulmuştur. Bu başlıkta kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halleri olan failin tipteki fiili gerçekleştirmek için veya gerçekleştirdiği sırada mağdura cebir, tehdit veya hile kullanması, suçun silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, yerine getirilen kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin vermiş olduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenilmesi, suçun mağdurun ekonomik açıdan önemli bir kaybına neden olması, suçun cinsel amaçla işlenmesi ve suçun işlenilmesi amacıyla veya işlenilmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış

halleri detaylı bir şekilde incelenmeye çalışılmış ve Yargıtay uygulamaları değerlendirilmiştir. Hukuka aykırılık açıklanmış ve hukuka uygunluk nedenleri değerlendirilmiştir. Suçun manevi unsuru açıklanmış, cezaya etki eden şahsi bir neden olarak etkin pişmanlık ve koşulları değerlendirilmiştir. Yine bu bölüme suçun özel görünüş şekilleri olan teşebbüs, iştirak, içtima hükümleri açıklanmış, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun benzer suçlarla karşılaştırılmasından sonra suçun yaptırımı ve kovuşturma usulü üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın sonuç kısmında ise suç genel olarak değerlendirilmiş ve ulaşılan kanaatler belirtilmiştir.



§1. HÜRRİYET KAVRAMI, HÜRRİYETLERİN CEZA HUKUKU YOLUYLA KORUNMASI, HÜRRİYETE KARŞI SUÇLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE CEZA HUKUKUMUZDA HÜRRİYETE KARŞI SUÇLAR

I- HÜRRİYET KAVRAMI

Hürriyet, çok yönlü bir kavram olması ve tanımlamaya çalışanın dünya görüşüne göre değişiklik arz etmesi nedenleriyle tanımlanması en zor kavramlardan biridir. Bu duruma Montesquieu, “ Hiçbir kelime yoktur ki hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun.” sözüyle işaret etmiştir¹.

Hürriyet kavramını tanımlamak ve ondan ne anlaşılması gerektiğini belirlemek için çok eski zamanlardan beri insanlık tarihinin seçkin düşünce adamları çaba sarf etmişlerdir. Fakat bu uğurdaki bütün çabalara rağmen, sonunda aklın ve tecrübenin süzgecinden geçerek billûrlaşmış ve üzerinde anlaşmaya varılmış bir hürriyet kavramı ortaya çıkmamıştır². Hürriyet kavramı kimi zaman bağımsızlık, her türlü zorlamadan, sınırlamadan ve dış baskıdan masun olarak kendi kaderini bizzat belirleyebilmek şeklinde, kimi zaman da özel ve gizli olanın her türlü müdahalenin dışında olması, yani özel hayatın gizliliği şeklinde anlaşılabilmiştir³.

Hürriyet kavramı, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 4. maddesinde; “başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir.” şeklinde açıklanmıştır. Kant’a göre hürriyet, “Hariçte (başka insanlarla olan ilişkilerde) öyle hareket etmelisin ki senin hürriyetinin kullanılışı, umumî bir hürriyet kanununa göre başkasının hürriyeti ile bağdaşabilsin”dir⁴. Yine Montesquieu hürriyeti “kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmek” şeklinde tanımlar⁵. Sözlük anlamı itibariyle hürriyet, “kişinin dilediği gibi hareket etmesi, onun belirli bir faaliyetini engelleyen

¹ Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin, 7. Baskı, (Tıpkı Basım), Ankara 1993, s. 3.

² Kapani, s. 3.

³ İlhan Üzülmöz, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Kaşı İşlenen Suçlar Sistemi çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 5 (Tehdit, Şantaj ve Cebir).

⁴ Turhan Tufan Yüce, “ Temel Hakların Özü kavramı ve Sınırlanması Problemi ”, **Dr. Recai Seçkin ‘e Armağan**, AÜHF Yay. No: 351, Ankara 1974, s. 648-649.

⁵ Kapani, s. 5.

veya sınırlayan bir kuralın bulunmaması”⁶ şeklindedir. Doktrinde de bu tanım ve kavramlardan hareketle çeşitli tanımlar⁷ yapılmıştır. Ancak hürriyet kavramını sübjektif anlayışlara yer veren çok yönlülüğü nedeniyle onun bütün yönlerini kavrayan etraflı ve yeterli bir tanımla yapılabilmiş değildir. Abraham Lincoln’ın “dünya hiçbir zaman hürriyet kelimesinin iyi bir tarifine kavuşamamıştır.” sözünün bugün de gerçekliğinden ve tazeliğinden hiçbir şey kaybetmemiş olduğu söylenebilir⁸.

Geniş anlamda hürriyet, “sınırsızlık” hatta “bağımsızlık” düşünce ve davranışta baskı altında olmamaktır⁹. Ancak bu geniş anlamda hürriyet uygulanabilir olmayıp, moral bir değer taşımaktadır. Hürriyet ayrıca psikolojik olarak irade ve hareket serbestîsini ifade eder¹⁰. Bununla birlikte unutulmaması lazım gelen bir nokta da hürriyet kavramına verilen anlamların değişik dünya görüşlerine ve değişik siyasal sistemlere göre farklılaşmasıdır.

Hürriyetin tanımıyla ilgili olarak örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte bir faydası bulunmamaktadır. Bu noktada kavramın yukarıda izah ettiğimiz özellikleri gereği tanımlamaya çalışmak ya da başka bir ifade ile eksik bir tanım denemesinde bulunmakta da bir fayda olmayacağı kanaatindeyiz.

A. Siyasal Sistemlerin Bakışı

İnsan doğası gereği yalnız yaşayamayan bir varlıktır. Bu zorunluluk insanı toplum halinde yaşamaya sevk etmiştir. İşte hürriyet kavramı da içinde yaşanan toplumdaki siyasi düşünce ile yakın ilişki içerisinde. İnsanların toplumsal yaşamda başvurdukları siyasi bir örgütlenme biçimi olan devlet, belli bir siyasi

⁶ Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Ankara 1991, s. 136-137.

⁷ Örneğin; “Hürriyet, her fert için, faaliyetini, istediği gibi ve her istediği istikamette icra etmek hakkıdır.” Gaston Jeze, “Ferdî Hürriyetler”, çev. Mukbil Özyörük, **AÜHFD**, Cilt III, Yıl 1946, Sayı:1, s. 216; “kişinin yapmak veya olmak istediği bir şey konusunda insan yapısı veya insani müdahale ile değiştirilebilir herhangi bir tahdit veya kısıtlama altında olamaması durumudur.” Mustafa Erdoğan, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yay. , Ankara 2002, s. 139; “bir şeyi yapma veya yapmama, belli şekilde davranıp davranmamam gücü, serbest hareket etme gücü.” Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Ekin Kitabevi Yay. ,2007, s. 121-122 (Anayasa Hukuku).

⁸ Kapanı, s. 4.

⁹ Ali Rıza Çınar, **Tehdit Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 6.

¹⁰ Çetin Özek, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İÜHF**, C: XXIX, 1964/4, s. 934.

düşünce üzerine inşa edilmekte, bu siyasi yapılanmaya yön veren dünya görüşünün izlerini taşıyan ve çoğunlukla siyasi düzeni koruma amacına göre biçimlendirilen hukuk düzeninde de siyasi sisteme uygun olarak hürriyetler konusu ele alınmaktadır¹¹. Hürriyet kavramının değişkenliği bu noktada kendini göstermektedir. Çünkü hürriyet, ideolojilere ve siyasal sistemlere göre değerlendirilebilecek bir konuyu oluşturmaktadır.

Her siyasi rejimin bir özgürlük anlayışı vardır. Aslında buradaki amaç insanların daha mutlu olmasını sağlamaktır. Ancak bu amaca ulaşmak için bireylerin özgürlükleri ile toplum yaşamının gereklerini bağdaştırmak için birtakım sınırlamalar ortaya çıkar ve bu andan itibaren hürriyetlere müdahale başlamış olur¹². Bireyin hürriyet alanı ne kadar genişler ise liberal, ne kadar daralırsa o kadar otoriter bir rejimde yaşanılıyor denilebilir. Bu kapsamda aşağıda başlıca siyasal sistemlerin hürriyet kavramına yaklaşımları değerlendirilmiştir.

1. Liberalizmin Bakışı

İnsanın sırf insan olmasından kaynaklanan bazı hak ve hürriyetlere sahip olduğu ve devletin bunlara hiçbir zaman dokunamayacağı fikri XVII. yüzyılda batı toplumunda temel bir sitem olarak ortaya çıkmıştır¹³. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi liberalizmin gelişmesine katkı sağlamıştır. Liberal doktrin, XVIII. yüzyılda mutlak monarşi devrinde siyasal despotizme karşı yoğrulmuş ve o zamana kadar baskı altında ezilen bireyi bu baskıdan kurtarmak, onu toplum içinden doğal ve dokunulmaz haklarla donatılmış olarak ön plana almak istemiştir¹⁴. Bu doktrine göre insanın alabildiğine özgür ve eşit olduğu doğal yaşam döneminde, insanlar birbirlerinin canına, malına, özgürlüklerine saygı göstermeyi öğrenmişlerdir. Kimsenin diğeri hakkında bir otoritesi, iktidarı, hakkı, üstünlüğü yoktur. Eşit ve

¹¹ Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 6.

¹² Çınar, s. 6.

¹³ Kapani, s. 30; İlhan F. Akın, **Devlet Doktrinleri**, Beta, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 110 vd.

¹⁴ Kapani, s. 50.

özgür insanların doğal koşullar altındaki yaşamları karşılıklı yardımlaşma ve sevgi ilkesine dayanır¹⁵.

Liberalizm, bireyin özgürlüğünü, özerkliğini, temel haklarını garanti altına almayı amaçlayan ve bu nedenle siyasal iktidarın, sınırlandırılması üzerinde duran bir düşünce olarak tanımlanabilir¹⁶. Asıl amaç devlet iktidarının kısıtlanmasıdır. Liberalizmde hürriyet, devletin müdahale ve faaliyet alanlarının daralması demektir¹⁷. Devlet sınırlandırıldıkça birey hür olacak ve böylece maddi ve manevi varlığını geliştirebilecektir. Bireyin özel alanı onun serbest hareket çevresini oluşturduğu için devletten beklenen bu alana karışmaması, sadece “pasif ve negatif” bir davranış sergilemesidir. XVIII. yüzyılın ortaya koyduğu klasik hürriyetlere “negatif hürriyetler” denilmesinin nedeni budur¹⁸.

Negatif hürriyet, bireyin hariçten gelen herhangi bir keyfi zorlamaya maruz kalmadan dilediğinde hareket edebilmesidir. Buna göre bir kişi davranışlarına, hareketlerine diğerleri tarafından müdahale edilmediği ölçüde hürdür¹⁹. Bu anlayış hürriyetin, sosyal bir ilişki olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Zira kişinin hürriyeti dıştan gelen müdahalenin azlığı ile doğru orantılıdır. Yine hürriyete esas olan kişiye bir şey sağlaması değil (bir şeye özgürlük), onun dış baskı ve zorlamalara maruz bırakılmamasıdır (bir şeyden özgürlük)²⁰.

XIX. yüzyıldan itibaren bu negatif hürriyet anlayışı, kişilere tanıdığı hak ve hürriyetlerin pratikte anlam ifade etmemesi ve tamamen teoride kalması nedenleriyle eleştirilere maruz kalmaya başlamıştır. Kendisine haklar tanınan kişi, içerisinde bulunduğu hayat zorlukları nedeniyle çoğu zaman bu hakların farkında dahi değildir. Liberal doktrinin devlete yüklediği pasif rol, pratik alanda, türlü maddi ihtiyaçlar ve yokluklar içinde bunalan kişilerin ve onların meydana getirdiği büyük kitleleri tamamen kendi hallerine bırakmaktadır. Bu durum, teorik olarak bütün insanlar için kabul edilmiş olan hak ve hürriyetlerden sadece maddi açıdan güçlü mutlu bir

¹⁵ Akın, s. 111; Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yöntemler**, Beta, 15. Bası, İstanbul 2015, s. 172.

¹⁶ Fikret Elma, “Liberal Düşünce Geleneğinin Oluşumu ve John Locke”, http://journal.qu.edu.az/article_pdf/1028_437.pdf erişim tarihi, 12.05.2015.

¹⁷ Kapani, s. 50; Özek, s. 934.

¹⁸ Kapani, s. 50; Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 1980, s. 204.

¹⁹ Atilla Yayla, **Liberalizm**, Ankara 2002, s. 163; Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 8.

²⁰ Yayla, s. 163; Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 8.

azınlığın yararlanmasına hizmet ediyor olmasını doğuruyordu²¹. Bu noktada devlet, artık pasif rolünü terk etmeli ve bütün vatandaşlarının kendilerine tanınan haklardan tam ve eşit olarak yararlanmalarını sağlamak amacıyla müdahalede bulunma zorunluluğuyla karşı karşıyadır. Bu zorunluluk liberal doktrini, insanı artık soyut bir varlık olarak değil, içinde yaşadığı toplumun sosyal şartları ile çevrili “ihtiyaç sahibi vatandaş” olarak ele almaya yöneltmiştir. Böylece devlete, bireylere kişiliklerini geliştirebilecekleri bir ortamı sağlamak gibi aktif birtakım görev ve yetkiler verilmiştir²².

Liberal öğretide, hürriyetler sadece kişiler arası ilişkileri değil, siyasi iktidar ile kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen, siyasi iktidarı sınırlandıran ve hatta kişilere devletten bir şey yapmasını isteme yetkisi veren bir hak olarak kabul edilmiştir²³.

2. Anarşizmin Bakışı

Her türlü otoriteyi reddeden bir düşünce olarak anarşizmde, bireyin hürriyeti sınırsızdır. XIX. yüzyılda gelişen bu anlayış, temelde bireyin değeri ve iradesinin hürlüğü fikrinde yoğunlaşmıştır. Anarşizm birey hürriyetini sınırlandıracak olan her türlü yükümlülüğü, değeri ve devlet, iktidar gibi otoriteyi reddeder. Bu düşünceye göre aslolan bireydir. Bu düşünce sistemine göre, toplumsal yaşamın devamı açısından gerekli olan düzenin sağlanması bakımından otorite yerine, bireyler arasındaki istek ve iradeye dayanan işbirliği tercih edilir. Yine düzenin korunması için, hukuk kuralları yerine bireylerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmeler yer almaktadır²⁴. Devlet otoritesinin yerine, dayanışma ile çalışma ve yardımlaşmadan oluşan gönüllü birlikteliği savunan anarşistlere göre, insanlar bu birliktelik içerisinde birbirleri ile mücadeleye sürüklenmeyeceklerdir. Zira sosyal adaletsizliğin olmadığı bir toplumda, özgür ve eşit bireyler birbirlerinin hürriyetlerine saygı gösterecek ve

²¹ Kapani, s. 51; Özek, s. 935; Yüksel Ersoy, **Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar**, Ankara 1973, s.13.

²² Kapani, s. 52; Özek, s. 935; Ersoy, s. 13.

²³ Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 8-9.

²⁴ Göze, s. 341; Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 7.

bunları koruyacaklardır. Dolayısıyla devlet denen ve bireyin hürriyetini kısıtlayan otoriteye ihtiyaç yoktur²⁵.

3. Marksizmin Bakışı

Hürriyeti üstün amaç olarak kabul eden marksist doktrin aynı zamanda bu üstün amaca ulaşmayı hedefler. Marksizm esas itibariyle hürriyetçi olma iddiasındadır ve klasik demokrasilerin “aldatıcı”, “gerçek olmayan” hürriyet anlayışından daha ileri bir hürriyet anlayışını temsil ettiğini iddia eder. İşte bu hürriyet anlayışı marksizme göre, “sınıf mücadelesi” kavramında gizlidir²⁶.

İnsanlık tarihi aslında bir sınıf mücadelesi tarihidir. Her toplumda daima çıkarları çatışan sınıflar bazen açıktan açığa, bazen de gizli bir mücadele içindedir. Kapitalist sistem, bu sınıf mücadelesinde her zaman üstünlüğü elde bulunduran burjuvazinin yanında yer alarak, emeğinden başka bir geçim vasıtası olmayan emekçi sınıfın sömürülmesine aracılık eder. Marksizm anlayışına göre devlet, ekonomik bakımdan üstün durumda bulunan burjuvazinin üstünlüğünü korumaktan başka bir şeye hizmet etmez. Dolayısıyla böyle bir sınıf çatışmasının devam ettiği toplumda hürriyetten bahsedilemez. Zira buradaki hürriyet “aldatıcı” ve “gerçek değil”dir. Aslında toplumda tanınan hürriyetler sadece ekonomik ve sosyal açıdan güçlü olan burjuvazi içindir. Gerçek hürriyet ise ancak sınıf çatışmasının ortadan kalktığı insanın insan tarafından sömürülmesinin son bulduğu “sınıfsız” bir toplumda mümkündür²⁷.

Marksizme göre, sınıfsız topluma ulaşmak için yapılacak ilk iş, emekçi sınıfın bir devrimle devleti ele geçirmesi gerekliliğidir. Ancak bu yeterli değildir. Devlet mekanizmasını ele geçiren emekçi sınıf, bir taraftan da toplumda var olan kapitalist sistemin düzenini yok etmeye koyulmalıdır. Bunun için de öncelikle sıkı bir dikta rejimine ihtiyaç vardır. Çünkü kurulacak yeni düzene karşı muhtemel başkaldırı ve dirençle baş etmenin tek yolu emekçi sınıftan oluşan bir diktatöryadır. Ancak bu diktatörlük sürekli değildir. Başka bir ifade ile bu dikta dönemi bir geçiş dönemidir. Burjuvazi sınıfının tasfiyesi tamamlandıktan, üretim araçlarının “herkese ihtiyacına

²⁵ Göze, s. 341-342.

²⁶ Kapani, s. 155; Tunaya, s. 200; Akın, s. 202.

²⁷ Kapani, s. 156; Tunaya, s. 201; Göze, s. 319; Erol Cihan, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit) (TCK.m.179)”, **İÜHFİM**. Cilt, XLI, Yıl 1975, Sayı 1-2, s. 15; Çınar, s. 12.

göre” dağıtılmasına imkân verecek ölçüye yükselmesinden sonra emekçi sınıfın diktatöryası sona erecektir²⁸. Yine bu aşama, “komünizmin üst aşaması” olduğundan devlet kendiliğinden “silinip gidecek”tir²⁹.

Bu anlayışa göre, gerçek hürriyete bir süreç sonucunda ulaşılabilecek ve bu süreç sınıf mücadelesi ile başlayıp komünizmin üst aşaması adı verilen aşamaya varmakla tamamlanacaktır. Marksizme göre, toplumda var olan sınıf farklılıkları tamamıyla ortadan kalkıncaya kadar devlete karşı bireylerin ileri sürebilecekleri subjektif hakları yoktur. Geçiş döneminde komünist üst aşamaya varmak amacına aykırı olmamak kaydıyla bu subjektif hakları devlet düzenleyecektir³⁰.

Marksist doktrin, liberal doktrine kıyasla kişilere daha “gerçek” bir hürriyet tanıdıkları iddiasındadır. Çünkü marksizme göre, sınıf çatışmasına ve insanın insan tarafından sömürülmesine son verilmekle birlikte devlet, kişiye tanıdığı hürriyetlerin pratikte kullanılabilmesini sağlamak için gerekli bütün maddi araçları onun hizmetine sunmaktadır³¹. Başka bir ifade ile devlet, hürriyetin gerçekleştirilmesi için pasif değil aktif bir rol üstlenmektedir.

Marksizmin, demokrasinin giderek gelişmesiyle toplumdaki burjuva sınıfının sahip olduğu ayrıcalıkları kaybedeceği ve iş kanunları ile işçi sınıfının sömürülmesinin önleneyeceği vurgulanarak eleştirilir. Bu eleştiriler, kapitalizmin birden yıkılması ve işçi sınıfının iktidarı ele geçirmesi toplumdaki gelişmeler karşısında o kadar kesin olamayacağı ve sınıf mücadelesi kavramının önemini yitireceği noktasında toplanmaktadır³².

²⁸ Kapani, s. 156-157.

²⁹ Kapani, s. 157; Akın, s. 205.

³⁰ Çınar, s. 13; Akın, s. 206.

³¹ Kapani, s. 158.

³² Göze, s. 339.

4. Faşizmin Bakışı

Faşizm, ilk olarak I. Dünya Savaşından sonra İtalya’da ortaya çıkmış daha sonra da Almanya’da kendini göstermiştir. Faşizmde esas unsur devlettir. Bu anlayışta devlet iktidarına karşı hiçbir itiraz veya eleştiri getirilemez. Tamamen kendine özgü bir varlığı bulunan ve gerçek ile doğrunun tek tayin edicisi olan devlet karşısına çıkacak en ufak muhalefeti yok eder. Yine birey ve onların meydana getirdikleri sivil toplum örgütleri, sendikalar, dernekler gibi toplulukların devletin dışında kendiliklerinden bir varlıkları yoktur. Bu durum faşizmde, “devlete karşı hiçbir şey olamaz; devletin dışında hiçbir şey olamaz; her şey devlet için” formülü ile açıklanır³³.

Faşizm totaliter (bütüncül) bir anlayış olması nedeniyle, devlet toplum hayatını bütün yönleriyle kaplar. Zira bu anlayışta devlet her şeydir. Dolayısıyla toplum hayatında faşist devletin ilgilenmediği, karışmadığı veya uzanmadığı bir alan yoktur. Başka bir ifade ile faşist devlet için “özel” kelimesinin bir anlamı yoktur³⁴.

Faşizmde, devletin saygı göstermesi gereken bir “hak” niteliğinde kişi hürriyetinden bahsetmek mümkün değildir. Kişi, ancak devletin çıkarları ile çatışmadığı oranda ve ancak “devletin izin” verdiği kadar hürriyete sahip olur. Eğer devletin çıkarı, bireye çok veya az bir hürriyet tanınmasını gerektiriyor ise bu hürriyet tanınır; eğer devletin çıkarı, bireye tanınmış bir hakkın veya hürriyetin kaldırılmasında ise veya talep edilen bir hürriyetin verilmemesinde ise bu hak veya hürriyet verilmeyeceği gibi verilmiş ise de kaldırılacaktır. Bu şekildeki bir hürriyet, şüphesiz gerçek anlamda bir hürriyet olmaktan çok devlet tarafından bağışlanan ve yine devlet tarafından alınabilecek olan kayıtlı bir yetkidir³⁵.

Faşizm, bireyi, toplum için bir alet olarak görür ve bireyin toplum yararına uygun bir çıkarı olması halinde bunları korur³⁶. Bireyin hakkı yoktur; yerine getirmesi gereken ödevleri vardır. Mutluluğu da bu ödevlerin yerine getirilmesinde bulacaktır³⁷. Faşizm insanın insan olmasından kaynaklanan hakları olduğu anlayışını reddeder ve bu anlayışa göre en üst ideal devlettir. Devlet tek hak sahibidir. Bu

³³ Kapani, s. 149; Tunaya, s. 375; Akın, s. 214; Çınar, s. 10.

³⁴ Kapani, s. 150; Akın, s. 214.

³⁵ Kapani, s. 150; Tunaya, s. 198-199.

³⁶ Akın, s. 215.

³⁷ Çınar, s. 11.

nedenle faşist devlette, hürriyetten bahsetmek mümkün değildir. Bu anlayışa göre önemli olan bireyi hürriyeti değil, sosyal kuruluşlar içinde örgütlenerek bu kuruluşların disiplin ve otoritelerine uymalarıdır³⁸.

B. Kişi Hürriyeti

Kişi hürriyeti kavramı, bireyin fiziksel olarak özgür olmasını, bir yere kapatılmaması, tutulu tutuklu bulunmaması hakkıdır³⁹. Başka bir ifade ile kişi hürriyeti kişinin fiziksel özgürlüğü olup, yasal ve haklı bir neden olmaksızın yakalanmama, tutuklanmama ve hürriyetin sınırlandırılmamasıdır⁴⁰. Dar anlamda kişi hürriyeti bireyin isteği gibi hareket edebilmesini, geniş anlamda ise tüm kamu hürriyetlerini ifade etmektedir⁴¹. Kişinin hür olamaması onun sahip olduğu diğer başlıca temel haklarından faydalanamamasına da yol açar. Bu nedenledir ki kişi hürriyetinin korunmasına ilişkin kurallar çeşitli insan hakları bildirilerinde ve anayasalarda göze çarpmaktadır⁴². Kişi hürriyetinin diğer temel hakların kullanılmasında sahip olduğu önem, onun hukukun üstünlüğüne bağlılığını açıklayan bütün siyasal rejimlerin merkezinde yer alan bir hak olmasını doğurur⁴³.

Kişi hürriyeti ve kişi güvenliği hakkı diğer tüm özgürlüklerin kullanılmasının temelini oluşturması nedeniyle büyük bir öneme sahiptir. Bu hak kişinin yasayla belirli ve sınırlı haller dışında hareket serbestisinin ve özgürlüğünün sınırlandırılmaması anlamına geldiğinden diğer tüm hakların korunmasında önemli etkiye sahiptir⁴⁴. Bu hakkın ihlal edilmesi çoğu zaman diğer başka bir hakkın da ihlal edilmesine sebep olur. İşte bu yüzden çağdaş özgürlükçü rejimler ceza kanunlarında,

³⁸ Göze, s. 356; Akın, s. 215.

³⁹ A. Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 5. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004, s. 221.

⁴⁰ İbrahim Şahbaz, **Anayasa’da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği**, 1. Baskı, Adım Yayınları, Ankara, 1994, s. 18.

⁴¹ Faruk Erem, **Hürriyet ve Suç**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1952, s. 61 (Hürriyet ve Suç).

⁴² Uğur Eriş, “İç Hukukta AİHS’in 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu**, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 287.

⁴³ Osman Doğru, “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu**, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 185.

⁴⁴ “Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ikisi birlikte diğer hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önem nedeniyle ‘Haklar Garantisi’, ‘Koruyucu Haklar’dır”. Bkz: Şahbaz, s. 15.

kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yer vermişlerdir. Böylece kişi hürriyetine yapılan saldırılar ya da bu hürriyetin kullanılmasına engel olan haksız sınırlamalar ceza kanunlarının yaptırımlarıyla önlenmek istenmiştir⁴⁵.

Kişi hürriyetinin haksız ve keyfi olarak sınırlandırılmasının önlenmesi, kişi hürriyetinin korunması hem Anayasamızın 19. maddesinde hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler kişi hürriyetinin mutlak bir hak olmadığını ve belirli nedenlerle kısıtlanabileceğini, olağanüstü hallerde ise kullanılmasının durdurulabileceğini göstermektedir⁴⁶. Mutlak bir hak olmasa da kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, herkesin sahip olduğu bir haktır ve belirtilen haller ile belirli yollarla bu hak sınırlandırılabilir. Bu nedenle ister özgür olsun, isterse özgürlüğü kısıtlanmış gözaltında, tutuklu ya da hükümlü olsun herkes bu hakka sahiptir ve kendi rızasıyla da olsa tümüyle bu haktan vazgeçmesi mümkün değildir⁴⁷.

Özgürlük ve güvenlik hakkı başlıklı AİHS m. 5'te herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın maddenin a-f bentleri arasında sayılan haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan sınırlandırılmayacağı düzenlenmiştir. Bu bireyin iradesine göre hareket etme özgürlüğünü diğer bir ifade ile dar anlamda kişi hürriyetini vurgulamaktadır⁴⁸. Madde de yer alan güvenlik hakkının ise kişi hürriyetine yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunmasını ifade eder ve bu iki kavram bir bütünü oluşturur şekilde anlaşılmalıdır⁴⁹. Kişi hürriyetinin belirli hallerde ve öngörülen usullerle sınırlandırılabilmesi kabul edilmişken kişi güvenliği mutlak bir haktır⁵⁰.

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde "*herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlenme biçiminden de anlaşılacağı üzere kişi hürriyeti ve güvenliği tek bir madde altında birlikte ayrıntılı bir şekilde Anayasada yer almıştır. Esasında kişi hürriyeti ve güvenliği düzenlemesi AİHS m. 5 ile büyük oranda benzerlik gösterir.

⁴⁵ Ali Rıza Çınar ve İbrahim Şahbaz, "Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu", **ABD**, Sayı 1, 1996, s. 49.

⁴⁶ Şahbaz, s. 18; Doğru, s. 189.

⁴⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002, s. 209.

⁴⁸ Doğru, s. 185.

⁴⁹ Şahbaz, s. 21.

⁵⁰ Eriş, s. 287.

Kişi hürriyetinin kısıtlanması nedenlerinin en başında suçların cezalandırılması gelmektedir. Suçla bozulan kamu düzenin yeniden sağlanması için faillerin yakalanın soruşturulup, kovuşturulduktan sonra belirli bir cezaya mahkûm olmaları hürriyetlerinden yoksun kılınmaları anlamına gelmektedir. Ancak bu kişi hürriyetinin keyfi olarak sınırlandırılması demek değildir. Zira kişi hürriyetin ve güvenliğini düzenleyen gerek AİHS m. 5 gerekse de Anayasa'nın 19. maddesinde bu hallerde kişi hürriyetinin sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Bir kimsenin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti hukuka aykırı olarak sınırlandırılırsa bu kez kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yine kişi hakkında yapılan soruşturma ve kovuşturma da haksız gerçekleştirilen bir yakalama veya tutuklama halinde de anılan suç hükümlerinin yanı sıra kişinin tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır⁵¹.

II- CEZA HUKUNDA HÜRRİYET KAVRAMI VE HÜRRİYETELERİN CEZA HUKUKU YOLUYLA KORUNMASI

A. Ceza Hukukunda Hürriyet Kavramı

Hukuk, toplumda kişiler arasındaki ilişkileri ve kişilerin devletle olan ilişkilerini düzenleyen bir sistem olarak tanımlanabilir. Bu nedenledir ki hürriyet hukuksal bir kavramı oluşturur. Yine hürriyet hukuki bakımdan, sübjektif bir hak olmaktan ziyade devlet düzenini ve hürriyetçi bir rejimi ilgilendirdiğinden doğrudan doğruya ceza hukukunun ilgili alanına girer⁵². Ceza hukuku bakımından hürriyet cezai yaptırımla korunan hukuki bir menfaattir ve ceza hukuku hürriyetleri etkili bir şekilde koruyarak hürriyetlerin teminatını oluşturur. Ceza hukukunda hürriyet suçun konusunu oluşturduğundan, hürriyet ceza hukuku açısından da bir sübjektif haktır⁵³.

Kanunlarla tanınan “serbest hareket alanı”na, diğer bir kuvvetin serbest iradesinin müdahalesi hürriyetin ihlalini oluştur. Bu noktada ceza hukuku açısından

⁵¹ Bkz: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 141 vd.

⁵² Özek, s. 949; Çınar, s. 14.

⁵³ Faruk Erem, “ Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar”, **AÜHFD.**, Cilt: VIII. , Yıl 1951, Sayı1-2, s. 73 (Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar).

hürriyetlerin tanımlanması ortaya çıkmaktadır. Liberal ceza hukukçularına göre hürriyete karşı suçun ferdiyetçi görünüşü üzerinde durulmuş, bu bakış açısı itibariyle, ihlal edilen husus ferdi bir değer olarak hürriyettir. Ancak, hürriyet bir hukuki değer olarak kanun koyucu tarafından kabul edilmiş ve korunması da düşünülerek bir normlar sistemi ile tanzim edilmiştir. Aslında devlet bu normlar ile kendi kabul ettiği düzenin korunmasını sağlamaktadır. İhlal edilen konu işte bu hürriyet sistemi ve onu koruyan normlardır. “*Yoksa hürriyete sahip olan kişilerin iradeleri ve şahısları değildir*”⁵⁴.

Hürriyetler çeşitli şekillerde ihlale uğrayabilirler. Devlet düzeni içerisinde Anayasalar tarafından düzenlenen hürriyetler aynı zamanda ceza hukuku normları ile korunur. Hürriyetlerin ihlali de bu iki hukuki normlardan birine yönelik olarak gerçekleşebilir. Anayasalar ile tanzim edilmiş hürriyetlere karşı bir saldırının olması halinde, asıl olan devlet sistemi ve düzenidir. Yani mevcut hürriyet düzeni kişiye yansımaları değil esas kaynağı hedef alınır. Bu hallerde duruma göre anayasal düzene karşı suçları meydana gelebilir⁵⁵. Bunun aksine mevcut hürriyetlerin birey tarafından kullanılmasının önüne geçen fiiller hürriyet aleyhine suçları oluşturacaktır. Bu halde düzenin kendisi değil bir bireye tanıdığı hürriyetinin kullanılması engellenir. Başka bir ifade ile hürriyeti tesis eden normlar değil ancak hürriyetin kullanılmasını koruyan normlar ihlal edilmektedir⁵⁶.

Hürriyetlerin ihlali, bireylerin birbirlerine karşı gerçekleştirdiği eylemlerle olabileceği gibi devletten bireye karşı da olabilir. Bireye anayasa ile tanınmış olan hürriyet bir başka birey tarafından ihlal edilebilir. Bu hallerde bir sübjektif ilişki sonucu kişi hürriyetinin kullanılması imkânı ortadan kaldırılmış olur. Modern demokratik devletlerde demokrasinin tanzim ve sınırlandırılması birey ile devleti karşı karşıya getirmiştir. Nasıl birey tarafından hürriyetin sınırlarının aşılması suç teşkil ediyorsa, devlet ve memurları tarafından hürriyetin sınırlarının aşılması da suç teşkil edecektir. Kamu hak ve hürriyetleri kavramı, devlet ile birey arasında objektif hukuk ilişkisinin doğmasını sağlamıştır. Böylece devlet, hürriyetlerin verilmiş olmasıyla yetinemez ayrıca bu hürriyetlerin kullanılması imkânını da

⁵⁴ Özek, s. 950; Çınar s. 14.

⁵⁵ Erem, Hürriyet ve Suç, s. 2.

⁵⁶ Özek, s. 951.

oluşturmalıdır⁵⁷. Hürriyet aleyhine fiiller, suç olarak ortaya çıksınlar veya icra kuvvetinin icraatı sonucu ortaya çıksınlar, hürriyetin kullanılmasını icap ettiren objektif hukuki ilişkiyi bozan, hürriyetlerin korunması ve eşitliğini sarsan fiillerdir⁵⁸. Bu nedenle devlet memurlarının yetkilerini kötüye kullanarak kamu hürriyetlerini ihlal etmeleri hürriyet aleyhine suçları oluşturur⁵⁹.

Hürriyetlerin bu çeşitli ihlal biçimleri bir hak olarak hürriyetin korunmasını zorunlu kılmaktadır. İşte bu noktada Anayasa ve çeşitli diğer kanunlar hürriyetlerin korunması noktasında bazı düzenlemeler içermektedir. Bizim çalışma konumuzun asıl alanı ceza hukuku olması nedeniyle, korumanın ceza hukuku normlarıyla olan kısmı incelenecektir.

B. Hürriyetlerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması

Modern devlette kişi hürriyetlerinin şekillendirilmesi ve korunması önemli bir konuyu teşkil etmektedir. Tarih sahnesinde çeşitli devletler bu hürriyetler kapsamında birçok beyanname ve bildiri yayınlamışlardır. Bu faaliyetler hürriyet yolundaki dilek ve temenniler noktasında ilgi çekicidir. Ancak hürriyetlerin sadece prensiplerini ortaya koymak yetersizdir. Bu hürriyetlerin gerçekte de mevcudiyetlerinin olması ve bireyin bu hürriyetlerden gerçek anlamda yararlanabilmesi için onların “teminat” altına alınması gerekir⁶⁰.

Ceza hukukunun amacını hukuki değerleri himaye etmek oluşturur⁶¹. Ceza hukuku normlarının tümü, toplumsal yaşamın devamı açısından zorunlu olan ve dolayısıyla devletin yaptırım gücünü ifade eden ceza aracılığıyla korunması gereken yaşamsal değerler hakkındaki pozitif değer yargısına dayanmaktadır⁶². Ceza hukuku, ceza ve güvenlik tedbirlerinin önleyici etkisi ile hukuki değerleri korumaya yönelik bir fonksiyonu icra eder⁶³. Dolayısıyla her ceza hukuku normunun temelinde bir

⁵⁷ Erem, Hürriyet ve Suç, s. 2; Özek, s. 951-952; Çınar, s. 15.

⁵⁸ Özek, s. 952.

⁵⁹ Özek, s. 952; Çınar, s. 15.

⁶⁰ Jeze, s. 214.

⁶¹ Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 17; Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara 2003, s. 107.

⁶² Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 17.

