

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Burcu Kağan KAPLAN

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU
(TCK.m.109)

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2011

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Burcu Kağan KAPLAN

KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU
(TCK.m.109)

Danışman

Yrd.Doç.Dr. Mehmet Nihat KANBUR


Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

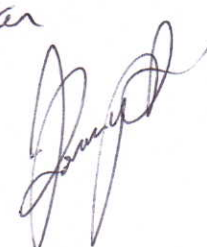
Antalya, 2011

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Burcu KAĞAN'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Doç. Dr. Muharrem KILIÇ 

Üye (Danışmanı) : Yrd. Doç. Mehmet Nihat KANBOZ 

Üye : Yrd. Doç. Dr. Kerem DİŞER 

Tez Konusu: *KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU*
(TCK.m.109)

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Tez Savunma Tarihi : 04/07/2011

Mezuniyet Tarihi : 21/07/2011

Prof.Dr. Mehmet ŞEN
Müdür

.....

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iv
ÖZET	v
SUMMARY.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL GELİŞİM, TANIMLAMA SORUNU ve BENZER SUÇ TİPLERİNDEN FARKLARI

1.1. GENEL OLARAK	3
1.2. TARİHSEL GELİŞİM.....	8
1.2.1. Roma Hukukunda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu.....	8
1.2.2. İslam Hukukunda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu	9
1.2.3. Osmanlı Hukukunda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu.....	9
1.2.4. 1982 Anayasası'nda Kişi Hürriyeti.....	11
1.3. TANIMLAMA SORUNU	12
1.4. BENZER SUÇ TİPLERİNDEN FARKLARI	13
1.4.1. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile Tehdit Suçu Arasındaki Farklar....	13
1.4.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile Cebir Suçu Arasındaki Farklar	15
1.4.3. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu Arasındaki Farklar	16

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN UNSURLARI ve SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.1. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR.....	18
2.2. SUÇUN UNSURLARI	20

2.2.1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....	20
2.2.1.1. Suçun Maddi Konusu	20
2.2.1.2. Fail.....	20
2.2.1.3. Mağdur	20
2.2.1.4. Hareket	24
2.2.1.4.1. Mağdurun Bir Yere Gitme Hürriyetinden Yoksun Bırakılması	25
2.2.1.4.2. Mağdurun Bir Yerde Kalma Hürriyetinden Yoksun Bırakılması.....	26
2.2.1.5. Netice	31
2.2.2. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU (HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ) ...	32
2.2.3. SUÇUN MANEVİ UNSURU.....	40
2.2.3.1. Genel Olarak.....	40
2.2.3.1.1. Kusurluluk	40
2.2.3.1.2. Kusur Türleri.	42
2.2.3.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Bakımından Manevi Unsurun Değerlendirilmesi	45
2.3. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ	47
2.3.1. TCK.m.109/2' deki Nitelikli Hal: Fiili İşlemek İçin veya İşlediği Sırada Cebir, Tehdit veya Hile Kullanması.....	48
2.3.2. TCK.m.109/3'deki Nitelikli Haller	50
2.3.2.1. Suçun Silahla İşlenmesi (109/3-a)	50
2.3.2.2. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi(109/3-b)	52
2.3.2.3. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi (109/3-c)	53
2.3.2.4. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (109/3-d).....	55
2.3.2.5. Suçun Üstsoy, Altsoy ve Eşe Karşı İşlenmesi (109/3-e).....	58
2.3.2.6. Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi (109/3-f)	61
2.3.3. TCK.m.109/5'deki Nitelikli Hal: Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi	64

2.4. SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ	69
2.4.1. Suçun Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması (TCK.m.109/4)	69
2.4.2. Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Hallerinin Gerçekleşmesi Hali (TCK.m.109/6)	71
2.5. ETKİN PİŞMANLIK (TCK.m.110)	73
2.5.1. Genel Olarak	73
2.5.2. Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanma Koşulları	74
2.5.3. Sonuçları	78
2.6. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	79
2.6.1. Teşebbüs.....	79
2.6.1.1. Genel Olarak.....	79
2.6.1.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Teşebbüs	83
2.6.2. İştirak	84
2.6.2.1. Genel Olarak.....	84
2.6.2.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda İştirak	90
2.6.3. İçtima.....	91
2.6.3.1. Genel Olarak.....	91
2.6.3.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Bazı Suçlarla İçtima Halleri	95
2.7. YAPTIRIM	100
2.8. ZAMANAŞIMI	103
2.9. CEZA MUHAKEMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER	109
2.9.1. Suçun Soruşturulması ve Kovuşturulması Usulü.....	109
2.9.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	111
SONUÇ	114
KAYNAKÇA.....	118
ÖZGEÇMİŞ	123

KISALTMALAR LİSTESİ

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CHD.	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	: Esas
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFİM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayfa
t.	: Tarih
TC.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
Vd.	: Ve devamı
Yrg.	: Yargıtay
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
TCY.	: Türk Ceza Yasası
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

ÖZET

Çalışmamızda Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinde yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, doktrinindeki görüşler ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma eylemi cezalandırılmaktadır. Bu nedenle bu suçta bireylerin özgür iradeleriyle hareket edebilme serbestileri korunmuştur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin suç olarak düzenlenmesiyle, kişilerin hareket serbestisini hukuka aykırı bir biçimde kısıtlayan kişinin cezalandırılması amaçlanmaktadır.

Çalışmamızda suçun 765 sayılı Türk Ceza Kanununda nasıl yer aldığı anlatılmış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ne gibi değişikliklere gidildiği ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun benzer diğer suçlarla ilişkisi üzerinde durulmuştur. Çalışma konumuz olan bu suçun maddi unsurlarından ayrı başlıklar altında bahsedilmiş, suçun hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsuru anlatıldıktan sonra, suçun nitelikli halleri uygulamada sıkça karşılaşılan örneklerle ve yargı kararlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Yine suçun özel görünüş şekillerinin nasıl gerçekleşeceği anlatılmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yaptırımı düzenlenmiş olup, bu yaptırımın ne olduğu ve bu yaptırımın Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde ne gibi sonuçlar doğuracağı açıklanmaya çalışılmıştır.

SUMMARY

THE OFFENSE OF MAKING THE PERSON DEPRIVED OF LIBERTY

In our study, the crime that excludes the person from his / her freedom existing in the 109th Article of Turkish Penal Code has been investigated in the light of the opinions in the doctrine and dijudication.

In the crime excluding the person from his / her freedom, the action that excludes somebody from the freedom of going somewhere or staying somewhere illegally is penalized. Therefore, the liberty of the individuals to be able to behave with their free willing has been protected in this crime. Arranging the action of excluding the person from his / her freedom as crime, it has been aimed to penalize the person who restricts the action liberty of the individuals illegally.

In our study, it has been told how the crime exists in the 765 numbered Turkish Penal Code, and what sort of amendments were fulfilled in the 5237 numbered Turkish Penal Code have been explained in detail. The relation of the crime of excluding the person from his / her freedom with the other similar crimes have been studied. This crime which is our subject of study have been mentioned under the different headings from the material elements, the quality conditions of the crime have been tried to get explained with the examples that is often met in the practice and dijudications after the element of the crime that is spiritual and illegal is told. Again, how the ways of the special look of the crime will occur has been told.

In the 109th Article of Turkish Penal Code, the sanction of the crime excluding the person from his / her freedom has been arranged, and what this sanction is and what kind of results this sanction will cause under Turkish Penal Code and Code of Criminal Procedure has been tried to get explained.

GİRİŞ

Çalışmada, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinde düzenlenen ve hürriyete karşı suçlardan biri olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kanun metni, doktrin görüşleri ve Yargıtay uygulamaları doğrultusunda değerlendirilmiştir.

Çalışma üç bölümden oluşmuştur. Çalışmanın ilk bölümünde suçun, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki yeri ve ne şekilde düzenlendiği anlatılmış, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hürriyeti tahdit suçu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu karşılaştırılmıştır. 765 sayılı kanunda yer alıp, 5237 sayılı kanunda düzenlenmeyen ya da 5237 sayılı kanunda düzenlenip 765 sayılı kanunda yer almayan ve her iki kanunda da düzenlenen konular ayrıntılarıyla belirtilmeye çalışılmıştır. Ardından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tarihsel gelişiminden bahsedilmiş, suç tipinde yer alan terim, tanım ve kavramlar açıklanmış ve son olarak suçun benzer suç tipleri ile olan farkları anlatılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan hukuki yarar anlatıldıktan sonra suçun unsurları açıklanmıştır. Önce suçun maddi unsurları içinde yer alan suçun maddi konusu, faili, mağduru, hareket ve netice unsuru ve nedensellik bağı detaylarıyla incelendikten sonra, suçun hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsuru açıklanmıştır. Yine bu bölümde, suçun nitelikli halleri ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmış ve bu bağlamda önce cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller olan, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması, suçun silahla işlenmesi, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi, suçun kamu görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, suçun üstsoy, altsoy ve eşe karşı işlenmesi, suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, suçun cinsel amaçla işlenmesi incelenmiştir. Daha sonra suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri olan, mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi hali incelenmiş ve son olarak etkin pişmanlık açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konu anlatılırken doktrin görüşlerine ve Yargıtay uygulamalarına sıkça yer verilmiştir. Yine ikinci bölümde suçun özel görünüş şekilleri konusuna değinilmiş ve sırasıyla suça teşebbüs, iştirak ve suçların içtiması kavramları açıklanmıştır. Son olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yaptırımını anlatılmış, zamanaşımına değinilmiş ve ceza muhakemesi açısından bu suçta soruşturma ve kovuşturma usulü incelenmiş, görevli ve yetkili mahkeme hususları anlatılmaya çalışılmıştır.

Sonuç bölümünde ise çalışma kapsamında yapılan inceleme ve araştırmalar sonucunda suç tipi ile ilgili olarak oluşan kanaatler paylaşılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL GELİŞİM, TANIMLAMA SORUNU ve BENZER SUÇ TİPLERİNDEN FARKLARI

1.1. GENEL OLARAK

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109. maddesinde düzenlenmiş olup, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısmının, “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı Yedinci Bölümünde yer almaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109. maddesinde yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu;

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

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

(3) Bu suçun;

a) Silâhla,

b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

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

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

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

5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinde ise “*etkin pişmanlık*” düzenlenmiş olup, madde; “*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*” olarak düzenlenmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu; “Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı 2 inci babın, “Şahıs Hürriyeti Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü faslında yer alan 179. maddesinde düzenlenmişti. 765 sayılı TCK’nın 179. maddesi;

(1) “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.

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

(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerin silâhla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır” şeklindeydi. 5237 sayılı TCK’da düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin 765 sayılı TCK’da ki karşılığı ise, 180. maddenin 2’nci fıkrasında, 432 ve 433. maddelerinde yer almaktaydı¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, sadece 765 sayılı TCK’nın 179. maddesini karşılamamış; 765 sayılı TCK’da yer alan bağımsız bir çok suçu bünyesinde toplamıştır. Eski

¹765 sayılı TCK’nın 180. maddesi;

“ (1) Evvelki maddede yazılı cürüm failin usûl ve fîruundan yahut karı kocadan biri tarafından diğeri aleyhine yahut Büyük Millet Meclisi âzasından biri yahut memuriyeti işlerinden dolayı bir memur aleyhine irtikâbolunur yahut bu fiil sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelirse cezası beş seneden on beş seneye kadar ağır hapis ve kırk liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdidir.

(2) Eğer fail, hakkında takibat icra olunmazdan evvel tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir gûna zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakırsa göreceği ceza altıda birinden yarısına kadar indirilir”

765 sayılı TCK’nın 432. maddesi;

“Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehvî harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429 uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, 430 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı halde altı aydan üç seneye, ikinci fıkrasında yazılı halde bir aydan altı aya kadar, 431 inci maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”

765 sayılı TCK’nın 433. maddesi ise;

“Yukarı ki maddelerde yazılı cürümlerden biri mahza evlenmek maksadile işlenmiş ve bir gûna tecavüz vukubulmamış ise fail hakkında tayin olunacak ceza üçte birden yarıya kadar indirilir” şeklinde düzenlenmişti.

kanununun 181. maddesinde düzenlenen memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu, yeni kanununun 109. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir². Yine 765 sayılı TCK'nın 182. maddesinde düzenlenen küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçu, 109. maddenin 3. fıkrasının (f) bendinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir³. 765 sayılı TCK'nın 429-433. maddelerinde yer alan kız ve kadın ve erkek kaçırma suçları ise, yeni Kanununun 109. maddesinin 5. fıkrasında düzenlendiği görülmektedir⁴. Ayrıca 109. madde hükmü 765 sayılı TCK'nın 182 ve 499-500. maddelerini ise kısmen karşılamaktadır⁵.

² 765 sayılı TCK'nın 181. maddesi;

“ (1) Bir memur, memuriyetine aid vazifeyi suistimal ederek veyahut kanunen icab eden usul ve şartlara riayet etmeyerek bir kimseyi şahsi hürriyetinden mahrum ederse bir seneden üç seneye kadar hapis cezası verilir.

(2) Eğer bu fiile 179 uncu maddenin ikinci fıkrası ile 180 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı hallerden biri inzımam etmiş ise ceza üç seneden beş seneye kadar haptir.

(3) 180 inci maddenin son fıkrasında yazılı halde ceza altıda birden yarıya kadar indirilir”.

³ 765 sayılı TCK'nın 182. maddesi;

“ (1) Her kim şehvet hissi veya evlenmek niyeti olmaksızın henüz on beş yaşına girmeyen küçük bir çocuğu kendi rızasıyla ana ve baba veya vasisi veyahut muvakkaten olsun kendisine bakmakta ve muhafaza etmekte olan kimseler yanından kaçıırır yahut çocuğun muvafakatiyle bigayrihak yanında tutarsa bir seneye kadar hapis cezasına mahkûm olur.

(2) Eğer bu fiil, kaçırılan veya alıkonulan çocuğun rızası olmaksızın işlenmiş yahut çocuk henüz on iki yaşını ikmal etmemiş bulunursa yerine göre evvelki maddelerde yazılı hükümler tatbik olunur” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴765 sayılı TCK'nın 429. maddesi;

“ (1) Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçıırır veya bir yerde alıorsa üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kaçırılan kadın evli ise ağır hapis cezası yedi seneden aşağı olamaz”.

765 sayılı TCK'nın 430. maddesi;

“ (1) Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle reşit olmayan bir kimseyi kaçıırır veya bir yerde alıorsa beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir”.

765 sayılı TCK'nın 431. maddesi;

“Kaçırılan kimse on iki yaşını doldurmamış ise fail cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kullanmamış olsa dahi cezası beş sene ağır haptisten aşağı olamaz” şeklinde düzenlenmişti.

⁵ 765 sayılı TCK'nın 499. maddesi:

“ (1) Her kim, para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak için bir kimseyi hapseder yahut dağa veya تنها bir mahalle kaldırırsa, maksadına nail olmamış ise onbeş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Maksadına nail olunmuş ise cezanın yukarı haddi hükmolunur.

(2) Her kim, birinci fıkrada gösterilen fiili siyasî veya sosyal maksatlarla veya resmî makamları bir işi yapmaya veya yapmamaya icbar için işlerse müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılır”

Bu suçun düzenleniş şekli ve içeriği ile ilgili olarak, 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK arasındaki farkları anlatmak gerekirse:

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 765 sayılı kanunda “Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı 2’nci babın “Şahıs Hürriyeti Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü faslında düzenlenmiştir. 5237 sayılı yeni TCK’da ise “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Hürriyete Karşı Suçlar” bölümünde yer almaktadır.

765 sayılı TCK’nın 179. maddesindeki hürriyeti tahdit suçunun maddi unsurunu “kişi hürriyetinden mahrum edilme” oluştururken; 5237 sayılı TCK’da kişi hürriyeti “bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti” olarak somutlaştırılmıştır. Böylece bu suç serbest hareketli bir suç iken, 5237 sayılı kanun ile birlikte bağlı hareketli bir suç haline getirilmiştir.

765 sayılı TCK’nın 181. maddesinde yer alan “Memur Tarafından İşlenen Hürriyeti Tahdit Suçu” bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş iken; 5237 sayılı TCK’da bağımsız suç olmaktan çıkarılmış, 109. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde “Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” suçun işlenmesi bir ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir.

765 sayılı TCK’da suçun oluşabilmesi için kişiyi hürriyetinden mahrum etme fiilinin “gayrimeşru” olması gerektiği ifade edilmişti. 5237 sayılı kanunun düzenlemesi ile; “gayrimeşru” ifadesi maddeden çıkarılmış ve içeriği daha açık ve net olarak anlaşılan “hukuka aykırı olarak” ibaresi madde metnine eklenmiştir. Buna göre hukuka aykırılık ibaresi, hukukun izin vermediği halleri ifade etmektedir.

5237 sayılı TCK’nın 109. maddesi içerik itibarıyla 765 sayılı TCK’nın 179. maddesi ile örtüşmekle birlikte, yeni düzenlemenin suçun unsurlarını daha açık bir hale getirdiği söylenebilir. Yeni kanun “belirlilik ilkesine” uygun bir düzenleme yapmıştır⁶.

5237 sayılı TCK’nın 109. maddesi ile düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halleri, 765 sayılı kanuna göre daha sistematik ve sade hale getirilmiştir. Eski TCK’da ki hürriyeti tahdit suçunun nitelikli halleri , 179. maddenin 2 ve 3. fıkraları ile 180. maddenin 1. fıkrasında yer almakta; 181. maddede düzenlenen memurun işlediği

765 sayılı TCK’nın 500. maddesi:

“Her kim, 64 ve 65 inci maddelerde beyan olunan ahvalin maadasında evvelce Hükümete haber vermeksizin adam kaldırmak cürmünden maksud olan şeyi elde etmek için şifahi veya tahriri muhabere naklederse üç seneden beş seneye kadar hapis cezasına mahkûm olur” olarak düzenlenmiştir.

