



SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NA GÖRE
KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

GAMZE DEMİR
1130233502

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Faruk TURHAN

ISPARTA – 2018



SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin Adı Soyadı	Gamze DEMİR	
Anabilim Dalı	Kamu Hukuku	
Tez Başlığı	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu	
Yeni Tez Başlığı ¹ (Eğer değişmesi önerildi ise)	-	
<p>Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılan Yüksek Lisans Tez Savunma Sınavında Jürimiz 11/01/2018 tarihinde toplanmış ve yukarıda adı geçen öğrencinin Yüksek Lisans tezi için;</p> <p style="text-align: center;"><input checked="" type="checkbox"/> OY BİRLİĞİ <input type="checkbox"/> OY ÇOKLUĞU²</p> <p>ile aşağıdaki kararı almıştır.</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarılı bulunmuş ve tez KABUL edilmiştir. <input type="checkbox"/> Yapılan savunma sınavı sonucunda tezin DÜZELTİLMESİ³ kararlaştırılmıştır. <input type="checkbox"/> Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarısız bulunmuş ve tezinin REDDEDİLMESİ⁴ kararlaştırılmıştır.</p>		
TEZ SINAV JÜRİSİ	Adı Soyadı/Üniversitesi	İmza
Danışman	Prof. Dr. Faruk TURHAN/Süleyman Demirel Üni.	
Jüri Üyesi	Prof. Dr. Yüksel METİN/Süleyman Demirel Üni.	
Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAPLAN/Akdeniz Üni.	
Jüri Üyesi		
Jüri Üyesi		

¹ Tez başlığının DEĞİŞTİRİLMESİ ÖNERİLDİ ise yeni tez başlığı ilgili alana yazılacaktır. Değişme yoksa çizgi (-) konacaktır.

² OY ÇOKLUĞU ile alınan karar için muhalefet gerekçesi raporu eklenmelidir.

³ DÜZELTME kararı için gerekçeli jüri raporu eklenmeli ve raporu tüm üyeler imzalamalıdır.

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM-ÖĞRETİM VE SINAV YÖNETMELİĞİ Madde 28-(4) Tezi hakkında DÜZELTME kararı verilen öğrenci sınav tarihinden itibaren en geç üç ay içinde gereğini yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur.

⁴ Tezi REDDEDİLEN öğrenciler için gerekçeli jüri raporu eklenmeli ve raporu tüm üyeler imzalamalıdır. Tezi reddedilen öğrencinin enstitü ile ilişkisi kesilir.

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ SOSYAL
BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya ’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

Gamze DEMİR
02.02.2018

ÖZET

Tezin konusunu TCK md. 109-111'de düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun incelenmesi oluşturmaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma eylemi cezalandırılmaktadır. Suç tipi ile kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti ile bireylerin özgür iradeleri doğrultusunda hareket edebilme serbestilerinin koruma altına alınması amaçlanmıştır.

TCK md. 109'da suçun temel şekli ve nitelikli hallerine yer verilmiştir. Md. 110'da cezayı azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hüküm altına alınmıştır. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri ise md. 111'de düzenlenmiş olup bu madde tehdit, şantaj, cebir ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını kapsayan ortak bir hüküm niteliğindedir.

Kişi hürriyeti, kişinin vazgeçemeyeceği temel haklardandır. Bu hak gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi, gerekse Anayasamızın 19. Maddesindeki düzenlemeler ile de güvence altına alınmıştır. Kişiyi hürriyetinde yoksun kılma suçu da Anayasamızda belirtilen suç ve cezalara ilişkin genel esaslara paralel olarak ceza kanunumuzda yer almıştır.

Çalışmamızda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları, diğer suçlarla ilişkisi, nitelikli halleri ve özel görünüş şekilleri, doktrindeki görüşler ile yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Hürriyet, Kişiyi Hürriyeti, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma

ABSTRACT

The subject of thesis is the examination of 'deprivation of liberty crime' which is arranged at the 109-111 clauses of Turkish Criminal Law. In the deprivation of liberty crime, penalized act is to restrain some one's freedom 'move from somewhere to somewhere" or to "stay at some where '. The offense type puts the freedom of movement and stay at somewhere und reproduction. The main aim of the Turkish Law-Maker is to protect the movement of a person with his/her freewill.

The basic form and aggravating and extenuating circumstance take place at the article 109. Effective repentance is arranged at article 110. Criminal liability of juristic persons provision involving, offense of threat, physical coercion, black mail and deprivation of liberty is arranged at article 111.

Personal liberty is an in defensible basic right and guaranteed by both 'European Convention on Human Rights' article 5 and 'The Constitution of the Republic of Turkey' article 19. Deprivation of liberty crime takes place in Turkish Criminal Law in line with the for mentioned deregulations based on human rights and contemporary penal policy.

Throughout the study, elements of deprivation of liberty crime, relation with the other crimes, qualified version of the offense and specific aspects of the offense are analyzed under the light of doctrine and judicial decisions.

Key Words

Liberty, Personal Liberty, Deprivation of Libert

İÇİNDEKİLER

TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI.....	i
YEMİN METNİ	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HÜRRİYET KAVRAMI, HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLAR, SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I. HÜRRİYET KAVRAMI.....	4
II. HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLAR	5
III. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	7
A. Genel Olarak	7
B. Osmanlı Hukukunda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu.....	10
C. 765 Sayılı TCK'da Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu.....	11
D. 765 Sayılı TCK ve 5237 Sayılı TCK Arasındaki Farklar	11
E. 1982 Anayasasında Kişiyi Hürriyetinin Korunması	15
F. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu.....	19
IV. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUYLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	21
A. Genel Olarak	21
B. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Koruduğu Hukuki Değer	21

İKİNCİ BÖLÜM
KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN UNSURLARI VE
NİTELİKLİ HALLERİ

I. GENEL OLARAK SUÇUN UNSURLARI VE KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI.....	23
A. Fail	24
B. Mağdur	25
C. Hareket	28
D. Netice	35
II. SUÇUN MANEVİ UNSURU.....	37
A. Genel Olarak	37
B. Kast-Taksir Ayırımı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu.....	39
III. HUKUKA AYKIRILIK	43
A. Genel Olarak	43
B. Hukuka Özel Aykırılık	44
C. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Uygulanabilecek Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	47
1. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme	47
2. Meşru Savunma.....	51
3. Hakkın Kullanılması	52
a. Zilyetliğin Korunması.....	53
b. Tedip Hakkı	54
c. Hekimlik Mesleğinin İcrası	56
4. İlgilinin Rızası	57
IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ	61
A. Genel Olarak	61
B. Fiili İşlemek İçin veya Fiilin İşlendiği Sırada Cebir, Tehdit veya Hile Kullanılması.....	63
C. Suçun Silahla İşlenmesi	66
D. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	67
E. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi	68
F. Suçun Eşe, Altsoy veya Üstsoya Karşı İşlenmesi	70
G. Suçun Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi	70
H. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	73
I. Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi	73
V. SUÇUN NETİCE SEBEBİ İLE AĞIRLAŞMIŞ HALİ.....	76

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ
ŞEKİLLERİ, CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN
PİŞMANLIK, YAPTIRIM VE MUHAKEME

I. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	79
A. Teşebbüs	79
B. İştirak	82
C. İçtima	87
1. Genel Olarak	87
2. Bileşik Suç	89
3. Zincirleme Suç	91
4. Aynı Neviden Fikri İçtima	94
5. Farklı Neviden Fikri İçtima	97
II. CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK	99
III. YAPTIRIM.....	100
IV. MUHAKEME.....	105
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	108
KAYNAKÇA	111
ÖZ GEÇMİŞ.....	117

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Başvuru
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	: Esas
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
md.	: Madde
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
s.	: Sayfa No
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Y.	: Yargıtay
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Kişi hürriyeti ve güvenliği en temel insan haklarındandır. Bir anlamda diğer tüm hakların temeli ve esası niteliğindedir. Zira hareket etme serbestisinden yoksun olan bir kimsenin diğer haklarını kullanabilmesi mümkün değildir. Anayasamızda da herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu ve hangi hallerde hürriyetinden yoksun bırakılacağı hüküm altına alınmıştır. Kişi hürriyetine gelebilecek tehlikeler, diğer kişilerden gelebilecek tehlikeler ve devlet eliyle hürriyetten yoksun kılmalar olarak iki ana grupta toplanabilir. Bu çalışmanın konusunu, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşturmaktadır. Bununla birlikte, kişi hürriyetinin devlet organları tarafından da sınırlanması mümkün olup, kişi hürriyetine devlet tarafından gelebilecek tehditler, keyfi uygulamalar ve haksız tutmalar gibi hayati öneme sahip konulara da çalışmada yer verilmiştir.

Devlet, toprak bütünlüğüne bağlı olarak siyasal örgütlü bir ulusun ya da uluslar topluluğunun oluşturduğu tüzel varlık olarak tanımlanabilir ve ülke, insan topluluğu ve egemenlik olarak üç ana unsura sahiptir. Egemenlik unsurunun doğal bir yansıması olan meşru şiddet tekeli elinde tutan günümüz modern devletlerinde de yönetimdeki siyasal iktidarlar, kamu düzeni ve asayişini sağlarken, içerisinde zor kullanma ve hürriyetten yoksun kılmayı da içeren bir takım tedbirlere başvurumaktadırlar. İşte bu noktada, devletleri, bahsedilen bu tedbirleri uygularken insan haklarına saygılı olmaya ve insan onurunu ön planda tutmaya zorlayacak mekanizmalara ihtiyaç olmaktadır. Bu mekanizmalar da devletlerin yargı sistemleri ve uluslararası hukuk platformlarında devletler için bağlayıcılığı olan uluslararası metinlerdir.

Kişi hürriyetinin devlet organları tarafından sınırlanması, diğer fertler tarafından sınırlanmasından çok daha kolaydır. Zira devlet, kurumları ve kolluk kuvvetleri ile teşekkül etmiş büyük bir tüzel kişiliktir. Devlet tarafından gerçekleştirilen sınırlamanın haklı ve hukuka uygun olduğu durumlarda bir sorun yoktur. Ancak kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması bir haksızlık teşkil ediyor ise, en temel insan haklarından olan kişi hürriyeti hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda haksız alıkoyma gerçekleşmiş olacak ve devletin sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu son halde bile, bir devleti, adil ve demokratik davranmaya, insan haklarına saygılı olmaya zorlayacak herhangi bir mekanizma bulunmamaktadır. Devletlerin sorumluluğu ancak

uluslararası platformda kendilerini bağı kılacak olan sözleşmelere taraf olmaları ve böylelikle kendilerine uygulanacak yaptırımları kabul etmeleriyle mümkün olabilecektir. Hiçbir uluslararası metne taraf olmamış devletlerin kişi hürriyetlerini sınırlarken yaptığı uygulamaların hukuka uygunluğu esasen kendi iç hukuk kurallarına göre değerlendirilecektir. Bununla birlikte, uluslararası hukukta devletlerin kendi iç hukuklarında özellikle temel insan haklarını ilgilendiren konularda tam bir serbesti içerisinde hareket edemeyecekleri kabul edilmektedir. Bu bağlamda bir devlet hiçbir uluslararası metne taraf olmamış olsa bile “jus cogens” (buyruk kural) olarak ifade edilen bazı kurallara uymak zorundadır. Kuvvet kullanma yasağı¹, işkence ve kötü muamele yasağı bu kuralların başında gelmektedir. Kişi hürriyetinin keyfi olarak sınırlandırılmayacağı birçok uluslararası antlaşmada güvence altına alınmış olup önemine binaen “jus cogens” kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

En temel insan haklarından olması sebebiyle kişi hürriyeti 1215 tarihli Magna Carta’dan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne kadar birçok ülke anayasasında ve uluslararası belgede düzenlenmiş, böylelikle kişi hürriyeti güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Kişi hürriyetine gelebilecek ikinci tehdit ise kişiler arasında veya kişiler tarafından gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılmalardır. Kişilerin hareket etme serbestilerinin diğer kişilerden gelecek müdahalelere karşı da korunmaya ihtiyacı vardır. Bu korumayı sağlamayı amaçlayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu Türk Ceza Kanunu’nun 109. maddesinde düzenlenmiştir. Kanaatimizce, insanoğlu ve devlet var olduğu sürece, kişi hürriyeti geçmişte olduğu gibi gelecekte de önemini ve güncelliğini koruyacaktır. Bu husus, çalışmanın konusunun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olarak seçilmesinde etkili olmuştur. Tezin konusu üzerinde daha önceden tez çalışması yapılmış olsa da, uygulama ve doktrindeki görüşler ışığında suçun yeni işleniş şekilleri de dikkate alınarak konunun yüksek lisans tezi olarak yeniden çalışılmasında yarar bulunmaktadır.

¹ Bunun tek istisnası, meşru müdafaa durumudur ve devletler bakımından ‘doğal bir hak’ olarak nitelenir. Devletler uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Bkz 26 Haziran 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşması 2. madde.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde hürriyet kavramı, hürriyet aleyhinde işlenen suçlar, suçun tarihsel gelişimi ve suçla korunan hukuki değer ele alınmıştır. Bu bölümde kişi hürriyeti ve güvenliğinin 1982 Anayasası'nda nasıl düzenlendiğine ve bu düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasındaki benzerliklere de değinilecektir.

İkinci bölümde, genel olarak suçun unsurlarına değinildikten sonra, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları incelenecektir. Bu kapsamda suçun maddi unsurları olarak fail, mağdur, fiil(hareket), netice ile bu suçta hukuka aykırılık unsuru doktrindeki görüşler ışığında irdelenecektir. Hukuka aykırılık unsuru incelenirken kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından uygulamada söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri ele alınacaktır. Yine bu bölümde suçun manevi unsuru da incelenecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde suçun özel görünüş şekilleri, etkin pişmanlık, yaptırım ve muhakeme konuları ele alınacaktır. Suçun özel görünüş şekilleri ana başlığı altında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun özel görünüş şekilleri olarak teşebbüs, içtima ve iştirake ilişkin hususlar doktrindeki görüşler ve mahkeme kararları ışığında irdelenecektir.

Çalışma genelinde ele alınan konular doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında incelenmeye çalışılmıştır. Yargıtay kararlarına UYAP hâkim ekranından ulaşılmış olup, Yargıtay dairelerinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun güncel yaklaşımını yansıtmaması ve bu konuda yapılacak diğer çalışmalara da faydalı olabilmesi açısından mümkün olduğunca yeni tarihli kararlar dikkate alınmıştır. Bazı kararlar metin içerisinde tartışılmış, bazıları ise dipnot olarak verilmiştir. Çalışma, sonuç ve tartışma bölümü ile sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HÜRRİYET KAVRAMI, HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLAR, SUÇUNTARİHSEL GELİŞİMİ VE SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I. HÜRRİYET KAVRAMI

Hürriyet, “özgürlük, serbestlik, hür oluş, herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmadan düşünebilme ve hareket edebilme” şeklinde ifade edilebilir.

Türk Dil Kurumu Türkçe sözlükte, “hürriyet” kelimesinin karşılığı “özgürlük” kelimesidir. “Özgürlük” kelimesini ise şöyle tanımlamaktadır: “1. Herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu, serbesti. 2. Her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu, hürriyet”².

Hukuki manada ise, kişinin bulunduğu yeri özgürce seçme, istediği yerde kalıp, istediği yere gitme ve hareket etme serbestisi olarak tanımlanabilir³.

Kavramsal olarak hürriyet, çok eski zamanlardan beri üzerinde düşünülen, tartışılan konuların başında bulunmakta ve hürriyet nedir sorusunun cevabı günden güne çeşitlilik kazanmaktadır. Kuvvetler ayrılığı fikrinin mimarı sayılan Montesquieu bu tanım çeşitliliğine 18. yy da işaret etmiş, Kanunların Ruhu adlı eserinde şu ifadeye yer vermiştir: “Hiçbir kelime yoktur ki hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun”⁴.

Kavrama yüklenen anlamlar, siyasi, sosyal ve ekonomik yapı ile dünya görüşlerine, ideolojilere ve sosyal yapılara göre değişime uğramaya devam etmiş, tam ve genel geçer bir tanımının yapılmasını zorlaştırdığı gibi birbirinden farklı birçok şekilde tanımlanmasına neden olmuştur. Abraham Lincoln’un “dünya hiçbir zaman hürriyet kelimesinin iyi bir tarifine kavuşamamıştır” sözünün bugün de gerçekliğinden ve tazeliğinden hiçbir şey kaybetmemiş olduğu da söylenebilir⁵.

Kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünün ihlali, çalışmanın konusu olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır. Kişiyi

² Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (Ankara,10.Bası,2005), s. 1557.

³ Veli Özer Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 410.

⁴ Montesquieu’dan aktaran, Münici Kapani, Kamu Hürriyetleri, AÜHF Yayınları, 5. Bası, Ankara, 1976,s. 3.

⁵ Burhan Kuzu; Demokrasi-Resmi İdeoloji-Sivil Toplum, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl: 1992 Cilt: 47 Sayı: 3, s. 222.

hürriyetinden yoksun kılma suçunda yer verilen “kişi hürriyeti” kavramı dar anlamda fertlerin diledikleri gibi hareket edebilme hürriyetini; geniş anlamda ise ikamet hürriyeti, din hürriyeti, toplanma hürriyeti, öğretim hürriyeti gibi kamu hürriyetlerini içerir. Kişinin dilediği gibi hareket edebilmesi diğer bütün hürriyetlerinin temeli niteliğindedir. Bu hürriyet bir kül halinde temin edilmez ise gerçek hürriyetten bahsedilemez⁶.

Hürriyet kavramı ceza hukukunda yalnızca kişiye ait olan ve ihlal edilmesi bir yaptırıma bağlanan hukuki bir menfaat olarak adlandırılmaktadır⁷. Hürriyetlerin, ceza hukuku bağlamında yapılan tasnifinde ceza sorumluluğu esas alınmakta olup metafizik hürriyet, tabii hürriyet ve siyasi hürriyet şeklinde üçlü bir ayrıma gidilmektedir. Metafizik hürriyet veya irade hürriyeti kişinin serbestçe karar alabilmesi anlamındadır. Tabii hürriyet irade hürriyetinin doğal bir sonucu olup, kişinin irade hürriyeti çerçevesinde almış olduğu kararlar doğrultusunda hareket edebilmesini ifade eder. Siyasi hürriyet ise vatandaşların seçme, seçilme ve siyasete katılma haklarını içermektedir⁸.

1982 Anayasası'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ile birlikte, adeta bu hürriyetin sigortası konumunda olan kişi güvenliği kavramına yer verilmiştir. Kişi hürriyeti ve güvenliğinden söz edilebilmesi için onun vücut ve hareket serbestisinin garanti edilmiş olması ve kanunda gösterilen şartlar dışında bu serbestilerden mahrum edilememesi; diğer bir ifadeyle yakalanıp tutuklanamaması gerekmektedir⁹.

II. HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLAR

Devletin en temel görevlerinden birisi kişiyi korkudan arındırmak ve kişinin hürriyetini sağlamaktır. Bu bağlamda, hürriyet ihlallerinin devlet organları veya kişiler tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın yaptırıma bağlanması ve ceza kanunlarına yansıtılması gerekmektedir. Hürriyet kısıtlamaları bağımsız ve tarafsız bir makamın denetimine tabi olmalıdır. Hürriyetlerin gerçek anlamda korunması hürriyet ihlallerine

⁶ Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt II, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, s. 1177-1178.

⁷ Erol Cihan, Cebir Kullanma Cürmü (TCK md. 188), İÜHF Yayınevi, No:573, İstanbul 1978, s. 16.

⁸ İlhan Üzülmöz, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları’, Turhan Yayınevi, Ankara 2007, s. 13-14.

⁹ Mehmet Akad-Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası Madde Gereçekleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998, s. 99.

karşı caydırıcı etkili yaptırımların uygulanarak ihlallerin asgari düzeye indirilmesi ile mümkün olabilecektir¹⁰.

Hürriyet aleyhine işlenen suçların kanunlarda ayrı bir bölüm altında düzenlenmesi ancak 18. yy sonlarında, kişinin doğumdan itibaren hürriyetlere sahip olduğunu savunan doğal hukuk doktrininin oluşturduğu düşünce akımlarının etkisi ile mümkün olabilmıştır¹¹.

Roma Hukukunda hürriyet aleyhinde işlenen suçlar hürriyetleri doğrudan değil dolaylı bir şekilde koruma altına almaktaydı. Kişilerin hürriyetleri üzerinde egemen güç devlet olduğundan, kişi hürriyetine karşı işlenen suçlar devlete karşı işlenmiş kabul ediliyordu. Dolayısıyla Roma Hukukunda hürriyet aleyhine işlenen suçlar ancak devletin egemenliğini ihlal ettiği ölçüde suç olarak görülmekteydi. Cermen Hukukunda hürriyet aleyhine işlenen suçlar ise, bir kişiyi satmak, kaçırmak, hürriyetinden mahrum etmek, konut dokunulmazlığını ihlal etmek gibi çeşitli biçimlerde kişiye karşı suçlar arasında yer almaktaydı. Kişiyi hürriyetinden mahrum etme ve cebir kullanma suçları ilk kez 17. yy Cermen Hukukunda düzenleme altına alınmıştır¹².

Türk hukukunda ise hürriyet aleyhine suçlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar"ı düzenleyen ikinci kısmının "Hürriyete Karşı Suçlar" başlığını taşıyan yedinci bölümünde düzenlenmiştir.

Yedinci Bölüm 106. maddeden başlayarak 124. maddeye kadar devam etmektedir. Bu bölümde şu suçlara yer verilmiştir: Tehdit (md. 106), Şantaj (md. 107), Cebir (md. 108), Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma (md. 109), Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi (md. 112), Kamu Kurumu veya Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Faaliyetlerinin Engellenmesi (md. 113), Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi (md. 114), İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme (md. 115), Konut Dokunulmazlığının İhlali (md. 116), İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali (md. 117), Sendikal Hakların Kullanılmasını Engelleme (md. 118), Haksız Arama (md. 120), Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi (md.121), Ayrımcılık (md. 122), Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma (md. 123) ve Haberleşmenin Engellenmesi (md.124).

¹⁰ Muharrem Özen, "Hürriyet Karşı Suçlar", s. 2714. (Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'A Armağan, Cilt II, Turhan Kitabevi Yay. Ankara Şubat 2010.

¹¹ Ayşe Duygu Özgüven, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 21.

¹² Özgüven, s. 34.

III. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Kişi hürriyeti ile ilgili hukuk sistemlerinin getirmiş olduğu düzenlemelere çok eski tarihlerde rastlanılabilmekle birlikte, İngiltere’de kabul edilen “Magna Carta Libertatum” kişi hürriyeti kavramının tarihi gelişiminde ilk ve en önemli basamaklardan biri olarak kabul edilmelidir. Zira kişi hürriyeti ve güvenliğinde çok önemli bir yeri olan yakalama ve tutuklama; kişinin keyfi olarak ve bir yasaya dayanmadan özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı şeklinde ilk olarak Magna Carta’da yer almıştır¹³.

1628 tarihli Haklar Bildirisi’nde de (Petition of Rights), kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili düzenlemelere rastlamak mümkündür¹⁴. 17. yy. sonlarına doğru düzenlenen 1679 tarihli “Habeas Corpus Act” in, kişi hürriyeti ve güvenliği açısından ayrı bir yere sahip olduğu ve bu belgenin “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sağlam temellere oturtan ilk belge” olduğu ileri sürülmüştür¹⁵. Habeas Corpus usulü, özgürlüğü kısıtlanan kişinin ya da bu kişi yerine başkasının mahkemeye başvurusuyla başlar. Başvuru sonucunda mahkeme, kısıtlamanın hukuka aykırı olma ihtimalinin bulunduğu ikna edilir ise Habeas Corpus emri vererek kişinin derhal serbest bırakılmasını, serbest bırakılmadığı takdirde kısıtlama gerekçesiyle birlikte belirtilen gün ve saatte mahkemenin huzuruna çıkarılmasını emreder. Mahkeme ya kişinin serbest kalmasını ya da muhakemenin bir an önce başlamasını emredecektir. Habeas Corpus emri, bir başkasının hürriyetini haksız olarak kısıtladığı iddia olunan özel kişiler veya devlet memurları olmak üzere herkese karşı verilebilir¹⁶.

1689’da “Bill of Rights” (Temel Haklar Bildirisi) ile de ilk kez vatandaşların bazı hakları düzenlenmiş ve kralın, parlamentonun onayı olmaksızın bunlara müdahale edemeyeceği düzenlenmiştir¹⁷.

¹³ Serap Keskin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, Yapı Kredi Yayınları 1. Bası, İstanbul Aralık 2000, s. 64.

¹⁴ Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları 4. Bası, İstanbul Nisan 2003, s. 66.

¹⁵ Keskin , s. 65.

¹⁶ Mehmet Çakıroğlu, Türk Anayasa Hukukunda Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2008, s. 18.

¹⁷ Aydan Ömür Surlu, İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 151 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/sayi87>, Erişim Tarihi: 02.06.2017)

Magna Carta, Habeas Corpus Act ve Bill of Rights bütün insanlığı kavrayan genel ve soyut prensipler ihtiva etmemekle ve sadece İngiliz Halkının belirli hürriyetlerini gerçekleştirmiş olmakla beraber, insanlığın hürriyet yolunda ilerleyişinde, ona ışık tutan örnek meşaleler olmuşlardır¹⁸.

Amerika'da ise 12 Haziran 1776 tarihinde Virginia Anayasası ve bu Anayasanın başına konan Virginia Haklar Bildirisi kabul edilmiştir. Bu belgede yer alan hak ve özgürlüklere, aynı tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisinde de yer verilmiştir. Bu bildirimlerde bütün insanların eşit derecede özgür ve bağımsız olup, vazgeçilip devredilemeyecek haklara sahip olduğu belirtilmiştir. Devlet ise bildirimde yer verilen hak ve özgürlükleri güvence altına almak ve bunların gerçekleştirilmesine elverişli bir ortamı hazırlamakla görevlendirilmiştir. 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirisi; insan onuru ve yaşam hakkını, tüm hak ve özgürlüklerin odak noktası yapmıştır. Bildirimde insanların eşit yaratıldığı, yaratanın onlara bazı haklar tanıdığı, yaşama hakkı, özgürlük ve mutluluğu arama hakkının bunlar arasında bulunduğu ilan edilmiştir. Bildirimde yaşama hakkına özel bir önem verilerek bu hakkın evrensel bir değeri olduğu ve milletlerarası hukuk ve devletlerin kendi milli hukuklarından bağımsız olduğu belirtilmiştir¹⁹.

1789 yılında Fransız İhtilali ile Avrupa'da insan hakları alanında önemli gelişmeler olmuş, 1789 Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirisi'nde insanların doğal hukuka dayanan; doğal, evrensel ve devredilmez haklara sahip olduğuna yer verilmiştir. 1789 Fransız Bildirisi, yalnızca Fransızlar için değil tüm insanlar için geçerli, evrensel nitelikli bir bildiri olma amacını taşıması nedeniyle genel nitelikli, kısa formül ve ilkelerden oluşmuştur. Bildirimde özgürlük, mülkiyet ve baskıya karşı direnme hakları, insanın doğal ve zamanaşımına uğramaz hakları olarak nitelendirilmiştir. Bildiri, insan haklarının ilki olan özgürlüğün kaynağının doğal olduğunu ve başkasına zarar vermeyen her şey, yapabilmenin hürriyet kapsamına girdiğini belirtmektedir. Bunun yanında özgürlüğün kanun yolu ile korunması ile yetinilmemiş, aynı zamanda kanun egemenliğine karşı da korunması fikri ele alınmıştır²⁰.

¹⁸Kapani , s. 43.

¹⁹ Surlu , s. 152.

²⁰ Jale Civelek, 1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 9, Sayı 9, 1989, s. 3-5.

(<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99710>, Erişim Tarihi: 26.09.2017)

Bildiri, bu içeriğiyle ve Fransız Özgürlükler Anayasa Hukuku'na dâhil edilen bir metin olması ve resmi dili Fransızca olan bazı Afrika devletlerinde açıkça referans olarak alınması nedeniyle “süreklilik” özelliğine sahiptir²¹.

Yukarıda da belirtildiği gibi, kişi hak ve hürriyetleri kavramı sistemli ve doktriner anlamda XVII. Yüzyılda ortaya çıkmış ve bundan sonra bireysel hak ve hürriyetlerden söz edilmeye başlanmıştır. Bu gelişme tabi hukuk akımının etkisi ile olmuş ve toplum sözleşmesine dayalı olarak, insanın doğuştan gelen, devletçe dokunulmaz bazı hak ve hürriyetleri olduğu görüşü kabul görmeye başlamıştır. ‘Ferdietçi görüş’ sahiplerinin getirdiği eleştiriler sonrasında “1789 tarihli Fransız insan ve Vatandaş Hakları Beyannamesine” de etkili olan ve liberalizmle gelişen klasik liberal hürriyet görüşüne göre ise, hak ve hürriyetlerin kaynağı toplum sözleşmesi değil, insanın bizzat kendisidir. Her birey doğuştan hak ve hürriyetlere sahip olarak doğmaktadır. Devlet, kişilerin bu hürriyetlerine dokunamaz ve sınırlandıramaz. Ancak bu anlayışta devlete yüklenen pasif görev zamanla eleştirilmiş, devletin hak ve hürriyetlerle ilgili olarak pozitif sorumluluk yüklenmesi gerektiği görüşleri benimsenmiştir. Bu anlayışa göre bireyler, kişiliklerinin geliştirilmesi için gereken ortamın sağlanmasını devletten talep edebileceklerdir. 20. yy anayasalarında bu anlayış hâkim olmuştur²².

Hürriyet hakkına yönelik en büyük tehdidin devlet ve iktidar yetkisini kullananlar tarafından gerçekleştirilmesi nedeni ile kişi hürriyeti, hukuki güvenlik anlamındaki kişi güvenliği kavramı ile birlikte korunmak istenmiştir. Devlet iktidar ve yetkisini kullananların yetkilerini keyfi biçimde kullanmaları kişi hürriyeti için tarihsel süreç içerisinde önemli bir sorun teşkil ettiğinden yasal düzenlemelerle bunun önüne geçilmek istenmiştir.²³ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 9. maddesinde, “hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez” ifadesine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinde “özgürlük ve güvenlik hakkı” başlığı altında, “herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu” düzenlenmiştir. 1966 tarihli BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 9. maddesinde ise, “herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine hakkı olduğu, hiç kimsenin keyfi olarak

²¹Surlu, s. 152.

²²Kapani, s. 48.

²³ Kapani, s. 63.

yakalanamayacağı, ya da tutuklanamayacağı, yasayla konulan gerekçeler ve işlemler dışında hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı” hüküm altına alınmıştır. Böylece özgürlük anlayışı hukuk düzenine hâkim olmuş ve hukuk düzeninin başkalarına karşı ileri sürme hakkını tanınmasıyla özgürlükler güvenceye kavuşmuştur²⁴.

B. Osmanlı Hukukunda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Osmanlı Devleti şeriat hükümlerine göre yönetildiğinden, hürriyet kavramının nasıl değerlendirildiğini anlamak için öncelikle İslam hukukundaki düzenlemelere bakılmalıdır. İslam hukukunda kişi hürriyeti mutlak hürriyet olarak değerlendirilmemekte, kişinin başkalarına ve kendisine zarar vermemek sınırlarıyla kabul görmektedir. Osmanlı Devleti merkezîyetçi ve mutlak otoriteye dayalı bir yönetim anlayışı ile yönetilmekte olduğu için hürriyet kavramı 19. yy öncesinde herhangi bir anayasa veya benzeri bir belgede yer almamıştır. Tanzimat dönemi öncesinde, Osmanlı İmparatorluğunda İslam hukuku hükümleri uygulandığından, hürriyeti tahdit suçu tazir cezasıyla cezalandırılmıştır²⁵.

Tanzimat döneminde 1789 Fransız İhtilalinin yarattığı akımların etkisiyle 1839 yılında Gülhane Hattı Hümayunu, 1856 yılında Islahat Fermanı ilan edilmiştir. Gülhane Hattı Hümayununda; can, mal, ırz ve namus güvenliğine, Islahat Fermanında; aynı kavramlar genişletilerek gayrimüslimlere ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu belgeler halktan gelen isteklerin etkisiyle değil, özellikle yabancı devletlerin baskıları ile tanzim edilmiş olup, hürriyet kavramının gelişimine yol açmakla birlikte, etkisi sınırlı düzeyde olmuştur²⁶.

Bu dönemde 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda hürriyetten yoksun kılma suçuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu md. 203/1, “hükümetin emri olmaksızın ve kanun ve nizamlarının tayin ettiği usuller dışında bir şahsı hapis ve tevkif eden veya rehin alan kimsenin cezalandırılmasını öngörmüştür” şeklindedir. Bu maddenin 2. cümlesinde, hapis ve tevkif olunan veya rehin alınan kimsenin saklanması için bilerek yer gösteren kimsenin de cezalandırılacağı belirtilmiş, 204. maddede ise, hürriyetten yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı nedenleri

²⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınevi, 7.Bası, Ankara Kasım 2002, s. 12.

²⁵ Burcu Kağan Kaplan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2011, s. 8.

²⁶ Abdullah Sezer, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası & İlgili Mevzuat, Beta Yay., 1.Bası., İstanbul Şubat 2004, s. 918.

sayılmıştır. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun bu hükümleri 765 sayılı TCK'nın kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır²⁷.

C. 765 Sayılı TCK'da Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

765 sayılı TCK'nın hürriyeti tahdidi düzenleyen hükümleri, kanunun kabul tarihi olan 1926 yılından, 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihi olan 01.06.2005 tarihine kadar uygulanmıştır. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma suçu 765 sayılı TCK'nın "Cürümler" adlı 2. kitabının "Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı ikinci babında düzenlenmiştir. Burada; "Siyasi Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler", "Din Hürriyeti Aleyhine İşlenen Cürümler", "Şahıs Hürriyeti Aleyhine İşlenen Cürümler", "Mesken Masuniyeti Aleyhine Cürümler", "Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler" ve "İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler" başlıklı 6 ayrı fasıl bulunmaktadır²⁸.

765 sayılı TCK md. 179; "Bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin 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 ölçümle kastıyla veya dini veya milli bir maksatla yahut md. 499'daki 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 on bin 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 şeklindedir.

D. 765 Sayılı TCK ve 5237 Sayılı TCK Arasındaki Farklar

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu 5237 sayılı TCK md. 109'da;

"(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.

²⁷ Kaplan, s. 10.

²⁸ M. Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14.Bası, Ankara Eylül 2014, s. 947.

(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) Silahla,

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 halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

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

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

(6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir²⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından etkin pişmanlık hali TCK md. 110’da; “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.

TCK md. 111’de ise tüzel kişiler bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre “Tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine” hükmolunacaktır.

TCK md. 109 içerik itibarıyla 765 sayılı TCK md. 179 ile örtüşmekle birlikte, yeni düzenlemede suçun unsurları daha açık bir hale getirilmiştir. Örneğin 765 sayılı Kanun md. 179/1’de geçen “gayrimeşru surette” ibaresi ceza hukuku terminolojisine uygun bir şekilde “hukuka aykırı olarak” şeklinde; “kişi hürriyeti” ibaresi “bir yere

²⁹ TCK md.109

gitmek veya bir yerde kalmak” şeklinde ifade edilmiştir. Kişi hürriyeti, bir yere gitmeyi veya bir yerde kalmayı da içine alan üst bir kavram olarak kullanılabilirdiğinden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın neyi ifade ettiğinin maddede belirli hale getirilmesi yerinde olmuştur. Böylece yeni kanun “belirlilik ilkesine” uygun bir düzenleme yapmıştır³⁰.

Bunun dışında, 765 sayılı Kanun’da; bu suçun tehdit, kötü muamele veya hile icrası yoluyla yahut öç almak veya dini veya milli bir maksatla, 499. maddedeki haller dışında çıkar sağlamak maksadıyla veya siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmişti. Yine suçun, mağduru askerlikte kullanmak üzere başka bir ülkeye teslim etmek şeklinde, silahla veya birden çok kişi tarafından, (md. 179/2, 3) usul ve furu veya karı koca arasında, TBMM üyelerine karşı veya vazifesinden dolayı bir memura karşı işlenmesi de (md. 180) nitelikli hal olarak kabul edilmişti³¹.

5237 sayılı Kanunda ise suçun cebir, tehdit ve hileyle işlenmesi ilk nitelikli hali oluşturmaktadır. Suçun silahla, birden fazla kişi tarafından, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi diğer nitelikli hal grubu olarak yer almaktadır (md. 109/3). Suçun cinsel amaçla işlenmesi ayrı bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir (md. 109/5). Suçun mağduru ekonomik bakımdan önemli bir kayba uğratması hali suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır (md. 109/4). Suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilerek gerçek içtima hükmüne yer verilmiştir (md. 109/6)³². Böylelikle, 5237 sayılı Kanunun 109. Maddesinin düzenlemesi ile önceki kanundaki bazı nitelikli haller maddeden çıkarılmış, bazı nitelikli haller ise madde metnine ilave edilmiş ve nitelikli haller bir araya getirilmiştir. Böylelikle yeni düzenleme ile suçun nitelikli halleri eski kanuna nispeten daha sistematik ve sade bir hale bürünmüştür³³.

³⁰ İlhan Üzülmöz, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sayı.1, 2, 2007, s. 1184.

³¹ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1184.

³² Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1185.