⁶³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 12. Bası, Ankara, 2016, s. 40.

hukuki değer vardır ve suç denen fiiller bu değeri ihlale yönelik eylemlerdir⁶⁴. Hukuksal değer ise, toplum düzeninin hukuken koruduğu belli bir kişi ile ilgili olmayan soyut, manevi ve ideal deęerlerdir⁶⁵.

Hürriyete karşı suçlarda esas olan başkasının hürriyetlerini gerçekleştirilmesinin önüne geçmek veya engel olmaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu engel olma hürriyetten başka bir hukuki değerin gerçekleştirilmesine yönelik olmamalıdır⁶⁶. Suçlarda genellikle fail ile mağdur iradesi arasındaki çelişi ortaya çıkmaktadır. Bu irade zıtlığı, başkasının az ya da çok, doğrudan ya da dolaylı, yapmak ya da davranmak konusundaki belli bir hürriyetine müdahale eder veya onu tamamen ortadan kaldırır⁶⁷. Bu durum tüm suçların hürriyete karşı işlendiğini göstermez. Zira çoğu zaman suçun konusu hürriyet olmadığı halde de saldırının sonucu olarak bir hürriyet ihlali ortaya çıkabilir⁶⁸. Bir suçun hürriyete karşı olup olmadığın tespiti noktasında bakılması gereken husus o suça öngörülen hükümde korunan hukuki yarardır. Eğer hukuki yarar kişi hürriyeti ise bu suç hürriyet karşıdır. Belirtmek gerekir ki gerçekleştirilen eylem daha özel bir hükümle başka bir suçun konusunu oluşturmamalıdır⁶⁹.

⁶⁴ Özgenç, s. 40; Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 17; Ünver, s. 107.

⁶⁵ Ünver, s. 130.

⁶⁶ Çınar, s. 15.

⁶⁷ Çınar, s. 16; Ersoy, s. 21.

⁶⁸ Erem, Hürriyet ve Suç, s. 62.

⁶⁹ Çınar, s. 16; Ersoy, s. 21.

III- HÜRRİYETE KARŞI SUÇLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE CEZA HUKUKUMUZDA KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

A. Hürriyete Karşı Suçların Tarihsel Gelişimi

Kişi hak ve hürriyetleri eski Yunan ve Roma’da hayli sınırlıydı. Yunan sitelerinin birçoğunda yönetime katılmak, kanun çıkarmak, savaş ilanı gibi önemli kararların alınmasında “vatandaş”ların söz hakkı vardı. Ancak vatandaşları ise toplum içerisinde küçük bir azınlığa denk gelmekteydi. Bu dönemde siyasi faaliyetlere katılma dışında, vatandaşlar da dahil olmak üzere bireylere tanınmış başkaca hürriyetlerden söz etmek mümkün değildi. Bu kapsamda eski Yunan’da devlet iktidarı hiçbir şekilde sınırlandırılmamıştı⁷⁰.

Roma hukukunda, hürriyet bir hak olarak kabul edilmediği için hürriyete karşı suçlar ayrı bir suç grubu olarak bulunmuyor olmakla birlikte bu gün hürriyete karşı suçlar grubuna giren çeşitli suçlar Roma Hukukunda da yer almaktaydı⁷¹. Bu suçlar kısmen *crimen vis* kısmen de *iniuria* suçu olarak kabul edilmişti⁷².

“Vis”, kuvvet kullanma, maddi ve manevi zor kullanma suretiyle kişileri arzuları hilafına hareket etmeye veya etmemeye zorlama anlamına gelmektedir ve kendi içinde *vis publica* ve *vis privata* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁷³. Bu suçlar politik karakterlere sahip oldukları için bu gün devlete karşı olan çeşitli suçlar bu grup altında cezalandırılmışlardır. Yine fertlere karşı cebir şiddet ve cinsî saikle kaçırma suçları ile siyasi haklara karşı bazı suçlar da bu gruba dâhildir⁷⁴.

Iniuria, dar anlamda maddi tecavüzleri, müessir fiilleri geniş anlamda ise hukuka aykırı eylemleri, haksızlığı ifade eder⁷⁵. XII Levha Kanunları döneminde bir ferdin fiziki varlığına yapılan saldırıyı ifade eden *iniuria*, Cumhuriyet döneminin

⁷⁰ Kapani, s. 20-21.

⁷¹ Özek, s. 955.

⁷² Mehmet Emin Artuk, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, **Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul 1996, s. 49; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 367.

⁷³ Artuk, s. 49.

⁷⁴ Özek, s. 956.

⁷⁵ Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Iniuria**, İstanbul 1969, s. 6.

sonlarından itibaren ise ferdin şeref ve haysiyetine yönelik manevi saldırıları da kapsayan bir haksız fiil olarak kabul edilmiştir⁷⁶.

Roma hukukunda cezalandırılan hürriyete karşı bir diğer suç da plagium suçudur. Plagium, hür bir insanı hürriyetinden mahrum etmeyi ve içinde bulunduğu statünün kendisine verdiği hakları kullanmaktan men etmeyi ifade eder⁷⁷.

Germen hukukunda ise birey hürriyetlerine geniş bir koruma öngörülmüştü. Hür bir insanı satmak, hürriyetini sınırlamak, kilisenin masuniyetini ihlal etmek cezalandırılan suçlar arasında yer alırdı. Hürriyete karşı işlenen suçlar bireye karşı işlenen suçlar olarak kabul edilirdi⁷⁸.

İslam hukukunda da hürriyete karşı suçlara yer verilmektedir. İslam hukukunun en temel kaynağı Kur'andır. Kur'an, insanlara Müslüman olsun olmasın eşitlik ve özgürlük tanımıştır. Bu özgürlüğün sınırları da şeriat ile belirlenmiştir⁷⁹. İslam ceza hukukunda suç ve cezalar had, cinâyet ve ta'zir olarak üçe ayrılmakta ve ta'zir cezalarının tespiti ülül-emre bırakılmaktadır⁸⁰.

Had kelimesi sözlük anlamı itibariyle men etmek olup, terim olarak ise Allah hakkı (kamu hakkı) olarak uygulanması gereken miktarı belli cezadır. Bu çeşit suç ve cezalarda kanunilik ilkesi geçerlidir. Başka bir ifade ile bu suçların cezaları Allah ve Peygamber tarafından belirlenmiş olup şeriatın tabirine en ufak uygunsuzluk halinde bu ceza uygulanamaz. Bu cezayı gerektiren yedi suç vardır. Bunlar zina, iffete iftira, içki içmek, hırsızlık, yol kesme, dinden dönme ve isyandır⁸¹.

Cinâyet ise insanın canına, malına ve ırzına yönelik şer'an yasak olan fiillerdir. İkiye ayrılır; birincisi insanın canına yönelik cinâyetlere katı veya cinayet fin-nefs denir. Bunların içerisine adam öldürmenin tüm çeşitleri dâhildir. İkincisi ise, insanın azasına yönelik müessir fiillerdir⁸².

Ta'zir, kelime anlamı itibariyle çevirmek, alıkoymak ve ıslah etmek demektir. Hukuk terminolojisinde ise, had ve kısas cezaları dışında kalan, miktarı ve keyfiyeti

⁷⁶ Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul 1975, s. 27; Tahiroğlu, s. 25.

⁷⁷ Özek, s. 956.

⁷⁸ Özek, s. 956.

⁷⁹ Timur Demirbaş, "Kişi Güvenliği", **İÜHFM**, C.XLIII, S.1-4, 1979, s. 156- 157, (Kişi Güvenliği) .

⁸⁰ Ahmed Akgündüz, " Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'î Tahlili", **İslami Araştırmalar Dergisi**, Cilt 12, Sayı 1, 1999, s. 1.

⁸¹ Akgündüz, s. 2.

⁸² Akgündüz, s. 8.

Kur'an ve Sünnet tarafından tespit edilmeyen suç ve cezalara denmektedir⁸³. Bu sınıflandırma içinde hürriyetten yoksun kılma suçu ta'zir cezasıyla cezalandırılmaktadır⁸⁴.

Osmanlı İmparatorluğunda, hürriyete karşı suçlar 1810 Fransız Ceza Kanununun tercümesi niteliğinde bulunan 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunun 2'nci babının 4'üncü faslında düzenlenmiştir ve başlığı da “hürriyeti tahdit, çocuk ve kız kaçırma”dır⁸⁵. Bu Kanununun 203'üncü maddesine göre; “Her kim olur ise olsun memurin-i hükümetin emri olmaksızın ashab-ı töhmetin tevkifi hakkında kavanin ve nizamatin tayin etmiş olduğu usulün haricinde olarak bir şahsı hapis ve tevkif eyler veya rehin suretiyle saklar ise altı mahdan üç seneye kadar hapis ile mücazat olunur. Bu suretle hapis ve tevkif olunan veya rehin suretiyle saklanılan eşhası ihfa için bilerek yer gösteren kimse dahi kezalik üç mahdan üç seneye kadar hapis olunur”⁸⁶ şeklindedir. Buna göre maddenin 1'inci cümlesi, hükümetin emri olmaksızın ve kanun ve nizamların tayin ettiği usuller dışında bir şahsı hapis ve tevkif edene veya rehin alan kimsenin cezalandırılacağını; yine 2'nci cümlesinde hapis veya rehin alınan kimsenin saklanması için bilerek yer gösteren kimsenin de cezalandırılacağını düzenlemektedir. Aynı kanunun 204. maddesi, “Madde-i sabıkada mezkûr olan tevkif-i eşhas cürümünü bir kimse devlet memuru zey ve kıyafetine girerek veyahut sahte isim söyleyerek veyahut memurin tarafından sahte emir göstererek icraya cesaret eyler ise, hakkında muvakkat kürek cezası icra olunur. Kezalik tevkif olunan şahıs idam ile ihafe olunmuş veyahut hakkında cismen eziyet ve işkence edilmiş ise, buna cesaret eden şahıs her halde muvakkat kürek cezasına müstahak olur”⁸⁷ şeklindedir. Bu maddede de hürriyeti tahdit eyleminin memur kıyafeti giyinerek veya sahte isim ya da emir göstererek işlenmesi halinde cezalandırılacağı belirtilmiş olmakla birlikte hürriyeti tahdit edilen ölümle tehdit edilmiş veya eziyet ya da işkenceye maruz kalmış ise yine cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu 1926 tarihli mülga 765 sayılı Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulanmaya devam etmiştir.

⁸³ Akgündüz, s. 8.

⁸⁴ Artuk, s. 50; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 367.

⁸⁵ Artuk, s. 50; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 367.

⁸⁶ Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanundaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989, s.14 (Tanzimat Dönemi).

⁸⁷ Gökçen, Tanzimat Dönemi, s. 14.

B. Ceza Hukukumuzda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda hürriyet aleyhine suçlar ikinci kitabının ikinci babında yer almakta idi. Bu durum anılan kanunun kaynağı olan 1889 İtalyan Ceza Kanunundaki düzenleme ile birebir benzerlik göstermekteydi. Kaynak kanunun hazırlanmasında, dönemin dünya görüşü ve siyasi anlayışı bakımından liberal hürriyet anlayışının hâkim olması nedeniyle tamamen bireyci kalmış ve bu nedenle hürriyetlerin ihlali, bireylerin karşılıklı olarak birbirlerinin haklarına müdahale etmemeleri şeklinde anlaşılmıştı⁸⁸.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda çalışma konumuzu oluşturan suç birden çok maddede düzenlenmişti. 179. maddede *“Bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.*

Eğer suçlu bu fiili işlemek için yahut işlediği zamanda tehdit veya kötü muamele eder veya hile kullanır yahut bu fiili öç alma kastıyla veya dini veya milli bir maksatla yahut 499 uncu maddedeki haller dışında maddi çıkar sağlama kastıyla veya siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işler yahut mağduru askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim ederse verilecek ceza üç yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis ve onbin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıdır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerin silahla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.” şeklinde tanzim edilmişti. Yine aynı Kanunun 181. maddesinde memurlar tarafından işlenen hürriyeti tahdit, 182. maddesinde düzenlenen küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması, 429-433. maddelerinde kız ve kadın ve erkek kaçırma suçları ile 499.maddesinde adam kaldırma suçu düzenlenmişti.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nda hürriyet aleyhine işlenen suçlar, ikinci kitabın ikinci kısmının yedinci bölümünde “hürriyete karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde de hürriyetlerin korunması noktasında

⁸⁸ Özek, s. 991; Çınar, s. 20; Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 22.

liberal görüşün hürriyet anlayışı etkili olmuş ve bireyci bir görüş çerçevesinde hürriyet aleyhine işlenen suçlar tanzim edilmiştir⁸⁹.

TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 765 Sayılı Kanunun döneminde değişik maddelerde düzenlenen bağımsız suçları tek bir maddede düzenlemiştir. Anılan madde; *“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 işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Bu suçun;

a) Silâhla,

b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

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

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

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

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

⁸⁹ Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 22.

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

Yine TCK’nın 110. maddesine yer alan etkin pişmanlık hükmü 765 sayılı Kanunun 180/2. maddesindeki maddenin karşılığını oluşturmaktadır. TCK’nın 111. maddesinde ise, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişilere güvenlik tedbirlerinin uygulanması düzenlenmiştir.



§2. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN UNSURLARI

I- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçların tasnifinde dikkate alınan kriterlerden biri de objektif bir nitelik taşıyan suçun koruduğu hukuki değer (hukuki konusu) kriteridir⁹⁰. Suçla korunan hukuki değer, ceza normu ile korunan ve bir suçun ihlal ettiği yarardır⁹¹. Diğer bir ifade ile suç ile ihlal edilen ve ceza normu ile korunarak hukuki nitelik kazanan menfaat suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır⁹². Suçla korunan hukuki değer ceza hukukunda birçok temel meselenin çözümüne ve ceza hukuku bilimine büyük katkı sağlamış olmakla birlikte cezalandırma erkinin kullanılmasında keyfilikten kurtulma, suçların tasnifinde ve ceza kanununun yorumlanmasında büyük önem taşımaktadır⁹³.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan hukuki değer kişinin iradesine göre hareket özgürlüğüdür⁹⁴. Bu suçun düzenlenmesi ile kişinin iradesinin dışında hukuka aykırı olarak bulunduğu yeri değiştirme özgürlüğünü, fiziki özgürlüklerini sınırlayanların cezalandırılması amaçlanmıştır⁹⁵. Buradaki hareket özgürlüğü salt kişinin hareket özgürlüğünü değil, bununla birlikte hareket etmeme,

⁹⁰ Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s. 47, (Cürümlerin Tasnifi).

⁹¹ Faruk Erem, “ Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, **AÜHFD.** , Cilt.: XXV. , Yıl 1968, Sayı1-2, s. 23 (Suçun Konusu).

⁹² Zeki Hafizoğulları ve Devrim Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **TBB**, S. 69, Mart- Nisan 2007, s. 23.

⁹³ Hafizoğulları ve Güngör, s. 23.

⁹⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin, 14. Baskı, Ankara 2017, s. 487; Cihan s. 50 vd; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 368; Artuk, s. 58 - 59; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, U.S.A. Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2013, s. 188 (Özel Hükümler); Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, “Hürriyet Karşı Suçlar”, **Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’A Armağan**, Cilt II, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Şubat 2010, s. 2724, (Hürriyete Karşı Suçlar); Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.843; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 10.Baskı, Ankara 2014, s. 269; Çınar ve Şahbaz, s.50; Abdullah Pulat Gözübüyük, “Kişi Hürriyetine Karşı Cürümler”, **İBD**, 1968, Cilt XLII, Sayı 5-6, s. 320; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 2615; Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınevi, 9.Baskı, Ankara 2003, s. 86; Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Cilt II, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, s.1179 (Özel Hükümler); Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitapevi, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 27, (Özel Hükümler).

⁹⁵ Ahmet Gökçen, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109)”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>, (erişim tarihi:3.11.2014).

başka bir ifade ile bulunduğu yerden ayrılmaya zorlanmamayı da kapsar. TCK'nın 109. maddesinin gerekçesi ne göre de, *“Bu suç ile korunan değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çevresinde hareket edebilme hürriyetidir. Kişiler, bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda tercihte bulunma serbestisine sahiptirler. Söz konusu suç işlenmekle kişinin bir yerde kalma ve bir yere gitme hürriyeti ihlâl edilmiş olmaktadır.”* şeklindedir. Bu nedenle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlendiği sırada kişinin hareket özgürlüğünü kullanmak isteyip istemediğinin ya da fiilden haberdar olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁹⁶.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan hukuki değer, kişi güvenliği ve seyahat hürriyeti olduğu noktasında doktrinde görüşler mevcuttur⁹⁷. Yine bu suçu öngören norm dar anlamdaki kişi özgürlüğünü, yani bireyin hareket edebilme özgürlüğünü korumakta olduğunu, bu nedenle suçun koruduğu hukuki değer bireyin hareket edebilme özgürlüğü olduğu görüşü de doktrinde mevcuttur⁹⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile bireyin vücut dokunulmazlığının da korunmak istendiği söylenebilir, suçun işlenmesinde zorunlu olmasa da genellikle zor kullanılmakta veya hürriyeti kısıtlanan kişi uzun süre kötü şartlarda yaşamak zorunda bırakılmaktadır⁹⁹.

Kişiyi hürriyetinde yoksun kılma suçunun kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak işlenmesi halinde de öncelikli hukuksal yarar kişi özgürlüğünün korunması olduğundan suç hürriyete karşı suçlar içinde ele alınır. Nitekim TCK'da fiilin “kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi” TCK m. 109/3-d'de, kişiyi hürriyetinde yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir¹⁰⁰. Sonuç olarak TCK'nın 109. maddesi ile birden çok hukuki değer korunduğu ancak öncelikli olarak kişi özgürlüğünün teminat altına alındığı söylenmelidir.

⁹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 487.

⁹⁷ Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt I, Madde 1-madde 140, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2006, s.438.

⁹⁸ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 82, (Özel Kısım).

⁹⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 419, (Özel Hükümler) ; Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı**, Cilt: II, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 717, (İzmir Şerhi).

¹⁰⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 487.

II- SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Fail

Her suçun en az bir faili bulunmak zorundadır. Faillik, TCK'nın 37. maddesinde; *“Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren veya fiilin gerçekleştirilmesinde başkasını araç olarak kullanan kişi faildir. Hemen belirtmek gerekir ki sadece gerçek kişiler suçun faili olabilirler¹⁰¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, fail herkes olabilir. Kanun bu suçun temel şekli yönünden failde bir özellik aramamıştır. Ancak faildeki bazı özellikler ve fail sayısı suçun nitelikli hallerini oluşturmaktadır. Bu noktada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kamu görevlisi tarafından, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, failin mağdurun üstsoy, altsoy veya eşi olması ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi hallerinde cezanın artırılması öngörülmüştür.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda TCK'nın 37/2. maddesi uyarınca bir başkasının araç olarak kullanılması mümkündür¹⁰². Bu duruma örnek olarak TCK'nın 267/4. maddesindeki iftira suçu ile m. 272/5' daki yalan tanıklık suçu gösterilebilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sonucunda tüzel kişi yararına bir menfaat oluşması durumunda, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirine hükmedileceği de TCK'nın 111. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁰¹ TCK. m. 20; *“ Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*

Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”

¹⁰² Önder, Özel Hükümler, s. 28.

B. Mağdur

Mağdur kelimesi “*kadre uğramış kişi*”, “*haksızlığa uğramış kişi*” anlamına gelmektedir¹⁰³. Ceza hukuku açısından ise mağdur, suç ile zarar verilen veya tehlikeye sokulan hakkın ve menfaatin sahibi bulunan kişidir. Her suçun bir mağdurunun bulunması zorunludur ve yine kendisi üzerinde bir suç işlemesi mümkün değildir¹⁰⁴.

Suçun mağduru ile suçun maddi konusunun birbirine karıştırılmaması gerekir. Suçun maddi konusu, failin üzerinde suçu icra ettiği insan veya şeydir. Başka bir ifade ile üzerinde suçun gerçekleştiği şey suçun maddi konusunu oluşturur¹⁰⁵. Bazı suçlarda suçun maddi konusu ile suçun mağduru birleşmesine karşın, bazı suçlarda ise bir birinden ayrılır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da suçun mağduru ile suçun maddi konusu birleşmektedir. Fakat örneğin hırsızlık gibi bazı suçlarda bu iki kavram ayrılmaktadır. Suçun konusu çalınan taşınır mal iken suçun mağduru ise malın sahibi olan kişidir. Yine mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramlarının da karıştırılmaması gerekir. Örneğin kasten öldürme suçunun mağduru öldürülen kişi iken, suçtan zarar gören ise ölen kişinin mirasçılarıdır. Çocukların hürriyetinden yoksun kılınmasında da suçun mağduru hürriyetinden yoksun bırakılan çocuk iken suçtan zarar görenler ise mağdurun ana babasıdır. Bu kapsamda suçun mağduru gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilirler¹⁰⁶.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru, teknik araçlarla veya bir başkasının yardımıyla da olsa, hareket serbestisine, yani yer değiştirme yeteneğine sahip herhangi bir gerçek kişi olabilir¹⁰⁷. Ancak suçun belirli nitelikteki mağdurlara karşı işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu haller TCK. m. 109/3-c,e,f bendlerinde düzenlenen kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenmesidir.

¹⁰³ Özgenç, s. 202.

¹⁰⁴ Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s. 174-175; yazar mağdur kavramı yerine, “suçun pasif süjesi” kavramını kullanmaktadır.

¹⁰⁵ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 11. Bası, Ankara 2016, s. 547 (Genel Hükümler).

¹⁰⁶ Özgenç, s. 203; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 9.Baskı, Ankara 2016, s. 110 (Genel Hükümler).

¹⁰⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 488; Cihan, s. 52; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 375; Artuk, s. 58-59.

Doktrinde hareket etme yeteneğine sahip olmayan, felçli, sakat, uykuda, akıl hastası, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olan kişilere karşı bu suçun işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe¹⁰⁸ göre, bu suçun gerçekleşebilmesi için mağdurun mutlaka bilinç ve irade sahibi olması zorunludur. Bu nitelikleri olmayan bir şahsın kişisel özgürlüğü de olmadığından bunlara karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenemez. Örneğin bir yaşındaki çocuk ile uykuda bulunan kişi veya kendisini bilemeyecek derecede sarhoş olanlar bulundukları yeri değiştirme iradesine sahip olmadıklarından; bu durumun devamı süresince kişisel özgürlükleri sınırlanamaz. Akıl hastaları veya diğer hastalar yönünden ise genel bir kural konulamaz. Bilinç ve irade serbestilerinin ne dereceye kadar etkilenmiş olduğu araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmedir.

Doktrindeki diğer bir görüşe¹⁰⁹ göre ise, mağdurun fiilin işlendiği sırada hareket serbestisini kullanma imkânına sahip olup olmaması veya onu kullanmak isteyip istememesi önemli değildir. Bu suçla o andaki hareket serbestisinin koruduğu gibi gelecekteki hareket serbestisi de korunmaktadır. Kişinin hareket serbestisi mağdur kim olursa olsun şartsız, objektif ve akıl sağlığı veya olgunluk derecesinden bağımsız olarak korunmaktadır. Bu itibarla objektif olarak her nasılsa hürriyeti sınırlanan herhangi bir kişi mağdur sayılacaktır. Dolayısıyla mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmesi suçun meydana gelmesi için şart değildir. Hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmeyen bayılmış bir kimse veya kendini bilemeyecek derecede sarhoş olan da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olabilir. Bir kimsenin hukuka aykırı olarak diğerinin hürriyetini kısıtlaması, suçun oluşması için yeterlidir. Aynı nedenlerle fiil bir akıl hastasına, çocuğa veya temyiz kudreti olmayan kimseye karşı da işlenebilir.

¹⁰⁸ Cihan, s. 52-53; Erem ve Toroslu, s. 86-87; Erem, Özel Hükümler, s. 1179-1180; Toroslu, Özel Kısım, s. 82; Çınar ve Şahbaz, s. 53; Bu görüşün tamamına katılmamakla birlikte çok küçük yaştaki bir çocuğun bu suçun mağduru olamayacağı görüşü için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, s. 489.

¹⁰⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 376; Gökçen, s. 10; Artuk, s. 58-59; Önder, Özel Hükümler, s. 28; Hafızogulları ve Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 2724; Hafızogulları ve Özen, Özel Hükümler, s. 187- 188; Soyaslan, s. 269; Recep Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s.45-46 (Hürriyeti Tahdit); Yaşar, Gökçen ve Artuç, s. 3616; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 420; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 489; yazarlar çok küçük yaştaki bir çocuğun bu suçun mağduru olamayacakları görüşünde.

Bir diğerk görüş¹¹⁰ ise, akıl hastalığı nedeniyle hareketlerinin iradi olarak yönlendirme yeteneğı olmayanların ve belli bir yaşın altındaki çocukların bu suçun mağduru olamayacaklardır. Ancak uykuda da olsa sarhoş da olsa, uyandığında veya kendine geldiğinde ortada hareket etme yönünde irade oluşturma yeteneğı bulunan bir kişi olduğundan ve bu kişinin hürriyetini sınırlamaya yönelik işlenmiş bir fiil söz konusudur. Bu nedenle, bu kişiler de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olacaklardır. Ancak tamamlanmış bir hürriyeti sınırlamadan bahsedebilmesi, bu kişilerin uyanıp veya ayılıp istedikleri yönde hareket etmeleri ile mümkündür. Buradaki ayılmaktan kasıt ise sarhoşun sarhoşluğın etkisinden kurtulması değıl, iradi olarak hareket etme yeteneğinin yeniden kazanmasıdır.

Kanaatimizce kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdurunun fiilin işlendiğı sırada hareket etme yeteneğine sahip olup olmaması önemli değıldir. Zira burada aktüel hareket özgürlüğünün yanında potansiyel hareket özgürlüğü de korunmaktadır. Bu kapsamda mağdurun fiilin işlendiğı sırada hareket etme serbestisini kullanma imkânına sahip olup olmamasına bakılmaksızın, hürriyeti sınırlandırılan herkes bu suçun mağdurudur. Kanun koyucu bu suçun çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunanlara karşı işlenmesi halini de suçun nitelikli hali olarak düzenlemiştir. Keza “*Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğıne sahiptir.*” (AY m. 19/1). Yine bu suçla kişinin bir yerde kalma özgürlüğü de korunmaktadır. Dolayısıyla felçli bir hasta veya uyumakta olan bir kişi hatta henüz yürüme yeteneğı olmayan bir çocuk dahi bu özgürlüğe sahiptir¹¹¹. Bu nedenlerle, her nasılsa bir kişinin hareket serbestisi objektif olarak sınırlandırılmışsa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kişi hürriyeti kısmen sınırlanmış durumda olan tutuklu veya hükümlülere tanınmış olan hareket serbestisi alanının daraltılması suretiyle de işlenebilir. Örneğın tutuklu veya hükümlülerin ipe bağlanmak suretiyle hücre içerisinde hareket imkânının kaldırılması halinde bu suç oluřacaktır¹¹².

¹¹⁰ İlhan Üzülmmez, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XI, Sayı 1,2, 2007, s. 1188-1189 (Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma); Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 401-403(Özel Hükümler).

¹¹¹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, **Özel Hükümler**, s. 420.

¹¹² Toroslu, **Özel Kısım**, s. 83.

C. Fiil

Suçun gerçekleşmesi için bir fiilin bulunması zorunludur. Zira fiille dış dünyaya yansımayan kişinin kafasındaki düşünce cezalandırılmaz. Fiil, ceza hukukunda hareket, netice ve nedensellik bağıını ifade eden bir kavramdır.¹¹³ Fiil, *kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve haricî dünyada cereyan eden bir davranıştır*¹¹⁴. Başka bir ifade ile dış dünyada iradenin açığa vurulmasını ifade eden her türlü davranıştır¹¹⁵. Ceza hukuku açısından önem taşıyan fiil, kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olan davranıştır¹¹⁶. Fiil, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından fiil, TCK'nın 109/1. maddesinin *“bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırak(an)”*mak şeklinde düzenlenmiştir. Yine maddenin gerekçesinde de *“söz konusu suç, bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasıyla oluşmaktadır.”* şeklinde açıklanmıştır. Kişi hürriyeti kavramı, *“bir yere gitmek ve bir yerde kalmak”* hakkından daha kapsamlı bir kavram olduğundan maddede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işleniş biçimlerinin bizzat belirlenmesinin olumlu olduğu söylenebilir¹¹⁷. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu düzenlenişi itibarıyla, kişinin bir yere gitmesinin veya bir yerde kalmasının engellenmesi ile işlenebileceğinden seçimlik hareketli bir suçtur¹¹⁸. Yine tipiklikte fiilin işleniş şekli bakımından herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla bu suç serbest hareketli bir suçtur¹¹⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. İhmal, bir insanın yapması gereken,

¹¹³ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 220.

¹¹⁴ Özgenç, s. 162.

¹¹⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 220.

¹¹⁶ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 11. Baskı, Cilt I, İstanbul 1994, s. 504.

¹¹⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 490; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 369; Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 103.

¹¹⁸ Yazarlar eserlerinin 3. basısında suçun bağıli hareketli bir suç olduğu görüşünde iken bu görüşten dönülmüştür. Tezcan, Erdem ve Önok, s. 491; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 421; Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1189-1190.

¹¹⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 371 Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 421.

yani, kendisinden beklenen şeyi yapmaması diye tanımlanabilir¹²⁰. İhmali suçlar, ihmali hareketin kanunun özel kısmında suçun unsuru olarak belirlendiği “saf ihmali suçlar” ve suçun unsuru olarak görünüşte icraî bir hareket belirlenmiş olmasına rağmen, ihmali bir hareketle işlenen “nitelikli (garantörsel) ihmali suçlar” olarak ikiye ayrılabilir¹²¹. Yine ihmali suçların ayırımında saf ihmali suçları, hareket etmeye yönelik basit emirlerin ihlali olarak tanımlanması ile nitelikli (garantörsel) ihmali suçların, bir neticenin önlenmesine yönelik emirlerin ihlali olarak açıklanması doktrinde baskındır¹²².

Bizim de katıldığımız görüşe göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, tipiklikteki hareket ihmali hareketlerle de gerçekleştirilebilirse de, TCK’ da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali bir hareketle işlenebileceği açıkça düzenlenmediği ve ihmali bir hareketin ceza sorumluluğuna yol açabilmesi için gerekli koşulları belirleyen, tüm suçları kapsayıcı gelen bir düzenlemeye TCK’nın genel hükümleri içerisinde yer verilmediğinden böyle bir durumda failin cezalandırılmaması gerekmektedir¹²³. Aksinin kabulü halinde kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır. Zira TCK’ da nitelikli (garantörsel) ihmali suçlar kasten öldürme (m. 83), kasten yaralama (m. 88) ve işkence (m. 94) suçlarında düzenlenmiştir. Bu suçlardan kasten öldürme ve yaralama suçlarında cezada indirim hali düzenlenmişken, işkence suçunun ihmal suretiyle işlenmesi halinde cezada indirim yapılmayacağı düzenlenmiştir. Yine saf ihmali suçlarda yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (m. 98), akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali (m. 175), denetim görevinin ihmali (m. 251) gibi suçlarda kanunda açıkça belirlenmiştir. Dolayısıyla 5237 sayılı TCK’da ihmal suretiyle suçların işlenmesi noktasında belirli tüm suçları kapsayıcı bir sistematik bulunmamaktadır.

¹²⁰ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, AÜHF Yayınları, No: 263, Ankara 1970, s. 43, (Suçun Unsurları).

¹²¹ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 231.

¹²² Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı Ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin, Ankara 2003, s. 101.

¹²³ Tezcan, Erdem ve Önok s. 491; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.421; Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1191; Suçun ihmali hareketlerle de işlenebileceği yönündeki görüşler için bkz. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 374;Toroslu, Özel Kısım, s. 83; Hafizoğulları ve Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 2725; Yaşar, Gökçen ve Artuç, s. 3616.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz (mütemadi) suçlardandır¹²⁴. Doktrinde kesintisiz suçun tanımı üzerinde bir birlik bulunmamakla birlikte¹²⁵, tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve neticesi devam eden suçlar şeklinde tanımlanabilir¹²⁶. Fail gerek bizzat kendisinin meydana getirdiği veya kanunun bertaraf edilmemesini cezalandırdığı durumu, bu durumu bertaraf etmek hukukî vecibesine rağmen, kusurlu olarak bir müddet devam ettirir ve bu şekilde suç durumuna devamlı olarak meydan verirse bu suç kesintisiz suçtur¹²⁷. Kesintisiz suçlarda kanuni tipte yer alan hareketin yapılmasıyla suç tamamlanmaktadır; fakat sona ermez. Bununla birlikte failin iradi olarak devam ettirmekte olduğu eyleme son vermek noktasında iktidarının bulunması gerekmektedir¹²⁸. Hemen belirtmek gerekir ki kesintisiz suçlarla durum suçları birbirine karıştırılmamalıdır. Durum suçlarında hareketin eseri olan zarar uzun zaman yok olmasa da, suç ilk neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanmış ve sona ermiştir. Örneğin yüzde sabit eser bırakan kasten yaralama suçunda olduğu gibi. Ancak kesintisiz suçta, hukuka aykırı durum devam ettiği sürece suç tamamlanmıştır fakat sona ermemiştir¹²⁹. Bir diğer husus ise kesintisiz suçlarda fail hukuka aykırı durumun devamını sona erdirmeye imkân ve iktidarına sahip iken, durum suçlarında suç tipinin tamamlanmasıyla eylem artık failin iktidarında değildir. Failin suçla olan ilişkisi kesilmiştir¹³⁰. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, failin mağduru hareket serbestisinden önemsiz sayılmayacak bir süre mahrum bıraktığında oluşur. Fakat mağdur hareket serbestisine kavuşana kadar suç sona ermez.

Kesintisiz suçlarda kesintinin ne zaman gerçekleştiğini belirlenmesi önem arz etmektedir. Kesinti mağdurun ölmesi gibi doğal sebeplerle gerçekleşebileceği gibi kaçması veya üçüncü kişiler tarafından kurtarılması ile de son bulabilir. Failin eyleme son verebilme iktidarını kaybetmesi de kesintinin gerçekleşmesine neden olur¹³¹. Failin yakalanması halinde kesintinin gerçekleşmesi için eylemin devamı

¹²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 492; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 373; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 421.

¹²⁵ Mütemadi suçla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ayhan Önder, Mütemadi Suç, **İÜHFM**, Cilt. XXIX, Sayı, 1-2, İstanbul 1963, s. 75-120 (Mütemadi Suç).

¹²⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 373.

¹²⁷ Önder, Mütemadi Suç, s. 92-93.

¹²⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 373.

¹²⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 373.

¹³⁰ Önder, Mütemadi Suç, s. 91- 92; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 374.

¹³¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 374.

üzerindeki iktidarını kaybetmesi gerekir. Örneğin, hürriyetinden yoksun bırakılan mağdurun fail tarafından kapatıldığı yerin söylenmemesi halinde kesinti gerçekleşmemiş olur¹³². Yine kesintinin gerçekleşme zamanı ve yeri, zaman aşımı ve suçun işlendiği yer itibarıyla yetkili mahkemenin belirlenmesinde de önem taşımaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın uzun veya kısa süreli olmasının bir önemi bulunmamakla birlikte suçun oluşması için özgürlüğü sınırlandırmanın belli bir süre devam etmesi, yani hukuken “önemli” olması gerekir¹³³. Örneğin birini bir an için ellerinden veya kolundan tutma veya bulunduğu yerden çıkışını çok kısa bir süre için engelleme, kişiyi durdurup konuşmak, hürriyetten yoksun kılma suçunu oluşturmaz. Yine mağdura karşı gerçekleştirilen kasten yaralama, belirli bir süre onun irade özgürlüğünü etkilese ve başka türlü hareket etmesine imkân vermese dahi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır¹³⁴. Zira kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suçtur. Bu durumda sürenin “önemli” olup olmadığı hâkimin takdirinde olacaktır¹³⁵. Karşılaştırmalı hukuk açısından ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın süresine bazı sonuçlar atfedilmiştir. Örneğin özgürlüğün uzun bir süre sınırlandırılması halinde bu durumu cezayı ağırlaştıran nitelikli hal sayarken yine özgürlüğün kısa bir sürenin sınırlandırılmasını ise bir hafifletici neden olarak düzenlemişlerdir. Bazı ceza kanunlarında ise özgürlüğü sınırlama süresine göre suçun cezasının değişecek biçimde saptamışlardır¹³⁶. Her ne kadar kişiyi hürriyetinden uzunca bir süre yoksun kılma TCK’ da suça etki eden bir hal olarak düzenlenmemişse de ceza adaleti açısından uzun süreler devam eden kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiillerinde, mağdurun özgürlüğünden mahrum bırakıldığı süre, TCK’nın 61. maddesi kapsamında cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma çeşitli araçlarla gerçekleştirilebilir. Bu suçun işlenmesi için kilit, silah gibi mekanik veya uyuşturucu maddeler gibi kimyevi

¹³² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 374.