⁶**Üzülmez** İlhan, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa.1,2, Y.2007 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/ilhan_uzulmez_46.pdf; erişim tarihi:13.11.2010)

hürriyeti tahdit suçunun nitelikli hali ise 187. maddede bulunmaktadır⁷. Yine 765 sayılı TCK'nın 439. maddesi de başka bir ağırlatıcı nedene yer vermiştir⁸.

Her iki kanunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen maddelerde düzenlenen nitelikli hallerden;

5237 sayılı TCK'nın 109/2. maddesinde yer alan “fili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması” nitelikli hali, 765 sayılı TCK'nın 179/2. maddesinde yer almakta olup, failin hürriyeti tahdit suçunu işlemesi için ya da işlediği zamanda tehdit veya kötü muamele etmesi veya hile kullanması halinde cezanın artırılacağı belirtilmiştir.

Suçun “silahla” işlenmesi (5237 sayılı TCK.m.109/3-a) ve “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” (5237 sayılı TCK. m.109/3-b) nitelikli halleri, 765 sayılı TCK'nın 179/3. maddesinde yer almaktadır. Ancak bu maddede “birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi” şeklinde düzenlenmiştir.

“Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi” (5237 sayılı TCK.m.109/3-c) nitelikli hali, 765 sayılı TCK'nın 180. maddesinin 1. fıkrasında “memuriyet işlerinden dolayı bir memur aleyhine suçun işlenmesi” şeklinde düzenlenmiştir.

Suçun “üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi” (5237 sayılı TCK.m.109/3-e) ve suçun “mağdurun ekonomik açıdan önemli bir kayba uğramasına sebep olması” (5237 sayılı TCK. m.109/4), eski TCK'nın 180. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. 180. maddede “failin usûl ve fürundan yahut karı kocadan biri tarafından diğeri aleyhine” işlenmesi ve 5237 sayılı TCK'dan farklı bir ifade ile “mağdurun şahsına veya sıhhatine veya malına bir zarar gelmesi” hali ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir.

765 sayılı TCK'nın 180. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hafifletici sebep, 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinde “Etkin Pişmanlık” başlığı altında düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da cezanın 1/6 dan 1/2 ye kadar indirilmesi söz konusu iken yeni düzenleme ile beraber artık cezanın 2/3' üne kadar indirilecektir.

Fiilin öç alma kastıyla işlenmesi (765 sayılı TCK.m.179/2), suçun dini veya milli bir maksatla işlenmesi (765 sayılı TCK.m.179/2), TCK'nın 499'uncu maddesindeki haller

⁷765 sayılı TCK'nın 187. maddesi;

“ Bir memur evvelki maddelerde beyan olunan cürümlerden birini işleyerek hususi bir maksada hizmet etmiş bulunursa cezası altında bir miktarında çoğaltılır. Şu kadar ki 185 inci maddede yazılı ağır cezayı nakdiye üç aydan üç seneye kadar hapis cezası ilâve olunur” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸ 765 sayılı TCK'nın 439. maddesi;

“Cebren kaçırmak sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimse yaralanmış olursa yarasının derecesine göre ceza üçte birden bir misline kadar artırılır ve eğer ölürse fail müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

dışında maddi çıkar sağlama kastıyla işlenmesi (765 sayılı TCK.m.179/2), siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlenmesi (765 sayılı TCK.m.179/2), mağdurun askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslimi için işlenmesi (765 sayılı TCK.m.179/2), suçun TBMM üyelerinden birine karşı işlenmesi (765 sayılı TCK.m.180), memurun bu suçu işleyerek özel bir amaca hizmet etmiş olması (765 sayılı TCK.m.187) 765 sayılı TCK’da yer alıp, 5237 sayılı TCK’nın 109. maddesinde yer almayan nitelikli hallerdir. Ayrıca 765 sayılı TCK’nın 184 ila 186. maddelerinde yer alan ceza ve tutukevi personeli tarafından mahkumlar ve tutuklular aleyhine işlenen hürriyeti tahdit suçlarına, 5237 sayılı TCK’nın 109. maddesinde yer verilmemiştir.

765 sayılı TCK’nın 499. maddesinde düzenlenen adam kaldırma suçu, yeni TCK da müstakil bir suç olarak düzenlenmemiştir. 499. maddenin 1. fıkrasında, hem hürriyeti tahdit ve hem de yağma suçu işlenmektedir. 5237 sayılı TCK’nın uygulanmasında ise, hürriyeti kısıtlama suçu için 109. maddesine göre, yağma suçu açısından ise 148. maddesine göre hüküm verilecektir⁹.

Fiilin kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi (5237 sayılı TCK.m.109/3-d), çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi (5237 sayılı TCK.m.109/3-f), suçun cinsel amaçla işlenmesi (5237 sayılı TCK.m.109/5), 765 sayılı TCK’da düzenlenmeyip, 5237 sayılı kanunun 109. maddesi ile kabul edilen nitelikli hallerdir. 5237 sayılı kanunda yer alan bir başka yeni düzenleme 109. maddenin 6. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

1.2. TARİHSEL GELİŞİM

1.2.1. Roma Hukukunda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Roma hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, ileri dönemlerde devletin egemenliği aleyhine suç sayılmıştır. Kişinin hareket hürriyetinin sınırlanması, kamusal gücün gasbı gibi değerlendirilerek kamusal cebir ile ilgili bir suç başlığı altında cezalandırılmaktaydı¹⁰. 1794 tarihli Prusya Devletleri için Umumi Memleket Hukukunun 1077’inci maddesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu, “birini cebirle vuran,

⁹ **Gökçen** Ahmet, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> ; erişim tarihi:3.11.2010)

¹⁰ **Gülşen** Recep, Hürriyeti Tahdit Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, S.29.

hapseden...” şeklinde ifade ederek bu fiili ferdi hürriyete karşı suç olarak kabul etmiştir¹¹. Cermen hukukunda kişi hürriyetinden mahrum etme fiili kişiye karşı suçlar arasında sayılarak cezalandırılmıştır. Müşterek hukuk uygulaması ise, bu suç bakımından Roma hukuku hükümlerini esas almıştır. Roma hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, kısmen *crimen vis*¹², kısmen de *injuria*¹³ suçu olarak kabul edilmiştir¹⁴.

1.2.2. İslam Hukukunda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

İnsan iradesinin hür olup olmadığı, insanın hareketlerini yönlendirme yeteneğinin olmaması halinde sorumluluğun nasıl açıklanabileceği sorunu İslâmiyetin doğuşundan sonra ele alınan konulardır. İrade hürriyeti açıklanırken Kur’andan faydalanılmış ve Kur’an önemli bir kaynak haline gelmiştir¹⁵.

İslam hukukuna göre, bir şahıs, bir kimseyi haksız yere zincire vursa veya hapsedse, hapis ve tazir cezasına çarptırılır. Hapsettiği kişiye karşı işlenmiş olan fiile karşı olarak cezası da aynen yaptığına eşit biçimde takdir edilmiş adil bir tazir cezasıyla uygulanabilir. Bu hukuk sisteminde tazir cezası, hakkında muayyen bir had ve kısas cezasını gerektirmeyen ve işlenilen suça karşılık olarak devlet başkanına ve onların naibleri olan hakimlere tayin ve tespiti bırakılan bir ceza türünü oluşturmaktadır. Bu ceza idam, müebbet veya muvakkat hapis, sürgün, dayak ve nasihat gibi cezaları içermektedir.

1.2.3. Osmanlı Hukukunda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Tanzimat dönemi öncesinde, Osmanlı İmparatorluğunda İslam hukuku hükümleri uygulandığından, hürriyetî tahdit suçu tazir cezasıyla cezalandırılmıştır.

Hürriyeti tahdit suçuna ilişkin olarak tanzimat dönemi kanunnamelerinden ilki, 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun 12. faslının 2. maddesinde “bade’l-muhakeme sabit olmayınca hiç kimsenin bila mucip habs ve nef’inin katiyen caiz olmayacağı” yönünde

¹¹ Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, S.310.

¹² *Vis*, kuvvet kullanma, maddi ve manevi zor kullanma suretiyle kişileri arzuları hilafına hareket etmeye veya etmemeye zorlama anlamına gelir. (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.310).

¹³ *Injuria*, dar anlamda maddi tecavüzleri, müessir fiilleri; geniş anlamda ise hukuka aykırı eylemleri, haksızlığı, adaletsizliği, hakkaniyete aykırılığı ifade eder. (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.310).

¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.310

¹⁵ Güriz Adnan, İrade Hürriyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1965-1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4. (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1965-1966-22-23-01-04/AUHF-1965-1966-22-23-01-04-Guriz.pdf> ; erişim tarihi:10.9.2010)

hüküm bulunmaktadır. Ancak asıl düzenleme, 1810 Fransız Ceza Kanununun tercümesi ile oluşturulan 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda yer almaktadır. Bu kanunun “Eşhas Hakkında Vuku Bulan Cinayet ev Cünhalarla Mücazat-ı Muterebbeleri” olan 2.babın “Hilaf-ı Usul Hapis ve Tevkif-i Eşhas ve Sabi (mümeyyiz olmayan küçük) ve Murahık (mümeyyiz küçük) Sirkatı ve Kız Kaçırarak Fezahatı” başlığını taşıyan 4.faslıının 203 ve devamı maddelerinde bu suç düzenlenmiştir¹⁶.

Fransız Ceza Kanununun 341. maddesinden alınan 1858 Ceza Kanunname-i Hümayununun 203. maddesinin 1. cümlesi, hükümetin emri olmaksızın ve kanun ve nizamlarının tayin ettiği usuller dışında bir şahsı hapis ve tevkif eden veya rehin alan kimsenin cezalandırılmasını öngörmüştür¹⁷. Bu maddenin 2. cümlesi ise, hapis ve tevkif olunan veya rehin alınan kimsenin saklanması için bilerek yer gösteren kimsenin de cezalandırılacağını belirtmiştir¹⁸.

Fransız Ceza Kanununun 344. maddesinin karşılığını oluşturan 204'üncü maddede, hürriyeti tahdit suçunun ağırlaştırıcı nedenleri sayılmıştır. 204. maddenin 1. fıkrasına göre, hürriyeti tahdit suçunun, memur kıyafetine girerek veya sahte hüviyet beyan ederek veya sahte emir göstererek gerçekleştirilmesi halinde failin cezalandırılacağı belirtilmiştir¹⁹. Maddenin 2. cümlesi, hürriyeti tahdit suçunun mağdurunu ölümle tehdit eden ya da ona eziyet eden failin aynı cezaya hükmedilmesi öngörülmüştür²⁰. Eğer hapsedilen ve tutulan şahsı gizlemek için bilerek yer göstermiş kimse, asıl faile iştirak ederek mağduru öldürme ile korkutmamış ise veyahut ona eziyet ve işkence etmemişse, 204. maddedeki ağırlaştırıcı halden değil, 203. maddeden cezalandırılacaktır²¹.

1858 Ceza Kanunname-i Hümayununun bu hükümleri 765 sayılı TCK'nın kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır. Hürriyetten yoksun kılma suçunu düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 179. maddesi, 1889 sayılı İtalyan Ceza Kanununun 146. maddesinden alınmıştır. Ancak,

¹⁶ **Gülşen**, S.31.

¹⁷ 203.maddenin birinci cümlesi: *”Her kim olursa olsun hükümet memurlarının emri olmaksızın ashab-ı töhmetin tevkifi hakkında kavanin ve nizamatin tayin etmiş olduğu usulün haricinde olarak bir şahsı hapis ve tevkif eyler veya rehin suretiyle saklar ise altı aydan üç seneye kadar hapis ile mücazat olunur”*. (Bkz. **Gülşen**, S.31).

¹⁸ 203.maddenin ikinci cümlesi: *”Bu suretle, hapis ve tevkif olunan veya rehin suretiyle saklanılan eşhası gizlemek için bilerek yer gösteren kimse dahi kezalik üç aydan üç seneye kadar hapis olunur”*. (Bkz. **Gülşen**, S.33).

¹⁹ 204.madde: *”tevkif-i eşhas cürmünü bir kimse devlet memuru elbise ve kıyafetine girerek veyahut sahte isim söyleyerek veyahut memurlar tarafından sahte emir göstererek icraya cesaret eyler ise hakkında muvakkat kürek cezası icra olunur. Kezalik tevkif olunan şahıs idam ile korkutulmuş veya hakkında cismen eziyet ve işkence edilmiş ise buna cesaret eden şahıs her halde muvakkat kürek cezasına müstehak olur”*. (Bkz. **Gülşen**, S.33).

²⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.311;**Gülşen**, S.33.

²¹ **Gülşen**, S.33.

sadece 765 sayılı TCK'nın 179. maddesinin 2. ve 180. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ağırlatıcı nedenler ve 180. maddenin son fıkrasındaki hafifletici sebep, mehzaz kanununun 146. maddesinde yer almaktadır. 765 sayılı TCK'nın 179. maddesinin 2 ve 3. fıkralarına 7.6.1979 gün ve 2245 sayılı kanunla eklenen ağırlatıcı sebeplerin ise mehzazda karşılığı yoktur. 765 sayılı TCK ise, 5237 sayılı TCK'nın kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır. Dolayısıyla, 765 sayılı TCK'nın hürriyeti tahdidi düzenleyen bu hükümleri, 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihi olan 1.1.2005 tarihine kadar uygulanmıştır.

1.2.4. 1982 Anayasasında Kişi Hürriyeti

1982 Anayasasının 19. ve Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinde “kişi özgürlüğü ve güvenliği” düzenlenmiştir. Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinde her ferdin hürriyete ve güvenliğe hakkı olduğunu belirttikten sonra özgürlükten yoksun kılmaya izin verilen halleri saymıştır. 1982 Anayasası da özgürlükten alıkonulma nedenlerini aynen benimsemiştir.

1982 Anayasasının 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği güvence altına alınmıştır. Bu madde keyfi bir şekilde özgürlükten yoksun tutulmaya karşı güvencedir. Anayasanın 19. maddesinin 1. fıkrasında, kişi hürriyeti ve güvenliği güvence altına alındıktan sonra devam eden fıkralarında kişi hürriyetinin hangi hallerde kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Bu kısıtlamanın ancak ve yalnızca kanunda gösterilen şekil ve şartlarda uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasadaki bu düzenleme ile birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı 109. maddesinde “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçu düzenlenmiş olup, kişi hürriyetini ve güvenliğini ihlal eden davranışlar suç sayılarak yaptırım altına alınmıştır.

1982 Anayasasının 19. maddesinde, hangi hallerde kişi hürriyetinin sınırlanacağı sayım yolu ile tek tek belirtilmiş, kanun koyucunun bu konudaki yetkisi sınırlanmıştır. Başka bir ifadeyle anayasa, özgürlükten yoksun bırakmaya izin verdiği durumları tek tek saymış olup birey için güvence getirmiştir. Anayasanın kişi hürriyetini sınırlamaya izin verdiği bu durumların artırılması mümkün değildir.

1982 Anayasası ancak mahkeme kararıyla özgürlükten yoksun bırakılabilme ilkesine geniş istisnalar getirmiştir. Bazı durumlarda hakim kararı olmadan da bu yola başvurulabilir. Hakkında gözetim altında ıslah kararı bulunan kişilerin, toplum için tehlike doğuran akıl hastalarının, uyuşturucu ve alkol tutkunlarının, hastalık yayabilecek kişilerin, hatta “serseri” diye deyimlenen kişilerin durumu bu istisnalardandır²².

²² **Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi**; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (Son değişikliklere Göre), 7.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005, S.151-152.

Anayasanın 19. maddesinin ilk fıkrasında iki kavram yer almaktadır. Bunlardan biri “kişi hürriyeti” diğeri de “kişi güvenliği” dir. Özgürlük ve güvenlik deyimleri bir bütün olarak ele alınmalıdır. Güvenlik sözcüğü özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunmasını anlatır²³.

1.3. TANIMLAMA SORUNU

Hürriyet kelimesi sözlükte, “*özgürlük*” olarak ifade edilmektedir²⁴. Özgürlük kelimesinin sözlük anlamı ise, “*herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu, serbesti; her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar ermesi durumu, hürriyet*” olarak ifade edilmiştir²⁵. Hürriyet hukuki anlamda ise, “*bireyin başkasına zarar vermeden istediği gibi davranması*” olarak tanımlanmaktadır²⁶.

Hürriyet, kişinin dilediği gibi hareket etmesi, onun belirli bir faaliyetini engelleyen veya sınırlayan bir kuralın bulunmaması anlamına gelmekle beraber²⁷, en basit anlamıyla, hürriyet, başkasına zarar vermemek şartıyla, her şeyi yapabilmektir²⁸. Hürriyet tek yönlü olmayıp çok yönlü bir kavramdır²⁹. Kişinin dilediği gibi hareket etme yani bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünün ihlali, Türk Ceza Kanunu'nda, inceleme konumuz olan, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturur. Kişiyi 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. İsteddiği gibi hareket edebilme hürriyeti, kişinin diğer hürriyetlerinin esasıdır. Kişi hürriyeti bir kül halinde sağlanmadıkça gerçek hürriyetten bahsedilmez³⁰.

²³ **İzgi Ömer/Gören Zafer**; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt I, Madde 1-78, TBMM Basımevi, Ankara 2002, S. 242.

²⁴ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Cilt 1, Ankara 1998, S.1014.

²⁵ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Cilt 2, Ankara 1998, S.1747.