³³ Ahmet Gökçen, Hürriyete Karşı Suçlar (5237 Sayılı TCK. md. 106-122, s. 12.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu md. 109 ile düzenlenen suç tipi mülga 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nda düzenlenmiş bulunan birçok suç tipini bir araya getirmiştir. Mülga Yasa'da yer alan kimi suçlar, yeni düzenlemede suçun nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir. Örneğin, memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu (765 sayılı TCK md. 181), küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçu (765 sayılı TCK md. 182) gibi. Ayrıca 765 sayılı TCK'da düzenlenmiş bulunan kız, kadın ve erkek kaçırma suçları (765 sayılı TCK md. 429-433) 5237 sayılı TCK'ya alınmamış olduğundan bu nitelikteki davranışlar 109.madde kapsamında düzenlenmiştir. Benzer biçimde 765 sayılı TCK md. 499'da düzenlenmiş bulunan adam kaldırma suçu da yeni TCK'ya alınmadığından yağma suçunu işlemek amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olduğunda, fail hem TCK md. 109 hem de TCK md. 148'de yer alan yağma suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır³⁴. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile yağma suçuna ilişkin maddeler birlikte değerlendirildiğinde, suçlardan birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması gibi bir durum söz konusu olmadığından, bu iki suç yönüyle bileşik suçtan söz etmek mümkün değildir. Bunun yanında, 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında esas alınan 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' ilkesi gereğince TCK md. 44 hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır³⁵.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna tam teşebbüsün mümkün olmadığı, yalnızca eksik teşebbüsün söz konusu olabileceği savunulmaktaydı³⁶. Yabancı birçok ceza kanununda olduğu gibi yeni TCK'da da, suça teşebbüste cezanın tespit edilmesinde, "eksik teşebbüs –tam teşebbüs" ayırımına yer verilmemiştir. Adil ve eşit bir cezalandırma uygulamak amacıyla, teşebbüs hareketlerinin sebep olduğu zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür³⁷. Suçun unsurları bölümünde de bahsedileceği üzere, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sırf hareket suçlarından olup maddi unsurunu oluşturan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmaktadır. Bu doğrultuda kişiyi

(www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, Erişim Tarihi: 11.05.2017).

³⁴Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Özel, s. 288.

³⁵ Y.CGK 2012-6-1523 Esas, 2013/66 Karar.

³⁶ Erol Cihan, 'Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)', İÜHFD, C.XLI, S. 1-2, İstanbul 1975, s. 65.

(file:///C:/Users/Administrator/Downloads/4629-13437-1-PB.pdf, Erişim Tarihi: 30.06.2017)

³⁷M.İhsan Darende, Yeni TCK'da Suç İşlemeye Teşebbüs, s.1.,

(<http://www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/16.pdf>, Erişim Tarihi: 12.07.2017).

hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği durumlarda teşebbüsten bahsetmek mümkün olacaktır³⁸.

E. 1982 Anayasasında Kişiyi Hürriyetinin Korunması

Kişi hürriyeti ve güvenliği, Anayasamızın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde 19. maddede düzenlenmiştir.

Anayasanın 19. maddesi, 1961 Anayasasındaki 30. madde gibi, Anayasanın en ayrıntılı maddelerinden biridir. Çünkü kişiyi yöneticilerin keyfine göre yapılabilecek yakalama ve tutuklamalara karşı koruyan hükümler anayasa hukukunun kilit taşlarından birini oluşturur. Bunlar sağlam değilse, anayasalarla kurulan bütün koruyucu kubbe çökebilir³⁹. Söz konusu madde;

“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve

³⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 310.

³⁹ Mümtaz Soysal, ‘Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları(Karşılaştırmalı)’, Anayasa Yargısı Dergisi, 1984 C.1, s.11.

haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılmaya kadar bildirilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.)Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, devletçe ödenir” şeklindedir.

Anayasanın 19.maddesinin 1.fikrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan sonra 2. ve 3. Fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır.3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasanın 19. maddesinde yakalama ve tutuklamada toplu suçlarda hakim karşısına çıkartılma süresine, yakalama ve tutuklamanın yakınlarla bildirilmesi hakkına ve hukuka aykırı yakalama ve tutuklama durumunda devletten tazminat isteme hakkına ilişkin hususlarda değişiklik yapılmıştır⁴⁰.

1982 Anayasasının 19.maddesinin 2001 değişikliğinden önceki şeklinde, yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre dışında toplu olarak işlenen suçlarda en çok on beş gün içinde yargıç önüne çıkarılması gerekiyordu. 2001 Anayasa değişikliği ile yakalanan veya tutuklanan kişinin

⁴⁰ Keskin, s. 66.

olağan dönemde toplu suçlarda yol süresi dışında hâkim karşısına çıkartılma süresi dört güne indirilmiştir. Yine anılan değişiklikten önce, yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında yakınlarına bildirilebilecekken, 2001 Anayasa değişikliği ile yakınlara bildirme hakkı bakımından, söz konusu koşul ortadan kaldırılmıştır. Değişikliğe göre, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluklar gibi bir nedenle yakalananın veya tutuklananın, yakınlara bildirme hakkı artık engellenemeyecektir. Buna aykırı düşen yasalar ve uygulama Anayasaya ve hukuka aykırı olacaktır⁴¹.

19. maddede tazminata ilişkin yapılan değişiklik ile hukuka aykırı yakalama veya tutuklamadan dolayı, haksız yere yakalanan veya tutuklanan kişinin devlete karşı tazminat istemi, tazminat hukukunun genel ilkelerine göre belirlenecektir. Değişiklikten önceki 19. maddenin tazminatı düzenleyen son fıkrasına göre, haksız yakalanan veya tutuklananın uğradığı zarar, kanuna göre devletçe ödenirdi. 4709 sayılı Yasa'nın, Anayasanın 19. maddesinde değişiklik yapan 4.maddesinin gerekçesine göre, bu değişiklikle, "Devlete, zarara sebebiyet verenlere rücu hakkı getirilmektedir. Böylelikle 1982 Anayasasında 2001 değişikliği ile Devlete, haksız yakalama veya tutuklama yaparak zarara neden olanlara rücu edebilme hakkı getirilmiş olmaktadır⁴².

Kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin sınırlamaların, kanunda belirtilen esas ve usule uygunluğunu sağlama yükümlülüğü ilke olarak idari organlara ve derece mahkemelerine aittir. Anayasanın 19. maddesinin amacı bireyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden alıkoymaya karşı korumak olup, maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması ve keyfi uygulamaya yol açmaması gerekir. Bu nedenle Anayasanın 19. maddesinde yer alan hürriyetten yoksun bırakmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralı gereğince, başvuru tutukluluk durumunun "kanuni" dayanağının bulunup bulunmadığının, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise, hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir⁴³.

⁴¹ Keskin, s. 68.

⁴² Keskin, s. 68-70.

⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 9.1.2014 Tarihli Kararı, Başvuru: Uğur Hoşgören, Başvuru Numarası: 2012/999

Bu bağlamda AYM bireysel başvurular ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda ve gerekçelerinde bu güvenceyi etkin olarak sağlamayı amaçlamıştır.

Örneğin AYM 2015 yılında vermiş olduğu bir kararında; “astsubay olan başvurucu hakkında üstü tarafından verilen 7 gün oda hapsi disiplin cezası uygulanarak Anayasanın md. 19 çerçevesinde hürriyetinden yoksun bırakıldığı, bu durumda başvurunun özgürlükten yoksun bırakılma halinin ‘yetkili bir mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet’ kararı ile gerçekleşmemiş bulunduğundan Anayasada öngörülen şartlara uymadığı, Anayasa md. 19/2’nin ihlal edildiği” belirtmiştir⁴⁴.

AYM 2014 yılında verdiği kararında ise “başvurucunun 16.11.2005 tarihinde gözaltına alındığını, 19.11.3005 tarihinde çıkarılan müzekkereye istinaden tutuklandığı, 5271 sayılı kanununun 103.maddesinin 2 numaralı fıkrasında öngörülen azami tutukluluk süresinin 16.11.2010 tarihinde dolduğu, bu durumda başvurucunun bu tarihle hakkında mahkûmiyet hükmünün kurulduğu, 16.10.2012 tarihi arasındaki tutukluluk halinin kanunda aranan şekil ve şartlara uymadığı açıklanan nedenlerle Anayasa md. 19/3’ün ihlal edildiğine karar verildiğini” belirtilmiştir⁴⁵.

Anayasa md 19/7’de, bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, soruşturma veya kovuşturma sırasında makul sürede serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip olduğu güvence altına alınmıştır. Anayasanın bu hükmüne göre, anayasaya uygunluk için kanunda öngörülen süreler aşılmamış olsa bile tutukluluk süresinin makul olması gerekmektedir⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında, kanuni tutukluluk süresinin mevcut olmasının kişinin bu sürenin sonuna kadar tutulabileceği anlamına gelmemesi gerektiğini belirtmiştir. Kanuni tutukluluk süresi aşılmassa dahi makul sürenin her zaman göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. AYM’ye göre tutukluluk süresi boyunca tutuklamanın maddi ve şekli şartları devam etmelidir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şeklinin işlenmesi (1-5 yıl), tehdit cebir ve hile kullanılarak işlenmesi (2-7 yıl), diğer nitelikli hallerde ve etkin pişmanlık neticesi cezada yapılacak indirim süreleri dikkate alındığında, verilecek olan hapis cezası süreleri çeşitlilik arz etmektedir. Dolayısıyla her somut olayda tutukluluk süresi

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 12.3.2015 Tarihli Kararı, Başvurucu: Hasan Baki Gülcan, Başvuru No: 2013/760

⁴⁵AYM, Uğur Hoşgören kararı.

⁴⁶ Medet Akcan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Tutuklama, Selçuk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015, s. 107.

de deđiŒecek ve Anayasa md. 19 anlamında bir ihlale sebebiyet vermemek için bu süreler her somut olaya göre ayrıca göz önünde bulundurulacaktır⁴⁷.

F. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Kişi özgürlüğüne büyük önem veren Anayasamız, tutuklama konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerini 19. maddeye aynen alarak, tutuklulukta makul sürenin aşılmamasını emretmiştir⁴⁸.

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı AİHS md. 5'te ayrıntılı şekilde düzenlenmiş, öncelikle kişinin hangi hallerde özgürlüğüne yoksun bırakılabileceği ifade edilmiştir. Buna göre kişi ancak; yetkili bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, suç işlediği hakkında makul şüphe bulunması durumunda tutulabilecektir. Bunun yanında, kişi yetkili merciler önüne çıkarılacaksa, bulaşıcı hastalık yayabilecek durumda ise, akıl hastası, alkolik, uyuşturucu madde bağımlısı, ülkeye girmekten alıkonulacak veya sınır dışı edilmesi işlemine konu olacak ise tutulabilecektir. Küçüğün gözetim altında eğitim altına alınması da tutulması için bir sebep teşkil etmektedir. Herkesin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır.

Sözleşmede belirtilen özgürlük hakkı, mutlak bir hak olmayıp kamu yararı amacıyla sınırlanması mümkün olan bir haktır⁴⁹.

Sözleşme hükümleri uyarınca tutuklu kişilerle ilgili işlemler gecikmeye neden olmayacak şekilde yürütülmeli ve eğer bir yargılama makul bir süreyi aşıyorsa, yargılama tutuksuz devam etmeli ve tutukluluk süresi hiçbir şekilde makul bir süreyi aşmamalıdır. Ancak hangi sürenin makul sayılacağını, daha doğrusu makul olan ile olmayan süre arasındaki sınırın ne olduğunu her zaman kolayca tespit etmek mümkün değildir. Burada tutuklu sanığın tekrar özgürlüğüne kavuşmasındaki çıkarı ile devletin etkin bir ceza kovuşturmasındaki çıkarları dikkate alınması gerekir. AİHM tutukluluk süresinin makul olup olmadığını somut olayın özelliklerine göre değerlendirmektedir⁵⁰.

⁴⁷ AYM B.No: 2014/17718, 16.04.2015 T. Karar, AYM B. No: 2012/521, 02.07.2013 T. Karar; AYM B. No: 2012/1137, 02.07.2013 T. Karar; AYM B. No: 2012/239, 02.07.2013 T. Karar.

⁴⁸ Faruk Turhan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001, s. 77-79

⁴⁹ İbrahim Şahbaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlük Ve Güvenliği, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 172 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-58-139>, Erişim Tarihi: 19.06.2017)

⁵⁰ Turhan, s. 78.

AİHM, sanığın suç işlediğine dair makul kuşkunun varlığını tutuklamanın zorunlu koşulu olarak kabul etmekle birlikte, bu şartın tutuklamanın üzerinden belli bir süre geçtikten sonra yetersiz olacağını ve tek başına tutuklama için gerekçe oluşturamayacağını belirtmektedir. AİHM, Mansur/Türkiye^{51,52} kararında, tutuklu şahsın bir suç işlemiş olmasına ilişkin makul şüphenin devamının, sürdürülen tutukluluk halinin geçerliliği için zorunlu bir koşul olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, belli bir sürenin aşılması durumunda bunun yeterli olmayacağını, adli merciler tarafından öne sürülen gerekçelerin özgürlüğün kısıtlamasını haklı nedene dayandırıp dayandırmadığının inceleneceğini ifade etmiştir. AİHM bu kararında, ulusal mercilerin tutukluluğun devamına karar vermesi durumunda, bu kararında sıradan ifadeler ile değil, olayla bağdaşan, tutuklamanın devamına sebep olan sağlam gerekçeler öne sürmesi gerektiğine vurgu yapmıştır⁵³.

Tutma süresi, kişinin fiilen alıkonulduğu andan itibaren başlayacak, yakalanma anı, kişinin tutulduğu anın başlangıcı kabul edilecektir⁵⁴. AİHM kararlarına göre, ilk derece mahkemesinin verdiği hükümden sonraki aşamada geçen süre, tutulu kalınan süre kapsamında değerlendirilmeyecektir. Çünkü bir kişi hakkında hüküm verilerek ilk derece aşamasının sona ermesinden sonra kişinin tutulu durumda bulundurulmaya devam edilmesi aşaması, AİHS md. 5/1-a kapsamında değerlendirmeye konu olacaktır⁵⁵.

⁵¹ Turhan, s. 95.

⁵² AİHM 08.06.1995, Mansur/Türkiye, İHKAD, Cilt 2, s. 158-170, par.44, 51. Türkiye, AİHM' in zorunlu yargı etkisini kabul ederken, 22 Ocak 1990 tarihinden sonra "meydana gelecek olaylar ya da olaylara ilişkin mahkeme kararları" için tanıdığı beyan etmişti. AİHM ise, 22 Ocak 1990 tarihinden önce meydana gelen olaylar için inceleme yapamayacağını, zaman bakımından yetkisinin bu tarihten sonra meydana gelen olaylar için geçerli olduğunu kabul etmekle birlikte, 5. maddenin 3. fıkrası ile 6.maddenin 1. fıkrasına ilişkin başvuruları incelerken, Mahkeme'nin yargı yetkisinin tanınması anındaki yargılamanın mevcut durumunun da göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle AİHM Türkiye'nin Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıdığı tarihten sonraki bir yıl sekiz günlük tutukluluk süresinin, bu tarihten önce var olan bir durumun sadece bir uzantısı olduğunu ve bu olaylarında Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi içinde bulunduğu karar vererek, tutuklama tarihi olan 5 Kasım 1984 tarihinden Türkiye'nin Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıdığı 22 Ocak 1990 tarihine kadar geçen beş yıl üç aylık süreyi de dikkate almıştır.

⁵³ Behiye Eker Kazancı, AİHS VE AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri İle Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması TBB Dergisi, 2012 s. 98, s. 75-104. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1121>, Erişim Tarihi: 10.06.2017)

⁵⁴ Turhan, s. 80.

⁵⁵ Monica Macovei, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, AİHS'nin 5.maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, No:5, s. 49 (www.inhak-bb.adalet.gov.tr, Erişim Tarihi: 23.06.2017)..

IV. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUYLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Genel Olarak

Suç ile korunan hukuki değer denildiğinde, kanunun koruduğu yararın suç ile ihlal edilmesi veya tehlikeye düşürülmesi anlaşılır. Bunun yanında, doktrinde suçun hukuki konusundan ne anlaşılması gerektiği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Sübjektif nitelikteki teori savunucularına göre, suçun hukuki konusu haktır, suç bir hakkı ihlal eder. Onlara göre suç ya hukuku, ya değişen bir hakkı ya da devlete ait tek ve devamlı bir hakkı ihlal eder. Objektif nitelikteki teorileri savunanların görüşleri de üç temel üzerinde toplanabilir. Suç kimine göre hukuku, kimine göre hukuki yükümlülüğü, kimine göre ise hukuki varlık veya yararı ihlal eder. Karma teoriyi savunanlar ise hem objektif hem de sübjektif teorilerden yararlanmaktadır. Onlara göre suç hem objektif hem de sübjektif şekilde korunan yararların ihlalidir⁵⁶.

Hukuki değerler hukuk toplumundaki sosyal düzenin devamı için geçerliliği zorunlu olan ideal manevi değerlerdir. Bu değerler sosyal düzenin devamlılığı için korunması gereken soyut değerlerdir⁵⁷.

Hukuki değerler davranış normlarından doğarlar. Bu değerleri korumaya yönelik davranış normlarından kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı davranışlar, hukuka aykırılık teşkil etmektedir. “Hukuki değer” bir suça ilişkin kanuni tanımın yorumunda başvurulan en önemli araçtır. Suç teşkil eden her fiil aynı zamanda bir hukuki değer ihlali niteliği arz etmektedir. Bu nedenle bir hukuki değerle ilişkilendirilemeyen bir suçtan ve daha genel bir ifade ile haksızlıktan söz edilemez⁵⁸.

B. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Koruduğu Hukuki Değer

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kişilerin özgür istek ve iradeleri çerçevesinde hareket edebilme, yer değiştirme hürriyeti koruma altına alınmak istenmiştir. TCK’da kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasından söz edilmektedir. Bu nedenle, bu suç ile potansiyel hareket hürriyeti, diğer bir ifade ile bir yere gitme veya bir yerde kalma konusunda irade oluşturma

⁵⁶ Demirbaş, s. 526

⁵⁷ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 149.

⁵⁸ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 12. Bası, 2016, s. 160

hürriyeti korunmaktadır. Fakat md. 109'dan hareketle “aktüel hareket özgürlüğünün”⁵⁹ korunduğu sonucuna da rahatlıkla ulaşılabilir. Dolayısıyla esasen burada korunan değer dış hürriyet olduğunu ifade etmek kâfidir. Böylece, bu suçla aynı zamanda aktüel hareket özgürlüğünün de koruma altına alındığı ifade edilmiş olmaktadır⁶⁰.

Hareket serbestisi hem hareket etme özgürlüğünü hem de hareket etmeme özgürlüğünü içerir. Cebir, tehdit ve şantaj suçlarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan farklı olarak bireyin sadece hareket hürriyeti değil, hareket hürriyetinin ön aşaması olan karar verme hürriyeti de korunmaktadır⁶¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali yönünden yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı da korunmaktadır. Suçun nitelikli halleri bakımından korunan değer içerisinde başka kişilik değerleri bulunmaktadır. Örneğin; suçun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli haller arasında düzenlenerek cinsel özgürlük de koruma altına alınmak istemiştir. Diğer nitelikli hallerden olan suçun kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesinde kamu itibarı ve kamuya olan güven, çocuğa karşı işlenmesinde çocuğun üstün menfaati, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olanlara karşı işlenmesinde ise zayıfların korunması düşünceleri göz önüne alınmıştır.⁶²

⁵⁹ Aktüel Hareket Özgürlüğü çalışmanın ikinci bölümünde detaylı şekilde açıklanmıştır. Bkz: s. 34.

⁶⁰ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1186.

⁶¹ Veli Özer Özbek-M. Nihat Kambur-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 10.Bası, 2016, s. 411.

⁶² Özbek vd., Genel Hükümler, s. 412.

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN UNSURLARI VE NİTELİKLİ HALLERİ

I. GENEL OLARAK SUÇUN UNSURLARI VE KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI

Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açıkça ve bilinçli olarak ihlal edilmesi veya en azından bu değerlerin koruma altına alınmasına yöneltmiş kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Bu yönü itibarıyla suç bir haksızlıktır, başka bir ifadeyle hukuka aykırılık arz eden muayyen bir fiildir⁶³.

Suç, kanuni tanıma uygun (tipe uygun) ve hukuka aykırı davranışlar olarak da tanımlanabilir. Ceza kavramı da dâhil edildiğinde; “kanunda karşılığında ceza ve/veya güvenlik tedbiri öngörülen kanuni tanıma uygun (tipiklik) ve hukuka aykırı davranış suçtur” şeklinde bir tanımlama yapılabilir⁶⁴.

Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir⁶⁵. Yani suçun oluşması için kastın varlığı kuraldır. Taksir kanununun açıkça belirttiği hallerde failin sorumluluğu sonucunu doğurmaktadır. Taksirle işlenmiş bir fiil ancak kanunda fiilin taksirli şeklinin düzenlenmiş olması halinde failin ceza sorumluluğunu doğurmaktadır⁶⁶.

Doktrinde suçun unsurlarından ne anlaşılması gerektiği hususunda bir görüş birliği yoktur⁶⁷.

⁶³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 157.

⁶⁴ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara 2015, s. 189. Bu tanımlamadan hareketle, suçun unsurları tipiklik ve hukuka aykırılık olarak belirlenebilir. Akbulut’a göre tipikliğin maddi unsurları, hareket, netice, nedensellik bağı, fail ve mağdur olarak sıralanabilir. Tipikliğin manevi unsurları ise kast ve taksirdir.

⁶⁵ 5237 Sayılı TCK md.21.

⁶⁶ Akbulut, s. 337.

⁶⁷ Örneğin, Özbek vd, suçu tipe uygun, hukuka aykırı, kasten işlenen neticeli ve icrai nitelikte bir insan davranışı olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda suçun unsurları tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluktur(Bkz Özbek, s. 218, 222, 231, 240). Hakeri ise kusurluluğu suçun unsurları dışında ayrı bir kategoride incelemiştir. Hakeri’ ye göre suçun unsurları suçun kanuni unsuru (tipiklik) ve hukuka aykırılık unsurları olarak iki başlık altında incelenir(Bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 122.). Koca/Üzülmez’e göre tipiklik, TCK’nın ifadesi ile suçun kanuni tanımı, geniş ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda tipiklik, haksızlık tipinin unsurları, hukuka aykırılık, kusur ve objektif cezalandırılabilme koşulları ile şahsi cezasızlık sebeplerini içerir. Dar anlamda tipiklik ise, her bir suçta kendi özelliğini veren ve onun haksızlık içeriğini karakterize eden tanımdaki unsurlardır(Bkz. Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Bası, Ankara Eylül 2015, s. 95).

Yeni TCK'nın sisteminde esas alınan suç teorisinde suçun unsurları üçe ayrılmaktadır: 1) Maddi unsurlar, 2) Manevi unsurlar, 3) Hukuka aykırılık unsuru. Bu sistemde kusurluluk suçun bir unsuru değildir. Kusurluluk, işlediği suç dolayısıyla fail hakkında bulunulan bir değerlendirme yargısı olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁸.

Çalışmada suçun unsurları; maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık olarak üç ana başlık altında incelenecektir. Maddi unsurlar başlığı altında, fail, mağdur, hareket ve netice unsurları önce genel bilgiler ışığında ele alınacak ve ardından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu özelinde irdelenecektir.

Suçun manevi unsurları başlığı altında ise kast ve taksir unsurlarına yer verildikten sonra, hukuka aykırılık unsuru irdelenecek, bu bağlamda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hukuka uygunluk nedenlerine yer verilecektir.

A. Fail

Fail kavramının kökeni 'fiil' dir. Yani fiili işleyen, fiili gerçekleştiren kimseye fail adı verilmektedir. Nitekim TCK md. 37/1'deki⁶⁹ düzenlemeden suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişinin fail olarak tanımlandığı sonucunu çıkarılabilir⁷⁰. Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçlardır⁷¹.

Suçun faili sadece gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler adına işlenen suçlarda suçu işleyen bir gerçek kişi vardır. Tüzel kişiler fail olamaz⁷². TCK md. 20'de tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunup bulunmadığı ile ilgili açık düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemeye göre ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Suçun unsurlarından olan hareket yeteneği de sadece insanlarda bulunacağı için suçun faili ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler ile ilgili güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği TCK md. 20/2'de belirtilmiştir⁷³. TCK da tüzel kişiler

⁶⁸ Hukuka aykırılık ve kusurluluk farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, fiil ile hukuk düzeni arasında bir çelişki, bir ahenksizliktir. Kusur ise haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın işlediği fiil nedeniyle kınanabilmesi gerektiği konusundaki yargıyı ifade eder. Hukuka aykırılık ve Kusurluluk arasındaki ilişki için bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler s. 377.

⁶⁹ TCK md.37/1: Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

⁷⁰Hakeri, Genel Hükümler, s. 130.

⁷¹ Akbulut, Genel Hükümler, s. 319.

⁷²Hakeri, Genel Hükümler, s. 131.

⁷³ TCK md.20/2: Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.

hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri 60. maddede belirtilmiştir. Bu maddeye göre hakkında güvenlik tedbiri uygulanacak tüzel kişiler özel hukuk tüzel kişileri olarak ifade edilmiş ve uygulanacak güvenlik tedbirleri izin iptali ve müsadere olarak belirtilmiştir⁷⁴.

TCK md. 109'da farklı bir özellik aranmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili herkes olabilir. Aşağıda açıklanacağı üzere kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmak suretiyle bu suçu işlemesi halinde ceza arttırılır. Aynı zamanda kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunun, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali de, artırım nedeni olarak düzenlenmiş böylelikle suçun daha kolay işlenmesini ve mağdurun üzerindeki korkutuculuk derecesini dikkate alarak kanun koyucu bu halde de failerin daha fazla ceza almasını amaçlamıştır. Ayrıca, faille mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi de (üstsoy, altsoy, eş olması) suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurudur⁷⁵. Bu durum aynı zamanda görünüşte özgü suç olarak isimlendirilir⁷⁶.

B. Mağdur

Genel olarak suçun mağduru suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan gerçek kişilerdir. Tip içerisinde ayrıca tanımlanmadığı sürece suçun mağdurunun kim olduğu önemli değildir. Ancak bazı suç tiplerinde suçun mağdurunun kim olduğu veya nitelikleri önem arz eder. Örneğin çocuğun cinsel istismarı suçunda tipe uygun bir fiilden bahsedebilmek için failin hareketlerinin mutlaka çocuk (TCK md. 6'da tanımlandığı şekilde henüz 18 yaşını doldurmamayan kişi) olarak kabul edilen bir kişiye yönelik olması gerekir. Benzer şekilde çocuk düşürme suçundan bahsedebilmek için hareketin mutlaka hamile bir kadına yönelmiş olması gerekir⁷⁷.

Mağdur kelimesi kadre uğramış kişi, haksızlığa uğramış kişi anlamına gelmektedir. Kişinin işlenen suç dolayısıyla mağdur olabilmesi için, suçu oluşturan fiilin işlendiği sırada hayatta olması gerekir. Kasten öldürme suçunun mağduru, suçun icra hareketlerinin gerçekleştiği sırada hayatta olduğu için ölen kişidir. Buna karşılık,

⁷⁴ Akbulut, Genel Hükümler, s. 329.

⁷⁵ Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 9.Bası, Ankara 2015, s. 292.

⁷⁶ Akif Yıldırım, Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, sayı. 19, s. 594. (<http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/taad19/files/assets/basic-html/page68.html>, Erişim Tarihi: 12.10.2017)

⁷⁷ Özbek vd., Genel Hükümler, s. 223.

ölmüş bir kişinin üzerindeki eşyaların çalınması suçunda mağdur ölmüş kişi değil, onun yakınlarıdır. Mağduru olmayan bir suç olmadığı gibi, bütün suçlarda mağdur ancak gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görmüş olabilirler ancak mağdur olamazlar⁷⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu mağdur bakımından özellik arz etmez ve herkese karşı işlenebilen bir suçtur. Diğer bir ifade ile hareket yeteneği olan veya olmayan her insan bu suçun mağduru olabilir. Suçun mağduru olabilmek için sırf iradi olarak yer değiştirme yeteneğine sahip olup olmamanın yeterli olup olmadığı, hareket serbestisine sahip olmayacak derecede akıl hastası, felçli, ağır hasta, kendini bilemeyecek derecede sarhoş veya baygın bir kimselerin suçun mağduru olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır⁷⁹.

Suçun potansiyel hareket hürriyetini koruduğunu savunan yazarlar⁸⁰, yer değiştirme yönünde irade oluşturabilecek ve bunu icra edebilecek durumda olanların, gerçekte yer değiştirmeye yönelik iradelerinin varlığı gerekmeksizin suçun elverişli konusu olabileceklerini kabul etmektedirler. Buna göre bir yere gitme veya bir yerde kalma konusunda aktüel bir irade oluşturulması aranmadığından, suçun oluşumu için mağdurun hürriyetinin sınırlandırıldığını hissetmesi gerekli değildir. Örneğin, bir kişinin diğerini uzunca bir süre odaya kilitlemesi durumunda, kilitlenen kişinin bunun farkına varmaması gibi. Buna karşılık, azınlıkta olmakla birlikte, mağdurun ancak belli bir yere gitme veya bir yerde kalma yönünde irade oluşturmuş kişiler olabileceğini görüşünü savunan yazarlar da vardır⁸¹.

Suç ile aktüel hareket hürriyetinin kısıtlandığını savunan yazarlara göre hareket serbestisine sahip olmayan ya da bulunduğu yeri değiştirme bilincine sahip olmayan küçük ve akıl hastası gibi kişilere karşı bu durumun varlığı süresince bu suç işlenmez⁸². Örneğin yeni doğmuş bir çocuğun beşiğine bağlanması halinde, kişi hürriyetinden mahrum etme suçu işlenmiş sayılmaz⁸³.

⁷⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 203.

⁷⁹ Mahmut Koca – İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2106, s. 402

⁸⁰ M. Emin Artuk-Ahmet Gökcen- A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14.Bası, Ankara Eylül 2014, s. 248.; Recep Gülşen, Hürriyeti Tahdit Suçları, Vedat Hukuk Yayınları, Ankara 2002, s. 41-46.; Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 399.

⁸¹ Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 400.

⁸² Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 1179.

⁸³ Cihan, Hürriyeti Tahdit, s. 32.

Suçun potansiyel hareket hürriyetini kısıtladığını, irade serbestisine sahip küçüklerin suçun mağduru olabileceğini ancak çok küçük yaştaki çocukların potansiyel olarak dahi hareket etme serbestisi olmaması sebebiyle bu suçun mağduru olamayacaklarını ileri süren yazarlar da vardır⁸⁴.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, benimsediği sistem nedeni ile doktrindeki bu tartışmanın TCK bakımından büyük önem arz etmediği ifade edilmelidir. Zira kanunun öngördüğü sistemde herkes bu suçun mağduru olabilmekte, hatta fiilin çocuklara ve kendini savunamayacak durumda olanlara karşı işlenmesi cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hali oluşturmaktadır⁸⁵.

Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun hürriyeti önceden kısmen sınırlanmış olabilir. Bu sınırlamanın üzerine failin ikinci bir sınırlama getirmesi halinde yine hürriyetten yoksun kılma suçu oluşacaktır. Bu kişilerin kendilerine tanınan bir özgürlük alanı vardır ve bu alan içerisinde hareket etmelerinin engellenmesi suçun oluşumu için yeterli olacaktır. Örneğin, cezaevindeki bir tutuklu veya mahkûmun ya da hastanede bulunan bir hastanın bağlanarak oda içinde hareket kabiliyetinin engellenmesi veya hücreye kapatılması veya tuvalete kilitlenmesi hallerinde de bu suç oluşacaktır çünkü bu kişiler ilgili mevzuatın kendilerine tanıdığı alan içinde hareket etme serbestisine sahiptirler⁸⁶. İtalyan Temyiz Mahkemesi 25 Nisan 1975 tarihinde bir grup hükümlünün kaçmak için diğer grup hükümlüyü cezaevinin kilisesine kapatmasını hürriyetten yoksunluk saymıştır⁸⁷.

Son olarak suçun oluşması için mağdurun kendi kendine hürriyetini elde edebilmesinin mutlak surette imkânsız olması, her türlü kaçış ve kurtuluş yolunun mağdura kapalı olması şart değildir. Mağdurun istediği gibi hareket etmesine engel olmak için konulmuş, maddi ve manevi engelleri kolaylıkla yenemeyecek durumda olması yeterlidir⁸⁸.

⁸⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13.Bası, Ankara Ekim 2016, s. 479.

⁸⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 401.

⁸⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 400.

⁸⁷ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, Kasım 2016, s. 271.

⁸⁸ Faruk Erem - Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, 9.Bası, Ankara 2003, s. 89.

C. Hareket

Ceza kanunlarındaki suç tanımlarında her bir suçun haksızlık içeriğini ifade eden yapısal unsurlar farklı şekillerde düzenlenmiştir. Tıpe uygun haksızlığın gerekleŒebilmesi için, suçun kanuni tanımında belirtildiği Œekil ve tarzda hareket ya da hareketlerin yapılması Œarttır. Ceza hukuku bakımından bir hareketten söz edilebilmesi için, dıŒ dünyadaki davranıŒın kanuni tanıma uygun olması gerekmektedir. Hareketin tipte tanımlanıŒına göre suçlar eŒitli ayrımlara tabi tutulabilir. Buna göre suçları, tek hareketli suçlar, çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar, kesintisiz (mütemadi) suçlar ve ihmali suçlar Œeklinde bir ayrıma tabi tutmak mmkndr⁸⁹.

Tek hareketli suçların meydana gelmesi için tek bir hareket yeterli olmaktadır. Tek hareketli suçların en tipik örnekleri, kasten öldürme, hırsızlık, suç iŒlemeye tahrik sularıdır. Kanuni tanımında birden çok harekete yer verilen suçlara çok hareketli suçlar denir. Bu suçlarda suçun oluŒumu için kanuni tanımda yer alan tüm hareketlerin yapılması gerekmektedir. Yağma, dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik suçları bu suç tipi için verilebilecek rneklerdir⁹⁰. Bu bakımdan kiŒiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tek hareketli suçlardan olduğu ifade edilebilir.

Suçun oluŒması için bir hareket gerekiyse de bu hareketin nasıl olması gerektiği konusunda bir belirleme yapılmamıŒsa, serbest hareketli suç söz konusu olur. Örneğin kasten öldürme suçu bıçakla, boğarak, elektrikle vs. iŒlenebilir. Bağlı hareketli suçlar ise serbest hareketli suçlardan farklı olarak hareketin kanun tarafından özellikle belirlendiği ve bu hareket dıŒında bir hareket ile suçun iŒlenmesinin mümkün olmadığı suçlardır. Örneğin yağma suçu ancak cebir veya tehdit ile iŒlenebilir⁹¹.

Suçun, suç tanımındaki hareketlerden bir veya birkaçının gerekleŒtirilmesiyle iŒlenebildiđi suçlara seçimlik hareketli suçlar adı verilmektedir. Bu hareketlerden bir tanesinin yapılmasıyla suç iŒlenebildiđi gibi, bunlardan herhangi bir kaçının yapılmasıyla da suç iŒlenebilmektedir. Örneğin: hakaret, resmi belgede sahtecilik, güveni kötüye kullanma, biliŒim sistemlerini engelleme, kamu görevinin terki veya yapılmaması suları⁹². Kanuni tanımında mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma

⁸⁹ Koca/zlmez, Genel Hükümler, s. 112.

⁹⁰ Koca/zlmez, Genel Hükümler, s. 113.

⁹¹ Hakeri, Genel Hükümler, s. 151.

⁹² Hakeri, Genel Hükümler, s. 152.

hürriyetinden yoksun bırakılması şeklinde işlenebileceği öngörüldüğünden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun seçimlik hareketli bir suç olduğunu ifade etmek mümkündür.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında; TCK md 109'da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hareket unsurunun bir kimseyi bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma olarak öngörülmesine rağmen, ifade edilen eylemlerin hangi hareketlerle yapılacağına ilişkin herhangi bir sınırlama yer almadığından bu suç serbest hareketli bir suçtur⁹³. Yargıtay da kararlarında; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun serbest hareketli bir suç olduğunu, suçun bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünün kaldırılması neticesini doğurabilecek her türlü hareketle işlenebileceğini, failin fiili doğrudan veya dolaylı hareketleriyle ve çeşitli araçlar kullanarak gerçekleştirebileceğini belirtmiştir⁹⁴.

Mağdurun narkoz ile bayılması⁹⁵, elinin/ayağının bağlanması⁹⁶, kapalı bir yerde tutulması, kapı açık dahi olsa bulunduğu yeri serbest iradesi ile terk etmesini engelleyici tedbirler alma⁹⁷ suretiyle kişinin hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olabilecektir.

Öte yandan mağdurun bir yerden başka bir yere gitmesi için zorunlu olarak bağlı olduğu araçların alınması veya onlara zarar verilmesi suretiyle kullanılmasına engel olunması durumunda da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacaktır⁹⁸. Bu

⁹³ Aynı yönde bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 241., Aksi yönde bkz: Çakmut, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 589.

⁹⁴ CGK 28.03.2017 T., 2015/1253 E., 2017/184 K.; CGK 21.03.2017 T., 2014/14-468 E., 2017/181 K.