¹³³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 492; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 370; Cihan, s.57-58 Önder, Özel Hükümler, s. 30; Soyaslan, s. 270; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3617; Toroslu, Özel Kısım, s. 84; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 421; Artuk, s. 59; Mustafa Güven, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlandırma Cürmü” ve “Şartlı Tehdit Cürmü” ile Karşılaştırılması, **AD**, Sayı, 3. Ankara 1981, s. 317.

¹³⁴ Önder, Özel Hükümler, s. 30.

¹³⁵ Artuk, s. 60; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 421.

¹³⁶ Bkz. Artuk, s. 53.

araçlar kullanılabileceği gibi, yakalama, bağlama gibi fizik veya tehdit, hile gibi manevi araçlar da kullanılabilir¹³⁷. Ancak bu suçun cebir, tehdit, hile ve silahla işlenmesi hali TCK'da cezayı artıran nitelikli haller olarak belirlenmiştir.

1. Bir Yere Gitme Hürriyetinden Yoksun Kılma

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçun oluşmasına neden olan ilk seçimlik hareket bir yere gitme hürriyetinin sınırlandırılmasıdır. Mağdurun bir yere gitme özgürlüğünün kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması halinde suç oluşacaktır. Mağduru bir yere gitme hürriyetinden yoksun kılmanın tam olması, yani mağdura her türlü kaçış, kurtuluş yolunun kapalı olması gerekmeyp, mağdurun karşı karşıya bırakıldığı engellerin kolaylıkla aşamayacak veya istediği gibi hareket edemeyecek olması yeterli olacaktır¹³⁸. Örneğin failin mağdurun belli bir yönde gitmesini engellemek için zor ve alışılmışın dışında yollar bırakması, çıkışı olan bir yere mağduru kapatmakla birlikte mağdurun çıkışı bilmediği için faydalanamadığı veya çıkış için öngörülen mekanizmayı çalıştıramadığı veya çıkış için öngörülen yolun zor veya tehlikeli olduğu hallerde de suç oluşacaktır¹³⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sıklıkla işleniş şekli mağdurun rızası olmaksızın kaçırılarak bir yere kapatılmasıdır. Ancak suçun oluşması için mağdurun mutlaka bir yere kapatılmış olmasına gerek yoktur¹⁴⁰. Kişinin hareket serbestisinden mahrum kalacak şekilde, bağlanması, uyutulması, tutulması, cebir, tehdit veya hile ile bir yere götürülmesi gibi durumlarda da suç oluşacaktır. Asıl önemli olan nokta özgürlüğün sınırlandırılmasında hareketin hukuka aykırı olmasıdır.

Suç, mağdurun yer değiştirmesi için zorunlu olan araçların kullanılmasına engel olunması suretiyle de işlenebilecektir. Örneğin felçli olan kimsenin tekerlekli sandalyesinin ya da banyoda çıplak olan kimsenin elbiselerinin alınması gibi¹⁴¹.

¹³⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 372.

¹³⁸ Toroslu, Özel Kısım, s. 84; Cihan, s. 58 Erem, Özel Hükümler, s. 1182; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 492; Üzülmmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1190.

¹³⁹ Üzülmmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1190.

¹⁴⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 421.

¹⁴¹ Önder, Özel Hükümler, s. 29; Erem, Özel Hükümler, s. 1182; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 492.

Fail tarafından mağdurun bir yere gitme hürriyeti sınırlandırılırken suçun oluşması için failin mağdura karşı fiziksel temasta bulunması yönünde her hangi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Örneğin tek bir çıkış kapısı olan yerde bulunan mağdurun çıkışını engellemek için kapıda durulması halinde de bu suç oluşacaktır¹⁴².

2. Bir Yerde Kalma Hürriyetinden Yoksun Kılma

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturan ikinci seçimlik hareket ise, kişinin bir yerde kalma hürriyetinin sınırlandırılmasıdır. TCK'nın 109/1. maddesi mağdurun bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılmasını cezalandırmaktadır. Bu durumda fail, mağdurun belli bir yerde kalma yönünde oluşturduğu iradesini sınırlamaktadır. Başka bir ifadeyle bu durumda mağdur iradesine aykırı bir şekilde bulunduğu yerden ayrılmaya zorlanmaktadır¹⁴³.

Suçun oluşumunda mağdurun bulunduğu yerde kalma iradesinde hukuken bir meşruluğun bulunması gereklidir. Aksi durumda suçun varlığından söz edilemeyecektir. Yine mağdurun bulunduğu yerde kalma iradesini sınırlamada failin kullandığı vasıtaların bir önemi yoktur. Fail herhangi bir hareketle mağdurun bulunduğu yerden ayrılmasını sağlayabilir¹⁴⁴.

Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu “*Sanığın yakınanın yanına giderek yakından kendisini mobiletle gezdirmesinin istemesi, yakınının kabul etmemesi üzerine bıçak çekerek “beni mobiletinle gezdir, yoksa mobiletinin lastiklerini keserim, mobiletine zarar veririm.” diye söyleyerek yakınının kendisini mobiletle fuar içinde gezdirmesini sağlamak biçimindeki eyleminin, yakınının sanığın hakimiyet alanına girmemesi nedenleriyle tehdit suçunu oluşturur.*” şeklindeki karar¹⁴⁵ kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için mağdurun failin hâkimiyet alanına girmesine gerek yoktur. Mağdurun hukuken önemsiz sayılmayacak bir süre için bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması suçun oluşması için yeterlidir. Nitekim

¹⁴² Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 388.

¹⁴³ Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1190.

¹⁴⁴ Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1191.

¹⁴⁵ Yarg. 4. CD., 06.02.2007, 2006/8912 E., 2007/1212 K. (aktaran Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 422) .

hâkimiyet alanının bir unsur olarak aranması yanında başkaca sorunları da getirecektir. Örneğin suçun kamuya açık bir yerde ya da üstü kapalı olmayan bir yerde işlenip işlenemeyeceği gibi. Ancak belirtmek gerekir ki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kamuya açık yerlerde veya üstü kapalı olmayan yerlerde de işlenebilir¹⁴⁶.

D. SUÇA ETKİ EDEN HALLER

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna etki eden haller 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında cezanın artırılmasını gerektiren ilk nitelikli hal olarak, suçun işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılmasına yer verilmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi durumları da suçun temel şekli için öngörülen cezanın artırılması gerektiren nitelikli hallerdir (m. 109/3). Yine suçun mağduru ekonomik bakımdan önemli bir kayba uğratması (m. 109/4) ve cinsel amaçla işlenmesi (m. 109/5) halleri de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ayrıca suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı da düzenlenmiştir (m.109/6).

1. Suçun İşlenmesi İçin Veya İşlendiği Sırada Cebir, Tehdit Veya Hile Kullanımı

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması cezayı artıran nitelikli bir haldir. Kanun koyucu tehdit ve cebri ayrı suçlar olarak TCK'nın 106 ve 108. maddelerinde düzenlemesine karşın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halinin

¹⁴⁶ Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 422.

unsurları olarak düzenleyerek bir bileşik suç oluşturmuştur. Cebir, tehdit veya hile fiillerinin araç olarak kullanılması suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılınması halinde failin kastındaki yoğunluk, fiilin vahametinin ağırlığı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesinde sağladığı kolaylık dikkate alınarak bu nitelikli hal düzenlenmiştir¹⁴⁷.

Cebir, Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmamakla birlikte zorlama amacıyla cebir kullanılması halinde faile kasten yaralama suçundan hareketle ceza verileceği belirtilmek suretiyle, cebrin aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerden ibaret olduğuna işaret edilmiştir¹⁴⁸. Cebir, mağdurun direncini kırmaya yönelik, zorlayıcı etki yaratan her türlü davranış olarak tanımlanabilir¹⁴⁹. Hürriyetinden yoksun kılınmak istenen mağdurun direncini kırmak veya daha sonra direnmeyi engellemek amacıyla mağdura yönelik her türlü zorlayıcı etki cebir kavramı içerisinde ele alınır¹⁵⁰. Fakat kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenebilmesi için zorunlu olan şiddet derecesinin aşılması halinde, fail kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile oluşan suçtan gerçek içtima kuralları çerçevesince sorumlu olacaktır. Zira TCK'nın 109/6. maddesi *"bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır"*. şeklindedir. Dolayısıyla cebir, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini oluşturmadığı sürece, bileşik suç kurallarına göre ayrıca cezalandırılmaz¹⁵¹.

¹⁴⁷ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 68; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 377.

¹⁴⁸ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1193; Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 46 vd. ; Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 411-412.

¹⁴⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 415; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 478.

¹⁵⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 493.

¹⁵¹ *"Sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma eylemi sırasında mağduru Suluova Devlet Hastanesinin 04.11.2008 tarihli raporuna göre basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı, bu nedenle mağdurdaki mevcut yaralanmanın TCK'nın 109/2. maddesinde belirtilen suçun cebir unsurunu oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında kasten yaralama suçundan da cezalandırılması yoluna gidilerek yazılı şekilde hüküm kurulması"*, (Yarg. 14. CD., T. 02.04.2014, 2012/5716 E., 2012/5716 K); *"Oluşa uygun kabule göre, olay gecesini sanık Kemal'in nişanlısını rahatsız ettiği gerekçesiyle araçla gezdiği sırada gördüğü mağduru yanında bulunan Yılmaz'la birlikte kovalayıp yakaladıktan sonra adiyen darp ederek zorla araca bindirip götürmesi eyleminde işlenen kasten yaralama suçunun TCK'nın 42. maddesi düzenlemesi nazara alındığında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun zor unsuru kapsamında kaldığı gözetilerek ağır nitelikteki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken yazılı şekilde iki ayrı suçtan hüküm kurulması"*, (Yarg. 14. CD., T. 27.02.2013, 2013/857 E., 2013/857 K.).

Tehdit, mağdurun veya bir yakınının hukuksal açıdan korunmaya değer bir yararına ilerde zarar verileceği beyanıyla mağdurun korkutulması olarak ifade edilebilir¹⁵². Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, tehdit suçunun araç olarak kullanılması suretiyle de işlenebilir. Ancak bu suç açısından TCK'nın 106. maddesindeki tehdidin yöneldiği hukuksal değerlerin ayrımı gözetilmemiştir. Başka bir ifade ile mağdur üzerinde objektif olarak korku oluşturmaya elverişli herhangi bir hukuksal değere zarar verileceği beyanı nitelikli hali oluşturacaktır¹⁵³. Yine TCK. m. 106/2 de düzenlenen, tehdit suçunun silahla ya da birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halleri dışındaki nitelikli hallerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için veya işlenmesi sırasında gerçekleşmesi bu suç için ayrıca bir artırım nedeni olarak öngörülmemiştir. Fakat adaletli bir sonuç elde etmek için bu gibi hallerin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekir.

Tehdit Ceza Kanunumuzda ayrıca bir suç olarak düzenlenmiştir (m. 106). Ancak kişi, hürriyetinden tehditle yoksun hale getirilmiş veya hürriyeti sınırlandırılmışken tehdide maruz kalmış ise artık bileşik suç kuralları gereği faile ayrıca tehditten ceza verilemez¹⁵⁴.

Yargıtay bazı kararlarında¹⁵⁵ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, mağdur dışında eylem sırasında mağdurun yanında bulunan kişilere karşı gerçekleşen

¹⁵² Tezcan, Erdem ve Önok, s. 494; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 379; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 422; Serap Keskin Kızıroğlu, “ Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu” **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, Beta, Cilt I, İstanbul 2014, s. 437; Özlem Yenerer Çakmut, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, s. 593, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001567/5000000624>, erişim tarihi: 12.05.2015, Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 98.

¹⁵³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 495; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 379; Kızıroğlu, s. 437.

¹⁵⁴ “Suç tarihinden önce mağdurdan alacaklı olan sanıkların olay günü gördükleri mağdurun borcunu ödememekte ısrar etmesi üzerine, rızası dışında araca bindirdikleri, mağduru il merkezinden köye götürdükleri sırada tehdit ettikleri tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, niteliği itibarıyla mütemadi suçlardan olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi esnasında gerçekleştirilen tehdit eyleminin müstakilen suç sayılmayıp, TCK’nın 109/2. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurunu teşkil ettiği gözetilmeden, yazılı şekilde sanıkların ayrıca bu suçtan da mahkûmiyetlerine hükmedilmesi,” (Yarg. 14. CD. T. 24.09.2014, 2012/14977 E., 2014/10447 K.).

¹⁵⁵ “Sanığın amacı mağdure Canan’ı arabaya bindirmek suretiyle götürmek olduğu, bu nedenle buna engel olmak isteyen mağdure Havva’yı da darp ederek basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralamasının, sanığın mağdure Canan’a yönelik işlemeyi kastettiği TCK’nın 109/2. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir unsurunu oluşturduğu halde, buna aykırı olarak sanığın mağdure Havva’ya yönelik kasten basit yaralama suçundan cezalandırılması cihetine gidilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,” (Yarg. 14. CD. T. 17.06.2013, 2011/12494 E., 2013/7754K.); “Sanığın mağdureyi götürmek istediği sırada, engel olmaya çalışan mağdurenin annesi olan müşteki

yaralama ve tehdit eylemlerinin de bu suçun ikinci fıkrasında yer alan unsurlar olduğunu kabul ederek, failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdur dışındaki kişilere karşı gerçekleştirdiği yaralama veya tehdit fiillerinden de cezalandırılmaması gerektiğine karar vermiştir. Kanaatimizce bu görüş hatalıdır. Çünkü kanunu koyucu TCK. m. 109/2' de bu suçun mağduruna karşı gerçekleştirilen cebir ve tehdidi nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Başka bir ifade ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile cebir veya tehdit suçlarının mağdurlarının aynı olması halinde bileşik suç kuralları gereğince ayrıca tehdit veya cebirden ceza verilmeyecektir. Ancak tehdit veya cebirin mağdurları başka kimseler olması halinde, bu kişilere karşı gerçekleşen cebir ve tehdit eylemlerinden failin sorumlu olması gerekir. Öte yandan bu durumda esasında ne hukuki ne de doğal anlamda hareketin tekliğinden bahsedilebilir. Çünkü fail hem hürriyetinden yoksun kıldığı mağdura karşı cebir ve/veya tehdit uygulamakta hem de mağdurun hürriyetinden yoksun kılınmasına engel olmaya çalışılan üçüncü kişilere yaralama ya da tehdit eyleminde bulunmaktadır. Bu durumda esasında bir suçun işlenebilmesi için başka bir suçun işlenmesi söz konusudur. Ceza kanunumuzun benimsediği kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar fiil vardır kuralı gereği failin fiilleri bir birinden bağımsız suçları oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu hallerde bir fikri içtimadan bahsedilemeyecektir.

Ancak mağdurun da bulunduğu bir toplulukta failin elindeki silahla havaya ateş ederek olay yerinde bulunan mağdur ve diğerlerini tehdit etmesi ve mağduru kaçırmayı durumunda, failin doğal anlamda icra ettiği hareketlerin zaman ve mekânsal olarak tek olduğu kabul edilmeli ve fail TCK'nın 44. maddesi gereği aynı Kanunun 109/2-3a maddesi kapsamında sorumlu olmalıdır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise TCK'nın 107. maddesinde düzenlenen şantaj suçunu failin araç olarak kullanması suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemesi halinde sorumluluğunun TCK m. 109/2 kapsamında olup olmayacağıdır. Esasında burada önem arz eden durum TCK'nın 107/2.

Sultan'a karşı "hepinizi öldürürüm, seni yumrukla" diyerek tehdit ettiği ve mağdureyi bulunduğu evden çıkararak götürüp hürriyetinden yoksun kıldığı anlaşılmıştır karşısında; anılan bu eylemin TCK'nın 109/2. maddesinde öngörülen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tehdit unsuru niteliğinde bulunduğu gözetilmeden ayrıca tehdit suçundan da mahkûmiyet hükmü kurulması," (Yarg. 14. CD. T. 21.11.2013, 2011/22717E., 2013/11914K.).

maddesinde düzenlenmiş olan şantaj suçudur. Bu maddede düzenlenen şantaj suçu tehdit suçunun özel bir görünüş şeklidir. Bu fıkra da tehdit söz konusudur fakat tehdidin yönelmiş olduğu hukuki değer sınırlandırılmıştır¹⁵⁶. Yani mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidi vardır. Yargıtay bu görüşten hareketle vermiş olduğu bir kararında TCK'nın 107/2. maddesinde tanımlanan şantaj suçunun, tehdit suçunun özel bir şekli olarak düzenlendiğinin kabulü ile sanık hakkında TCK'nın 109/2. maddesine göre hüküm kurulmasına karar vermiştir¹⁵⁷. Ancak bu karar kanaatimizce hatalıdır. Zira burada göz önünde bulundurulması gereken nokta bileşik suç hükümleridir. Buna göre, farklı normlarda düzenlenmiş olan suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması halinde bileşik suçtan bahsedilir. Yine bileşik suçun oluşabilmesi için kanunda söz konusu suçun açıkça başka bir suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmesi gerekir¹⁵⁸. Buna göre TCK'nın 109/2. maddesinde bileşik suç oluşturan suçlar olarak cebir ve tehdit açıkça düzenlenmiştir. Bunların dışındaki suçların her ne saikle olursa olsun bileşik suça imkân vereceğini kabul etmek suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Hile; söz, hareket ya da diğer her türlü araçlarla bir kimsenin kasten yanıltılması, aldatılmasıdır¹⁵⁹. Hile ile aldatılmış ya da yanıltılmış olan kimse gerçeği bilseydi yapmayacağı bir davranışı yapar. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda kullanılan hile ile mağdur kendi isteğiyle gider veya gitmez; fakat mağdurun iradesi hile ile oluşturulduğundan hürriyetten yoksun kılma¹⁶⁰ oluşur¹⁶¹. Hile doğrudan doğruya mağdura karşı yapılabileceği gibi üçüncü kişiler vasıtasıyla da yapılabilir.

¹⁵⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 408.

¹⁵⁷ “5237 sayılı TCK.nun 107/2. maddesinde tanımlanan şantaj suçunun, tehdit suçunun özel bir şekli olarak düzenlendiği, sanığın mağdureyi, görüntülerini internet ortamında yayacağı tehdidiyle hukuka aykırı şekilde hürriyetinden yoksun kıldığıının anlaşılması karşısında; anılan bu eylemin TCK.nun 109/2. maddesinde öngörülen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tehdit unsuru niteliğinde bulunduğu gözetilmeden ayrıca şantaj suçundan da mahkûmiyet hükmü kurulması,” (Yarg. 14. CD. T. 17.10.2011, 2011/417E., 2011/821K.).

¹⁵⁸ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 528.

¹⁵⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 379.

¹⁶⁰ Kızıroğlu, s. 438

¹⁶¹ “Dosya içeriğine göre, suç tarihinde sanığın, sokakta oynamakta olan 10 yaşındaki mağdureye, ikamet ettiği dairenin bulunduğu apartman çatı katına, güvercin kuşunun kaçtığını söyleyip, mağdureden yardım isteyerek hile ile üç katlı apartmanın çatı katına çıkardığı mağdureye cinsel istismarda bulunduğu sübut bulması karşısında, çocuğa karşı hile kullanılarak cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun olduğu gözetilerek atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi yerine yazılı şekilde beraatine hükmolunması,” (Yarg. 14. CD. T. 03.07.2014, 2012/11419 E., 2014/9135K.).

Cebir, tehdit veya hilenin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesinde araç olarak kullanılması seçimliktir. Bu araç fiillerin herhangi birinin kullanılması halinde bu nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır. Yine nitelikli halin uygulanabilmesi için bu araç fiillerin mutlaka suçun icra hareketlerinin tamamlanması aşamasında kullanılması gerekmeyip, temadi devam ederken fiilin devamını sağlamak için veya bu sırada kullanılması halinde de nitelikli hal oluşacaktır¹⁶².

2. TCK'nın 109/3. Maddesinde Düzenlenen Nitelikli Haller

a. Suçun Silahla İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla işlenmesi, suçun işlenmesinde sağladığı kolaylık nedeni ile suçun temel şekline göre daha ağır bir cezayı öngören nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir (TCK. m. 109/3-a). Silah daha fazla korkutucu veya zorlayıcı bir güce sahip olması nedeniyle failde büyük bir cesaret oluşturmaya karşılık mağdurun iç huzuruna daha ağır zarar vererek, ciddi bir korku meydana getirip onun direncini kırmaktadır¹⁶³.

Silah kavramından ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 6/1-f maddesinde, *“Silah deyiminden;1. Ateşli silahlar,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,... anlaşılır.”* şeklinde düzenlenmiştir¹⁶⁴.

¹⁶² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 377.

¹⁶³ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 104; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 378; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 423.

¹⁶⁴ *“Tüm dosya kapsamından; olayda kullanıldığı iddia edilen bezin, ne şekilde silahtan sayıldığına açıklanmadığı, bezin silah niteliğinde olduğuna dair her türlü şüpheden uzak bir delil de bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında koşulları oluşmadığı halde TCK'nın 109/3-a maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini”* (Yarg. 14. CD. T. 28.03.2016, 2014/3785 E., 2014/3785 K).

Maddede düzenlenen, suçun silahla işlenmesinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁶⁵, failin suçun işlenmesinde silahı taşıması yeterli olmayıp, silahı kullanılması gerekir. Aksi takdirde bu nitelikli hal uygulanamaz. Silahın doğrudan doğruya kullanılması veya tutarak mağdura gösterilmesi suretiyle mağdurun korkutulması halinde bu nitelikli hal gerçekleşmiş olur. Diğer görüş¹⁶⁶ ise, suçun silahla işlenmiş kabul edilebilmesi için mutlaka silahın mağdura yöneltilmiş olması gerekli olmayıp silahın sadece gösterilmiş veya kabzasından çıkarılmış olması da mağdurun iç huzurunu bozacağından ve mağdurun direncini kırmaya yeterli olacağından, nitelikli halin uygulanmasını gerektirir.

Kanaatimizce, suçun silahla işlenmesinden anlaşılması gereken, failin suçun işlenmesini kolaylaştıracak şekilde silahtan faydalanmış olmasıdır¹⁶⁷. Örneğin mağdurun direncini kırmak için ceketinin altında duran silahı göstermesi ya da silahın görünecek şekilde kılıf içinde bulunması halinde de bu nitelikli hal uygulanmalıdır¹⁶⁸. Ancak failin salt silahı üzerinde bulundurması¹⁶⁹ ya da failin üzerinde bulunan silahı suçun işlenmesinde bilinçli olarak herhangi şekilde kullanmamasına rağmen mağdurun failin üzerindeki silahı görmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmamalıdır.

¹⁶⁵ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 105; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 495; Mustafa Ruhan Erdem, Türk Ceza Kanunu'nda Silah, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_8.pdf, erişim tarihi: 24.10.2017.

¹⁶⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 423; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3624; Artuk, Gökcan ve Yenidünya, s. 380; Üzülmaz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1195.

¹⁶⁷ “Tüm dosya içeriğinden sanığın hileyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini gerçekleştirdikten sonra cinsel saldırı suçunu işlemek için bıçak kullandığının anlaşılması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminde silah kullanıldığından bahisle sanık hakkında TCK'nın 109/3-a. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini” (Yarg. 14. CD. T. 31.01.2017, 2016/8545 E., 2017/363 K); “Sanığın, mağdureyi atılı suçların işlendiği metruk binaya götürmek amacıyla silah kullandığına dair bir anlatım bulunmadığı gibi sanığın cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmek amacıyla bina içerisinde bulunduğu cam parçasını mağdureye doğrultması eyleminin ise yalnızca nitelikli cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmeye yönelik olduğu anlaşılmakla, sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hüküm kurulurken TCK'nın 109/3-a. maddesinin tatbik edilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması suretiyle fazla ceza tayini” (Yarg. 14. CD. T. 20.03.2017, 2016/10027 E., 2017/1447 K).

¹⁶⁸ Üzülmaz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1195; Artuk, Gökcan ve Yenidünya, s. 380

¹⁶⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 423; Üzülmaz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1195.

b. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, mağdurun direncini kırmasını, mağdur üzerindeki etkisini ve suçun icrasını kolaylaştırmasını dikkate alarak, bu düzenlemeyi yapmıştır¹⁷⁰.

Suçun birlikte işlenmesinden kast edilen, birden fazla kişinin birlikte fail olarak suçu işlemiş olmalarıdır¹⁷¹. Başka bir ifade ile suçun iştirak halinde işlenmiş olması değil, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi sayısının birden fazla olmasıdır¹⁷². Madde gerekçesinde de “*Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı halinde, bu nitelikli unsur oluşur.*” demek suretiyle bu husus belirtilmiştir. Bu nedenle suçun icra hareketleri bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmakla birlikte diğer suç ortaklarının yardım eden veya azmettiren olması durumunda bu nitelikli hal gerçekleşmeyecektir¹⁷³. Bununla birlikte suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiğini bilen azmettiren ya da yardım eden için de bu nitelikli hal uygulanacaktır¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1195.

¹⁷¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 378; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 495.

¹⁷² Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 424.

¹⁷³ “Sanık Mustafa Kürşat’ın suçun yapıcı hiçbir davranışına katılmayıp herhangi bir söz ve harekette de bulunmadan diğer sanık Özgür’ün yanında bulunması şeklindeki eyleminde fiil üzerinde ortak hakimiyet kurması da söz konusu olmadığından eyleminin TCK’nın 39/2-c maddesi kapsamında suçun işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak olduğu bu nedenle hakkında TCK’nın 39. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, TCK’nın 109/3-b maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi halinin kabulü için madde gerekçesinde de belirtildiği şekilde suçun icrai hareketlerinin birden fazla şahıs tarafından beraber gerçekleştirilmesinin, yani TCK’nın 37. maddesi anlamında müşterek faillik durumunun gerekliliği, suçun icrai hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden konumunda olmaları halinde bu fıkra hükmüne göre ceza verilemeyeceği gözetilmeden sanık Mustafa Kürşat’ın diğer sanık Özgür tarafından işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemine TCK’nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla katılması suçun birden fazla kişi tarafından işlendiğini göstermeyeceğinden sanıklar haklarında koşulları oluşmadığı halde TCK’nın 109/3-b maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini”, (Yarg. 14. CD. T. 12.03.2015, 2013/5369 E., 2015/2683 K.); “Suça sürüklenen çocuk Ali’nin, suça sürüklenen çocuk Bekir tarafından işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemine TCK’nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla katılmasının suçun birden fazla kişi tarafından işlendiğini göstermeyeceğinden, koşullarının bulunmadığı gözetilmeden suça sürüklenen Ali hakkında TCK’nın 109/3-b maddesinin uygulanması...” (Yarg. 14. CD. T. 29.04.2014, 2014/3769E., 2014/5768 K.).

¹⁷⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 495-496.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişinin katılımıyla işlenmesi hallerinde, birlikte failliğin şartlarının oluşup oluşmadığının her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak her bir failin suçun işlenişine olan katkısı fonksiyonel anlamda değerlendirildikten sonra bu nitelikli halin olayda bulunup bulunmadığına karar verilecektir¹⁷⁵.

c. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi hali nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli halin düzenlenmesinin altında yatan düşünce, bireylere kamu görevlisi olmalarından dolayı ayrıcalıklı bir durum tanımak yerine kamu görevlisinin görevini güvenlik içinde yerine getirmesini sağlamaktır¹⁷⁶.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için kişinin sırf kamu görevlisi olması yeterli değildir. Kamu görevlisine karşı yerine getirdiği başka bir ifade ile ifa ettiği görevinden dolayı işlenmiş olması gerekir¹⁷⁷. Dolayısıyla görevi dışında kişisel bir nedenle kamu

¹⁷⁵ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1195.

¹⁷⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 424.

¹⁷⁷ “Tüm dosya içeriğinden sanığın, doktor olan katılan ile hemşire mağdurun görev yaptıkları hastaneye giderek acil serviste muayene olup aldığı bir günlük istirahat raporuyla birlikte ayrılmasından yaklaşık beş dakika sonra geri döndüğü muayene odasındaki katılan ile mağdura kendisini ambulansla Ankara'ya sevk etmelerini söyleyip oda kapısını kapatarak önünde beklemek suretiyle dışarı çıkmalarını engellediği ve odaya gelen hastane polislerinin müdahalesiyle sanığın eylemini sonlandırdığı anlaşılmakla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu katılan ile mağdurun yerine getirdikleri kamu görevi nedeniyle işleyen sanık hakkında koşulları olduğu halde, 5237 sayılı TCK'nın 109/3.c maddesinin uygulanmaması neticesinde eksik ceza tayini” (Yarg. 14. CD. T. 03.10.2016, 2014/5929 E., 2016/6746 K); “Yol kontrol görevi yapan ve sanığın aracını durduran trafik polis memuru mağdur Nurettin'in, sanıktan araca ait ruhsatı istemesi ve akabinde ruhsatın sanık tarafından temin edilememesi üzerine, aracının trafikten men edileceğini anlayan sanığın aracının ön koltuğuna oturan mağduru rızası hilafına kolluk kuvvetlerince yakalanana kadar aracından indirmedeği ve bu esnada tehdit ettiği olayda, TCK'nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima düzenlemesi uyarınca ağır olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken yazılı şekilde görevi yaptırmamak için direnme ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı mahkûmiyetine hükmedilmesi, Sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi esnasında katılanı tehdit ettiği olayda, suçun tehditle ve kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlediğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 109/2, 3/c maddesi yerine, 109/1. maddesinden hüküm kurulması,” (Yarg. 14. CD. T. 14.10.2014, 2013/915 E., 2014/11054 K.).

görevlisini hürriyetinden yoksun kılan fail hakkında bu nitelikli hal uygulanamayacaktır¹⁷⁸.

Bu nitelikli hal açısından önem taşıyan “*kamu görevlisi*” ve “*kamusal faaliyet*” kavramlarının neler olduğu belirlenmelidir. Bu noktada, “*kamu görevlisi kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*”, olarak tanımlanmıştır (TCK. m. 6/1-c). Türk Ceza Kanunu açısından bir kişinin kamu görevli sayılabilmesi için aranacak yegâne ölçüt, kişinin gördüğü işin *kamusal faaliyet* olmasıdır¹⁷⁹. Kamusal faaliyet ise aynı maddenin gerekçesinde “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca bu hizmete katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir öneminin bulunmadığı madde gerekçesinde vurgulanmak suretiyle, Türk Ceza Kanunu bakımından idare hukuku anlamındaki¹⁸⁰ kamu görevlisi yerine daha geniş anlamdaki kamu görevlisi kavramının nazara alındığı belirtilmiştir¹⁸¹.

Diğer bir taraftan bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için mağdurun halen kamu görevlisi de olması şart değildir. Bu anlamda kamu görevi istifa, emeklilik gibi nedenlerle son ermiş dahi olsa fail fiili mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlemişse bu nitelikli halden sorumlu olacaktır¹⁸². TCK. m. 109’un gerekçesinde de, suçun işlendiği sırada kişinin kamu görevlisi sıfatını taşımasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle hürriyetinden yoksun kılma suçunda faili suçu işlemeye sevk eden neden kamu görevidir¹⁸³. Bu sebeple, nitelikli halin gerçekleşmesinde failin saiki önemlidir. Bu anlamda, nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun mutlaka görevi dolayısıyla bizzat kamu görevlisine karşı

¹⁷⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496; Toroslu, Özel Kısım, s. 87; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 379.

¹⁷⁹ Bkz. Madde gerekçesi.

¹⁸⁰ İdare hukuku açısından kamu görevlisi sıfatını alabilmek için kamu kesimindeki bir tüzel kişilikte çalışma koşulu aranmaktadır. Bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt II., Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 567 vd.(İdare Hukuku).

¹⁸¹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 209.

¹⁸² Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496; Erem, Özel Hükümler, s. 1191; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 381; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 424; Önder, Özel Hükümler, s.38.

¹⁸³ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1196.

işlenmesi de şart değildir¹⁸⁴. “Keza suç, kamu görevlisinin yakınına karşı da işlenebilir. Bir hakimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması bu hale örnek olarak gösterilebilir”¹⁸⁵.

765 sayılı mülga TCK. m. 180/1’de “memuriyet işlerinden dolayı bir memur aleyhine suçun işlenmesi” nitelikli hal olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK’ da “memur” kavramına yer verilmeyerek, yerine “kamu görevlisi” kavramı getirilmiştir¹⁸⁶. Yine aynı madde de Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden birine karşı hürriyeti tahdit suçunun işlenmesi halini de nitelikli hal olarak düzenlenmişti. 765 sayılı mülga TCK açısından nitelikli halin uygulanması için, milletvekiline karşı, kişisel bir nedenle olsa dahi suçun işlenmesi yeterliydi. Ancak suçun milletvekilliği sıfatının devam ettiği sırada işlenmiş olması aranırdı. Milletvekilliği sıfatı sona erdikten sonra hürriyeti tahdit eylemi gerçekleşmişse görev nedeniyle işlenmesi halinde nitelikli hal uygulanırdı¹⁸⁷. 5237 sayılı TCK’ da milletvekilleri açısından ayrıca bir nitelikli hal düzenlenmemiştir. Zira, 5237 sayılı TCK’nın 6. maddesinde kapsamında milletvekilliği de kamu görevlisi kavramı içerisindedir. Bu nedenle görevinden dolayı milletvekilinin kişi hürriyetinden yoksun kılınması halinde 5237 sayılı TCK’nın 109/3-c maddesi uygulama alanı bulacaktır. Ancak fail milletvekiline karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini Anayasayı ihlal ya da Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmak veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemek amacıyla gerçekleştirmesi halinden sorumluluğu 5237 sayılı TCK’nın 309 ve 311. maddeleri kapsamında olacaktır¹⁸⁸.

Kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kamu görevlisinin ilgili yasa ve mevzuat uyarınca yerine getirmekte olduğu görevi nedeniyle işlenmelidir¹⁸⁹. Dolayısıyla görevin kötüye kullanılmasına tepki olarak suç işlenmiş ise, bu nitelikli hal uygulanamayacağı gibi, bu durum, hâksiz tahrik de oluşturabilir.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 379.

¹⁸⁵ Bkz. Madde gerekçesi.

¹⁸⁶ Gökçen, s. 11.

¹⁸⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496.

¹⁸⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496.

¹⁸⁹ Yaşar, Gökçen ve Artuç, s. 3624.

¹⁹⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496.

d. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, faile kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması yoluyla işlenmesi halinde cezanın bir kat artırılacağı TCK'nın 109/3-d maddesinde düzenlenmiştir. Bu nitelikli halin düzenlenmesine kanun koyucuyu sevk eden düşünce, kamu görevinin verdiği nüfuzun suçun işlenmesinde faile kolaylık sağlamasıdır¹⁹¹. Kamu görevi, normal kişiye karşı üstünlük sağladığından, kamu görevlisinin, görevli olmasından dolayı mağdura karşı sağladığı üstünlük ile hürriyetini kısıtlaması veya ortadan kaldırması daha ağır şekilde cezalandırılmıştır¹⁹².

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin sırf kamu görevlisi olması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda bunun sağladığı nüfuzun da kötüye kullanılması aranmakta, failin yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması ve kamu görevi nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olması zorunludur¹⁹³. Bu nedenle kendisini gerçeğe aykırı olarak kamu görevlisi gösteren kimsenin, başkasını kişi hürriyetinden yoksun kılması halinde bu nitelikli hal değil suçun hile ile işlenmiş olması nedeniyle TCK'nın 109/2. maddesindeki nitelikli hal uygulanacaktır¹⁹⁴. Yine kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması için, kamu görevlisi sıfatı hukuka uygun bir şekilde iktisap edilmiş olmalıdır. Bu şekilde kazanılmış olan kamu görevinin faile verdiği yetkiler ya da otorite gücü kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için kullanılmalıdır¹⁹⁵.

Kamu görevlisi, fiili işlerken görevini yapıyor olabileceği gibi yapmıyor da olabilir¹⁹⁶. Ancak her durumda kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzdan istifade

¹⁹¹ Bkz. madde gerekçesi.

¹⁹² Soyaslan, s. 275.

¹⁹³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 497.

¹⁹⁴ Toroslu, Özel Kısım, s. 87.

¹⁹⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 379.

¹⁹⁶ “Yakınan Mahmut Demiralp'e yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesiyle beraber, polis memuru olan sanık Murat Solmaz'ın kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması suretiyle işlendiğinin ve temel cezanın belirlenmesinde 5237 sayılı TCY'nın 109/3-d bendinin de gözönünde bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi,” (Yarg. 6. CD. T. 13.05.2009, 2008/24190 E., 2009/8646 K).

ederek mağdurun bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetini sınırlandıran veya ortadan kaldıran fiili işlemelidir¹⁹⁷.

Kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemleri çoğu kez aynı zamanda görevi kötüye kullanma suçunu da oluşturur. Örneğin kolluk görevlilerinin bir kişiyi hukuka aykırı olarak karakolda tutmaları veya ceza evi müdürünün tahliye kararını uygulamaması gibi¹⁹⁸. Ancak bu nitelikli halin oluştuğu durumlarda artık fail ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olmayacaktır¹⁹⁹. Görevi kötüye kullanma suçu TCK. m. 257/1'de “ *Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Kamu görevlisi olan failin bu görevin sağlamış olduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle icra ettiği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda fail aynı zamanda görevinin gereklerine de aykırı hareket etmektedir. Ancak görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için failin başkaca bir suç oluşturmaması gerekir. Çünkü görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK m. 257 genel ve tamamlayıcı bir hükümdür²⁰⁰.

Doktrinde bu nitelikli halden sorumlu olunabilmesi için failin, herhangi bir kamu görevlisi değil, kişiyi hürriyetinde yoksun kılma yetkisine sahip olan bir kamu görevlisi olması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür²⁰¹. Failin yerine getirdiği kamu görevinin hürriyeti sınırlama yetkisini haiz olması eylemin gerçekleştirilmesinde uygun olsa da bu hususun açıkça arandığı Kanunun madde ve gerekçesinde belirtilmemiştir. Bu nedenle failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma yetkisine sahip bir kamu görevlisi olması bu nitelikli hal için zorunlu değildir. Kamu görevlisinin

¹⁹⁷ Soyaslan, s. 275.

¹⁹⁸ Soyaslan, s. 275.

¹⁹⁹ “*Sanık Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcılığının telefonunun borcu nedeniyle görüşmeye kapatılmasına sinirlenerek Telekom santral sorumlusu Şemsettin Serdar Erk'i gözaltına aldırma eyleminin, özgürlüğü sınırlama suçunu (765 T.Ceza Yasası 181. m.-5237 sayılı T.Ceza Yasası 109/3. d m.) oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan, görevi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesi,*” (Yarg. 4. CD. T. 26.09.2008, 2007/1514 E., 2008/17633 K).

²⁰⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 1060.

²⁰¹ Toroslu, Özel Kısım, s. 87; Çınar ve Şahbaz, s. 52; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3625; Artuç, s. 852.

sahip olduğu otorite gücü nedeniyle mağdur üzerinde nüfuz kurmak suretiyle suçu işleminde de bir engel bulunmamaktadır²⁰².

e. Suçun Üstsoy, Altsoy Veya Eşe Karşı İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli hal olarak TCK'nın m. 109/3-e'de düzenlenmiştir. Fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi bu nitelikli halin düzenlenmesinde dikkate alınmıştır.

Bu nitelikli halin düzenlenmesinin altında yatan düşünce, failin akrabalık bağının vermiş olduğu kolaylıkla mağdurun hürriyetini kısıtlayabilmesi ve aile yükümlülüğünü ihlal etmesidir²⁰³. Fail ile mağdur arasında aranan bu akrabalık bağının tespiti elbette Türk Medeni Kanunu'na göre yapılacaktır²⁰⁴. Yine bu belirleme soyut beyanlara göre değil nüfus aile kayıt tablolarına göre yapılması gerekir²⁰⁵.

Üstsoy-altsoy hısımlığı, bir diğerinden gelen, yani birbirlerinden üreyen kimseler arasındaki hısımlıktır²⁰⁶(TMK. m. 17). Tanımdan da anlaşıldığı gibi bu hısımlık hem ana hem de baba tarafından olan bir hısımlıktır. Bu itibarla bir kimse ile ana ve babası, onların ana ve babaları, kendi çocukları, çocuklarının çocukları ve torunlarının çocukları arasındaki bağ üstsoy-altsoy hısımlığını meydana getirir²⁰⁷. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, altsoy-üstsoy ilişkisinin meşru olup olmaması önemli değildir. Başka bir ifade ile nesebin sahih veya gayri sahih olmasının önemi yoktur²⁰⁸. Zira Kanun “ altsoy” ibaresini, kanuni değil, fiili anlamda kullanmıştır²⁰⁹.

²⁰² “ ... örneğin, öğretmenin öğrencisine disiplin hapsi uygulamasında da söz konusu nüfuz vardır. Bu olasılıkta her ne kadar TCK.'nın 232/2. maddesindeki disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu akla gelmekteyse de bir fiilin TCK.'nın 232. maddesi kapsamında kötü muamele suçunu oluşturabilmesi için başka bir suçu oluşturmaması gerekir.” (Kızıroğlu, s. 440); Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1197.

²⁰³ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 113.

²⁰⁴ Toroslu, Özel Kısım, s. 88.

²⁰⁵ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 114; “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla temin edilen nüfus kayıt örneğinden suç tarihinde katılan ile evli olduğu anlaşılan sanık hakkında 109/3-e maddesinin uygulanmayarak eksik ceza tayini” (Yarg. 14. CD. T. 17.02.2014, 2014/5929 E., 2014/1775K).

²⁰⁶ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Cilt I., 12. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 455.

²⁰⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 455.

²⁰⁸ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 114; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 380.

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur (TMK. m. 282/I). Çocuk ile ana arasındaki soybağının belirlenmesinde güçlük bulunmaz. Çünkü çocuğun doğumuyla çocuk ile anası arasındaki soybağı o andan itibaren kendiliğinden kurulmuş olur²¹⁰. Çocuğu doğuran kadının bilinmesi ananın belirlenmesi için yeterli ve tek sebeptir²¹¹. Çocuk ile baba arasındaki soybağı ise, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur (TMK. m. 282/II). Görüldüğü gibi baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması ana ile olandan daha zordur. Eğer çocuk evlilik birliği içinde doğmamış ise baba ile olan soybağı ancak, ana ile evlilik, tanıma ya da babalık davası ile olacaktır. Dolayısıyla evlilik dışında doğmuş çocuğuna karşı babanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemesi halinde bu nitelikli halin uygulanabilmesi için en geç fiil işlendiği anda çocuk ile baba arasında soybağının kurulmuş olması gerekecektir.

Bu nitelikli hal kapsamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu eşe karşı işlenmesi halinde de ceza artırılabilecektir²¹². Ancak bu nitelikli halin uygulanabilmesi

²⁰⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 380; “Tüm dosya içeriğinden, sanığın 2003-2010 yılları arasında öz kızı olan mağdureye yönelik olarak çocuğun basit cinsel istismarı biçimindeki eylemlerini mağdureyle birlikte ikamet ettikleri evde gerçekleştirdiğinin anlaşılması, 2011-2013 yılları arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı biçimindeki eylemlerin de büyük bir kısmının yine ortak ikametgahda gerçekleşmesi, ikametinin dışında gerçekleşen eylemlerde ise mağdurenin cebir, tehdit ve hile ile götürülüp alıkonduğuna dair herhangi bir iddia ve delil bulunmaması, sadece intikale yol açan 23.04.2013 tarihli son eylemde sanığın mağdureyi tehditle otomobile bindirdikten sonra götürdüğü ormanlık alanda nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi karşısında, 2003-2010 yılları arasındaki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilerek sanığın bu suçtan beraati ve 2011-2013 yılları arasındaki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu nedeniyle de 5237 sayılı TCK’nın 109/2, 109/3.e ve 109/5. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde kararlar verilmesi” (Yarg. 14. CD. T. 02.03.2015, 2014/10762 E., 2015/2303 K).

²¹⁰ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, Cilt II., 18. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 327.

²¹¹ Akıntürk ve Ateş, s. 328.

²¹² “Mahkemece, olay günü sanık ile eşi Hanife ve eşinin kardeşi olan Selma’nın sanık ile mağdure Hanife’nin boşanma işlemlerini halletmek için bir araya gelerek birlikte Isparta Adliyesine gittikleri, ancak sanığın nüfus cüzdanını bulamaması ve otobüste düşürmüş olabileceğini söylemesi üzerine birlikte otogara gitmek için sanığa ait araca bindikleri ancak sanığın aracına aldığı mağdurları rızaları hilafına şehir dışına doğru götürmeye başladığı, mağdurların durmasını istemelerine rağmen durmayarak yola devam etmesi üzerine mağdurların aracın el frenini çekip kontak anahtarını alarak durmasını sağladıktan sonra araçtan indikleri, daha sonra yaşanan tartışma sırasında sanığın mağdure Selma’yı sürükleyip, Hanife’yi ise itekleyip yere düşürerek yaraladığının oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminden önce veya bu eylem sırasında mağdurelere yönelik bir cebir kullanmayan sanığın, mağdurelere yönelik eylemi nedeniyle TCK’nın 109/1, 109/3-e ve 43/2, mağdure Hanife’ye yönelik, basit yaralama eyleminde 86/2, 86/3-e maddeleri, mağdure Selma’ya yönelik eylemleri nedeniyle ise TCK’nın 86/2. maddelerine göre cezalandırılması gerektiği gözetilmeyerek aynı Kanunun

için eylem sırasında fail ile mağdurun karı-koca olmaları gerekmektedir. Karı-koca olma hali Türk Medeni Kanunu'na göre belirlenecektir. TMK. m. 134 vd. maddelerine göre cinsiyetleri farklı iki kişinin resmi memur önünde usulüne uygun olarak yapacakları bir evlenme akdi ile karı-kocalık statüsü kazanılacaktır. Dolayısıyla dini nikâhla birlikte yaşayanlar ya da herhangi bir şekilde birlikte yaşayanlar arasında işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda bu nitelikli hal uygulanamaz²¹³. Eşler arasında boşanma davası devam ettiği sürece veya aralarında ayrılık kararı olsa dahi Türk Medeni Kanunu anlamında karı-koca olma statüleri devam ettiğinden bu durumlarda da nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır²¹⁴. Yine evliliğini mutlak ve nisbî butlanı hallerinin bulunması durumunda da evlilik hâkim kararıyla iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan burada da nitelikli hal uygulanacaktır (TMK. m. 156).

Madde metninden “üstsoy, altsoy ve eş” olanlar yönünden bu nitelikli halin uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla bunlar dışındaki yakın akrabalara karışı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak bu husus temel cezanın belirlenmesinde TCK m. 61 kapsamında dikkate alınmalıdır. Yine Türk Medeni Kanunu evlatlıkla evlat edinen arasında bir soybağının kurulduğunu düzenlemiştir (TMK. m. 282/III). Ancak TCK'nın 109/3-e maddesinde bu durum düzenleme dışı bırakılmıştır. Bu nedenle evlat edinen ile evlatlık arasındaki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiillerinde bu nitelikli hal uygulanamaz²¹⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin üstsoy, altsoy veya eş karışı gerçekleştirilmesi halinde nitelikli halin uygulanabilmesi için bu kişilerin fail ile birlikte oturma zorunluluğu da yoktur²¹⁶.

109/2 ve 43/2. maddelerine göre cezalandırılmasına karar verilmesi” (Yarg. 14. CD. T. 26.11.2013, 2011/15835 E., 2013/12162 K).

²¹³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 380; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 115.

²¹⁴ Erem, Özel Hükümler, s. 1190; Erem ve Toroslu, s. 96-97; Çınar ve Şahbaz, s. 61; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 380; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 115; Çakmut, s. 597.

²¹⁵ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 114.

²¹⁶ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 113; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3625.

f. Suçun Çocuğa Ya Da Beden Veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyi Karşı İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin çocuk ya da beden bakımından kendini savunamayacak olan kimselere karşı gerçekleştirilmesini kanun koyucu cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin nedeni olarak, suçun mağdurunun çocuk olması ya da ileri yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhi ya da fiziki güçsüzlüğü nedenleriyle kendini savunamayacak durumda olması, bunlara karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin işlenmesinde, gerek faildeki ahlaki kötülüğün yoğunluğu gerekse de fiilin icrasındaki kolaylık olduğu söylenebilir²¹⁷.

TCK'nın m. 6/1-b'e göre, "*çocuk* deyiminden; *henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır*"; yine 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda "*çocuk*" kavramı "*Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder*" (ÇKK. m. 3) şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun yaşının tespiti gereklidir.

Kanun koyucu mağdurun çocuk olmasını mutlak şekilde cezaya etki eden bir hal olarak düzenlemiştir. Başka bir ifade ile failin yaşı mağdurun yaşından daha küçük olsa bile fiil tarihinde mağdur onsekiz yaşından küçük ise bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu nitelikli halin mutlak bir şekilde düzenlenmiş olması failin de çocuk olduğu ve hatta mağdurdan yaşça daha küçük olduğu durumlarda çocuğa karşı işlenen fiilin daha kolay olduğundan söz edilemeyeceğinden bizce de yerinde olarak eleştirilmekte; yerine fiilin yalnızca beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde cezanın artırılması gerektiği önerilmektedir. Çünkü bu durumda her somut olayda çocuğa karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarında savunmasızlık durumu araştırılıp sonucuna göre karar verilecektir²¹⁸. Öte taraftan ilgilinin rızası bölümünden açıklandığı üzere²¹⁹, 15 yaşını tamamlayan çocukların rızasının geçerliliğinin kabul edilmesi karşısında, 14 yaşındaki bir çocuğun cebir, tehdit veya hile olmaksızın fail ile birlikte gitmesi veya onunla rızası ile kalması durumlarında da mağdurun rızasının fiili hukuka uygun hale getirmemesi nedeniyle

²¹⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 381; Toroslu, Özel Kısım, s. 88; Soyaslan, s. 276.

²¹⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 495.

²¹⁹ Bkz. s. 67-74.

TCK'nın 109/1. maddesi uyarınca sorumluluğu doğacaktır. Bununla birlikte mağdurun çocuk olması hali cezaya etki eden mutlak bir neden olması nedeniyle failin ayrıca mağdurun çocuk olması nedeniyle cezasında artırım yapılacaktır. İşte bu hakkaniyete uymayan durumun da önüne geçilmesi adına cezaya etki eden halin beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişilere karşı bu fiilin icra edilmesi ile sınırlı olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması, ağır hastalık, sakatlık, engelli olma, akıl zayıflığı, ruh hastalığı gibi nedenlerle, mağdurun kendi özgürlüğünü yeterli biçimde korumayı gerçekleştiremeyecek durumda olmasını ifade eder²²⁰. Mağdurun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna karşı koyma direncini ortadan kaldıran yetersizliğinin süreklilik arz etmesi bu nitelikli halin uygulanması açısından önemli olmayıp, fiilin işlendiği sırada her hangi bir nedenle beden veya ruh sağlığının fiile karşı koyma serbestisini ortadan kaldırmış olması yeterlidir²²¹. Kanun koyucu mağdurun kendisini savunamayacak durumda olmasını beden veya ruh bakımından olması konusunda bir ayırım yapmamıştır²²². Mağdurun fiziken bir engelinin bulunması ile akıl hastalığı ya da sair psikolojik sorunu nedeniyle kendini savunamayacak olması bu nitelikli halin uygulanması açısından bir özellik arz etmez. Ayrıca mağdurun fail tarafından bizzat kendini savunamayacak hale getirilmiş olması ya da mağdurun söz gelimi alkol alması suretiyle kendini savunamayacak hale getirmeyi bizzat yapmasının bir önemi olmayıp, mağdurun içinde bulunmuş olduğu bu durumdan failin yararlanmış olması nitelikli halin uygulanması açısından yeterli olacaktır²²³.

²²⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 495.

²²¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 381; “Dosya içerisinde yer alan Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi ve Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun raporlarında, mağdurenin zekasının sınır mental kapasitede olduğunun belirtildiği ancak söz konusu raporlarda mağdurenin ruhen ve bedenen kendisini savunup savunamayacağına ilişkin görüş ve belirlemeye yer verilmemiş olması karşısında, mağdurenin suç tarihi itibarıyla kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, beden veya ruh bakımından kendisini savunabilecek durumda olup olmadığı hususları araştırılıp, rapor alınmasından sonra sonucuna göre sanık hakkında TCK'nın 102/3-a ve 109/3-f. maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağı düşünülmeyen yazılı şekilde karar verilmesi,” (Yarg. 14. CD. T. 17.04.2014, 2014/2310 E., 2014/5294 K).

²²² Tezcan, Erdem ve Önok, s. 495.

²²³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 495.

3. Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi hali kanun koyucu tarafından cezayı artıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir (TCK m. 109/5). Bu durumda hem mağdurun hareket özgürlüğüne hem de cinsel özgürlüğüne yönelik bir tehdit bulunduğundan bu nitelikli hal düzenlenmiştir²²⁴.

Bu nitelikli halin varlığından söz edebilmek için failin hangi amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kıldığını belirlemek gerekecektir. Madde gerekçesi “... söz konusu suç açısından failin güttüğü amaç itibarıyla ayrı bir nitelikli unsur oluşturmaktadır.” şeklinde belirtilerek bu noktanın altı çizilmektedir.

Mülga Türk Ceza Kanununda genel adap ve aile düzeni aleyhine suçlar başlıklı babını “kız ve kadın ve erkek kaçırmak” başlıklı faslında m. 429-430’da şehvet hissi veya evlenme maksadıyla mağdurun kaçırılması ya da alıkonulması suçları düzenlenmişti. Ancak TCK’da kanun koyucu bu durumun aksine kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu tek maddede düzenlemiş ve cinsel amaçla işlenmesi halini de suça etki eden nitelikli unsur olarak belirlemiştir. Bu durum, korunan hukuki yararın kişinin hareket serbestisinin değil cinsel özgürlüğü olduğu bu nedenle suçun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar altında yer alması gerektiği dolayısıyla sistematik olarak hatalı olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir²²⁵.

Fiilin cinsel amaçla işlenmesinden kast edilen, fail eylemini gerçekleştirirken cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesidir²²⁶. Kanun koyucu sadece cinsel amaçtan bahsetmiş, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birine atıf yapmamıştır. Dolayısıyla bu nitelikli hali, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın cinsel saldırı, cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesine imkân sağlamak için icra edildiği durumları kapsar şekilde düşünmek gerekir²²⁷. Yine bu suçun fuhuş, müstehcenlik gibi fiillerin gerçekleştirilmesi amacıyla işlenmesi halinde de bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır.

²²⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 425.

²²⁵ Bkz: Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498, dipnot 334.

²²⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3628.

²²⁷ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1197.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun evlenme amacıyla işlenmesi halinde bu nitelikli halin uygulanmaması bazı Yargıtay kararlarında azınlık görüş olarak yer almaktadır²²⁸. Evlenme, ayrı cinsten iki kişinin cinsel ortaklık yanında hayatın acı ve tatlı bütün olaylarını içine alan bir hayat ortaklığıdır²²⁹. Dolayısıyla failin evlenme amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kıldığı olaylarda da evlenme cinselliği de içerdiğinden bu artırım nedeni uygulanacaktır²³⁰. Başka bir ifade ile fail mağdura karşı evlenmek niyetiyle hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemesi halinde, faile verilecek ceza TCK'nın 109/5. maddesi uyarınca artırılacaktır.

Bu nitelikli halin uygulanmasında failin güttüğü amaç önemli olduğundan bu nitelikli hal açısından fiili özel kastla icra etmesi gerekir²³¹. Failin mağduru hürriyetinden yoksun kılma nedeni cinsel birleşme, cinsel yönlerden tatmin veya evlenmek maksadıyla olabilir²³². Ancak failin bu nitelikli halden sorumlu olması için ayrıca cinsel amacına ulaşması gerekmez. Zira kanun koyucu failin güttüğü amaç nedeniyle fiiline verilecek cezayı artırmaktadır. Bunun yanı sıra fail aynı zamanda amacına ulaşmışsa örneğin mağdura karşı, cinsel saldırı, cinsel istismar ya da cinsel taciz suçlarından birini de gerçekleştirmişse ayrıca bu suçtan da sorumlu olacaktır²³³. Belirtmek gerekir ki, cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarında failin işlenmesinden önce veya sonra mağdurun hürriyeti sınırlandırılmamış ise cinsel saldırı ya da cinsel istismar fiilleri süresince mağdurun hürriyetinin sınırlandığı hallerde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır. Örneğin failin, mağduru açık bir arazide görüp, yakalayıp, yere yatırıp tecavüz ettiği olayda kişiyi

²²⁸ “ 5237 sayılı yeni TCK 109. maddesinde hürriyetten yoksun kılma suçları düzenlemekte, maddenin 5. fıkrasında ise, bu suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde cezada artırım nedeni olacağı ve cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmektedir. 765 sayılı önceki ceza yasasında bu suçun karşılığı olan 429 ve 430. maddelerin de artırım nedeni ‘suçun şehvet hissi veya evlenme maksadıyla işlenmesi’ olarak düzenlenmişti. Yeni ceza kanununda madde düzenlenirken önceki yasadaki evlenme ibaresine yer verilmeyerek sadece şehvet hissinin karşılığı olan cinsel amaç ibaresine yer verilmiştir. Dolayısıyla artık evlenmek için kaçırma halinde cinsel bir davranış sergilenmemişse artırım yapılmanın yasal bir dayanağı bulunmamaktadır...” (Yarg. 14. CD. T. 03.07.2014, 2014/2496 E., 2014/9109 K.).

²²⁹ Akıntürk ve Ateş, s. 59.

²³⁰ İsmail Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178)**, Birinci Cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara 2008, s. 1032; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3628; Soyaslan, s. 276; “Dosya içeriğine göre sanık Özkan'ın mağdure ile evlenmek amacıyla kardeşi olan diğer sanıkla mağdureyi cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kıldıkları sabit olduğu halde sanıklar hakkında TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmaması...” (Yarg. 14. CD. T. 27.03.2014, 2012/5726 E., 2014/4069 K.).

²³¹ Şen, s. 440.

²³² Soyaslan, s. 276.

²³³ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 425.

hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır²³⁴. Zira mağdurun cinsel saldırı eylemini gerçekleştirebilmesi için zorunlu olarak mağduru tutması gereken bir süreye ihtiyaç vardır. Ancak fail cinsel saldırı suçu öncesinde ya da sonrasında mağdurun hürriyetini kısıtlamışsa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da sorumlu olacaktır²³⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cinsel amaç bizzat failin olabileceği gibi azmettiren ya da müşterek faillerden birinin cinsel amaçla bu suça azmettirmesi veya bu suçu icra etmesi halinde de nitelikli hal uygulanacaktır²³⁶.

4. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Şekilleri

a. Suçun Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen 109. maddenin 4. fıkrasında, suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde hapis cezasının yanında ayrıca adli para cezasına da hükmedileceğini düzenlemektedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu bu durumda, suçu netice sebebiyle ağırlaştırmaktadır²³⁷.

Bu hükmün uygulanabilmesi için mağdurun suç nedeniyle uğradığı zararın “önemli” olması aranmıştır²³⁸. Mağdurun uğradığı ekonomik kaybın önemli olup olmadığı yine mağdurun ekonomik ve sosyal konumu dikkate alınarak belirlenecektir²³⁹. Bu belirleme her somut olay açısından hâkimin takdirinde olacaktır²⁴⁰.

²³⁴ Artuç, s. 855; “...suç tarihinde sanığın, mağdurenin kaldığı eve gelerek mağdureyi bulunduğu yerden başka bir yere götürmeksizin ona karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında, sanığın mağduru cinsel eylem süresince alıkoyma eylemlerinin cinsel istismar suçunun unsuru içinde bulunduğu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden...” (Yarg. 14. CD. T. 20.01.2014, 2013/9392E., 2014/452K.).

²³⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3628.

²³⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3628.

²³⁷ Bkz: Madde gerekçesi.

²³⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498.

²³⁹ Artuç, s. 854; “Mağdurenin önemli bir ekonomik kaybının bulunup bulunmadığı usulen araştırılıp tespit edilmeden sanıklar hakkında TCK’nın 109/4. maddenin uygulanması ve

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu nedeniyle mağdurun kaybı ekonomik ve önemli bir kayıp olmalıdır. Aksi takdirde mağdurun uğradığı kaybın ekonomik olmaması ya da ekonomik olmakla birlikte önemli bir kayıp olmaması halinde bu nitelikli hal uygulama alanı bulamayacaktır²⁴¹.

Bu nitelikli halde, suçun kurucu unsuru olan bir netice değil, ağırlaştırıcı neden sayılan bir netice söz konusu olduğundan, buna dayanılarak cezanın artırılabilmesi için failin bu netice yönünden kasten hareket etmiş olması aranmaz²⁴². Nitekim TCK. m. 23 düzenlemesi “*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*” şeklinde olduğundan; failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için ağır neticeler bakımından da en azından taksirle hareket etmiş olması yani söz konusu neticenin en azından *öngörülebilir* olması gerekir²⁴³. Ancak failin ağır neticeye yönelik kastı söz konusu ise, artık oluşan neticenin ilişkili olduğu suç tipi ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır²⁴⁴. Başka bir ifade ile fail mağdurun mallarına zarar vermek kastı ile hürriyetinden yoksun kılarsa artık TCK. m. 109/4 değil ilişkili olduğu suç tipinden ayrıca ceza sorumluluğuyla karşı karşıya kalacaktır²⁴⁵.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için ortaya çıkan netice ile failin fiili arasında uygun nedensellik bağının bulunması gereklidir²⁴⁶. Örneğin mağdur hürriyetinden yoksun kılındıktan sonra ülkede meydana gelen ekonomik kriz

sanıkların cezalarından aynı Kanunun 62. maddesi uyarınca indirim yapılırken adli para cezasının bu indirime dahil edilmemesi,” (Yarg. 14. CD. T. 26.11.2013, 2011/15765 E., 2013/12205 K).

²⁴⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498; “*Sanıkların katılana yönelik doğrudan doğruya cebir, tehdit, hile kullanmaksızın işledikleri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda sanıklar haklarında TCK.nın 109/1. maddesinin uygulanması yerine, 109/2. maddesinin tatbiki ve şoför olduğunu beyan eden mağdurun cezaevinde 43 gün tutuklu kalması nedeniyle, ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olup olmadığı araştırılarak sanıklar hakkında 109/4. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılmaması,*” (Yarg. 14. CD. T. 15.12.2014, 2013/3252 E., 2014/14269 K).

²⁴¹ Toroslu, Özel Kısım, s. 88.

²⁴² Toroslu, Özel Kısım, s. 88; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 426; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 387.

²⁴³ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 426.

²⁴⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498.

²⁴⁵ Artuç, s. 854.

²⁴⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498.

nedeniyle mağdur tüm malvarlığını kaybetmişse netice ile failin fiili arasında uygun nedensellik bağı bulunmadığından bu nitelikli hal uygulanamayacaktır²⁴⁷.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi ile mağdurun ekonomik açıdan önemli bir kayba uğraması halinde failin alacağı hapis cezasında bir artırıma gidilmeyip bunun yanında ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır²⁴⁸.

Mülga Türk Ceza Kanunu 180. maddesinde hürriyeti sınırlandırılan kişinin şahsına veya sıhhatine yahut malına²⁴⁹ bir zarar gelmesi halinde verilecek cezada artırım yapılmasını düzenlenmişti. Ancak mağdurun malına gelecek zararlar ilgili yani zararın önemli olup olmaması ile ilgili bir düzenleme mevcut değildi. Bununla birlikte mülga Türk Ceza Kanununda objektif sorumluluk halleri mevcut olduğundan, mağdurun malında meydana gelecek zarar açısından failin taksiri dahi aranmamakta objektif olarak neticeden sorumlu tutulmaktaydı²⁵⁰.

b. Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hallerinin Gerçekleşmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK. m. 109/6. fıkrasında “*Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” demek suretiyle kanun koyucu aynı maddenin 4. fıkrasındaki gibi bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi getirmiştir. Fakat burada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin oluşması durumuna yollama yapılarak, bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesinde başka neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç

²⁴⁷ Artuç, s. 854.

²⁴⁸ Bu husus doktrinde Soyaslan tarafından, failde ekonomik kazanç dürtüsü bulunmadığı için adli para cezaları konusunda kanunun genel mantığının ile uyuşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Soyaslan, s. 274.

²⁴⁹ “ <<Mala zarar>> tabiri sadece mamelekte azalmaya münhasır değildir. Mağdurun hürriyetinden mahrum edilme suretiyle muhtemel << kâr>>dan mahrumiyet de bu terime dahil sayılmalıdır.” Erem, Özel Hükümler, s. 1192.

²⁵⁰ Erem, Özel Hükümler, s. 1191 Önder, Özel Hükümler, s. 38-39; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 121.

düzenlemesine atıf yapılmıştır²⁵¹. Bunun nedenin ise TCK'nın 109/2. maddesinde düzenlenmiş olan cebirle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi olduğu söylenmelidir.

Fail mağdurun hürriyetini sınırlandırırken veya sınırlama amacıyla mağdura karşı cebir sayılabilecek zorlama içeren fiiller uygulayabilir. Bu durumda failin eylemleri TCK'nın 109/2. maddesi kapsamında kalacaktır ve bileşik suç hükümleri gereğince fail ayrıca cebirden sorumlu olmayacaktır²⁵².

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek amacıyla veya işlenmesi sırasında fail mağdura cebir uygulamış olabilir. Ancak bu uygulanan cebir kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerini oluşturmamış TCK'nın 86. maddesi kapsamında ise fail sadece TCK'nın 109/2. maddesi kapsamında sorumlu olacaktır²⁵³. Keza bu durum madde gerekçesinde “*Altıncı fıkraya göre, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu itibarla, kasten yaralama suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi hâlinde, maddenin ikinci fıkrasına istinaden cezaya hükmedilmelidir.*” demek suretiyle de belirtilmiştir. Ancak meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak temel ceza belirlenirken fail hakkında alt sınırdan uzaklaşarak bir ceza belirlenmelidir²⁵⁴ (TCK. m. 61).

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek amacıyla veya işlenmesi sırasında failin uyguladığı cebir kasten yaralama suçunun neticesi

²⁵¹ Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 426.

²⁵² “Sanığın ele geçirilemeyen ve katılanın beyanı ile doktor raporunda belirtilen yaranın niteliğine göre satır olarak kabul edilen silahtan sayılan alet ile katılanı basit tıbbi müdahale ile iyileşir şekilde yaralamasına, yaralama eyleminin TCK'nın 109/6. maddesinde belirtilen şekilde neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış yaralama suçu kapsamında olmamasına, sanığın eyleminin küll halinde TCK'nın 109/2-3-a maddesi kapsamında tek suç oluşturmamasına göre, yazılı şekilde iki suç kabulü ile hüküm tesisi”, (Yarg. 14. CD. T. 22.02.2013, 2011/14884 E., 2013/1721 K).

²⁵³ “Sanıklar savunmaları, mağdur beyanları ve tanık anlatımlarıyla tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, olay günü tanık Zeydan'ın kullandığı araç ile tanık Hasan'la birlikte evine gitmekte olan mağdurun içinde bulunduğu araç sanıklar tarafından durdurulduğu ve zorla mağdurun sanıkların aracına bindirildiği ve araç içerisinde sanık Meryem'in boğazına bıçak dayayarak gitmeleri sırasında mağdurun bıçaktan kurtulmak için eliyle hamle yapması sonucu basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralandığı olayda; TCK'nın 109/6. maddesine göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında meydana gelen ve aynı Kanunun 87. maddesi kapsamı dışında kalan kasten yaralama eylemlerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “cebir” unsurunu oluşturduğu gözetilmeksizin...”, (Yarg. 14. CD. T. 05.05.2014, 2012/9007 E., 2014/6019 K).

²⁵⁴ Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 426.

sebebiyle ağırlaştırılmış hallerini gerçekleştirmişse artık fail bu gerçekleşen neticeden de ayrıca sorumlu olacaktır²⁵⁵. Yani failin mağduru hürriyetinden mahrum etmek için veya ederken kullandığı cebir eğer TCK'nın 87. maddesinde düzenlenen sonuçlardan birinin meydana gelmesine neden olmuşsa fail ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere göre de cezalandırılacaktır²⁵⁶.

III- SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık “hukuka karşı çıkmak”, bütün hukuk düzeniyle çelişmek olarak tanımlanabilir²⁵⁷. Bu anlamda hukuka aykırılık, hukukun genel olarak yapılmasını ya da uyulmasını istediği taleplerin aksine olarak “fiil hakkında ifade edilen negatif değer hükmüdür”²⁵⁸.

Failin kendisine izafe edilen belirli bir davranışı nedeniyle cezalandırılabilmesi için fiilin kanunda düzenlenmiş bir suç normunu oluşturması, failin hukuka aykırı ve kusurlu davranmış olması şarttır²⁵⁹. Bu bağlamda tipe uygunluktan sonra, suçun yapısında ikinci aşamayı hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla icra edilen fiille tipik haksızlığın gerçekleştirildiğinin tespitinden sonraki aşamada, yine bu fiille ilgili olarak hukuka aykırılık yönünden bir değerlendirme yapılacaktır²⁶⁰. Zira hukuka aykırılık olmadan kusurdan söz etmek mümkün

²⁵⁵ Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.. 426; “Mağdure Sultan'ın sanık Abdullah ve arkadaşlarınca zorla kaçırılarak akrabası sanıklar Durali ve Rabia'nın evine getirilerek 3-4 saat tutulduğu, mağdurenin sanıkların elinden kurtulabilmek üzere sanıklarla birlikte bulunduğu odadan elbiselerini değiştirmek bahanesi ile yalnız olarak başka bir odaya geçip, o oda penceresinden bir alt katın balkonuna inip buradan da aşağıya atlayarak raporunda belirtildiği gibi yaralanması eyleminde, mağdurenin kaçırıldıktan sonra alıkonulması sırasında ve buradan kurtulabilmek için kaçarken yaralanması nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 109/6. maddesinin düzenlemesi karşısında sanıkların mağdurenin yaralanmasından sorumlu olup buna göre değerlendirmeye cezalandırılmaları yerine oluşa uygun düşmeyen gerekçe ile yazılı şekilde beraetlerine karar verilmesi” (Yarg. 5. CD. T. 18.09.2008, 2008/6527 E., 2008/7872 K).

²⁵⁶ Toroslu, Özel Kısım, s. 89.

²⁵⁷ Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Cezalandırılabilirliğin Temel Esaslar Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı**, (Ed. Yener Ünver), Çev. Hakan Hakeri ve diğerleri Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 197.

²⁵⁸ Veli Özer Özbeke, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2016, s. 286 (Genel Hükümler).

²⁵⁹ Heinrich, s. 54-55.

²⁶⁰ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 255.

değilken, 12 yaşından küçük çocuklar ya da akıl hastalarında olduğu gibi failin kusursuz bir şekilde hukuka aykırı davranabilmesi mümkündür²⁶¹.

Bir fiilin hukuka aykırı olması onun bütün hukuk sistemine aykırı olmasını anlamına gelir. Hukukun farklı disiplinlere ayrılmış olması, bu disiplinler arasında hukuka aykırılık veya hukuka uygunluk bakımından farklı ölçütlerin olduğu anlamına gelmez²⁶². Bir fiilin belirli bir hukuk disiplininde hukuka uygun, diğer birinde ise hukuka aykırı sayılması, hukukun bütünlüğü ilkesiyle çelişir²⁶³.

Failin fiili kanuni tipi gerçekleştirmişse, kural olarak onun en azından hukuka da aykırı davrandığı *karinesi* söz konusu olur²⁶⁴. Başka bir ifade ile, fiilin kanuni tanıma uygun olması, o fiilin hukuka aykırılığı bakımından bir karine teşkil eder²⁶⁵. Dolayısıyla suç tipinde fiilin ayrıca hukuka aykırı da olduğu konusunda bir açıklığa gerek yoktur²⁶⁶. Öte yandan kanun koyucu suç tipinde bazen ayrıca hukuka aykırılıktan bahseder. Bu durum hukuka özel aykırılık olarak tanımlanır²⁶⁷. Doktrinde farklı görüşler ileri sürülse de, bu suç tipleri ihlal edildiğinde hâkim bu ihlalin hukuka aykırılığı da ihtiva ettiği ve hukuka aykırılığın karinesini teşkil ettiği esastan hareket etmeyip; bu suçlarda hukuka aykırılığın varlığını ayrıca tespit etmesi gerekir²⁶⁸. Çünkü bu suçlarda failin kastının, hukuka özel aykırılığı da kapsamı zorunludur²⁶⁹.

Kişiyi hürriyetin yoksun kılma suçunun düzenlendiği TCK'nın 109. maddesinde hukuka aykırılık unsuru ayrıca ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde bu husus *hukukun izin vermediği hâlleri ifade eder* şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla

²⁶¹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 287.

²⁶² Demirbaş, Genel Hükümler, s. 263; Özgenç, s. 287; Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 255.

²⁶³ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 263.