²⁶ **Yılmaz Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005, S.964.

²⁷ Türk Hukuk Lügatı, 3.Baskı, Ankara 1991, S.136-137 (**Gülşen**, S.19).

²⁸ **Gülşen**, S.19.

²⁹ **Erol Haydar**, Gereçeli, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2.Cilt, Madde 82-183, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara-2010, S.2133.

³⁰ **Erem Faruk**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt II, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, S.1177-1178.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, hukuki anlamda, “*hürriyetten mahrum etme*” olarak tanımlanmaktadır³¹. Doktrin ve uygulamada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu ifade etmek üzere, “*hürriyetten mahrum etme*”, “*hürriyetten mahrum bırakma*”, “*hürriyetten mahrumiyet*”, “*özgürlüğü daraltma*”, “*özgürlüğü sınırlama*”, “*kişi hürriyetini kısıtlama*” gibi ibareler kullanılmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde “*hürriyeti tahdit*” ibaresi tercih edilmekteydi. Bizce yeni Türk Ceza Kanunu’ nun bu suç için kullandığı “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” ifadesi daha yerindedir. Hürriyetten yoksun kılma, eski kanun döneminde kullanılan “hürriyeti tahdit” ifadesine göre, kelime anlamı itibariyle daha geniş bir anlam içermektedir. Tahdit kelime anlamı olarak sınırlama anlamına gelir. Ancak yeni kanunun kullandığı hürriyetten yoksun kılma, sınırlamayı da içeren daha geniş bir kavramdır. Kanun koyucu yeni kanunda bu ifadeyi kullanarak daha geniş bir koruma sağlamak istemiştir.

1.4. BENZER SUÇ TIPLERİNDEN FARKLARI

1.4.1. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile Tehdit Suçu Arasındaki Farklar

Tehdit suçu, TCK’nın 106’ncı maddesinde düzenlenmiştir³².

Tehdidin koruduğu hukukî değer, kişilerin huzur ve sükunu olup, kişilerde güvensizlik duygusunun meydana gelmesi engellenmek istenmektedir. Bu nedenle, 106. madde ile insanın kendisine özgü sulh ve sükununa karşı işlenen saldırılar cezalandırılmış olmaktadır. Fakat, tehdidin bu maddeyle korumak istediği esas değer, kişinin karar verme ve hareket etme

³¹ Yılmaz, S.964.

³² Tehdit suçu 106. maddede:

“(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Tehdidin;

a) Silâhla,

b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,

c) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, İşlenmesi hâlinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir” şeklinde düzenlenmiştir.

hürriyetidir³³. Bu nedenle tehdit suçu hürriyete karşı suçlar arasında yer almaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ise TCK'nın 109. maddesinde düzenlenmiş olup, suçun koruduğu hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde özgür iradeleriyle hareket edebilme hürriyetidir. Her iki suçta da hareket etme hürriyeti korunduğundan korunan hukuki değer ortak olduğu söylenebilir.

TCK'nın 106. maddesinin 1. fıkrasında yaptırım altına alınan fiil, failin hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratılacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle mağduru tehdit etmesidir. Suçun varlığından söz edebilmek için ilerde bir saldırının gerçekleşeceğinin mağdura bildirilmesi gerekir³⁴. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cezalandırılan fiil ise, failin mağduru bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmasıdır. Tehdit suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda bir araç suç konumunda olabilir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinin 2. fıkrasında, failin, fiili işlemek için veya işlediği sırada tehdit kullanması hali, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Örneğin, A'nın, B'ye silah doğrultarak “kımıldarsan vururum” demesi hakinde tehdit suçu araç suç olarak kullanılmış olur.

Tehdit suçunun faili herkes olabilir. Buna ilişkin özel bir ağırlatıcı hale yer verilmemiştir. Yine herkes kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili olabilir. Ancak tehditten farklı olarak, bu suçun kamu görevlilerinin, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılmak suretiyle suçu işlenmesi hali, TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Tehdit suçunun mağdurunun belirli bir kişi ya da kişiler olması gerekir³⁵. Tehdidin mutlaka mağdurun şahsına yöneltilmesi gerekmez. Mağdurun yakınlarına karşı gerçekleştirilen tehdit de, mağduru korku ve endişeye sevk etmeye elverişli olması şartıyla ona karşı yapılmış sayılır³⁶. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ancak mağdurun bizzat kendisine karşı işlenebilir.

Tehdit suçunun konusu, mağdurun iç huzurudur. Bu nedenle tehdidin, mağdurun iç huzurunu bozmaya, onda korku ve endişe yaratmaya elverişli olması gerekir. Kişiyi

³³ Madde gerekisi.

³⁴ **Özbek** Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, S.678.

³⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.291; **Tezcan** Durmuş/**Erdem** Mustafa Ruhan/**Önok** Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, S.346.

³⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.292.

hürriyetinden yoksun kılma suçunun konusu ise, mağdurun serbestçe hareket edebilme hürriyetidir.

TCK'nın 106. maddesinin 2. fıkrasında suçun ağırlaştırıcı halleri düzenlenmiştir. Bunlar, suçun silahla işlenmesi, kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle işlenmesi, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi ve var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hâlidir. Maddenin 3'üncü fıkrasında ise başka bir ağırlatıcı hale yer verilmiş olup fıkroda; tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi hâlinde hem tehdit suçundan hem de bu suçlardan ceza verileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu fıkroda, gerçek içtima kuralına yer verilmiştir. TCK'nın 109. maddesinin 6. fıkrasında da benzer bir hüküm yer almaktadır.

Tehdit suçu re' sen soruşturulan bir suçtur. Ancak TCK'nın 106. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde, mağdurun malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratılacağı veya sair bir kötülük edileceğinden bahisle tehdit edilmesi, daha az ceza verilmesini gerektiren ve soruşturulması şikayete bağlı kılınan nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ise re' sen soruşturulan bir suçtur.

Her iki suçta ancak bilerek ve istenerek işlenebilen kasten suçlardandır.

1.4.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile Cebir Suçu Arasındaki Farklar

Cebir suçu, TCK'nın 108. maddesinde düzenlenmiştir³⁷.

Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Bu nedenle, bu suçta, mağdurun karar verme ve buna uygun davranma özgürlüğü korunmaktadır³⁸. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan hukuki yarar cebir suçuna benzemektedir. Bu suçta da cebir suçunda olduğu gibi, mağdurun özgür bir şekilde, kendi arzu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyeti korunmaktadır.

Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, cebir suçunun failine, kasten yaralama suçundan dolayı verilecek cezanın belli bir oranda artırılması ile elde edilen ceza verilir. Cebir suçunun faili, kişiyi hürriyetinden yoksun

³⁷ Cebir suçu, TCK'nın 108. maddesinde: “Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, S.386.

kılma suçunda olduğu gibi herkes olabilir. Bu suçta mağdur açısından da herhangi bir özellik arz etmez.

Cebir suçunda yaptırım altına alınan fiil, bir kişiye karşı cebir kullanmaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda ise, mağdurun bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakması fiili cezalandırılmaktadır.

Cebir suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda olduğu gibi genel kastla işlenebilen bir suçtur. Ancak suçun, özel kastla işleneceğini düşünen yazarlar da vardır³⁹.

Cebir suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda bir araç suç konumunda olabilir. Cebir, başka bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı hali olarak belirtildiği hallerde, bileşik suç kuralları gereğince, fail, cebir suçundan değil, cebrin unsur ya da nitelikli hali olarak yer aldığı suçtan dolayı cezalandırılır. Nitekim cebir suçu, TCK'nın 109. maddesinin 2. fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Cebir suçunun soruşturulması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gibi re' sen soruşturulan bir suçtur.

1.4.3. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu Arasındaki Farklar

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu, 5237 sayılı TCK'nın "aile düzenine karşı suçlar" başlığı altında yer alan 234. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁰. TCK'nın 234. maddesine 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı kanunun 10. maddesiyle üçüncü bir fıkra eklenmiştir.

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuyla korunan hukuki değeri karma nitelik taşımaktadır⁴¹. Bu suç ile, velinin, vasinin veya bakım ve gözetim yetkisine sahip kimselerin aile hukukundan doğan velayet ve vesayet haklarını ihlal edenin cezalandırılması amaçlanmıştır. Ayrıca, on altı yaşından küçüğün rızasının fiili suç olmaktan çıkarmayacağı da göz önüne alınarak küçüğünde kendi kendisine karşı da korunması amaçlanmıştır. Madde

³⁹ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.710.

⁴⁰ TCK'nın 234.maddesi: “ (1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısımının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması hâlinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

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

(3) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.638.

gerekçesinde de, bu maddeyle çocuk üzerindeki velâyet veya vesayet haklarının korunduğu belirtilmektedir. Ayrıca 234. madde yer alan bu suç, cebir ve tehdit kullanılarak işlenebileceğinden, küçüğün beden bütünlüğü, iç huzuru, serbestçe karar verme hürriyeti de korunmaktadır. Suçun koruduğu hukuki değer kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile benzerlik göstermektedir. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda da esasen çocuğun, bir yere gitmek ve bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kılınması söz konusudur. Ancak bu suçta ayrıca çocuk üzerindeki velâyet veya vesayet hakları da korunmaktadır.

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun 1. fıkrasında yaptırım altına alınan fiil, on altı yaşını bitirmemiş küçüğün cebir veya tehdit kullanılmaksızın kaçırılması ve alıkonulmasıdır. 2. fıkrasındaki fiil ise, on altı yaşını bitirmemiş küçüğe karşı bu suçun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş olması ya da on iki yaşını bitirmemiş çocukların kaçırılması ve alıkonulmasıdır. 3. fıkrada yer alan cezalandırılan fiil ise, kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutmaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cezalandırılan fiil ise, failin mağduru bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmasıdır.

Belirtmek gerekir ki, küçüğün veli, vasi ya da bakım ve gözetimi altında bulunduğu kimselerin yanından, onların muvafakatleri ile kaçırılması ve alıkonulması bu suçun oluşturmayacaktır. Ancak, söz konusu rıza, velayet hakkından kaynaklanan terbiye, tedip, bakım ve gözetim yetkilerinin sınırlarını aşar tarzda olmamalıdır. Aksi takdirde, çocuğa karşı TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olur⁴².

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun faili, velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya baba ya da üçüncü derece kan hısımlarıdır. Ancak kayın hısımlar tarafından çocuk kaçırılır veya alıkonursa, genel hüküm olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu uygulanır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili herkes olabilir. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda olduğu gibi bir özellik arz etmez.

Bu suçun mağduru ise, küçüğün velisi, vasisi veya bakım ve gözetimi altında bulundurduğu kimse ve bizzat küçüktür. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru herkes olabilir.

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu kasten işlenebilen bir suçtur ve re' sen soruşturulur. Ancak 234. maddenin 3. fıkrasına giren hallerde suçun soruşturulması ve kovuşturulması için şikayet koşulunun gerçekleşmesi aranacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu re' sen takip edilen bir suçtur.

⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.643.

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN UNSURLARI ve SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.1. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Korunan hukuki yarar, yasa koyucuyu tipi düzenlemeye iten soyut menfaati ifade eder⁴³. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun koruduğu hukuki yarar, kişinin iradesine göre o anda kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın sahip olduğu hareket özgürlüğü, yani yer değiştirme olanağıdır⁴⁴. 109. maddenin 1. fıkrasında “bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan” ın cezalandırılacağı belirtilerek bireylerin özgür iradeleriyle hareket edebilme serbestileri korunmuştur. Amaç, kişinin iradesine uygun olarak hareket özgürlüğünün sağlanmasıdır⁴⁵. Hareket serbestisi sadece hareket etme özgürlüğünü değil aynı zamanda hareket etmeme özgürlüğünü de kapsar. Çünkü normun himaye ettiği menfaat kişinin fiziki, hareket etme veya hareket etmeme, bir yerde kalma özgürlüğüdür. Söz konusu kavramlar geniş anlaşılmalıdır⁴⁶. Bu nedenle bu madde hükmü, mağdurun bir yere kapatılması fiillerine münhasır değildir. “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” tabirinin geniş yorumlanması gerekir. Kanun koyucu da, kişi hürriyetini en geniş şekilde korumak istemiştir⁴⁷.

Madde gerekçesinde, “*Bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir. Kişiler, bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda tercihte bulunma serbestisine sahiptirler. Söz konusu suç işlenmekle kişinin bir yerde kalma ve bir yere gitme hürriyeti ihlâl edilmiş olmaktadır*” denmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin suç olarak düzenlenmesiyle, kişilerin hareket serbestisini, fiziki özgürlüklerini hukuka aykırı bir biçimde kısıtlayan kişinin cezalandırılması amaçlanmaktadır⁴⁸. Suçun işlendiği sırada mağdurun hareket etmek isteyip istemediği veya fiilden haberi olup olmadığı önemli değildir. 109. madde ile kişinin dış

⁴³ **Özbek Veli Özer / Kanbur Mehmet Nihat / Bacaksız Pınar / Doğan Koray / Tepe İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, S.201.

⁴⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.364.

⁴⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.313;**Hafizoğulları Zeki / Özen Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, U.S.A. Yayıncılık, Ankara 2010, S.176.

⁴⁶ **Soyaslan Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, S.198.

⁴⁷ **Erem Faruk / Toroslu Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara 2003, S.86.

⁴⁸ **Gökçen Ahmet**, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> ; erişim tarihi:3.11.2010)

hürriyeti olarak da adlandırılan, kişilerin kendi arzu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme, yer değiştirme hürriyeti de korunmak istenmiştir⁴⁹.

Bazı yazarlara göre, bu suç ile korunan hukuki yarar, kişi güvenliği ve seyahat hürriyetidir⁵⁰. Bazı yazarlara göre ise de, bu suçu öngören norm dar anlamda kişi özgürlüğünü yani bireyin hareket edebilme özgürlüğünü korumaktadır. Dolayısıyla bu suçun hukuki konusu bireyin hareket edebilme özgürlüğüdür⁵¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile bireyin vücut dokunulmazlığının da koruma altına alınmak istendiği söylenebilir, suçun işlenmesinde zorunlu olmasa da genellikle zor kullanılmakta veya hürriyeti kısıtlanan kişinin uzun süre kötü şartlarda yaşamak zorunda bırakılmaktadır⁵².

Ayrıca bu suç kamu görevlisi tarafından işlenmiş olsa bile, hürriyete karşı suçlar içinde ele alınır⁵³. 5237 sayılı TCK'da fiilin "*kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi*" 109. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde, 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak, hürriyeti tahdit suçu memur tarafından görevi kötüye kullanmak suretiyle işlenmiş olursa, kamu idaresine ait yarar da zarar görmekteydi. Fakat öncelikli hukuki yarar, kişinin hürriyetinin korunması olduğundan, memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu (TCK.m.181) "devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler" içinde değil, "hürriyet aleyhine işlenen cürümler" içinde düzenlenmiştir⁵⁴. Nitekim 765 sayılı TCK'nın 181. maddesi memurun işlediği hürriyeti tahdit suçunu, 187'inci madde ise nitelikli halini düzenlemektedir.

⁴⁹ **Üzülmez** İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde

Tehdit, Santaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 24

⁵⁰ **Şen** Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Madde 1-madde 140, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006,S.438.

⁵¹ **Toroslu** Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2009, S.82.

⁵² **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.717.

⁵³ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.364-365.

⁵⁴ **Tezcan** Durmuş / **Erdem** Mustafa Ruhan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Şafak Matbaacılık, İzmir 2000, S.16.

2.2. SUÇUN UNSURLARI

2.2.1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

2.2.1.1. Suçun Maddi Konusu

Hareketin konusu, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği maddi şeydir⁵⁵. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun maddi konusu, gerçek kişi mağdurun bedenidir. Bu suçta kişinin bir yere gitme ve bir yerde kalma özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olduğundan, bu suçun oluşması için mağdurun bedeninin bir yere gitmekten veya bir yerde kalmaktan alıkonulması söz konusudur.

2.2.1.2. Fail

Suçun kanuni tarifindeki fiili gerçekleştiren kimseye fail adı verilmektedir⁵⁶. 5237 sayılı TCK'nın 37. maddesi faili, suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri olarak tanımlamıştır. Ancak gerçek kişiler fail olabilir, tüzel kişilerin fail olması mümkün değildir.

Herkes kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili olabilir. Fail ile ilgili herhangi bir özellik aranmamaktadır. Ancak fail kamu görevlisi ise ve görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle suçu işlemesi halinde, failin cezası 5237 sayılı TCK'nın 109. maddenin 3. fıkrasının (d) bendi uyarınca artırılır. Ayrıca fail ile mağdur arasında üstsoy, altsoy ilişkisi varsa ya da fail ile mağdur evli ise, failin cezası aynı fıkranın (e) bendi uyarınca artırılır. Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde ise failerin cezası (b) bendi uyarınca artırılır.

2.2.1.3. Mağdur

Suçun mağduru, suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan kişilerdir⁵⁷. Mağdur kelimesi, “*kadre uğramış kişi*”, “*haksızlığa uğramış kişi*” anlamına gelmektedir⁵⁸. Mağdur ancak gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler veya devlet ancak suçtan zarar gören

⁵⁵ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.201;**Koca** Mahmut / **Üzülmez** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, S.147.

⁵⁶ **Hakeri** Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, S.124;**Koca/Üzülmez**, S.144.

⁵⁷ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.200.

⁵⁸ **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, S.197;**Koca/Üzülmez**, S.146.

olabilir⁵⁹. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da yalnızca gerçek kişiler mağdur olabilir, tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazlar.