⁹⁵ "... sanık A... 'nın, ağabeyi olan diğer sanık H... 'nin biber gazı sıkmak ve amonyaklı pamuk koklatmak suretiyle etkisiz hale getirip el ve ayaklarını koli bandı ile bağladıktan sonra dolaba koyduğu mağdurenin, mevcut halini görerek diğer sanıkla beraber sürüklemek suretiyle evden çıkarıp ticari taksiye bindirdiğinin, sanıklar ile mağdurenin bu şekilde Gaziantep ilinden Diyarbakır iline geldiklerinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 109/2, 3.b maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle aynı maddenin 1. fıkrası ile cezalandırılmasına karar verilmesi..." Y. 14. CD. 2.3.2015 T.2015/ 951 – 2308 E.,K. (UYAP).

⁹⁶ "... sanıkların olay günü mağduru el ve ayaklarından ranzaya bağlamak suretiyle hürriyetinden yoksun kıldıklarının sabit olması karşısında atılı suçtan mahkûmiyetleri yerine dosya kapsamı ile oluşa uygun düşmeyen gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi..." Y.14.CD. 26.10.2015 T. 2013/9006 E. 2015/9756 K. (UYAP).

⁹⁷ "...suç tarihinden önce İzmir'de gazinolarda çalışan mağdurenin Bingöl ili Kiğı ilçesinde gazino işleten sanıkla anlaşıp yanında çalışmak üzere gittiği ilçedeki çalışma ortamını beğenmeyip geri dönmek istediği ve buna karşı çıkan sanığın, zorla işyerinden ayrılmasına engel olarak alıkoyduğu mağdurenin telefonla ihbarda bulunduğu kolluk güçlerince tutulduğu yerden kurtarıldığı anlaşıldığından, sanığın atılı suçtan mahkumiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi..." Y. 14. CD 24.5.2017 T.2014/8117 E. 2017/2839 K. (UYAP).

⁹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 259; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 387; Çakmut, s. 590.

kapsamda felçli kişinin ihtiyaç duyduğu tekerlekli sandalyesini veya bastonunu almak, banyoda bulunan birinin kıyafetlerini saklamak vb. hareketler kişinin hareket serbestisini ortadan kaldıracığından TCK md. 109'da düzenlenmiş suçun oluşmasına sebebiyet verecektir⁹⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu silah, uyuşturucu madde gibi araçlar kullanılarak gerçekleştirilebileceği gibi tehdit, hile gibi manevi veya yakalama, bağlama gibi fiziki araçlarla da işlenebilecektir¹⁰⁰.

Hürriyetten yoksunluk kısa veya uzun süreli olabilir; bu durumun suçun oluşumuna etkisi yoktur. Anlık tutma durumlarında ise suç oluşmayacaktır. Suçun oluşumu bakımından sürenin kısalığını takdir somut olayın özelliğine göre hâkim tarafından değerlendirilecektir¹⁰¹. Bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.09.2012 T. 2011/5-447 E. 2012/1789 K. sayılı ilamında; "...hürriyetten yoksun kılma suçunun oluşabilmesi açısından geçmesi gereken süre konusunda 5237 sayılı TCK'nda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, hürriyetten yoksun bırakma kavramı, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerir ve fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesini gerektirir. Bu bakımdan, her olayda sürenin, hem fail hem mağdur açısından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma niteliğini taşıyıp taşımadığının, hareketin ağırlığı, önemi ve ciddiyeti ile birlikte hâkim tarafından değerlendirilerek belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla suçun oluşumu açısından önceden bir zaman uzunluğunun belirlenmesi olanaklı değildir...¹⁰²" şeklinde ifade edilmiş, dakika ya da saat veya gün olarak belirli bir süre belirtilmemiştir¹⁰³. Suçun oluşumu için geçmesi gereken süre hakkında belirli bir zaman dilimini ilke olarak belirtmeyen CGK 10 dakikalık süreyi suçun oluşumu için yeterli saymıştır¹⁰⁴.

⁹⁹Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 293; Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 430-431

¹⁰⁰Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 294.

¹⁰¹Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 295; Çakmut, s. 590.

¹⁰² Aynı yönde bkz CGK 03.12.2012 tarih ve 2012/ 288-419 E.K. sayılı ilamı

¹⁰³ Benzer Yargıtay kararları için bkz. Y. CGK 05.02.2013 T. 2102/14-1409 E. 2013/37 K.; CGK 03.12.2012 T. 2012/288-419 E. K. (UYAP).

¹⁰⁴ "...Bu şekilde gerçekleşen olayda sanık, tam olarak tespit edilememekle birlikte en az 10 dakika kadar süren bir zaman dilimi içinde elindeki av tüfeği ile mağdur N...'nin özgürlüğünü kısıtladığından, eyleminin silahla tehdit suçunu değil, 5237 sayılı TCY'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğunun kabulü gerekir..." CGK. 02.10.2012 T. 2011/8-778 E. 2012/1795 K. (UYAP).

Failin mağdurun hürriyetini kısıtladığı yerin nerede olduğunun önemi yoktur. Bu yerin failin ya da mağdurun veya başkalarının mülkiyetinde olması¹⁰⁵, açık veya kapalı bulunması, araba, ada, gemi, ıssız bir yer ya da ormanlık alan olması önemli değildir¹⁰⁶. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak için başvuru araçları önemli olmamakla birlikte, failin işlenmesinde bazı araçların kullanılması halinde suçun nitelikli halleri oluşabilir. Örneğin TCK md. 109/3-a bendinde düzenlenen silahın kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak amacıyla suçta kullanılması halinde, failin cezası bu nitelikli hale göre artırılacaktır¹⁰⁷.

Failin yapmak ve yapmamak olmak üzere iki görünüş şekli bulunur. İlkinde icrai, ikincisinde ise ihmali bir hareket söz konusudur. TCK'da normlar emir ya da yasak norm şeklinde düzenlenmiştir. Gerçekten bir şeyin yapılmasının emredilmesi ve fakat yapılmaması ihmali, bir şeyin yapılmasının yasaklanması ve fakat yapılması icrai bir hareket şeklinde ortaya çıkar. TCK'da bulunan normların birçoğu 'yasak norm', yani icrai bir hareket biçiminde işlenebilen suçlar şeklinde düzenlenmiştir. İcrai suçlara örnek olarak, kasten öldürme, hırsızlık ve yağma suçları verilebilir. İhmali suçlar ise bir emir kuralına aykırılıktır. Yasa kişiyi belirli bir şekilde hareket etmesini emretmektedir.

¹⁰⁵ "... olay günü sanığın evinde misafir olup birlikte alkol alan mağdurenin evden gitmek istediği ancak sanık tarafından elbisesi parçalanıp yüzüne tokat atıldıktan sonra üzerine kapı kilitlenerek evden çıkmasına izin verilmediği ve mağdurenin telefonda mesaj atarak yardım istediği tanık Bostan'ın olay yerine gelip kolluk güçlerini aramasını müteakip durumu öğrenen sanığın mağdurenin evden çıkmasına müsaade ettiği ve mahkemeye de eylemin bu şekilde gerçekleştiği kabul edildiği halde, sanığın atılı suçtan dolayı 5237 sayılı TCK'nın 109/2. maddesi yerine yazılı şekilde aynı maddenin birinci fıkrası ile cezalandırılmasına karar verilmesi...". Y.14.CD. 22.03.2017 T. 2014/6192 E. 2017/1528 K. (UYAP).

¹⁰⁶ "...ticari ilişki nedeniyle birbirlerini tanıyan sanık ile katılanın olay günü akşamı dışarıda birlikte eğlendikten sonra kaldığı otele bırakmak için katılanı aracına alan sanığın, yolda giderken aracı durdurup katılana yönelik basit cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesinin ardından onu kendisine ait eve rızasına aykırı şekilde götürdüğü ve burada tekrar katılana basit cinsel saldırı eyleminde bulunan sanığın aldığı alkoli etkisiyle uyuya kalması üzerine bu durumdan faydalanarak evden uzaklaşan katılanın bindiği taksile kaldığı otele gidip aracını alarak İzmir'e döndükten bir gün sonra hastaneye giderek muayene olup karakola başvurduğu anlaşıldığından, kabul edilen bu eylem neticesinde katılanın ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda usulüne uygun rapor alınarak sonucuna göre sanığın basit cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılması yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle atılı suçlardan beraatine karar verilmesi...". Y. 14.CD.25.5.2017 T. 2014/7831 E. 2017/2863 K. (UYAP).

"...Sanığın nikahsız olarak birlikte yaşadığı mağdureyi, aralarında çıkan tartışma nedeniyle elleri ve ayaklarını bağlayarak aracına bindirip Sapanca ilçesinden hareket ettiği, yolda "Seni Eşmeye götürüp dağa atacağım" dediği ve mağdurenin Arifiye İlçesine geldiklerinde ayağını çözerek araçtan atlaması üzerine mağdureyi orada bırakarak olay yerinden ayrıldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel amaçla gerçekleştirdiğine ilişkin iddia dahil herhangi bir delil bulunmamasına karşılık yazılı şekilde hakkında TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanması neticesinde fazla ceza tayini..." Y. 14.CD. 24.11.2015 T. 2014/331 E.- 2015/10968 K. (UYAP).

¹⁰⁷ Burcu Kağan Kaplan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya 2011, s. 30.

Görevi ihmal etme suçu buna örnek olarak verilebilir. Birey bu hareketi icra etmezse emre karşı gelmiş olur. Buradaki ihmal kişiden beklenen şeyin yapılmaması şeklinde ortaya çıkar. Öte yandan, icrai suçlar ihmali olarak da işlenebilir. Bu durumda “ihmal suretiyle icra suçları” söz konusu olur¹⁰⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hem icrai hareketle hem de ihmali hareketle işlenebilir. Bir kişinin başka birisini bir yere kapatması suçun icrai olarak, bir yerde kapatılmış birisinin bulunduğu yerden çıkmasını sağlamaması ise ihmali olarak işlenmesine örnektir¹⁰⁹. Benzer olarak, hasımlarının evinin önünde karakol kurmaları yüzünden kişi evine giremediğinde ya da evinden çıkmadığında suç yine ihmali hareketle işlenmiş olacaktır¹¹⁰. Bu noktada, TCK’da ceza sorumluluğuna yol açabilecek ihmali hareketler için tüm suçları kapsayan genel bir düzenlemeye yer verilmediğini belirtmek gerekir. Buradan hareketle doktrinde bazı yazarlar, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali bir hareketle işlenebileceği açıkça düzenlenmediğinden bahisle, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca failin cezalandırılmayacağını ileri sürmektedir^{111, 112}. Buna karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ihmali hareketlerle işlenmeye elverişli suçlardandır¹¹³.

Ani suç, kanunun aramış olduğu unsurların gerçekleştiği anda tamamlandığı ve sona erdiği suç tipidir. Bu suç tipinde suçun tamamlanma anı ile sona erme aynı anda gerçekleşir. Suçun unsurları bu anda eksiksiz olarak (tam) gerçekleşmektedir. Örneğin, hırsızlık suçu bir başkasının taşınabilir eşyasının alınması ile tamamlanır ve sona erer. Benzer şekilde kasten öldürme suçu da bir ani suçtur¹¹⁴.

Kesintisiz suç süreklilik gösteren, devam eden suç anlamındadır. Bu suçta devam etmesi gerekenin ne olduğu tartışmalı olmakla birlikte Türk doktrinindeki genel kabule göre hareketten doğan neticenin devam ettiği suçlara kesintisiz suç

¹⁰⁸ Özbek vd., Genel Hükümler, s. 222.

¹⁰⁹ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 199.

¹¹⁰ Zeki Hafızoğulları - Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 177.

¹¹¹ Özbek vd., Özel Hükümler, s. 430; Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1191; Tezcan/Erdem/ Önok, Ceca Özel Hukuku, s. 346.

¹¹² Karşı görüş için bkz; Mehmet Emin Artuk, ‘Hürriyeti Tahdit Cürmü’, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996. s. 60; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Madde 76-131, 3.Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s. 2814; Cihan, Hürriyeti Tahdit, s. 64-67.

¹¹³ Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 405.

¹¹⁴ Erdal Yerdelen, Mütemudi (Kesintisiz) Suç, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:18 ,Temmuz 2014, s. 114. (<http://www.taa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 26.12.2017)

denilmektedir¹¹⁵. Koca/Üzülmez, her suçta bir netice olduğu fikrini kabul etmemektedir. Netice yalnızca suçun kanuni tanımında hareketten bağımsız olarak ayrıca gösterilmesi durumunda bir unsur olarak dikkate alınmalıdır. Neticenin tek başına hareketten bağımsız olarak devam etmesi de söz konusu olamaz. Netice hareketin bir sonucudur ve bu sebeple neticenin devamı ancak hareketin sürdürülmesi ile mümkün olabilir. Bu nedenle kesintisiz suçta devam eden netice değil, esasen suçun kanuni tanımında gösterilen harekettir Dolayısıyla kesintisiz suç, bir suçun kanuni tanımında gösterilen hareketin icrasının devam ettiği suçlardır¹¹⁶.

Kesintisiz suçlarda fiilin icrası devam ettiği süre boyunca, fiilin ifade ettiği haksızlık da işlenmeye devam etmektedir. Burada adeta devamlı bir şekilde yenilenen suç esasen hukuka aykırı durumun gerçekleşmesiyle tamamlanmakta ve bu durumun ortadan kaldırılmasıyla bitmektedir. Dolayısıyla kesintisiz suçlarda suçun tamamlanması ve bitmesi farklı zamanlarda gerçekleşebilmektedir. Hâlbuki kanuni tanıma uygun hareketin icrasıyla ya da tipte ayrıca neticenin arandığı hallerde neticenin gerçekleşmesiyle tamamlanan ani suçlarda, suçun tamamlanması ve bitmesi şeklinde bir ayırım söz konusu değildir. Örneğin kasten öldürme suçu, ölüm neticesinin gerçekleşmesiyle tamamlanır. Mağdurun yaralandıktan bir süre sonra ölmesi bu suçun kesintisiz hale getirmez. Çünkü öldürmeye yönelik hareket gerçekleştirilmiş ve bitmiştir. Ayrıca ölümün bir netice olarak sürdürülmesi, yani kişinin sürekli öldürülmesi söz konusu olamaz¹¹⁷.

Özgenç de, kesintisiz suçlarda fiilin icrasının bir anda tamamlanmadığını, süreklilik arz eden hususun netice olduğunu ileri süren doktriner görüşün doğru olmadığını belirtmiştir^{118, 119, 120}. Bu kapsamda, kasten öldürme suçu ani suç olmasına

¹¹⁵ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I,14. Bası, İstanbul 1997, s. 96 ve Veli Özer Özbek/Pınar Bacaksız/Koray Doğan, Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 128'den aktaran Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.114.

¹¹⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 114.

¹¹⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 115

¹¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 172; Hakeri, Genel Hükümler, s. 167; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 259.

¹¹⁹ Karşı Görüş için bkz Özbek vd, Genel Hükümler, s. 241; Özbek vd'e göre ise hareketten doğan neticenin bir süre devam ettiği suçlara kesintisiz suç denir. Bu görüşe göre, neticenin bir süre devam etmesi, suçun gerçekleşmesi için zorunlu olup, suçun bir unsurudur. Neticenin bir süre devam etmesi kesintisiz suçun ilk koşuludur. Suçun kesintisiz suç olarak kabul edilebilmesi için ikinci koşul, failin neticeye son vermek imkânı ve iktidarının varlığıdır. Aksi halde suç kesintisiz olarak nitelenemez.

¹²⁰ Yine karşı görüş için bkz Demirbaş, Genel Hükümler, s. 231-234; Demirbaş'a göre kesintisiz suç, zorunlu ve muhtemel kesintisiz suç şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. Kanunun neticenin bir süre devam etmesini şart koştu suçlar zorunlu kesintisiz suçlardır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bu suç çeşidine örnek olarak verilebilir. Aslında ani suç olarak işlenmeleri mümkün olmakla birlikte,

karşın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suçtur. Kasten öldürme suçunda ölüm neticesinin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olmaktadır. Buna karşılık kesintisiz suçlarda suçun kanuni tarifindeki fiilin icrasına devam edilmektedir. Benzer şekilde; suç işlemek amacıyla örgüt kurma, girilen konuttan çıkmamak suretiyle işlenen konut dokunulmazlığını ihlal, uyuşturucu ve uyarıcı maddenin imali, nakledilmesi, depolanması, işkence, eziyet suçları kesintisiz suçlara örnek teşkil eder. Kesintisiz suçun işlenmesine icrai bir davranışla başlanılıp ihmali davranışla devam edilebilir. Mesela, bir yere hapsedilmek suretiyle kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmasıyla suç işlenmeye başlanmıştır, hürriyeti sınırlama devam ettiği sürece bu kişinin serbest bırakılmaması suretiyle suçun icrasına devam edilmektedir¹²¹.

Kesintisiz suçun, kanuni tanımında gösterilen hareketin icrasının devam ettiği suçlar olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da kesintisiz suçtur. Burada fiilin icrası devam ettiği sürece haksızlık da devam etmektedir. Failin fiilinden kaynaklanan ihlal anlık olmanın ötesinde bir süre devam etmektedir. Fiilin icrası, mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığı an (suçun tamamlandığı an) ile mağdurun hareket serbestisini kazandığı an (suçun bitme anı) arasında devamlılık göstermektedir. Diğer bir ifadeyle fiilin icrası önemsiz sayılamayacak bir süre boyunca devam etmelidir¹²².

Bir suçun ani suç mu kesintisiz suç mu olduğunun tespit edilmesinin ceza hukuku bakımından önemli sonuçları vardır. Öncelikle, ani suçlar gibi kesintisiz suçlara da teşebbüs ancak bu suçların tamamlanması anına kadar mümkündür. Kesintisiz suçların tamamlanması ve bitmesi aynı zamanda gerçekleşebileceği gibi farklı zamanlarda da gerçekleşebileceğinden teşebbüs konusunda bu hususa dikkat etmek gerekir. Kesintisiz suç tamamlandıktan sonra işlenmeye devam edilmiş olması ve bu esnada failin elinde olmayan sebeplerle icranın sona erdirilmesi halinde suç esasen tamamlandığından teşebbüse ilişkin hükümler uygulanmaz. Örneğin bir kimsenin bir yere kapatılmak suretiyle özgürlüğünün kısıtlanmasıyla hürriyeti sınırlama suçu tamamlanmış olur. Suça teşebbüs ancak bu aşamaya kadar mümkün olabilir. Odaya kapatılmış bir kişinin ertesi gün polisler tarafından bulunarak kurtarılması durumunda

kesintisiz olarak da işlenebilen suçlardır. Failin hareket ve neticeyi devam ettirme iktidarına sahip olduğu durumlarda, muhtemel kesintisiz suçtan bahsedilir. Örneğin, gecekondusundan elektrik direğine kanca atmak suretiyle elektrik hırsızlığı yapan failin hırsızlığı, kaçak elektrik kullanıldıkça devam edecektir.

¹²¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 172.

¹²² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 115

suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilemez. Kesintisiz suç işlenmeye devam ettiği sürece yani bitinceye kadar bu suçlara iştirakın her şekliyle katılmak mümkündür. Ani suçlara iştirak ise ancak suçun tamamlanmasına kadar söz konusu olabilir¹²³. Kişiyi hürriyetinden yoksun kalma suçunda da, hareketin devam ettiği süre boyunca, suç sona erene kadar (kişi özgürlüğüne yeniden kavuşuncaya kadar) azmettirme dışındaki suça iştirak şekilleri uygulama alanı bulacaktır.

D. Netice

Netice, suçun maddi unsurlarından birisidir. Bu noktada vurgulamak gerekir ki, netice fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak, suçun maddi unsurlarından birini oluşturur. Bu bakımdan, yeni TCK'ya hâkim olan suç teorisinde, her suçta mutlaka bir netice vardır şeklindeki klasik anlayış terkedilmiştir. Bunun sonucu olarak benimsenen sistemde klasik suç teorisinde olduğu gibi neticesi harekete bitişik veya neticesi hareketten ayrı suç kavramından artık söz edilemez^{124, 125}. İcra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik netice olarak adlandırılır. Ancak, icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, sadece suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan değişiklik ceza hukuku açısından önem taşımaktadır. Başka bir deyişle, burada söz konusu edilen netice, sadece kanuni tarifte yer alan dış âlemdeki değişikliktir. Mesela, kasten öldürme suçunda (TCK md. 81) bir insanın ölmesi, suçun maddi unsurlarından biri olan netice unsurunu oluşturmaktadır¹²⁶.

Klasik suç teorisine taraf olan yazarlar her suçta mutlaka bir neticenin olduğunu, ancak bazı suçlarda bu neticenin harekete bitişik olduğunu ileri sürmektedirler¹²⁷.

¹²³ Koca/Üzülmez, s. 117

¹²⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 174.

¹²⁵ Karşı yönde bkz Demirbaş Genel Hükümler, s. 232. Demirbaş, bazı suçlarda neticenin harekete bitişik olup yer ve zaman olarak hareketten ayırlamayacaklarını, neticesi harekete bitişik suçların hareketin yapılmasıyla birlikte gerçekleşeceğini savunmaktadır. Bu bağlamda, kanunun neticeyi göstermediği, sadece belirli bir hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığını kabul ettiği suçlara, neticesiz ya da şekli suç (sırf hareket suçları) denmektedir. Bunlarda hareketin içinde olan bir netice vardır; yani hareketin yapılmasıyla neticenin gerçekleşeceğini kanun öngörmüştür. Örneğin; terk(md. 97), konut dokunulmazlığını ihlal (md. 116), hakaret (md. 125), görevi ihmal (md. 257/2), yalan tanıklık (md. 272) bu suçlardandır.

¹²⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 174.

¹²⁷ Özbek vd, neticenin maddi olarak ortaya çıkmamasının o suçu neticesiz suç haline getirmediğini, ortaya çıkan tehlikenin de bir netice olduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda, suçları da; şekli-maddi, zarar-tehlike, ani-kesintisiz ve kalkışma suçları olarak tasnif etmiştir. Bkz. Özbek vd., Genel Hükümler, s. 237. Demirbaş ve Soyaslan da, sırf hareket suçlarında, neticenin hareketin içinde bulunduğunu ileri

Kanaatimizce, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olan netice, suç tipinde, suçun kanuni tanımında gösteriliyorsa, ceza hukuku bakımından bir değer taşır. Bu bakımdan, iradi insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişiklik kanuni tipte yer almıyorsa önem arz etmez. Örneğin, kasten öldürme suçunda (md. 81) netice (ölüm) cezalandırma için aranmışken hakaret suçunda suçun oluşması bakımından neticenin (mağdurun utanması, incinmesi, üzülməsi) gerçekleşmesi aranmamıştır. Dolayısıyla her suçta bir neticenin olduğu şeklindeki düşünce isabetli değildir. Nitekim ceza normunda bazı suçlar sırf hareket suçları olarak düzenlenmişleridir ve tipe uygun hareketin icrası, ayrı bir neticenin varlığına ihtiyaç göstermeksizin suçun oluşması için yeterlidir¹²⁸.

Neticeye göre suçlar, ‘sırf hareket suçu-neticeli suç’, ‘zarar suçu-tehlike suçu’ şeklinde ayrımlara tabi tutulabilir¹²⁹.

TCK’da yer alan suçların büyük bir kısmı icrai veya ihmali bir hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlanan suçlardır. Bu suçların tamamlanması için neticenin gerçekleşmesi aranmaz ve “sırf hareket suçları” olarak adlandırılırlar. İntihara yönlendirme (TCK md. 84), tehdit (md. 106) ve hakaret (md. 125) bu suçlara örnek olarak verilebilir. Bazı suçların tanımında ise, suçun tamamlanabilmesi için sadece hareketin yapılmış olması yeterli görülmez, hareket ile arasında bir nedensellik bağının bulunması gereken bir de neticenin ortaya çıkması aranır. Bu suçlar “neticeli suçlar olarak” adlandırılmaktadır. Kasten öldürme(md. 81) ve kasten yaralama(md. 86) bu suçlara örnek olarak verilebilir¹³⁰.

Bizce de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma sırf hareket suçlarındanır. Zira suçun tamamlanması için herhangi bir netice aranmamıştır. Suçun oluşması için, failin mağdurun hürriyetini sınırlama amacını taşıyan fiili icra etmesi ve mağdurun hürriyetini sınırlamış olması gerekmektedir¹³¹.

Bununla birlikte, hareketin sonucu zarar veya tehlike şeklinde gerçekleşir. Bir kimsenin yaşamına, vücut bütünlüğüne, onuruna veya malına yönelik saldırı, bir zarar vermedir. Kanun koyucu suç tipinde zararlı bir neticeyi öngörmüşse, bir zarar suçu

sürmekte ve hareketin yapılması ile neticenin de gerçekleşeceğini savunmaktadır. Bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, s. 232.; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 258.

¹²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 250.

¹²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 252

¹³⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 119

¹³¹ Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1191.

vardır demektir¹³². Buna karşılık, kanun koyucu koruduğu değeri zarar tehlikesinde cezalandırmayı gerekli görmüşse, tehlike suçundan söz edilir. Kanun koyucu burada hareketin yapılması ile doğan zarar ihtimalini, yani tehlikeyi gerçekleştirmeyi suç saymıştır¹³³.

Kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinin sınırlandırılması ile kişi bir zarar uğramış olacaktır ki bu yönüyle de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bir zarar suçu olduğunu söyleyebiliriz.

II. SUÇUN MANEVİ UNSURU

A. Genel Olarak

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade eder. Gerçekleştirilen davranışın fiil niteliği taşıması ve dolayısıyla bir suçun varlığından söz edilebilmesi için öncelikle bu bağ tesis edilmelidir. Manevi unsur ile kusurluluk birbirine karıştırılmamalıdır. Kusurluluk işlediği suç dolayısıyla kişinin kınanması gerektiği hususundaki yargıyı ifade eder. Bu bakımdan kusurluluk işlediği fiille irtibatlı olarak kişi açısından bulunulan bir değerlendirme yargısıdır ve dolayısıyla suçun bir unsurunu oluşturmaz. Diğer bir anlatımla, kişi işlediği fiilden dolayı kusurlu bulunmasa bile bu fiil suç olma özelliğini muhafaza eder. Buna karşılık kanuni tanımda aranan manevi unsur gerçekleşmediği takdirde, suç oluşturan bir haksızlığın varlığından söz edilemez. TCK'ya hâkim olan suç teorisinde suçun manevi unsuru ile kusurluluk birbiriyle irtibatlı ve fakat içerik ve fonksiyonları bakımından ayrı kavramlardır¹³⁴.

Doktrindeki klasik görüşe göre, failin sorumlu tutulabilmesi için ceza normunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesi yetmez, ayrıca haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da bulunması gerekir. Bu manevi bağ doktrinde 'manevi unsur', 'kusur' veya 'kusurluluk' şeklinde isimlendirilmektedir. Ancak bu görüş isabetli değildir. Zira kusur, haksızlık oluşturan fiili işlemesi dolayısıyla kişi hakkında bir

¹³² Demirbaş, Genel Hükümler, s. 236.

¹³³ Demirbaş, s. 237.

¹³⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 221.

muaheze yargısıdır ve bir fiil, fail tarafından kusuru olmadan işlense bile haksızlık ve suç vasfını koruyacaktır¹³⁵.

Kusur yargısından önce, kanundaki belirli suç tanımlarına uygun bir haksızlık meydana gelmelidir. Bu haksızlığın kasten veya taksirle işlenmiş veya gerçekleştirilmiş olması önem arz etmez. Dolayısıyla, kast ve taksir, birer kusurluluk değil haksızlık şekli olarak anlaşılmaktadır¹³⁶.

Günümüz suç teorisinde “tipikliğin manevi unsuru” kavramından kişi ile fiil arasındaki manevi bağ anlaşılır. “Bugün artık suçun tipikliğinin gerçekleşmesinin yalnızca objektif tipikliğin varlığından ibaret olmadığı tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir. Bir davranış, ancak, manevi unsurların da varlığı halinde tipik haksızlık olarak nitelendirilebilir. Kişi ile gerçekleştirdiği davranış arasında manevi bir bağ yoksa bu davranış fiil niteliği taşımaz ve dolayısıyla bir suçun varlığından söz edilemez. Manevi unsurların varlığı halinde, ancak o fiil sübjektif olarak da failine isnat edilebilir. Bu nedenle failin tipik haksızlık unsurlarının tümü bakımından kasten veya taksirle hareket ettiğinin de belirlenmiş olması gerekir”¹³⁷.

TCK md. 21/1¹³⁸ ve 22/1¹³⁹’deki düzenlemelerden açıkça görüleceği üzere, kast ve taksir, kural ve istisna ilişkisi içinde bulunmaktadır. Kast kural olarak, her suçta bulunması gereken zorunlu unsurdur. Kast ve taksir zorunlu olarak, bir kişiye karşı işlenen fiilde aynı anda bir arada bulunamaz. Yani bir failin aynı hareketle, aynı suç tipi bakımından ve aynı konu ve mağdurla ilgili olarak, aynı anda hem kasten ve taksirle hareket etmesi mümkün değildir¹⁴⁰.

Ceza hukuku sübjektif tipiklik açısından kural olarak kastı aramaktadır. Taksirli hareketler ise istisnai olarak cezalandırılmaktadır. Bu nedenle ancak kasten işlenen hareketler cezalandırılabilir. Taksirli hareketler ise kanunda açıkça ve ayrıca belirtilmedikçe cezalandırılmaz. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda ise kast ve taksir kombinasyonu bulunmaktadır¹⁴¹.

¹³⁵ Tipikliğin manevi unsuru ile kusurluluk kavramlarının farklı anlamlara geldiği yönündeki görüşü için bkz Özgenç Genel Hükümler s. 222.

¹³⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 223.

¹³⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 134.

¹³⁸ TCK md.21/1: Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

¹³⁹ TCK md.22/1: Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

¹⁴⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 136.

¹⁴¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 135.

B. Kast-Taksir Ayrımı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

TCK'da kast kavramı tanımlanmış olup, buna göre 'kast, suçun kanuni unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir'. Kanunun kasta ilişkin bu tanımı doktrinde kabul gören kast tanımı ile de örtüşmektedir. Doktrinde de kast, suçun kanuni tanımında yer alan objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi veya 'tipikliğin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi' şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlara göre kast, bilme ve isteme olmak üzere birlikte bulunması gereken iki unsurdan oluşmaktadır¹⁴².

Tipikliğin manevi unsuru ile kusurluluk doktrinde kimi yazarlar tarafından birbirleri yerine kullanılmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, manevi unsurlar ile kusurluluk kavramları aynı şey değildir. Bu çerçevede; haksızlık teşkil eden bir fiil işlendiği takdirde, bu haksızlığı gerçekleştiren kişinin şahsi özellikleri dikkate alınmaksızın, bu fiili hakkında bir değerlendirmede bulunulmaktadır. Buna karşın, kusurluluk söz konusu olduğunda, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla, bir insan olarak failin hangi şartlarda sorumlu tutulabileceği incelenmektedir¹⁴³.

Kusurluluk gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili olarak faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite binaen gerçekleştirdiği hazırlık dolayısıyla failin muaheze¹⁴⁴ edilmesi gerekip gerekmediği hususundaki yargıyı ifade eder ve suç teşkil eden fiilin bir vasfı değildir. Dolayısıyla işlediği fiil sebebiyle, failin kusurlu addedilmesinin veya addedilmemesinin, bu fiilin suç vasfını haiz bir haksızlık olması üzerinde etki doğurmayacaktır. Örneğin, işlediği fiilin anlam ve muhtevasını kavrayamayacak derecede akli dengesi bozuk bir akıl hastasının bir insanı öldürmesi halinde, işlenen fiil bir suç teşkil etmektedir, ancak, failin kusur yeteneği olmadığı için, kusurundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. İşlenen fiil dolayısıyla failin kusurlu addedilmemesi halinde dahi; bu fiil belirli bir haksızlık ifade edebileceğine göre ceza hukuku açısından önem taşımaktadır. Ancak bu durumda faile uygulanacak yaptırım farklılık arz edecektir¹⁴⁵.

Kast gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuru olarak kabul edilmekle beraber, aynı zamanda kusur yargısının zeminini oluşturur. Kast için önemli olan, belli bir amaca yönelik olarak kişiyi davranışlarını yönlendirmesidir. Fakat bu yönlendirmenin serbest

¹⁴² Özbek vd., Genel Hükümler, s. 263; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 292.

¹⁴³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 223

¹⁴⁴ Kınama (Muaheze kelime anlamı, tdk.gov.tr)

¹⁴⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 223

iradeye dayanması ve bu nedenle kişinin kınanabilmesi kastın varlığı için gerekli değildir. Dolayısıyla, yaş küçüklüğü, akıl hastası veya sarhoş olan bir kişi dahi kasten hareket edebilir¹⁴⁶.

Doktrindeki bazı yazarlar, tipikliğin maddi unsurlarının bilinmesinin kastın varlığı bakımından yeterli olduğu ve istemenin kastın bir unsurunu oluşturmadığını ileri sürmektedir. Özgenç' e göre kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise bunların gerçekleşmesini istemese bile kasten hareket etmiş sayılacaktır. Örneğin cebir altında veya tehditle kendisine suç işletilen kişi, ne bu fiili işlemeyi ne de fiilin neden olduğu neticenin gerçekleşmesini istemiştir. Fakat bu durumda failin kasten hareket ettiğine şüphe yoktur. Kastta isteme unsuruna yer verilmesi, onun bir kusurluluk şekli olarak kabul edilmesinin sonucudur. Nitekim yeni TCK'da kastta bilmenin yanında isteme unsuruna da yer verilmesinde, bu klasik görüş etkili olmuştur¹⁴⁷.

Kast, failin işlediği suçun maddi unsurları hakkındaki bilgisine göre doğrudan kast ve olası kast olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fail, işlediği suçun maddi unsurlarını bütününe düşünmüş, öngörmüş ve dolayısıyla bütün bunlar hakkında bilgi sahibi olmuşsa, doğrudan kast söz konusudur. Bir suçun işlenmesi kararlaştırılmış, bu suçun maddi unsurları ve özellikle işlenene fiilin günlük hayat tecrübelerimize göre muhakkak surette sebebiyet vereceği neticeleri öngörülmüş ise fail doğrudan kastla hareket etmiştir. Örneğin A'yı öldürmek için silahını bu şahsı hedef alarak ateşleyen B, A'ya karşı öldürme suçunu doğrudan kastla işlemiştir¹⁴⁸.

TCK md. 21/2'de olası kasta ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, "Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, olası kast vardır." Olası kast halinde fail, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmektedir. Bu öngörme olgusu olası kastı bilinçsiz taksirden ayırmaktadır. Buna karşılık, doğrudan kasttan farklı olarak, olası kast halinde; somut olayda suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi, fail tarafından muhakkak değil, muhtemel addedilmektedir. Belli bir neticenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak işlenen fiilin diğer bazı neticelerin oluşumuna muhtemelen sebebiyet

¹⁴⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 225

¹⁴⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 224-226

¹⁴⁸ Benzer örnek olarak, bir siyasi şahsiyeti öldürmek amacıyla bu kişinin bindiği uçağa bomba yerleştiren failler, bu bombanın patlaması sonucunda uçakta bulunan diğer kişilerin de günlük hayat tecrübelerimizde göre muhakkak surette öleceğini öngörmüşlerdir. Bu itibarla, gerçekleştirilen fiilin muhakkak suretle sebebiyet vereceği neticeler açısından doğrudan kastla hareket etmişlerdir; bkz, Koca/Üzülmez, s. 144

vereceği öngörülmüş ise bu neticeler açısından olası kastla hareket edilmiş demektir. Fail gerçekleştirdiği fiilin muhtemel bazı neticeleri meydana getirebileceğini düşünmüş, bu neticelerin gerçekleşmesini mümkün ve muhtemel olarak tasavvur etmişse, bu neticeler açısından olası kastla hareket edilmiştir. Fail fiili işlerken bu neticelerin muhtemelen gerçekleşeceğini öngörmüş ve bunları kabul etmiştir. İşlenmesi kararlaştırılan fiilin kanunen tarif edilen muayyen bir neticenin gerçekleşmesine sebebiyet vereceği muhtemel telakki edilmiş olmasına rağmen, bu neticenin gerçekleşmesi kabullenilmiştir. Olası kast halinde, kanuni tarife uygun neticenin gerçekleşmesi, olayın seyrine bırakılmaktadır. Kişi, neticenin gerçekleşmesini muhtemel addetmekle birlikte, bunu gerçekleşmesi için özel bir çaba göstermemektedir. Kanuni tarife uygun neticenin meydana geleceği muhtemel addedilmesine rağmen, fail fiili işlemekten geri kalmamıştır^{149, 150}.

Kast ve taksir arasındaki ayrım Roma Hukukuna (dolu-culpa) kadar dayanmaktadır. Ancak taksir, kasta nazaran uzun süre sönük kalan bir kavram olmuştur. Taksir Arapça bir kelimedir ve sözlükte kısaltma, bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilecekken çekinip yapmama, kusur etme, kabahat, günah gibi anlamlara gelmektedir. Ceza hukuku terminolojisinde ise taksir, bir kimsenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle istemediği fakat öngörebildiği bir neticeyi gerçekleştirmesi olarak tarif edilmektedir¹⁵¹.

Taksir TCK md. 22/2'de¹⁵² dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek

¹⁴⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 235.

¹⁵⁰ Olası kast ile ilgili örnekler için bkz: Özgenç, s. 236. 'Kişi eline geçirdiği bir tabancayı birkaç defa tecrübe eder ve tabancanın ateş almadığını gözlemler, nasıl olsa patlamıyor düşüncesiyle ağzında mermi bulunan bu silahı şaka yapmak için arkadaşına yönelterek tetiğe basar, bu kez ateşlenen tabancadan çıkan tek kurşun maktule isabetle ölümüne sebebiyet verilen olayda, failin olası kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir'.