²⁶⁴ Heinrich, s. 199.

²⁶⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 263; Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 255-256.

²⁶⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 287.

²⁶⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 267; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 382-383; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 289,

²⁶⁸ Bu ve buna benzer deyimlerin suç tipinde yer alması halinde bundan anlaşılması gerekenlerin farklı olduğu ileri sürülmüştür. Bunlar şu şekilde sıralanabilir; bu deyimlerin suç tipinde yer almasının hiçbir önemi bulunmadığı, kanun koyucunun aceleciliği nedeniyle bu ibarelere suç tipinde yer verdiği; kanun koyucunun bazı suçlarda hukuka aykırılık ile bu fiillerin herkes tarafından işlenebilen ve suç teşkil etmeyen şekli arasındaki ayrımı yapmak için bu deyimlere yer verildiği; suç tipinde yer alan bu ibarelerin belirli bir prensibe bağlanamayacağı, bu nedenle hukuka aykırılığın ayrıca belirtilmesinin sebebinin tespit edilmesi gerektiğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Ayhan Önder, **CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLER**, C.II, 1. Bası, Beta, İstanbul, 1989, s. 153-156, (Genel Hükümler).

²⁶⁹ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 267; Özgenç, s. 294; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 289.

bir özel hukuka aykırılık durumu söz konusudur. Kanun koyucu bu suç tipinde hukuka aykırılık ibaresine yer vererek, failin kanunun öngördüğü şekilde hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesini ve bu şekilde hareket etmeyi istediğini aramıştır. Buna göre, failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılabilmesi için ayrıca hukuka aykırılık bilinciyle hareket ettiğinin belirlenmesi gerekecektir²⁷⁰. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hâkimin failin kastı dışında ayrıca belirtilen hukuka özel aykırılığı da bilip bilmediği ve buna göre hareketini yapmayı isteyip istemediğini de belirlemesi gerekecektir. Failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmediği somut olayda hâkim tarafından belirlenmesi durumunda artık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan söz edilemeyecektir²⁷¹.

Hukuka uygunluk sebepleri ise suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren sebeplerdir²⁷². Kural olarak bütün suçlar için hukuka uygunluk sebepleri geçerli olup bu noktada suçun kasten ya da taksirle işlenmiş olması yahut icraî hareketle veya ihmali hareketle işlenmiş olması arasında bir fark yoktur²⁷³. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Hukuka uygunluk

²⁷⁰ “(...)Esasen kural olarak, failin suç saydığı bir sonucu bilmesi, istemesi ve bu suretle harekette bulunması, kastın varlığı açısından yeterlidir. Ayrıca, sonucun yasaya veya hukuka aykırı olduğunu bilme şartı aranmaz. Ancak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından yasamız, eylemin “hukuka aykırı” işlenmesini şart koştuğundan, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve istemesini aramaktadır. Bu durumda, failin, işlediği fiilin hukuka aykırılık bilincine de sahip olması gerekmektedir. Hâkim, suçun manevi unsuruna dâhil olan “hukuka aykırılık bilinci”ni elbette araştıracaktır.

Yasanın hukuka aykırılık şartını failin iradesi ile ilgili olarak açık bir şekilde aradığı bu gibi hallerde, failin, fiilin gayrimeşru olduğunu bilmesi, kast kavramı içine girer. (Pisapia’ya atfen Dr. Recep Gülşen, Hürriyeti Tahdit Suçları, 2002, sy. 89) Başka bir deyişle, manevi unsur, yani kusurluluk, hukuka özel aykırılığı kapsamına alır.

Fakat, hukuka aykırılık bilinci özel kasıtlı karıştırılmamalıdır. Fail, suç tipinin objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, eylemde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle, kastının varlığı kabul edilemese dahi, bu durum suçun özel kasıtlı işlenebileceği anlamını taşımaz. (Prof. Dr. Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İst.-1994, sy. 32)”

Yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında sanığın annesi Hava Çifçi ve kardeşi Derya Çifçi tarafından konutlarına davet ettikleri mağdurla evin içinde aralarında çıkan tartışma sonrası mağduru yaraladıkları, ancak yaralamanın konut içinde gerçekleşmesi nedeniyle bu eylemlerin devamı süresince yapılan fiillerin doğal olarak mağdurun direncini kırarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünü sınırlandırdığı, yaralama fiili sırasında gerçekleşen bu davranışların mağdurun özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik olup olmadığı, sanıkta mağdurun özgürlüğünü sınırlandırma yönünden yukarıda belirtilen şekilde hukuka aykırılık bilincinin oluşup oluşmadığı yönünden bir değerlendirme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi” (Yarg. 14. CD. T. 15.10.2012, 2012/6488 E., 2012/34266 K).

²⁷¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 382.

²⁷² Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 263.

²⁷³ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 265.

sebepleri TCK'nın genel hükümleri içinde, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler”²⁷⁴ başlığı altında düzenlenmiştir. Bunlar kanun hükmünü yerine getirme (TCK. m. 24/1), meşru savunma (TCK. m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK. m. 26/1) ve ilgilinin rızasıdır (TCK. m. 26/2). Aşağıda bu hukuka uygunluk nedenleri açıklanarak çalışma konumuzu oluşturan suç yönünden değerlendirilmiştir.

A. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Kişiye bir hak veya yetki veren kanun hükmünün uygulanması ya da yerine getirilmesi halinde fiil suç oluşturmaz. Keza TCK'nın 24/1. maddesine göre “*kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” Bu anlamda kanun hükmünü yerine getiren kişinin cezalandırılmaması, kişinin böyle bir davranışta bulunması noktasında kanun tarafından yetkilendirilmesidir. Hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi gereği, bir kimsenin bir taraftan belli bir davranışta bulunmak yönünde kanun tarafından yetkili atfedilmesi diğer taraftan ise böyle bir davranışta bulunması nedeniyle ceza verilmesi söz konusu değildir²⁷⁵.

Kanun hükmünün yerine getirilmesinde kanunun belli konularda kişiye verdiği yetki aynı zamanda o kişinin görevini oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu hukuka uygunluk sebebi *görevin ifası* olarak adlandırılabilir²⁷⁶. Bu hukuka uygunluk nedeninde görevin kaynağı kanunun kendisidir.

Kanun hükmünü yerine getirme, hukuka uygunluk nedenini düzenleyen TCK. m. 24/1' de yer alan *kanun* teriminden kastedilenin ne olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Kanun, Anayasanın öngördüğü yetkili organ tarafından, belirtilen usul ve biçimde kabul edilerek yürürlüğe konan yazılı hukuk kurallarıdır²⁷⁷. Bu tanımlama kanunun organik açıdan niteliğini belirlemektedir. Kanun kavramı biri organik diğeri ise maddi olmak üzere iki anlamda kullanılır.

²⁷⁴ Hukuka uygunluk sebeplerinin “ceza sorumluluğunu kaldırır veya azaltan sebepler” başlığı altında düzenlenmesi eleştirilmiştir. Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 290.

²⁷⁵ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 265-266.

²⁷⁶ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 266; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 292; Özgenç, s. 303; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 276.

²⁷⁷ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 19. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 15.

Organik kanun anlayışında kanunun içeriğinin ve kapsamının bir önemi bulunmamaktadır. Organik anlamda kanun, yetkili organ ya da yasama meclislerince ön görülen usullere uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayışta bir düzenlemenin kanun olup olmadığının tespiti, onun kanun yapma usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığının belirlenmesi ile olur. Buna karşın maddi kanun anlayışında, işlemin kaynağı, yani yapan organ yerine kanunun içeriğinin ne olduğu araştırılır. Bu anlamda bir metin genel, soyut, kişisel olmayan kurallar içermesi durumunda hangi organ tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın ortada bir kanun var demektir²⁷⁸. Bu anlayışa göre içerik olarak genel, soyut, kişisel olmayan kurallar içermesi halinde tüzük, yönetmelik, genelge gibi organik açıdan idari düzenleyici işlemler de kanun kapsamındadır²⁷⁹.

Ceza hukuku açısından TCK m. 24/1’ de yer alan “kanun” ifadesiyle hangi kanun anlayışının benimsendiği belirlenmelidir. 1982 Anayasasında kanun şekli anlamdadır. Başka bir ifade ile kanun, yasama organı tarafından belli bir usulle yapılan işlemdir. Dolayısıyla şekli kanun anlayışı kabul edilmiştir. Ancak TCK açısından açık olarak kabul edilmemiş olsa bile tüzük, yönetmelik gibi diğer bazı düzenleyici işlemlerin de bu hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirmesi maddi kanun anlayışının benimsendiğini göstermektedir²⁸⁰. Bu anlamda madde metninde geçen kanun kavramından anlaşılması gereken pozitif hukuk metinleri yani “yazılı hukuk kuralları”dır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bu hukuka uygunluk nedeni çeşitli durumlarda ortaya çıkabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 90. maddesinde kişiye suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçma olasılığının bulunması veya hemen kimliğinin belirlenme olanağının bulunmaması hallerinde herkesin geçici olarak yakalama yapabileceği düzenlemiştir. Yine kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakama emri düzenlenmesini gerektiren hallerde ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde yakalama yetkisine sahiptirler. İşte bu maddede sayılan hallerin gerçekleşmesi sonucunda yapılan

²⁷⁸ Teziç, s. 16.

²⁷⁹ Teziç, s. 16-17.

²⁸⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 295; Özgenç, s. 303; Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 266.

yakalama fiilleri hukuka uygun olur. Başka bir ifadeyle bu hallerde yakalama yetkisi kanun tarafından verildiğinden artık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan bahsedilemez. Zira bu hallerde CMK'nın 90. maddesinin vermiş olduğu yetki kullanılmıştır. Dolayısıyla fiil hukuka uygundur. Yine bir suça ilişkin soruşturma kapsamında suç şüphesi altında bulunan kişinin ceza muhakemesi hukukunun gereklerine uygun olarak tutulması, gözaltına alınması veya tutuklanması durumlarında da fiil hukuka uygun olduğundan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır²⁸¹.

Kanun hükmünü yerine getiren kimsenin eyleminin hukuka uygun sayılabilmesi için, failin, kanunun koyduğu bütün koşullara uygun davranması gerekir. Kanunun, belli hallerde yetkiyi, yalnız resmî sıfatı olanlara tanımıştır. Örneğin, haciz işlemi, haciz memuru tarafından yapılabilir. Hukuka uygunluk nedeninden, ancak, bu sıfatı taşıyan kimseler yararlanır, bunlar dışında kalanlar için böyle bir imkân söz konusu değildir. Buna karşılık, kanun, belli durumların ortaya çıkması hâlinde, sıfat gözetmeksizin her kişiye aynı yetki veya görevi vermişse, hukuka uygunluk nedeninden herkes yararlanabilir²⁸². Örneğin CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasındaki hallerde herkesin yakalama yetkisine sahip olması hali gibi.

B. Meşru Savunma

TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanılabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar kişinin hukuken korunan haklarına karşı zarar veya tehlike oluşturacak gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan icraî veya ihmali bir insan davranışının (saldırısının) bulunması ile savunmanın zorunlu, saldırıyı defetmek amacıyla, saldırıya ve saldıran kişiye karşı saldırı ile orantılı olmasıdır.

²⁸¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 502.

²⁸² Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 101.

Kişinin, gerek kendisinin gerekse başkasının hakkına yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı defetmek amacıyla saldırıyı gerçekleştirenin hürriyetini kısıtlaması halinde bu fiil meşru savunma kapsamında kaldığı için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır. Zira fiil hukuka uygundur. Ancak hürriyetten yoksun kılmanın, saldırıdan kurtulmak için gerekli yoğunluk ve süreyi aşması durumunda artık TCK'nın 27. maddesinde düzenlenen *sınırın aşılması* halinden söz edilmelidir²⁸³. Bu anlamda saldırıya uğrayan kimsenin gerçekleştirdiği hürriyetin kısıtlanması, güvenliği sağlanıncaya kadar meşru kalmaya devam eder. Güvenliğin sağlanmasından sonra saldırıya uğrayan kimse hürriyetten yoksun kılma fiiline son vermelidir²⁸⁴. Aksi halde meşru savunmada sınırın aşılması söz konusu olur ve kişinin TCK. m. 27/1. gereği kasten kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluğu gündeme gelir²⁸⁵.

C. Hakkın Kullanılması

Hukuk düzeni tarafından her hangi bir konuda belirli bir hak tanınmış olması ve bu hakkın sınırları içerisinde kullanılması halinde, failin gerçekleştirdiği eylemin hukuka aykırılığından bahsedilemez. Nitekim TCK. m. 26/1 de bu durum "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hukuka uygunluk sebebinin üç temel koşulu bulunmaktadır. Bu koşullar, kullanılması için izin ya da başvuruya bağlı olmayan, fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen ve hukuk düzenince kabul edilmiş bir hakkın varlığı, hakkın kullanılması ve işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunması ve nihayet hakkın kötüye kullanılmamasıdır²⁸⁶.

Failin kullandığı hakkın kaynağını kamu hukuku veya özel hukuk normları, idari veya özel hukuka ait bir işlem ve hatta örf ve adet hukuku oluşturmuş olabilir. Bu hak hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da

²⁸³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 502-503.

²⁸⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 383.

²⁸⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503; Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1199.

²⁸⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 323.

doğabilir²⁸⁷. Dolayısıyla bir meslek veya sanatın icrası, spor faaliyetleri, şikâyet ve ihbar hakkı bu hukuka uygunluk sebebi kapsamındadır. Ayrıca belirtilmelidir ki hakkın kullanılması halleri sınırlı sayıda değildir²⁸⁸. Ancak inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından tedip hakkının ayrıca belirtilmesinde yarar bulunmaktadır.

Türk Medeni Kanunu ergin olmayan çocukların velayetinin ana ve babada olduğunu hükme bağladıktan sonra velayet hakkının kapsamını belirleyen TMK. m. 339'da ana ve babanın çocuğun bakım ve eğitimi konularında onun menfaatinin koruması yönünde gerekli kararları alabileceğini ve çocuğun ana ve babasının rızası dışında evi terk edemeyeceğini düzenlemiştir. Ana ve babaya çocukları üzerinde tedip hakkı tanıyan bu düzenlemelere göre anne ve baba çocuğun bakımı ve tedibi kapsamında gerekiyorsa çocuğun hürriyetini kısıtlayabilecektir. Tedip hakkının kullanılması olarak gerçekleştirilen velayeti altındaki çocuğun hürriyetini kısıtlama fiili hukuka uygun olacağından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır²⁸⁹. Ancak tüm hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi burada da hukuka uygunluk sınırının aşılmamış olması gerekir²⁹⁰. Başka bir ifade ile tedip hakkı kullanılarak hürriyetinden yoksun kılma durumunda süre ve uygulama orantılı olmalı²⁹¹, tedip hakkı kötüye kullanılmamalıdır²⁹². Bu anlamda hâkim tedip hakkının kapsamını belirlerken, orta zekâlı, dürüst, normal ve şefkatli bir ana babanın, eğitmenin çocuk veya çocuklarını doğru yola sevk etmek için kullandığı vasıtaların adalet, dürüstlük kurallarıyla bağdaşıp bağdaşmadığını, insani ve ahlaki hislere uygun olup olmadığını incelemelidir²⁹³. Örneğin, özürlü çocuğunu zincire vuran ana-babanın eylemi insan onuru ile bağdaşmaz nitelikte olduğundan ya da çocuğunu ceza olarak günlerce odasına kilitlemesi çocuğun yararına olmaktan çok onun gelişimini olumsuz etkileyeceğinden bu durumlarda hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilemez²⁹⁴. Ayrıca tedip hakkının kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiillerinde aynı zamanda TCK'nın 232. maddesinde düzenlenmiş bulunan kötü muamele suçu da oluşacaktır. Keza TCK. m.

²⁸⁷ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 277.

²⁸⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 323.

²⁸⁹ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1200.

²⁹⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 428.

²⁹¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 384; Artuk, s. 62.

²⁹² Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503.

²⁹³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 384.

²⁹⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 428.

232/2’de “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.” şeklindedir. Ancak bu ihtimalde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kötü muamele suçu arasında fikri içtima durumu gerçekleşir ve failin cezai sorumluluğu fikri içtima hükümlerine göre belirlenir²⁹⁵.

D. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası TCK’nın 26/2. maddesinde, “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstermesi durumunda bu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesine ilgilinin²⁹⁶ rızası denir²⁹⁷.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinden bahsedilebilmek için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan ilki, rızanın mutlaka üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate ilişkin olması gerekir. Rıza açıklamasında bulunan kimsenin bu konu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına sahip olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı şekilde yapılmamış olması gerekir²⁹⁸. Bu noktada bir hakkın üzerinde serbestçe tasarruf edilip edilemeyeceği bütün hukuk düzenine hakim genel ilkelere göre belirlenecektir. Aynı zamanda böyle bir hakkın varlığının tespiti bağlamında yararlanılacak bir kıstas da fiilin şikâyeteye tabi olup olmadığıdır²⁹⁹. Kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı bir hakkına ilişkin olarak yaptığı rıza açıklaması fiili hukuka uygun hale getirmez.

²⁹⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 384; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 428; Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1200.

²⁹⁶ Madde metnindeki “ mağdurun rızası” ibaresi “ ilgilinin rızası” veya “ kişinin rızası” olarak değiştirilmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı için, “ mağdur” yerine “ ilgili” veya “ kişi” kelimesi tercih edilmiştir. Bkz: madde gerekçesi.

²⁹⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 347.

²⁹⁸ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 74.

²⁹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 356.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından ilgilinin rızası fiili hukuka uygun hale getirebilir. TMK m. 23/2' de, “ *Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz*”, hükmü yer almaktadır. Buna göre mağdurun tümüyle özgürlüğünden vazgeçtiğine yönelik rıza açıklaması geçerli olmayacaktır. Zira TMK. m. 23/2 kişinin özgürlüğünü kendine karşı da korumaktadır. Örneğin mağdurun kendisini başkasının esiri veya kölesi haline getirmeye yönelik yapmış olduğu rıza açıklaması geçerli değildir.³⁰⁰ Yine tutsaklık veya kölelik dışında da, kişinin rızası sağlık veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir saldırı oluşturuyorsa, bu gibi durumlarda da rıza açıklaması fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir³⁰¹.

Kişinin kendisinden beklenen fonksiyonlarının önemli derecede azalmasına neden olmayacak şekilde geçici bir süre için bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak özgürlüğünden vazgeçtiğine yönelik rıza açıklaması fiili hukuka uygun hale getirir³⁰². Örneğin kişinin kumar ve alkol alışkanlığından kaynaklanan tehlikelerden korunmak için kendisinin bir eve kapatılmasına rıza göstermesi ya da ders dinlemek için öğrencilerin gerekli kapalı ortamda tutulması hallerinde mağdurların açıkladıkları rıza fiili hukuka uygun hale getirecektir³⁰³.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedebilmek için gerekli olan bir diğer koşul ise rıza ehliyetidir. Rıza ehliyetinin varlığı için öncelikle kendisine karşı işlenen suça razı olan kişinin hak sahibi olması gerekir³⁰⁴. Bununla birlikte bu kişinin rızayı açıklama noktasında da ehil olmalıdır³⁰⁵. Yani kişinin hukuki yararının önemi ve bunun korunmasından vazgeçilmesi halinin ne gibi bir anlam taşımakta olduğunu anlayabilme yeteneğine sahip olmalıdır³⁰⁶.

Bir kişinin rıza açıklama ehliyetine sahip olup olmadığının belirlenmesinde, o kişinin yaşı ve algılama yeteneği büyük öneme sahiptir³⁰⁷. Ancak kişinin rıza ehliyetinin varlığından söz edebilmek için o kişinin mutlaka yetişkin olması

³⁰⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 385; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503; Soyaslan, s. 271; Erem, Özel Hükümler, s. 1180-1181; Artuk, s. 63; Cihan, s. 63; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.74.

³⁰¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503.

³⁰² Soyaslan, s. 2714; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 74.

³⁰³ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 74.

³⁰⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 356.

³⁰⁵ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 70.

³⁰⁶ Özbek Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 356.

³⁰⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3620.

gerekmez. Ceza hukukunda rıza ehliyet yaşının kanunda açıkça belirlendiği haller dışında temyiz kudretine sahip her hak sahibinin rıza açıklama ehliyetine sahip olduğu kabul edilir³⁰⁸. Kural olarak vazgeçtiği hakkın anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olan her kişinin rızasının geçerli olduğu kabul edilmelidir³⁰⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesinde mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmemiştir. Ancak Yargıtay istikrarlı olarak vermiş olduğu kararlarında 15 yaşını tamamlamayan mağdurun rızasının hukuken geçerli olmadığına karar vermiştir³¹⁰.

³⁰⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 356; Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1201.

³⁰⁹ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1201; Mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, mağdurun, on iki yaşından küçük olması halinde, rızasının geçersiz olduğu, on iki ila on beş yaşları arasında bulunması halinde şehvet hissi veya evlenmek maksadının bulunmaması halinde rızanın varlığında fiil çocuğun kaçırma ve alıkoyma suçunu oluşturuyordu. Mağdurun on beş yaşını doldurmuş olması halinde ise rızasının hukuken geçerli olduğu kabul edilmekteydi (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 70.).

³¹⁰ "...Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası" başlıklı 5237 sayılı TCY'nın 26/2. maddesinde, "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." şeklindeki düzenleme ile ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmıştır. Sözü edilen hukuka uygunluk nedeninin doğabilmesi, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasına ve kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklama ehliyetinin bulunmasına bağlıdır. Yine rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olması gerekir. Fiilin işlendiği sırada olmayıp sonradan ortaya çıkan rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir.

Burada uyumsuzluğun sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış olan" çocukların bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunun için de Medeni Yasaya başvurulması gerekmektedir.

4721 sayılı Medeni Yasanın 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükme bağlanmaktadır.

Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar yasada tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi... Bundan da anlaşılacağı üzere kişinin "bir yere gitmek veya bir yerde kalmak" özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkının sadece kendisine ait olacağı açıktır.

Bununla birlikte, 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İ.B.Kararı ile CGK'nın 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.

Bu açıklamaların ışığında somut olay incelendiğinde;

Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure F. Özdemir'i rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY'nın 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasanın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle Özel Dairenin kararı isabetli olup Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı;

"Hükümlünün itiraza konu eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 109. maddenin 1,3/f ve 5. fıkraları kapsamında kaldığı ve 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı bu suçun işlenmesi halinde rızanın suçun oluşumuna etkisi bulunmadığı tartışmasızdır. 15 yaşını tamamlamış çocuklara karşı işlenen cinsel amaçlı hürriyeti kısıtlama eylemlerinde rızanın hukuka uygunluk nedeni olup olmadığının belirlenmesi için rızalarının geçerliliğinin saptanması gereklidir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, 5237 sayılı TCY'nın 6. maddesinde çocuğun, 18 yaşını doldurmayan kişi olarak tanımlandığına ve uyumsuzluğa konu suçun düzenlendiği TCY'nın 109. maddesinde herhangi bir yaş ayırımı yapılmadan çocuk ifadesi kullanıldığına göre, Yasanın cinsel suçların düzenlendiği bölümünde yer alan ve "çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddenin 1-b maddesinde 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını bitirmemiş çocuklara yönelik cinsel davranışların suç oluşturacak türlerini sadece cebir tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenle sınırlayarak rızasına dayalı eylemleri suç teşkil edecek cinsel istismar hallerinden dışlar görünen hükmüne dayandırarak yasakoyucunun 104. maddesindeki iradesini yok telakki etmek olanaksızdır.

4721 sayılı Medeni Yasanın 11. maddesinde; erginliğin onsekiz yaşın doldurulması veya evlenme ile başladığı,

16. maddesinde; ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanma ile kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı,

335. maddesinde; ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velâyeti altında olduğu,

339. maddesinde; ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulayacakları, çocuğun ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olduğu ve ana-babasının rızası dışında evi terk edemeyeceği,

340. maddesinde; ana ve babanın, çocuğu olanaklarına göre eğiterek onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlayıp koruyacakları hükme bağlanmıştır

Diğer taraftan, 5237 sayılı TCY'nın 234. maddesine 5560 sayılı Yasa ile eklenen 3. fıkra, '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... cezalandırılır.' hükmü getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde, "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 339 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre, 'Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz'. Bu hükümle, yaşı ne olursa olsun, çocuğa ana ve babasının bilgisi veya rızası dışında evi terk etmeme hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu hükmü, ana ve babasının bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu yanında bulunduran kişiye çocuğun ana ve babasını veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yüklemek suretiyle tamamlamak gerekir. Çocuğun evi terk etmesinin ana ve babada büyük bir tedirginlik oluşturduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir..." denilmektedir.

Velisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma fiilini suç sayarak cezalandıran ve buradaki rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyen, yine Medeni Yasamızın 340. maddesiyle bir yandan veliye, çocuğu olanaklarına göre eğiterek onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlayıp koruma görevini, 339. maddesiyle de çocuğun eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulama yetkisini veren, öte yandan çocuğa da ana- babasının sözünü dinleme ve onların rızası dışında evi terk etmeme yükümlülüğünü yükleyen bir yasakoyucunun, çıkardığı başka bir yasa ile cinsel amaçlı olarak hürriyetinin kısıtlanması suçunda velinin iradesini çocuğunun rızasıyla bertaraf etmek istediği düşünülmemelidir.

Dayanak noktasını da TCK'nın 103. maddesinde³¹¹ düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu oluşturmaktadır. Ancak bu sonuca varmak kanaatimizce doğru değildir. TMK. m. 10'a göre "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin

Bu koşullarda, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, çocuğun kendisine tanınan sınırlar içinde bir tasarrufla bulunması gereklidir. Bu bağlamda, çocuğun arkadaşına ders çalışma için gitmesi halinde kendisine hukuken tanınan sınırlar içinde hareket ettiğinde tartışılır bir hal yoktur. Ancak çocuğun cinsel saldırıya uğrayacağını bilerek bir yere gitme ya da o yerde kalma özgürlüğü olduğunu kabullenmek ve bu yöndeki rızayı Yasanın 26/2. maddesi kapsamında hukuka uygunluk sebebi saymak isabetli bir yorum sayılmamalıdır. Bu alanda çocuklara sağlanan özgürlük mutlak olmayıp sınırlıdır. Bu sınırların Medeni Yasada açıklıkla öngörülen çerçevenin dışına çıkarılması ve çocuğu, suç mağduru haline dönüştürecek ortama sevk etmeye izin verir tarzda genişletilmesi düşünülmemelidir.

Bu açıklamalar ışığında, velisinin ya da yasal temsilcisinin rızası olmadan bir yere gitme ve bir yerde kalma özgürlüğüne mutlak olarak sahip olmayan çocuğun, hürriyetinin kısıtlanması hukuka aykırı olup, çocuğun rızası bu fiili hukuka uygun hale dönüştürmemektedir. Hukuk düzenimizde çocuğun velisinin izni olmadıkça bir yere gitme veya bir yerde kalmasına izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Velinin de bir başkasının cinsel tatminine muhatap kılma niyetiyle çocuğunun hürriyetini tahdit için göstereceği rızanın geçerliliği bulunmamaktadır. Zihinsel ve fiziksel gelişimini tamamlamamış olduğu Medeni Yasa tarafından açıkça kabul edilen çocuklara böyle bir özgürlüğün verilmiş olabileceği de düşünülmemelidir. Kişisel özgürlüklerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve rızanın hukuka uygunluk nedeni olacağı yorumuyla ergin çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmakta özgür olacağına hükmetmek bunun ancak meşru amaçlarla yapılmasına bağlıdır. Gittiği yada kaldığı bu mekanda rızasıyla gerçekleşen cinsi teması, yasa koyucu, 104. maddesinde suç saydığına ve bu hali cinsel özgürlük kapsamında rızadan kaynaklanan hukuka uygunluk saymadığına göre, kabul edilemez bir yorumla cinsel amaçlı özgürlük kısıtlamalarını da, failleri yönünden suç saymak zarureti vardır. Bu nedenlerle Özel Dairenin kararında isabet bulunmadığından kaldırılmasına ve Yerel Mahkemenin direnme hükmünün onanmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyim" görüşüyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan bir kısım Kurul Üyesi de, benzer düşüncelerle "çocuğun rızasının bu suçta fiili hukuka uygun hale getirmediği" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının REDDİNE," (YCGK., T. 11.03.2008, E., 2007/5-253, K.,2008/52). Aynı yönde kararlar için bkz;) (YCGK., T.30.09.2014, E., 2014/14-389, K., 2014/413); (YCGK., T. 12.11.2013, E., 2013/14-511, K., 2013/449); (YCGK., T.10.06.2014, E., 2013/14-551, K., 2014/311).

311

(1) (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

kişinin fiil ehliyeti vardır.” Yine aynı Kanunun 13. maddesine göre de “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından, mağdurun ayırt etme yeteneğine sahip olması halinde rızasının fiili hukuka uygun hale getirmesi gerekir. Zira kanun koyucu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda rıza ehliyeti noktasında bir yaş sınırı belirtmemiştir. Yine kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi suça etki eden bir hal olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada fiilin haksızlık içeriğinin fazlalığı ve mağdurun hareket özgürlüğü ile cinsel dokunulmazlığının birlikte korunması nedenleriyle bu düzenlemeyi getirmiştir. Bu sebeple mağdurun rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığının çocukların cinsel istismarını düzenleyen maddeden hareketle tespit edilmesi hatalıdır. Öte taraftan bu durum açıkça kıyas yasağının ihlalini oluşturmaktadır. Eğer ayırt etme gücüne sahip onbeş yaşı içerisindeki bir mağdurun rızası ile faille kaçması ve sonrasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde failin sadece çocuğun cinsel istismarı suçundan sorumlu olması gerekecektir. Zira kanun koyucu onbeş yaşının tamamlamış çocukların cinsel dokunulmazlıkları üzerinde tasarrufta bulunabileceklerini kademeli olarak düzenlemiştir. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için bu durum söz konusu olamayacaktır³¹².

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu TCK’nın 234. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında onaltı yaşını tamamlamamış mağdurun belirli failer tarafından cebir veya tehdit kullanılmaksızın kaçırılması veya alıkonulması düzenlenmiş, ikinci fıkrada ise fiilin cebir veya tehditle işlenmesi halinde cezanın artırılacağı belirtilmiştir. Ancak buradaki yaş sınırının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için bir önemi yoktur. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda bir ve ikinci fıkra açısından düzenlenen suç bir özgü suçtur ve korunan hukuki yarar farklıdır. Diğer taraftan anılan maddeye 5560 sayılı Kanunla eklenen üçüncü fıkra ise *“Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar*

³¹² Aynı yönde bkz.; Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1202; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 428-429. Karşı görüş için bkz. ; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s. 3620; Artuk, Gökcan ve Yenidünya, s. 386.

etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile rızası ile evini terk eden çocuğu ailesine veya yetkili makamlara haber vermeksizin yanında bulunduran kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun rızası ile faille kaçması ya da onunla kalması durumunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmamalıdır. Bu düzenlemede yukarıda izah etmeye çalıştığımız görüşü destekler biçimdedir. Burada hemen belirtmek gerekir ki rıza ehliyeti noktasında bir yaş sınırının belirlenmesi hatalı olacaktır. Ancak mağdurun yaşının da ayırt etme gücüne sahip olmasına bir olumsuz etkisi olmamalıdır. Yani mağdurun yaşının ayırt etme gücüne olumsuz yönde bir etkisi bulunmamalıdır. Bu hususta ceza kanununda failin ceza sorumluluğunu belirleyen 32. maddeden hareketle bir belirleme yapılabilir.

Yargıtay yakın tarihli kararlarında ise bu kez kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun rızasının fiili hukuka uygun hale getirebilmesini failin güttüğü amacın meşru olmasına bağlamıştır³¹³. Kanaatimizce bu karar hatalıdır. Keza ilginin rızası hukuka uygunluk nedeniyle aranması gereken koşullar, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilen bir hakkın bulunup bulunmadığı ile rızayı açıklama ehliyetidir. Bu noktada faili icra hareketlerini yapmakla elde etmeyi hedeflediğinin ne olduğu bu hukuka uygunluk nedeni açısından bir önemi bulunmamaktadır. Yine söz konusu kararda Yargıtay failin haksızlık bilinciyle hareket ettiği durumlarda mağdurun rızasının fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğini belirtmiştir. Kanaatimizce burada failin hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmesi, diğer bir ifade

³¹³ “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK’nun 109. maddesinde ise mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmemiştir. Bu halde yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, failin amacının toplumda kabul gören bir davranış ya da genel ahlak kurallarına uygun olup olmadığı nazara alınarak belirlenmelidir. Bu anlamda küçük yaştaki çocuğun gideceği yere bırakılması ya da çocuğun ailesini evde bulamadığı için komşularına gitmesi örneklerinde olduğu gibi kişinin meşru amaçla hareket ettiği durumlarda yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olacak, kişinin haksızlık bilinciyle hareket ettiği hallerde ise yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olmayacaktır. Bu sebeple yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı her olayın özelliğine göre değerlendirilip belirlenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın, evlenmek amacıyla yaşı küçük mağdureyi rızasıyla kendi evine götürerek bir süre alıkoyduğu sabit bulunan olayda, mağdurenin rızası, haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.” (YCGK., T. 20.09.2016, E., 2014/14-601, K., 2016/314); Aynı yönde bkz: (YCGK., T. 15.11.2016, E., 2014/14-467, K., 2016/420).

ile kastının hukuka aykırılık bilincini kapsaması kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşması için zorunludur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda aranan özel hukuka aykırılık failin, işlediği fiile ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının araştırılmasını gerektirir³¹⁴. Dolayısıyla failin bu bilinçle hareket etmediğinin tespit edildiği durumlarda, suç oluşmayacaktır.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninde bulunması gereken son şart ise rıza beyanının açıklanmasıdır. Rıza beyanının açıklanması açık veya zımni olabileceği gibi yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir. Ancak rıza beyanı mutlaka suçun işlenmesinden önce veyahut da en geç icra hareketlerinin başladığı sırada olmalıdır³¹⁵. Suç işlendikten sonra açıklanan rıza beyanı fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir³¹⁶. Rıza beyanının açıklanması rızayı bozan nedenlerle sakatlanmamış olmalıdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımında hile suça etki eden bir nedendir. Dolayısıyla hileyle elde edilen rıza fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi aynı zamanda eylemin daha ağır şekilde cezalandırılmasına neden olacaktır. Başlangıçta mağdurun rızası bulunmakla birlikte, sonradan rıza geri alınmış ya da sınırlı biçimde eyleme rıza gösterilmiş olabilir. Örneğin mağdurun rızası ile girdiği evden çıkmasına izin verilmemesi veya bilgisi dışında aracın istikametinin değiştirilmesi ya da rızası ile bindiği araçtan inmesine müsaade edilmemesi hallerinde rızanın geri alınması veya dışına çıkılması söz konusudur. Bu hallerde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluk doğacaktır³¹⁷. Yine rıza beyanının açıklanmasında temsil veya vekâlet söz konusu değildir.

³¹⁴ Özgenç, s. 295.

³¹⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503; Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 286.

³¹⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 327.

³¹⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503.

IV- SUÇUN MANEVİ UNSURU

A. Genel Olarak

Günümüzde tipiklik açısından bir suçun meydana gelmesinden söz edebilmek için, sadece suç tipinde yer alan maddi unsurların gerçekleşmiş olmasının yeterli olmadığı kabul edilmekte ve bir davranış ancak manevi unsurların da somut olayda bulunması halinde tipik haksızlık olarak nitelendirilmektedir³¹⁸. Gerçekleştirilen davranış ile kişi arasında manevi bir bağ yoksa suçun varlığından söz edilemez³¹⁹.

Kast ve suçun özel bir görünüş şekli olan taksir tipikliğinin manevi unsurlarını oluşturmaktadır. Diğer bir ifade ile kast ve taksir tipiklik içerisinde haksızlığın iki işlenme şeklidir³²⁰. Bu anlamda fail tipin maddi unsurlarını biliyor ve istiyorsa kasıtlıdır. Zira TCK. m. 21’ de kast “ *suçun kanuni tanımdaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi* ” şeklinde tanımlanmıştır.