Çoğu suçta mağdur ile suçtan zarar gören aynı kişidir. Örneğin hırsızlık suçunda suçun mağduru, aynı zamanda suçtan zarar gören olup, malı çalınan kişidir. Ancak bazı suçlarda mağdur ile suçtan zarar gören kavramı birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin insan öldürme suçunda mağdur maktül iken; suçtan zarar gören, maktülün mirasçılarıdır⁶⁰.

Bir kimse, bir suçta hem mağdur hem fail olmaz⁶¹. Kural olarak herkes kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olabilir. Başka bir anlatımla isnad yeteneğine bakılmaksızın herkes bu suçun mağduru sıfatını alabilir⁶². Ayrıca hürriyeti kısıtlanan kişinin sağ olması gerekir. Ölü kişiye karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenemez.

Suçun mağduru, teknik araçla veya başkasının yardımıyla da olsa, hareket serbestisine yani yer değiştirme yeteneğine sahip kişidir⁶³. Doktrinde hareket serbestisine hiç sahip olmayan ya da belli zaman için hareket serbestisine sahip olmayanların, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olup olmayacakları tartışılmıştır. Örneğin felçli bir kimsenin, ağır hastanın, akıl hastasının, kendini bilemeyecek derecede sarhoş ya da uykuda olanın, uyuşturucu maddenin etkisi altında olanın ya da baygın kimsenin hürriyetinin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı tartışılmıştır⁶⁴.

Bu konuda doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüşe göre, o an için hareket yeteneği olmayan kişiler de bu suçun mağduru olabilir. Ayrıca bu suç ile korunan hukuki yarar, aynı zamanda kişinin bir yerde kalma hürriyeti olduğundan, felçli bir hasta veya uyumakta olan bir kişi hatta henüz yürüme yeteneğine sahip olmayan bir çocukta bu hürriyete sahiptir⁶⁵.

Kişinin hareket hürriyeti, mağdur kim olursa olsun şartsız, objektif ve akıl sağlığı veya olgunluk derecesinden bağımsız olarak korunmaktadır. Dolayısıyla objektif olarak her nasılsa hürriyeti sınırlanan herhangi bir kişi mağdur sayılabilecektir⁶⁶. Bu nedenle akıl hastaları,

⁵⁹ **Koca/Üzülmez**, S.146;**Özgenç**, Genel Hükümler, S.198;**Hakeri**, Genel Hükümler, S.126.

⁶⁰ **Hakeri**, Genel Hükümler S.126.

⁶¹ **Hakeri**, Genel Hükümler, S.126;Koca/Üzülmez, S.147.

⁶² **Erol Cihan**, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit) (TCK.m.179), İÜHFİM. C.: XLI, Yıl 1975, Sayı 1-2, S.52.

⁶³ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.365.

⁶⁴ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.321.

⁶⁵ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.717.

⁶⁶ **Gülşen**, S.45-46;**Üzülmez İlhan**, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa.1,2, Y.2007

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/ilhan_uzulmez_46.pdf ; erişim tarihi:13.11.2010)

felçliler, yatalaklar da mağdur olabilirler. Anayasada güvence altına alınan kişi hürriyeti şartsız ve mutlak olduğundan, irade yeteneği olmayanlar ya da hareket etme yeteneğine sahip olmayanlar da suçun mağduru olabilirler⁶⁷.

Aynı yönde bir görüşe göre, mağdur uykuda olsa ya da sarhoş olsa, uyandığında veya kendine geldiğinde hareket etme yönünde irade oluşturma yeteneği bulunan bir kişi olduğundan, bu kişilere karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenebilmektedir. Ancak tamamlanmış bir hürriyeti sınırlamadan bahsedilebilmesi, bu kişilerin uyanıp veya ayılıp, istedikleri yönde hareket edememeleri halinde mümkündür. Burada ayılmaktan maksat sarhoşun sarhoşluğun etkisinden kurtulması değil, iradi olarak hareket etme yeteneğini yeniden kazanmasıdır⁶⁸.

Aynı yönde bir başka görüşe göre de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, akıl hastasına veya temyiz kudreti olmayan bir kimseye karşı da işlenebilir⁶⁹. Kanun koyucu beden ve ruh bakımından kendisini koruyamayacak kimselere karşı suçun işlenmesini 109. maddenin 3. fıkrasının (f) bendi uyarınca nitelikli hal saymıştır. Ancak bu suçun akıl hastalarına karşı işlenip işlenemeyeceği konusunda, bunların bilinç ve irade serbestilerinin ne derece azalmış olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir⁷⁰.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için, mağdurun hareket edebilme, yer değiştirebilme özgürlüğünü fiilen kullanabilme durumunda olup olmaması aranmaz. Ancak var olan bilincine ve var sayılan iradesine göre, hukuka aykırı olarak bulunduğu yerden ayrılmasına izin verilmez ya da kalmak istediği halde oradan istemediği şekilde ve istemediği bir yere götürülürse kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşur. Bu nedenle akıl hastasının, geçici olarak bilinci kaybolanın, temyiz kudreti bulunmayanın bu suçun mağduru olmasına engel yoktur⁷¹.

Mağdurun fiilin işlendiği sırada hareket serbestisini kullanma imkanına sahip olup olmaması veya onu kullanmak isteyip istememesi önemli değildir. Mağdurun o andaki aktüel hareket serbestisi korunduğu gibi potansiyel hareket serbestisi de korunmaktadır. Bu nedenle mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmesi suçun meydana gelmesi için şart

⁶⁷ **Gülşen**, S.43.

⁶⁸ **Üzülmez** İlhan, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa.1,2, Y.2007 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/ilhan_uzulmez_46.pdf ; erişim tarihi:13.11.2010)

⁶⁹ **Gökçen** Ahmet, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> ; erişim tarihi:13.11.2010)

⁷⁰ **Toroslu**, S.82.

⁷¹ **Malkoç** İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178), Birinci Cilt., Malkoç Kitapevi, Ankara-2008, S.1023.

değildir⁷². Örneğin hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmeyen bayılmış bir kimse veya kendini bilmeyecek derecede sarhoş olan kişi de suç da mağduru olabilir⁷³.

Karşı yönde olan ikinci görüşe göre ise, 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 işlenmez⁷⁴. Örneğin yeni doğmuş bir çocuğun beşiğine bağlanması halinde, kişi hürriyetinden mahrum etme suçu işlenmiş sayılmaz⁷⁵. Ancak irade serbestisine sahip küçükler hakkında bu suç işlenebilir. Yine aynı görüşte olan bazı yazarlar, çok küçük yaştaki çocukların suçun mağduru olmayacaklarını, bu çocukların potansiyel olarak dahi hareket etme serbestisi olmadığını bu nedenle suçun mağduru olamayacaklarını belirtmektedirler⁷⁶.

Biz birinci görüşe katılmaktayız. Kişi hürriyeti, Anayasa ile güvence altına alınan, mutlak bir hürriyet olup, kişinin irade yeteneğine ya da hareket etme yeteneğine sahip olup olmadığına ya da bu yeteneğini kullanmak isteyip istememesine bakılmaksızın herkesin sahip olduğu bir hürriyettir. Suç ile korunan hukuki yarar kişinin hareket etme ya da etmeme serbestisi olduğundan, felçli bir hastanın, akıl hastasının, temyiz kudreti olmayan bir kimsenin veya yürüme yeteneği olmayan birinin bu suçun mağduru olabileceği kanaatindeyiz.

Mağdurun yaşı bu suçta çok önemlidir⁷⁷. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının (f) bendine göre, suçun çocuğa karşı işlenmesi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halini oluşturur. 5237 sayılı TCK'nın 6/1-(b) maddesi uyarınca çocuk; "henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi" demektir. 765 sayılı TCK'nın 182. maddesinin 1. fıkrasında suçun on beş yaşına girmeyen kişiye karşı işlenmesi hali, aynı maddenin 2'nci fıkrasında da mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hali özel olarak düzenlenerek mağdurun yaşının önemi belirtilmiştir.

⁷² **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.322 ; Gülşen, S.43.

⁷³ **Aydın** Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel-Özel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, S.199.

⁷⁴ **Erem**, S.1179.

⁷⁵ **Erol** Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit) (TCK.m.179), İÜHF. C.: XLI, Yıl 1975, Sayı 1-2, S.32.

⁷⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.366.

⁷⁷ "Suçun oluşumuna ve niteliğinin belirlenmesine etkisi nazara alınarak, yaş tespitine esas film ve grafikleri temin edilerek dosyada mevcut sağlık kurulu raporu ile birlikte Adli Tıp Kurumuna gönderilerek mağdurenin suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine, radyoloji uzmanının bulunmadığı hastane sağlık kurulu raporu ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması" (Yrg.5.CD.15.6.2009 tarih ve 16226/7298 sayılı kararı; **Parlar** Ali/**Hatipoğlu** Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, 76-150.Maddeler, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2010, S.1824-1825).

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdurunun failin üstsoyu, altsoyu ya da eşi olması halinde failin cezası 5237 sayılı TCK'nın 109. maddenin 3. fıkrasının (e) bendi uyarınca artırılır. Yine bu suçun mağdurun kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde, failin cezası aynı fıkranın (c) bendi gereğince artırılarak verilecektir.

2.2.1.4. Hareket

Hareket, insanın dış dünyada beliren iradi davranıştır⁷⁸. 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesini 1. fıkrasında yaptırıma bağlanan fiil, “*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma*” şeklinde ifade edilmiştir⁷⁹. 109.maddenin gerekçesinde ise, “*Söz konusu suç, bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasıyla oluşmaktadır. Örneğin kişinin bir yere kapatılması, bir yerde tutulması veya bir yere götürülmesi veya bir yere gitmekten men olunması filleri, bu tanıma göre ceza yaptırımını gerektirmektedir*” şeklinde belirtilmektedir.

765 sayılı TCK'nın 179. maddesinin 1. fıkrasında, “*Bir kimsenin diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum etmesi*” fiili cezalandırılmaktaydı. Görüldüğü üzere 765 sayılı TCK'da sadece kişi hürriyetinden bahsedilmiş, ancak 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi somutlaştırılmamıştı. Oysa yeni TCK'da, eski kanundan farklı olarak genel olarak hürriyetin kısıtlanmasından bahsedilmemiş, bir kimsenin bir yere gitmesinin ve bir yerde kalmasının engellenmesi olarak tanımlanmıştır. Madde uyarınca kişinin iradesine aykırı olarak bir yere gitmesine ya da bir yerde kalmasına yönelik hareketler suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler olarak kabul edilecektir⁸⁰.

Kişi hürriyeti, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak dışındaki halleri de kapsayabilecek soyut ve kapsamlı bir kavramdır. Bu nedenle kanun koyucunun kişi

⁷⁸ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.201.

⁷⁹ “5237 sayılı TCK'nın 109.maddesinin, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma şeklindeki suçun unsurlarının düzenlenmesi ve oluş ve kabule göre de sanığın okul tuvalet kabininde mağdurenin boğazına bıçak dayamak suretiyle 15 dakika burada tutup bırakmaması şeklinde gerçekleşen eyleminde atılı suçtan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı gerekçeyle hüküm kurulmasına yer olmadığına dair karar verilmesi” (Yrg.5.CD.9.7.2009 tarih ve 7056/94238 sayılı kararı; **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1824).

⁸⁰ **Donay** Süheyl / **Kaşıkcı** Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, S.160-161.

hürriyetinin kapsamını “bir yere gitmek veya bir yerde kalmak” şeklinde belirlemesi, somutlaştırması yerinde olmuştur⁸¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu, suç tipi itibariyle seçimlik hareketli bir suçtur. Bu suç, mağdurun bir yere gitme hürriyetinden yoksun bırakılması veya mağdurun bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması şeklinde işlenebilir.

2.2.1.4.1. Mağdurun Bir Yere Gitme Hürriyetinden Yoksun Bırakılması

Kişinin belirli bir yer ve zamanda hareket etmemeye zorlanması halinde kişi hürriyeti ihlal edilmiş olur. Örneğin hareket serbestisini sınırlayacak şekilde bir kişinin kollarını, ayaklarını bir ağaca veya yatağa, sandalye ya da benzeri bir yere sıkıca bağlanması halinde kişi bir yere gitme hürriyetinden yoksun bırakılmış olur .

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun bulunduğu yerden ayrılmasını engelleyen hareketlerle de işlenebilir⁸². Örneğin mağduru bir yere kapatma, ilaç veya narkoz ile bayıltma, yalan haber vererek kişinin ayrılmasını engelleme, vahşi hayvanla tehdit ederek engelleme, uzak, تنها ve çevre ile bağlantısı belli araç ve şekillerle olabilen yerlerde bu araçların kullanılmasını engellemekle bu suç işlenebilir⁸³. Kişi hürriyetinden yoksun kılma yalnızca hareket serbestisini engellemekten ibaret olmayıp, mağduru kapalı olduğu yerden çıkarmamakta bu kapsama girer .

Mağdurun yer değiştirmesi için zorunlu araçları alıp götüreren veya tahrip eden kişi, bu suçu işlemiş olur. Örneğin, felçli bir kimsenin tekerlekli koltuğunun, ayağı kırık birinin koltuk değneklerinin, yatak ya da banyoda çıplak birinin elbiselerinin saklanması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun en fazla işleniş şekli mağdurun kaçırılarak bir yere kapatılması şeklindedir. Ancak suçun oluşabilmesi için mutlaka mağdurun bir yere kapatılmasına gerek yoktur. Kişiyi tutmak suretiyle, bir yere bağlamak, zincirlemek suretiyle,

⁸¹ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.314; **Üzülmez İlhan**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Hürriyet Aleyhine İşenen Suçlar, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, Sayı 5, Ocak 2005, S.103.

⁸² “*Dış ilişkiler sorumlusu olduğunu beyan ettiği gazinoda oryantal olarak çalışan müşterinin işten ayrılmak istediğini belirtmesi üzerine bunu engellemek amacıyla kaldığı evin kapısını dışarıdan kilitleyip, hukuka aykırı olarak müşterinin hürriyetini sınırlayan ve müşterinin ihbarı üzerine güvenlik güçleri ile giderek kapıyı dışarıdan açan sanığın kanıtlanan bu eylemi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu halde yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi*” (Yrg. 8.CD. 12.9.2006 tarih ve 2006/218-2006/6638 sayılı kararı; **Artuç Mustafa/Akkaya Çetin/Gedikli Cemil**, 2006-2007-2008 İçtihatları ile Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, S. 715)

⁸³ **Malkoç**, S.1025.

arabaya bindirip belli bir süre sonra alınan yere bırakılmasıyla da yoksun bırakılabilir. Önemli olan hareketin hukuka aykırı olmasıdır.

2.2.1.4.2. Mağdurun Bir Yerde Kalma Hürriyetinden Yoksun Bırakılması

5237 sayılı TCK'nın 109'uncu maddede açıkça belirttiği üzere, mağdurun hukuka aykırı olarak bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması da bu suç tipini oluşturur. Örneğin kamunun kullanımına açık bir yerde bulunan mağdurun zorla buradan dışarı çıkarılması bu suçu oluşturur.

Kişinin yer değiştirme hürriyeti, kişi hürriyetinden tamamen veya kısmen yoksun bırakılmak suretiyle kaldırılabilir. Kaçma imkanı bertaraf edilen mağdurun hürriyeti sınırlandırılmış olur.

Mağdurun sabit bir yerde bırakılması, tutulması, bir yerden çıkışına yapay engellerin konulması suretiyle çıkmasının imkansız kılınması yani hapsedme, alıkoyma, yakalama ve tutma gibi durumlarda hürriyetten yoksun kılma gerçekleşir.

Kanun maddesinde fiilin işleniş şekli bakımından herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu nedenle hürriyetten yoksun bırakma şekli, kanunda özel olarak düzenlenmediği için serbest hareketli bir suçtur. Örneğin içeride bulunan kişiye fark ettirmeden odanın kapısının kilitlemesi, mağaranın çıkışının kapatılması, çıkışı veya inişi sağlayan merdivenin kaldırılması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olur⁸⁴. Ancak herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmaması kaydıyla suç işlenmiş sayılacaktır⁸⁵.

Sadece cebir yoluyla değil, tehdit ve hile ile de kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak mümkündür. Mağdurun üzerinde zor kullanarak kontrol altına alınması halinde cebirle hürriyetten yoksun kılma söz konusudur. Bir kimseye veya o kimsenin yakınına gelecekte kötülük edeceğinden bahisle bir yerde zorla tutmak tehditle hürriyetten yoksun kılmaya; uydurma haberler vermek suretiyle bir kimsenin bir yere gitmesine veya gitmemesine sebebiyet vermek hile ile suçun işlenilmesine örnektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşması için failin mağdura karşı fiziksel temasta bulunması zorunlu değildir. Örneğin tek bir çıkış kapısı olan bir yerde, failin, mağdurun önüne dikilerek onun çıkmasını engellemesi halinde yine bu suç oluşacaktır.

⁸⁴ **Toroslu**, S.83.

⁸⁵ **Şen**, S.439.

Önemli olanın mağdurun özgürce hareket edebilme hürriyetinin fail tarafından kısıtlanmış olması olduğundan bunun şekli önem taşımaz⁸⁶.

Kişinin hareket serbestisini engelleyici hukuka aykırı her türlü fiil 109'uncu maddenin kapsamına girer. Diğer bir anlatımla, fail tarafından yaratılan bir engelin, mağdurun yer değiştirme imkanını kısa veya uzun bir süre için tamamen veya kısmen ortadan kaldırması kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini oluşturur⁸⁷.