Yine; 'Şehirlerarası yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasında rağmen, kavşaktan geçmek ister. Ancak trafik lambası yeşil yanan diğer yönden gelen bir otomobilin trafikte güven prensibine uygun olarak kavşaktan geçtiği sırada otobüs otomobile çarpar ve bir veya birkaç kişinin ölümünde sebebiyet verir. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü trafik lambasını yeşil yandığı diğer yönden bir aracın gelmekte olduğunu görür. Fakat buna rağmen kavşaktan geçmeye karar verir. Bu durumda otobüs sürücüsünün, meydana gelen ölüm neticesi açısından olası kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir.

¹⁵¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 173

¹⁵² TCK md.22: (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

gerçekleştirilmesidir şeklinde tanımlanmıştır. Taksirle işlenen fiillerin cezalandırılmasının nedeni, toplum tarafından kişilere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalidir. Bu nedenle ister yetkili mercilerin belirlediği normların ihlali sonucu olsun, isterse müşterek hayat tecrübelerinden kaynaklansın taksirli fiillerde kişilere yüklenmiş olan dikkat ve özen yükümlülüğü ihlal edilmektedir¹⁵³. Ceza hukukunda kural; kasten işlenen haksızlıkların suç olarak cezalandırılmasıdır. Buna karşın, taksirle işlenen fiillerin kanunda suç olarak tanımlanması istisnai niteliktedir. Nitekim TCK md. 22/1’de “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır” denilmek suretiyle, bu husus açıkça belirtilmiştir. TCK’ya göre, suçun kanuni tarifinde yer alan unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştiren kişi kasten hareket etmiştir. Buna karşılık Ceza Kanununda tanımlanan bir fiili özen yükümlülüğünün ihlali suretiyle gerçekleştiren ve bunu yükümlülüklerine aykırı bir şekilde öngörmeyen (bilinçsiz taksir) veya böyle bir fiilin gerçekleşmesini muhtemel addetmekle birlikte neticenin meydana gelmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı bir şekilde güven duyan(bilinçli taksir) bir kişi taksirle hareket etmiştir¹⁵⁴.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kasten işlenebilen suçlardandır. Zira TCK md. 109/1-3 arasında belirtilen suçun temel ve nitelikli şeklinin oluşumu için kastın dışında başka bir manevi unsurun bulunması aranmamış, suçun taksirle işlenebileceğine dair bir düzenleme yapılmamıştır. Suçun oluşumu için varlığı aranan kast, failin hareketinin bir insanın bir yere gitme veya bir yerde kalma yolundaki iradesini engelleyeceğini bilmesi veya en azından mümkün görmesi halinde vardır. Fail, mağduru bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun kıldığını bilecek ve bunu isteyecektir. Bu itibarla TCK md. 109’da yer alan suç taksirle işlenemez¹⁵⁵. Öte yandan suç olası kastla da işlenebilir. Bu durumda verilecek ceza indirilir^{156, 157}. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun terör

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur.

Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

¹⁵³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 176.

¹⁵⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 178.

¹⁵⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 303.

¹⁵⁶ TCK md.21/2

¹⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 491.

amacıyla bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ‘terör suçu’ sayılır ve ceza ağırlştırılır¹⁵⁸.

TCK’daki bazı suç tanımlarında, suçun unsurlarında bulunan kastın yanında, failin belli bir amaç doğrultusunda ya da belirli bir saikle hareket etmesi, bir manevi unsur olarak aranmaktadır. Saik amaç olarak da isimlendirilir ve kimi suçlar açısından suçun temel şekline ilişkin bir unsur teşkil etmekte, kimi suçlar açısından ise suçun kanuni tarifinde suçun nitelikli şekline ilişkin bir unsur olarak belirtilmektedir¹⁵⁹. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da, TCK md. 109/5’te düzenlenen nitelikli şeklinin oluşumu için failin cinsel amaçla hareket etmiş olması, yani cinsel bir amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması aranmıştır¹⁶⁰. Kanun koyucu burada cinsel amaçtan bahsetmekle birlikte, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan her hangi birisine doğrudan gönderme yapmamıştır. Bu nedenle bu düzenleme, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz niteliğindeki fiillerin işlenmesine olanak sağlamak için gerçekleştirildiği durumları kapsamaktadır¹⁶¹.

III. HUKUKA AYKIRILIK

A. Genel Olarak

Genel olarak hukuka aykırılık, hukuka karşı gelme, hukuk düzeni ile çatışma halinde olma anlamına gelmektedir. Suçun unsuru olarak hukuku aykırılık ise, işlenen fiile hukuk düzeni tarafından izin verilmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile bir çatışma ve çelişki içinde olmasını ifade etmektedir¹⁶².

Bu yönüyle hukuka aykırılık, belirli bir norm içerisinde ifade edilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılığı ifade eder¹⁶³. Buna göre yapılacak olan değerlendirme de tek başına Ceza Kanunu ile sınırlı tutulamaz. Bir davranış hukuka ya uygundur ya da değildir. Bu nedenle, tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediği sadece

¹⁵⁸ Terörle Mücadele Kanunu md. 4/a, md.5

¹⁵⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 285.

¹⁶⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 406.

¹⁶¹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 417.

¹⁶² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 250.

¹⁶³ Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt I Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 346.

ceza hukukunu ilgilendirirken, suç tipine uygun fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olup olmadığı tüm hukuk düzenine bakılarak belirlenir¹⁶⁴.

Bir hareket, ceza hukukuna özgü bir yaptırım tehdidi altında ise objektif hukuka aykırılığı ifade eder ve suç olarak tanımlanır. Bu durumun doğal sonucu olarak suç tipleri, hukuka aykırılığın karinesini teşkil ederler. Dolayısıyla suç tiplerinde hukuka aykırılığı belirtmeye yönelik açıklık bulunmasa dahi, söz konusu suç tipi bunun karinesini oluşturur. Bunun yanında, hareketin gerçekleştirilmesine müsaade edilmiş ve hatta görev olarak yüklenmiş olabilir. Örneğin, meşru müdafaa ve görevin ifası gibi durumlarda artık hareket objektif olarak hukuka aykırı değildir¹⁶⁵.

Hukuka aykırılık, suçun genel bir unsuru olup, hukuk düzeni ile fiil hakkındaki değersizlik yargısını ifade eder. Tipe uygunluk belirlenirken fiil, sadece ceza hukuku bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Hukuka aykırılık bakımından ise fiil tüm hukuk düzeni tarafından bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve fiilin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu araştırmanın neticesinde fiili hukuka uygun hale getiren bir sebep mevcut değilse, fiilin suç teşkil ettiği söylenebilecektir. Bu nedenle suç, aynı zamanda bütün hukuk düzenine aykırılıktır. Bu açıdan hukuka aykırılık, bütün hukuk düzeni ile fiili arasındaki bir ilişkinin ifadesidir¹⁶⁶.

B. Hukuka Özel Aykırılık

TCK'da bazı suçların kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak” (md. 109/1, 120), “hukuka aykırı başka bir davranışla” (md 114/2), “kamu görevlisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle” (md. 109/2 (d), 137/1 (a), 250, 252/3), “cebir ve tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla” (md 117/1) gibi ifadeler kullanılarak, hukuka aykırılık unsuru dolaylı olarak ifade edilmiştir. Bu ve buna benzer ifadelerle, özel biçimde aranan hukuka aykırılığı bütün suçların yapısal unsurunu oluşturan hukuka aykırılıktan ayırmak için, “hukuka özel aykırılık” in bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁷. Bu suretle kanun koyucu failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini yani, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesini aramıştır. Başka bir deyişle, ilgili suç tanımında fiilin hukuka aykırılığına

¹⁶⁴ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 347; Kayıhan İçel, A. Hakan Evik. Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, Yenilenmiş 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 85; Hakeri, Genel Hükümler, s. 252

¹⁶⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 254.

¹⁶⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 252; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 374-377.

¹⁶⁷ İçel/Evik, Genel Hükümler, s. 95.

özellikle işaret edilmiş olan hallerde, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilecektir¹⁶⁸. Hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı durumlarda, ceza sorumluluğu için failin, işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarını yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. Aksi takdirde failin kastının varlığından söz edilemeyecektir¹⁶⁹.

Türk hukukunda genel olarak kabul edilen görüşe göre, hukuka aykırılık unsuruna suçun kanuni tanımında yer verilmesi durumunda, fail, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu bilinciyle hareket etmesi gerekir¹⁷⁰. Kanun koyucunun hukuka aykırılık halini suç tipinde göstermesinin bir nedeni vardır. Kanun koyucu hukuka özel aykırılık teşkil eden ibareye suç tipinde yer vermiş ve failin kanunun öngördüğü şekilde hareket ettiğini bilmesini ve hareket etmeyi istemesini aramıştır. Hukuka aykırılık unsurunun ve dolayısıyla suçun oluşması için failin hukuka aykırı hareket ettiğini bildiğinin tespit edilmesi gerekir. Örneğin polis memurunun bir kimseyi hırsız sanarak hürriyetinden yoksun kılması halinde hukuka aykırılık bilincinin yoktur. Dolayısıyla kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmamıştır ve suç meydana gelmeyecektir¹⁷¹. Bu açıdan değerlendirildiğinde, fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilen suçlar, yalnızca doğrudan kastla işlenebilecektir¹⁷².

Bu durumda örneğin; suçüstü halinde yakalamada aslında durumun böyle olmaması halinde veya hürriyetten yoksun kılmada mağdurun rızasının bulunduğu ilişkin fiili bir duruma yönelik iyi niyetin varlığı ve hatanın esaslı olması halinde fail sorumlu olmayacaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, polis memurunun bir kimseyi hırsız zannederek hürriyetinden yoksun kılması ihtimalinde de hukuka aykırılık bilincinin yokluğu ve kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmadığı için suç oluşmayacaktır. Bir başka örnek olarak ise, kolluk gücüne mensup bir kişinin, belirli bir kimsenin tutuklanması için yetkili merciden emir almış olması durumunda, kişinin kimliğinde hataya düşerek tutuklama müzekkeresinde ismi belirtilenden başka birini tutuklaması halinde; burada TCK'nın 30/3. maddesindeki ilkeler uygulanabilir. Fail tarafınca gerçekleştirilen hareket, hata olmasaydı ne şekilde değerlendirilecek idi ise,

¹⁶⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 294.

¹⁶⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 295.

¹⁷⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 254.

¹⁷¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 304.

¹⁷² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 253; Aynı yönde bkz, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 378; Özgenç, Genel Hükümler, s. 292.

hata halinde de aynı şekilde düşünülür. Buna göre; kolluk mensubu tutuklama müzekkeresinde yazılı kişiyi tutuklamış olsaydı eylemi hukuka uygun sayılacaktı. Bu nedenle de hata halinde de, şayet hatası kaçınılmaz ise, eylemi hukuka uygun saymak gerekecektir¹⁷³.

Doktrinde fiilin hukuka aykırılığının suç tanımında ayrıca belirtilmesine yüklenen işlevi ikili bir ayırım çerçevesinde değerlendirmeyi savunan yazarlar da vardır. Bu görüşe göre, şayet, hukuka aykırılık kanuni tarife maddi unsurlardan birini nitelendirmek için konulmuşsa, kastın konusunu oluşturur. Buna karşılık hukuka aykırılığın suçun genel unsuru olarak tipte yer aldığı hallerde, suçun kanuni tanımına ilişkin bir unsur olarak kabul edilmediği için kastın konusunu değil, kusurluluğun konusunu oluşturur¹⁷⁴. Kanun koyucu, bu şekilde hâkimi özellikle olayda bir hukuka uygunluk sebebinin var olabileceğini düşünmesi noktasında ikaz etmektedir. Kanuni tarifteki bu ifade, kusur alanına ait olan haksızlık bilinci¹⁷⁵ bakımından bir bağlantı noktası oluşturmaktadır¹⁷⁶.

¹⁷³ Başar, s. 108.

¹⁷⁴ Koca/Üzülmez bu noktada, suçun kanuni tarifinde hukuka özel aykırılık olarak adlandırılacak ifadelerin geçtiği durumlarda bir ayırım yapmak gerektiğini belirtmiştir. “Eğer bu kavram suçun kanuni tarifindeki maddi unsurlardan birinin sıfatı olarak görünüyorsa, gerçek bir tipiklik söz konusudur. Bu durumda kastın, tipikliğin bir unsuru haline gelen bu hukuka aykırılığı da kapsamı gerekir. Örneğin, TCK md 244/4 de düzenlenen ‘bilişim sistemini veya verileri engellemek ya da bozmak suretiyle çıkar sağlama suçunda failin ‘kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlama’ aranmaktadır. Dolayısıyla bu suç tipinde yer alan ‘haksız’ kelimesi yalnızca suçun çıkar sağlama unsuruna ilişkin bir vasıftır. Bu itibarla failin sağladığı çıkarın hakız olduğunu bilmesi gerekir. Burada tipikliğin unsuru olan hukuka aykırılık kastın kapsamında olmalıdır. Bu suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceğinde şüphe yoktur. Buna karşılık, hukuka aykırılık kavramı, tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili bulunuyorsa, bu durumda sadece gereksiz ve fazladan olarak, hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğuna işaret söz konusudur. Bu nitelikteki hukuka aykırılığın kastın kapsamında olması gerekmez. Örneğin, ‘haberleşmenin engellenmesi (md.124)’, ‘kişisel verilerin kaydedilmesi (md.135)’, ‘verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (md.136) ve bilişim sistemlerine girme (md.243/1) suçlarının kanuni tanımında geçen ‘hukuka aykırı olarak’ ifadesi suçun tümünü nitelendirdiği için kast değil, kusur alanına ilişkindir. Dolayısıyla bu tür hukuka aykırılıkların kastın kapsamında bulunması gerekmez. Mesele haksızlık bilinci çerçevesinde, yani kusur bağlamında değerlendirilmelidir”. Bkz Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 256.

¹⁷⁵ Hukuka aykırılık ve haksızlık arasındaki ilişki için bkz, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 374. Hukuka aykırılık yerine haksızlık teriminin kullanılması isabetli değildir. Hukuka aykırılık fiilin norma aykırılığını belirtir. Haksızlık ise, fiil hakkında verilmiş olan değer yargısıdır. Hukuka aykırılık, suç teşkil eden fiilin bir vasfıdır. Haksızlık ise, fiilin hem tipe uyması hem de hukuka aykırı bulunmasıdır.

¹⁷⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 407.

C. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Uygulanabilecek Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk, fiilin hukuka aykırı olmamasını ifade eder. Bu yönüyle, kanunun yasaklayarak cezalandırdığı bir hareketin yapılmasına izin verilmesi durumu hukuka uygunluk nedeni olarak ifade edilir.¹⁷⁷.

Bir fiilin tipe uygun olduğu tespit edildikten sonra, hukuka uygunluk sebeplerinin olup olmadığı incelenecektir. Eğer hukuka uygunluk sebepleri yoksa tipe uygun davranış hukuka aykırı olacaktır. Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve fiilin suç teşkil etmesine engel olan nedenler olarak da tanımlanabilen hukuka uygunluk sebepleri, kural olarak bütün suçlar için geçerlidir. Suçun kasten ya da taksirle işlenmesi arasında bir fark olmadığı gibi icrai veya ihmali hareketle işlenmesi arasında da fark yoktur¹⁷⁸.

Hukuka aykırılığı ve bunun sonucu olarak da tipe uygun fiilin cezalandırılma imkânını ortadan kaldıran özel nedenler hukuka uygunluk nedenleri olarak adlandırılır¹⁷⁹.

TCK bakımından düzenlenen genel hukuka uygunluk sebepleri, kanun hükmünü yerine getirme (TCK md. 24/1), meşru savunma (TCK md. 25/1), hakkın kullanılması (TCK md. 26/1) ve ilgilinin rızasıdır (TCK md. 26/2).

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da uygulama alanı bulabilecek olan hukuka uygunluk nedenlerine sırasıyla değinmek yerinde olacaktır.

1. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme

Anayasamızın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenlediği 19. Maddesinde öngörülen hallerde¹⁸⁰ fiil hukuka uygun kabul edilmektedir. Kesin olarak belirlenen bu

¹⁷⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 260.

¹⁷⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 259.

¹⁷⁹ Başar, s. 108.

¹⁸⁰ Anayasamızın 19. Maddesinde: Herkesin, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu, şekil ve şartları kanunda gösterilen mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması, bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimsenin hürriyetinden yoksun

haller dışında, ne nedenle olursa olsun kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suç oluşturur¹⁸¹. Bu doğrultuda, Anayasada belirlenmiş sınırlar dâhilinde kanunlarda hürriyetten yoksun bırakmayı hukuka uygun kılan düzenlemelere yer verilmesi mümkün olmaktadır.

TCK md. 24/1’de “kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” şeklinde bir düzenleme yapılarak bu hukuka uygunluk nedenine yer verilmiştir. Kanunun hükmünü yerine getiren kimsenin cezalandırılmaması, kişinin böyle bir davranışta bulunmak bakımından kanun tarafından yetkilendirilmiş olmasının bir gereğidir. Hukuk düzeni teklik arz eder dolayısıyla bir kimsenin hem kanun tarafından yetkili kılınması, hem de bu davranışından dolayı cezalandırılması söz konusu olamaz¹⁸². Kanunun hükmünü yerine getiren kimsenin fiili tipe uygundur ancak hukuka aykırı olmadığı için suç teşkil etmez ve kişiye ceza verilmez. Bir kanun hükmü kişiye herhangi bir davranış konusunda bir hak veya yetki vermişse, bunun usulüne uygun olarak icra edilmesi durumunda hukuka aykırılık gündeme gelmez¹⁸³.

TCK md. 24/1’de kullanılan “kanun” ifadesinden anlaşılması gereken, hukuk kuralıdır. Dolayısıyla, yerine getirilen hükmün mutlak surette ceza kanununda yer alması gerekmediği gibi, kanun şeklinde olmayan tüzük, yönetmelik vb. diğer metinlerde yer alması da mümkündür¹⁸⁴.

Kanunun belli kişilere, belirli bir davranışta bulunmaları hususunda doğrudan yetki vermesi kanunun hükmünü yerine getirme olarak adlandırılır. Dolayısıyla kanun hükmünün vermiş olduğu belli bir hak veya yetkiyi yerine getiren kişinin fiili suç oluşturmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden farklı olarak, kanun hükmünün yerine getirilmesinin bir görev ya da yetki niteliğinde olmasıdır. Esasında kanun hükmünün yerine getirilmesi başka bir açıdan suç olduğu halde, bu fiil bir başka hüküm tarafından suç olmaktan çıkarılarak fail sorumlu tutulmamıştır¹⁸⁵.

bırakılamayacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, Anayasada belirlenmiş sınırlar dahilinde kanunlarda hürriyetten yoksun bırakmayı hukuka uygun kılan düzenlemelere yer verilmesi mümkün olmaktadır

¹⁸¹ Zeki Hafızoğulları, Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Yetkin Yayınevi, 6. Bası, Kasım 2012, s. 222.

¹⁸²Hakeri, Genel Hükümler, s. 254.

¹⁸³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 260.

¹⁸⁴ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 15. Bası, Ankara, 2010, s. 1430; Hakeri, Genel Hükümler, s. 260 ; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 369.

¹⁸⁵ Özbek, TCK İzmir Şerhi, Cilt I, s. 356; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 404.

Görevin ifası hukuka uygunluk nedenine TCK'dan ve diğer kanunlardan örnekler vermek mümkündür. Örneğin, TCK md. 278, md. 279 ve md. 280 gereği ihbar yükümlülüğünü yerine getiren kişiler; bilirkişilik görevini ifa eden kişiler (md. 276, CMK md. 62), zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri (md. 256), ifade edilen görevlerini usulüne uygun yapmaları halinde cezalandırılmayacaklardır. Keza, CMK 'da belirtilen koşullara uygun olarak bir şüpheli veya sanığı yakalayan, tutuklama kararını yerine getiren (PVSK md. 13), usulüne uygun olarak bir şüpheli veya sanık evinde arama yapan (CMK md. 119) kolluk görevlileri kanundan kaynaklanan bir yetkiyi kullandıkları için belirtilen fiiller hukuka uygundur¹⁸⁶.

CMK uyarınca yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirleri ve TCK uyarınca hapis cezaları ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesinde, TMK md. 432 uyarınca akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik nedeniyle toplum için tehlike oluşturan ergin kişinin, korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde tedavisi, eğitimi veya ıslahı için bir kuruma yerleştirilmesi veya alıkonulması kararının uygulanmasında kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması kanun hükmünün yerine getirilmesi olduğu için hukuka uygundur¹⁸⁷. Bu ve benzeri görevler genellikle kolluk kuvvetlerine verilmiştir. Bunun yanında, kolluk memuru olmasa da bazı kimseler bu tür yetkileri kullanmaya haizdir. Örneğin, CMK md. 90, kişiye suç işlerken rastlanması halinde herkese yakalama yetkisi vermiştir.

Eğer işlenen suç, soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı olan bir suçsa, yakalamanın yapılabilmesi için durumun ilgililere bildirilmesi üzerine şikâyet hakkının kullanılmış olması gerekmektedir. Bu durumda şikâyetin yapılmamış olması, yakalanan kişinin derhal salıverilmesini gerektirir¹⁸⁸. Ancak soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması için şikâyet şartı aranmaz. Suçüstünde veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçma ihtimalinin olması ya da kimliğini hemen belirleme imkânının bulunmaması nedeniyle suç işleyen kişiyi yakalayan veya yakaladığı kişinin kaçmasına engel olmak için onu bir yere kapatan kişinin fiili, TCK md. 24/1'de düzenlenen kanun

¹⁸⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 263.

¹⁸⁷ Özgüven, s. 60.

¹⁸⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 384.

hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilecek ve suç oluşturmayacaktır¹⁸⁹. Ancak her halükarda en kısa zamanda kolluğa haber verilerek, yakalanan kişinin kolluğa teslim edilmesi gerekir. Ayrıca yakalama yetkisinin herkese tanındığı durumlarda, yakalama yapan kişi, yakalananın kaçmasını engelleyecek derecede zor kullanma yetkisine de sahip olup makul düzeyde cebir kullanabilir¹⁹⁰.

Benzer şekilde CMK md. 90/2 kapsamında tutuklama kararı ya da yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma imkânı olmayan kolluk görevlilerinin yakalama yetkisi bulunmaktadır. Sonuç olarak bu maddeye paralel şekilde, bir kimseyi hürriyetinden yoksun bırakan kolluk görevlisinin fiili, görevin ifası kapsamında kanunun hükmünü yerine getirdiği için suç teşkil etmeyecektir.

PVSK'da hüküm altına alınan, kamu güvenliği ile kamu düzeninin sağlanması ve korunması için başvurulmuş bir tedbir olan önleme yakalaması yapma hususunda da kolluk kuvvetleri yetkili kılınmıştır. Bu yakalama türü kişi hürriyetini sınırlandırdığından, amacına ulaştığı anda kişinin derhal serbest bırakılması, serbest bırakılmadığı takdirde de hâkim kararının alınması gerekmektedir¹⁹¹. Yine CMK md. 109 uyarınca hakkında adli kontrol tedbirine başvurulmuş şüpheli hakkında yurt dışına çıkamama kararının verilmesi yahut uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından kurtulması amacıyla şüphelinin hastaneye yatırılarak tedavi altına alınmasında da hukuka uygunluk sebebi mevcut olacaktır. Gözaltı (CMK md. 91), yakalama emri (CMK md. 98), tutuklama (CMK md. 100 vd.), şüpheli, sanık veya tanığın zorla getirilmesi (CMK md. 146) hallerinde de kanun hükmünün yerine getirilmesi söz konusudur. Esasen ifade edilen bu durumların hepsinde kişilerin hürriyetlerine karşı bir müdahale söz konusudur. Bununla birlikte, bu fiilleri gerçekleştirenler, kanunun kendilerine vermiş olduğu bir yetkiyi kullandıkları için, hareketleri esasen TCK'da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturursa da, hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanacak ve haklarında cezaya hükmolünmeyecektir.

¹⁸⁹ Özbek vd., Özel Hükümler, s. 436.

¹⁹⁰ Veli Özer Özbek vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2011, s. 259.

¹⁹¹ Özbek vd., Ceza Muhakemesi, s. 255.

Burada sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin geçerli olabilmesi için öncelikle kendileri için aranan şartların var olması gerekir. Örneğin, cumhuriyet savcısı tarafından verilen bir tutuklama kararı hukuka aykırı olacağı için, böyle bir olasılıkta hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilemeyecektir. Bunun dışında hukuka uygunluk nedeninin kapsamı dışında kalan bir başka suçun işlenmesi durumunda doğaldır ki bu suçu işleyen kişinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Sözgelimi yetkisi dâhilinde yakaladığı faili adli makamlara çıkarması gereken kolluk görevlisi, durumun haklı göstermediği bir biçimde ilgili kişiyi tutuktan sonra döverse, işkence yaparsa hukuka aykırı bu davranışından ötürü cezai yaptırımla karşılaşacaktır¹⁹².

2. Meşru Savunma

Meşru savunma TCK md. 25'te düzenlenmiş olup, kişinin kendisini veya başka birini hedef almış olan saldırı karşısında, savunma amaçlı olarak bu saldırıyı defedecek oranda kuvvet kullanmasını ifade eder¹⁹³. Diğer bir anlatımla meşru savunma, saldırı karşısında kalan kişinin, hukuk düzeninin sağlamadığı korumayı bizzat kendisinin sağlamasıdır¹⁹⁴.

Meşru savunma, mevcut bir saldırıdan kurtulmak ve devamını önlemek için yapılan savunma hareketlerini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiği için, saldırının haksızlığının yanında, savunmanın da saldırıyı defetmek için gerekli olduğu zamanda ve gerektiği ölçüde olmasına izin verir. Savunmaya yönelik icra edilen hareketler, saldırıyı bertaraf edecek ölçüde olmalı, saldırı ile savunma arasında bir ölçüsüzlük meydana gelmemelidir. Bu durum her somut olayda ayrı ayrı incelenmelidir. Ölçülülük koşulu incelenirken yapılacak olan değerlendirmede, saldırı ve savunmada kullanılan araçlar, saldırıya uğrayan ve savunma dolayısıyla zarar verilen yararlar dikkate alınmalıdır¹⁹⁵.

Kişi, kendisinin veya başkasının hakkına yönelmiş haksız bir saldırıyı savuşturmak için saldırganın hürriyetini sınırlar ise, bu fiil meşru savunma kapsamında gerçekleştirilmiş olacak ve TCK md. 109'da hüküm altına alınan suç oluşmayacaktır. Saldırıya uğrayanın gerçekleştirdiği bu fiil, güvenliği sağlanıncaya kadar meşru

¹⁹² Cihan, Hürriyeti Tahdit, s. 63.

¹⁹³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 264.

¹⁹⁴ Tanım için bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yenilenmiş 10. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 197.

¹⁹⁵ İçel/Evik, Genel Hükümler, s. 127, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 270-271.

kalmakta devam eder. Güvenliğin sağlanmasından sonra, saldırıya uğrayan hürriyetten yoksun kılma fiiline tek başına veya zabitanın yardımıyla son vermelidir¹⁹⁶. Bu sınırın aşılması halinde, TCK md. 27/1 çerçevesinde kasten işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmadan sorumluluk gündeme gelecektir¹⁹⁷. Yine, bir kimsenin cüzdanını çalan kapkaççıyı bir depoda yakalayıp, cüzdanını geri aldıktan sonra kapıyı üzerine kilitlemesi durumunda, bu sınırın aşılması halinde, yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın, saldırıdan kurtulabilmek için gerekli yoğunluk ve süreyi aşması durumunda; TCK md. 27/1 çerçevesinde kasten işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmadan sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁹⁸.

3. Hakkın Kullanılması

TCK'nın 26/1. maddesine göre; hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Kanun, bu şekilde genel bir düzenleme getirerek, bu hukuka uygunluk nedeninin şartlarını ve nelerin hakkın kullanılması olarak kabul edilebileceğini uygulama ve öğretiyeye bırakmıştır. Hakkın icrası, hukuken korunan bir hakkın kullanılması halinde hak sahibinin cezalandırılmaması demektir¹⁹⁹.

Hak veya yetkinin kullanılması genel bir hükümlerle düzenlenmediğinde, her olayda durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk önce, hukuken tanınmış ve koruma altına alınmış bir hakkın bulunması gerekir. Bu hak kamu hukuku veya özel hukuk gibi çeşitli kaynaklardan doğmuş olabilir. Örneğin, bir sanatın ya da mesleğin icrasına izin veren kamu hukuku kuralı, o konuda kişiye sübjektif bir yetki vermiştir. Bu nedenle, tıp fakültesini bitirip ihtisasını tamamlayan bir doktorun gerekli özeni göstererek yaptığı ameliyat sonrasında, hasta ölürse doktorun sorumluluğu yoktur. Ancak doktor eğer o konuda uzman değilse, artık doktorun bu konuda bir hakkı olmayacağından sorumluluğu söz konusu olacaktır. Yine hak, özel hukuktan²⁰⁰, yargı kararından²⁰¹, idari bir tasarruftan²⁰², örf ve adetten²⁰³ ve hukuki işleminden²⁰⁴ kaynaklanabilir²⁰⁵.

¹⁹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 304.

¹⁹⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 408.

¹⁹⁸ Tezcan/Erdem/Önok s. 347.; Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 119.

¹⁹⁹ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 426.

²⁰⁰ Malikin malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunması.

²⁰¹ Mahkemenin verdiği kesinleşmiş bir yargı kararının icrası.

²⁰² Devletin turistik bir tesis yapılması amacıyla bir koyu 50 yıllığına bir işletmeciye kiralaması ve işletmenin orman ve kıyı şeridi üzerinde tasarrufta bulunması.

Bir hakkın kullanılması durumunda bunun hukuka aykırı olacağından bahsedilemez. Zira hukuk düzeni, bir taraftan kişilere hakkını kullanma etkisini verirken, diğer taraftan bunu hukuka aykırı olarak göremez²⁰⁶. Bununla birlikte her halde ifade edilen hakkın kötüye kullanılmamış olması gerekir. Medeni Kanun md. 2/2’de de belirtildiği gibi; bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmaz ve bu durum hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin de sınırını oluşturur²⁰⁷.

Yukarıda hakkın kullanılması genel hatları ile izah edilmiş olup, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından gerçekleşmesi muhtemel olabilecek hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinden belli başlı olanları incelenecektir. Bu doğrultuda, zilyetlik hakkının kullanılması, ana ve babanın çocuğu üzerinde sahip olduğu eğitim ve terbiye verme hakkı ve tıp mensubunun tıbbi müdahalede bulunma hakkı (hekimlik mesleğinin icrası) çerçevesinde işlenen fiillerin hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı söylenebilecektir. Bu fiillerin amaca uygun ve ölçülü olarak gerçekleştirilmesi halinde hukuka aykırı bir fiilden bahsedilemeyecektir.

a. Zilyetliğin Korunması

Zilyetlik hakkı zilyede elinde bulundurduğu malı koruma ve muhafaza etme imkânı verir. Zilyetliğin korunmasının dayanağı Medeni Kanun md. 981/1’deki; “Zilyet, her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir” hükmüdür. Zilyetlik, suçüstü halinde veya fail kaçarken korunabilir. Örneğin, zilyet çantasını çalan hırsız kovalayıp elinden çantasını alabilir²⁰⁸.

Bir kimsenin hakkını kuvvet kullanarak bizzat koruma yoluna gidebilmesi için, hakkın kaybolması tehlikesinin mevcut ve o anda kolluk kuvvetlerine başvurmanın imkânsız olması şarttır. Eğer kolluk güçlerinin müdahalesini sağlama imkânı mevcut olmasına rağmen kuvvete başvurulacak olursa, gerçekleştirilen fiil ile hukuka aykırı davranılmış olacak ve fail meydana gelen zararı ödemek durumunda kalacaktır. Yine

²⁰³ TCK md.225’te teşhircilik cezalandırılırken, örf ve adet gereği plajlarda mayolu, hatta üstsüz güneşlenmeye izin verilir. Örnek için bkz: Demirbaş, Genel Hükümler, s. 302

²⁰⁴Rehnedilen bir malın borcun belirtilen sürede ödenmemesi nedeniyle satılması.

²⁰⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 302.

²⁰⁶ Toroslu, Ceza Genel, s. 160.

²⁰⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 272.

²⁰⁸ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 304.

doğaldır ki gerekli şartlar oluşsa bile kuvvet kullanılırken ölçülü davranılmalı, korunan hakkın kapsamının haklı göstermeyeceği derecede şiddetten kaçınılmalıdır²⁰⁹.

Örneğin, gizlice başkasının evine girerek gizli belgelerin fotokopisini çeken bir kimsenin, o anda yakalanarak kolluk kuvvetleri gelene kadar evdeki bir odaya kapatılması durumunda fiil hukuka aykırı sayılmayacak, faile bu hareketinden ötürü kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilmeyecektir. Benzer olarak, çalınmış aracıyla karşılaşan malik, hırsız sürücüyü zorla durdurursa hukuka uygun davranmış sayılacaktır²¹⁰.

b. Tedip Hakkı

Tedip hakkı, kanundan, akitten veya örf ve adetten doğan eğitime görevi anlamına gelir. Tedip hakkı sahipleri, bu hakkı kullanırken halin gerektirdiği ve sağlığa zarar vermeyen şekilde davranışlarda bulunabilirler. Dolayısıyla bu doğrultuda yapılan hareketler hukuka uygun kabul edilir. Tedip hakkı eğitim görevinin bir sonucudur. TCK md. 232/2 “idaresi altında bulunan veya büyütme, 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” şeklinde düzenlenmek suretiyle, tedip (terbiye) yetkisinin kötüye kullanılması cezalandırılmıştır²¹¹. TMK md. 339²¹²’da; çocukların söz dinleme yükümlülüğüne uygun davranmalarının sağlanmasının mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, anne ve babanın sahip olduğu velayet hakkının kapsamı dâhilinde, TMK md. 339/1’de düzenlenen çocuğun eğitimi için onun özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikteki fiiller hukuka uygun hale gelecektir²¹³. Zira çocuğun erdemli,

²⁰⁹ Başar, s. 126.

²¹⁰ Gülşen, s. 62.

²¹¹ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 315.

²¹² TMK md.339: Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar. Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınmaz. Çocuğun adını ana ve babası koyar.

²¹³ “....Olay gecesini yaşanan ailevi geçimsizlik nedeniyle resmi nikahlı eşi olan müşteki G..ile tartışan sanığın, müştekinin oniki yaşındaki oğlu mağdur F..’la birlikte evden ayrılmak istemesi üzerine kapıyı kilitleyip tehditle gitmesine engel olması şeklinde gerçekleşen olayda sanığın, oğlu olan mağdurun gece evden gitmesine sahip olduğu velayet hakkına istinaden engel olması eyleminde mağdur yönünden üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı anlaşıldığından, hakkında müştekiye yönelik eyleminden dolayı 5237 sayılı TCK’nın 109/2,3-e.f.

onurlu, dürüst bir insan olarak yetişmesini sağlamak, ona iyi şeyler öğretmek, kötü yollara sapmasını önlemek ve kötü alışkanlıklardan uzak durmasını sağlamak da çocuğun genel eğitimi kapsamında değerlendirilebilir²¹⁴. Benzer şekilde, TCK md. 232/2’de ‘idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişi ’den bahsedilmekle, bu kişilerin de terbiye hakkından doğan disiplin yetkilerinin varlığından söz edilebilir. Böylece, öğretmen ve ustaların da bu hakka sahip oldukları sonucu ortaya çıkar²¹⁵. Bu son durumda kendisine tedip hakkı uygulananın velayet altında bulunması gibi bir şart gerekmemektedir. Gerçekten de örneğin çocuğunu belirli bir sanat öğretmek üzere bir ustanın yanına çırak olarak veren kişi, ustanın çırağa o sanatı öğretmesi için zaruri olan miktar ve derecede bir tedip yetkisini de tanımış olur²¹⁶. TCK md. 232/2’deki bu düzenlemede, terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin yalnızca kötüye kullanılması suç haline getirilmekle, örtülü biçimde, terbiye hakkının kötüye kullanılması seviyesine varmayan hareketler meşru kabul edilmektedir²¹⁷.

Hâkim, tedip hakkının kapsamını belirlerken, orta zekâlı, dürüst, normal ve şefkatli bir anne ve babanın veya eğitmenin, çocuklarını doğru yola yönlendirebilmek adına seçtikleri yöntemlerin, adalet, dürüstlük kurallarına uyup uymadığını ve insani, ahlaki değerlerle bağdaşıp bağdaşmadığını inceler²¹⁸. Örneğin, kişi çocuğunun yahut idaresi altında bulunan kişinin terbiyesi ve eğitimi için, disiplin yetkisi kapsamında onun dışarı çıkmasını yasaklayarak, çocuğun hareket serbestisini engellemiş olabilir. Tedip hakkı kapsamı içerisinde kalındıktan ve kötüye kullanılmadıktan sonra, çocuğun doğru olanı öğrenebilmesi adına başvuru bu yöntem hukuka uygun sayılacaktır. Bir çocuğun cezalandırılarak tüm hafta boyunca odaya kilitlenmesi, onun yararına olmaktan ziyade, gelişimine olumsuz yönde etki edeceği için böyle bir durumda hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilemeyecektir²¹⁹.

maddeleri gereğince belirlenen cezanın koşulları oluşmadığı halde zincirleme suça ilişkin aynı Kanunun 43/2. maddesiyle artırılması...”, Y. 14.CD 2015/6723 23.2.2017 2017/960 K. (UYAP).

²¹⁴ Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku 2. Cilt Aile Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul, 2008, s. 412.

²¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, C. III, s. 2814.

²¹⁶ Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Hususi Kısım Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959, s. 124.

²¹⁷ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 358.

²¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 446.

²¹⁹ Özbek vd., Özel Hükümler, s. 208.

Anlatılanlar ışığında, velayet hakkına sahip kimse, çocuğun menfaatini gözeterek, evi terk etmesine müsaade etmediğinde ya da onun gelişimi için aldığı bazı kararları uyguladığı durumlarda hukuka aykırı hareket etmemiş olacaktır. Tüm bu durumlarda, çocuğun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu dikkate alınmalıdır. Çocuğun kişiliği ve gelişimi dikkate alınmadan esaret mahiyetinde uygulanacak hürriyetten yoksun kılmalarda fail hukuka aykırı hareket etmiş olacak ve suçu işlemiş sayılacaktır. Tedip hakkının kullanımında sınırın aşıldığı bu hallerde TCK md. 109 ve md. 232/2 aynı anda ihlal edilmiş olacaktır ve failin sorumluluğu fikri içtima hükümlerine göre belirlenecektir²²⁰.

c. Hekimlik Mesleğinin İcrası

Hekimin tedavi veya estetik amaçlarla insan üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler hakkın icrası kapsamında değerlendirilir ve hakkını kullanan kişinin eylemi suç teşkil etmeyeceği için kişiye herhangi bir ceza da verilmez²²¹.

Bu çerçevede bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin bir hekim olması, tıbbi müdahalede zorunluluk bulunması ve yeterince bilgilendirilmiş hastanın rızasının bulunması ile birlikte hekimin tıp biliminin gereklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapılması gerekmektedir. Belirtilen şartlardan tıbbi zorunluluk şartı, Anayasa md. 17/2'de²²², tıbbi müdahalede bulunanın hekim olması şartı, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu md. 1-4 arasında, rıza şartı ise, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun md. 4'te ve Biyotip Sözleşmesi md. 5'te ve Hasta Hakları Yönetmeliği md. 5/d-e ile 24. maddesinde²²³ düzenlenmiştir²²⁴. Dolayısıyla, yukarıda ifade edilen

²²⁰ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1200, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 334-335; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 349.

²²¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 433.

²²² Anayasanın Kişi Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı başlıklı 17. Maddesinin 2. Fıkrası: Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz.

²²³ Hasta Hakları Yönetmeliği md.24: ‘..hayatı veya hayati organlarından birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmamasına bağlıdır.’ Şeklinde açıklanmıştır.

²²⁴ Rıza şartı ile ilgili detaylı bilgi için bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 433.

şartlar açısından aynı zamanda kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi de söz konusu olmaktadır²²⁵.

Bu bilgiler ışığında; bazı şartlar altında bir hekimin tıbbi müdahale sırasında gerçekleştirmiş olduğu eylemler, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından tipe uygun olarak gerçekleşse bile hukuka aykırı sayılmayacaktır. Uygulanan tıbbi müdahale, tıbbi açıdan zorunlu ise ve tedavi esnasında gerekli tanı, teşhis ve müdahale yöntemleri seçilmiş ise hukuka uygun addedilecektir. Dolayısıyla, ağır yaralı bir kişinin yoğun bakım ünitesinde tutan, bir hastayı gerekli hallerde müşahede altında bulunduran hekimin kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmasından dolayı sorumluluğu gündeme gelmeyecektir²²⁶.

4. İlgilinin Rızası

“Hukuken korunan varlığın sahibinin rıza veya rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradesi, ceza hukuku yönünden önem taşımaktadır. Suçla korunan hukuki yararın sahibinin, ihlale rıza göstermesi durumunda, bu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesine mağdurun (ilgilinin) rızası denir”²²⁷.

Mağdurun rızasının icra edilen fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için öncelikle kişinin o hukuki yararın sahibi olması gerekir. Mağdur olmayan, yalnızca o suçtan zarar gören kimsenin gösterdiği rıza, hukuka uygunluk nedeni anlamında geçerli bir rıza olarak kabul edilemez. Bundan dolayı yalnızca mağdurun rızasının işleve sahip olduğu hallerde bu hukuka uygunluk sebebi uygulanabilecek olup; her durumda mağdurun rızasının geçerli olduğu kabul edilemez²²⁸. TCK md 26/2’de de, kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ifade edilmiştir. Buna göre, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin olarak kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla geçerli bir şekilde açıkladığı rıza üzerine işlenen fiil hukuka uygun olacağından cezalandırılmayacaktır²²⁹. Bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti, belirli şartlar altında kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği haklar kapsamında yer almaktadır. Bununla birlikte,

²²⁵ Hakeri, Genel Hükümler, s. 307-308.

²²⁶ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 435.

²²⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 315.

²²⁸ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 449- 450; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 218.

²²⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 408, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 276.

hukuk düzeni önemine binaen kişiye tanımış olduğu hürriyetleri bizzat kişinin kendisine karşı dahi koruyacak bazı tedbirleri almıştır ve bu konuda ilgilinin rızasının hangi şartlarda geçerli olacağını belirtmiştir. Bu doğrultuda, kişi hürriyetinden vazgeçemez ve hürriyetini hukuka aykırı olarak sınırlayamaz. Kişinin kölelik, esaret veya şahsiyetinden feragat etmesi sonucunu doğuracak hallere göstereceği rıza geçerli değildir²³⁰.

İlgilinin hürriyetinden yoksun kalmaya yönelik rızasının fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarabilmesi için geçerli bir rıza açıklaması gereklidir. TCK md. 109'da, rızaya ehliyet ve rıza beyanının gerçekleştiriliş usulü konusunda herhangi bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla bu hususta genel kurallardan hareket etmek gerekmektedir. Ceza hukukunda, rızaya ehliyet yaşının kanunlarda ayrıca gösterildiği durumlar dışında anlama yeteneğine sahip bulunan kimselerin rızaya ehil olduğu kabul edilmektedir²³¹.

Üzülmez, vazgeçtiği hakkın anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olan kişinin gösterdiği rızanın geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade eder. Dolayısıyla, algılama yeteneği gelişmiş olan küçüklerin vermiş olduğu rızanın işlenen fiili hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir. Kanun koyucu kişi hürriyetini sınırlama suçu bakımından rıza ehliyeti ile ilgili bir yaş belirlememiştir. Bu nedenle, hürriyetten yoksun kılma suçu cinsel amaçlı olarak işlense bile, algılama yeteneğine sahip küçük rıza göstermiş ise icra edilen fiil suç olmaktan çıkacaktır²³².

Kişi hürriyetinin cinsel bir amaçla sınırlanması suçu nitelikli hallerindedir. Ancak bu durum kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamalarının burada da geçerli olacağı sonucunu meydana getirmez. Kanun koyucu, burada sadece hürriyetten yoksun kılmanın cinsel bir amaçla işlenmesini, failin farklı bir şekilde değerlendirmesini gerektiren hal olarak, işlenen fiilin haksızlık içeriğini artıran ve bu nedenle cezada artırım yapılmasını gerektiren bir hal olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla, küçüklere yönelik olarak rıza üzerine işlenen cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılmanın ve bunun ardından rıza ile gerçekleştirilen cinsel davranışların farklı değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Bu bağlamda, yaşı ne olursa olsun algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş bir çocuğun gösterdiği rıza üzerine gerçekleştirilen hürriyetin sınırlanması, bu arada cinsel amaçlı olarak sınırlama TCK md. 109'daki suçu oluşturmayacaktır. Buna karşılık, 103. madde

²³⁰ Üzülmez, s. 1199.

²³¹ Üzülmez, Kılma s. 1200.

²³² Üzülmez, s. 1200. Aynı yönde bkz., Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 724.

hükmüne göre on beş yaşından küçük bir çocuğu rızası üzerine kaçıran kişi çocuk üzerinde cinsel istismarı oluşturan davranışlarda bulunacak olursa, on beş yaşından küçüklerin cinsel istismara yönelik rızaları geçerli olmadığından, cinsel istismar suçu oluşacaktır^{233, 234}.

Yargıtay ise, vermiş olduğu kararlarında yaş kriteri getirerek, on beş yaşını tamamlamış olan çocukların hürriyetlerinin sınırlandırılmasına göstermiş oldukları rızanın geçerli olduğunu ve on beş yaşından küçük olanların rızalarına ise itibar edilmeyeceği yolunda istikrar kazanmış kararlar vermiştir²³⁵. Ne var ki, kişi hürriyetinin sınırlandırılması suçunda ilgilinin rızası bakımından algılama yeteneğine sahip olmanın dışında herhangi bir ölçütün temel alınmaması gerektiğini düşünmekte ve Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamaktayız. TCK md. 234/3'te "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

²³³ Üzülmüş, s. 1201.

²³⁴ Doktrinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızasının geçerli olmadığını savunan, yine ilgilinin rızasına sadece 15–18 yaş grubunda yer alan çocuklar bakımından etki tanıyan görüşler için bkz Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 336–337.

Rızanın geçerliliği konusunda sadece 15 ile 18 yaş arasında olup da davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olan çocukların gösterecekleri rızaların işlenen fiili hukuka uygun hale getireceğini savunan Artuk, Gökçen ve Yenidünya; bu nitelikteki çocukların yasal mevzuat çerçevesinde kendi başlarına diledikleri yere gidebileceklerini ve istedikleri yerde kalabileceklerini belirttikten sonra, hukuk düzenince 15 ile 18 yaş arasındaki davranışlarını yönlendirebilme yeteneğini haiz çocuklar işledikleri bir suç nedeniyle sorumlu tutulmaktayken ya da Medeni Kanun tarafından, onların yaptıkları tasarruflara sonuç bağlanmaktayken, bir hak veya özgürlüğü kullanmanın söz konusu olduğu durumlarda, bu hakkın veya özgürlüğün kullanımının başkalarının onayına bağlı tutulmasının çelişki yaratacağını ve bu nedenle rızanın çocuk tarafından kendi iradesiyle verilmesinin gerektiğini söylemektedirler.

²³⁵ "...Kayden 15.01.1998 doğumlu olup suç tarihinde on beş yaşını tamamlamayan mağdure ile önceden tanışıp arkadaş olan sanığın, olay günü dışarıda bulunduğu mağdureyi cebir tehdit veya hile olmaksızın Konya il merkezinden Hadim ilçesine getirmesinin ardından burada kendilerini karşılayan tanık A..'le konuştuğundan sonra mağdureyi şahsına zarar vermeksizin jandarma karakoluna teslim ettiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mağdurenin yaşı itibarıyla rızasının hukukten geçersiz olmasından dolayı sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılması yerine yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi..." Y. 14.CD 22.6.2017 T. , 2014/ 8543 E, 2017/ 3551 K. (UYAP).

"...Suça sürüklenen çocuğun, suç tarihinde on beş yaşından küçük olup yaşı itibarıyla rızasının hukuki geçerliliği bulunmayan mağdureyi ailesinden habersiz şekilde yanına alarak götürdüğü parkta tutması şeklinde gerçekleşen eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 109/1, 109/3-f, 109/5. maddeleri gereğince mahkûmiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı, O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozulmasına..." Y.14.CD 20.6.2017 T. 2014/ 8650 E., 2017/3436 K. (UYAP).

"...Sanığın, suç tarihinde onbeş yaşından küçük olup yaşı itibarıyla rızasının hukuki geçerliliği bulunmayan mağdureyi ailesinden habersiz şekilde yanına alarak Kaş ilçesinden Ilgın ilçesine götürmesi eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan hüküm kurulması..." Y.14.CD 29.5.2017 T.,2014/8158 E.,2017/ 2913 K. (UYAP).

cezası ile cezalandırılır” denilmektedir. Kanuni temsilcisinin bilgi veya rızası dışında evi terk etmek, bir başkasıyla evi terk ederek gitmeyi de, yani kaçmayı da kapsamaktadır. Kanun koyucu çocuğun rızasına dayansa bile herhangi bir seklide evini terk eden çocuğu ailesini ve yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişinin şikâyet üzerine cezalandırılmasını kabul etmiştir. Dolayısıyla algılama yeteneğine sahip bir çocuğu kendi rızasıyla bile olsa kaçırarak hürriyetini sınırlayan kişi, md. 109’dan değil, md. 234’te hüküm altına alınan suçtan cezalandırılacaktır²³⁶. Nitekim Yargıtay 14. Ceza Dairesi 26.03.2014 gün ve 7213-4025 sayılı ilamı ile; suç tarihinde 15 yaşını bitirmeyen mağdure ile arkadaş olan sanığın mağdureyi rızasıyla yanına alıp bir yakınının evine götürmesinin ardından burada ailesini veya yetkili makamları haberdar etmeksizin üç gün süreyle alıkoyduğu mağdureye karşı herhangi bir cinsel eylem veya suç teşkil edecek başka bir harekette bulunmaksızın mağdureyi bir parka bıraktığı, mevcut haliyle sanığın eyleminin TCK'nun 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir²³⁷. Ne var ki; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 16.06.2015 T. 2014/14-465 E. 2015/235 K. sayılı ilamında “...İlgilinin rızası TCK'nun 26/2. maddesinde, ‘kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstermesi durumunda, bu rıza failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için rızanın, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate ilişkin olması, kişinin rıza açıklamasına ehil olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı şekilde yapılmamış olması gerekir. Bu noktada bir hakkın üzerinde serbestçe tasarruf edilip edilemeyeceği hukuk düzenine hâkim genel ilkelere göre belirlenecektir. On beş yaşını tamamlamamış çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakkı, niteliği itibariyle üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Sanığın bir süredir duygusal arkadaşlık yaptığı 15 yaşından küçük mağdureyi kendi rızası dâhilinde

²³⁶ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1201.

²³⁷ Y. 14. CD. 26.03.2014. E., 7213-4025 K. (UYAP).

bir yakınının evinde üç gün süreyle alıkoymak biçimindeki eyleminde, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nun 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır...” şeklinde belirtilen gerekçeyle Yargıtay 14. CD'nin sanığın eyleminin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğundan bahisle vermiş olduğu bozma kararını kaldırmıştır²³⁸.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu yakın tarihte verdiği bir başka kararında da; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesinde, mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmediğini, 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 belirlenmesi gerektiği, 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 rızasının geçerli olacağı, kişinin haksızlık bilinciyle hareket ettiği ve küçüğün rızasının kanuna, adaba veya genel ahlak kurallarına aykırı olduğu hallerde ise yaşı küçük çocuğun rızasının geçerli olmayacağı, bu sebeple yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağına her olayın özelliğine göre değerlendirilip belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir²³⁹.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

A. Genel Olarak

Ceza kanununun özel hükümler kısmında düzenlenen suç tipleri incelendiğinde, suçların önce temel şeklinin tanımlandığı görülür. Cezaya layık haksızlığın oluşması için varlığı zorunlu olan temel unsurları taşıyan suç tipi, o suçun temel şeklini oluşturur. Örneğin kasten öldürmenin temel şekli “bir insanın kasten öldürülmesiyle”, hırsızlığın

²³⁸ Y.CGK, 16.06.2015 T. 2014/14-465 E. 2015/235 K. (UYAP).

²³⁹ Y. CGK, 21.03.2017 T. 2014/14-468 E. 2017/181 K. (UYAP).

temel şekli “zilyedin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınması” ile oluşur²⁴⁰.

Kanun koyucu, temel suç tipinde eklediği bazı unsurlarla, o suçun daha ağır veya hafif cezalandırılmasını isteyebilir. Nitekim kanunda, suçların büyük bir çoğunluğunda, bu suçların temel şekline göre cezanın arttırılmasını veya indirilmesini gerektiren hallerine de yer verilmiştir. İşte suçun temel şekline ilave edilen ve cezanın arttırılmasını veya indirilmesini gerektiren bu hallere suçun nitelikli unsurları denir^{241, 242}.

Görüldüğü gibi, suçun nitelikli halinde o suçun temel şekline ilişkin tüm unsurlar yanında ayrıca en azından bir tane özel unsuru bulunmaktadır. Bir başka deyişle suçun nitelikli halinde suçun temel şeklinin bütün unsurları vardır ve ayrıca temel suç tipinin cezasını ağırlaştırıcı veya hafifletici bir sebep de bulunmaktadır. Esasen temel suç tipinin bütün özelliklerini taşımayan bir hale, o suçun nitelikli hali denemez. Suçun temel şeklini meydana getiren unsurlardan birinin bulunmaması halinde suçun ne temel ne de nitelikli halinden bahsetmek mümkündür Zira “temeli olmayan bir binanın katlarından” bahsedilemez. Örneğin, fail başkasına ait taşınır malı yarar sağlamak maksadıyla almamışsa, bu fiilin elde bulunan eşyayı çekip almak suretiyle işlenmesi hırsızlığın nitelikli halini oluşturamaz. Çünkü suçun temel şekline ilişkin maksat unsuru gerçekleşmemiştir. Temel şekli gerçekleşmeyen bir suçun nitelikli bir halinden söz edilemez. Buna karşılık bir suçun nitelikli halinin gerçekleşmemesi o suçun temel şeklinin oluşmasına engel değildir²⁴³.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekline göre cezanın daha çok arttırılmasına sebep olan nitelikli halleri aynı maddenin 2, 3 ve 5. fıkralarında düzenlenmiştir.

Hürriyetten yoksun bırakma fiilinin cebir, tehdit veya hile ile gerçekleştirilmesi md. 109/2'deki nitelikli hali oluşturmaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise suçun silahla (md. 109/3-a), birden fazla kişi tarafından birlikte (md. 109/3-b), kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle (md. 109/3-c), kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye

²⁴⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 129.

²⁴¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 130.

²⁴² Doktrinde, nitelikli unsurlara, ‘suça etkili olan haller’, ‘cezaya etkili olan haller’, ‘ağırlatıcı ve hafifletici sebepler’ diyen yazarlar için bkz; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 181; Sulhi Dönemezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 12. Bası, İstanbul 1997, s. 1087

²⁴³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 302.

kullanılmak suretiyle (md. 109/3-d), üstsoy, altsoy veya eşe karşı (md. 109/3-e), çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı (md. 109/3-f) işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suçun cinsel amaçla işlenmesine ise cezanın artırılmasını gerektiren son nitelikli hal olarak md. 109/5'te yer verilmiştir²⁴⁴.

Aynı madde içinde ayrıca iki tane neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi bulunmaktadır. Maddenin 4. fıkrasında, suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmedileceği belirtilmiş olup; 6. ve son fıkrasında ise kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda²⁴⁵, ayrıca kasten yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir²⁴⁶.

B. Fiili İşlemek İçin veya Fiilin İşlendiği Sırada Cebir, Tehdit veya Hile Kullanılması

Kanun koyucu amaç suç olan hürriyetten yoksun bırakmanın meydana gelebilmesi için cebir, tehdit veya hile kullanılması durumunu cezanın arttırılmasını gerektiren hal olarak düzenlemiştir. Bu nitelikli hal ile bir bileşik suç²⁴⁷ oluşturulmuş, cebir ve tehdit kullanılması kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmayı nitelikli hale getiren unsurlar olarak düzenlenmiştir²⁴⁸.

Nitelikli hallerin uygulanabilmesi için cebir, tehdit ve hile suçun icrasına başlamak için kullanılmış olabileceği gibi²⁴⁹, başlanmış olan icra hareketlerine devam etmek için de kullanılmış olabilir²⁵⁰.

²⁴⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 412.

²⁴⁵ "... Eskişehir Adli Tıp Şube Müdürlüğünden alınan 29.11.2013 tarihli raporda mağdurda neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama halinden bahsedilmemesi ve TCK'nın 109/6. maddesine göre sanığın, mağduru hürriyetinden yoksun kıldığı süre içerisinde ona yönelik olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama eyleminde bulunması halinde ayrıca kasten yaralama suçundan da mahkumiyetine karar verileceği hususu gözetildiğinde, kasten yaralama suçundan açılan kamu davası ile ilgili olarak mevcut rapora göre yaralama eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir unsuru içinde kaldığı..." Y.14.CD.30.3.2017 T. 2016/ 8557 E. 2017/ 1730 K. (UYAP).

²⁴⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 412.

²⁴⁷ Tanım için bkz: Bu çalışma s. 103.

²⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 68; Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, s. 2824; Toroslu, Ceza Özel, s. 86.

²⁴⁹ "... olay günü sanığın, resmi nikahlı eşi olan katılanı evde yaşanan tartışma sırasında darp ettikten sonra onu içeride bırakıp evin kapısını kilitleyerek ayrıldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cebir veya tehditle işlemediği gözetilerek atılı suçlardan dolayı eylemlerine uyan 5237 sayılı TCK'nın 109/1, 3-e, 86/2, 86/3-a. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine suç vasfının tayininde yamılgıya düşülerek yazılı şekilde aynı Kanununun 109/2,

TCK md. 109/2’de yer verilen cebirin niteliğini tayin edebilmek için TCK md. 108’de düzenlenen cebir suçunun göz önünde bulundurulması gerekir. Madde metninde tanımı yapılmamış olsa da cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir²⁵¹. Fiziki gücün vermiş olduğu acıdan kaynaklanan zorlamalar cebri oluşturur. Bu çerçevede, kişinin hürriyetini sınırlayabilmek veya sınırladıktan sonra ona karşı bedenen hissedilen fizik güç kullanımı md. 109/2’ deki nitelikli hali oluşturacaktır^{252, 253}.

Uygulanan cebir kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun işlenebilmesi için zorunlu olan şiddet derecesini aşmış ise, oluşan suçla birlikte kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilmesi gerekir. Bu doğrultuda, TCK md 109/6’ya göre “bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”. Dolayısıyla, uygulanan cebir sonucunda TCK md. 87’deki ağır neticelere yol açılması durumunda fail, TCK md. 109 yanında ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı da cezalandırılacaktır. Buna karşılık TCK md. 86 kapsamında kalan cebir söz konusu ise, bileşik suç kurallarına göre ayrıca yaralamadan dolayı ceza verilemeyecektir²⁵⁴.

Tehdit; TCK md. 106’da bağımsız bir suç tipi olarak yer almış olup, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından ise nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Tehdit, mağdurun iradesinin ileride gerçekleştirileceği bildirilen kötülük veya haksızlıkla etki altına alınmasını ifade eder²⁵⁵. Burada bahsi geçen “bildirmek” sözcüğünden, söylemek fiilinin yanında, sözsüz, hareket ve işaretlerle yapılan diğer anlatımlar da anlaşılmalıdır. Bu kötülük veya haksızlık mağdurun kendisi ya da

109/3-e. maddelerine göre hüküm kurulması...” Y. 14.CD. 21.6.2017 T.2014/8170 E.2017/ 3518 K. (UYAP).

²⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 485.

²⁵¹ Adem Sözüer, “Tehdit Suçu”, İÜHFD, C. LIV, S. 1-4, İstanbul, 1991 – 1994, s. 128’ den aktaran, Başar, t., s. 52.

²⁵² “...Oluşa uygun kabule göre sanıkların, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerini, mağdurenin ağzını kapatıp kolundan tutmak suretiyle zorla gerçekleştirdiklerinin anlaşılması karşısında, cebir kullanılarak gerçekleştirilen eylemlerin TCK’nın 109/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı maddenin birinci fıkrası ile cezalandırılmalarına karar verilmesi ve atılı suçu birden fazla kişiyle birlikte işledikleri sabit olduğu halde haklarında 109/3-b maddesinin uygulanmaması,...” Y.14. CD. 23.3.2017 T. 2016/8412 E. 2017/1540 K. (UYAP).

²⁵³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 413.

²⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 483.

²⁵⁵ Özbek vd., Özel Hükümler, s. 431.

yakınlarına karşı, kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı, şeref ve haysiyeti, sosyal veya iktisadi itibarı üzerinde gerçekleştirilir. Keza hürriyeti sınırlanmak istenen mağdurun veya bir yakınının malına verileceği belirtilen zarar da tehdit sayılacaktır²⁵⁶.

Tehditten maksat, mağdurun veya bir yakınının hukuksal açıdan korunmaya değer bir yararına ileride zarar vereceği beyanıyla mağdurun korkutulmasıdır. TCK md. 106'da suçun genel düzenleniş biçiminin aksine, bu suç tipi bakımından tehdidin yönelik olduğu hukuksal değerler yönünden bir ayrıma ve sınırlamaya gidilmemiştir. Bu nedenle mağdur üzerinde objektif olarak korku yaratmaya elverişli, hukukça korunan herhangi bir hukuksal değere zarar verileceği beyanı tehdit içinde değerlendirilmelidir. Örneğin, kaçırılmak istenen kişiye “direnirsen yakarım” denmesi gibi. Mala verilecek zarar beyanı da tehdit oluşturur²⁵⁷.

Tehdit, yöneldiği konu itibarıyla objektif olarak mağduru failin istediğini yerine getirmeye uygun ve elverişli olmalıdır. Objektif olarak mağduru korkutmaya elverişli bir kötülük bildirimiyse, hürriyetinin sınırlanmasına katlanmak zorunda bırakılması veya hürriyeti sınırlanmış bir vaziyette iken bu durumun devamının tehditle sağlanması TCK md. 109/2'ye uygun bir tehdidi oluşturacaktır²⁵⁸.

Hile bir kimsenin yanıltılması, aldatılması anlamına gelir. Gerçeği olduğundan farklı göstermek suretiyle kendisinde yanlış bir kanaat uyandırılan mağdur böyle bir davranış olmasaydı özgürlüğünün sınırlanmasına göstermeyeceği rızayı göstermek durumunda kalmaktadır. Hile, doğrudan mağdura karşı yapılabileceği gibi (örneğin annen hastalandı, seni hastaneye götüreceğiz denmesi), bir üçüncü kişi aracılığıyla da (örneğin, arkadaşının aranıp ‘annesi hastalandı, söyle ona aşağıda bekliyoruz, hemen gelsin hastaneye götüreceğiz denmesi gibi) gerçekleştirilebilir²⁵⁹.

Hile sonucunda ortaya çıkan netice zor kullanarak veya tehdit ederek elde edilen neticeden farksız bulunmakta, yani cebirle veya tehditle ulaşılabilecek sonuca hile ile varılmaktadır. Buna göre, kişi maruz kaldığı hileyle, yani kandırılarak hürriyetinden yoksun hale getirilebilir. İradesi hile ile bozularak bir kişinin hürriyetinden yoksun hale

²⁵⁶ Artuk/ Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, C. III, s. 2824,2825.

²⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 484

²⁵⁸ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1193.

²⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok s. 484.

getirilmesi veya hile ile kişinin hürriyetinden yoksunluğun devam ettirilmesi 109/2. fıkraya uygun nitelikli hali oluşturmaktadır²⁶⁰.

C. Suçun Silahla İşlenmesi

Fiilin silahla işlenmesi TCK md. 109/3-a'da suçun temel şekline nazaran arttırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirlenmiştir fiilin daha kolay işlenmesini sağladığı ve mağdurun mukavemetini kırdığı için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından böyle bir nitelikli unsura yer verilmiştir. Suçun işlenmesinde kullanılan silah, fiilin icrasını kolaylaştırdığı gibi, faile cesaret vermekte, buna karşılık mağdurda ciddi bir korku yaratmakta ve mağdurun direncini kırmaktadır²⁶¹. Bu fıkra kapsamında silah kavramından anlaşılması gereken TCK'nın "Tanımlar" başlıklı 6. maddesinin f bendinde belirtilmiştir. Buna göre silah deyiminden; ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılmalıdır. Fiilin işlenmesi sırasında mağduru etkileyecek biçimde bu araçlardan birinin kullanılmış olması, örneğin duman çıkaran bir gaz atarak fiilin işlenmesi, tabancanın teşhiri, nitelikli unsurun uygulanması bakımından yeterlidir²⁶².

Fiilin silahla işlenmesini, silahın somut olay dâhilinde bilfiil kullanılması şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira her ne kadar failin yalnızca silahlı olması nitelikli halin uygulanması için yeterli olmasa da, suçun silahla işlenmiş kabul edilebilmesi için mutlaka silahın mağdura yöneltilmiş olma zarureti de yoktur. Burada önem arz eden, silahın suçun işlenmesinde vasıta olması ve suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır²⁶³. Örneğin silahın yalnızca gösterilmiş veya kabzasından çıkarılmış olması veya görünecek biçimde kılıf içinde bulunması da mağdurun iç huzurunu bozabileceği için ve mağdurun direncini kırmaya yeterli olacağından bu durumda da nitelikli halin uygulanması gerekir. Çünkü silahın suçun ağırlatıcı sebebi sayılmasının nedeni, mağdur

²⁶⁰ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1193.

²⁶¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 299.

²⁶² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, TCK Şerhi, C. III, s. 2825

²⁶³ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 203; Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1195.

üzerinde korkutucu etki yaratıp, onun direnci kırarak suçun işlenmesini kolaylaştırmasındandır²⁶⁴. Üzülmez'e göre ise, fiili işlediği sırada silahın sırf failin üzerinde olması bu nitelikli halin gerçekleştiğinin kabulü için yeterli sayılmamalıdır. Fail, silahtan failin icrasını kolaylaştıracak tarzda faydalanmış olmalıdır. Bu faydalanmanın ne şekilde gerçekleştiği önemli değildir. Örneğin kişinin direncini kırmak için ceketin altında duran silahın gösterilmesi veya görünmesini sağlamaya yönelik hareketlerin yapılması halinde de bu nitelikli hal gerçekleşir²⁶⁵.

D. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

TCK md. 109/3-b'de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun "birden fazla kişi tarafından birlikte" işlenmesi, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli hale getirmenin sebebi mağdurun iç huzuruna daha ağır zarar vermesi ve bu sayede suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır²⁶⁶. Hükümde yer alan 'birlikte' teriminin ifade ettiği anlam, birden fazla kişinin hürriyetten yoksun kılma suçunu işlerken beraberce hareket etmeleridir. Birden çok kişinin suçun işlenmesinden önce aralarında anlaşmış olmaları şart değildir²⁶⁷. Kanun koyucu, mağdurun mukavemetini kırmasını, mağdur üzerindeki etkisini ve suçun icrasını kolaylaştırmasını dikkate alarak, hürriyeti sınırlamanın birden fazla kişi tarafından iştirak halinde işlenmesini nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Ancak bentte geçen "suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" ibaresi, müşterek failliği düzenleyen 37/1. maddedeki "suçun kanuni tarifindeki fiili birlikte gerçekleştirenler" olarak anlaşılmalıdır. Nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından, birden fazla kişinin müşterek faillik statüsü içinde suçun icrasına katılmış olmaları gerekmektedir^{268, 269}. Bu nedenle azmettiren ve yardım

²⁶⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 300

²⁶⁵ Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1195.

²⁶⁶ Gülşen, s. 105.

²⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 300.

²⁶⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 415.

²⁶⁹ "...Suça sürüklenen çocuk Y...'nin mağduru konuşma bahanesiyle kandırarak sanık S...'in çay ocağına götürüp buradan kaçmak isteyen mağdura engel olması, suça sürüklenen çocuk O...'ın çay ocağında S...'le birlikte mağduru darp ederek zorla yanlarında tutması, sanık Seçkin'in ise mağdurun zorla götürüldüğü aracı kullanıp sanık B... ile suça sürüklenen çocuk E... gibi mağdurun arabaya zorla bindirilmesinden, Nif Çayında dövülmesi ve olaya müdahale edilmesi anına kadar gerçekleşen tüm eylemlerde olay yerinde bulunup diğerleriyle beraber mağdur üzerinde müşterek hakimiyet kurması karşısında, sanıklar S..., S..., B... ile suça sürüklenen çocuklar Y..., O... ve E...'nin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu TCK'nın 37. maddesi kapsamında birlikte işledikleri gözetilmeden, yazılı şekilde haklarında aynı Kanununun 39. maddesinin tatbiki suretiyle cezaların eksik tayini..." Y.14. CD. 10.04.2017 T.2016/11171 E. 2017/1918 K. (UYAP)

eden asgari sayının belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulmaz. Bununla birlikte suç birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiğinde nitelikli hal, bunu bilen azmettiren ve yardım eden için de uygulanır²⁷⁰.

E. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi, suçun ağırlaşması sonucunu doğuracaktır. Mağdurun salt kamu görevlisi olması, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması sonucunu doğurmaz. Suçun, mağdurun yerine getirdiği kamu görevi dolayısıyla işlenmesi gerekir²⁷¹.

Kamu görevi sona ermiş olsa da kişinin kamu görevinin gereklerine uygun davranması dolayısıyla hürriyetinden yoksun kılınması halinde, yine bu hüküm uygulanacaktır. TCK md. 6/1-c'ye göre, kamu görevlisi, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" dir. Türk Ceza Yasası uygulamasında kimlerin kamu görevlisi sayılacağı konusunda aranacak ölçüt, kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmasıdır. Bu durum, madde gerekçesinde de aynen tekrar edilmiştir. Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet, kamusal faaliyettir^{272, 273, 274}.

"...Dosya içeriğine göre sanık Murat'ın, haklarında atılı suçtan kurulan hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen diğer sanıklar Gökhan ve Nezir'le birlikte mağduru zorla araca bindirmek istedikleri sırada olay yerine gelen tanıklar Samet ile Nuro'l'un müdahalesini takiben kolluk görevlilerinin de gelmesi üzerine mağduru bırakmaları şeklindeki eylemi TCK'nın 109/2. maddesinde tanımlanan suç oluşturduğu halde, aynı Kanununun 109/1. maddesine göre cezalandırılması ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiği nazara alınmadan hakkında 109/3-b. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini..." Y. 14. CD. 21.3.2017 T. 2014/10941 2017/1454 K.(UYAP)

²⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 485.

²⁷¹ Çakmut, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 595.

²⁷² Çakmut, s. 596; Soyaslan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, s. 493.

²⁷³ "...1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 1. Maddesinde (Avukatlığın kamu hizmeti olduğu) 57. maddesinde (görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında bu suçların hakimlere karşı işlenmesindeki hükümler uygulanır) denilmesi göz önünde tutulmaksızın, görevinden dolayı avukatını öldüren sanığa basit öldürmeye ilişkin hükmün uygulanması, bozmayı gerektirir", Y.1.CD, 14.11.1991-2518/2719. (UYAP).

²⁷⁴ TCK md 6/1-c'de kamusal faaliyetle ilgili olarak "Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren subay veya erler de kamu görevlisidir.

TCK açısından kamusal faaliyet, idare hukukundaki gibi, en geniş anlamıyla kamuya yararlı hizmet şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi takdirde herhangi bir kamu hizmetini gerçekleştiren herkes, örneğin; özel hastanede çalışan bir sağlık mesleği mensubu, bir belediye otobüsü şoförü kamu görevlisi sayılacaktır. Böyle bir durumda toplumun büyük kısmı kamu görevlisi kavramına dâhil olabileceği için ve kamu görevlileri tarafından görevlerinden ötürü işlenen suçlar ile kamu görevlisine karşı işlenen suçlar daha ağır biçimde cezalandırıldığından, toplumun büyük kısmını daha ağır cezalandıran bir ceza hukuku sistemi doğacaktır²⁷⁵.

İşlenen fiille kamu görevlisinin yerine getirdiği görev arasında illiyet bağının varlığı tespit edilmelidir. Bunun dışında, fiilin kamu görevlisine karşı görevi ifa ettiği sırada değil, daha sonra olsa da ifa edilen görev dolayısıyla işlenmesi yeterlidir. Faili, fiili icraya sevk eden neden, kamu görevlisinin yerine getirdiği görevdir. Dolayısıyla suçun bu seçimlik nitelikli unsuru için, failin saiki önem taşımaktadır. Her durumda failin suçu işleme saiki kamu görevinden kaynaklanan bir neden olmalıdır. Bu neden, görevden kaynaklanan bir intikam duygusu veya kin olabilir. Örneğin ödenmeyen borçlar yüzünden malları haczetmek amacıyla dükkâna gelen icra memurunun depoya kilitlenmesinde, kişinin yerine getirmiş olduğu kamu görevi sebebiyle özgürlüğünden yoksun kılındığı kabul edilmelidir.²⁷⁶

Fiilin kamu görevlisine karşı, göreve dayanmayan herhangi bir sebeple işlenmesi durumunda, bu durumda nitelikli hal değil; kanunun 109. maddesinin ilk fıkrasında yer alan suçun temel şekline ilişkin cezanın uygulanması gerekmektedir. Bu bakımdan kamu görevine dâhil olan işler dışında, örneğin kirasını ödememesi gibi başka bir sebeple kamu görevlisinin hürriyetini sınırlayan hakkında md. 109/3-c değil; suçun temel şekli olan md. 109/1 uygulanacaktır.²⁷⁷

Bu kapsamda, nitelikli halin oluşumu için yerine getirdiği görev dolayısıyla bizzat kamu görevlisinin kendisinin hürriyetinden yoksun bırakılması gerekli değildir. Kamu görevlisinin yerine getirdiği görevden dolayı bir yakınının hürriyetinden yoksun

Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesine ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” denilmektedir.

²⁷⁵ Güneş Okuyucu, ‘Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi’, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan C. III, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2010, s. 527–542.

²⁷⁶ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 204.

²⁷⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 363.

bırakılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin bir hâkimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması halinde suçun nitelikli sekli oluşur²⁷⁸.

F. Suçun Eşe, Altsoy veya Üstsoya Karşı İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, üstsoy veya altsoydan birine ya da eşe karşı işlenmesi, suçun nitelikli hallerinden birini oluşturur (TCK md. 109/3-e).²⁷⁹

Söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması bakımından aranan akrabalık ilişkisi (üstsoy, altsoy ve eş kavramları) Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. TMK md. 17'ye göre biri diğerinden gelen kişiler arasında altsoy-üstsoy hısımlığı vardır. Bir kimsenin kendisinden geldiği kişilerle arasında üstsoy, bir kimsenin kendisinden gelenlerle arasında ise altsoy hısımlığı vardır. Üstsoy ve altsoy olma durumunda olanların hürriyetinden yoksun bırakılması suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Altsoy çocuk olabileceği gibi on sekiz yaşını doldurmuş kişiler de olabilir.