Kast ve taksir tipikliğinin manevi unsuru oluşturmalarının yansira ayrıca kusurluluk şeklidir. Yani ceza hukukunda kast ve taksirin hem fiilin tipik sayılması hem de failin kusurlu kabul edilmesi bakımından çifte işlevi bulunmaktadır³²¹. Bu anlamda kasten işlenen bir suçta manevi unsurun zorunlu ayrılmaz parçası failin her bir (yazılı veya yazılı olmayan) tipiklik unsuru hakkında kasten hareket ettiğinin saptanmasıdır³²². Zira suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır (TCK. m. 21). İşte bu noktada kastın asıl işlevi tipiklik içesindedir. Örneğin hırsızlık suçunda fail, bulunduğu yerden aldığı malın başkasına ait olduğunu bilmeli ve buna rağmen isteyerek davranışını gerçekleştirmelidir³²³. Yani fail suçun konusu olan başkasına ait taşınır mal olduğunu bilmeli ve onu almayı istemelidir. Eğer bunlar somut olayda yoksa TCK m. 30/1 gereği fail kasten hareket etmiş sayılamayacağından suç oluşmayacaktır. Yine bu çifte işlev öğretisine göre, taksir, failin objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesidir ve bir haksızlık çeşididir. Fakat failin cezalandırılabilmesi için bu durum yeterli olmayıp aynı zamanda failin kişisel

³¹⁸ Heinrich, s. 165.

³¹⁹ Özgenç, s. 221.

³²⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 262.

³²¹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 262.

³²² Heinrich, s. 165; Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 139.

³²³ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 264.

özellikleri dikkate alındığında özen yükümlülüğüne uygun davranmasını ondan beklenebilir ve neticenin de öngörülebilir olması gerekir³²⁴.

Kast ve taksirin hem tipikliğin manevi unsurlarını oluşturdıkları hem de kusurluluğun bir çeşidi oldukları TCK'nın değişik hükümlerinde kendisini gösterir. Örneğin TCK'nın 30/3. maddesi “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” şeklindedir. Yani fail kasten hareket etmesine rağmen olaydaki hukuka uygunluk nedeninde hataya düşmüşse kusur çeşidi olarak kastın varlığından söz edilemeyecektir. Ancak bu durumda failin hatası kaçınılmaz değil ise taksir düzeyinde kusurundan söz edilebilecektir. Yine TCK'nın 61/1-f maddesine göre de kast ve taksir çifte fonksiyonu olduğunu bize göstermektedir³²⁵.

Tipikliğin manevi unsuru ile kusurluluğun birbirine karıştırılmaması gerekir. Kusur, işlediği hukuka aykırı davranış nedeniyle fail hakkında yapılan bir kınama yargısıdır. Kusurluluk işlediği fiilden dolayı failin kişilik olarak kınanıp kınamayacağı ile bağlantılıdır³²⁶. Kusur, suç teşkil eden fiilin bir vasfı olmayıp, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle kınanıp kınanamayacağı konusundaki yargıyı ifade etmektedir³²⁷. Bu yargıya varmak için yapılan değerlendirmede failin kusurlu olmadığı sonucuna varılması halinde gerçekleştirilen fiil suç teşkil etmesine karşın fail cezalandırılmayacaktır.

Kusurluluk failin fiil ile olan ilişkisi olarak tanımlandığından kimlerin kusurlu hareket edebileceği ya da kusur yeteneğine kimlerin sahip olduğunun belirlenmesi kusurluluk açısından verilecek hükmün ön şartını oluşturur³²⁸. Kusur yeteneği, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama (algılama yeterliliği), yaptığı davranışın hukuken onaylanmayan bir davranış olduğunu anlama ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirme yeteneği (irade yeteneği) olarak tanımlanabilir³²⁹. Kusur yeteneği irade özgürlüğü ya da irade olarak davranışlarını

³²⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 263.

³²⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 263.

³²⁶ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 145.

³²⁷ Özgenç, s. 225.

³²⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 368.

³²⁹ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 301.

yönlendirebilme yeteneği ile birlikte değerlendirilmelidir³³⁰. Belirtmek gerekir ki kusur yeteneği hareketin yapıldığı anda failde bulunması gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nda kusur yeteneğini etkileyen haller; cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.28), zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.25/2, TCK.m.92, TCK.m.99/2, TCK.m.147), hata halleri (30/3-4), yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hastalığı (m. 32), sağır ve dilsizlik (m. 33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) halleridir.

B. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Manevi Unsur

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu genel kastla işlenebilen bir suçtur³³¹. Fail mağduru bilerek ve isteyerek bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmalıdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu taksirle işlenemez. Zira ceza kanunumuzda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminin taksirli biçimini cezalandıran bir düzenleme mevcut değildir.

765 sayılı TCK döneminde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun özel kastla işlenebileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür³³². Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şeklinin meydana gelmesi için özel bir saikle hareket etmeye ihtiyaç bulunmayıp, genel kast suçun oluşumu açısından gerekli ve yeterlidir. Başka bir ifade ile suçun temel şekli için özel kast

³³⁰ Özбек, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 374.

³³¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 382; Soyaslan, s. 272; Toroslu, Özel Kısım, s. 85.; “Mağdur Ahmet'in aşamalarındaki istikrar arzeden ifadelerinden mağdur kaldığı yetiştirme yurduna geri dönmek istemesine rağmen sanığın kendisine para bulmasını isteyerek mağdurun gitmesini engellediği, ayrıca kolundan tutarak zorla tuvalete soktuğu, bıçaklamakla tehdit ettiği, daha sonra mağdurun cep telefonuna el koyarak kendisine para getirmesi halinde telefonu iade edeceğini belirttiği, mağdurun da 50 TL para bulup sanığa getirdiği olayda; sanığın, mağduru yağma amaçlı olarak hukuka aykırı şekilde hürriyetinden yoksun kıldığıının sübut bulduğu ve suçun oluşumu açısından genel kastın yeterli olduğu düşünülmeyen yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,” (Yarg. 14. CD. T. 10.04.2013, 2012/12304E., 2013/4264K.). “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşması için genel kast yeterli olup, özel kast zorunlu değil ise de; sanığın darp ettiği mağdure eşinin evden ayrılıp gitmek istemesi üzerine, vaktin gece olması nedeniyle dışarı çıkıp zarar görmemesi için kapıyı kilitleyip telefon sim kartını almaya çalışması şeklindeki eyleminin atılı suçun kast unsuru itibarıyla oluşmaması karşısında, bu hususta bozma isteyen tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.” (Yarg. 14. CD. T. 22.10.2014, 2013/1609E., 2014/11477K.).

³³² Bu konudaki tartışmalar için bkz, Önder, Özel Hükümler, s. 31-34; Artuk, s. 65 vd.

aranmamaktadır³³³. Hemen belirtilmeli ki özel kast unsur olarak kabul edilen saiktir. Başka bir ifadeyle saik, suç unsuru sayılıyorsa özel kast adını alır. Saik kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir.³³⁴ Buna göre fail hangi saikle suç içeren fiili icra etmiş olursa olsun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacaktır³³⁵.

Öte yandan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bazı saiklerle işlenmesi suçun nitelikli hallerini oluşturabilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi” (m. 109/3-c) ya da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” işlenmesi (m.109/5) halleri bu duruma örnek oluştururlar³³⁶. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda sayılan bu iki nitelikli halin oluşması için failin hangi saikle kişiyi hürriyetinden yoksun kıldığıнын belirlenmesi gerekecektir. Örneğin fail kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılmışsa ya da kişiyi cinsel amaçla hürriyetini kısıtlamışsa artık yukarıda anılan nitelikli hallerden sorumlu olacaktır. Ancak failin bu saiki, kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle ya da cinsel amaçla, şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilemedikçe bu nitelikli hallerden sorumlu tutulamayacaktır. Bununla birlikte failin m. 109/1 ve 2 uyarınca sorumluluğu devam etmektedir. Yine bu suçun bazı amaçlarla işlenmesi başka suçların oluşmasına da sebep olabilir. Örneğin, “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak” maksadıyla kişileri kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek ya da barındırmak, TCK m. 80’deki insan ticareti suçunu oluşturacaktır³³⁷.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olası kastla da işlenebilir ancak bu hallerde failin cezasında indirim yapılır³³⁸. Diğer görüş ise, netice kastı belirlediğinden, neticesiz olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun olası kastla işlenmesi

³³³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499.

³³⁴ Artuk, s. 66.

³³⁵ Şen, s. 440.

³³⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499.

³³⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499.

³³⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499; Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1197; Artuk, s. 66; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3619.

mümkün değildir³³⁹. Kural olarak kasten işlenen suçların olası kastla da işlenebilmesi mümkündür; ancak suç tipinin ihlal edilebilmesi için tipte saik, maksat, gaye gibi bir subjektif nitelik varsa başka bir ifade ile suç özel kastla işlenebiliyorsa, yine tipte failin fiili bilerek işlemesi ile ilgili bir açıklık varsa örneğin, hakkı olmayan yere tecavüz, parada sahtecilik gibi suçlar olası kastla işlenemez³⁴⁰. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından bu olumsuz koşulların varlığından söz edilemediğinden kanaatimizce de bu suç olası kastla işlenebilir. Örneğin tek çıkış bulunan bir yerde olan mağdurun hürriyetini kısıtlamak isteyen failin mağdurun yanında başka kişilerinde olabileceğini öngörmesine rağmen neticeyi göze alarak çıkışı kapatması halinde mağdurun yanındakiler yönünden failin eylemi olası kastla gerçekleşmiştir.

Suç tipleri hukuka aykırılığın karinesini oluşturduklarından suç tipinde fiilin ayrıca hukuka aykırı da olduğu hususunda bir açıklığın bulunmasına gerek yoktur. Ancak kanun koyucu TCK’ da bazı suçlarda “hukuka aykırılığı” açıkça madde metninde kullanmıştır. Hukuka özel aykırılık olarak adlandırılan bu durumlarda fiilin tipe uygun olmakla hukuka da aykırı olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır³⁴¹. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da bu suçlardan biridir. Bu bağlamda failin, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi kast kavramı içerisinde olacaktır. Dolayısıyla failin hukuka aykırı şekilde hareket ettiğini bilmesi ve istemesi gerekecektir³⁴². Başka bir anlatımla failin hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmesi gerekir. Fail hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmiyorsa yani, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmiyor ya da bilebilecek durumda değilse hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden suç da oluşmayacaktır³⁴³. Belirtmeli ki hukuka aykırılık bilinci ile özel kastla karıştırılmamalıdır. Çünkü fail tipteki maddi unsurları bilerek ve isteyerek yerine getirdiği halde, hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle kastın bulunmadığı kabul edilse de, bu durum suçun işlenmesi için özel kastın varlığının gerektiği anlamına gelmez³⁴⁴. Başka bir ifade ile haksızlık bilinci ile özel kast bir birinden farklı kavramlardır.

³³⁹ Hafizoğulları ve Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 2725.

³⁴⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, Genel Hükümler, s. 284.

³⁴¹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 289.

³⁴² Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 88.

³⁴³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 382.

³⁴⁴ Önder, Özel Hükümler, s. 32.

V- ETKİN PİŞMANLIK

A. Genel Olarak

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin gönüllü olarak neticeyi telafi etmeye dönük davranışları olarak tanımlanabilir. Bu itibarla etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak nitelendirilebilir³⁴⁵. Ancak gönüllü vazgeçmenin aksine kanun koyucu etkin pişmanlık hükümlerine TCK'nın genel hükümleri yerine, özel hükümlerde yer vermiştir. Bu düzenleme biçimi de etkin pişmanlığa bir suç sonrası pişmanlık hali vermiştir³⁴⁶.

Etkin pişmanlık hükümleri ile gönüllü vazgeçme hükümlerinin birbirine karıştırılmaması gerekir. Gönüllü vazgeçmeden bahsedilebilmesi için suçun henüz tamamlanmamış olması gerekir. Failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya icra hareketleri tamamlandıktan sonra iradi etkin davranışlarıyla tipteki neticenin gerçekleşmesini önlemesine gönüllü vazgeçme denir³⁴⁷. Etkin pişmanlık ise suç tamamlandıktan sonra failin malı iade etmesi, kaçırılanı serbest bırakması gibi durumlarda söz konusudur. Kısacası fail netice gerçekleşmeden suç yolundan dönmüş ise vazgeçmeden, netice gerçekleştikten sonra ise ancak etkin pişmanlıktan söz edilebilir³⁴⁸.

Etkin pişmanlık hükümleri düzenlenişi itibarıyla TCK'nın özel hükümlerinde yer almaktadır. Etkin pişmanlığın mümkün olduğu kimi suçlarda kanun koyucu failin gösterdiği etkin pişmanlık nedeniyle cezai sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırırken örneğin madde 93/1³⁴⁹, kimi suçlarda da cezai sorumluluğu azaltan bir etkiye sahip olarak düzenlenmiştir. Örneğin madde 93/2³⁵⁰.

³⁴⁵ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 428.

³⁴⁶ Toroslu, Özel Kısım, s. 90; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 429.

³⁴⁷ Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul 1994, s. 235.

³⁴⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 506.

³⁴⁹ “Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.”

³⁵⁰ “Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir.”

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da kanun koyucu etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesini öngörmüş ve 110. maddede bu durumu düzenlemiştir. Mukayeseli hukukta da kişinin hürriyetinin kısıtladığı ve herhangi bir zarar vermediği kimseyi, soruşturma veya kovuşturma başlamadan, planladığı amaca ulaşmadan kendiliğinden serbest bırakılması hallerini ve mağdurun hürriyeti kısıtlandıktan sonra belli bir süre sonunda serbest bırakılması hallerini cezanın azaltılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak düzenlemektedir³⁵¹.

B. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Yönünden Şartları

TCK'nın 110. maddesinde etkin pişmanlık *“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.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesinin şartları suçun tamamlanmış olması, soruşturmaya başlanmamış olması, mağdurun şahsına bir zarar verilmemiş olması ve mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılmasıdır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılan failin TCK'nın 110. maddesinden faydalanabilmesi maddede aranan şartların tamamının gerçekleşmiş olması ile mümkündür. Başka bir ifade ile somut olayda anılan şartlardan bir tanesi bile gerçekleşmemiş ise fail etkin pişmanlık hükmünden faydalanamayacaktır. Maddenin gerekçesinde *“ Madde metninde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suç açısından etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık için, suç tamamlandıktan sonra, mağdurunu güvenli bir yerde serbest bırakılması gerekir. Bunun, kendiliğinden olması, yani herhangi bir zorlama olmadan gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca, etkin pişmanlığın, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce gerçekleşmesi gerekir. Soruşturma makamlarının işe el koymasından serbest bırakma hâlinde, etkin pişmanlık hükmünden yararlanılamayacaktır. Etkin pişmanlıktan yararlanılabilmesi için, hürriyetinden yoksun kılınan mağdurun şahsına zarar verilmemelidir. Etkin*

³⁵¹

Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 370.

pişmanlık hâlinde, kişinin cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerektiği kabul edilmiştir.” denilmek suretiyle bu durum belirtilmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık hali bir şahsi cezasızlık hali olmayıp cezayı azaltan şahsi bir nedendir³⁵².

Mülga Türk Ceza Kanunun 180/2. maddesinde de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda benzer bir şekilde etkin pişmanlık hükmü düzenlenmişti. Anılan maddeye göre “ *Eğer fail, hakkında takibat icra olunmazdan evvel tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir gûna zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakırsa göreceği ceza altıda birden yarısına kadar indirilir.*” şeklindeydi. Bu düzenleme şekliyle failin istifade ettiği hafifletici neden “faal nedamet”tir³⁵³. Yine mülga Ceza Kanunu döneminde failin bu hafifletici nedenden yararlanabilmesi için aranan şartlardan biri failin suçtan elde etmek istediği amaca ulaşmadan mağduru serbest bırakmış olmasıydı. TCK’nın 110. maddesinde bu şarta yer verilmemesi doktrinde önemli bir eksiklik oluşturması ve failin suçtan elde etmek istediği amaca ulaştıktan sonra dahi diğer şartların gerçekleşmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabileceği nedeniyle eleştirilmektedir³⁵⁴. Ancak Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, madde başlığında geçen pişmanlığın somut olayda da gerçekleşmesi gerektiğini, failin suçtan elde etmek istediği amacı gerçekleştirmesi halinde bir pişmanlığının söz konusu olmayacağını belirterek failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için elde etmeyi istediği amaca ulaşmamış olmasını da aramaktadır³⁵⁵. Bu sonuca

³⁵² Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 429; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 388.

³⁵³ Önder, Özel Hükümler, s. 39; Erem, Özel Hükümler, s. 1192; karşı görüş için bkz. Artuk, s. 77.

³⁵⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 504.

³⁵⁵ “ *Kaldı ki, Türk Dil Kurumunun Türkçe Sözlüğünde pişmanlığın; “yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülmeye, nadim olma” olarak açıklandığı da gözönüne alındığında; mağduru senedi imzalattıktan, diğer bir anlatımla amaçlarına ulaştıktan sonra serbest bırakan sanıkların, eylemlerinden dolayı pişmanlık duyduklarını gösterir bir kanıtın bulunmadığının dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, haklarında TCY’nın “etkin pişmanlık” başlığı altında düzenlenen 110. maddesinin uygulanması Yasanın ruhu ve amacına, suçla korunan hukuki değerlere, adalet ve hakkaniyet kurallarına da uygun düşmeyecektir.” (YCGK. T. 05.06.2012, 2011/6-419E., 2012/216 K); “ Dosya kapsamına göre; mağdurenin, sanığın arkadaşlığını kabul edeceğini söyleyip sanığı ikna etmesi üzerine, sanığın mağdureyi serbest bıraktığı eylemde, Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulunun 05.06.2012 gün 2011/6-419 Esas, 2012/216 Karar sayılı ilamında belirtildiği üzere, istenen amaca ulaşılmasından sonra mağdurun serbest bırakılması halinde, sanık hakkında TCK’nın “Etkin pişmanlık” başlığı altında düzenlenen 110. maddesinin uygulanmasının Kanunun ruhu ve amacına, suçla korunan hukuki değerlere, adalet ve*

gramatik ve amaçsal yorumlardan hareketle varılmıştır. Öte yandan varılan sonuç hakkaniyete ve adalet anlayışına da aykırı bir durum oluşturmamaktadır.

Bu değerlendirmelerden sonra etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için aranan şartları aşağıda inceleyeceğiz.

1. Suçun Tamamlanmış Olması

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık hükümlerinden failin yararlanabilmesi için, tamamlanmış bir kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bulunmalıdır. Etkin pişmanlık özelliği gereği tamamlanmış suçlar bakımından uygulama alanı bulan cezaya etki eden şahsi sebeptir³⁵⁶. Bu itibarla fail icra hareketleri henüz tamamlanmadan mağduru serbest bırakması halinde etkin pişmanlık hükümleri değil “gönüllü vazgeçme”ye ilişkin TCK’nın 36. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olacaktır. Hürriyetten yoksun kılmaya yönelik icra hareketleri henüz devam ederken, fail tarafından sona erdirilirse gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulama analı bulacak ve fiil başka bir suç teşkil etmiyorsa fail cezalandırılmayacaktır.³⁵⁷ Örneğin arabaya sürüklemekte olduğu mağduru kendiliğinden sürüklemekten vazgeçerek onu bırakması halinde fail hakkında gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır³⁵⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bir kesintisiz suç olduğundan, her ne kadar özgürlükten mahrumiyetin uzun ya da kısa süreli olmasının bir önemi olmasa da suçun oluşması için hürriyeti sınırlandırmanın belli bir süre devam etmiş olması gereklidir. Başka bir ifade ile özgürlükten mahrum bırakılan sürenin hukuken önemli bir süre olması gerekir³⁵⁹. Bu itibarla somut olayda mağdurun önemsiz sayılmayacak bir süre için hürriyetinden yoksun hale getirilmiş olması başka bir ifade ile suçun

hakkaniyet kurallarına da uygun düşmeyeceği, bu itibarla TCK’nın 110. maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığı halde bu maddenin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini,” (Yarg. 14. CD. T. 04.12.2014, 2013/3544E., 2014/13814K).

³⁵⁶ Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1203.

³⁵⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 504; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 390; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 429.

³⁵⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 504; Erdal Baytemir, **Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 911.

³⁵⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 504; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 370.

tamamlanması ve daha sonra failin kendiliğinden mağduru serbest bırakması gereklidir³⁶⁰.

2. Soruşturmaya Başlanmamış Olması

5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun m. 2/1-e göre soruşturma, yetkili merciler tarafından suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evredir. Buna göre suçun işlenmesiyle ilgili olarak yetkili mercilere ihbar ya da şikâyetle bulunulmasından sonra artık fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır³⁶¹. Zira failin etkin pişmanlıktan istifade edebilmesi için işlenen fiil nedeniyle henüz soruşturmaya başlanmamış olması gerekmektedir³⁶². Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kolluk ya da Cumhuriyet Savcılığına ihbar veya şikâyet olarak intikal etmesinden sonra başka bir ifade ile soruşturma makamlarınca suç şüphesinin öğrenilmesi ile olaya el konulmasından sonra artık fail diğer tüm şartları yerine getirmiş olsa dahi hakkında etkin pişmanlık hükümleri

³⁶⁰ Üzülmmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1204.

³⁶¹ “...Bu ve buna benzer etkin pişmanlık hükümlerinde bu şekilde soruşturmaya başlamadan önceki düzenlemesinde 765 sayılı TCK.nun 180 ve 432. maddesinde bu şekilde keskin bir sınırın olmadığı, kamu davası açılıncaya kadar bu imkanın sağlandığı” gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine TCK’nın 110/1. maddesinin iptali için başvurulmuştur. Mahkeme ise “Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa’nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir. İtiraz konusu kuralla, mağdurun sanık tarafından soruşturmaya başlanmadan serbest bırakılması şartına bağlı olarak, kişi hürriyetine karşı işlenmiş suçun cezasında etkin pişmanlık indirimi öngörülmektedir. Bundan amaç, mağdur kişinin maddi ve/veya manevi zarar görmeden bir an önce hürriyetine yeniden kavuşturulmasıdır. Suç şüphesi üzerine ilgili adli makamlar, mağdurun en kısa sürede serbest kalması için gerekli tedbirleri etkili bir soruşturma ile birlikte almakla yükümlüdürler. Diğer yandan, suçun işlenmesini takiben, suçluların veya suç örgütlerinin ortaya çıkarılması; mağdurun uğradığı maddi zararının biran önce giderilmesi; ya da, iftira suçunda olduğu üzere, isnat nedeniyle mağdurun cezai yaptırıma maruz kalmasının önlenmesi gibi amaçlarla, etkin pişmanlığın uygulama alanının yasakoyucu tarafından farklı suç tipleri bakımından daraltılması ya da genişletilmesi mümkündür. Bu, suçun mahiyeti ve etkin pişmanlıktan beklenen hukuki yarar ile doğrudan doğruya irtibatlı bir konudur. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki hukuki yararların farklılığı gözetildiğinde bunlara farklı kurallar uygulanmasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur. Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 10. ve 11 maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.” şeklinde karar vermiştir. (AYMK., T. 21.8.2010, 2009/6 E., 2010/19 K.).

³⁶² Üzülmmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1204.

uygulanamayacaktır³⁶³. Çünkü kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda düzenlenen etkin pişmanlık hükmü TCK’ da yer alan bazı etkin pişmanlık hükümlerinin aksine, mağdurun soruşturmaya başlanmasından önce serbest bırakılmasından başka süre yönünden bir düzenleme getirmemiştir. Başka bir ifade ile mağdurun soruşturmaya başlanmasından sonra ya da kovuşturma aşamasında serbest bırakılmasına kanun koyucu etkin pişmanlık hükümleri açısından bir önem atfetmemiştir. Ancak soruşturmaya başlandıktan hemen sonra ya da kovuşturma aşamasında mağdurun serbest bırakılması cezanın belirlenmesinde ve takdiri indirimlerin uygulanmasında dikkate alınmalıdır³⁶⁴.

3. Mağdurun Şahsına Zarar Verilmemesi

Failin etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilmesi için aranan diğer bir şart ise onun mağdurun şahsına bir zarar vermemiş olmasıdır. Bu şart gereğince araştırılması gereken mağdurun kendisine bir zarar verilip verilmediğidir. Başka bir ifade ile mağdurun malvarlığına ya da yakınına verilen bir zarar etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına engel olmayacaktır³⁶⁵.

Mağdura verilen zarar fiziksel olabileceği gibi psikolojik de olabilir³⁶⁶. Ancak özgürlüğünden mahrum bırakılan herkesin psikolojik olarak zarar görmesi muhakkaktır. Fakat böyle bir kabul etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma alanını oldukça daraltacak, hatta uygulanmasını imkânsız hale getirecektir. Bu itibarla psikolojik zarar anlamında basit bir rahatsızlık veya korku duygusu yerine patolojik bir bulgunun aranması hükmün getiriliş amacına daha uygun olacaktır³⁶⁷.

³⁶³ Soyaslan, s. 277; Önder, Özel Hükümler, s. 40; “Mağdurenin tesliminden önce 08.09.2009 tarihinde saat 10.00’da kolluğun savcılık ile görüştüğü ve bunun tutanağa bağlandığı, böylelikle soruşturmanın başlamış olduğu gözetilmeden, uygulama şartları oluşmayan TCK’nın 110. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması,” (Yarg. 14. CD. T. 19.11.2014, 2013/2770E., 2014/12920K); “Tüm dosya içeriğinden, katılan mağdurenin 12.08.2008 günü sanıklar tarafından hürriyetinden yoksun bırakılması üzerine, aynı gün olaya tanık olan ve olay nedeni ile yaralanan Şefika’nın müracaatı ile soruşturmanın başladığının, katılan mağdurenin ise sanıklar tarafından 15-20 gün sonra serbest bırakıldığının anlaşılması karşısında, şartları oluşmadığı halde sanıklar hakkında TCK’nın 110. maddesinde öngörülen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini,” (Yarg. 14. CD. T. 12.05.2014, 2012/9305 E., 2014/6500K).

³⁶⁴ Artuç, s. 858.

³⁶⁵ Artuç, s. 858.

³⁶⁶ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 127; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 429.

³⁶⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 429.

Failin mağdurun yaşamına, beden bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirmiş olması diğer tüm şartlar gerçekleşmiş olsa dahi onun etkin pişmanlıktan istifade etmesine engel olacaktır. Yargıtay vücuda temas içeren ve en hafif düzeydeki yaralama sayılabilecek davranışları mağdurun şahsına zarar verme kavramı kapsamında değerlendirmiştir³⁶⁸. Bu değerlendirme sonucunda

368

“5237 sayılı TCY’nın “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” başlıklı 109. maddesinde;

“(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 işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...

Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” hükmü yer almaktadır.

Buna göre, maddenin birinci fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli tanımlanmış, iki, üç, dört ve beşinci fıkralarında ise nitelikli halleri gösterilmiştir.

Aynı Yasanın “Etkin Pişmanlık” başlıklı 110. maddesinde de; “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” şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Anılan maddenin gerekçesinde ise; “Madde metninde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından etkin pişmanlık hâli düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık için, suç tamamlandıktan sonra, mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılması gerekir. Bunun, kendiliğinden olması, yani herhangi bir zorlama olmadan gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca, etkin pişmanlığın, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce gerçekleşmesi gerekir. Soruşturma makamlarının işe el koymasından sonra serbest bırakma hâlinde, etkin pişmanlık hükmünden yararlanılamayacaktır...” açıklamalarına yer verilmiştir.

Buna göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için:

1- Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanmış olması,

2- Failin mağduru soruşturmaya başlanmadan serbest bırakması,

3- Failin, mağdurun şahsına bir zarar vermemiş olması,

4- Failin, mağduru ‘kendiliğinden’ serbest bırakması,

5- Failin mağduru ‘güvenli bir yerde’ serbest bırakmış olması koşullarının tamamının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Uyuşmazlığa konu olayda, diğer koşulların gerçekleştiği konusunda bir duraksama bulunmaması nedeniyle, sanıklar hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi açısından, “mağdurun şahsına bir zarar verilmemiş olma” koşulu üzerinde durulmalıdır.

Öğretide, 5237 sayılı TCY’nın 110. maddesinde geçen “mağdurun şahsına zarar” ifadesinden, mağdurun vücut bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlığına yönelik davranışların anlaşılması gerektiği baskın görüş olarak ortaya konulmuştur. (M. Emin Artuk - Ahmet Gökçen - Caner Yenidünya, TCK Şerhi, s.2887; İlhan Üzülmüş, G.Ü.H.F.Dergisi, yıl:2007, sayı:1-2, s:1203-1204; Osman Yaşar - Hasan Tahsin Gökcan - Mustafa Artuç, TCK, C.III, s.3681)

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.04.2011 gün ve 208-64 sayılı kararında da aynı hususa işaret edilmiş, Yargıtay Özel Dairelerince de, mağdurlara karşı cinsel istismarda bulunulması(5. Ceza Dairesinin 25.05.2010 gün ve 11020-3964, 14.12.2006 gün ve 11067-10223 sayılı kararları), mağdurlara cebir ve şiddet uygulanması, mağdurun yaralanmış olması (8. Ceza Dairesinin 24.03.2010 gün ve 3681-4612, 10.03.2010 gün ve 10347-3644, 25.09.2007 gün ve 6783-6187, 11.12.2006 gün ve 4789-9095 sayılı kararları) hallerinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi gerek öğretideki baskın görüşlerde, gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Özel Daire kararlarında TCY’nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin

uygulanması açısından mağdurun uğradığı her türlü zarar, bu bağlamda manevi ve ekonomik zararlar “mağdurun şahsına verilmiş zarar” olarak değerlendirilmemektedir.

TCY'nın 110. maddesinde yer alan “mağdurun şahsına zarar” kavramının yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, zira mağdurun uğrayacağı her türlü zararın bu maddenin uygulanmasına engel oluşturmamasının istenmesi halinde, “mağdurun şahsına zarar” ifadesi yerine yasa koyucu tarafından “mağdura bir zarar” kavramının tercih edilmesi gerektiği de gözardı edilmemelidir.

Bu nedenle TCY'nın 110. maddesinde geçen “mağdurun şahsına zarar” kavramından mağdurun vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığına yönelik davranışların kastedildiğinin kabulü zorunludur.

Öte yandan, eylemin cebir, tehdit veya hile kullanılarak gerçekleştirilmesi durumlarında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşullarının değerlendirilmesi açısından, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası sisteminde kasten yaralama ve cebrin mahiyetinin belirlenmesi ve anılan Yasanın 86. ve 108. maddelerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Türk Ceza Yasasının “kasten yaralama” başlıklı 86. maddesinde, “Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...” düzenlemesine yer verilerek, kasten yaralama suçunun tanımı yapılmış, kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her davranış yaralama olarak kabul edilerek madde gerekçesinde de bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Yaralama suçunda korunan hukuki yarar, kişinin vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğü olup suçun konusunu, mağdurun acı verilen veya bozulan bedeni veya ruhsal varlığı oluşturmaktadır. Failin yaptığı hareket sonucu, maddede belirtilen sonuçlardan biri meydana gelirse, yaralama suçunun oluşacağı kuşkusuz olup, bu sonucu doğurmaya elverişli olan tüm hareketlerle yaralama suçunun işlenmesi olanaklıdır.

Aynı Yasanın “cebir” başlıklı 108. maddesinde ise; “Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiş, madde gerekçesinde de;

“...Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir.

Latince karşılığı ‘vis compulsiva’ olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir.

Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranış gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık, tehdit hâlinde, kişi bir tecavüzün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır.

Bu düzenlemede, cebir kullanma suçuyla ilgili olarak öngörülen ceza, kasten yaralama suçundan dolayı verilecek cezanın belli bir oranda artırılmasından ibarettir” denilmiştir.

Belirtilen maddede cebrin tanımı yapılmamış, ancak zorlama amacıyla cebir kullanılması halinde faile kasten yaralama suçundan hareketle ceza verileceği düzenlenmek suretiyle, cebrin aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerden ibaret olduğuna işaret edilmiştir. Madde gerekçesinde cebre maruz kalan kişinin bu fiziksel gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir yönde davranmaya zorlandığından bahsedilmek suretiyle, cebrin kasten yaralamayı oluşturan acı veren türdeki hareketlerden ibaret olduğu belirtilmiştir. Buna göre, fiziksel gücün, vermiş olduğu acıdan kaynaklanan zorlamalar cebri oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda kişinin özgürlüğünü sınırlandırarak veya sınırladıktan sonra ona karşı bedenlen hissedilen fiziki güç kullanılması halinde, eylem cebir kullanılarak gerçekleştirildiği için TCY'nın 109. maddesinin ikinci fıkrasına uygun nitelikli hali oluşturacaktır. Cebir kullanılarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda ise, yukarıda yer verilen açıklamalara göre mağdurun şahsına zarar verilmiş olması nedeniyle “mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın serbest bırakma” koşulu gerçekleşmediğinden 110. maddede düzenlenen etkin pişmanlıktan söz edilemeyecektir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebirle işlenmesi veya suçun işlendiği sırada cebrin kullanılması halinde mağdurun şahsına zarar gerçekleştiğinden etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Fakat daha yeni tarihli kararlarında ise bu içtihadından dönerek, suçun işlenmesi sırasında kullanılan cebrin mağdurun şahsına zarar verilmesi kavramı içerisinde olmadığına hükmetmiştir³⁶⁹. Kanaatimizce bu yaklaşım hatalıdır. Çünkü cebir bir şeyin yapılması ya da yapılmaması için mağdura yönelik fiziki zorlamadır. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Dolayısıyla mağdura karşı uygulanan cebir aynı zamanda onun şahsına zarar vermektedir. Bu nedenle cebirle işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması

Her ne kadar mağdurun adli raporu aldırılmamış ise de, hakkında ayırma kararı verilen Sinan'ın müşteriyle buluşturacağı hilesini kullanarak mağduru sanıkların iş yerine getirdikten sonra, onu iterek odaya soktuğu, senedi imzalaması yönündeki baskı üzerine odadan çıkmak için ayağa kalkan mağduru ikinci kez iterek koltuğa oturttuğu, senedin imzalanmasından önce de Sinan ile mağdur arasında arbede yaşandığı şikâyetçi anlatımları ve sanıkların dolaylı ikrarları ile sabittir. Bu nedenle yaşanan arbede ve itme hareketleri sonucunda mağdurun vücut bütünlüğüne yönelik şahsına zarar verilmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanıklar hakkında 5237 sayılı TCY'nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır.

Kaldı ki, Türk Dil Kurumunun Türkçe Sözlüğünde pişmanlığın; “yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülmeye, nadim olma” olarak açıklandığı da gözönüne alındığında; mağduru senedi imzalattıktan, diğer bir anlatımla amaçlarına ulaştıktan sonra serbest bırakan sanıkların, eylemlerinden dolayı pişmanlık duyduklarını gösterir bir kanıtın bulunmadığının dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, haklarında TCY'nın “etkin pişmanlık” başlığı altında düzenlenen 110. maddesinin uygulanması Yasanın ruhu ve amacına, suçla korunan hukuki değerlere, adalet ve hakkaniyet kurallarına da uygun düşmeyecektir.

Bu itibarla, sanıklar hakkında 5237 sayılı TCY'nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması koşulları bulunmadığından Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” (YCGK. T. 05.06.2012, 2011/6-419E., 2012/216 K).

369

“Sanıkların cebir kullanarak, hürriyetinden yoksun kıldıkları mağdureyi henüz olay soruşturma makamlarına intikal etmeden kendiliklerinden evinin yakınına bıraktıkları, mağdurede meydana gelen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekildeki yaralanmanın, suçun işlenmesi sırasında ve işlenen suçun doğal sonucu olarak oluştuğu, dolayısıyla sanıkların suçu işlerken ayrı bir eylemle mağdurenin şahsına zarar vermediklerinin anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında TCK 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.” (YCGK. T. 24.11.2015, 2014/14-799 E., 2015/419 K); “Sanıkların hile ve cebir kullanarak, hürriyetinden yoksun kıldıkları mağdureyi henüz olay soruşturma makamlarına intikal etmeden, kendiliklerinden evine bıraktıkları, mağdurede meydana gelen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekildeki yaralanmanın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarını oluşturacak nitelikte olması, dolayısıyla sanıkların suçu işlerken ayrı bir eylemle mağdurenin şahsına zarar vermediklerinin anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında TCK'nun 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümünün uygulama şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.” (YCGK. T. 08.12.2015, 2014/14-466 E., 2015/500 K).

mümkün değildir. Diğer taraftan suçun işlenmesi sırasında uygulanan cebirin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu boyutuna varması durumunda da Yargıtay etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varan bir değerlendirme yapmaktadır. Bu ise etkin pişmanlığın uygulanmasına engel oluşturmayan, suçun işlenmesindeki cebir kullanımı kararları ile çelişki oluşturmaktadır³⁷⁰.