Hürriyetten yoksun kılma, kısa veya uzun süre devam edebilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın süresinin kısa veya uzun olmasının suça etkisi yoktur⁸⁸. 5237 sayılı TCK'da özgürlüğü sınırlama süresi konusunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır⁸⁹. Ancak eylemin belirli bir önemi olması gerekir. Örneğin kişiyi elinden veya kolundan bir an için tutmak, çıkışını çok kısa bir süre için engellemek bu suçu oluşturmaz. Çünkü kişiyi hürriyetinden yoksun kılma kesintisiz (mütemadi) bir suçtur. Kişinin hareket hürriyetinin temadi teşkil edecek, önemli sayılabilecek bir süre sınırlandırmış olması gerekir. Bu nedenle anlık hareketler bu suçu oluşturmaz ancak bu hareketler unsurları oluşmuşsa kasten yaralama, cinsel taciz gibi başka suç tiplerini oluşturabilir. Her somut olayda hürriyetten yoksun kılınan sürenin, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma niteliğini taşıyıp taşımadığının ve hareketin ağırlığının hakim tarafından değerlendirilmesi gerekir. Bu sürenin uzun olması, cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesinde adil bir gerekçe olacaktır⁹⁰.

Ceza hukukunda hareketin şekli bakımından icrai ve ihmali hareket olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır⁹¹. İcrai hareket, hukuki yarara tecavüz teşkil eden bir hareketin yapılması; ihmali hareket hukuki yararı koruyan hareketin yapılmaması anlamına girer⁹². İhmali suçlar da gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

Gerçek ihmali suçlar, kişiden icrai bir davranış yapmaması sonucu işlenen ve sırf garantörlük şartının öngörülmediği suçlardır. Başka bir ifadeyle, gerçek ihmali suçlar, ihmali hareketin suç tipinde gösterildiği, kanunda tarif edilen belli bir emredici normun kasten yerine

⁸⁶ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.718.

⁸⁷ **Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Ahmet Caner**; Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Madde 76-131, 3.Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, S.2815.

⁸⁸ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2813;**Tezcan/Erdem/Önok**, S. 368.

⁸⁹ **Artuç Mustafa**, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, S.845.

⁹⁰ **Arslan Çetin / Azizağaoğlu Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara 2004, S.499.

⁹¹ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.212;**Hakeri**, Genel Hükümler, S.146.

⁹² **Hakeri**, Genel Hükümler, S.146.

getirilmemesiyle gerçekleşen suçlar olup bu suçlar sırf hareket suçlarıdır⁹³. Gerçek ihmali suçlara, sırf ihmali suçlar da denmektedir⁹⁴.

Gerçek olmayan ihmali suçlar ise, aslında olumlu hareketle işlenebilen suçun olumsuz hareketle işlenmesidir⁹⁵. Bu da ancak, belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan başka bir anlatımla garantörlük altında olan fail tarafından işlenebilir⁹⁶. Bu suçlara, ihmal suretiyle icra suçları, görünüşte ihmali suçlar, garantörsel ihmali suçlar ya da gerçek olmayan ihmali suçlar da denilebilir⁹⁷.

Gerçek olmayan ihmali suçlar neticeli suçlardır ve bu suçlarda mutlaka neticeyi önleme yükümlülüğünün (garantörlük durumunun) bulunması gereklidir. Bu nedenle öğretilerde bazı yazarlar, icrai hareketle işlenebilen suçun hangi koşullarda ihmali hareketle işlenebileceğinin, yani ihmalin icraya eşdeğerlilik koşulunun kanunun genel hükümler kısmında yapılacak bir düzenleme ile tüm suçlar bakımından belirlenmesi gerektiğini savunmuşlardır⁹⁸. Kanun koyucunun bu tutumunun, diğer suçların ihmali hareketle işlenmesi halinde cezalandırılmayacağı şeklinde yorumlanabileceğini ve bu tereddütleri ortadan kaldırmak için mutlaka genel hükümler kısmında bir düzenlemenin yapılmasına ihtiyaç olduğunu belirtmişlerdir⁹⁹.

TCK'da sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarında, ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılacağı belirtilmiştir (TCK.m.83,88,94/5). TCK'nın bu düzenlemesi karşısında ise, genel nitelikteki bir hükmün eksikliği nedeniyle, bu sayılan suçların dışında kalan suçların, ihmali bir hareketle işlenmesi halinde cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışma yaratmıştır. Örneğin inceleme konumuzu oluşturan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ihmali hareketle işlendiği takdirde cezalandırılacak mıdır? TCK'nın 109. maddesinde suçun ihmali hareketle işlenmesi ile icrai hareketle gerçekleştirilmesi arasında yaptırım bakımından bir fark bulunmamaktadır¹⁰⁰. Ancak öğretilerde bazı yazarlar, her ne kadar suç tipi ihmali hareketle işlenebilir olsa da, 5237 sayılı TCK'nın ihmali suçları genel hükümlerde düzenlemek yerine çeşitli suç tiplerinde özel olarak düzenlemiş olması karşısında, 109. maddede, suçun ihmali bir hareketle işlenebileceği açıkça düzenlenmemesi sebebiyle, suçu ihmali davranışla işleyen kişinin cezalandırılmasının

⁹³ **Koca/Üzülmez**, S.350.

⁹⁴ **Hakeri**, Genel Hükümler, S.149.

⁹⁵ **Demirbaş** Timur, Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, S.219.

⁹⁶ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.212;**Koca/Üzülmez**, S.352;**Özgenç**, Genel Hükümler, S.208.

⁹⁷ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.212;**Hakeri**, Genel Hükümler, S.150;**Demirbaş**, S.218.

⁹⁸ **Koca/Üzülmez**, S.353;**Hakeri** Hakan, "İhmali Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl:2, 2007/4, S.169.

⁹⁹ **Hakeri**, İhmali Suçlar, CHD, S.169.

¹⁰⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.316.

mümkün olmayacağını düşünmektedirler¹⁰¹. *Hakeri* de, daha önce, TCK'nın ihmali suçlar konusundaki mevcut düzenlemesinin, kanunun hazırlanışı ve eski kanun dönemindeki uygulama göz önünde bulundurulduğunda, diğer suçların ihmali hareketle işlenmesine engel olmayacağını, bütün suçların garantörsel ihmali suç şeklinde işlenebileceğini savunmasına rağmen¹⁰², son yıllarda bu görüşünü değiştirerek, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 212. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nda yapılan değişiklik ile, artık garantörsel ihmali suçların sadece kanunda açıkça gösterilen hallerde söz konusu olduğunu kabul etmiştir¹⁰³. Orman Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun'un 212.maddesi ile değişik 105. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenler, Türk Ceza Kanunu'nun 170'inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır"* hükmü karşısında, kanun koyucunun genel hüküm yerine bu şekilde özel hüküm düzenlemesi sebebiyle, garantörsel ihmali suçların ancak kanunda açıkça düzenlenmesi halinde söz konusu olabileceğini savunmuştur.

Kanaatimize göre de, TCK'nın sistematiğine baktığımızda, ihmali suçların genel hükümler yerine kanunda açık ve özel bir şekilde düzenlenmiş olması halinde cezalandırılacağı göz önünde alındığında; TCK'nın 109. maddesinde, suçun açıkça ihmali surette işlenebileceğinin düzenlenmemesi nedeniyle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali şekilde işlenmesi halinde cezalandırılmayacağı kanaatindeyiz.

Kişi özgürlüğünden tamamen veya kısmen yoksun bırakılmış olabilir. Hatta daha önce hürriyetinden kısmen mahrum edilenlerin geri kalan özgürlüğünün sınırlandırılması da örneğin ellerinin ayaklarının bağlanması, zincirlenmesi, gözaltındaki veya hapisteki kişilere tanınan hareket alanının kısıtlanması ya da bir hükümlünün diğer hükümlüler tarafından manevi ve fiziki zorlamalarla, havalandırma saati boyunca hücrede kalmaya zorlanması hali de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluştur¹⁰⁴.

Failin mağdurun hürriyetini kısıtladığı yerin nerede olduğunun önemi yoktur. Bu yerin failin ya da mağdurun veya başkalarının mülkiyetinde olması, açık veya kapalı bulunması, araba, ada, gemi, ıssız bir yer ya da ormanlık alan olması önemli değildir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak için başvuru araçları önemli olmamakla birlikte, fiilin işlenmesinde bazı araçların kullanılması halinde suçun nitelikli halleri oluşabilir.

¹⁰¹ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.718;**Tezcan/Erdem/Önok**, S.367 vd; **Hakeri**, Genel Hükümler, S.151.

¹⁰² **Hakeri**, İhmali Suçlar, CHD, S.169.

¹⁰³ **Hakeri**, Genel Hükümler, S.151

¹⁰⁴ **Gülşen**, S.41;**Toroslu**, S.83.

Örneğin TCK.m.109/3-a bendinde düzenlenen silahın kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak amacıyla suçta kullanılması halinde, failin cezası bu nitelikli hale göre artırılacaktır.

Suçun oluşması için mağdurun kendi kendine hürriyetini elde edebilmesinin mutlak surette imkansız 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 yeterlidir¹⁰⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz (mütemadi) bir suçtur. Suç tipini oluşturan her iki seçimlik hareket, kesintisiz suç niteliğindedir. Kesintisiz suç, tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam eden suçlardır. Tamamlanmış bir suç her zaman “sona ermiş veya son bulmuş” suç değildir. Suçun tamamlanma anı ile sona erme anı çakışabileceği gibi, birbirinden farklı zamanlarda da söz konusu olabilir. Suçun tamamlanması, bir suçun gerçekleşmesi için kanundan öngörülen unsurların olgunlaşmasını ifade ederken; suçun sona ermesi suç olarak kabul edilen hukuki olayın tamamen sona erdiği andır¹⁰⁶. Kesintisiz suçun söz konusu olduğu hallerde, kanuni tipte yer alan hareketin yapılmasıyla suç tamamlanmakta ancak bitmemektedir. Suçun mütemadi nitelik göstermesi için, failin icrasının devam etmesi yetmemekte ayrıca failin iradi olarak devam ettirmekte olduğu eyleme son verme hususunda iktidarının bulunması gerekmektedir. Kesintisiz suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanma ve bitme zamanları birbirinden farklıdır. Suçun bitme anı tamamlanma zamanından sonra gelir. Suçun bitme anı temadinin bittiği andır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun hareket etmesinin kısıtlanması ile tamamlanmış olur¹⁰⁷. Ancak suçun bitme zamanı, mağdurun hareket serbestisini tamamen kazandığı andır.

Kesintisiz suçlarda, zamanaşımı süresi temadinin bitiminden itibaren başlayacaktır. Mağdurun ölümü veya kaçması, üçüncü kişilerin müdahalesi ile temadi son bulabilir. Failin yakalanması ve tutuklanması halinde temadinin sona erebilmesi için, bu işlemlerin aynı zamanda onun temadiye son verme iktidarını da ortadan kaldırmış bulunmasına bağlıdır. Örneğin fail, hürriyetinden mahrum ettiği kimsenin bulunduğu yeri söylemekten çekinirse,

¹⁰⁵ **Erem/Toroslu**, S.89.

¹⁰⁶ **Ersoy** Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayınevi, Ankara 2002, S.116.

¹⁰⁷ “*Oluş, müdahil ve tanık S.O’ nun aşamalarda değişmeyen istikrarlı beyanları ve tüm dosya içeriğinden, sanıkların, sanık C.K.’ nin akrabası F. İle bir müddet arkadaşlık ettikten sonra ayrılması nedeniyle aralarında husumet bulunan müdahili tanık S.’ Nin yanından zorla araca bindirerek, önce Göksu Irmağı kenarına götürmelerinin ardından sanık C’ye ait imalathaneye götürmek isterlerken müdahilin kaçması şeklinde gerçekleşen eylemlerinde üzerlerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları olduğu halde mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi*” (Yrg.8.C.D.10.11.2009 tarih ve 10259/13988 sayılı kararı; **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1820).

iktidarı son bulmuş değildir ve temadinin devam ettiği kabul edilir¹⁰⁸. Fail kendiliğinden de kesintisizliğe son verebilir. Örneğin fail, hapsettiği kişiyi serbest bıraktığında kesintisizliğe son vermiş olur. Fakat fail aynı kişiyi yeniden hapsettiğinde yeni bir suç işlemiş olur¹⁰⁹. Suç sona erdikten sonra yeniden mağdurun özgürlüğünün sınırlandırılması halinde artık kesinti gerçekleştiğinden, yeni bir suç oluşmuştur.

2.2.1.5. Netice

Netice hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir¹¹⁰. Ancak fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik netice olarak kabul edilmez. Suçun kanuni tanımında yer alan ve maddi unsurlar arasında belirtilmiş olan değişiklik neticeyi ifade eder¹¹¹.

Suçun kanuni tanımında neticenin aranıp aranmamasına göre suçlar, sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Sırf hareket suçları, suçun tamamlanması için neticenin aranmadığı suçlardır. Başka bir anlatımla, hareketin yapılmasıyla neticenin gerçekleştiği, neticesi hareketle bitişik suçlardır. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal (TCK.m.116), hırsızlık (TCK.m.141), yalan tanıklık (TCK.m.272), iftira (TCK.m.267) suçları sırf hareket suçlarıdır.

Neticeli suçlar ise, suçun tamamlanabilmesi için sırf hareketin yapılmasının yeterli olmadığı, neticenin gerçekleşmesinin arandığı suçlardır. Örneğin kasten öldürme suçunun tamamlanabilmesi için, neticenin gerçekleşmesi yani bir kişinin ölmüş olması gerekmektedir¹¹². Yine kasten yaralama (TCK.m.86), mala zarar verme (TCK.m.151) suçları da neticeli suçlara örnek verilebilir. Bu suçların tamamlanması için, hareketten başka dış dünyada değişikliğin meydana gelmesi gerekmektedir¹¹³.

Neticeye göre suçların diğer bir ayrımı ise, zarar suçu-tehlike suçu ayrımıdır. Zarar suçu, hareketin yapılması sonucu bir zararın meydana gelmiş olmasının arandığı suçlardır¹¹⁴. Örneğin kasten adam öldürme suçu zarar suçudur. Tehlike suçu ise, hareketin yapılması

¹⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2815 vd.

¹⁰⁹ Hafizoğulları/Özen, S.176 vd.

¹¹⁰ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.214; Demirbaş, S.227; Koca/Üzülmez, S.157; Hakeri, Genel Hükümler, S.154; Özgenç, Genel Hükümler, S.166.

¹¹¹ Koca/Üzülmez, S.157; Özgenç, Genel Hükümler, S.166.

¹¹² Hakeri, Genel Hükümler, S.154; Koca/Üzülmez, S.157; Demirbaş, S.227.

¹¹³ Koca/Üzülmez, S.158.

¹¹⁴ Hakeri, Genel Hükümler, S.156.

sonucu zararın oluşması şartı aranmadığı, zarara uğrama tehlikesinin yeterli görüldüğü suçlardır. Yangın çıkarma suçu (TCK.m.170) tehlike suçuna örnek verilebilir.

Neticeye göre suçların diğer bir ayrımı ise ani suç-kesintisiz suç ayrımıdır. Ani suç, neticenin gerçekleşmesi ile devam etmeyen, tamamlanan ve biten suçlardır. Kasten öldürme, hırsızlık suçu ani bir suçtur. Kesintisiz suç ise, tamamlanmış olduğu halde, neticenin bir süre devam ettiği suçlardır¹¹⁵. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK.m.220), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK.m.109), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK.m.116) suçları, kesintisiz suçlardır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni tanımına bakıldığında bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Kanuni tanımda ayrı bir neticenin gerçekleşmesi gerekli görülmemiş, bir kimsenin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma eylemi ile suçun oluşacağı belirtilmiştir. Bu nedenle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sırf hareket suçudur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suçtur. Bu suç, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin kısıtlanması ile tamamlanmış olur¹¹⁶. Ancak, suç tamamlandığı anda sona ermez. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sona erdiği an, mağdurun hürriyetini yeniden kazandığı, özgürlüğüne kavuştuğu andır¹¹⁷.

2.2.2. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU (HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ)

Hukuka aykırılık, genel olarak, hukuka (hakka) karşı gelerek, onunla çatışma halinde olmayı ifade etmektedir. Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ise, işlenen fiilin hukuk düzeni tarafından uygun görülmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir¹¹⁸. Hukuka aykırılık, hukukun genel olarak yapılmasını ya da uyulmasını istediği emir ve yasaklara karşı, bu kuralların aksine hareket etmektir¹¹⁹.

Bir fiilin, kanunda düzenlenmiş olan suç tiplerinden birine uygun olması, işlenen fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğu konusunda karine teşkil eder¹²⁰. Bu nedenle işlenen fiilin ayrıca hukuka aykırılığının araştırılması gerekmez. Bu suç tipleri hukuka aykırılığın

¹¹⁵ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.218;**Demirbaş**, S.228.

¹¹⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2838 vd.

¹¹⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.382;**Özbek Veli Özer**, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, S.615.

¹¹⁸ **Koca/Üzülmez**, S.250.

¹¹⁹ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.256.

¹²⁰ **Özgenç**, Genel Hükümler, S.267;**Koca/Üzülmez**, S.251;**Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.256.

karinesini oluşturduğu için, suç tipinde ayrıca fiilin hukuka aykırı olduğu konusunda açıklama bulunmaz¹²¹. Ancak 5237 sayılı TCK, bazı suç tanımlarında “*hukuka aykırı olarak*”, “*hukuka aykırı başka bir davranışla*”, “*hukuka aykırı yollarla*” gibi ifadelere yer verilmiştir. Bu ifadelere yer verilen suç tiplerinde, failin işlediği fiilde, suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığı araştırılacaktır¹²².