Karı veya kocadan birinin diğerini hürriyetinden yoksun kılması²⁸⁰ da cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hali oluşturmaktadır. Bu suç bakımından fail ile mağdur arasında karı-koca ilişkisinin bulunup bulunmadığı Medeni Kanun hükümlerinin yanı sıra fiili duruma göre belirlenmelidir^{281, 282}.

G. Suçun Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin, on sekiz yaşından küçüklere karşı veya bedeni veya psikolojik durumu itibariyle kendini savunamayacak durumda olan kişiye karşı işlenmesi suçun diğer nitelikli halini oluşturmaktadır. Kanun koyucu, çocuklara ve bedenlen veya ruhen kendini savunamayacak durumda bulunanlara karşı

²⁷⁸ Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1196

²⁷⁹ Çakmut, s. 597.

²⁸⁰ "....Olay günü sanığın, evde resmi nikahlı eşi olan mağdureyle çıkan tartışmanın büyümesi üzerine onu zorla banyoya kapatarak kilitlemesinin ardından şahsına zarar vermeksizin ertesi gün sabah çıkartıp ailesine gönderdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanık hakkında TCK'nın 109/2 ,3-e maddeleri ile belirlenen cezada aynı Kanununun 110. maddesinin tatbiki gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde fazla ceza tayini..." Y. 14.CD. 5.7.2017 T. 2014/8021 E. 2017/ 3653 K. (UYAP).

²⁸¹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 41.

²⁸² Aksi görüş için bkz Çakmut, s. 597; Uygulamada, eş olma statüsü bakımından, geçerli resmi nikâhın varlığı aranmaktadır. Taraflar hakkında ayrılık kararı verilmiş bulunması, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasına engel olmaz. Resmi nikah bulunmaksızın, dini nikahla kurulmuş birlikteliklerde ise bu hükmün uygulanması suretiyle cezanın ağırlaştırılması söz konusu olmayacaktır.

filin islenmesindeki kolaylığı dikkate almış ve bu durumu nitelikli hal olarak kabul etmiştir.

Çocuk, failin altsoyu ise 3. fıkranın e bendine göre hareket etmek gerekir.^{283, 284} Çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış bireydir (TCK md. 6/1-b).

Mağdurun çocuk olması halinde bu hususun ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmiş olması nedeniyle mutlaka mağdurun nüfus kaydının nüfus müdürlüğünden getirilmesi veya UYAP ortamından çıkartılması gerekir. Müsnet suçun oluşumu ile niteliğini belirlemeye etkisi bakımından mağdurun yaşına itiraz edilmesi veya mağdurun yaşı ile görünümü arasında bir uyumsuzluk olduğunun gözlemlenmesi halinde, doğum tutanağı getirilmeli, mağdurun resmî bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaşını belirlemeye yönelik kemik grafileri çektilirip tam teşekküllü bir hastaneden, içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu aldırılması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorulup, failin suç tarihindeki yaşı bilimsel olarak belirlendikten sonra sanığın hukuki durumunun tespiti gerekir. Yargıtay'ın duraksamasız uygulaması da bu yönde yerleşmiştir²⁸⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, çocuktan başka yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhsal ya da fiziksel güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan aciz bir kimseye karşı işlenmesi de, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuracaktır. Bent

²⁸³ Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1197.

²⁸⁴ "...Eylemin birden fazla kişiyle çocuğa karşı işlendiği kabul edildiği halde 5237 sayılı TCK'nun 109/3-f maddesinin hüküm fıkrasında gösterilmemesi..." Y.14.CD 4.4.2016 T. 2014/3797 E. 2016/3261 K. (UYAP).

²⁸⁵ "...Mahkemece, Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığının 28.04.2016 tarihli raporları dikkate alınarak, mağdurenin nüfus kaydında 02.12.1996 olan doğum tarihinin 30.12.1993 ve sanığın da 16.04.1999 olan doğum tarihinin 26.04.1996 olarak düzeltilmesine karar verilmiş ise de, söz konusu raporların Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Radyoloji Anabilim Dalı Başkanlığı tarafından düzenlenen konsültasyon raporları ile çeliştiğinin anlaşılması karşısında, suçun niteliğine ve uygulanacak kanun maddelerinin belirlenmesine etkisi bakımından mağdure ile sanığın daha önce yaş tespitlerine esas alınan kemik grafileri de eklenmek suretiyle tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporları alınması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak gerçek yaşlarının bilimsel olarak saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." Y.14.CD.13.02.2017 T. 2016/11271 E. 2017/606 K. (UYAP).

"...Kayden 01.09.1995 doğumlu olup suç tarihleri itibariyle onbeş yaşını doldurmasına kısa bir süre bulunan mağdurenin, nüfusa tescilinin üç yıl kadar sonra 14.07.1998 tarihinde yapıldığının anlaşılması karşısında, suçların niteliğine etkisi nazara alınarak resmi bir kurumda doğup doğmadığının araştırılıp resmi kurumda doğmadığının belirlenmesi halinde, yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilirip tam teşekküllü bir hastaneden, içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu rapor alınması, duraksama halinde, Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak mağdurenin suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması..." Y.14.CD 13.03.2017 T. 2014/6085 E. 2017/1286 K. Aynı yönde bkz. 14.CD 05.04.2017 T. 2016/11300 E. 2017/1818 K.; 14 CD. 11.05.2017 T. 2014/7547 E. 2017/2587 K.; Y.14.CD. 03.04.2017 T. 2016/11588 E. 2017/1751 K. (UYAP).

kapsamında gösterilen mağdurların savunma olanaklarının azlığı fiilin işlenmesinde kolaylık sağlayacağından, söz konusu mağdurlara karşı suçun işlenmesi ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Yargıtay bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan olay tarihi itibarıyla mağdurun herhangi bir akıl hastalığı ya da zayıflığı bulunup bulunmadığı, var ise bu durumunun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, mağdurun eyleme ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, beden veya ruh bakımından kendini savunup savunamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususlarında ayrıntılı rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğini kabul etmektedir²⁸⁶ . Mağdurun kendini savunamayacak duruma düşmesinde kendi kusurunun bulunması, bu nitelikli halin uygulanmasını engellemeyecektir²⁸⁷ .

²⁸⁶ Y. 14.CD 2.5.2016 T. 2016/1683-4477 E.,K.

“...Mağdure ile ilgili olarak Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalınca düzenlenen 13.11.2015 tarihli ve Yozgat Adli Tıp Şube Müdürlüğünce tanzim edilen 22.05.2015 günlü yetersiz raporlara dayanılarak sanık hakkında mahkumiyet hükümleri kurulduğunun anlaşılması karşısında, mağdurenin İstanbul Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna sevk edilerek suç tarihi itibarıyla akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olup olmadığı, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edemeyeceği, fiile karşı mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı var ise bu durumun beden veya ruh bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı varsa bu durumun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında açıklayıcı rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması...” Y. 14. CD. 28.11.2016 T. 2016/8323 -8100 E.K. (UYAP).

“... Suç tarihinde onbeş-onsekiz yaş aralığında olan mağdurenin aşamalarda beyanlarında, olay günü rızasıyla ilişkiye girdiği sanıkları daha önce hiç görmediğini ve tanımadığını belirtmesi, sanıkların tüm savunmalarında mağdureyi daha önce tanımadıklarını ve ilk kez olay günü gördüklerini, mağdurenin normal bir kişi görünümünde olduğunu ve herhangi bir akıl hastalığı veya zeka geriliği bulunduğu dair gözlemlerinin olmadığını belirtmeleri, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 28.12.2012 tarihli raporda, mağdurenin kendisinde mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılabilabileceği, ancak yakın çevresinde yaşayanlarca ve kendisini tanıyanlarca anlaşılabilabileceğinin mütalaa edilmesi ve tüm dosya kapsamına göre; sanıkların, mağdurenin kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, buna göre sanıkların mağdureye yönelik gerçekleştirdikleri eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı, söz konusu suçun kovuşturulmasının şikayete tabi olduğu ve mağdure D..ile annesi müşteki D..’un sanıklardan şikayetçi olmadıklarını ifade etmeleri hususu gözetilerek, sanıklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan açılan kamu davalarının düşmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ise beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması...” Y.14.CD 15.6.2017 T.2017/985-3351 E.,K. (UYAP).

Aynı yönde bkz Y..14. CD 21.3.2016 T.2016/806 - 2734 E. K. (UYAP)

²⁸⁷Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 395; Çakmut, s. 597.

H. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Kamu görevlisinin²⁸⁸ üstlendiği görevin kendisine sağladığı başkalarını etkileyebilme gücünü kötüye kullanarak diğer bir kişiyi hürriyetinden yoksun hale getirmesi suçun diğer nitelikli halini oluşturmaktadır. Sırf kamu görevlisi sıfatına sahip olmak yeterli değildir, ayrıca yerine getirilen kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmış olmalıdır. Bu nedenle, gerçeğe aykırı bir şekilde kendisini kamu görevlisi olarak gösterip bir kimseyi hürriyetinden yoksun hale getiren kişi, fiili hileyle işlemiş olacağından 109/2. madde hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacaktır. Bu nitelikli halin oluşumu için, kamu görevlisinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma yetkisine sahip olması şart değildir. Kişinin üstlendiği kamu görevini yerine getirebilmesi için kendisine tanınan başkalarını etkileyebilme, onlar üzerinde otorite kurma yetkisini, hürriyetin sınırlanması yönünde kötüye kullanması yeterlidir²⁸⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için, failin, fiili işlerken kamu görevlisi olması ve bu nedenle sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanması gerekir. Bu koşulların her ikisi bir arada bulunmalıdır²⁹⁰.

I. Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu cinsel amaçla işlenirse faile verilecek ceza artırılabilecektir. Suçun “cinsel amaçla işlenmesinden maksat failin, fiili işlerken cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesidir²⁹¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şeklinin oluşması için kast yeterli iken, maddenin beşinci fıkrasının uygulanabilmesi için failin "cinsel amaçla" hareket etmesi, başka bir anlatımla kastın yanında bu saikin de gerçekleşmesi

²⁸⁸ “Kamu görevlisi kavramının içeriğinin belirlenmesi ceza hukuku açısından bazı sonuçlar doğurması sebebi ile önem arz eder. Öncelikle kamu görevlisi olma, özgü suçlar açısından önemlidir. Örneğin zimmet suçu yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilir. Bunun yanında, işlenen suçun mağdur veya failinin kamu görevlisi olması bazı suçlar açısından nitelikli hal oluşturur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da bu suçlardandır”. Bkz. Mahmut Kaplan, Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2015, C. 5, S. 2., s. 49-77.

²⁸⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 417; Toroslu, Ceza Özel, s. 86.

²⁹⁰ Toroslu, Ceza Özel, 87; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 397.

²⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, Cilt III, s. 2830.; Çakmut, s. 599.

gerekmektedir. Bu husus madde gerekçesinde de; “suçun cinsel amaçla işlenmesi, söz konusu suç açısından failin güttüğü amaç itibarıyla ayrı bir nitelikli unsur oluşturmaktadır” şeklinde belirtilmiştir. Cinsel amaç kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini bizzat gerçekleştiren kimsenin amacı olabileceği gibi, onu azmettiren kişinin amacı da olabilir²⁹².

Kanun koyucu suçun cinsel amaçla işlenmesini suçun cezasında yarı oranında artırım yapılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Kanun koyucu sadece cinsel amaçtan bahsetmiş, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birine doğrudan atıf yapmamıştır. Dolayısıyla bu düzenlemeyi, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmanın cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesine imkân sağlamak için icra edildiği halleri²⁹³ kapsar şekilde düşünmek gerekmektedir²⁹⁴.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun md. 109/5’teki²⁹⁵ nitelikli halinin meydana gelebilmesi için, mağdurun iradesiyle hareket edebilme imkânının, cinsel saldırı eylemine yetecek sürenin üzerinde bir zaman dilimi boyunca sınırlanması gerekmektedir. Aksi halde, yani kişinin hürriyetinin yalnızca cinsel saldırı süresince sınırlanması durumunda TCK md. 102’de hüküm altına alınan cinsel saldırı suçu oluşacaktır²⁹⁶. Suçun nitelikli halinin uygulanabilmesi için failin cinsel amaçla hareket etmiş olması yeterlidir. Failin ayrıca amacını gerçekleştirmiş olması aranmamaktadır. Fail amacına da ulaşabilmiş ise ayrıca işlemiş olduğu cinsel saldırı, cinsel taciz gibi bu

²⁹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.10.2015 tarih 2013/14-778 E., 2015/306 K. (UYAP).

²⁹³ “... suça sürüklenen çocuğun olay günü babasına ait bakkal dükkanına yiyecek almak için gelen mağdura cinsel istismarda bulunmak için ağzını kapatıp tezgahın arkasına götürdüğüünün iddia edilmesi karşısında, mağdurun götürülme mesafesi, cinsel istismar fiilinin işlendiği yer olan tezgah ardının dükkanla bağlantısı ve konumu araştırılarak sonucuna göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” Y. 14. CD 2015/68 E.2017/ 2151 K. (UYAP).

²⁹⁴ Üzülmez, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma*, s. 1197.

²⁹⁵ TCK md.109/5: Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

²⁹⁶ “... Nitelikli cinsel saldırı suçunun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süreyle mağdurun iradesiyle hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle, mağdurun hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre de sanıkların, müştekinin evine zorla girdikten sonra gerçekleştirdikleri nitelikli yağma ve nitelikli cinsel saldırı eylemleri dışında müştekinin hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketlerinin bulunmaması karşısında, mevcut haliyle eylemlerin sadece TCK'nın 102/2. maddesi kapsamındaki nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkumiyet kararları verilmesi...”, Y.14.CD 16.3.2017 T. 2016/10241E. 2017/1388 K. (UYAP).

suçlardan da cezalandırılacaktır²⁹⁷. Diğer bir anlatımla cinsel saldırı suçu gerçekleşmiş ve aynı zamanda kişi hürriyetinden de yoksun bırakılmış ise fail, hem cinsel saldırı suçundan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halinden(TCK md. 109/5) cezalandırılması gerekmektedir²⁹⁸.

Mağdurun evlenme maksatlı kaçırılması durumunda da bu nitelikli halin uygulanacağı doktrinde savunulmaktadır²⁹⁹. Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir³⁰⁰. Yargıtay'ın boşanmış olan veya boşanma aşamasında olup da evi terk etmiş olan kadının hürriyetinin eşi tarafından kısıtlanması durumunda da bu hükmü uyguladığına dair kararları bulunmaktadır³⁰¹. Ne var ki; bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 16.09.2013 tarih 2011/14144 esas 2013/9149 karar sayılı ilamında verilen karşı oy³⁰² ile de dikkat çekildiği üzere; cinsel amaç, içerisinde kaba

²⁹⁷ Başar, s. 85.

²⁹⁸ Y. CGK. 12.05.2015 T. 2013/14-550 E. 2015/158 K. (UYAP).

²⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 489.

³⁰⁰ '...Sanıkların, mağdureyi sanık E.. ile evlenmesini sağlamak kastıyla kaçırdıklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, hürriyetten yoksun kalma eyleminin cinsel amaçla gerçekleştirildiği sabit olduğu halde, haklarında TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmaması,..." Y. 14. CD. 23.5.2016 T. 2014/4958 E. 2016 /4990 K. (UYAP).

"...Sanık S.'in evlenmek istediği mağdureyi olay günü sanık D.. ile birlikte zorla araca bindirerek götürdükleri evde alıkoydukları tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından sanıkların mağdureye yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel amaçla işlemeleri nedeniyle TCK'nın 109/2-3b-f maddesi uyarınca belirlenen cezaların koşulları olduğu halde, aynı Kanununun 109/5. maddesi ile arttırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde cezaların eksik tayini,..." Y. 14. CD. 25.1.2016 T.2014/1903 E. 2016&665 K. (UYAP).

³⁰¹ Y. 14.CD.14.3.2013 T.2012/324 E.2013/2763 K. (UYAP).

³⁰² "...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 hissini karşılığı olan cinsel amaç ibaresine yer verilmiştir. Cinsel amaçta, kaba cinsel duyguların tatmini vardır. Ancak evlenme isteği içinde anlık cinsel faydalanma bulunmamaktadır. Mağdure ile ileriye yönelik aile birlikteliği hedeflenmektedir. Yasa koyucunun, yeni ceza yasası düzenlenirken önceki yasanın seçimlik hareketlerinden olan evlenme amacını yeni yasaya almayıp, sadece diğer seçimlik hareket olan şehvi amacı madde metnine alması bilinçli bir tercihtir. Yasa koyucunun bu bilinçli tercihi karşısında, evlenme amacıyla kaçırma ve cinsel bir saldırı veya istismar gerçekleştirilmeyen eylemler için artırım maddesinin uygulanacağını ileri sürmek, isabetli olmayan dayanaksız bir görüş olur.

Öte yandan, yasadaki amaç mutlak bir amaçtır, bu da sadece kaba cinsel duyguların tatmin etmek için cinsel saldırı yapmak amacıdır. Bu amaçla hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesidir. Artırım maddesinin uygulanabilmesi için bu amacın tartışmasız ve yalın olması gerekir. Evlilik amacıyla hürriyetten yoksun kılmada evliliğin içinde bulunan birçok husustan sadece cinsellik hususu seçilerek suçun bu amaçla işlendiğini kabul etmek sadece bir yorumdur. Bu da yorumla yasanın uygulanmasını genişletmek olur. Oysa maddi ceza hukukunda yorum yasağı vardır. Cezada kanunilik ilkesi gereğince yasa metninde yer almayan evlenme amacı yasa metnindeki cinsel amaç olarak kabul edilip, yorumlanamaz. Keza, sanık evlenmek amacıyla suç işler ancak mağdurenin rızasını elde edinceye kadar cinsel bir saldırı yapmayabilir veya hürriyetten yoksun kılma eyleminden vazgeçerek cinsel bir saldırı da gerçekleştirilmeden mağdureyi serbest bırakabilir. Bu nedenle bilhassa evlenmek amacıyla bu suçun işlendiği ancak tecavüzün gerçekleşmediği olaylarda cinsel amaçtan dolayı cezayı artırmak yasal değildir.

cinsel duyguların tatminini barındırır. Evlilik niyeti ile hareket etme ise uzun vadede ve doğası gereği cinsellik unsurunu içermekle birlikte, kısa süreli cinsel faydalanma ihtiva etmez. Evliliğin içinde birçok unsur bulunur. Evlilik amacı ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılan kişinin iradesinin yalnızca cinsel amaca yönelik olduğunu kabul etmek, fail tarafından evliliğin diğer tüm unsurlarının göz ardı edildiğini ileri sürmek anlamına gelir.

Böyle bir yaklaşım, bir kimseyi yalnızca cinsel amaçlarını tatmine yönelik olarak hürriyetinden yoksun kılan kişi ile sevgili olduğu veya sevdiği kişiyi yakın gelecekte evlenme niyeti ile hürriyetinden yoksun kılan kişi hakkında uygulanacak yaptırımın aynı olması sonucunu doğurur ki bu sonuç adalet duygusunu da zedeler niteliktedir. Bu nedenle evlenme amacıyla bu suçun işlendiği ancak cinsel suçlardan birinin gerçekleşmediği olaylarda cinsel amaçtan dolayı cezanın artırılmaması gerektiği kanaatindeyiz³⁰³.

V. SUÇUN NETİCE SEBEBİ İLE AĞIRLAŞMIŞ HALİ

Kasten işlenen temel suçun, tipikliğin gerçekleşmesi için gerekli olanın ötesinde belirli bir neticeye sebebiyet vermesinden dolayı cezanın ağırlaştırılması durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan söz edilir³⁰⁴.

TCK'nın "Netice sebebiyle ağırlaşmış suç" başlıklı 23. maddesine göre; "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". Bu düzenlemeyle 765 sayılı Kanunda mevcut olan objektif sorumluluk anlayışı terkedilmiş ve kişinin temel suç tipine nazaran sebep olduğu ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir derecesinde bir kusurunun bulunması aranmıştır³⁰⁵. Bu kapsamda, kastedilenden daha

Bu tartışmalar ışığında somut olayımıza baktığımızda sanık, arkadaşlarıyla birlikte evlenmek amacıyla mağdureyi kaçırmışlar bilahere de sersbest bırakmışlardır. Olay sırasında mağdureye yönelik herhangi bir cinsel hareket gerçekleştirilmiş değildir. Yasanın cezayı artırmak istediği durum kaba cinsel arzuların tatmini için cinsel saldırı yapmak amacıyla mağdurlara karşı hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesidir. Evlenmek amacıyla suçun işlendiği ve cinsel saldırının da gerçekleşmediği bir durumda cezanın artırılması, yasanın lafzına, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uymayacağı gibi maddi ceza hukukundaki yorum yasağını da ihlal etmek olacaktır..." (UYAP).

³⁰³ Aynı yönde bkz. Y. 14 C.D. 17.04.2017 T. 2014/7230 E., 2017/2101 K. sayılı ilamında verilen karşı oy; Y. CGK. 04.10.2016 T. 2015/ 14-11119 E. 2016/ 339 K. sayılı ilamda yer verilen direnme kararı.

³⁰⁴ Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 256.

³⁰⁵ Koray Doğan, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011, s.1.

ağır veya başka bir netice meydana gelirse, kişinin, meydana gelen bu neticeden sorumlu tutulabilmesi, söz konusu netice açısından en azından taksire dayalı kusurunun varlığına bağlı kılınmıştır³⁰⁶.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ya failin hareketi sonucunda kastedilenden daha ağır bir netice meydana gelmekte ya da suçun oluşması için aranan neticeden daha ağır başka bir netice gerçekleşmektedir. Gerçekleşen bu ağır veya başka netice sebebiyle fail daha ağır bir cezaya çarptırılmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilebilmesi için ilk şart, temel suç tipi bakımından kasten hareket edilmesidir. Bu temel suç tipi neticeli bir suç olabileceği gibi sırf hareket suçu da olabilir. İkinci olarak, failin gerçekleşen ağır veya başka netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir³⁰⁷. Kanun, böylece kast-taksir kombinasyonu olarak da ifade edilen karma bir suç tipi oluşturmuştur. Bu karma suç tipi iki kademe gerçekleşmektedir. Birinci kademe kasten işlenen temel suç, ikinci kademe ise en azından taksirle sebebiyet verilen, daha ağır veya başka bir netice yer almaktadır³⁰⁸.

Kişiye hürriyetinden yoksun bırakmaya yönelik fiilin, mağduru hürriyetinden yoksun bırakmanın dışında, ayrıca onun ekonomik bakımından önemli bir kayba uğramasına neden olması neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiştir³⁰⁹.

Bu fıkranın uygulanabilmesi açısından mağdurun hürriyetinin kısıtlanması ile birlikte ekonomik olarak bir zararın doğması ve bu zararın da önemli boyutlara ulaşması gerekmektedir. Bu doğrultuda; nitelikli halin uygulanabilmesi için ekonomik kaybın ağır, bir başka deyişle önemli derecede olması gerekmektedir. Zira belirli bir ekonomik kayıp, suçun maddi unsuru içinde zaten doğal olarak bulunabilir. Fiilin doğal neticesini nitelikli bir hal olarak kabul etmek yerinde olmayacağı için, maddede bu kaybın 'önemli' ölçüde olması gerektiği ayrıca vurgulanmıştır³¹⁰. Kaybın önemli olup olmadığı somut olayda hâkim tarafından tayin edilecektir³¹¹. Örneğin çok önemli bir iş toplantısına katılmak üzere evinden çıkan mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması durumunda, anlaşma sağlayacağı işi kaybetmesi durumunda önemli miktarda bir kaybın

³⁰⁶ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Kasten Yaralama Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hali, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Cilt 21, Sayı 2 (Özel Sayı), 2015, s. 373. (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/273401>; Erişim Tarihi: 13.06.2017).

³⁰⁷ Gökçen/Balcı, s. 373-375.

³⁰⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 223; Özgenç, Genel Hükümler, s. 276

³⁰⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 417.

³¹⁰ Başar, s. 87.

³¹¹ Koca/Üzülmez, s. 418.

varlığından söz edilebilir. Benzer durum, çok pahalı bir gelinlik hazırlayan terzinin düğün öncesinde ya da önemli bir konser verecek olan şarkıcının konser öncesinde kaçırılması halleri için de geçerlidir³¹².

Burada düzenlenen ekonomik kayıp, yalnızca mameleki azalmayı değil; ayrıca hürriyetten yoksun kılma suçu neticesinde meydana gelen mahrum kalınan karı da kapsar. Hürriyeti sınırlanan kişinin ekonomik bakımdan önemli bir kaybının söz konusu olduğu hallerde, fail hakkında temel suç tipinin gerektirdiği hapis cezasının yanı sıra ayrıca neticesi sebebiyle ağırlanmış halden dolayı bin güne kadar adli para cezasına hükümlenacaktır.

TCK md. 109/6'ya göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu fıkranın uygulanabilmesi için, meydana gelen zararın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya yönelik fiilin sonucunda meydana gelmesi gerekir. Dolayısıyla kaçırdıkları kişiyi bahçedeki ağaca bağlamak isterken mağdurun bileğinin kırılması halinde failer hakkında gerçek içtima kuralları uygulanacak ve ek olarak kasten yaralama suçundan da cezalandırılacaklardır. Burada dikkat edilmelidir ki, failin bu fıkra hükmüne göre sorumlu tutulabilmesi için kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlanmış haline yönelik doğrudan bir kastı aranmamaktadır. Mağdurun havasız ve nemli bir bodrum katında tutulduğu esnada astım gibi bir hastalığa yakalanması durumunda fail hem hürriyetten yoksun kılma hem de kasten yaralama hükümlerinden ceza alacaktır. Buna karşın fail henüz mağdurun hürriyetini kısıtlayamadığı halde, mağdura uyguladığı cebir sonucu kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlanmış şekilleri meydana gelirse tipe uygun bir neticesi sebebiyle ağırlanmış suçtan söz edilemeyecek, bu sebeple de fail kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs ile kasten yaralama suçundan mesul olacaktır. Bu halde tamamlanmış bir temel suç tipi olmadığı için neticesi sebebiyle ağırlanmış suça teşebbüs söz konusu olamayacağından, bu iki suç arasında uygulanacak fikri içtima hükümlerine göre hakkında daha ağır cezayı öngören suçtan hüküm kurulacaktır³¹³.

³¹² Başar, s. 88.

³¹³ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 245,256.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, CEZAYI AZALTANŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK, YAPTIRIM VE MUHAKEME

I. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Ceza kanununda düzenlenmiş olan suçlar, belli bir süreç izlenerek gerçekleştirilmektedir. Bu sürece de suç yolu (iter criminis) denir³¹⁴. Bu süreç, failin suç işlemeye karar vermesi, bu kararın icrası ve son olarak neticenin gerçekleşmesiyle sona ermektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonucu olarak, ancak suç tipinde öngörülmuş olan neticenin gerçekleşmesiyle fail kanunda öngörülen yaptırım ile cezalandırılacaktır. Ancak failin suç yoluna girmesi ve suçun icrasına başlaması sebebiyle haksızlık boyutunu almış bir fiilin cezalandırılması ise teşebbüs hükümlerinin uygulanması ile mümkündür. Bu durumda, failin suçun icrasına başlamasına rağmen, elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaması halinde teşebbüs aşamasında kalmış suç söz konusu olacaktır. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan failin, suçun kanuni tarifindeki bütün unsurların gerçekleşmediği gerekçesiyle cezalandırılmaması söz konusu olamaz. Bu noktada eklemek gerekir ki; failin bu sebeple cezalandırılabilmesi için, suçun kanuni tarifinin yanı sıra, fiilin icrasının tamamlanamaması veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemesi halinde de cezalandırmaya imkân tanıyan bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu nedenle, ceza kanunlarında suça teşebbüs derecesinde kalması halinde de failin cezalandırılmasına imkân sağlayan hükümlere yer verilmiştir. Bu itibarla, suçun teşebbüs derecesinde kalması halinde de failin cezalandırılmasına imkân sağlayan hükümlere yer verilmiştir³¹⁵.

Teşebbüs ceza hukukunda; suç tanımında belirlenmiş olan fiilin icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olmakla birlikte bu fiile ilişkin icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmış olmakla birlikte, suç tipinde ayrı

³¹⁴ Her kasıtlı suç birden fazla aşamalardan geçerek işlenir, tamamlanır. Suç, işlenişi bakımından ele alındığında birdenbire ortaya çıkmamakta, zaman içinde birbirini izleyen farklı evrelerden geçerek meydana gelmektedir. Geleneksel olarak bu süreç doktrin tarafından; düşünce, icra, tamamlanma ve sona erme şeklinde evrelere ayrılmış ve bu sürece suç yolu adı verilmiştir. Bkz; Hakeri, Genel Hükümler, s. 460.

³¹⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 460.

bir unsur olarak belirlenmiş olan hallerde neticenin gerçekleşmemiş bulunmasını ifade eder³¹⁶.

Suç tipinde yer alan bu neticenin suçun teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle gerçekleşmemesi halinde de toplumsal barış bozulmuş olur ve bu hareketlerin de cezalandırılması gerekliliği ortaya çıkar³¹⁷.

Teşebbüs, TCK md. 35'te düzenlenmektedir³¹⁸. Failin icrai hareketlere başlaması ile suçun tamamlanması arasında suça teşebbüs ortaya çıkmaktadır. Teşebbüse ilişkin hükümler, bağımsız suç tipi oluşturmayıp; ancak belli bir suça bağlı olarak uygulanabilir³¹⁹. Bu sebeple teşebbüs hükümleri, yardımcı norm niteliğindedir. Her ne kadar, kanuni tarife uygun haksızlık gerçekleştirilmiş olması için suçun tamamlanması gerekirse de; failin suç yoluna girmesi ve suçun icrasına başlaması sebebiyle haksızlık boyutunu almış bir fiilin cezalandırılması ancak teşebbüs hükümlerinin uygulanması ile mümkündür. Teşebbüse ilişkin bir düzenleme ceza kanunlarında yer almasa idi, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması mümkün olmazdı. Zira suçlar ceza kanunlarında, tamamlanmış suçlar şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle teşebbüse ilişkin hükümler ceza sorumluluğunu genişletici etkiye sahiptir³²⁰.

Bu çerçevede, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun kendi isteği ile bulunduğu yeri değiştirme olanağının ortadan kaldırılması (veya sınırlandırılması) ile tamamlanır. Suçun tamamlanması için belirli bir süre şart koşulmamış ise de burada kesintisiz bir suç söz konusu olduğu için hürriyetten yoksun kılmanın önemli olması ve neticenin bir süre devam etmesi gerekir. Burada kesintisiz suç söz konusudur ve suçun tamamlanma ve bitme anı birbirinden farklı olabilir. Suçun tamamlanma anı, mağdurun bulunduğu yeri değiştirme olanağının ortadan kaldırılması; bitme anı ise mağdurun yeniden özgürlüğünü kazanma anıdır. Hürriyetten yoksun kalma olgusunun belli bir zaman süresince devam etmesi suçun oluşumu için gereklidir³²¹.

³¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 583.

³¹⁷ Kaplan, s. 79., Demirbaş, Genel Hükümler, s. 414.

³¹⁸ TCK md.35: (1) Kişi işlemeyi kast ettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. (2) Suça teşebbüs halinde faili meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.

³¹⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s. 412.; Özbek vd., Genel Hükümler, s. 484.

³²⁰ Hakeri, Genel Hükümler, s. 414.

³²¹ Çakmut, s. 599.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sırf hareket suçudur. TCK'daki teşebbüse ilişkin kurallar çerçevesinde bu suça teşebbüs mümkündür. İcra hareketlerinin tamamlanamaması durumu dışında, şayet hürriyetten yoksun kılma, kesintisiz suçtan bahsedilmeye olanak verecek kadar sürmemişse de, yine teşebbüsten söz edilebilir. Bu suçta gönüllü vazgeçme hükümleri,³²² icra hareketlerinin tamamlanma aşamasına kadar uygulanabilir³²³.

Bazı yazarlar³²⁴, kesintisiz suçlara ilişkin değerlendirmeyi netice unsurunu göz önünde bulundurarak yaptığından ve teşebbüste netice meydana gelmediğinden yola çıkarak kesintisiz suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir³²⁵.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hareketten ayrı bir netice söz konusu değildir ve hareketin parçalara bölünebilmesi suretiyle bu suça teşebbüs mümkündür³²⁶. Nitekim Yargıtay da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsün mümkün olduğuna ilişkin kararlar vermektedir³²⁷.

³²² Gönüllü vazgeçme hukuki mahiyeti itibariyle, cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir; Bkz Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 413.

³²³ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 496.

³²⁴ Bkz: Tuğrul Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması (Mütemadi Suç), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008. s. 134–135.

³²⁵ Hafizoğulları/Özen de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kesintisiz bir suç olduğundan, suça teşebbüsün mümkün olmadığını ifade etmektedir. Hafizoğulları/Özen, “Hürriyet Karşı Suçlar”, s. 2725’den aktaran Özgüven, t., s. 74.

³²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 497.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 310.

³²⁷ “...saniğin, bir süre arkadaşlık yaptıktan sonra ayrılmasının ardından olay günü saniğin, katılanın evinin önüne giderek hakaret ve tehdit içeren sözler söyleyip kapısını tekmeleyerek ayrılmasını müteakip polise haber veren katılanın kapı önünde beklediği sırada ticari taksile yanına gelen saniğin, zorla taksiye bindirmeye çalıştığı katılanın direnmesi ve tanık C...’nin müdahalesinden dolayı eylemini tamamlayamadığı, katılan beyanları, tanık anlatımı, adli rapor ve tüm dosya içeriğinden anlaşıldığı halde, saniğin kasten yaralama ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna konu eylemlerinin bütün halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs olduğu gözetilerek TCK’nın 109/2, 35. maddeleri gereğince mahkûmiyeti yerine oluşturma uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi.” Y. 14. CD. 26.4.2017 T.2014/ 12396 E. 2017/2246 K. (UYAP).

“...saniğin, bir gün önce mağdurenin tezgâhtar olarak çalıştığı işyerine giderek üst katta bulunan takım elbiselere bakmak istediği, mağdurenin işyerinde yalnız olması nedeniyle üst kata çıkmayıp patronunu çağırabileceğini söylemesi üzerine, saniğin ayrıldığı, olay günü tekrar iş yerine gelen saniğin üst katta bulunan takım elbiselere bakmak istediğini söylemesine karşılık o an yalnız olan mağdurenin üst kata çıkmayıp patronunun geleceğini belirttiği, bunun üzerine saniğin bu kez alt kattaki pantolon ve gömleklere bakmaya başlayarak bazı modelleri çıkarıp göstermesini istediği, mağdurenin bir pantolonu almak üzere eğildiği sırada üzerinde ele geçirilen bıçağı sırtına dayayıp bağırması için eliyle ağzını kapatarak, konuşmaması için uyarıp üst kata doğru sürüklemeye başladığı, mağdurenin merdivenlerde iki basamağı çıktıktan sonra aniden dönüp dirseğiyle saniğin karnına vurup işyerinden kaçarak bağırması üzerine çevredeki şahısların saniği yakalayarak olay yerine gelen polis memurlarına teslim ettikleri sabit olduğundan, mevcut haliyle saniğin eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs kapsamında kaldığı gözetilerek 5237 sayılı TCK’nın 109/2, 109/3-a ve 35. maddeleri uyarınca

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun kendi iradesi doğrultusunda yer değiştirmesine engel olunması veya bulunduğu yeri terk etmeye zorlanması ile tamamlanır. Dolayısıyla suça teşebbüs ancak suçun bu surette tamamlanmasına değin gerçekleşebilecektir³²⁸. Fail, icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı takdirde suça teşebbüs gündeme gelebilecektir. Örneğin, fail, mağduru kaçırmak amacıyla sırtına alıp uzaklaşacağı sırada, mağduru, bağırması nedeniyle, bırakıp olay yerinden ayrıldığında suça teşebbüs kabul edilebilecektir. Yine, mağdurun üzerine kapıyı kitlerken birilerinin gelmesi üzerine fiilini tamamlayamaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Benzer olarak, uyumakta olan mağdurun üzerine kapının kilitlenmesi ancak mağdur henüz uyanmadan odaya gelen diğer bir kişi tarafınsan kapının açıldığı durumlarda icra hareketleri tamamlanmamıştır ve teşebbüs söz konusu değildir³²⁹.

B. İştirak

Suçların genellikle tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkündür. Tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden çok kişinin aralarında anlaşmaları ve suçun oluşumuna katkıda bulunarak işlenmesi halinde iştirak söz konusu olacak ve bu şekilde işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar adı verilecektir³³⁰.

TCK'da yer alan bazı suçlar ise, kanun hükmü gereğince veya nitelikleri icabı ancak birden fazla kişi tarafından işlenebilir. Suçun tipe uygun surette gerçekleşebilmesi için birden fazla kişinin bulunması şart olan suçlar 'zorunlu iştirak' hali olarak nitelendirilmekte, zorunlu iştirak halleri de "çok failli suçlar" ve "zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar" olarak ikiye ayrılmaktadır. İştirak faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır³³¹. İştirak kavramı, faillik ve şerikliği birlikte ifade etmektedir. Tipe

cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde tehdit suçundan hüküm kurulması,..."Y. 14.CD 12.2.2015 T. 2013/6354 E. 2015/ 1038 K. (UYAP).