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi ya da uygulanamaması için failin mağdurun şahsına verdiği zararın kasten ya da taksirle gerçekleşmiş olması yönünden kanun koyucu bir ayrıma gitmemiş, TCK'nın 110. maddesinde bu yönde bir belirleme yapmamıştır³⁷¹. Kanaatimize burada aranan koşul kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun şahsına kasten bir zarar verilmemesidir. Böyle bir sonuca ulaşmak ceza hukuku açısından hakkaniyete uygun olacaktır. Diğer taraftan böyle bir yorum etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı genişletecek ve kuralın uygulanabilirliğini artıracaktır. Bu durumun da kanun koyucunun etkin pişmanlık hükümleriyle ulaşmak istediği amaca daha uygun olduğu söylenebilir. Bununla birlikte mağdurun malvarlığına ilişkin verilen zararlar ise şahsına verilen zararlar kapsamında değerlendirilemeyeceğinden her halde etkin pişmanlık hükmünün fail hakkında uygulanmasına engel oluşturmayacaktır³⁷².

³⁷⁰ “Sanıkların gece vakti mağdureyi sesini çıkarmaması için ağzını bağlayıp, direncini kırmak amacıyla yüzüne tokat vurarak kaçırıp önce tarlalardan, ardından ormanın içerisinden dört kilometre uzaklıktaki yayla evlerine götürürken gerçekleştirdikleri eylemleri nedeniyle, sağlık ocağı tabipliğince düzenlenen geçici adli raporda yüzünde tırnak izleri, yüz bölgesinde giysi ile bastırmaya bağlı olarak meydana gelen ekimoz, dirseğinde ve koltuk altı bölgesinde muhtelif genişlikteki ekimotik lezyonlar, sol arka bel bölgesinde sıyrıklar, ensesinde ağırlı hassasiyet, ayak bileği arka tarafı ile diz kapağı ve altında sıyrıklar oluşacak ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralandığı, raporda ayrıca bu konunun, ikinci derece sağlık kurumu tarafından değerlendirilmesi gerektiğinin belirtildiği, ancak bu hususta kesin adli rapor alınmadığı, söz konusu yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olup olmadığı ya da kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birini oluşturup oluşturmayacağı tam olarak ortaya konulmadan, sanıklar hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespitine imkân bulunmadığı kabul edilmelidir.” (YCGK. T. 08.12.2015, 2014/14-645 E., 2015/498 K).

³⁷¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 504-505.

³⁷² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 388.

4. Mağdurun Kendiliğinden Güvenli Bir Yerde Bırakılması

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama imkânı bulması için aranan son şart ise failin mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde bırakmasıdır. Esasında bu şart kendi içerisinde iki unsuru birlikte barındırmaktadır. Bunlardan ilki failin mağduru kendiliğinden bırakmasıdır. Başka bir ifade ile fail özgür iradesiyle mağduru serbest bırakmış olmalıdır. Serbest bırakma dışarıdan gelen bir baskı sonucunda oluşmamalıdır³⁷³. Ancak failde oluşan gerçek bir pişmanlık sonucunda mağdurun serbest bırakılıp bırakılmadığının bir önemi yoktur³⁷⁴. Önemli olan failin mağduru kendiliğinden serbest bırakmasıdır. Örneğin soruşturma makamlarının ya da herhangi bir kişinin etkisi ile failin mağduru serbest bırakması bir kendiliğinden serbest bırakma değildir. Aynı şekilde mağdurun kendi çabaları ile özgürlüğüne kavuşması ya da kurtarılması durumlarında da bir kendiliğinden serbest bırakma söz konusu değildir. Ayrıca failin bu suçu işlemekle öngördüğü amaca ulaşamayacağını anlaması üzerine mağduru serbest bırakması da bir kendiliğinden serbest bırakma olmayacaktır³⁷⁵.

Failin mağduru kendiliğinden serbest bırakması bu şart açısından tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte failin mağduru güvenli bir yerde serbest bırakmış olması gerekir³⁷⁶. Güvenli bir yerden anlaşılması gereken oranın, mağdurun fiziksel ya da manevi açıdan zarar görmeyeceği bir yer olmasıdır³⁷⁷. Bu itibarla hürriyetinden yoksun bırakılan mağdurun daha sonra gece yarısı ıssız bir yere bırakılması halinde fail etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamayacaktır³⁷⁸. Ancak failin illaki mağduru evinin yakınının da bir yere bırakması da güvenli yer açısından aranması gereken bir nokta değildir. Mağdurun serbest bırakıldığı yerin güvenli bir yer olup olmadığı, mağdurun bırakılmış olduğu yerin kendisi için yeni tehlikeler doğuracak

³⁷³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 505.

³⁷⁴ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 125.

³⁷⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 388.

³⁷⁶ "...Sanık Erdal'ın eğlence yerinde gerçekleştirdiği eylemlerden sonra, olay yerinden ayrılırken taksi şoförü olan mağdurun aracını silah zoru ile durdurduğu her iki sanığın araca bindiği, mağdura silah tevcih ederek tehdit edip istedikleri yere ulaştıktan sonra araçtan indikleri, sanıkların mağdura herhangi bir zarar vermeden güvenli yerde aracından inerek serbest bıraktıklarının anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında TCK'nun 110. maddesi tatbik edilmeyerek fazla ceza tayini...", (Yarg. 1. CD. T. 08.02.2017, 2015/6326 E., 2017/299 K.).

³⁷⁷ Soyaslan, s. 277.

³⁷⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 388.

bir yer olup olmadığı her somut olayın özelliklerine göre hâkimin belirleyeceği bir husustur³⁷⁹.

VI- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği ceza kanunlarının özel kısımlarında düzenlenmiş olan suçlar, ancak suç tipinde öngörülmüş olan neticenin gerçekleşmesiyle cezalandırılırlar. Fakat suç tipinde yer alan neticenin, suçun teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle gerçekleşmemesi halinde de failin eylemleri toplumsal barışı bozduğu için teşebbüs aşamasında kalsa da bu eylemlerin cezalandırılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır³⁸⁰. Bu eylemlerin cezalandırılması ceza kanunlarının genel kısmında yer alan hükümler aracılığıyla mümkündür. Bu bağlamda ceza kanunlarında teşebbüsün cezalandırılacağına ilişkin bu genel hükümlerin mevcut olmaması halinde, failin teşebbüs aşamasında kalan eylemi cezalandırılmayacaktır. Bu nedenledir ki teşebbüsle ilgili hükümler tamamlanmış suçlara ilişkin hükümleri genişleten hükümlerdir³⁸¹. Yine teşebbüse ilişkin hükümler, bağımsız bir ceza normu niteliğine sahip olmayıp ancak belli bir suçun tanımlandığı norma bağlı olarak uygulanabilirler³⁸². Dolayısıyla teşebbüs hükümleri ceza kanunun özel kısmında düzenlenen suçlara ilişkin hükümleri tamamlayan hükümlerdir. Bu nedenle teşebbüs iki kuralın bir araya gelmesiyle oluşan suçun özel bir görünüş şeklidir. Bu kurallar, tamamlanmış suça ilişkin hükümle, teşebbüse ilişkin hükümdür³⁸³.

Bir suçun işlenmesinde bazı aşamalar söz konusu olmaktadır. İşte aşamalardan oluşan bu süreç suç yolu (iter criminis) olarak tanımlanır. Bu süreçte fail öncelikle belli bir suçu işleme kararını alır. Bu aşama düşünce aşaması ya da suç fikrinin ortaya çıkması olarak adlandırılabilir. Bu aşamaya ceza hukuku müdahalede bulunamaz. Sonra fail suçu nasıl işleyeceğine dair hazırlık yapmaya başlar. Örneğin

³⁷⁹ Hafizoğulları ve Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 2727.

³⁸⁰ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 450.

³⁸¹ Sözüer, s. 46.

³⁸² Sözüer, s. 46.

³⁸³ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 450.

mağdurla ilgili bilgileri toplamak, suçta kullanılacak aracın seçimi ya da suçla ilgili planlar yapmak gibi. Bu aşamaya hazırlık aşaması yapılan hareketlere de hazırlık hareketleri denir³⁸⁴. Kural olarak hazırlık hareketleri de cezalandırılmaz. Çünkü bu hareketlerle fail kanunun yasakladığı alanı ihlal etmemiştir³⁸⁵. Nihayet icra hareketlerinin başlaması ve neticenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanır. Teşebbüs, suçun icraya başlanmasıyla tamamlanması arasında söz konusu olan hukuki bir durumdur³⁸⁶. Gerçekten teşebbüsten söz edebilmek için suçun icra hareketlerine başlaması ve fakat neticenin failin elinde olmayan bir nedenle gerçekleşmemesi gerekir³⁸⁷. Bu anlamda icra hareketlerine başlanmakla birlikte failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denir³⁸⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu teşebbüse elverişli suçlar arasında yer alır. Fail işlemeyi kastettiği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa artık teşebbüs hükümleri uyarınca sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması teşebbüs hükümlerini uygulanması için zorunludur. Nitekim hazırlık hareketi niteliğinde olan hareketlerin fail tarafından yerine getirilmesi onun teşebbüsten sorumlu olmasına neden olmaz³⁸⁹.

³⁸⁴ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 448.

³⁸⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 485.

³⁸⁶ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 398.

³⁸⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 485.

³⁸⁸ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 392; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 486.

³⁸⁹ *Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile bir kısım tanık beyanları nazara alındığında sanık Muhammet ile mağdure Zeynep'in 2007 yılı Şubat ayında nişanlandıkları ve aynı yılın Haziran ayında yaşanan anlaşmazlık nedeniyle nişanı bozup ayrılmalarından sonraki dönemde Muhammet'in bir çok kez mağdureye haber göndererek barışma isteğini iletmesine karşılık Zeynep'in anılan teklifi kabul etmediği, bunun üzerine olay gecesi mağdurenin havanın sıcak olması nedeniyle traktör römorkunda yattığından bihaber olan sanık Muhammet'in kardeşi Yakup ve sanık Veli'yle beraber mağdureyi kaçırmak için evine geldikleri, Veli'nin olay mahalline çok yakın bir noktada aracıyla beklediği sırada diğer sanıkların kapıyı zorlamaya başlayıp kapının hemen yanındaki camı kırarak içeri girmek istedikleri sırada durumu görüp müdahale eden mağdurenin ailesi tarafından olay yerinden uzaklaştırıldıkları tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.*

Suç, belli bir süreç içinde işlenilmektedir. Ceza hukuku doktrininde bu sürece suç yolu (iter criminis) denilmektedir. Bu süreçte fail, belli bir suç işleme konusunda bir karar vermekte, sonra bunun icrasına yönelik hazırlık yapmakta ve en sonunda icra hareketlerinin veya neticenin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmaktadır. (Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara-2013, s. 454)

İlk aşama, suç fikrinin ortaya çıktığı düşünce aşamasıdır. Düşünce zihinde kaldığı ve herhangi bir hareketle dış dünyaya yansımadağı sürece ceza hukukunun müdahalesinin dışındadır.

İkinci aşama, suç işleme kararı veren kişinin, suçu işlemek için kullanılacak âletlerin üretilmesi ya da temin edilmesi, eylem yerinin araştırılması veya gözetilmesi, eylemle ilgili çeşitli bilgiler toplanması, suç işlendikten sonra sorumlu tutulmayı önleyici tedbirler alınması, suçtan elde edilecek şeyler için güvenli bir yer ayarlanması gibi eylemlerle gerçekleşen hazırlık hareketleri aşamadır. Hazırlık hareketleri -kanunda açıkça cezalandırılacağına dair hüküm bulunması hâli hariç- kural olarak cezalandırılmaz.

Üçüncü aşama, işlenmesi düşünülen suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanılan icra hareketleri aşamasıdır.(Artuk, Mehmet Emin, Gökcen, Ahmet, Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara-2013, s. 554)

Teşebbüs, suçun tamamlanmasından önce ve fakat hazırlık hareketleri aşamasından sonra gelen, başlanmış ama bitirilememiş bir eylemli evreyi ifade eder.

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin gerekçesinde; 765 sayılı TCK'daki eksik-tam teşebbüs ayırımına son verildiği, bunun uygulamada birçok duraksamaya yol açtığı ve bu ayırımın objektif bir ölçütünün bulunmadığı belirtildikten sonra, getirilen diğer bir yeniliğin ise icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin olduğu, "failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı" yolundaki sübjektif ölçütün kabul edilmesi halinde, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılabileceği, çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesinin mümkün olduğu, suçun icrasıyla ilgisiz davranışların dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabileceği, bu nedenlerle, tasarıdağı "kastı şüpheye yer bırakmayacak" ölçütünün madde metninden çıkartılarak "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütünün kabul edildiği, böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı açıklanmıştır.

Ayrıca kullanılan aracın suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gerektiği, ancak elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fil yönünden bulunması gerektiği, bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden "uygun hareketler" kavramının dahil edildiği, belirtilmiştir.

Failin yapmış olduğu hareketin suç tipi bakımından sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı somut olaya göre belirlenmeli, eğer elverişli olmadığı saptanırsa anılan hareket hazırlık hareketi kabul edilerek teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması yolu tercih edilmeli, aksi takdirde ise elverişli hareketlerin gerçekleştirilmesinin elde olmayan engel nedeniyle tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen yine engel sebepten dolayı aranan tipik neticenin gerçekleşmemesi nedeniyle sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek ilgili suça teşebbüsten dolayı cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

Görüldüğü gibi 765 sayılı TCK'da icra hareketlerinin başlangıcı konusunda açık bir ifadeye yer verilmezken, 5237 sayılı TCK'da doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü kabul edilmiştir.

Dördüncü aşama ise, suç tipinde neticenin öngörüldüğü durumlarda netice aşamasıdır.(Artuk, Gökcen, Yenidünya, s. 555)

Tüm bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; mağdurenin traktör römorkunda yattığından haberi olmayan sanıkların, onun evde olduğunu düşünerek evin kapısını zorlamaları, kapının hemen yanındaki camı, kapı kilidini açmak için kırmaları ve çıkan sesler üzerine gelen aile bireyleri tarafından uzaklaştırılmaları şeklinde gelişen olayda, mağdureyi kaçırmak için evin kilitli kapısını açmak maksadıyla zorlayıp yandaki camı kıran sanıkların o ana kadar gerçekleştirdikleri hareketlerin cebir, tehdit veya hile kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için aranan "Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak..." iktidarına sahip olmadığı, sanıkların bu eylemleri nedeniyle konut dokunulmazlığının ihlali suçuna teşebbüs ve mala zarar vermek suçlarından dolayı ayrıca mahkeme tarafından mahkûmiyetlerine karar verildiği hususu da gözönünde bulundurulduğunda, mevcut haliyle bu hareketlerin hazırlık hareketleri sayılabileceği ve hazırlık hareketlerinin de kanuni istisnalar dışında cezai sorumluluk doğurmayacağı sabit olduğundan, dosya içeriği nazara alınıp sanık Veli'nin

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bir kesintisiz suçtur. Bu nedenle teşebbüs ancak suçun tamamlanmasına kadar mümkündür³⁹⁰. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin kısıtlanmasıyla tamamlanmış olur. Her ne kadar suçun oluşması için belirli bir süre aranmasa da hürriyetten yoksun kılma durumunun kısa veya uzun bir süre devam etmesi gerekir³⁹¹. Dolayısıyla mağdurun iradesine uygun olarak hareket edebilme serbestisi ortadan kaldırıldığında suç tamamlandığından, bu ana kadar gerçekleştirilen icra hareketlerinde failin teşebbüs nedeniyle sorumluluğu doğar.

Teşebbüs suç yolunda icra hareketlerinin başlaması aşaması ile suçun tamamlanması aşaması arasında söz konusu olan bir hukuki durum olduğundan, suçun tamamlanması ve sona ermesi aşamaları teşebbüs açısından bir önem taşımaz. Kesintisiz suçlarda suçun tamamlanması ile sona ermesi aşamaları bir birinden farklı zamanlarda olabilir. Bununla birlikte temadinin oluşması için kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın belirli bir süre devam etme zorunluluğu, bu süre içinde hareket serbestisinin sınırlandırılmasının gerçekleşmemesi halinde teşebbüsü mümkün hale getirir³⁹². Gerçekten de hürriyetten yoksun kılmanın önemsiz veya göz ardı edilebilecek az bir süre için devam etmesi, suçun tamamlanamaması, hallerinde teşebbüsün varlığı kabul edilir³⁹³.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz suçlardan olduğu için suçun tamamlanma anı ile sona erme anı bir birinden farklı olabilir. Örneğin mağdurun bir yere kapatılmasıyla suç tamamlanır fakat suçun sona ermesi mağdurun tekrar özgürlüğüne kavuştuğu andır. Bu anlamda fiilin tamamlandığı ve fakat halen

üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsün kanuni unsurlarının gerçekleşmediği gözetilerek müsnet suçtan beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi, (Yarg. 14. CD. T. 05.03.2015, 2012/14973E., 2015/2476K)

³⁹⁰ Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1204.

³⁹¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 389; Tezcan, Erdem ve Önok s. 506; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 430.

³⁹² Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 430.

³⁹³ Toroslu, Özel Kısım, s. 83; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 506; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3629. *Oluş ve tüm dosya içeriğine göre, husumetleri sebebiyle Osmancık Asliye Ceza Mahkemesinde karşılıklı davaları bulunan sanıklar ve katılanların, köylerine dönmek için ilçe terminalinde bekleyen minibüs içinde tartıştıkları sırada katılanları tehdit eden sanıkların aracın kapılarını kapattıkları ve sanık Recep'in "Bunları götürelim öldürelim" diyerek şoför koltuğuna geçip hareket ettirdiği araçla, yaklaşık 50 metre gittikten sonra katılanların araçtan atlaması üzerine aşağı inen sanıkların katılanlara vurmak suretiyle kasten yaralamaları şeklinde gerçekleşen olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden, (Yarg. 14. CD. T. 23.03.2015, 2014/10591E., 2015/4822 K).*

icrasının devam ettiği sırada üçüncü şahıslar ya da fail tarafından fiilin icrasının sona erdirilmesi durumunda, örneğe göre mağdurun serbest bırakılması ya da kurtarılmasında, artık tamamlanmış bir kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olduğu için teşebbüsten söz edilemez³⁹⁴.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu *salt hareket suçudur*. Bu suçta icra hareketlerinin tamamlanması aşamasına kadar ya da icra hareketlerinin tamamlanması veya hürriyetten yoksun kılmanın gerçekleşmesi fail tarafından gönüllü olarak engellendiğinde gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁹⁵.

B. İştirak

Fail sayısından hareketle suçlar, suç tipi düzenlemesine göre *tek failli suçlar* ve *çok failli suçlar* olarak ikiye ayrılabilirler³⁹⁶. Kural olarak suç tipleri, bir kişi tarafından ihlal edileceği değerlendirilerek belirlenmiştir. Fakat bazen suç tipleri birden fazla kişi tarafından birlikte hareket etmek suretiyle ihlal edilmiş olabilir. İşte bu durumlarda kimin hangi eylemi nedeniyle nasıl sorumlu olacağının belirlenmesi için mevcut suç tipi düzenlemeleri yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle suçun işlenmesine doğrudan ya da dolaylı olarak katılanları da konu alan hükümlere ihtiyaç bulunur. İşte bu hükümleri ihtiva eden müesseseye iştirak denir³⁹⁷. Ancak belirtmek gerekir ki çok failli suçlarda suçun işlenebilmesi için birden fazla failin hareketi aranır³⁹⁸. Bu suçlara örnek olarak rüşvet suçu, ihaleye fesat karıştırma suçu gösterilebilir.

Mülga Türk Ceza Kanunu ikilik sistemini benimsemesi nedeniyle asli ve fer'i iştirak şeklinde düzenlemelere yer vermişti. 5237 sayılı TCK'da iştirak faillik, azmettirme ve yardım etme şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler m. 37 ile 41 arasında sırasıyla "faillik", "azmettirme", "yardım etme", "bağlılık kuralı" ve "iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme"dir.

³⁹⁴ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1204-1205.

³⁹⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s.506.

³⁹⁶ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 429.

³⁹⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 551.

³⁹⁸ Özgenç, s. 494.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna iştirak değerlendirildiğinde, bu suça her türlü iştirak mümkündür. Dolayısıyla suç tipindeki fiili bizzat gerçekleştiren, fiil üzerinde tek başına hâkimiyet kuran kişi faildir. Bununla birlikte tipteki fiili almış oldukları birlikte suç işleme kararı kapsamında işleyenler yani fiil üzerinde müştereken hâkimiyet kuranlar ise müşterek faillerdir³⁹⁹. Bu durum aynı zaman da suça etki eden bir hal olarak düzenlenmiştir. Bu hallerde suç birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiği için faillerin cezaları TCK'nın 109/3-b maddesi uyarınca artırılacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda bir başkasının araç olarak kullanılması da mümkündür. Yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu dolaylı faillik haliyle işlenebilir. Araç olarak kullanılan kişinin çeşitli sebeplerle kusur yeteneğinin bulunmaması hallerinde dolaylı failin cezası artırılacaktır. Yine kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna azmettirme ve yardım etme de mümkündür. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna azmettirme ancak suçun icrasına başlanmadan önce mümkündür⁴⁰⁰.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suç olduğu için suçun tamamlanma anı ile sona erme anı bir birinden farklı zamanlardır. Bu durum yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mütemadi bir suç olması, iştirak bakımından önem arz etmektedir. Keza bu suçta, suç sona erene kadar azmettirme dışındaki iştirak şekilleri ile suça katılmak mümkündür⁴⁰¹. Örneğin (A), (B)'yi iki gün hürriyetinden yoksun bıraktıktan sonra, arkadaşı (C)'yi çağırıp (B)'yi iki gün süreyle onun gözetimine bırakması halinde (C) işlenmekte olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna müşterek fail olarak katılmış olacaktır⁴⁰². Yine fail mağduru kaçırmış olsa ve kaçırdıktan sonra arkadaşını arayarak kendilerine kalacak bir yer sağlamasını istese ve arkadaşının bunu yerine getirmesi halinde de failin arkadaşı

³⁹⁹ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1205; “Sanık Mehmet'in, hakkında verilen karar daha önce kesinleşen diğer sanık Hüseyin'le birlikte mağdureye yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu fiil üzerinde ortak hakimiyet kurarak işlediklerinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında, sanığın eyleme iştirakinin 5237 sayılı TCK'nın 37/1. maddesi kapsamında olduğu gözetilerek cezasında aynı Kanunun 109/3-b maddesi ile artırım yapılması gerekirken, eyleme iştiraki yardım eden olarak kabul edilip yazılı şekilde uygulama yapılması sonucunda eksik ceza tayini”(Yarg. 14. CD. T. 15.10.2015, 2013/8986 E., 2015/9422).

⁴⁰⁰ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 419.

⁴⁰¹ Önder, Özel Hükümler, s. 40-41; Önder, Mütemadi Suç, s.111-112; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s. 139.

⁴⁰² Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1205.

olanın yardım eden kapsamında sorumluluğu doğacaktır. Zira her ne kadar suç tamamlanmışsa da henüz sona ermediği için suça katkıda bulunan kişinin sorumluluğu doğacaktır⁴⁰³.

C. İçtima

Belli bir hukuki menfaati korumakla birlikte, işlenen suçta bir eylemle birden fazla hukuki menfaatin ya da farklı eylemlerle aynı hukuki menfaatin ihlal edilmesi durumları suçların içtima olarak tanımlanır⁴⁰⁴. Suçların içtimaı TCK'nın 42 ila 44. maddeleri arasında genel hükümlerde düzenlenmiş olmakla birlikte, özel hükümlerde de özel içtima halleri düzenlenmiştir.

TCK'nın suçların içtima açısından benimsemiş olduğu kural, “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” ilkesidir⁴⁰⁵. Buna göre asıl olan gerçek içtimanın varlığıdır. Başka bir ifade ile birden fazla fiille, birden fazla hukuki yararın ihlal edilmesinde, birden fazla suç meydana geldiğinden gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

Ceza kanunumuzda suçların içtima başlıklı beşinci bölümde bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima hükümleri karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki olan bileşik suç m. 42'de düzenlenmiştir⁴⁰⁶. Buna göre, her biri bağımsız suçları oluşturan fiillerin unsur olarak bir araya getirilerek tek fiil oluşturmaları ve yeni bir suç meydana getirmesi veya bağımsız suçları oluşturan fiillerden birinin diğer suçun cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli şeklini oluşturmaları halinde bileşik suç vardır⁴⁰⁷. Kanunda bir suçun *açıkça* başka bir suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmesi halinde bileşik suç söz konusudur⁴⁰⁸. Aksi halde ise bileşik suçtan söz edilemeyeceği için ne kadar suç varsa o kadar ceza olacaktır. Diğer bir ifade ile gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

⁴⁰³ Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 431.

⁴⁰⁴ Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 589.

⁴⁰⁵ Özgenç, s. 563.

⁴⁰⁶ “Madde 42- (1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturmaları dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

⁴⁰⁷ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 534.

⁴⁰⁸ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 528; Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 591.

Bileşik suç halinde esasında birden çok suç değil, tek fiil ve tek suç, kanuni ifade ile *tek fiil sayılan suç* bulunmaktadır. Tek fiil ise doğal anlamda hareketin tekliğinden değil hukuki anlamda hareketin tekliği esas alınacaktır⁴⁰⁹. Bu itibarla bileşik suçta yer alan hareketlerden bazıları kanunda bağımsız bir suçu oluştururlar. Ancak tüm bu hareketlerin hukuki olarak tek bir suçun haksızlık unsurunu oluşturmasıdır.

Bileşik suç halinde TCK içtima hükümlerinin uygulanmayacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla bileşik suçun failine tek bir ceza verilecektir. Örneğin yağma suçunda faile tehdit/cebiri suçlu hırsızlık suçunun unsurudur ve bu iki suç bağımsız bir suç tipi içerisinde birleşmiştir⁴¹⁰. Yani hareket normatif olarak tektir. Bu nedenledir ki bileşik suç bir suçların içtima hali değildir. Dolayısıyla suçların içtima başlığı altında Kanunda düzenlenmesi doktrinde eleştirilmektedir⁴¹¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir veya tehditle işlenmesi cezaya etki eden bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (TCK m.109/2). Bu itibarla anılan maddedeki düzenleme bir bileşik suç halidir. Zira tehdit ya da cebir suçunun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesinde araç olarak kullanılması hali bir nitelikli hal olarak kanunda açıkça ve ayrıca düzenlenmiştir. Bu durumda bileşik suç hükümleri gereği faile ayrıca tehdit veya cebirden ceza verilmeyecektir.

Yine TCK'nın 109/6. maddesinde “ *Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” şeklindedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında veya işlenmesi amacıyla mağdur karşı gerçekleştirilen TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen yaralama suçunun basit halinin

⁴⁰⁹ Doğal anlamda hareketin tekliği, verilen iradi kararın sonucu olarak gerçekleştirilen bedeni davranışların sayısına göre hareketin tekliği belirlenir. Doğal anlamda hareket tekse, bunun sebebiyet verdiği tipik neticenin sayısı önemli değildir. Örneğin tek mermi ile birden çok kişinin öldürülmesinde tek hareket söz konusudur. *Hukuki anlamda hareketin tekliği* ise hukuki nedenlerden dolayı birden fazla hareketin yapılan değerlendirilmede birlik oluşturduğu hallerde, hareketin tek olduğudur. Doğal anlamda hareketin tek olması aynı zamanda hukuken de hareketin tek olduğunu gösterir. Ancak tam tersi durumlarda yani hareketin çok olduğu durumlarda her zaman hukuki anlamda da hareket çoktur denemez. Örneğin failin birden fazla bıçak darbesiyle mağduru yaralaması durumunda hukuki anlamda hareket tektir (Bkz. Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 490-497).

⁴¹⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 591.

⁴¹¹ Özgenç, s. 569; Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 492; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 591.

oluşması failin ayrıca cezalandırılmasına neden olmaz. Keza bu halde de fail m. 109/2 kapsamında sorumlu olacaktır. Çünkü eylem cebirle gerçekleşmiş olacaktır. Ancak mağdura uygulanan cebir kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halini oluşturması durumlarında fail ayrıca TCK'nın 87. maddesi uyarınca sorumluluğu söz konusu olacaktır.

TCK'da suçların içtimaı başlığı altında düzenlenen bir diğer suç şeklide 43/1. maddede düzenlenen zincirleme suçtur. Zincirleme suç *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumudur.”* Buna göre zincirleme suçtan bahsedebilmek için bir takım şartların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki aynı suçun birden fazla işlenmesi ya da birden fazla fiilin bulunmasıdır. Bu husus madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Keza aynı suçun, aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi durumuna birden fazla fiil vardır. Buradaki birden çok fiilde anlaşılması gereken hukuki anlamda çok sayıda fiilin olmasıdır⁴¹². Aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesinin aranması da bu sebeptir. Keza aynı zaman diliminde ve aynı mekânda gerçekleşen aynı suça ilişkin hareketler *tek* hareket olarak kabul edilir⁴¹³. Dolayısıyla eğer hareketler hukuki anlamda bir fiil oluşturuyorsa burada birden fazla suçtan bahsedilemeyeceği için zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

Zincirleme suçu düzenleyen TCK'nın 43. maddesin ikinci fıkrasında ise aynı neviden fikri içtima kuraları düzenlenmiştir. Bir fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş olabilir. Bu durumda bir aynı neviden fikri içtima söz konusudur. Dolayısıyla bir zincirleme suç hali söz konusu değildir⁴¹⁴. Bu nedenle esasında bu kurumun zincirleme suç başlığı altında düzenlenmesi yerine bir aynı neviden fikri içtima kuralı olarak ayrıca düzenlenmesi daha isabetli olabilirdi.

Aynı neviden fikri içtima halinde yani failin bir fiili ile birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlediği hallerde, bir suç vardır ve fail hakkında bir cezaya hükmolunacaktır. Ancak bu halde faile verilen ceza zincirleme suç hükümleri gereği artırılabilecektir⁴¹⁵. Ayrıca belirtilmelidir ki TCK'nın 43/3. maddesine göre, kasten

⁴¹² Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 498.

⁴¹³ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 594.

⁴¹⁴ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 512.

⁴¹⁵ Özgenç, s. 595.

öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Bu suçlarda, fail işlediği suç sayısınca sorumlu olacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda fail tek fiili ile birden fazla mağdurun hürriyetini kısıtladığı ya da aynı mağdura karşı bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediği durumlarda failin tek suç işlediği kabul edilecektir. Ancak cezasında TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümleri uyarınca artırımı gidilecektir⁴¹⁶. Failin fiilinin tek olmadığı durumlarda ise mağdur sayısınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır⁴¹⁷.

Farklı neviden fikri içtima ise TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir. Farklı neviden fikri içtimada fail tek bir fiili ile birden fazla farklı suçların oluşumuna neden olmaktadır. Bu suçların her birinden faili sorumlu tutmak mümkünken kanun koyucu faile bu suçlardan en ağırının cezasının verilmesi ilkesini benimsemiştir⁴¹⁸. Kanun koyucuyu bu suç siyasetine götüren sebep “ *ne bis in idem*” kuralıdır. Fikri içtimada esasında iki farklı suç vardır. Ancak failin tek bir fiili ile bu suçların oluşmasına sebep olmuştur. “ *Ne bis in idem*” kuralı gereği hiç kimse bir fiili nedeniyle iki kez ceza verilemez. Bu itibarla fail tek fiili ile farklı suçları işlemiş ise de tek fiili icra etmesi nedeniyle bu suçlardan en ağır olanını işlemiş gibi kabul edilir ve bundan sorumlu olur⁴¹⁹.

Farklı neviden fikri içtima ile aynı neviden fikri içtimanın ayrıldığı temel nokta failin ikisinde de tek bir fiil icra etmesine karşın farklı neviden fikri içtimada

⁴¹⁶ “Aynı eylemle birden fazla mağdura iftira atarak yağma suçundan tutuklanmalarına neden olan sanık hakkında TCK'nın 43/2. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekirken yazılı şekilde mağdur sayısınca hüküm kurulması,” (Yarg. 14. CD. T. 01.02.2013, 2011/14885 E., 2013/1014K).

⁴¹⁷ “Dosya içeriğine göre, olay günü mağdur Erol ve Emine'nin arabayla Güveçli Ovasında piknik yapmaya gittiklerinde yaş küçüklüğünden dolayı dosyası ayrılıp yargılaması ayrı yapılan sanık Nurullah ile diğer sanıklar Muhsin ve İbrahim'in aracın yanına geldikleri, sanık Muhsin elinde bıçak bulunduğu halde diğer sanık Nurullah ile mağdur Erol'u kolundan tutarak zorla aracın uzağına götürüp konuştuktan sonra tekrar aracın yanına getirdikleri, sanık Nurullah'ın diğer sanıklarla birlikte mağdur Erol ve mağdure Emine'yi gasp edip araca bindirerek, yine bıçak kullanmak ve tehdit etmek suretiyle Güveçli Köyüne yakın bir yere kadar götürüp burada mağdurları serbest bıraktıkları anlaşıldığından, sanık Nurullah'ın diğer sanıklarla birlikte her iki mağduru araca bindirmeleri eyleminde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun TCK'nın 43/2. maddesinde belirtilen şekilde tek eylemle gerçekleşmeyip, mağdurlara yönelik ayrı ayrı eylemlerle gerçekleşmesi nedeniyle her bir mağdur yönünden hürriyetten yoksun kılma suçunun oluştuğu...,” (Yarg. 14. CD. T. 04.06.2013, 2011/15324 E., 2013/7098 K).

⁴¹⁸ Özgenç, s. 603.

⁴¹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 606.

bir birinden farklı suçlar oluşurken, aynı neviden fikri içtimada ise birden fazla aynı suç oluşmaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi hali TCK'nın 109/5. maddesinde cezaya etki eden nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlerken cinsel amaçlarla hareket etmesi onun anılan madde kapsamında sorumluluğunu doğuracaktır. Bu durumda failin ayrıca cinsel dokunulmazlığına karşı suçlardan birini işlemesi gerekmez. Ancak fail cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birini de işlemesi halinde artık fail hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de işlediği cinsel dokunulmazlığa karşı suçtan sorumlu olacaktır. Fail cinsel saldırıda bulunmak için kaçırdığı mağdura karşı aynı zamanda cinsel saldırıda da bulunursa artık gerçek içtima kuralları gereği hem TCK'nın 109. maddesinden hem de 102. maddesinden sorumlu olacaktır. Fakat cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında mağdurun hürriyeti zorunlu olarak bir süre kısıtlanmaktadır. Bu hallerde yani cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının işlenmesi süresiyle sınırlı olan hallerde fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacaktır⁴²⁰. Kanaatimizce bu durumda bir farklı neviden fikri içtima durumu söz konusudur. Keza fail mağdurun cinsel dokunulmazlığın ihlal ederken aynı fiille onun aynı zamanda hareket serbestisini de elinden almaktadır. Buna göre fail gerçekleştirdiği hukuki anlamda tek fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebep olmuştur. TCK'nın 44. maddesi gereğince de en ağır olan suçtan cezalandırılmalıdır. Bu itibarla fail kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan değil ağır olan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçtan cezalandırılmalıdır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m. 223), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m. 234), iftira (m. 267) ve yalan tanıklık (m. 272) suçları arasında içtima etmektedir. Bunlardan ilki olan ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunda failin gerçekleştirdiği tipik hareket sonucunda aracı sevk ve idare eden ve/veya yolcuların hürriyeti de kısıtlanmış olacaktır. Kanun koyucu bu durumda TCK'nın 223/4. maddesinde failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da sorumlu olacağını

⁴²⁰

Tezcan, Erdem ve Önok, s. 508; Bkz. Yukarıda s. 51.

düzenlemiştir⁴²¹. Dolayısıyla burada bir gerçek içtima hali mevcuttur. Fail hem m. 223 den hem de m. 109'dan sorumlu olacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu düzenleyen m. 234/1 arasında bir görünüşte içtima durumu söz konusudur. Madde 234/1 “*Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre velayet yetkisi elinden alınan ana veya baba ya da üçüncü derece dahil kan hısmı onaltı yaşının tamamlamamış çocuğu cebir veya tehdit olmadan kaçırmayı hali TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna göre özel norm niteliğindedir. Özel- genel norm ilişkisi gereği artık genel normdan failin sorumlu tutulamaz. Genel norm geriye yitilir ve özel norm üstün tutulur⁴²². Yani bu durumda fail sadece m. 234/1'den sorumlu olacaktır.

İşlenen iftira suçu nedeniyle mağdur hürriyetinden yoksun kalmışsa, gözaltına alınmış ya da tutuklanmışsa, fail kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılacaktır. Gerçekten de TCK'nın 267/4. maddesi “*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.*” demek suretiyle bu durumu düzenlemiştir. Diğer bir ifade ile iftira suçu nedeniyle mağdur özgürlüğünden mahrum kalmışsa artık failin sorumluluğu gerçek içtima kuralları gereği iftira ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarıdır.