5237 sayılı TCK’nın 109. maddesinde “*hukuka aykırı olarak*” ibaresi vardır. Bunun anlamı, failin bu suç tipinin maddi unsurunu oluşturan hareketler konusunda yetkilendirilmemiş olmasıdır¹²³. Kanun koyucu bu ibareyle fiilin hukuka aykırılığını açıkça göstermiştir. Suç tipinde hukuka aykırılığın açıkça gösterilmesine “*hukuka özel aykırılık*” denir¹²⁴. Hakim, hukuka özel aykırılık hali suç tipinde yer aldığı takdirde, failin kastı dışında ayrıca hukuka özel aykırılığı da bilip bilmediğini, buna göre hareket etmek isteyip istemediğini araştıracaktır¹²⁵. Hakim, failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmediği kanaatine varırsa hukuka aykırılık unsuru oluşmayacağından suç da oluşmayacaktır¹²⁶. Örneğin polisin, bir kimseyi hırsız sanarak hürriyetinden mahrum etmesi halinde, hakim, polisin eylemini, hukuka aykırılık bilinci ile yapıp yapmadığını araştırarak, eğer hukuka aykırılık bilincinin olmadığına kanaat getirirse, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmadığından suç oluşmayacaktır¹²⁷. Yine bir suç işleneceği planından haberdar olan veya bir suçun işlendiğini öğrenen kolluk görevlilerinin, suçun işlenmesini önleyecek veya işlenmesine son verdirecek önleyici tedbirleri almaları ve kişilerin hürriyetlerini kısıtlamaları söz konusu olabilir. Eğer kişinin hürriyeti kısıtlanmadan tehlike önlenabiliyorsa, önleme hapsine başvurmak haksızlık olacaktır¹²⁸. Hakim burada kolluk kuvvetlerinin hukuka aykırılık bilincinin var olup olmadığını araştırarak ve eğer kolluğun hukuka aykırılık bilincinin var olduğu ve keyfi hareket edildiği kanaatine varırsa, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandıracaktır.

¹²¹ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.256.

¹²² **Özgenç**, Genel Hükümler, S.269.

¹²³ **Donay/Kaşıkçı**, S.161.

¹²⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.371; **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.723; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2831.

¹²⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.371.

¹²⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.332.

¹²⁷ **Baydemir Erdal**, Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, S.888.

¹²⁸ **Avcı Mustafa**, Önleme Hapsi, (http://www.akader.info/KHUKA/2001_mart/onleme_hapsi.htm ; erişim tarihi:4.10.2010)

765 sayılı TCK'nın 179. maddesinde, hukuka aykırı olarak ibaresi yer almamış, "gayrimeşru" kavramı kanun metninde açıkça belirtilmişti. Doktrinde bu duruma, "hukuka özel aykırılık" denirdi¹²⁹. Kanun koyucu, hukuka özel aykırılık teşkil eden ibareye suç tipinde yer vererek, failin kanunun öngördüğü şekilde hareket ettiğini bilmesini ve hareket etmeyi istemesini aramıştır¹³⁰. Bir hukuk kuralı ile emredilmeyen veya izin verilmeyen ya da emreden veya izin veren hukuk kuralının koyduğu esas veya şekil şartlarına uygun bulunmayan veya geçerli bir rızaya konu teşkil etmemiş bulunan hürriyetten mahrumiyet fiilleri gayrimeşrudur¹³¹.

Bir fiilin tipe uygun olduğu belirlendikten sonra, hukuka uygunluk sebeplerinin olup olmadığı araştırılacaktır. Eğer hukuka uygunluk sebepleri yoksa, tipe uygun davranış hukuka aykırı olacaktır. Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve fiilin suç teşkil etmesine engel olan nedenlere *hukuka uygunluk sebepleri* denir¹³². Hukuka uygunluk sebepleri, kural olarak bütün suçlar için geçerlidir. Suçun kasten ya da taksirle işlenmesi arasında fark yoktur.

5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk sebepleri, genel hükümler içinde, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmiştir. TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenleri, kanunun hükmünü yerine getirme (TCK.m.24/1), meşru savunma (TCK.m.25/1), hakkın kullanılması (TCK.m.26/1) ve ilgilin rızasıdır (TCK.m.26/2). Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde hukuka aykırılık unsuru oluşmayacaktır.

Kanunun belli kişilere, belli davranışta bulunmaları konusunda doğrudan yetki vermesine *kanun hükmünü yerine getirme* denir. 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*" hükmü gereği kanun hükmünün yerine getirilmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90'ıncı maddesine göre, kişiye suçu işlerken rastlanması ya da suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde herkes tarafından geçici olarak yakama yapılabilir. Ayrıca kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler. Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirilen bu

¹²⁹ **Tezcan/Erdem**, S.21.

¹³⁰ **Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, S.96.

¹³¹ **Erem**, S.1183.

¹³² **Koca/Üzülmez**, S.253.

özgürlüğü kısıtlamanın hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi 90'ıncı maddede saydığımız koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91.maddesine göre kişinin gözaltına alınması ve 101.maddesine göre verilen tutuklama kararı da hukuka uygunluk sebebi oluşturacağından, kanun hükmü yerine getirilmiş olur. Bu gibi durumlarda kanun hükmünü yerine getirerek hukuka uygun şekilde kişiyi yakalayan kolluk görevlisi veya tutuklama talep eden Cumhuriyet Savcısı ya da tutuklama kararını veren hakim, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olmaz. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu, belirli durumlarda herkese yakalama yetkisi verdiği için (CMK.m.90), şartların gerçekleşmiş olması halinde suç işleyen kişiyi yakalayan veya yakaladığı kişiyi kaçmaması için bir yere kilitleyen kişinin de fiili hukuka uygundur ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaz.

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesi, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun bırakmaktan bahsetmektedir. Buradaki "hukuka aykırı olarak" ibaresi hukukun izin vermediği halleri ifade ettiğinden, bir suça ilişkin soruşturma kapsamında suç şüphesi altında bulunan kişinin CMK'nın 90. maddesinde belirtilen şartlara uygun olarak tutulması, göz altına alınması veya tutuklanması durumlarında, fiil hukuka uygundur ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmaz¹³³. Örneğin, suç işlediğine dair kuşkular bulunan şüphelinin polis tarafından yakalanıp karakola götürülmesi veya karakolda nezarethanede gözaltında tutulması halinde hukuka uygunluk nedeni vardır¹³⁴. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre hukuka uygun şekilde gerçekleştirilen kişinin hürriyetinden yoksun kılınması, kanuni süreye riayet etmeden devam ettirilmişse hukuka aykırı hale dönüşür¹³⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş olan bir diğer hukuka uygunluk sebebi de meşru savunmadır. *Meşru savunma*, bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının meşru bir hakkına yönelen saldırıyı, savunma amacına yönelik olarak ve söz konusu saldırıyı defedecek ölçüde güç kullanılmasını ifade eder.

Kişinin gerek kendisi gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş haksız bir saldırıdan kurtulmak için saldırganın hürriyetini sınırlaması halinde meşru müdafaa söz konusu olur. TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasına göre hakkını kullanan kimse hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanır. Ancak hürriyetten yoksun kılmanın, saldırıdan kurtulmak için gerekli yoğunluk ve süreyi aşması durumunda TCK'nın 27. maddesi gereği sınırın

¹³³ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.369;**Gökçen** Ahmet, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> ; erişim tarihi:3.11.2010).

¹³⁴ **Gündel** Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, II.Cilt, madde 53-125, Söz kesen Matbaacılık, Ankara-2009, S.2609.

¹³⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.333.

aşılmasından söz edilmelidir¹³⁶. Örneğin vatandaşın cüzdanını çalan kapkaççının, bir depoda yakalanıp cüzdanı ele geçirildikten sonra kapının üzerine kilitlemesi halinde, mağdur sınırı aşmış sayılacaktır. Ancak mağdur, faili kilitledikten sonra hemen polise haber vermişse burada artık Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 90. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde düzenlenen “*Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması*” haline gireceğinden herkes tarafından geçici olarak yakalama yapabilecek ve dolayısıyla sınır aşmış sayılmayacaktır. Saldırıya uğrayanın gerçekleştirdiği hürriyeti sınırlama, güvenliği sağlanıncaya kadar meşru kalmakta devam eder. Güvenliğin sağlanmasından sonra hürriyetten yoksun kılma fiiline son verilmelidir. Aksi takdirde 109. maddeden sorumluluk gündeme gelir¹³⁷.

Hakkın kullanılması, 5237 sayılı TCK'nın 26. maddesinde “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiştir. Hukuk düzenince kabul edilmiş olan ve fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen bir hakkın, normatif düzenlemelerde belirtilmiş olan sınırlar içinde kullanılması sonucu gerçekleştirilen fiiller hukuka aykırı sayılmayacaktır. Hekimlik mesleğinin icrası, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları, gazetecilik mesleğinin icrası ve iddia ve savunma dokunulmazlığı uygulamada karşılaşılan hakkın kullanılması halleridir¹³⁸.

5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk sebepleri arasında düzenlenmeyen, ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda söz konusu olabilen “*tedip hakkının kullanılması*” hakkın kullanılması içinde değerlendirilebilir. Tedip hakkının kaynağı, velayet ve vesayet hakkıdır. Evlatlıkta ana babaya ait hak ve görevler, evlat edinen kimseye geçeceğinden bu yetkide evlat edinene ait olur¹³⁹.

Tedip hakkının kullanılmasının zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 369'uncu maddesindeki, “*Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur*” hükmü çocuğun hürriyetini kısıtlamasını haklı kılabilir. Ancak bu hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına, hakkın kullanılması sırasında zorunluluk sınırının aşılmış aşılmadığına hakim

¹³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, S.369.

¹³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.333.

¹³⁸ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.294.

¹³⁹ Gülşen, S.68.

karar verecektir¹⁴⁰. Hakim tedip hakkının kapsamını belirlerken, çocuğun terbiye etmek amacıyla kullandığı vasıtaların adalet ve dürüstlük kuralıyla bağdaşır bağdaşmadığını, insani ve ahlaki duygulara uygun olup olmadığını inceleyecektir.

Kanuni temsilci olan anne ve/veya babanın velayet hakkına dayanarak, koruma ve gözetim amacıyla çocuk üzerinde uyguladığı evden çıkmama tedbiri hukuka aykırı sayılmayacaktır. Ancak velayet hakkından kaynaklanan yetkiler, Türk Medeni Kanunu'nun "dürüstlük" ilkesini düzenleyen 2. madde çerçevesinde kullanılmalıdır¹⁴¹. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 232. maddesinde "kötü muamele" suçu düzenlenmiş olup maddenin 2. fıkrası; "*İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir*" şeklinde belirtilerek cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Bu bakımdan sıhhatine zarar verebilecek biçimde küçüğün rutubetli veya karanlık odada günlerce kilitli ve tek başına bırakılması halinde, ölçü kaçırıldığından ve tedip hakkı kötüye kullanıldığından bu tip fiiller hukuka aykırı olacaktır. Eğer tedip hakkı bu şekilde kötüye kullanılırsa, bu gibi eylemler aynı zamanda kötü muamele suçu oluşturacağından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kötü muamele suçu arasında fikri içtima söz konusu olabilir¹⁴².

5237 sayılı TCK'nın 26.maddesinde düzenlenen "*ilgilinin rızası*" kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir. TCK'nın 26.maddenin 2.fıkrası "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*" şeklinde düzenlenmiştir. Ancak ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni sayılması için bazı şartların var olması gerekir. En başta ilgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi yaratması için, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin açıklanmalıdır¹⁴³. Ayrıca kişinin

¹⁴⁰ **Meran** Necati, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, S.578.

¹⁴¹ **Şen**, S.439.

¹⁴² **Tezcan/Erdem/Önok**, S.370;**Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.725;**Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2835.

¹⁴³ " 5237 sayılı TCK'nın 26/2.maddesinin "*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıklandığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*" hükmü karşısında, SUÇ suç tarihinde 16 yaşını bitirdiği anlaşılın mağdureyi rızasıyla alıkoyan sanığın, aynı yasanın 109.maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1.maddesi dikkate alınarak sanığın atılı suçtan beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar

serbestçe üzerinde tasarruf edeceği hak, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmamalıdır. Aksi halde kişi rızasını açıklasa da bu rıza geçersizdir. Dolayısıyla açıklanan rıza hukuka aykırılığı gidermez¹⁴⁴.

Özgürlükten peşinen veya tamamen vazgeçme anlamına gelebilecek bir sınırlama kanuna uygun olmaz. Vazgeçmenin anlamı, kişinin özgürlüğünü belli bir süre veya ebediyen kaybetmesidir¹⁴⁵. Örneğin mağdurun kendini başkasının esir veya kölesi haline getirmesi gibi kişinin özgürlüğünden sonsuza kadar veya uzunca bir süre yoksun kalması sonucunu doğurabilecek bir rıza geçerli değildir. Yine kişinin rızası sağlık veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir saldırı oluşturuyorsa, bu hallerde de verilen rıza geçerli değildir¹⁴⁶. Medeni Kanunu'nun 23. maddesine göre; *“Kimse özgürlüğünden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka ayrı olarak sınırlayamaz”*. Anayasanın 12.maddesine göre de, *“herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”*. Rızanın, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için, suçun işlendiği sırada veya işlenmesinden önce verilmesi gerekir. Yoksa fiilden sonraki icazet niteliğindeki rıza fiili hukuka uygun hale getirmez¹⁴⁷.

Rızayı veren kişi rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olmalı ve bu rızayı açıklamaya ehil olması gerekir. Failin hareketi ile menfaati zarara giren veya tehlikeye sokulan kim ise, rıza onun hakkında açıklanmalıdır. Bir kimsenin kendi aleyhine suç işlenmesine muvafakat etmesi, kişiye sıkı surette bağlı haklardandır¹⁴⁸. Rıza beyanı konusunda temsil ve vekalet geçerli değildir. Rızayı veren hak sahibi, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır-dilsizlik veya arızı bir sebep dolayısıyla anlama ve isteme yeteneğine sahip değilse, irade açıklamasına da ehil olmayacağından, böyle bir irade beyanı üzerinde işlenen fiil hukuka aykırı olacaktır.

Hile ile elde edilmiş rıza da hukuka aykırılığı kaldırmaz. Ancak başlangıçta mağdurun rızası olmakla birlikte, sonradan rıza geri alınmış veya sınırlı biçimde rıza gösterilmiş olabilir.

verilmesi” ; Yrg.5.CD.4.3.2009 tarih ve 1904/2679 sayılı kararı; **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1825).

“YCGK’ nın 11.3.2008 gün ve 2007/5-253 E., 2008/52 K.sayılı kararında açıklandığı üzere, suç tarihinde kayden 15 yaşını ikmal etmeyen mağdureye karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminde mağdurenin rızasının 5237 sayılı TCK’nın 26/2.maddesi kapsamında fiili suç olmaktan çıkarmaması nedeniyle tebliğamedeki sanığın beraati yönünde bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir” (Yrg.5.CD.1.6.2009 tarih ve 2006/10600-2009/6684; **Yaşar Osman / Gökcan Hasan Tahsin / Artuç Mustafa**: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, S.3651).

¹⁴⁴ **Gülşen**, S.74;**Soyaslan**, Özel Hükümler, S.201;**Toroslu**, S.86.

¹⁴⁵ **Soyaslan**, Özel Hükümler, S.201.

¹⁴⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.335;**Tezcan/Ertem/Önok**, S.370.

¹⁴⁷ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.724;**Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2837;**Gülşen**, S.71.

¹⁴⁸ **Gülşen**, S.70.

Örneğin, mağdurun izni olmaksızın aracın yol değiştirmesi veya mağdur araçtan inmek istediği halde aracın sürülmeye devam edilmesi ya da rızayla evden çıkmak isteyen mağdurun gitmesine izin verilmemesi hallerinde, rızanın geri alındığı ya da verilen rızanın dışına çıkıldığı için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşabilir¹⁴⁹.

Bir kimsenin rızasının hukuka uygun olup olmadığını belirlemek için, o kişinin yaşına ve algılama yeteneğine bakmak gerekir¹⁵⁰. Geçerli bir rızadan söz edebilmek için mağdurun mutlaka yetişkin olması şart değildir. Temyiz kudretine sahip herkesin rıza beyanına ehil olduğu kabul edilir¹⁵¹. Nitekim Anayasanın 19.maddesi; “*herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir*” demek suretiyle yaptığı eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip herkesin bu hakka sahip olduğunu belirtmiştir.

Geçerli rıza verebilmek için kanunda herhangi bir yaş sınırı yoktur ancak rızayı verenin, en azından bu rızanın önemini, kendi hürriyetinden vazgeçmesinin ne anlama geleceğini anlayabilme yeteneğine sahip olması gerekir. Eski TCK’da, on iki yaşından küçük olanların rızası, TCK’nın 182.maddesinin 2.fıkrası uyarınca geçersizdi. On iki yaşını bitirmiş ve henüz on beş yaşına girmeyen bir küçük çocuğun rızası varsa, kaçırma alıkoyma halinde TCK’nın 182.maddesinin 1.fıkrası gereğince fail cezalandırılırdı. On beş yaşını bitirmiş olanların rızası varsa fiil hukuka uygun hale gelir ve suç olmaktan çıkardı.

5237 sayılı TCK’nın 234.maddesinde “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” suçu düzenlenmiş olup, maddenin ilk fıkrası “*Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısımının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması hâlinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” şeklindedir. Kanun koyucu bu suçta “on altı” yaşını sınır olarak koymuştur. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda buna benzer bir sınırdan bahsedilmemiştir. Ceza hukukunda kıyas yasak olduğundan on altı yaş sınırı bu suç tipi için uygulanmayacaktır¹⁵².

18 yaşını tamamlamış kişiler, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetiyle ilgili rızalarını açıklayabilirler. Ancak akıl hastaları, 15 yaşından küçükler veya başka bir nedenle

¹⁴⁹ Tezcan/Erdem/Önok, S.370.