"...olay günü sanığın bıçak zoruyla apartmanın bodrum katındaki kömürlüğe götürmek istediği mağdurenin direnmesi nedeniyle eylemini gerçekleştiremeyeceğini anlayarak kaçtığıın anlaşılması karşısında, mevcut haliyle kişiyi hürriyetinden yoksun kalma eylemi teşebbüs aşamasında kalmasına rağmen sanık hakkında tamamlanmış suç hükümlerine göre uygulama yapılarak fazla ceza tayini..." Y.14.CD. 7.6.2017 T.2014/8054 E.2017/3142 K. Ayrıca bkz. 14. CD. 18.5.2017 T.2014/6447 E.-2017/2687 K. (UYAP).

³²⁸ Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1204.

³²⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 418.

³³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 624.

³³¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 497.

uygun hareketiyle haksızlığı gerçekleştirene fail; netice açısından nedensel değer taşımakla birlikte, suç tipinde düzenlenmemiş olan hareketleri gerçekleştiren veya suçun işlenişine yaptıkları katkı tek başına tipe uygun olmayan kişiler şeriktir³³².

Ceza kanunumuzun sisteminde iştirak sadece birkaç suç bakımından³³³ cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak öngörülmüş genel ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmemiştir³³⁴.

İştirak, TCK'nın "ceza sorumluluğun esasları" başlığı altında 37 ila 41. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK md. 37'de "faillik", md. 38'de "azmettirme", md. 39'da "yardım etme", md. 40'ta "bağlılık kuralı" ve md. 41'de "iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme" düzenlenmiştir³³⁵.

TCK'nın 37.maddesinin ilk fıkrasında müşterek faillik, ikinci fıkrasında dolaylı faillik tarif edilmiştir³³⁶. Buna göre müşterek faillik, birden fazla kişinin, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icra hareketlerini gerçekleştirip, suçun kanuni tanımında yer alan ve haksızlık teşkil eden fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları halinde söz konusu olan iştirak şeklidir³³⁷. Başka bir ifadeyle, suçun icrasına bulunulan katkı, suçun başarıyla işlenmesi açısından zorunluluk arz ediyorsa, bu suç ortağı müşterek faildir. Müşterek faillikten söz edebilmek için, her bir failin, fiilin birlikte gerçekleştirilmesi için katkı sağlaması ve faillerin hepsinde birlikte suç işleme kararının mevcut olması gerekir³³⁸.

Müşterek faillikte işbölümü temel faktördür. Müşterek hâkimiyetin kurulup kurulmadığı, suç ortaklarının üstlendiği roller ve suçun işlenmesine sağladıkları katkılar göz önünde bulundurularak belirlenir. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair

³³² İzzet Özgenç, Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul 1996,s.140

³³³ Bu suçlar TCK md; 102,103,106,109'dur.

Md.102/3-d: Cinsel saldırı suçunun silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi

Md.103/3-a: Çocukların cinsel istismarı suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi

Md.106/2-c: Tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi

Md.109/3-b: Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi

³³⁴Hakeri, Genel Hükümler, s. 509.

³³⁵ Kaplan, s. 90.

³³⁶ TCK md.37: (1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

³³⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 428.

³³⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 512-513.

kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişi üzerinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır. Müşterek failler, birlikte suç işleme kararı çerçevesinde, işbölümü esasına dayanan müşterek katkıları nedeniyle işlenen suç sebebiyle karşılıklı olarak sorumlu tutulmaktadır³³⁹.

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararı olması ve fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulması dolayısıyla, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Faillerin sorumlu olabilmesi için, TCK'nın md. 40'ta düzenlenen bağıllık kuralına³⁴⁰ gerek yoktur³⁴¹.

Yukarıda da belirtildiği gibi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, müşterek fail olarak sorumlu olur. Bununla birlikte, suçu oluşturan tipik fiili gerçekleştiren failin hareketiyle eş zamanlı olan ve tipik fiilin işlenmesi yönünden önem taşıyan hareketleri gerçekleştiren kimse de suçun işlenişi üzerinde önemli bir etkiye sahip olduğundan yani diğer şeriklerle birlikte suçun işlenişi üzerinde ortak hâkimiyet kurduğundan, fiili birlikte işleyen, müşterek faildir³⁴².

Bir suçun, bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlendiği hallerde dolaylı faillik söz konusudur. Suç tipini bu şekilde gerçekleştirenler, bir başkasını buna sevk ettiği, suç tipi bakımından zorunlu olan hareketler onun planı çerçevesinde icra edildiği için sorumludurlar. Dolaylı faillikte arkadaki kişi aracının iradesi üzerinde hâkim bir pozisyona sahiptir. Bu kişi, aracı olarak kullanılan kişinin iradesine hâkim olarak bir suçun işleniş sürecini elinde tutmaktadır. Dolaylı fail, aracı üzerindeki hâkimiyetini, bu kişideki bildiği bir noksandan faydalanarak kurmaktadır. Dolaylı faillikte aracı durumundaki kişiye bir suç işleme kararı verdirilmemekte (azmettirilmemekte), o sadece suçu işlemeye sevk edilmektedir. Bu kapsamda; bir kişinin suç işlemeye sevk edildiği somut bir olayda, dolaylı failliğin mi, yoksa azmettirmenin mi bulunduğu tespitinde “fiil hâkimiyeti” prensibinden hareket edilecektir. Arkadaki kişi, fiilin icrası

³³⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 441; Özbek vd., Genel Hükümler, s. 490

³⁴⁰ TCK md.40: (1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

³⁴¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 440; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 793.

³⁴² Toroslu, Ceza Özel, s. 225.

safhasında üstün bir konumdaysa, yani vakıaları başından sonuna kadar kontrolünde bulundurmaktaysa dolaylı faildir. Azmettirmede ise, serbest iradesiyle hareket eden bir şahsın çözülmesi söz konusudur. Azmettiren kişi, suç işleme doğrultusundaki iradesini bir başkasına intikal ettirmektedir. Ancak, azmettiren azmettirdiği suçun işlenişi safhasında olayların seyrine hâkim olamamakta, suçun işlenişi bakımından azmettirilene tabi olmaktadır³⁴³.

Bu bilgiler ışığında; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun nitelikli hallerinden olup; cezanın arttırılmasına yol açacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda dolaylı faillik mümkündür. Örneğin, bir yere gitme özgürlüğünü engellemek istediği kimseyi asılsız ihbar ile polise yakalatan kişi, bu kimseye yönelik olarak diğer suçların yanı sıra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da işlemiş sayılacaktır. İftirada bulunarak veya yalan tanıklık yaparak kişinin hürriyetinden mahrum kılınması durumunda ya da akıl hastası bir kişinin azmettirilerek başkasını kaçırmasının sağlanması hallerinde de dolaylı faillikten sorumluluk söz konusudur³⁴⁴. Ancak kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, kanunun 37/2. maddesi gereği üçte birden yarısına kadar arttırılacaktır³⁴⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna azmettiren veya yardım eden sıfatıyla katılmak da mümkündür³⁴⁶.

Suç tipinin kesintisiz suç olması, suça iştirak bakımından burada da önem arz etmektedir. Zira suç tipinin tamamlanma ve sona erme anları farklı olduğu için, mağdurun hürriyetinden mahrumiyeti devam ettiği sürece, suça başlangıçta iştirak edilmese dahi, sona erme anına kadar azmettirme dışındaki diğer iştirak şekilleri ile fiile iştirak etmek mümkündür. Bu kapsamda, kesintisiz bir suç olan kişiyi hürriyetinden

³⁴³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 435.

³⁴⁴ Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1206.

³⁴⁵ Başar, s. 90-91

³⁴⁶ “...Sanık H...’nın diğer sanık M...ın eylemine 5237 sayılı TCK’nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla iştirak ettiğinin kabul edilmesine ve bu şekilde hüküm kurulmasına karşın, sanıklar haklarındaki hüküm fıkralarında TCK’nın 37/1. maddesi delaletiyle cezalandırılmalarına karar verilmesi suretiyle çelişki yaratılması, ayrıca TCK’nın 109/3.b. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinin kabulü için madde gerekçesinde de belirtildiği şekilde suçun icrai hareketlerinin birden fazla şahıs tarafından beraber gerçekleştirilmesinin, yani TCK’nın 37. maddesi anlamında müşterek faillik durumunun gerektiği, suçun icrai hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden konumunda olmaları halinde ise bu fıkra hükmüne göre ceza verilemeyeceği gözetilmeden sanıklar haklarında koşulları oluşmadığı halde TCK’nın 109/3.b maddesinin uygulanması...” Y.14. CD 28.11.2016 T. 2016/9637 – 8103 E.K. (UYAP).

yoksun kılmaya, yardım eden sıfatıyla, suçun icrasına başlanmadan önce veya suçun icrasının devam ettiği sırada iştirak edilebildiği halde, azmettirme ise, ancak suçun icrasına başlamadan önce mümkün olabilir. Örneğin, failin bir süredir alıkoyduğu kimseye göz kulak olmak için ona yardım eden arkadaşı veya kaçırmış olduğu mağduru saklayacak yer konusunda arkadaşından yardım isteyen failin bu talebine olumlu yanıt vererek yer konusunda yardımcı olan kişi, suç tamamlanmış olduğu halde, mağdur henüz özgürlüğüne kavuşamadığı için sona ermediğinden, kanunun 39. maddesi kapsamında yardım eden³⁴⁷ olarak suça iştirak etmiş sayılacaktır³⁴⁸.

Yargıtay da uygulamada; mağdurun kaçmasını engellemeye çalışacak şekilde hareket eden³⁴⁹, mağdurun kaçırılması sırasında aracı kullanan³⁵⁰, mağdurun kaçırıldığı aracı kullanıp götürüldüğü yerde bekletildiği yerin önünde bekleyen³⁵¹, aracıyla mağduru nakleden³⁵², diğer failin eylemine destek amacıyla mağduru tutup suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kuran³⁵³, failin bu eylemleri nedeniyle suçu birlikte işleyen olarak kabulü gerektiği ifade edilmektedir.

³⁴⁷ "... kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu hile kullanmak suretiyle işleyen sanık M... ile bu sanığa yer temin ederek eyleme yardım eden sıfatıyla iştirak eden diğer sanık H... hakkında 5237 sayılı TCK'nın 109/2. maddesi yerine aynı Kanunun 109/1. maddesinin uygulanması suretiyle cezaların eksik tayini," Y.14.CD 28.11.2016 T. 2016/9637 – 8103 E.K. (UYAP).

³⁴⁸ Başar, s. 147.

³⁴⁹ "... Sanıklar U... ve E... in, diğer sanıklar tarafından zorla yaylaya getirilen mağdurun kaçmasını engeller şekilde etrafı tutup aydınlatmayı sağladıklarının tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında suç işlenmesindeki rolleri, sağladıkları katkının önemi, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmaları ve suç işleme kararındaki birlik nazara alındığında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun müşterek failleri oldukları gözetilmeden yazılı şekilde 5237 sayılı TCK.nun 39/1. maddesi ile cezalarından indirim yapılması..." Y. 5.CD 18.05.2010 T. 2006/5527 E...-2010/3728 K. (UYAP).

³⁵⁰ "...Sanık R.'in aracı kullanarak mağdurenin kaçırılması eylemine müşterek fail olarak katıldığı gözetilmeden cezasından 5237 sayılı Yasanın 39. maddesi ile indirim yapılması ise karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır..." Y.5.CD 01.02.2010 T.2006/204 E.2010/K. (UYAP).

³⁵¹ "...İşyerinden hırsızlık yaptığı iddiasıyla olay günü bulunduğu bakkal dükkanından hile ile çıkarılarak köyde bir eve götürülüp, burada yaklaşık bir saat zorla tutulan müştekinin, bulunduğu yerden hile ile alınması sırasında sanık Y... ile birlikte hareket eden, arabayı kullanan ve müştekinin zorla tutulduğu süre içerisinde evin önünde bekleyerek sanık Y...'la birlikte atılı suçu işlediği anlaşılan sanık M.. hakkında TCK.nun 37. maddesi uyarınca suçu birlikte işleyen sıfatıyla hüküm kurulması gerekirken, yazılı biçimde TCK.nun 39. Maddesi uyarınca yardım eden kabul edilerek noksan ceza tayini..." Y.5. CD 03.03.2010 T. 2008/142 E.2010/3166 K. . (UYAP).

³⁵² "...Mağdure ile öteki sanıkların yiyecek ve sair ihtiyaçlarını karşılamasının yanında onları aracı ile Akçakoyun beldesi yakınlarındaki ormanlık alana naklettiği oluşa uygun olarak kabul edilen sanık E...'in müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden suça yardım eden olarak kabul edilerek cezasından 39. maddeyle indirim yapılması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..." Y.5.CD 28.09.2009 T. 2009/9083-2009/10494 E. K. (UYAP).

³⁵³ "...Mağdurenin aşamalarındaki anlatımlarına göre; sanıkların zorla kaçırmalarından sonra eyleme sanık H..'ın katılıp H...'in ayrıldığı ve bu aşamadan sonra sanıkların cebir ve tehdit kullanmak suretiyle *Karaburç köyünde tanık M... evine götürdüklerinin anlaşılması karşısında, fiili birlikte gerçekleştirerek suçun işleniş üzerinde ortak hakimiyet kuran sanık H...'in müşterek fail olarak sorumlu tutulması yerine yardım eden konumunda sayılarak cezasından 39. maddeyle indirim yapılması...*" Y.5.CD 01.06.2009 T.2009/3381-2009/6645 E.K. (UYAP).

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerine katılmayan ancak diğer failin yanında duran³⁵⁴ failin eyleminin ise TCK'nın 39. maddesi kapsamında yardım olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

C. İçtima

1. Genel Olarak

İçtima, TCK'da; md. 42 ile md. 44 arasında düzenlenmiştir. TCK'nın 42'nci maddesinde “bileşik suç”, 43. maddesi “zincirleme suç”, 44'. Maddesinde ise “fikri içtima” yer almaktadır.

Ceza kanunumuz gerçek içtima kuralını benimsemiştir. Gerçek içtima, “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” prensibi ile ifade edilir³⁵⁵. Birden fazla eylemle, birden fazla hukuki yararın ihlal edilerek, birden fazla suç oluşması halinde söz konusu olur. Gerçek içtima, birden fazla suç işleyen faile verilecek cezaların toplanmasını ifade etmektedir. Ancak TCK'ya göre, cezalar toplanmayarak ve her biri bağımsızlıklarını koruyarak, sonuçlarını infaz alanında gösterecektir. Suçların içtimayı ise istisna oluşturmaktadır. Tek bir eylemle, birden fazla hukuki yararın ihlal edilerek ya da farklı eylemlere aynı hukuki yararın ihlal edilerek suç işlenmesi halinde, suçların içtimayı söz konusu olmaktadır. Suçların içtima ettiği hallerde, failin sorumluluğu belirlenirken, içtima edilen suçlara ilişkin cezalar ayrı ayrı toplanmamakta, tam aksine, bu suçlardan birinin cezası esas alınmak suretiyle verilecek cezanın tespitine ilişkin prensipler ortaya konulmaktadır³⁵⁶.

TCK'da gerçek içtima kuralının ayrıca belirtildiği çeşitli hükümler yer almaktadır. Cebrin bir suçun temel veya nitelikli unsurunu oluşturduğu hallerde ilgili suçun unsurunu oluşturan cebrin ağırlığına ilişkin bir açıklama getirmek gerekir. TCK'nın benimsediği sisteme göre, cebrin suçun unsuru olarak kabul edildiği suçlarda suçun işlenişi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri

³⁵⁴“...Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerine katılmayan sanıklar H..ve E..’un yanında bulunmak suretiyle suça yardım eden konumunda bulunan sanık E..’a verilen cezadan TCK'nın 39. maddesi uyarınca indirim yapılmaması ve bunun sonucu olarak tayin olunan cezaya 109/3-b maddesinin tatbik edilemeyeceğinin nazara alınmaması...”, Y.5.CD'nin 25.11.2009 T. 2009/2414 E.2009/13228K. (UYAP).

³⁵⁵Hakeri, Genel Hükümler, s. 518.

³⁵⁶ Özbek vd., Genel Hükümler, s. 513.

gerçekleştiğinden, hem ilgili suçtan hem de kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden dolayı cezaya hükmolunacaktır³⁵⁷.

Suçun cinsel bir amaçla islendiği hallerde, kanun koyucunun nitelikli hal olarak göz önünde bulundurduğu husus, failin sırf bu amaçla fiili gerçekleştirmesidir. Fail, hürriyetinden yoksun bıraktığı kişiye karşı cinsel saldırı, cinsel istismar veya cinsel taciz suçlarından birini gerçekleştirmişse, ayrıca bu fiillerden de sorumlu tutulacaktır.

TCK md. 119’da belirtilen “Eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçlarının” işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmolunacaktır³⁵⁸.

Yağma suçunun ve görevi yaptırmamak için direnme suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmolunacaktır³⁵⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, bir başka suçun unsurunu veya nitelikli halini oluşturmadığı takdirde bağımsız bir suç tipidir ve bu durumda başka bir suçla birlikte işlenmesi halinde kural olarak gerçek içtimain uygulanması gerekmektedir. Örneğin, hırsızlık yapmak için başkasının evine giren kişinin, kolaylıkla bir şeyler çalabilmek için uyumakta olan ev sahibinin üzerine kapıyı kilitlemesi örneğinde durum böyledir³⁶⁰. Benzer şekilde, TCK md. 267. ve 272 gereğince, iftirada veya yalan tanıklıkta bulunan fiile ilişkin beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişi; iftira ve yalan tanıklık suçu dışında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre, dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Bu itibarla, iftira ve yalan tanıklık suçları ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima uygulanacaktır³⁶¹.

³⁵⁷ Özbek vd., Genel Hükümler, s. 511.

³⁵⁸ Tezcan 563

³⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 564.

³⁶⁰ Gülşen, s. 130.

³⁶¹ Özgüven, s.105.

Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunu düzenleyen TCK md. 223'de; cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir hareketle ulaşım aracının hareket etmesini engelleyen veya gitmekte olduğu yerden başka yere götürme fiili hükme bağlanmıştır. Maddenin dördüncü fıkrasında, suçun işlenmesi sırasında gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılınma fiilleri dolayısıyla ayrıca cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla, ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima hükümleri geçerli olacaktır. Ancak bu durumda tek bir hareketle birden çok kişinin hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olabileceğinden, zincirleme suç kuralının uygulanması gündeme gelecektir^{362,363}.

TCK'da suçların içtimaı olarak bileşik suç, zincirleme suç, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima karşımıza çıkmaktadır. Bu sayılanlar TCK'nın genel hükümlerde düzenlediği suçlardır. Bunlar dışında, 'belgede sahtecilik suçları' na ilişkin olarak md. 212'de³⁶⁴ özel hükümlerde düzenlenen özel içtima kuralları da yer almaktadır³⁶⁵.

2. Bileşik Suç

Bileşik suç TCK md. 42'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bileşik suçtan bahsedebilmek için, yasada açıkça, bir suçun bir başka suçun unsuru ya da ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Eğer bu husus kanunda açıkça belirtilmemiş ise, gerçek içtima hükümleri uygulanarak, her bir fiil için ayrı ayrı cezalandırılma yapılacaktır³⁶⁶.

Bileşik suç iki ayrı suçtan oluşur. Ancak, bileşik suçta, bir norm, diğer bir normu bünyesine almakta ve onun varlığını kaybetmesine neden olmaktadır³⁶⁷. Kanunda bağımsız bir suç olarak düzenlenen bir fiilin, bağımsız olarak tanımlanan bir başka suçun unsurunu ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şeklini oluşturması halinde,

³⁶² Özgüven, s. 103.

³⁶³ Özgüven'in burada gündeme gelebileceğini belirttiği zincirleme suç esasen "aynı neviden fikri içtima" dır. Bkz: Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 500 (ikinci paragraf).

³⁶⁴ TCK md. 212: Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.

³⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.818.

³⁶⁶ Özgüven, Genel Hükümler, s. 491.

³⁶⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 487.

artık, bir başka suçun unsurunu oluşturan ya da cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haline sebebiyet veren fiilden dolayı ayrıca cezalandırma yapılmayacaktır³⁶⁸.

Bileşik suçun söz konusu olduğu hallerde tek bir suç işlenmiş olur. Maddede bu husus “tek fiil sayılan suç” şeklinde ifade edilmiştir. Bileşik suç, kendini oluşturan suçlara bölünemez. Bileşik suçun işlendiği yer ve zaman yönünden bileşik suçta belirlenen netice dikkate alınır. Zamanaşımı da bileşik suçta belirtilen neticenin gerçekleştiği andan itibaren başlar. Bileşik suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebi olan suçun tamamlanması, ancak asıl suçun teşebbüs durumunda kalması halinde, faile teşebbüs hükümlerine göre ceza verilecektir. Bileşik suç oluşturulan suçlardan birisinin kovuşturmasının şikâyete bağlı olması, bileşik suç bakımından da aynı sonucu doğurmaz³⁶⁹.

TCK’da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin fiili işlemek için veya işlediği sırada fail; cebir, tehdit veya hile kullanırsa, suçun cezası ağırlaştırılmaktadır. Bu itibarla, cebir ve tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı sebebinin oluşturduğundan, bileşik suç hükümleri gereğince, sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilecek³⁷⁰; cebir ve tehdit suçuna ilişkin ceza uygulanmayacaktır³⁷¹.

TCK md. 109/6 ve son fıkrasında getirilen düzenlemede; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Suçu işleyebilmek için veya işlediği sırada cebir kullanmak, md. 109/2 uyarınca cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve suçun unsuru haline getirilmiştir. Bu sebeple, cebir kullanılarak özgürlüğün kısıtlanması halinde, bileşik suç kuralları çerçevesinde failin yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı cezalandırılması gerekecek, TCK’nın 108. maddesindeki cebir suçundan ise faile ayrıca ceza verilmeyecektir³⁷². Gerçekten de failin, diğer bir kimsenin bir yere gitmek veya bir

³⁶⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 491.

³⁶⁹ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 489.

³⁷⁰ “...Sanıkların, hürriyetini kısıtladıkları sırada müşteki N.’e söyledikleri tehdit içerikli sözlerin TCK’nın 109. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tehdit unsurunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde ayrıca tehdit suçundan da mahkûmiyetlerine karar verilmesi...” Y. 14. CD. 01.06.2017 T. 2014/8383 E. 2017/ 3024 K. (UYAP).

³⁷¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 267.

³⁷² Özbek vd., Özel Hükümler, s. 440; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 360, 361.

yerde kalmak özgürlüğüne cebir kullanarak engel olması, kanunun 108. maddesi anlamında bir şey yapmaya veya yapmamaya ya da kendisinin yapmasına izin vermeye zorlama teşkil etmektedir. Ancak, cebir TCK'nın 109/2. maddesinde suçu nitelikli hale getiren unsur olarak düzenlendiği için bileşik suç söz konusudur ve bu gibi hallerde TCK'nın 42. maddesi hükmü gereğince fail yalnızca md. 109/2'den sorumlu tutulacaktır. Yasa koyucu bu düzenlemeyle birlikte, TCK md. 44'te getirilen fikri içtima kuralını, fiilin vehamet derecesini dikkate alarak bertaraf etmiştir³⁷³. Fakat TCK md. 109/2'de bahsi geçen cebri, kasten yaralama suçunun temel ve nitelikli şeklini kapsar biçimde anlamak gerekir. Zira yasa koyucu, md. 109/6'da doğrudan kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekliinden failin ayrıca sorumlu tutulacağını öngörmek suretiyle, kasten yaralamanın temel veya nitelikli şekillerinin 109/2. madde kapsamında kaldığını kabul etmiştir. Şayet uygulanan cebir, TCK md. 87'deki ağır neticelere yol açmışsa, failin, kanunun 109. maddesinin yanında ayrı olarak kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulması gerekecektir. Ancak failin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutulabilmesi için, TCK md. 23 gereği, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması aranacaktır. Failin, mağdurun hürriyetini sınırlayarak onu bir şey yapmaya, yapmamaya veya kendisinin yapmasına katlanmaya zorlaması olasılığındaysa, tek suç işleme kastının bulunması, tek bir hareketin ve bu hareket sonucunda ayrı ayrı suç tiplerinin ihlal edilmesi şartıyla fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır³⁷⁴. Yağma suçunu işlemek için kişinin hürriyetinden yoksun kılınması durumunda da fail hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de duruma göre yağma suçundan cezalandırılır³⁷⁵.

3. Zincirleme Suç

Zincirleme suç, TCK md. 43'te düzenlenmiştir. Zincirleme suç, bir suç işleme kararı çerçevesinde, aynı suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda birden fazla kez işlenmesidir. Zincirleme suçun söz konusu olması için, birden çok fiilin bulunması, fiillerin her birinin aynı suçu oluşturması ve aynı suçun birden çok defa aynı kişiye

³⁷³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, TCK Şerhi, C. III, s. 2839.

³⁷⁴ Başar, s. 160, Tezcan s. 498.

³⁷⁵ Gökçen, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 11-12; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 499.

karşı işlenmesi ve birden çok suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi gerekir³⁷⁶.

TCK md. 43/1'in açıklığı gereği, mağdurların farklı kişiler olması, zincirleme suçun oluşumuna engeldir. Buna göre, özgürlüğünden yoksun kılınan kişi sayısınca suç oluşacaktır. Bunun istisnası, TCK md. 43/2 hükmü gereği “suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi” durumudur. Örneğin, sözlüsünün evden çıkmasını önlemek isteyen sevgilinin, içeride arkadaşları da olduğu halde kapıları üzerlerine kilitlemesi, durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir³⁷⁷.

Zincirleme suç bakımından aranan ilk şart, birden çok fiilin bulunmasıdır. Her bir fiilin suç oluşturması gerekir. Her bir fiilin ayrı suç oluşturduğu hallerde, faile artık her bir suçtan ayrı ayrı ceza verilmeyip, tek bir ceza verilecek ve bu ceza TCK'nın 43.maddesine göre artırılacaktır. Birden çok fiilin bulunması, hukuki olarak çok sayıda fiilin varlığı şeklinde anlaşılır. Hukuki anlamda tek fiilin söz konusu olduğu durumlarda zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Buna göre aynı suçu oluşturan hareketlerin ardı ardına tekrarlanması halinde, her bir fiil bağımsız olarak suç meydana getirmedikinden zincirleme suç oluşmayacaktır³⁷⁸.

Zincirleme suçta aranan ikinci şart, fiillerin her birinin aynı suçu oluşturmasıdır. Aynı suç, TCK md. 43/1'de “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca birden fazla fiil, aynı suçu oluşturmakla birlikte, farklı zamanlarda işlenmelidir. Farklı zaman, bir suçun tüm unsurlarıyla gerçekleşmesinden sonra diğer suçun işlenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bu zaman aralığı kısa ya da uzun olabilir. Arada geçen zamanın uzun olması, aynı suç işleme kararının bulunmadığı yönünde bir karine oluşturabilir³⁷⁹. TCK md. 43/1'de fiilin “değişik zamanlarda” işlenmesi şartının aranmasının sebebi, aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen ve aynı neviden fikri içtima olarak ifade edilen ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını öngören hükümdür³⁸⁰.

³⁷⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 441.; Özbek vd., Özel Hükümler, s. 514.; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 489.

³⁷⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 498.

³⁷⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 443.

³⁷⁹ Koca/Üzülmez, s. 444.

³⁸⁰ Özbek, İzmir Şerhi, s. 713.

Zincirleme suç bakımından olması gereken diğer bir şart, aynı suçun birden çok defa aynı kişiye karşı işlenmesidir³⁸¹. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Suçun mağdurunun belli bir kişi olmayıp, toplumu oluşturan herkesin olması halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, çevrenin kasten kirletilmesi, imar kirliliğine neden olma, parada sahtecilik gibi suçlarda belli bir kişi suçun mağduru olmayıp, mağdur herkeştir. Dolayısıyla müteselsilsen işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır³⁸².

Zincirleme suçun söz konusu olması için aranan son şart ise, birden çok suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesidir³⁸³. Buradaki karar, kasttan faklı olup, kastı da içine alan ve kasttan önce gelen bir kavramdır³⁸⁴. Bu şart, zincirleme suçun sübjektif unsurunu oluşturmaktadır. Bu unsur, fiilden önce kurulan bir plana bağlı olarak gerçekleşebileceği gibi, fiillerin devamına sonradan karar verilmesi hallerinde de gerçekleşebilir. Sübjektif unsur, işlenen birden çok suç arasındaki manevi bağı ifade etmektedir. Aynı suç işleme kararının belirlenmesinde, suçların işleniş şekillerindeki benzerlikler, suçların işlenme zamanı ve işlenme yerleri gibi ölçütlere bakılır. Bu ölçütleri hâkim takdir edecektir³⁸⁵.

Zincirleme suçun varlığı halinde, tek bir suç işlenmiş kabul edilecek ve TCK md. 43'e göre, faile verilecek ceza 1/4'ten 3/4'e kadar artırılabilecektir³⁸⁶. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri

³⁸¹ “...sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda mağdure E..’ya karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu birden fazla işlediği sabit olduğu halde, gerekçe ile çelişkili şekilde hakkında 5237 sayılı TCK’nın zincirleme suçu düzenleyen 43. maddesinin uygulanmaması ve sanığın mağdure G...’ye yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu önce hile daha sonra şantajla gerçekleştirdiği halde 109/2. maddesi yerine suç vasfında yanılıya düşülerek 109/1. maddesi ile ceza belirlenmesi suretiyle eksik ceza tayini...” Y.14.CD 14.6.2016 T. 2016/1632-6124 E.K. (UYAP).

³⁸² Özgenç, Genel Hükümler, s. 501.

³⁸³ “...Sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla işlemesine rağmen hakkında zincirleme suça ilişkin TCK’nın 43/1. maddesinin uygulanmaması...” Y. 14.CD 31.1.2017 T. 2016/10542 E.2017/379 K. (UYAP).

³⁸⁴ Özbek vd., Özel Hükümler, s. 519.

³⁸⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 447.

³⁸⁶ “... Dosya kapsamına göre, 05.12.2005 tarihli eylem ile kesinleşen hükme konu 08.02.2006 tarihli eylemin zincirleme şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle zincirleme suç kapsamında yer alan her bir eylemin birbirinden bağımsız olarak cezalandırılmasının mümkün olmayacağı dikkate alınıp mahkemece, Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesinin sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı temel cezayı alt sınırdan belirlemek suretiyle yaptığı uygulama esas alınarak TCK’nın 109/2, 109/3-a, b, 109/5, 43/1, 62/1. maddelerinin tatbiki suretiyle belirlenecek hapis cezasından adı geçen Ağır Ceza Mahkemesinin atılı suçtan hükmettiği sonuç cezanın mahsup edilmesi sonrası kalan ceza miktarı ile sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde fazla ceza tayini...” Y. 14.CD 15.12.2015 T. 2015/1925- 11744 E.K. (UYAP).

uygulanmayacaktır. Bu durumda her bir suç bağımsızlığını koruyacak ve fail her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır³⁸⁷.

TCK 43/3'te zincirleme suçun uygulanmayacağı suç tipleri arasında sayılmadığından, zincirleme suça ilişkin hüküm, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda işlerlik kazanacaktır. Buna göre, ancak tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı hürriyetten yoksun kılma suçunun gerçekleştirilmesi halinde tek suç var kabul edilecek ancak ceza arttırılacaktır. Söz konusu istisna dışında ise, mağdur sayısı kadar suç oluşacaktır³⁸⁸. Örneğin kapının kilitlenmesi biçimindeki tek bir hareket sonucu odadaki üç kişinin hürriyetinden yoksun kılınması halinde, zincirleme suç hükmü gereğince tek bir cezaya hükmedilecek ve ceza arttırılacaktır. Ancak iki kişinin buldukları yerden kaçırılması örneğinde olduğu gibi, birden fazla hareket söz konusu olduğunda, mağdur sayısı kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu meydana gelmiş olacaktır. Bunun dışında, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kez işlenmesi halinde faile, tek ceza verilecek ancak ceza arttırılacaktır³⁸⁹.

4. Aynı Neviden Fikri İçtima

TCK md. 43/2'ye göre “Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra³⁹⁰ hükmü uygulanır”. Kanunda bu düzenleme ile yeni bir zincirleme suç hali yaratılmış gibi görünse de öğretide bu kurum “aynı neviden fikri içtima” olarak adlandırılmaktadır.³⁹¹ Bu hükmün uygulama koşulları ise: Aynı suçun tek bir fiille işlenmesi, aynı suç işleme kararı ve birden fazla mağdurun bulunmasıdır. Buradaki tek fiil, hukuki anlamda hareket olarak anlaşılmalıdır. Aynı neviden fikri içtimanın farklı neviden fikri içtima ile kesişme noktası fiilin tekliliğidir³⁹².

³⁸⁷ Özbek, İzmir Şerhi, s. 717.

³⁸⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 360.

³⁸⁹ Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1187.

³⁹⁰ TCK md.43/1: Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

³⁹¹ Özbek vd., Genel Hükümler, s. 594.; İzzet Özgenç, TCK Gazi Şerhi, Ankara Kasım 2005, s. 271.

³⁹² Özbek vd., s. 596.

Yukarıda da değinildiği gibi, ceza kanunumuzun sisteminde gerçekleşen suç sayısı belirlenirken netice değil fiil esas alınmıştır. Ancak bir fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş olabilir. Bu durumda aynı neviden fikri içtima söz konusu olur. Aynı neviden fikri içtimaya örnek olarak aynı sözle birden fazla kişiye hakaret edilmesi³⁹³ ya da birden fazla kişinin tehdit edilmesi³⁹⁴ ya da cinsel tacizde bulunulması³⁹⁵ verilebilir. Yine hırsızlığa konu çanta içinden iki ayrı kişiye ait cep telefonu çıkmış olması durumunda da aynı neviden fikri içtimadan söz edilebilir.

Bir fiille birden fazla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma da bu içtima şekline örnek, oluşturur³⁹⁶. Aynı neviden fikri içtima halinde zincirleme suç hükmü uygulanacağından ceza yasada öngörülen oranda arttırılır³⁹⁷.

Aynı neviden fikri içtima halinde bir suç vardır ve fail hakkında bir cezaya hükmolunur, fakat bu ceza arttırılır³⁹⁸. Aynı neviden fikri içtima dolayısıyla cezada yapılacak olan arttırma oranı ile ilgili olarak zincirleme suç hükmüne atıfta bulunulmuştur. Zincirleme suç ile aynı neviden fikri içtima arasındaki tek müştereklik cezada yapılabilecek arttırma ilişkin oranların aynı olmasından ibarettir³⁹⁹.

³⁹³ TCK md.125

³⁹⁴ TCK md.106

³⁹⁵ TCK md.105

³⁹⁶ Aynı neviden fikri içtima ve zincirleme suç ayrımını vurgulayan örnekler ile ilgili bkz Özgenç, Genel Hükümler, s. 596.

“ * Bir bankadaki farklı kişilere ait hesaplardan para çekmek suretiyle işlenen hırsızlık suçunda, hesap sahibi kişi sayısınca hırsızlık suçunun oluştuğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda hırsızlık suçunu mağduru, bankanın ortağı ve müşterek maliki konumundaki gerçek kişilerdir. Şayet birden fazla hesaptan aynı anda para çekilmişse, olayda bir/tek hırsızlık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bankadaki çeşitli hesaplardan farklı zamanlarda para çekilmek suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, birden fazla hırsızlık suçunun oluştuğunu ve fakat aralarındaki psikik bağ dolayısıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmek gerekir.

* Aynı şekilde eşya, üzerindeki hâkimiyet bir başkasına tevdi edilmeden, mülkiyet veya zilyetlik olmaksızın, korumasız bir şekilde, hırsızlığa karşı bir tedbir almadan bir yerde bırakılmış olabilir. Örneğin yaygın uygulama olarak camilerde ibadet sırasında kişiler ayakkabılarını herhangi bir koruma olmadan ayakkabılığa bırakırlar. Bu durumda olan eşya çalındığı takdirde bunların mülkiyeti farklı kişilere ait olsa bile, kanaatimizce bir/tek hırsızlık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bir başka ifadeyle bu gibi durumlarda çalınan eşyanın mülkiyetinin farklı kişilere ait olduğu göz önünde bulundurularak, eşyası çalınan kişi sayısınca hırsızlık suçunun işlendiği sonucuna varılmamalıdır.”

³⁹⁷ Özbek vd., Genel Hükümler, s. 597.

³⁹⁸ “...Saniğin, her iki mağduru konuşmak için ofisine davet ettikten sonra kapıları kilitleyip, M.. 'e tabanca doğrultmak suretiyle atılı suçu işlediği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mağdurları alıkoyma eyleminin tek fiille birden fazla mağdura yönelik işlenmesi nedeniyle zincirleme şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilerek, TCK'nın 109/2, 3-a, 3-c, 110, 43/2. maddeleri uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mağdur sayısınca hüküm kurulması...” Y. 14. CD. 12.06.2017 T. 2014/ 8218 E. 2017/3208 K. (UYAP).

³⁹⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 598.

TCK md. 43/3⁴⁰⁰'te, aynı neviden fikri içtima açısından da geçerli olan bir istisna hükme yer verilmiştir. Buna göre, bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmiş olan kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarında ölen veya yaralanan kişi sayısının ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır. Keza, bir tehdit ile birden fazla kişi korkutulmak suretiyle haksız kazanç elde edilmesi durumunda da, mağdur sayısının yağma suçunun olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle; bir fiille birden fazla kişiye karşı kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkence suçunu işlenmesi halinde kişi gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır⁴⁰¹.