Aynı şekilde yalan tanıklık suçunun düzenlendiği m. 272/5 “*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*

⁴²¹ “Bu suçların işlenmesi sırasında kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi dolayısıyla ayrıca cezaya hükmolunur.” (m. 223/4).

⁴²² Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s. 616.

sorumlu tutulur.” hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre yalan tanıklık sonucunda aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi, gözaltı veya tutuklanma gibi bir nedenle özgürlüğünden mahrum kalmışsa fail hem yalan tanıklıktan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza alacaktır.

VII- BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Çocuğun Kaçırılması Ve Alıkonulması Suçu İle Karşılaştırma

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu aile düzenine karşı suçlar bölümünde m. 234’de “*Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı 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.*

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

(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.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suçla korunan hukuki yarar veli veya vasinin aile hukukundan doğan velayet ve vesayet hakkıdır⁴²³. Suçun aile düzenine karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmesi de bunun bir göstergesidir. Keza maddenin gerekçesinden “*bu maddeyle çocuk üzerindeki velâyet veya vesayet hakları korunmaktadır.*” demekle bu suçla korunan hukuki yararın velayet veya vesayet hakkı olduğu belirtilmiştir.

Suçun düzenlendiği maddenin birinci fıkrası bakımından fail, velayet yetkisi elinden alınmış ana, baba veya üçüncü dereceye kadar kan hısmıdır. Buna göre bu fıkradaki suç ancak belirli failler tarafından işlenebilmektedir. Dolayısıyla bir özgü suç

⁴²³ Ayşe Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta, İstanbul, 2009, s. 179; Recep Gülşen, “Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)”, İUHFD, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, (Çocuğun Kaçırılması), s. 590; Tezcan, Erdem ve Önok NOK, s. 765; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 777.

söz konusudur⁴²⁴. Ancak maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suç yönünden fail herkeştir. Kanun koyucu burada fail yönünden belirli bir kişi olma özelliği getirmemiştir⁴²⁵.

TMK'nın 335. maddesine göre “*ergin olmayan çocuk, ana ve basının velayet altındadır. Yasal sebepler olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz*”. Evlilik süresince velayet hakkı elinden alınmamış olan ana veya baba bu suçun faili olamaz. Bu itibarla ana- babadan biri fiilen ayrı yaşasa da kendi çocuğu alıkoyması veya kaçırmaması durumunda bu suç oluşmayacaktır⁴²⁶. Kanun koyucu ana veya babanın bu suçun faili olabilmesi için velayet yetkisinin elinden alınmış olmasını aramaktadır. Velayet yetisinin kaldırılmadığı diğer tüm durumlarda ana veya baba bu suçun faili olamayacaklardır. Buna göre evlilik dışı olan çocuğun velayeti anneye ait olduğundan (TMK. m. 337) çocuğun biyolojik babasının çocuğu kaçırmaması ya da alıkoyması halinde de bu suç oluşmayacaktır. Zira velayet yetkisine baba hiç sahip olamamıştır. Ancak Yargıtay bir kararında bu halde de suçun oluşacağını kabul etmiştir⁴²⁷. Buna karşılık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda fail yönünden bir sınırlandırma söz konusu değildir. Başka bir ifade ile fail herkeştir.

Çocuğun kaçırılması veya alıkonulmasında mağdur, velayet hakkı sahibi olan ana ve/veya baba ile vesayet hakkı sahibi veya çocuğun bakımı veya gözetimi tevdi olunan kişilerdir⁴²⁸. Kaçırılan veya alıkonulan çocuk suçun mağduru değildir. Ancak kaçırılan veya alıkonulan çocuk suçun konusunu oluşturmaktadır⁴²⁹. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda ise mağdur bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden

⁴²⁴ Nuhoglu, s. 181; Gülşen, Çocuğun Kaçırılması, s. 591; “TCK'nın 234/1. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen suçun failinin velâyet hakkı elinden alınmış ana ya da baba olabileceği, sanığın bir süre nikahsız yaşadıkdan sonra ayrıldığı katılan Meral'da bulunan ve 23.11.2009 tarih ve 2939 nolu tanıma senedi ile babalığı nüfusa tescil edilmiş olan sanığın, kendisinin de velisi olduğu çocuğu kaçırma eyleminde, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi,” (Yarg. 14. CD. T. 29.04.2013, 2013/1112E2013/5223K).

⁴²⁵ Nuhoglu, s. 181.

⁴²⁶ Gülşen, Çocuğun Kaçırılması, s. 591.

⁴²⁷ “Sanık Sinan'ın katılan anne Nursel ile gayri resmî evliliklerinden olma müşterek çocuklarının bulunduğu, 4721 sayılı Medeni Kanunun 337. maddesine göre evli olmayan ana ve babalarda velâyetin anaya ait olduğu, tabii baba olan sanığın yasal olarak velâyet sahibi olmadığı, sanığın üzerinde velâyet yetkisi bulunmayan çocuğunu velâyet sahibi annesinin yanından rızası dışında kaçırıp alıkoyması olayda TCK'nın 234/1. maddesindeki suç oluştuğu halde...” (Yarg. 14. CD. T. 17.04.2013, 2012/9959E., 2013/4602K).

⁴²⁸ “TCK'nın 234/1. maddesinde düzenlenen suçun mağduru kaçırılan ya da alıkonulan çocuğun kanuni temsilcisi olduğu, suç konusu çocuğun suçtan zarar görmesi söz konusu olmadığından çocuğa atanan vekilin temyiz hakkı bulunmaması...” (Yarg. 14. CD. T. 27.02.2014, 2012/11237E., 2014/2430K).

⁴²⁹ Nuhoglu, s. 183; Gülşen, Çocuğun Kaçırılması, s. 593; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 968.

yoksun bırakılan kişidir. Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdur ile suçun konusu birleşmektedir.

Çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçunda kanuni tipte yer alan fiil çocuğun kaçırılması veya alıkonulmasıdır. Bu suç düzenleniş itibarıyla seçimlik hareketli bir suçtur. Aynı zamanda bu suç da kesintisiz bir suçtur⁴³⁰. Maddenin üçüncü fıkrası yönünden ise fiil “*Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tut*”madır. Kısaca belirtmek gerekirse fiil “yanında tutmadır”⁴³¹. Suçun manevi unsuru ise genel kastır.

Çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki ilişki esasında kendisini daha çok m. 234/3 kapsamındaki durumlarda göstermektedir. Yargıtay kararlarıyla istikrar kazanmış uygulamaya göre 15 yaşını tamamlamamış çocukların rızası kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda fiili hukuka uygun hale getiremediğinden bu yaş grubundaki çocuklara karşı kaçırma veya alıkoyma eylemleri (m. 234/1-2’deki durumlar hariç) kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Ancak 15 yaşını tamamlamış fakat 18 yaşının tamamlamamış çocukların ise kendi hareket serbestileri üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunduğu kabul edilmekle bunların rızasıyla failin yanında kalması ya da faille birlikte hareket etmesi halinde bu kez çocuğun ana- babasının ya da vasisinin şikâyeti üzerine failin m. 234/3 kapsamında sorumluluğu söz konusu olacaktır. Zira bu madde ile korunan hukuki yarar veli veya vasinin velayet ya da vesayet hakkıdır⁴³².

⁴³⁰ Nuhoğlu, s. 185; Gülşen, Çocuğun Kaçırılması, s. 597.

⁴³¹ Nuhoğlu, s. 186.

⁴³² “TCK’nın 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda korunan hukuki yararın velinin aile hukukundan kaynaklanan velâyet hakkı olduğu ve mağdurenin babası katılan Hamdi’nin de aşamalarda sanıktan şikâyetçi olduğunu beyan ettiği gözetilmeden...” (Yarg. 14. CD. T. 29.04.2015, 2013/7711E., 2015/5928K). Ancak burada 15 yaşın bir sınır olarak kabul edilmesini yerinde bulmuyoruz. Bu konuda yukarıda ilgilinin rızası başlığı altında açıklama yapıldığından tekrar edilmemiştir. Bkz: 67-74.

B. İcra Ve İflas Kanunu Madde 341 İle Karşılaştırılması

İcra ve İflas Kanun *çocuğun teslimi emrine muhalefet başlığı* altında 341. maddesinde “*Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.*” düzenlemesine yer vermiştir. Bu düzenleme ile gerek “*çocuk teslimi*” (İİK. m. 25) gerekse de “ *çocukla kişisel ilişki kurulması* ”na (İİK. m. 25a) ilişkin ilamların veya ara kararların gereğinin yerine getirilmesinin ya da gereğinin yerine getirilmesinin engellenmesini cezalandırmıştır⁴³³.

Bu suçun oluşa bilmesi için öncelikle çocuğun teslimi ya da çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir kesinleşmiş ilam veya bu yönde bir ara kararın varlığı gerekir. Fail ise aleyhine karar verilen, çocuğun teslim etmesi emredilen ana- baba ya da bu kişilere yardım eden üçüncü kişilerdir⁴³⁴. Başka bir ifade ile suçun faili borçlu ve ona yardım edenler olabilir⁴³⁵. Suçun mağduru ise lehine karar verilmiş ana- baba yani alacaklıdır.

Bu düzenlemeden anlaşılan çocuğun teslimi konusunda bir mahkeme kararının bulunduğu ve bu kararın icra edildiğidir. İşte bu icra takibine karşı failin takibin sonuçsuz kalması için yani çocuğu teslim etmemesi ya da teslim edilmesinin engellenmesi halinde söz konusu düzenlemeye göre sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda ne bir mahkeme kararı ne de bu karara bağlı bir icra takibinin varlığına ihtiyaç vardır. Ayrıca belirtilmelidir ki İİK’nın 341. maddesindeki fiili icra edenler tazyik hapsiyle karşı karşıya iken kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda ise fail hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

⁴³³ Talih Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Cilt: 13, (İİK . 308-370), Turan Kitabevi, 2. Baskı, 2010, s. 21360.

⁴³⁴ Uyar, s. 21365.

⁴³⁵ Mustafa Oskay, Adnan Deynekli, Coşkun Koçak ve Ayhan Doğan, **İİK Şerhi, Madde 277-370**, Cilt: 5, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 6645; “*Müşteki, sanık anlatımları ve tüm dosya kapsamına göre, Aşkale Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/115 Esas sayılı dosyasında 22.12.2005 sayılı karar ile müşteki vekilinin çocukların babanın yanında olduğunu beyan ederek, velayetlerinin davacı anneye verilmesini talep etmesi üzerine, mahkemece müşterek çocukların dava süresi boyunca annenin yanında bulundurulmasına karar verildiği, buna karşın sanık tarafından çocuğun anneye teslim edilmediği, anneye teslimine karar verilen çocuğun teslimine muhalefet etmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığın eyleminin İİK’nın 341. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği...*” (Yarg. 14. CD. T. 03.06.2013, 2012/11568E., 2013/6943K).

VIII- YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

A. Yaptırım

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesinin birinci fıkrasına göre, failin bu madde kapsamındaki eylemine bir yıldan beş yıla kadar cezayı yaptırım öngörülmüştür. Fail hakkında bu madde uyarınca verilecek ceza alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirir bir neden olmadığı takdirde alt sınırdan hükmedilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilecek ya da hapis cezası olarak bırakıldığı halde ertelenebilecektir. Çünkü TCK'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.”* Verilen kısa süreli hapis cezası da aynı Kanunun 50. maddesi uyarınca adli para cezasına veya diğer seçimlik yaptırımlara çevrilmesi mümkündür. Ancak bu maddenin uygulanmasından sonra belirlenen seçimlik yaptırım TCK'nın 51. maddesine göre ertelenemeyecektir. Zira maddeye göre, *“İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir.”* Yine fail suçu işlediği sırada onsekiz yaşından küçük veya altmışbeş yaşından büyük ise ertelenebilecek hapis cezasının üst sınırı üç yıl olacaktır (TCK m. 51). Ancak fail hakkında iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezasına hükmedilmiş ise CMK'nın 231/5. maddesi uyarınca verilen hüküm açıklanması ertelenebilecektir.

TCK'nın 109/2. maddesinde ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek amacıyla ya da işlenildiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılmasına iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Failin bu maddeye uygun eylemi karşısında ona alt sınırdan hapis cezası tayin edildiğinde bu hapis cezası ertelenebilecek veya hakkında verilen hükmün açıklanması geriye bırakılabilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılması suretiyle, üstsoy, altsoy, veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde failin cezasının bir kat artırılacağı TCK'nın 109/3. maddesinde

düzenlenmiştir. Buna göre failin eylemine TCK m. 109/1 veya 2. maddesi uyarınca belirlenecek temel ceza bir kat artırılacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sonucundan mağdur ekonomik açıdan büyük bir kayıp yaşamışsa bu kez fail hakkında TCK'nın 109/4. maddesi de uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, failin eylemine aynı maddenin 1, 2 ve 3. fıkraları uyarınca hapis cezası tayin edilmesinin yanın da 4. fıkra uyarınca ayrıca bin güne kadar adili para cezasına hükmedilecektir. Fıkroda adli para cezasının alt sınırı belirtilmemiştir. TCK'nın 52/1. maddesine göre, adli para cezaları beş günden az olamaz. Bu itibarla fail hakkında TCK'nın 109/4. maddesinin uygulanması sırasında verilebilecek en az adli para cezası beş gün üzerinden belirlenecektir. Yine adil para cezası bir tam gün karşılığı olarak en az yirmi en fazla yüz Türk Lirası olarak failin ekonomik durumuna göre belirlenecektir (TCK m. 52/2).

TCK'nın 109/5. maddesine göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu cinsel amaçla işlenilmesi halinde fail hakkında önceki fıkralarda belirlenen cezanın yarı oranında artırılması düzenlenmiştir. Buna göre, fail hakkında 1 veya 2. fıkra kapsamındaki eylemine belirlenen temel ceza üzerinden koşulları bulunması halinde 3. fıkra uyarınca bir kat artırım yapıldıktan sonra bu kez suç cinsel amaçla da işlemiş ise bulunan ceza miktarı yarı oranında artırılacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleşmesi durumunda faile TCK'nın 109/6. maddesi uyarınca ayrıca kasten yaralama suçundan da ceza verileceği düzenlenmiştir.

TCK'nın 111. maddesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceğini düzenlemiştir. Tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirleri ise TCK'nın 60. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, *“Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.”* Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sonucunda bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette

bulunun özel hukuk tüzel kişinin yararına haksız bir menfaat sağlarsa bu hüküm gereği izni iptal edilecektir. Ancak TCK'nın 60/3. maddesi de unutulmamalıdır. Zira bu güvenlik tedbirlerinin uygulanması işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cezayı azaltan şahsi bir sebep olarak TCK m. 110' da etkin pişmanlık hükmü düzenlemiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen fail, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadar indirileceği düzenlenmiştir.

Kasten işlenebilen suçlardan olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda faile hapis cezasının verilmesi sonucunda, hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak belirli haklardan yoksun bırakılacaktır. Bu düzenleme ise TCK m. 53'de yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasında sayılan hakları mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanamayacaktır.

B. Kovuşturma

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu TCK'nın 109. maddesindeki düzenleniş biçiminden de anlaşılacağı üzere takibi şikâyeteye bağlı olmayan re'sen soruşturma ve kovuşturmaya tabi bir suçtur.

Bu suç kamu görevlisi tarafından görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Kamu görevlisinin adliyeyle ilişkin görev veya işler dolayısıyla bu suçu işlemesi durumunda CMK' nın 161/5. maddesi uyarınca soruşturma cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya yapılacaktır⁴³⁶.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. maddesine göre mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletirici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı dikkate alınmalıdır. Aynı Kanunun 11 ve 12. maddeleri de birlikte değerlendirildiğinde kişiyi

⁴³⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 391.

hürriyetinden yoksun kılma suçuna bakmakla görevi mahkemelerin Asliye Ceza Mahkemeleri olduğu anlaşılacaktır.

Kesintisiz suçlarda yetkili mahkemenin belirlenmesi hususunda önem arz eden nokta ise kesintinin nerede gerçekleştiğidir. CMK'nın 12/2. maddesine göre kesintisiz suçlarda yetkili mahkeme kesintinin gerçekleştiğı yer mahkemesidir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da bir kesintisiz suç olduğundan yetkili mahkeme kesintinin gerçekleştiğı yani mağdurun özgürlüğüne kavuştuğı yer Asliye Ceza Mahkemesi olacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda dava zamanaşımı süreleri TCK m. 109/1 kapsamındakiler için sekiz yıldır. Anılan maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarında ise bu süre onbeş yıl olacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kesintisiz bir suç olması nedeniyle zamanaşımı süreleri TCK'nın 66/6. maddesi uyarınca kesintinin gerçekleştiğı günden itibaren işlemeye başlayacaktır.

SONUÇ

TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan hukuki değer kişinin iradesine göre özgürce hareket edebilmesi, hareket serbestisidir. Hareket serbestisi, kişinin sadece hareket özgürlüğünü değil aynı zamanda hareket etmeme özgürlüğünü de kapsamaktadır. Bu suçun düzenlenmesi ile kişilerin hukuka aykırı olarak bulunduğu yeri değiştirme veya değiştirmeme özgürlüklerini sınırlayanların cezalandırılması amaçlanmıştır. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla kişinin vücut dokunulmazlığının da korunmak istendiği söylenebilir. Zira zorunlu olmasa da bu suçun işleniş şekilleri dikkate alındığında genellikle mağdurların vücut dokunulmazlıkları da ihlal edilmektedir. Yine kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak işlenmesi halinde de her ne kadar kamunun itibarı zedelenmiş olsa da öncelikli hukuksal yarar kişinin hareket serbestisinin korunmasıdır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda faillik açısından aranan özel bir durum söz konusu değildir. Başka bir ifade ile bu suçun faili herkes olabilir. Ancak faildeki bazı özellikler ve fail sayısı suça etki eden haller olarak TCK'nın 109/3. maddesinde düzenlenmiştir. Örneğin suçun kamu görevinin verdiği nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ya da birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi veya failin mağdurun altsoy, üstsoy veya eşi olması halleri nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdur yönünden de herhangi bir özellik aranmamakta, teknik araçlarla veya bir başkasının yardımıyla da olsa hareket özgürlüğüne yani yer değiştirme yeteneğine sahip herhangi bir gerçek kişi bu suçun mağduru olabilir. Bu suçla korunmakta olan hareket serbestisi aktüel hareket serbestisiyle birlikte potansiyel hareket serbestisidir. Bu itibarla mağdurun o anda hareket hürriyetini kullanıp kullanmadığına ve yine o an için mağdurun hareket yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmaksızın objektif olarak her nasılsa hürriyeti sınırlanan herhangi bir kişinin bu suçun mağdurunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Nitekim kanun koyucu TCK'nın 109/3-f maddesinde suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olanlara karşı işlenmesini suça etki

eden nitelikli bir hal olarak düzenlemiştir. Öte yandan Anayasanın 19. maddesi uyarınca “*herkes kişi hürriyetine ve güvenliğine sahiptir*”. Bununla birlikte kanun koyucu bazı nitelikteki mağdurlara karşı bu suçun işlenmesine önem atfederek bu eylemlere öngörülen ceza miktarını artırmıştır. Örneğin bu suçun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde ceza miktarı artırılmıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda tipik olan hareket bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmaktır. Suçun düzenleniş şekli itibarıyla bir kimsenin bir yere gitmesinin ya da bir yerde kalmasının engellenmesi suretiyle işlenebilen seçimlik hareketli suçtur. Yine kanun koyucu suçun işlenmesinde ne bir araca ne de bir harekete önem atfettiğinden serbest hareketli bir suçtur. Suçun oluşabilmesi için failin mağdurun her türlü kaçış ve kurtuluş yolunu kapatması gerekmeyp, mağdurun karşı karşıya kaldığı engelleri kolaylıkla aşamayacak veya kolaylıkla istediği gibi hareket edemeyecek olması yeterlidir.

Bu suç tipindeki hareket icraî ya da ihmali hareketle gerçekleştirilebilir. Fakat TCK’daki ihmali suçların düzenleniş şekli, çeşitli suç tiplerin için özel hükümler içerisindedir. TCK’nın genel hükümlerinde ihmali suçlarla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanundaki ihmali suçların düzenlenişleri dikkate alındığında da bunların ortak bir özelliğe veyahut da belirli bir sisteme göre düzenlendiği sonucuna da varılamamaktadır. Bu itibarla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda tipteki hareket ihmali hareketlerle de gerçekleştirilebilirse de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu özel olarak ihmali suçla işlenebilir olarak düzenlenmemesi nedeniyle ihmali suretle bu suç işlenemeyecektir. Aksinin kabulü kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı ilkesinin ihlalini oluşturacaktır.

Kesintisiz bir suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda suçun oluşabilmesi için mağdurun bir an tutulması ya da başka bir şekilde çok kısa bir süreliğine engellenmesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Zira suçun oluşabilmesi için kişinin hürriyetinden mahrum bırakılması hukuken önemli bir zaman dilimini kapsamayı gerektirmektedir. Kesintisiz suçun oluşması için failin hukuka aykırı olarak ihlal ettiği hukuki yararın, hukuken önemli olacak bir süre içinde fiilini devam ettirmesini gerektirir. Kanun koyucu suç tipini düzenlerken bu süreyle ilgili olarak

herhangi bir düzenlemede bulunmamıştır. Bu nedenle bu sürenin hukuken önemli bir süre olup olmadığını somut olayın özelliklerine göre hâkim takdir edecektir. Yine kişiyi hürriyetinden mahrum bırakılan sürenin suçun oluşması için yeterli olmasıyla birlikte fakat oldukça uzun olması ya da kısa bir süreyi kapsaması durumu failin ceza sorumluluğuna nasıl etki edeceği hususunda TCK'nın 109. maddesinde bir düzenleme yoktur. Örneğin kaçırdığı kişiyi bir ay boyunca hapseden fail ile bir gün ya da bir saat hapseden fail arasında suçun cezası yönünden bir ayrım yoktur. Ancak cezanın belirlenmesinde suçun işleniş şekli, fail kastının yoğunluğu gibi hususlar dikkate alınarak adalet ve hakkaniyete uygun bir cezanın belirlenmesi için uzun süreli hürriyetten yoksun bırakmalarda alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmelidir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesinin 2. fıkrası ve devamında bir kısmı mülga Ceza Kanununda da bulunan bir kısmı ilk kez getirilin suça etki eden nitelikli haller düzenlenmiştir. Bunlar, failin tipteki fiili gerçekleştirmek için veya gerçekleştirdiği sırada mağdura cebir, tehdit veya hile kullanması, suçun silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, yerine getirilen kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin vermiş olduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenilmesi, suçun mağdurun ekonomik açıdan önemli bir kaybına neden olması, suçun cinsel amaçla işlenmesi ve suçun işlenilmesi amacıyla veya işlenilmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesidir.

Kanunda düzenlenen suç tipinin fail tarafından gerçekleştirilmesi halinde karine olarak failin fiili hukuka aykırıdır. Buna göre fiil tipe uygunsa karine olarak hukuka aykırıdır. Dolayısıyla fiilin ayrıca hukuka aykırı olup olmadığının araştırılması gerekmez. Fakat TCK'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da olduğu gibi bazı suç tiplerinde kanun koyucu ayrıca hukuka aykırılıktan bahsetmektedir. Bu haller hukuka özel aykırılık olarak tanımlanır. İşte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da bir hukuka özel aykırılık durumu söz konusudur. Bu nedenle failin bu suçtan sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırılık bilinciyle hareket ettiğinin de belirlenmesi gerekir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda tüm hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanı bulabileceği söylenmelidir. Ancak ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenin uygulanması açısından özellik arz eden durum mağdurun kendisine karşı işlenen suça rızasını açıklama ehliyetine sahip olup olmadığının nasıl belirleneceğidir. Kuşkusuz bu belirlemede kişinin yaşı ve algılama yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı önemli olacaktır. Ne TCK'nın genel hükümlerinde ne de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen m. 109'da rızanın geçerli sayılmasını düzenleyen bir yaş sınırı mevcuttur. Ancak Yargıtay istikrar arz eden kararlarında mağdurun geçerli bir rızasından bahsedilebilmesi için onbeş yaşını doldurmuş olmasını aramaktadır. Bu sonuca varmasında ise çocukların cinsel istismarını düzenleyen hüküm önemli bir rol oynamaktadır. Fakat kanaatimizce bu yaklaşım hatalıdır. Ayırt etme yeteneğine sahip mağdurun rızası kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirmelidir. Bununla birlikte mağdurun yaşı da ayırt etme gücüne olumsuz bir etkide bulunmamalıdır. Bu hususta TCK'nın getirmiş olduğu fiili anlama ve sonuçlarını algılama yeteneğİ noktasındaki sınırlamaların uygulanmasının daha isabetli olacağı kabul edilmelidir. Yine Yargıtay küçük mağdurların rızasının bu suç açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için failin meşru amaçla hareket etmesi gerektiğini belirten kararları da mevcuttur. Ancak söz konusu kararlar ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenin koşullarında olmayan bir unsurun aranmasını içermektedir. Yine kanaatimizce bu kararlarda failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini işlerken ayrıca hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmesi gerektiğı, diğeri bir ifadeyle kastın hukuka aykırılık bilincini de kapsaması koşulunun yanlış bir değerlendirmesi olduğudur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu genel kastla işlenebilen bir suçtur. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suçun oluşması için failin mağduru bilerek ve isteyerek bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinden mahrum bırakması gerekir. Suçun temel şeklinin gerçekleşmesi yönünden failde özel bir amacın olması gerekmez. Fakat failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçun cinsel amaçla işlemesi suça etki eden bir nitelikli hal olarak TCK m. 109/5'de düzenlenmiştir. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olası kastla da işlenebilen bir suç tipidir.

Cezayı azaltan şahsi bir neden olarak etkin pişmanlık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından TCK'nın 110. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun failinin, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına bir zarar vermeksizin, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması halinde cezasında indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile suçtan geri dönüşü ödüllendirmiş ve bu ödül sayesinde mağdurun şahsına bir zarar gelmesini ve özgürlüğüne kavuşmasını sağlamaya yönelik bir düzenleme getirmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs mümkündür. Fakat bu suç kesintisiz bir suç olduğu için ancak suçun tamamlanması anına kadar teşebbüse elverişlidir. Suçun tamamlandığı fakat sona ermediği durumda suça teşebbüs mümkün değildir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu mağdurun iradesine göre hareket etme özgürlüğünün kısıtlanması ile tamamlanmış olacaktır. Bununla birlikte suçun oluşabilmesi için ayrıca mağdurun hürriyetinde kısıtlanma durumunun uzun veya kısa ancak hukuken önemli bir süre devam etmesi gerekir. İşte mağdurun iradesine göre hareket etme serbestisi ortadan kalkıncaya kadar gerçekleştirilen icra hareketlerinde failin teşebbüs nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna her türlü iştirak mümkündür. Ancak dikkat edilmesi gereken husus ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kesintisiz bir suç olması nedeniyle suç sona erene kadar azmettirme dışındaki iştirak şekilleri ile suç tamamlandıktan sonra fakat sona ermediği dönemde de bu suça katılmanın mümkün olduğudur.

Suç tipinin tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı gerçekleştirildiği durumlar dışında, başka bir ifade ile zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulma imkânının dışında suç mağdur sayısınca oluşacaktır. Suçun ikinci fıkrasında failin işlemek için veya işlediği sırada failin cebir veya tehdit kullanması halinde bileşik suç hükümleri gereği fail sadece TCK m.109/2 kapsamında sorumlu olacaktır. Suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin meydana gelmesi halinde fail gerçek içtima hükümleri kapsamında ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumlu olacaktır. Ancak kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış boyutuna ulaşmayan hallerde failin sorumluluğu bileşik suç hükümleri gereği sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma

suçundan olacaktır. Yine suç cinsel amaçla işlenmesi suça etki eden nitelikli bir hal olarak düzenlenmesinin yanı sıra ayrıca fail amacını da gerçekleştirmişse yani mağdura cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı veya cinsel taciz suçlarından birini işlemişse ayrıca bu suçlardan da gerçek içtima hükümleri gereği sorumlu olacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu takibi şikâyeteye tabi olmayan re' sen soruşturulan bir suçtur. Suça öngörülen cezanın üst sınırları dikkate alındığında görevli mahkemenin Asliye Ceza Mahkemeleri olduğu anlaşılmaktadır. Suçun kesintisiz olması nedeniyle yetkili mahkeme kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi olacaktır.



KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, “ Bağıllık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XIV, Sayı: 1, 2010. ss. 167-214.

AKGÜNDÜZ, Ahmed, “ Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’î Tahlili”, İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1, 1999, ss. 1-16.

AKIN, İlhan F. Devlet Doktrinleri, Beta, 2. Baskı, İstanbul 2013.

AKINTÜRK, Turgut ve ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Cilt II., 18. Bası, Beta, İstanbul 2016.

AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK Turgut ve ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Cilt: I., 12. Bası, Beta, İstanbul, 2015.

ALACAKAPTAN, Uğur. İşlenemez Suç, AÜHF Yayınları, No: 223, Ankara (İşlenemez suç).

ALACAKAPTAN, Uğur. Suçun Unsurları, AÜHF Yayınları, No: 263, Ankara 1970, (Suçun Unsurları).

ARTUÇ, Mustafa. Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet ve YENİDÜNYA Ahmet Caner. Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ARTUK, Mehmet Emin. “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996, ss. 48-85.

AYDIN, Devrim. “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı: 1, 2006, ss. 85- 113.

BAYTEMİR, Erdal. Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

CİHAN, Erol. “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit) (TCK.m.179)”, İÜHFM. Cilt, XLI, Sayı 1-2, İstanbul, 1975, ss. 47-69.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer. “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK. m. 109)”, s. 593, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001567/5000000624> (erişim tarihi: 12.05.2015).

ÇINAR Ali Rıza, Tehdit Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

ÇINAR, Ali Rıza ve ŞAHBAZ İbrahim. “Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu”, ABD, Sayı:1, Ankara, 1996, ss. 47-66.

DEMİRBAŞ, Timur. “Kişi Güvenliği”, İÜHFM, Cilt: XLIII, Sayı: 1-4, İstanbul, 1979, ss. 149- 172,(Kişi Güvenliği).

DEMİRBAŞ, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2005, (Genel Hükümler).

DOĞRU, Osman. “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu’’, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.

DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 11. Baskı, Cilt I, İstanbul 1994.

ELMA, Fikret. “Liberal Düşünce Geleneğinin Oluşumu ve John Locke”, http://journal.qu.edu.az/article_pdf/1028_437.pdf (erişim tarihi, 12.05.2015).

ERDEM, Mustafa Ruhan. Türk Ceza Kanunu’nda Silah, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_8.pdf,

ERDOĞAN, Mustafa. Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yay. , Ankara, 2002.

EREM, Faruk. “ Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar”, AÜHFD., Cilt: VIII. , Sayı1-2, 1951 ss. 73- 89, (Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar).

EREM, Faruk. Hürriyet ve Suç, AÜHF Yayınları, Ankara, 1952, (Hürriyet ve Suç).

EREM, Faruk. Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, (Özel Hükümler).

EREM Faruk, “ Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD. , Cilt.: XXV. , Yıl 1968, Sayı1-2, 1968, ss. 11- 33, (Suçun Konusu).

EREM, Faruk/ TOROSLU Nevzat. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, 9.Baskı, Ankara, 2003.

ERİŞ, Uğur. “İç Hukukta AİHS’in 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.

ERSOY, Yüksel. Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara 1973.

GÖKCEN, Ahmet. Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanundaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, (Tanzimat Dönemi).

GÖKCEN, Ahmet. “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109),” <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> (erişim tarihi:3.11.2014), (Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma).

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK A. Şeref. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

GÖZLER, Kemal. Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Bası, Ekin Kitabevi Yay. ,2007, (Anayasa Hukuku).

GÖZLER, Kemal. İdare Hukuku, Cilt II., Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, (İdare Hukuku).

GÖZE, Ayferi. Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 11. Bası, İstanbul 2015.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. “Kişi Hürriyetine Karşı Cürümler”, İBD, Cilt: XLII, Sayı 5-6, 1968, ss. 319- 325.

GÜLŞEN, Recep. Hürriyeti Tahdit Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, (Hürriyeti Tahdit).

GÜLŞEN, Recep. “Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)”, İUHFD, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, ss. 589- 606, (Çocuğun Kaçırılması).

GÜVEN, Mustafa. “ Kişisel Özgürlüğü Sınırlandırma Cürmü” ve “ Şartlı Tehdit Cürmü” ile Karşılaştırılması, AD, Sayı: 3, Ankara, 1981, ss. 311- 324.

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN Muharrem. “Hürriyet Karşı Suçlar”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’A Armağan, Cilt II, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Şubat 2010, ss. 2711-2759, (Hürriyete Karşı Suçlar).

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN Muharrem. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, U.S.A. Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2013, (Özel Hükümler).

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve GÜNGÖR Devrim. “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBBD, Sayı: 69, Mart- Nisan, 2007, ss. 21-50.

HAKERİ, HAKAN. Ceza Hukukunda İhmal Kavramı Ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin, Ankara, 2003.

HEINRICH, Bernd. Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Cezalandırılabilirliğin Temel Esaslar Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, (Ed. Yener Ünver), Çev. Hakan Hakeri ve diğerleri Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

İÇEL, Kayıhan ve EVİK A. Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, Beta Yayınevi, 4.bası, İstanbul, 2007.

JEZE, Gaston. “ Ferdi Hürriyetler”, çev. Mukbil Özyörük, AÜHFD, Cilt III, Sayı: 1, 1946, ss. 214- 227.

KAPANI, Münci. Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yay. , 7. Baskı, (Tıpkı Basım), Ankara, 1993.

KİZİROĞLU, Serap Keskin. “ Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu” Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Beta, Cilt I, İstanbul, 2014, ss. 421- 448.

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2016, (Genel Hükümler).

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2013,(Özel Hükümler).

MALKOÇ, İsmail. Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178), Birinci Cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara 2008.

NUHOĞLU, Ayşe. Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta, İstanbul, 2009.

OSKAY, Mustafa, DEYNEKLİ Adnan, KOÇAK Coşkun ve DOĞAN Ayhan. İİK Şerhi, Madde 277-370, Cilt: 5, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.

ÖNDER, Ayhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, 1. Bası, Beta, İstanbul, 1989, (Genel Hükümler).

ÖNDER, Ayhan. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitapevi, 4. Bası, İstanbul 1994, (Özel Hükümler).

ÖNDER, Ayhan. “Mütemadi Suç”, İÜHFM, Cilt: XXIX, Sayı: 1-2, İstanbul, 1963, ss. 75-120 (Mütemadi Suç).

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar ve TEPE İlker. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2016, (Genel Hükümler).

ÖZBEK, Veli Özer. TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı, Cilt: II, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2008, (İzmir Şerhi).

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar ve TEPE İlker. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2017, (Özel hükümler)

ÖZEK, Çetin. “ Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFM. , Cilt: XXIX, 1964/4, ss. 933-993.

ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12. Bası, Ankara, 2016.

SOYASLAN, Doğan. Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2014.

SÖZÜER, Adem. Suça Teşebbüs, İstanbul, 1994.

ŞAHBAZ, İbrahim. Anayasa'da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğı, 1. Baskı, Adım Yayınları, Ankara, 1994

ŞEN, Ersan. Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, Madde 1-madde 140, Vedat Kitapçılık, 1.Bası, İstanbul, 2006.

TAHİROĞLU, Bülent. Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul, 1969.

TEZİÇ, Erdoğan. Anayasa Hukuku, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2003.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan ve ÖNOK Rıfat Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, 14. Baskı, Ankara, 2017.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan ve SANCAKDAR Oğuz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002.

TOROSLU, Nevzat. Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, (Cürümlerin Tasnifi).

TOROSLU, Nevzat. Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2013, (Özel Kısım).

TUNAYA, Tarık Zafer. Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1980.

Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Ankara, 1991.

UMUR, Ziya. Roma Hukuku Lügati, İstanbul, 1975.

UYAR, Talih. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt: 13, (İİK . 308-370), Turan Kitabevi, 2. Baskı, 2010.

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

ÜZÜLMEZ, İlhan. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Kaşı İşlenen Suçlar Sistemi çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, (Tehdit, Şantaj ve Cebir).

ÜZÜLMEZ, İlhan. “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı: 1,2, 2007, ss. 1183-1210.

YAŞAR, Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa. Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

YAYLA, Atilla. Liberalizm, Ankara, 2002.

YÜCE, Turhan Tufan. “ Temel Hakların Özü kavramı ve Sınırlanması Problemi ”, Dr. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF Yay. No: 351, Ankara, 1974, ss. 637-656.