¹⁵⁰ Artuç, S.847.

¹⁵¹ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.724.

¹⁵² Özbek, İzmir Şerhi-II, S.724.

algılama yeteneği gelişmemiş kimselerin, rıza açıklama ehliyetleri yoktur¹⁵³. Bu nedenle bu kimselerin rızalarıyla onlara karşı gerçekleştirilen hürriyeti kısıtlama eylemleri fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir¹⁵⁴. 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kimselerin rızalarının geçerli olup olmadığı konusunda ise 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı kanunun öncesinde ve sonrasında ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir:

5560 sayılı kanunla TCK'nın 234.maddesine 3.fıkra eklenmiş ve kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa ailesini ve yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukların hürriyeti kısıtlama fiiline rızalarının olması, fiili hukuka uygun kılacaktır. Ancak bu tarihten sonra işlenen suçlarda rıza olsa da, eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmasa bile, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturabilecektir¹⁵⁵.

2.2.3. SUÇUN MANEVİ UNSURU

2.2.3.1. Genel Olarak

2.2.3.1.1. Kusurluluk

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri de “*kusursuz ceza olmaz ilkesi*” dir. Bu ilkeye göre, ceza hukukunda, failin fiilinden ötürü cezalandırılabilmesi için, kusurunun bulunması şarttır.

Kusurluluk, suçun maddi unsurları olan tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının fail ile olan ilişkisini ifade etmektedir. Kusur bakımından yapılan değerlendirme kişinin fiil

¹⁵³ “Kimlik bilgilerine göre 7.10.1993 doğumlu olup, suç tarihinde henüz 12 yaşının ikmal etmiş bulunan mağdurenin nüfus kayıt örneği getirtilerek, fiziki görünümü itibariyle de bu yaşta olup olmadığı, gerektiğinde gerçek yaşı tıbben tespit edilerek yaş tashihi yapılması ve 15 yaşını ikmal etmiş olduğunun tıbben ve hukuken saptanmasından sonra mümeyyiz (ayırt etme gücüne sahip) olması halinde rızasının fiili hukuka uygun hale getireceği, aksi halde mağdurenin 15 yaşından küçük olması nedeniyle mümeyyiz olsa dahi rızasının fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği ve atılı suçun oluşacağı gözetilmeden, eksik soruşturma ile yazılı biçimde sanığın beraatine karar verilmesi” (Yrg.8.CD.13.10.2009 tarih ve 2007/6501-2009/12618 sayılı kararı; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-III, S.3660).

¹⁵⁴ “Sanığın 15 yaşını bitirmeyen mağdureyi rızasıyla kaçırıp alıkoyduğu olayda, bir hakkın kullanılması söz konusu olmadığı gibi, mağdurenin yaşının küçüklüğüne nazaran rızasının fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği ve alıkonulmasının 5237 sayılı TCK'nın 109/1, 3-f, 5. Maddelerine uyan suçu oluşturacağı dikkate alınarak mahkumiyeti yerine yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi” (Yrg.5.CD.01.07.2009 tarih, 9198/8826 sayılı kararı; **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1824)

¹⁵⁵ **Artuç**, S.848.

bakımından kınanıp kınanamayacağına ilişkindir¹⁵⁶. Kusur değerlendirmesi sonucunda kişinin gerçekleştirdiği fiil bakımından kusurlu olmadığı tespit edilmişse, işlenen fiil suç oluşturmaya devam edecek ve fiil haksızlık içeriğini koruduğu için kişi hakkında güvenlik tedbirleri uygulanması gerekecektir¹⁵⁷. Değerlendirme sonucunda kişinin kusurlu olduğu tespit edilmiş ise bu kez kişiye ceza yaptırımını uygulanacaktır.

Kusur yeteneği, kusurlu hareket edebilmenin ön koşulunu oluşturmaktadır. Kusur yeteneği, doğruyu yanlıştan, haklısı haksızdan ayırabilme ve buna göre davranabilme yeteneğidir¹⁵⁸. Kusur yeteneğinin tespiti bakımından, hareketin yapıldığı zaman failin algılama ve irade yeteneğine sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekir¹⁵⁹. Algılama yeteneği, insanın kendi varlığının bilincinde olarak çevresindeki olayları gözlemleyebilme yeteneğini ifade eder¹⁶⁰. İrade yeteneği ise, kişinin karşılaştığı somut olay karşısında davranışlarını yönlendirme yeteneğidir. İrade yeteneği, algılama yeteneğinin aksine, bir derecelendirmeye tabi tutulabilir. İrade yeteneği olmasına rağmen, bu yeteneğin önemli ölçüde azalması halinde, kişinin kusurunda bir azalmadan söz edilir. İrade yeteneğinin zayıflamış olması durumunda, kusur olmakla beraber, bu husus, cezanın tayininde, fail lehine dikkate alınır.

Kusurluluk üzerinde etkili olan hallerden bir kısmı kusurluluğu tamamen ortadan kaldırırken, bir kısmı kusurluluğu azaltmaktadır. Kusurluluğun azaldığı hallerde, kusurlu orantılı ceza verilmesi ilkesi gereğince, faile daha az ceza verilmesi gerekir. Kusurluluğu kaldıran bir halin varlığı halinde, soruşturma aşamasında “*kovuşturmaya yer olmadığı kararı*”; kovuşturma aşamasında ise “*kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı*” verilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan kusurluluğu etkileyen haller; yaş küçüklüğü (TCK.m.31), akıl hastalığı (TCK.m.32), sağır ve dilsizlik (TCK.m.33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK.m.34), cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.28), zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.25/2, TCK.m.92, TCK.m.99/2, TCK.m.147), hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK.m.24/2-4), hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK.m.27), haksız tahrik (TCK.m.29) ve son olarak çeşitli hata halleridir (TCK.m.30/3,4).

¹⁵⁶ Koca/Üzülmez, S.283.

¹⁵⁷ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.338; Özgenç, Genel Hükümler, S.332.

¹⁵⁸ Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, S.127..

¹⁵⁹ Demirbaş, S.319; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.338.

¹⁶⁰ Koca/Üzülmez, S.285; Özgenç, Genel Hükümler, S.335.

2.2.3.1.2. Kusur Türleri

Kusur türleri, kast ve taksir olarak karşımıza çıkmaktadır. Kast ve taksir, haksızlığın iki işleme şekli olup, tipikliğin subjektif nitelikteki unsurlarıdır. Kast ve taksirin kusur şekli olarak da işlevi bulunmaktadır. Nitekim, TCK'nın 61. maddesinin 1/f bendinde “*failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı*” ifadesinin kullanılmış olması, kast ve taksirin kusur çeşidi olduğunu göstermektedir.

Kast, 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde ; taksir ise, TCK'nın 22.maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, kast ve taksir arasında, kural ve istisna ilişkisi mevcuttur¹⁶¹. Kast kural olarak her suçun zorunlu unsuru olmasına rağmen; taksir, istisnai olarak ancak kanunda gösterilen hallerde söz konusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, bir kişinin taksirden sorumlu tutulabilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekirken, kasttan dolayı sorumlu tutulabilmesi için kanunda ayrıca bir hükme gerek bulunmamaktadır.

TCK'nın 21. maddesinin birinci fıkrasında doğrudan kast, ikinci fıkrasında olası kasta ilişkin hükümlere yer verilmiştir¹⁶². Bu maddeye göre doğrudan kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kanuni tanımda da belirtildiği üzere kast “bilme” ve “isteme” olmak üzere iki unsurdan meydana gelmektedir¹⁶³. Kastın varlığı için, failin hem suçun kanuni tanımına yer alan unsurlar hakkında bilgiye sahip olması (bilme), hem de bu unsurların gerçekleşmesini istemesi gerekmektedir¹⁶⁴. Ancak doktrinde bazı yazarlar, kastın varlığı için, sadece kanuni tanımdaki unsurların bilinmesinin yeterli olacağını, kanuni tanımdaki unsurların oluşmasını istemenin kastın unsuru olmadığını ileri sürmektedirler¹⁶⁵.

Failin, kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, hareket, netice, nedensellik bağı gibi suçun tüm unsurlarını bilmesi gerekmektedir¹⁶⁶. Fail, işlemiş olduğu fiil başta olmak üzere,

¹⁶¹ Koca/Üzülmez, S.172.

¹⁶² TCK'nın 21'inci maddesi: “(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır. Bu hâlde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁶³ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.238.

¹⁶⁴ Koca/Üzülmez, S.178.

¹⁶⁵ Özgenç, istemenin kastın bir unsuru olmadığını, kişinin işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş olması halinde, bunların gerçekleşmesini istemese bile, kasten hareket etmiş sayılacağını ileri sürmektedir (Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, S.223)

¹⁶⁶ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.239.

fail ve mağdur ile ilgili nitelikli durumlar ile suçun ağırlatıcı sebepleri hakkında, hareketin zamanı, hareket yeri, suçta kullanılan araç, hareketin konusu üzerinde bilgiye sahip olmalıdır¹⁶⁷. Bunlara karşılık, failin suçun hafifletici sebeplerini, cezalandırılabilme şartlarını, muhakeme şartlarını, cezaya engel olan şahsi cezasızlık sebeplerini, tekerrür halini, hukuka uygun sebeplerini bilmesi gerekmektedir¹⁶⁸.

Kastın gerçekleşmesi için, sadece bilme unsuru yeterli değildir, ayrıca fail hareketinin sonucu olarak ortaya çıkacak, suçun kanuni tanımında belirtilmiş olan, neticeyi de istemesi gerekmektedir. Kastın isteme unsuru neticeye yönelik olmalıdır¹⁶⁹.

5237 sayılı TCK'nın 21.maddesinin 2.fıkrasında yer alan olası kast, failin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemeye devam etmesidir. Kişinin belli bir neticenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak işlediği fiilin, diğer bazı neticelerin gerçekleşmesine *muhtemelen* sebebiyet vereceğini öngörmüş ve bunları kabul etmiş ise, bu neticeler açısından olası kastla hareket etmiş demektir¹⁷⁰.

Doğrudan kastta, netice fail açısından muhakkak olup, tamamen istenmiş olmasına rağmen, olası kastta netice tam anlamıyla istenmemektedir. Fail, hareketini gerçekleştirirken “olursa olur”, “gerçekleşirse gerçekleşsin” düşüncesindedir.

Suçun manevi unsurunun diğer bir şekli de TCK'nın 22.maddesinde düzenlenen taksirdir¹⁷¹. Bu maddeye göre taksir, failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticenin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Fail taksirde, ortaya çıkan neticeyi istememektedir. Kastla taksir arasındaki en önemli fark budur.

¹⁶⁷ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.239.

¹⁶⁸ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.241.

¹⁶⁹ Hakeri, Genel Hükümler, S.201.

¹⁷⁰ Özgenc, Genel Hükümler, S.225.

¹⁷¹ TCK'nın 22. maddesi: “(1) Taksirle işlenen filler, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.

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

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

(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.

[6] Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir ” şeklinde düzenlenmiştir.

Taksirde kişi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu, hukuk düzeninin belli durumlarda belli kurallara uyma, özen ve dikkat gösterme görevi yüklemesine rağmen, bu görevi yerine getirmeyerek zararlı sonuçlara sebebiyet vermesi nedeniyle bundan sorumlu tutulur¹⁷².

5237 sayılı TCK’da taksir, bilinçli ve bilinçsiz taksir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bilinçsiz taksir, TCK’nın 22.maddesinin 2.fıkrasında “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir*” olarak tanımlanırken, bilinçli taksir, TCK’nın 22.maddesinin 3.fıkrasında “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesidir*” şeklinde tanımlanmıştır. Her iki taksir çeşidinin ortak özelliği, failin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu yükümlülüklerin ihlali dolayısıyla meydana gelen neticenin istenmemesidir¹⁷³. İki taksir çeşidi, neticenin öngörülebilir olup olmadığı hususunda birbirinden ayrılır. Neticenin öngörülebilir olması, kişiye yüklenen dikkat ve özen görevinin bir sonucudur. Neticenin öngörülebilirliği, hareketin yapıldığı zamanki şartlara göre, failin içinde yaşadığı çevredeki ya da icra ettiği meslek çevresindeki ortak tecrübeler ve failin kişisel özelliklerine göre belirlenir¹⁷⁴. Bilinçsiz taksirde, fail öngörülebilir neticeyi, objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmez iken; bilinçli taksirde fail istemediği neticeyi öngörmesine rağmen, hareketine devam etmektedir¹⁷⁵.

Bu noktada son olarak olası kast ve bilinçli taksir arasındaki farklardan bahsetmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ikisinde de, netice fail tarafından öngörülmektedir. Ancak, olası kastta, fail, fiilinin bazı neticelerin oluşumuna *muhtemelen* sebebiyet vereceğini öngörmesine rağmen, neticenin gerçekleşmesini istememekle birlikte neticeyi kabullenmekte ve neticenin meydana gelmesinde kayıtsız kalmaktadır. Neticenin gerçekleşmesi olayın seyrine bırakılmaktadır¹⁷⁶. Başka bir anlatımla fail, olası kastta neticeyi göze almakta, “olursa olsun”, “gerçekleşirse gerçekleşsin” demektedir yani, hareketinin hukuka aykırı netice meydana getireceğini öngördüğü halde, hareketine devam etmektedir. Bilinçli taksirde ise, fail tarafından netice öngörülmüştür ancak, netice göze alınmamıştır. Fail bilinçli taksirde, tecrübelerine güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünür ve bunun için elinden geleni yapar. Çünkü neticenin meydana gelmesini hiç istememektedir.

¹⁷² Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.457.

¹⁷³ Koca/Üzülmez, S.211.

¹⁷⁴ Demirbaş, S.363.

¹⁷⁵ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.461.

¹⁷⁶ Özgenç, Genel Hükümler, S.250.

2.2.3.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Bakımından Manevi Unsurun Değerlendirilmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu genel kastla işlenebilir¹⁷⁷. Kastın bilme ve isteme unsurunun, failin, mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kaldığını bilme ve isteme biçiminde gerçekleşmesi bu suç bakımından gerekli ve yeterlidir. Bu suç taksirle işlenemez.

5237 sayılı TCK'nın 109.maddesi failin özel bir kastla hareket etmesini aramamıştır¹⁷⁸. Yargıtay'ın da bu yönde pek çok kararı bulunmaktadır¹⁷⁹. Özel kastın arandığını söyleyebilmek için, kanunda bunun açıkça arandığının belli olması gerekmektedir. Oysa 109. madde de bu suç için özel kast aranacağına dair açıklık yoktur¹⁸⁰. Saik, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan düşünce olup, bu suçun temel şekli bakımından aranan bir husus değildir. Saik suçun ögesi sayılıyorsa özel kast adını alır. Bu nedenle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda kanun koyucunun saike yer verdiğine ilişkin ifadesine rastlanmayan 1'inci fıkrasındaki temel şekli için genel kast yeterlidir¹⁸¹.

Fail, alacağını elde etmek, haksız menfaat temin etmek, cinsel amaçla ya da sırf gücünü göstermek amacıyla mağdurun hürriyetini tahdit etmiş olabilir. Fail hangi saikle

¹⁷⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2830; Tezcan/Erdem/Önok, S.371; Hafizoğulları/Özen, S.178.

¹⁷⁸ Toroslu, S.85; Soyaslan, Özel Hükümler, S.201; Tezcan/Erdem/Önok, S.372; Gülşen, S.87.

¹⁷⁹ “Şikayetçinin oturduğu apartmanın ikinci katında sanıkların işyerinin olduğu, şikayetçi ile sanıklar arasında eskiden beri süre gelen ve yargıya intikal eden davalar bulunduğu, olay günün saat 14.00 sıralarında, sanıkların şikayetçiyi zorla ikinci kattaki işyerlerine 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaraladıkları, ellerini ve ayaklarını ipe bağlayıp ağzını koli bant ile kapatarak işyerinin kapısı önüne bıraktıkları, şikayetçinin sürünerek apartman giriş kapısına kadar giderek buradan yardım istemesi üzerine saat 15.00 sıralarında olaya müdahale edildiği anlaşılmış olmakla ve suçta genel kastın yeterli olduğu ve atılı suçun olduğu gözetilmeden özel kastın bulunmadığından bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” (Yrg. 8.CD.28.06.2007-2005/2576-2007/5069; Yalvaç Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekeçli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, S.872).

“Sanıkların kaybolan kardeşlerini İstanbul'a hırsızlık yapmak amacıyla götürdüğüne inandıkları mağduru, olay günü araçlarına alarak Mardinkapıda bulunan Çiftelavazlar mezarlığına götürdükleri ve burada kardeşlerinin yerini söylemesi için döverek alıkoydukları, mağdurun kardeşlerinin yerini bildiğini söylemesi için döverek alıkoydukları, mağdurun kardeşlerinin yerini bildiğini söylemesi üzerine de tehdit ederek bıraktıkları, bu oluş içerisinde sanıklara atılı hürriyeti tahdit suçunun olduğu ve cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden atılı suçun oluşması için özel kastın bulunması gerektiğinden bahisle yazılı biçimde beraatlerine karar verilmesi” (Yrg.8.CD.18.6.2009 tarih ve 4106-9394; Erol, Türk Ceza Kanunu-2, S.2146 vd).

¹⁸⁰ Tezcan/Erdem/Önok, S.366.