Bununla birlikte kanun koyucu bazı suçlar bağlamında özel olarak aynı neviden fikri içtima hükmüne yer vermiştir. Örneğin, belirsiz sayıda kişilerin sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette radyasyona tabi tutulması halinde; radyasyon yayma suçunun⁴⁰² temel şekline nazaran daha ağır ceza öngörülmüştür⁴⁰³. Keza benzeri bir durum taksirle ölüme sebebiyet suçuna ilişkin TCK md. 85/2'de de mevcuttur. Kaçmaya imkân sağlama suçunda da, kaçması sağlanan gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlü kişi sayısının birden fazla olması halinde de bir cezaya hükmedilmekte ancak verilecek ceza arttırılmaktadır. Fakat bu son örnekte kaçması sağlanan kişiler suçun mağduru değil konusunu oluşturduklarından burada aynı neviden fikri içtima söz konusu değildir⁴⁰⁴.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bir kişinin aynı suç işleme kararının icrası düşüncesiyle, tek bir fiille birden fazla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması, aynı neviden fikri içtima olarak değerlendirilir. Örneğin, bir odada bulunan beş kişinin hareket serbestisini, odanın kapısını üzerlerine kilitlemek suretiyle ortadan kaldırma⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ TCK md.43/3: Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

⁴⁰¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 599.

⁴⁰² TCK 172: (1) Bir başkasını, sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette, radyasyona tabi tutan kişi, üç yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkradaki fiilin belirsiz sayıda kişilere karşı işlenmiş olması halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olacak biçimde radyasyon yayan veya atom çekirdeklerinin parçalanması sürecine etkide bulunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Radyasyon yayılmasına veya atom çekirdeklerinin parçalanması sürecine, bir laboratuvar veya tesisin işletilmesi sırasında gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak neden olan kişi, fiilin bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴⁰³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 600.

⁴⁰⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 714.

⁴⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 311.

Yine, ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması durumunda, vasıtaların içindeki kişilere karşı da ayrıca hürriyetten yoksun kılma fiili gerçekleşecektir. Bu noktada, TCK md. 223/4'ün açık hükmü gereği fikri içtima kurallarına başvurulmayacak ve TCK md. 109'dan ayrıca ceza verilecektir. Bu durumda, söz konusu araçlarda hemen her zaman birden fazla kişi bulunacağına göre TCK md. 43/2 uyarınca, TCK 109'da belirtilen ceza arttırılacaktır⁴⁰⁶.

5. Farklı Neviden Fikri İçtima

TCK md. 44'te, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, farklı neviden fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için aynı hareketle birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet vermek gerekir. Farklı suçlar ile farklı suç tipleri kastedilmektedir. Bu suç tipleri aynı kanunda düzenlenebileceği gibi farklı kanunlarda da yer alabilir. Diğer bir ifade ile fikri içtimanın uygulanması bakımından gerçekleşen suçların hangi kanunda olduğunun bir önemi yoktur⁴⁰⁷.

Farklı suç kavramı bir suçun temel ve nitelikli şekilleri dışındaki suçlar olarak anlaşılmalıdır. Fikri içtimanın uygulanabilmesi için hareketin tek olması gerekir. Doğal nitelikteki belirli bir iradeye bağlı olarak gerçekleştirilen hareket, icra devam ederken iradenin sapması sonucu doğal bağı içinde değerlendirilemeyecek bir netice meydana getirirse, bunların fikri içtima içinde birleştirilmeleri mümkün değildir⁴⁰⁸.

Farklı neviden fikri içtima halinde, bir fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla farklı suç işlenmektedir⁴⁰⁹. Bu suçların her birinden ayrı ayrı cezalandırılabilme imkânı varken, kanun koyucu faile bu suçlardan en ağırının cezasının verilmesi ilkesini

⁴⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 500.

⁴⁰⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 716.

⁴⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 720.

⁴⁰⁹ "... Olay tarihinde müştekilerin haciz işlemi için sanık T.'in işyerine gittikleri, daha sonra sanığın müşteki Ö.'ü arayarak başka bir adrese çağırıldığı, müştekilerin bu adrese gittikleri, tarafların burada konuştukları sırada sanığın diğer sanıklar D.. ile S.t'e kapıları kilitlemeleri yönünde talimat verdiği, sanık T.'in Ö.'e yumrukla vurduğu, daha sonra elindeki tabancayı müştekiye doğrulttuğu, müştekilerin bu şekilde 10 dakika kadar içeride kilitli tutulduğu anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların eylemlerinin TCK'nın 109. maddesinde tanımlanan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve 265. maddesinde yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçlarını oluşturduğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşmasına yol açması nedeniyle sanıkların TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralları gereğince bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören ve eylemlerine uyan TCK'nın 109/2, 3-a-b-c, 43/2. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hükümler kurulması..." Y. 14. CD.22.06.2016 T. 2016-8249 -6205 E.,K. (UYAP).

benimsemiştir. Buna göre farklı neviden içtimanın gündeme gelebilmesi için; failin tek olması ve bu fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla suçun işlenmesi gerekir⁴¹⁰.

Suçların farklı neviden içtimaı ile ilgili şu örnekler verilebilir. Evi yakılarak kişinin öldürülmesi halinde, hem genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu (md. 170), hem de kasten öldürme suçunun nitelikli hali (md. 82/1-c) işlenmektedir. Gözlüklü bir kişinin gözüne yumruk vurularak kasten yaralama suçu (md. 86) işlenirken aynı zamanda mala zarar verme suçu da işlenmektedir. Kişiyi işkence yapılırken aynı zamanda kasten yaralama, hakaret, tehdit gibi suçlar da işlenmektedir⁴¹¹.

Farklı neviden fikri içtima halinde işlenen suçlardan en ağırının cezasının faile verilmesi kabul edildiğinden, dava zamanaşımı da bu cezaya göre tespit edilecektir. Yine bu durumda suçun nerede ve ne zaman işlenmiş olduğu meselesi ağır cezayı gerektiren suç dikkate alınmak suretiyle tespit edilecektir⁴¹².

“Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, velayet hakkına sahip kimse tarafından çocuğun menfaatine aykırı nitelikte veya çocuğun kişiliği yok sayılarak esaret olarak nitelendirilebilecek biçimde hürriyetinden yoksun kılınması suretiyle işlenmesi halinde birden fazla suç işlenmiş olacaktır. Bu suçlar TCK md. 232’de düzenlenen idaresi altına bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu ile hürriyetten yoksun kılma suçudur. Burada da fikri içtima kuralı gereğince, hürriyetten yoksun kılma suçundan cezalandırılmaya gidilecektir”⁴¹³.

Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dâhil kan hısımlarının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması ve kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma fiilleri TCK md. 234’te suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu çocuk kaçırma ve alıkoyma suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki içtima ilişkisini değerlendirirken birbirinden farklı olasılıkları göz önünde bulundurmak

⁴¹⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 604.

⁴¹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 620.

⁴¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 721.

⁴¹³ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 349; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 725.

gerekmektedir⁴¹⁴. On iki yaşını doldurmuş on beş yaşını doldurmamış olmakla birlikte kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuğun ve on beş yaşını doldurmuş on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğun kaçırılması veya alıkonulması ve çocuğun rızasının varlığı halinde; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır. Diğer şartları da mevcutsa md. 234'teki suçun meydana geldiği söylenebilecektir. Kaçırılan veya alıkonulan çocuğun on iki yaşını doldurmuş, on beş yaşını doldurmamış olmakla birlikte kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olması yahut on iki yaşını doldurmamış olması halinde ise fikri içtima kuralı uygulanacaktır. Bu halde daha ağır cezayı gerektiren kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırmaya gidilecek; TCK'nın 234. maddesinden ayrıca ceza verilmeyecektir⁴¹⁵.

II. CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

Suçun tamamlanmasından sonra failin gönüllü olarak neticeyi telafi etmeye yönelik gerçekleştirdiği davranışlara etkin pişmanlık denir. Etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak da tanımlanabilir. Etkin pişmanlık genel hükümler arasında ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak düzenlenmemiş, TCK'nın özel hükümler kısmında bazı suç tipleri açısından⁴¹⁶ uygulama alanı bulmuştur. Dolayısıyla etkin pişmanlık hükümleri sadece düzenledikleri suçlar bakımından uygulanabilmektedir.

Etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için failin pişmanlık gösteren eylemleri bizzat gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, failin gerçekten pişman olması ya da merciine pişmanlığını dile getirmesi gerekmeyeceğinden hâkim tarafından failin fiilinden dolayı gerçekten pişmanlık duyup duymadığını araştırmasına gerek yoktur. Ancak, failin pişmanlığı etkin olmalıdır. Fail suçun tamamlanmasından sonra pişmanlık göstermelidir. Pişmanlık kanunda öngörülen zamanda gösterilmiş olmalıdır⁴¹⁷.

Etkin pişmanlığa sonuç bağlanan kimi suçlarda failin bu durumu cezai sorumluluğu tamamen bertaraf etmekte, kimi suçlarda ise sadece ceza sorumluluğunu azaltan bir etki göstermektedir. TCK md. 110'da hüküm altına alınan etkin pişmanlık

⁴¹⁴ Özgüven, s. 105.

⁴¹⁵ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 727.

⁴¹⁶ TCK md. 93, 110, 168, 184/5, 192, 201, vd.

⁴¹⁷ Yasemin Baba, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık,1. Baskı, XII Levha, İstanbul 2013,s. 152.

kurumu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından bir şahsi cezasızlık sebebi olarak değil, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak düzenlenmiştir⁴¹⁸.

TCK md. 110'da etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için bulunması gereken şartlar belirtilmiştir. Fail, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakırsa, cezasının üçte ikisine kadarı indirilecektir.

Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için öncelikle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu teşebbüs aşamasında kalmış ise gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir. Dolayısıyla, mağdurun önemsiz sayılmayacak bir süre boyunca hürriyetinden yoksun bırakılması ve daha sonra serbest bırakılmış olması gerekmektedir. Etkin pişmanlığın uygulanması için varlığı aranan bir diğer şart, işlenen fiil dolayısıyla henüz soruşturmaya başlanılmamış olmasıdır. Soruşturma makamlarının işe el koyduktan sonra mağdur güvenli bir yerde de olsa serbest bırakılsa ceza sorumluluğunda bir değişiklik olmayacaktır. Diğer bir şart olarak kanunda ifade edilen mağdurun şahsına zarar verilmemiş olması, mağdurun bedensel olarak herhangi bir zarar görmemiş olmasını ifade etmektedir. Son şart olan mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılmış olması hususunda ise, mağdurun bırakıldığı yerin tehlikelere açık olup olmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilecektir⁴¹⁹.

III. YAPTIRIM

Kişiler, hukuk tarafından kendilerine yüklenen yükümlülüklerle aykırı davranırlar ise sorumlu tutulmaktadırlar. Yükümlülüklerle aykırı şekilde davranıldıktan ve bunun neticesi olarak haksızlık oluşturan bir davranış meydana getirildikten sonra, bu haksızlığı artık gerçekleşmemiş hale döndürmek mümkün değildir. Buna karşın, yükümlülüklerle aykırılık dolayısıyla gerçekleşen haksızlık karşısında hukuk düzeninin devamlılığını sağlamak amacıyla bazı yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu kapsamda, yaptırım, kişinin yükümlülüklerine aykırı davranışının gerekli kıldığı hukuki bir

⁴¹⁸ Başar, s. 94.

⁴¹⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 419.

sonuçtur. Gerçekleşen haksızlık, hukuk düzeni tarafından kişiler arasında oluşturulan dengenin bozulmasına sebep olur. Yaptırımın uygulanması ile hedeflenen genel amaç, bu dengenin yeniden tesis edilmesidir⁴²⁰.

Ceza hukuku yaptırımlarının ağır olması yönüyle diğer hukuk dallarından ayrılmaktadır. Suç işleyen bir kişinin cezai yaptırıma maruz kalmadığı bir toplum hayal edilemez. Böylesi bir durumda anarşi ve kargaşa ortaya çıkar. Bu bakımdan, ceza yaptırımına başvurmak toplumsal yaşamın sürmesi açısından zorunluluk arz eder⁴²¹.

Türk Ceza Kanununda suçlar için öngörülen sistem ‘iki izli’ bir yaptırım sistemidir. Buna göre, hukuka aykırı ve suç teşkil eden bir fiile uygulanacak yaptırım ya ceza ya da güvenlik tedbiri olacaktır. Bununla birlikte cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra, günümüzde ceza hukukunda üçüncü bir iz olarak mağdurun korunmasına ilişkin hükümlerin⁴²² de yer aldığı görülmektedir⁴²³.

TCK md. 109/1’de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılan kimsenin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddede öngörülen suçun yaptırımı olan cezanın alt sınır bir yıldır. TCK md. 49/2’de bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarının kısa süreli hapis cezası olduğu belirtildiği için, hâkimin cezayı alt sınırdan belirlemesi durumunda TCK md. 50/1 uyarınca adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir.

Failin fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olması durumunda, öncesinde hapis cezasına mahkûm edilmemek şartıyla, mahkûm edildiği bir yıllık hapis cezası, md. 50/3’teki⁴²⁴ düzenleme gereği md. 50/1’de yer alan seçenek yaptırımlardan birine çevrilecektir. Hapis cezasının ertelenmesi başlıklı TCK md. 51 hükümleri gereğince, fail hakkında iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükmedilmişse failin cezası ertelenebilecektir. Fiili işlediği sırada on sekiz

⁴²⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 665.

⁴²¹ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 536.

⁴²² TCK md.50/1-b; Kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine bağlı tutulması.

TCK md.51/2: Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir.

⁴²³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 526.

⁴²⁴ TCK md.50/3: Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından bu sürenin üst sınırı üç yıldır. Bunun yanında failin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir⁴²⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, cebir, tehdit veya hile⁴²⁶ ile işlenmesi durumunda, TCK md. 109/2 gereğince faile iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilecektir. Cezanın alt sınırı iki yıl hapis olduğu için, fail hakkındaki cezanın bu sınırdan belirlenmesi halinde, kanununun 51. maddesi uyarınca cezası ertelenebilecektir. Bu olasılıkta da, eğer fail fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmişse, bu sürenin üst sınırı üç yıl olacaktır. TCK md. 109/3'te sıralanan cezayı ağırlaştırıcı nedenlerin gerçekleşmesi halinde, fail hakkında maddenin 1. veya 2. fıkralarına göre verilecek ceza bir kat artırılacaktır⁴²⁷. Bir kat artırmadan anlaşılması gereken, verilen ceza miktarı kadar bir cezanın temel cezaya eklenmesidir⁴²⁸. Örneğin bir yıllık bir hapis cezasının bir katı iki yıl olacaktır. Maddenin 3. fıkrasında yer alan

⁴²⁵ TCK md.51/1-a,b

⁴²⁶ "... Yaşı ve hafif düzeyde zihinsel yetersizliği nedeniyle beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan on üç yaşındaki mağduru para karşılığında ikna eden sanıkların, ıssız bir yere götürüp, cinsel istismar suçunu rahat bir şekilde gerçekleştirebilmek ve kaçmasını önlemek amacıyla ellerini ağaca bağlayarak cinsel istismarda buldukları olayda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini, mağduru para verme bahanesiyle kandırmaları nedeniyle hile, ellerini ağaca bağlamak suretiyle de cebir ile gerçekleştirdikleri anlaşıldığından suçun 5237 sayılı TCK'nun 109/2. maddesi kapsamında kaldığı kabul edilmelidir..." Y.CGK 20.10.2015 T.2015/14-209 E.2015/339 K. (UYAP).

"... Oluş ve kabule göre; suça sürüklenen çocuğun olay günü sanıkla beraber araçla yanına gittiği eski kız arkadaşı mağdureye son bir kez konuşacağını söyleyerek rızasıyla araca binmesini sağladığı, daha sonra sanık ile suça sürüklenen çocuğun mağdureyi evine bırakmayarak olayın gerçekleştiği Elmadağ yakınlarındaki ıssız bir yere götürdükleri ve mevcut haliyle sanığın eyleminin hile kullanmak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilmeden 5237 sayılı TCK'nın 109/2. maddesi gereğince cezalandırılması yerine aynı Kanununun 109/1. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi suretiyle eksik ceza tayini..." Y. 14. CD. 04.04.2016 T. 2014/3797E. 2016/3261 K. (UYAP).

⁴²⁷ "...Sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu kayden 11.02.1999 doğumlu olup suç tarihinde onsekiz yaşını doldurmamış bulunan ve TCK'nın 6/1-b maddesi kapsamında çocuk sayılan mağdureye karşı işlediği halde, hakkında TCK'nın 109/3-f maddesinin uygulanmaması, Sanık hakkında TCK'nın 109/2 ve 109/5. maddeleri uyarınca hükümlenen 3 yıl hapis cezasından aynı Kanununun 43. maddesi uyarınca 1/4 oranında yapılan artırım sonucu 3 yıl 9 ay hapis cezasına hükümlenmesi gerekirken, artırımın 109/2. maddesi uyarınca belirlenen ceza üzerinden yapılması suretiyle 3 yıl 6 ay hapis ceza tayin edilmesi sonucunda eksik cezaya hükümlenmesi, ..."Y.14.CD 9.6.2015 T. 2015/2616- 7020 E.K. (UYAP).

⁴²⁸ Başar, s. 167

cezayı ağırlatıcı sebeplerden birden fazlasının aynı anda fail için uygulanabilir olması halinde dahi failin cezasındaki bu artırım yine bir defa uygulanacaktır⁴²⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, hapis cezasının yanında ayrıca bin güne kadar adli para cezasına da hükmolunacaktır. Madde metninde adli para cezası açısından alt sınır belirlenmediğinden, bu süre TCK'nın 52/1. maddesi gereğince beş gün olarak uygulanacaktır. Bu bağlamda, en az beş gün ile en fazla md. 109/4'te gösterilen sınır olan bin gün arasında belirlenecek olan gün sayısı, kanunun 52/2. maddesinde öngörülen en az yirmi ile en fazla yüz Türk Lirası arasında belirlenecek olan meblağ ile çarpılarak sonuç adli para cezası belirlenecektir. Buradaki para cezası, mağdurun uğramış olduğu ekonomik zararın boyutuna, failin kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna göre tespit edilecektir. Eğer failin eylemi, 109. maddenin 3. ve 5. fıkralarındaki artırım nedenlerini de kapsayacak şekilde gerçekleşmişse, suç sebebiyle mağdurun önemli bir ekonomik kayba uğraması koşuluyla, para cezası üzerinden de maddenin 3. ve 5. fıkralarına göre artırıma gidilmelidir⁴³⁰. Ayrıca TCK'daki düzenleme gereği, erteleme kurumu yalnızca iki yıl veya daha az süreli hapis cezaları için getirildiğinden, hapis cezası ile birlikte hükmedilmiş olsa bile, hapis cezası ertelenebildiği halde, adli para cezası artık ertelenemeyecektir.

Bu suçun cinsel amaçlı olarak işlenmesi halindeyse, önceki fıkralara göre verilecek olan cezalar yarı oranında artırılacaktır. Maddenin son fıkrasına göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında, mağdur üzerinde kullanılan cebirin, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin meydana gelmesine sebebiyet vermesi halinde, fail ayrıca 87. madde hükmüne göre de cezalandırılacaktır. Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından CMK md. 231/5 vd. fıkralarında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilirliğidir. Bu kurum, hapis cezasının ertelenmesine kıyasla fail için daha lehe bir düzenleme

⁴²⁹ "...saniğin suça sürüklenen çocuklar ile birlikte mağdureyi cebir ve tehditle hürriyetinden yoksun bıraktıklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, suçun işleniş şekli, mağdurenin hürriyetinden yoksun bırakıldığı süre, meydana gelen zararın ağırlığı, saniğin suçu işleme amaç ve saikleri ile kastının yoğunluğu nazara alınıp hakkaniyet ve orantılılık ilkesi de gözetilerek TCK'nın 61/1. maddesi uyarınca anılan suç için kanunda öngörülen cezanın alt sınırından uygun bir miktar uzaklaşımak suretiyle alt ve üst sınır arasında cezaya hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde alt sınırdan makul oranın üzerinde uzaklaşarak hüküm kurulması neticesinde fazla ceza tayini," Y. 14.CD 21.6.2016 T. 2016/1798- 6129 E.K. (UYAP).

⁴³⁰ Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 860

görünümündedir. Zira hapis cezasının ertelenmesi halinde, belirlenen denetim süresi yükümlülükler uygun veya iyi halli geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılırken; hükmün açıklanmasının geri bırakılması halindeyse, kurulan hüküm sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Buna göre; sanığın kabul etmesi halinde, hükmolunan iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası hakkında mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Fail hapis cezasına mahkûm edildiği takdirde, hakkında TCK md. 53/1’de yer alan hak yoksunlukları uygulanacak ve mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanmaktan men edilecektir. Ancak, kısa süreli hapis cezası ertelenen veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır⁴³¹. Bunun yanında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 53. maddenin ilk fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle, örneğin kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle de işlenebilir. Bu durumda, kanunun 53/5. maddesindeki düzenleme gereği, ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar artırılarak bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir⁴³².

TCK’da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmemekle birlikte haklarında güvenlik tedbiri uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında TCK md. 111⁴³³ gereğince müsadere ve ruhsatın iptali gibi tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Ancak TCK md. 60’ta belirtilen şartların bulunması söz konusu güvenlik tedbirlerine hükmolunabilmesinin ön koşuludur. Bu madde kapsamında öncelikle bir kamu kurumu tarafından verilen izne dayalı olarak faaliyette bulunan bir özel hukuk tüzel kişisi bulunmalıdır. Bunun yanında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, özel hukuk tüzel kişisinin temsilcileri tarafından kendilerine verilen yetkinin kötüye kullanılarak ve tüzel kişi yararına kasıtlı olarak işlenmesi ve bu suç sebebiyle mahkûmiyet hükmü verilmiş olması gereklidir. Söz konusu hükmün tatbik edilebilmesi

⁴³¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 312.; Başar, s. 169.

⁴³² Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 423.; Başar, s. 167.

⁴³³ TCK md.111: Tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

için tüzel kişi yararına sağlanan haksız menfaatin mutlaka ekonomik bir nitelik taşıması aranmamakta, manevi bir yararın varlığı da yeterli kabul edilmektedir⁴³⁴.

IV. MUHAKEME

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre soruşturma evresi, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evredir. Bu evrede Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez, kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Bu kapsamda, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için emrinde bulunan adli kolluk görevlileri aracılığıyla şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. Soruşturma evresinin amacı, kamu davası açılmasına gerek olup olmadığının ortaya çıkarılmasıdır. Cumhuriyet Savcısı bu amaca ulaşmak için, delilleri bulmak, koruma altına almak ve (yeterli şüpheye ulaşılmış ise) olayı mahkeme önüne götürmek ile görevlidir⁴³⁵. Kovuşturma ise iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder⁴³⁶.

Soruşturmanın başlatılabilmesi için, suç işlendiği izlenimi veren bir durumun ihbar veya başka bir vasıta ile öğrenilmesi gerekmektedir. Başka bir vasıta ile öğrenmeye örnek olarak, şikâyet üzerine öğrenme veya soruşturma makamlarının doğrudan doğruya suçun işlenmesini öğrenmesi verilebilir⁴³⁷.

İhbar, resen kovuşturulan bir suçtan haberdar olan kimse tarafından mevcut durumun adli makamlara iletilmesidir. İhbar eden, suçtan zarar gören veya suçla herhangi bir alakası olmayan üçüncü kişi olabilir. Suçun şikâyete tabi olmadığı durumlarda suçtan zarar gören tarafından yapılan bildirim şikâyet değil ihbar niteliğindedir. Şikâyet ise, fiilin soruşturulması ve kovuşturulmasını şikâyete tabi

⁴³⁴ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt II, Seçkin Yayınları 3. Bası, Ankara, 2010, s. 1846.

⁴³⁵ Yener Ünver / Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 487.

⁴³⁶ CMK md. 2/f

⁴³⁷ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 1059.

olduğu durumlarda, kişinin 6 aylık hak düşürücü süre içerisinde, yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlardan fiilin kovuşturulmasını istemesidir⁴³⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, takibi şikâyete bağlı suçlardan değildir ve savcılık tarafından re'sen takip edilir. Bu suçtan zarar gören kimsenin suçu duyurması ve failin cezalandırılmasını istemesi ihbar niteliğinde olup, şikâyet adı altında yapılırsa dahi, şikâyet süresine tabi değildir ve bir ceza muhakemesi şartını da oluşturmamaktadır.

Suçun, kamu görevlisi tarafından, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Kamu görevlisinin adliyeye ilişkin görev veya işler dolayısıyla bu suçu işlemesi durumunda soruşturma CMK 161/5 gereğince cumhuriyet savcılarınca doğrudan yapılacaktır. Bunun yanında 4483 sayılı Kanun md. 2/3'te, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla burada, görev sebebiyle işlenmiş olsa dahi yine CMK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴³⁹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cezası 109.maddede 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlendiğinden, bu suçun cezasının üst sınırı 5 yıl hapis cezası olup, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11.maddesi uyarınca bu suç dolayısıyla açılan davalar Asliye Ceza Mahkemesinde görülecektir⁴⁴⁰.

Bir davanın hangi mahkemenin görevine girdiği hususu, kamu düzeniyle ilgilidir. Davaya bakan mahkeme kovuşturma evresinin her aşamasında re' sen görevsizlik kararı verebilecektir. Bunun tek istisnası CMK md. 6/1'e göre, duruşmada suçun hukuksal niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt derece mahkemeye gönderilmemesidir. Mahkemenin görevsiz olduğu, davaya katılanlarca da

⁴³⁸ Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 13.Bası, İstanbul, Eylül 2015, s. 8.

⁴³⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, TCK Şerhi, C. III, s. 2841; Başar, s. 170.

⁴⁴⁰ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 728; Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 860.

Davaya katılanlar da kovuşturma evresinin her aşamasında mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürebilir⁴⁴¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz suçlardan olduğu için, yetkili mahkeme, 5271 sayılı CMK'nın 12/2. maddesi gereğince kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi olacaktır^{442, 443}. Bununla birlikte zamanaşımı da kesintinin gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır⁴⁴⁴.



⁴⁴¹ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Kasım 2016, s. 197.

⁴⁴² CMK md.12: Yetkili mahkeme (1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

(2) Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.

(3) Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.

(4) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan hakaret suçunda eser, mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemesi de yetkilidir. Mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir.

(5) Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayım, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.

⁴⁴³ Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1209.

⁴⁴⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 423.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, özel hükümlere ilişkin ikinci kitabının, kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının, hürriyete karşı suçlar başlıklı yedinci bölümünün 109. Maddesinde düzenlenmiştir. Suç ile korunan hukuki değer kişilerin bir yerde kalma veya bir yere gitme konusunda irade oluşturabilme ve bu konuda tercihte bulunma serbestisidir. Bu suç genellikle zor kullanılarak işlendiğinden, bireyin vücut dokunulmazlığının da korunduğu söylenebilir. Suç bir anlamda kamu itibarını da korumaktadır. Zira suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde, esasen kamu idaresinin güvenilirliği de zarar görecektir.

Suçla kişinin yalnızca aktüel değil, potansiyel hareket hürriyeti de korunmaktadır. Kişinin o anda kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın hareket hürriyeti suçun konusunu oluşturur. Dolayısıyla hareket yeteneğine sahip olsun veya olmasın, her insan bu suçun mağduru olabilir. Mağdurun kamu görevlisi olması ve kendisine karşı işlenen suçun görevinden kaynaklanması durumunda ise TCK md. 109/3-c uyarınca failin cezası arttırılacaktır. Mağdurun herhangi bir şekilde hareket özgürlüğünün kısıtlanmış olması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleşmesi bakımından yeterli olup; özgürlüğün sınırlandırılmasının mutlak surette gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur. Mağdurun hürriyetine kavuşmak için maddi veya manevi engelleri kolaylıkla aşamayacak olması suçun oluşumu için yeterlidir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu serbest hareketli bir suçtur. Suç, silah, uyuşturucu madde gibi araçlar kullanılarak herhangi bir hareketle gerçekleştirilebileceği gibi tehdit, hile gibi manevi veya yakalama, bağlama gibi fiziki araçlarla da işlenebilecektir. Suçun oluşumuna sebep olacak hareketin yapılması ile suç tamamlanır. Suç, sırf hareket suçu olarak nitelendirilebilir; zira hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesine gerek yoktur. Suçun tamamlanması için mağdurun hürriyetinden yoksun kaldığı sürenin ne kadar olması gerektiği hâkim tarafından her olayın somut özellikleri değerlendirilerek tespit edilecektir. Suç, icrai hareketle işlenebileceği gibi ihmali hareketle de işlenebilir. Bir kişinin başka birisini bir yere kapatması suçun icrai olarak, bir yerde kapatılmış birisinin bulunduğu yerden çıkmasını sağlamaması ise ihmali olarak işlenmesine örnektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suçtur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun iradesine uygun olarak kısıtlanması ile tamamlanır, mağdurun hareket serbestisini tamamen kazandığı anda biter.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kasten işlenebilen suçlardandır. Suçun, TCK md .109/1-3. fıkralarında düzenlenen temel ve nitelikli şekillerinin oluşumu için kastın dışında başkaca manevi unsur aranmamıştır. Buna karşılık, maddenin 5. fıkrasında düzenlenen nitelikli şeklinin oluşumu için failin cinsel amaçla hareket etmiş olması, yani cinsel bir amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması aranmıştır. Mağdurun evlenme maksatlı kaçırılması durumunda da bu nitelikli halin uygulanacağı doktrin ve Yargıtay tarafından savunulmaktadır. Ne var ki, evlilik kurumu içerisinde bulunan diğer tüm unsurların göz ardı edilerek sadece cinsellik unsurunun ön plana çıkarıldığı bu yaklaşım adalet duygusunu zedeler niteliktedir. Evlenme amacıyla bu suçun işlendiği ancak cinsel suçlardan birinin gerçekleşmediği olaylarda cinsel amaçtan dolayı cezanın artırılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda geçen “hukuka aykırı olarak” ibaresi suç tipindeki bir unsuru nitelendirmemekte, suç tipinin bütününe yönelik bir ifade olarak kanunda yer almaktadır. Dolayısıyla, bu ibareyle, kanun koyucu hâkimi somut olayda failin fiili işlerken bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını ve ayrıca failin haksızlık bilincine sahip olup olmadığını araştırmaya yöneltmek istemiştir. Bir fiilin tipe uygun olduğu belirlendikten sonra, hukuka uygunluk sebeplerinin olup olmadığı araştırılacaktır ki bu suça ilişkin olarak tüm hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabileceği söylenebilir. Ancak kanunun genel hükümlerinde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, hürriyetten yoksun kılma suçuna ilişkin ilgilinin rızasının geçerli kabul edileceği yaş hususu tartışmalıdır. Bununla birlikte, doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında genel kabul gören görüş; on beş yaşını doldurmamış mağdurun rızasının herhangi bir geçerliliğinin olmadığı yönündedir. Yargıtay’ın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin olarak verilen rızanın geçerli sayılacağı yaş hususunda cinsel suçlara ilişkin özel düzenlemeyi esas alması ve on beş yaşını doldurmamış olanlarının rızasını kati bir surette geçersiz kabul etmesi, bize hatalıdır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hareketten ayrı bir netice söz konusu değildir ve hareketin parçalara bölünebilmesi suretiyle bu suça teşebbüs mümkündür. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun oluşturduğu irade yönünde yer değiştirmesine engel olunması veya bulunduğu yerden ayrılmaya zorlanması ile tamamlanacağından, suça teşebbüs ancak suçun bu surette tamamlanmasına değin gerçekleşebilecektir. Fail, icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı takdirde suça teşebbüs gündeme gelebilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna iştirakin her hali mümkündür. Kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, müşterek fail olarak sorumlu olur. Suç müşterek failer tarafından birlikte işlenmişse, bu durum kanunun 109/3-b maddesi gereği suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, bir başka suçun unsurunu veya nitelikli halini oluşturmadığı takdirde bağımsız bir suç tipidir ve bu durumda başka bir suçla birlikte işlenmesi halinde kural olarak gerçek içtimain uygulanması gerekmektedir. TCK md. 109/2'ye göre fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması halinde bileşik suç hükümleri uygulanacak ve faile yalnızca kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilecektir. TCK md. 109/6'daki düzenlemeye göre de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu takibi şikâyete bağlı olmayan suçlardandır ve savcılık tarafından resen takip edilir. Suç tipinin kesintisiz suçlardan olması sebebiyle yetkili mahkeme 5271 sayılı CMK'nın 12/2. maddesi gereğince kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi, davaya bakmakla görevli mahkeme ise asliye ceza mahkemesi olacaktır. Bununla birlikte dava zamanaşımı da kesintinin gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır.

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet, Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998.

Akcan, Medet, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Tutuklama, Selçuk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015.

Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara 2015.

Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku 2. Cilt Aile Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul, 2008, s. 412.

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

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14.Bası, Ankara Eylül 2014.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen , A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 9.Bası, Ankara 2015,

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Madde 76-131, 3.Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara 2009.

Baba Yasemin, Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık,1. XII Levha, İstanbul 2013

Başar, Cemal, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2012.

Çakmut, Özlem Yenerer, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Pasifik Ofset, Cilt 19 Sayı 2, 2013.

Centel, Nur, Hamide Zafer , ÖzlemÇakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

Centel, Nur, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 13.Bası, İstanbul, Eylül 2015.

Cihan, Erol, ‘Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)’, İÜHFD, C.XLI, s. 1-2, İstanbul 1975.

Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK md. 188), İÜHF Yayınevi, No:573, İstanbul 1978.

Çakıroğlu, Mehmet, Türk Anayasa Hukukunda Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2008.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Ankara, 2013.

Doğan, Koray, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011.

Dönmezer, Sulhi Ceza Hukuku Hususi Kısım Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959.

Dönemezer, Sulhi , Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 12. Bası, İstanbul 1997.

Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt II, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993.

Erem, Faruk, Toroslu Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, 9.Baskı, Ankara 2003

Gemalmaz, Mehmet Semih Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları 4. Bası, İstanbul Nisan 2003.

Gökçen, Ahmet, Hürriyete Karşı Suçlar (5237 Sayılı TCK. md. 106-122).

Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, Kasten Yaralama Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hali, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21, Sayı 2 (Özel Sayı), 2015.

Gülşen, Recep, Hürriyeti Tahdit Suçları (TCK md. 179–187), Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 17. Bası, Ankara 2014.

Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, 2010.

Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Yetkin Yayınevi, 6. Bası, Kasım 2012.

İçel, Kayıhan, A. Hakan Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, Yenilenmiş 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınevi, 7.Bası, Ankara, Kasım 2002.

Kangal, Zeynel T, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

Kapani, Münici, Kamu Hürriyetleri, AÜHF Yayınları, 5. Bası, Ankara 1976.

Kaplan, Mahmut, Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2015, Cilt: 5, Sayı: 2.

Kaplan, Burcu Kağan Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2011.

Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması (Mütemadi Suç), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

Keskin, Serap, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, Yapı Kredi Yayınları 1. Bası, İstanbul Aralık 2000.

Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Bası, Ankara Eylül 2015.

Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2106.

Kunter, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1955.

Kuzu, Burhan, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl: 1992 Cilt: 47 Sayı: 3

Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2008.

Macovei, Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, AIHS'nin 5.maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, No:5.

Okuyucu, Güneş, 'Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi', Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan C. III, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2010.

Özbek, Veli Özer, M. Nihat Kambur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 10.Bası, Ankara, 2016.

Özbek, Veli Özer, M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

Özbek, Veli Özer. TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt I Genel Hükümler, 4. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010,

Özen, Muharrem, "Hürriyet Karşı Suçlar", Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'A Armağan, Cilt II, Turhan Kitabevi Yay. Ankara, Şubat 2010.

Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 12. Bası, 2016.

Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul 1996

Özgüven, Ayşe Duygu, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2013, Yüksek Lisans Tezi.

Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yenilenmiş 10. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

Parlar, Ali, Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt II, Seçkin Yayınları 3. Bası, Ankara, 2010.

Sezer, Abdullah, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası & İlgili Mevzuat, Beta Yay., 1.Bası., İstanbul Şubat 2004.

Soysal, Mümtaz, ‘Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)’, Anayasa Yargısı Dergisi, 1984 Cilt 1.

Surlu, Aydan Ömür, İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 6.Bası, Ankara 2014.

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara Kasım 2016.

Şahbaz, İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kişi Özgürlük Ve Güvenliği, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13.Bası, Ankara Ekim 2016.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.234.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 15. Bası, Ankara, 2010.

Turhan, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001.

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Üzülmez, İlhan, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları’, Turhan Yayınevi, Ankara 2007.

Üzülmez, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu,
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sayı.1, 2, 2007, s. 1183-1210.



ÖZ GEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı ve Soyadı : Gamze DEMİR

Doğum Yeri ve Yılı : Tarsus / 1986

Medeni Hali : Evli

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil(ler) ve Düzeyi :

İngilizce

İş Deneyimi :

1. 2008-2009 Avukatlık Stajı (Mersin Barosu)
2. 2009-2011 Hâkim ve Cumhuriyet Savcılığı Adaylığı Stajı (Ankara Adliyesi)
3. 2011-2012 Asliye Ceza Hakimliği (Uluborlu Adliyesi/Isparta)
4. 2012-2013 Sulh Ceza/Sulh Hukuk Hakimliği (Keçiborlu Adliyesi/Isparta)
5. 2013- - Yargıtay Tetkik Hakimliği