¹⁸¹ Meran Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, S.447.

hareket etmiş olursa olsun hürriyeti sınırlama suçu oluşacaktır¹⁸². Ancak bu suçun bazı amaçlarla işlenmiş olması suçun nitelikli hale dönüşmesine neden olabilir. Örneğin TCK'nın 109.maddenin 3.fikrasının (c) bendi uyarınca “Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” suçun işlenmesi nitelikli hal sayılmıştır. Suçun kamu görevlisine karşı kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde failin saiki önem kazanmaktadır. Burada eylemin kamu görevinin icrası nedeniyle işlendiği yönünde özel kastın saptanamaması durumunda, failin cezası 109.maddenin 1.fikrasında düzenlenen temel şekli kapsamında değerlendirilir¹⁸³. Yine TCK'nın 109.maddenin 5.fikrasında failin “cinsel amaçla” fiilini işlemesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller arasında sayılmıştır. Burada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin kastın, cinsel saikle oluşması, fıkradaki artırımın uygulanma koşuludur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bazı amaçlarla işlenmesi başka bir suçun oluşmasına yol açabilir. Örneğin 5237 sayılı TCK'da kişinin “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak” maksadıyla kaçırılması TCK'nın 80.maddesindeki insan ticareti suçunu oluşturacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olası kastla işlenebilir. Örneğin, mağdurun hareket serbestisini sağlayan koltuk değneği gibi araçlarını “hürriyetinden yoksun kalırsa kalsın düşüncesiyle” alan fail, suçu olası kastla hareket etmiş olur¹⁸⁴. Böyle bir durumda failin cezası, TCK'nın 21.maddesinin 2.fikrası uyarınca indirilecektir. Ancak doktrinde bazı yazarlara göre, netice kastı belirlediğinden neticesiz olan bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir¹⁸⁵.

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde özel kastı aramaktaydı. Ancak Yargıtay'ın ifade etmek istediği şey, özel kast değil aşağıda açıklayacağımız üzere hukuka aykırılık bilinciydi. Hürriyeti tahdit suçunun kanuni tipinde “gayrimeşru” ibaresi yer almaktadır. Bu ibarenin anlamı hakim failin kastı dışında gayrimeşru hareket ettiğini bilip bilmediğini araştırmak zorunda olmasıdır. Araştırmada bilme unsurunun yokluğunun tespiti halinde, hukuka aykırılık bilinci bulunmadığından suç oluşmayacaktır¹⁸⁶. Ancak bazı yazarlar 765 sayılı TCK'nın 179. maddesinin uygulanması için özel kastı aramışlardır¹⁸⁷. Bazı yazarlar da eski kanun döneminde, hürriyeti tahdit suçunda kanun koyucunun saike yer verdiğine ilişkin bir ibareye

¹⁸² **Şen**, S.440.

¹⁸³ **Meran Necati**, Yeni Türk Ceza Kanunu, S.581.

¹⁸⁴ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.331.

¹⁸⁵ **Hafizoğulları/Özen**, S.178.

¹⁸⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, 2004, S.107.

¹⁸⁷ **Erem**, S.1184.

rastlanmadığını belirterek, hürriyeti tahdit suçunun manevi unsurunun failin bilerek ve isteyerek bir kimseyi hürriyetinden yoksun bırakması olduğunu, bu nedenle suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğunu ifade etmişlerdir¹⁸⁸. 765 sayılı TCK'da da suçun basit hali için saik ve amaç önemli olmadığı halde, ağırlatıcı nedenler bakımından aynı durum söz konusu değildir. TCK'nın 179.maddesinin 2.fıkrasında, bu fiilin öç almak kastıyla veya dini veya milli bir maksatla ya da 499. maddedeki haller dışında maddi çıkar sağlama kastıyla veya siyasi, ideolojik ya da sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlenmesi yahut mağduru askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim edilmesi ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Bu hallerde özel kast söz konusu olmaktadır¹⁸⁹.

Ceza kanunumuz, çeşitli suçlarda “hukuka aykırılığı” kanuni tipte kullanmıştır. Bunlardan biri de 109. maddedir. Kural olarak failin yasanın suç saydığı bir sonucu bilmesi ve istemesi ve bu şekilde harekette bulunması, kastın varlığı için yeterlidir. Ayrıca sonucun yasaya ya da hukuka aykırı olduğunu bilmesi şart değildir. Kanunun hukuka aykırılık şartını açık şekilde aradığı hallerde, failin, fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmesi kast kavramı içine girer¹⁹⁰. 109. maddede failin, fiilini hukuka aykırı olarak işlemesi şart koşulduğundan, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Yani failin fiilinin hukuka aykırılık oluşturduğu bilincine sahip olması gerekmektedir. Fail eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmiş olmaz. Hakim burada hukuka aykırılık bilincini araştıracaktır. Ancak burada hukuka aykırılık bilinci özel kastla karıştırılmamalıdır. Fail suç tipinin objektif unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, eylemde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle kastının varlığı kabul edilmese dahi, bu durum suçun özel kastla işlendiği anlamına gelmeyecektir¹⁹¹.

2.3. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halleri TCK'nın 109.maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: 2. fıkrada fiilin cebir, tehdit veya hile ile gerçekleştirilmesi, 3'üncü fıkrada fiilin silahla işlenmesi, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, üstsoy, altsoy ve eşe karşı işlenmesi, çocuğa ya da beden

¹⁸⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, 2004, S.106 vd; Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, S.672; Gülşen, S.87.

¹⁸⁹ Gülşen, S.87 vd.

¹⁹⁰ Gülşen, S.88 vd.

¹⁹¹ Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4.Basım, İstanbul 1994, S.32.

veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, 4.fıkra da mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması, 5. fıkra da suçun cinsel amaçla işlenmesi şeklinde belirtilmiştir. 109. maddenin 6. fıkrasında ise fiilin işlenmesi sırada kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi halinde faile ayrıca bu suçtan da cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

2.3.1. TCK.m.109/2' deki Nitelikli Hal: Fiili İşlemek İçin veya İşlediği Sırada Cebir, Tehdit veya Hile Kullanması

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması, 109. maddenin 2. fıkrasında cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. Bu fıkra da artırım sebebi olarak sayılan cebir, 5237 sayılı TCK'nın 108.maddesinde, tehdit ise TCK'nın 106.maddesinde suç olarak düzenlenmesine rağmen, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Cebir, mağdurun direncini kırmaya yönelik olan ve zorlayıcı etki yaratan her türlü davranış olarak ifade edilir¹⁹². Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır¹⁹³. Kişinin özgürlüğü sınırlanmak istenerek direncinin kırılması veya daha sonra gerçekleştireceği direnmeyi engellenmesi amacıyla yönelik yapılan, kişiye yönelik olan ve her türlü zorlayıcı etki meydana getiren davranışlar cebir kavramı içinde ele alınır¹⁹⁴. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçunu işlemek için ya da işlediği sırada uygulanan cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenebilmesi için zorunlu olan şiddet derecesini aşmış ise, oluşan suçla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilmesi gerekir. Bu husus TCK'nın 109.maddesinin 6.fıkrasında *“Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”*

¹⁹² Özbek, İzmir Şerhi-II, S.709.

¹⁹³ *“Olay günü evde yalnız olan 4 yaşındaki mağduru pencerenin demir parmaklıkları arasından çıkarıp kucaklayarak komşu evin duvarının yanındaki ağaçlık alana götüren ve burada mağdurun pantolonunu indirip poposunu sıkarak ağlamasına neden olan sanığın, bu suretle gerçekleştirdiği eylemlerinin cebre dayalı olduğu gözetilerek hakkında basit cinsel istismar suçundan tayin olunan cezanın 103/4.maddesiyle artırılmaması, kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçundan ise temel cezanın 109/2.maddesi yerine 109/1.maddesiyle belirlenmesi suretiyle eksik ceza tayini”* (Yrg.5.CD.15.4.2008 tarih ve 2201/3506 sayılı kararı; **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1827).

¹⁹⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.374.

şeklinde açıkça düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 87. maddesi dışındaki durumlara yol açan cebir, yaralama suçunu oluştursa bile, bileşik suç kuralları uygulanacak, fail ayrıca yaralamadan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Tehdit, mağdurun iradesinin ileride gerçekleştirileceği bildirilen kötülük veya haksızlıkla etki altına alınması, korkutulması anlamına gelir¹⁹⁵. Tehdidin konusu mağdurun hayatı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, sosyal ve iktisadi itibarı olabilir¹⁹⁶. 5237 sayılı TCK, tehdidin yönelik olduğu hukuksal değer bakımından bir sınırlamaya girmediğinden, mağdur üzerinde objektif olarak korku yaratmaya elverişli herhangi bir hukuksal değere zarar verileceği beyanı, tehdit kavramı içerisinde ele alınmalıdır¹⁹⁷. Bu bakımdan mala verilecek zarardan bahsedilmesi de tehdit oluşturur.

Tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda olduğu gibi, bazı suçlarda nitelikli unsur olmasının yanında, ayrıca TCK'nın 106.maddesinde bağımsız bir suç olarak da düzenlenmiştir. Tehdit suçu nitelikli hal olarak düzenlenmişse, bileşik suç kuralları gereğince, faile ayrıca tehdit suçundan ceza verilmeyecektir.

Son olarak hile, mağduru aldatarak ya da yanıltarak yanlış kanaat yaratılması ve bunun etkisiyle mağdurdan yararlanılması anlamına gelir. Bir kimsenin hile yoluyla kasten yanıltılması ya da aldatılması, söz, hareket ya da diğer her türlü araçla gerçekleşebilir. Hile ile, kendisinde yanlış kanaat uyandırılan mağdur, belli bir davranışa sürüklenmekte veya zorlanmaktadır¹⁹⁸. Bu yolla kendisinde yanlış bir kanaat uyandırılan mağdur özgürlüğünün sınırlanmasına rıza göstermektedir. Hile doğrudan fail tarafından yapılabileceği gibi, üçüncü kişi aracılığıyla da gerçekleşebilir.

Fail cezanın artırılmasını gerektiren bu unsurlardan birinin varlığı halinde, suçun işlenmesi kolaylaştığından, failin kastının yoğun olduğunu gösterdiğinden ve korunan hukuki yararlar verilecek zararın ağırlığını ve dolayısıyla fiilin haksızlık içerini artırdığından, maddede faile daha fazla ceza verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁹⁵ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.719.

¹⁹⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.326.

¹⁹⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.375.

¹⁹⁸ “Sanıkların müştekiyi karakola gideceklerini söyleyip, hile kullanmak suretiyle ticari taksiye bindirip ormanlık bir alana götürdükleri, araçtan indirerek sanık Osman'ın gayri resmi eşi Feride Bolat'ın nerede olduklarını sordukları ve aldıkları cevaba sinirlenen sanıkların tekme ve tokatlarla mağduru beş gün iş güçten kalacak şekilde yaraladıkları, müştekinin sanıkların elinden kurtulmak için başka bir şahsın adını vermesi üzerine, orada tek başına bırakarak ayrıldıklarının anlaşılması suçta genel kastın yeterli olması karşısında 5237 sayılı TCK'nın 109/2, 109/3-b maddeleri uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine katılmamıştır” (Yrg.8.CD. 30.11.2006 tarih ve 1639/8756 sayılı kararı; **Malkoç**, S.1052)

Failin suçun temel şekline nazaran daha fazla ceza ile cezalandırılabilmesi için, maddede düzenlenen cebir, tehdit ve hileyi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için ya da bu suçun işlendiği sırada kullanmış olması gerekir¹⁹⁹. Ancak nitelikli unsurun uygulanması için cebir, tehdit ve hilenin mutlaka suçun icra hareketlerinin tamamlanması aşamasında kullanılması gerekmez²⁰⁰. Temadi devam ederken eylemin devamını sağlaması için veya bu sırada cebir, tehdit ve hileye başvurması halinde failin cezası artırılabilecektir.

2.3.2. TCK.m.109/3'deki Nitelikli Haller

2.3.2.1. Suçun Silahla İşlenmesi (109/3-a)

Fiilin silahla işlenmesi 109. maddenin 3. fıkrasının (a) bendinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. Fiilin silahla işlenmesi halinde, silah fiilin icrasını kolaylaştırır, faile cesaret verir, mağdurda ciddi bir korku yaratarak mağdurun direncini kırar²⁰¹. Mağdurun iç huzuruna ağır zarar verir, dolayısıyla suçun işlenmesi kolaylaşır²⁰². Bu şekilde suç işlendiğinde, fail daha fazla korkutucu ve zorlayıcı güce sahiptir²⁰³.

Silah kavramı 5237 sayılı TCK'nın 6.maddesinin 1.fıkrasının (f) bendinde açıklanmıştır. Buna göre:

“Silâh deyiminden;

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

¹⁹⁹“Mağdureyi hukuka aykırı olarak cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılan sanığın, eylemini işlemek için hile, işlediği sırada cebir kullandığı halde sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan temel cezanın belirlenmesi sırasında 5237 sayılı TCK'nın 109/2 yerine, 109/1. maddesiyle uygulama yapılması” (Yrg.5.CD.21.1.2010,12427/209; **Erol**, Türk Ceza Kanunu-2, S.2144).

²⁰⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.325.

²⁰¹ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.326;**Gülşen**, S.104.

²⁰² **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.720.

²⁰³ **Gülşen**, S.104.

Suçun silahla işlenmesinden anlaşılması gereken, fiilin işlenmesi sırasında mağduru etkileyecek biçimde silah kapsamına giren araçlardan birinin kullanılmış olmasıdır. Örneğin, duman çıkaran gaz atarak fiilin işlenmesi, tabancanın teşhiri silahın nitelikli unsur olarak uygulanması için yeterlidir²⁰⁴. TCK'nın 6.maddesinde “Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” ifadesinin olması sebebiyle, bir aracın silah olup olmadığını hakim belirleyecektir. Buradaki silah kavramından yalnızca ateşli silah anlaşılmamalıdır. Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunda silah, oyuncak silah da olabilir, bıçakta olabilir²⁰⁵. Silahın dolu veya boş, temiz veya paslı ya da gerçek veya oyuncak olmasının önemi yoktur.

Silahın suçun işlenmesi sırasında ya da bunu gerçekleştirmek için kullanılması gereklidir²⁰⁶. Ancak failin üzerinde salt silahın bulunmuş olması, nitelikli halin uygulanmasını gerektirmez²⁰⁷. Silahın bilfiil somut olayda kullanılmasına gerek yoktur. Önemli olan silahın mağdur üzerinde korkutucu etki yaparak mağdurun direncini kırması ve suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır²⁰⁸. Bu nedenle örneğin, silahın görünecek biçimde kılıf içinde bulunması nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmez²⁰⁹. Burada silahın teşhir edilmesi yeterlidir²¹⁰. Silahın sadece gösterilmiş veya kabzasından çıkarılmış olması mağdurun iç huzurunu bozar ve mağdurun direncini kırmada etkilidir. Dolayısıyla suçun silahla işlenmiş kabul edilebilmesi için mutlaka silahın mağdura yöneltilmiş olması zorunlu değildir.

Silahın cezanın artırılmasının gerektiren nitelikli hal sayılması için, mutlaka failin eline alarak kullanmış olması şart değildir. Herhangi bir şekilde mağdurun, failin silahlı olduğunu bilmesi ve bu nedenle korkarak, hürriyetinin kısıtlanmasına razı olması yeterlidir. Ancak burada failin mağdura bu silahı bilerek göstermiş olması gerekir.

²⁰⁴ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2826.

²⁰⁵ **Artuç**, S.851.

²⁰⁶ **Gülşen**, S.105;**Tezcan/Erdem/Önok**, S.375;**Meran**, Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, S.440.

²⁰⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.375;**Toroslu**, S.86.

²⁰⁸ “Sanıkların, olay gecesi saat 20.30 sıralarında katılanın evine silah zoruyla girerek, evde bulunan bayanları salona, erkekleri de dışarıda toplayıp yere yatırıp başlarında durarak etkisiz hale getirdikten sonra, yakını yanlarına alıp evde yaptıkları aramada 2000 Mark, 30 Lira, 2 kg altını alarak, yarım saat kadar sonra olay yerini terk ettiklerinin anlaşılması karşısında; haklarında eylemlerine uyan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da 5237 sayılı Yasanın 109/2, 109/3-a,b maddeleri gereğince hüküm kurulmaması” (Yrg.6.CD.8.2.2010 tarih ve 20581/784 sayılı kararı; **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1819).

²⁰⁹ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2826.

²¹⁰ **Parlar Ali / Hatipoğlu** Muzaffer, 5237 sayılı TCK’da Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, S.229.

Bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için, neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Fiil teşebbüs aşamasında kalsa dahi silah ile suç işlendiğinden failin cezası artırılabilecektir. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde, bunlardan yalnız birinin silahlı olması cezanın artırılması için yeterli olacaktır²¹¹.

2.3.2.2. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi (109/3-b)

Fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi 109. maddenin 3. fıkrasının (b) bendinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için faillerin en az iki kişi olması ve suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde işlenmesi gerekir²¹².

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin nitelikli hal kabul edilmesinin sebebi, mağdurun iç huzuruna daha ağır zarar vermesi ve suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır²¹³. Birden fazla kişi tarafından işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi, mağdurun savunma olanaklarını azaltır, fail açısından ise fiilin işlenmesinde daha büyük bir yoğunluk taşır ve suçun işlenmesini kolaylaştırır²¹⁴.

Birlikte işlenmesi, birden fazla kişinin hürriyeti yoksun kılma suçunu işlerken beraberce hareket etmeleri, aynı zamanda ve müşterek fail sıfatıyla (TCK.m.37/1) suç işlemeleri anlamına gelir²¹⁵. Örneğin, faillerden birisinin mağdurun boynundan tutması, diğerinin kolunu bükmesi ve diğerinin de silah göstermesi durumunda, her fail bakımından “müşterek faillik” müessesesi uygulanmak suretiyle cezai sorumluluk tayini yoluna gidilir²¹⁶.

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında, suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Fiilin icrası ve sonuçsuz kalması ortak faillerin her birinin elinde bulunmaktadır²¹⁷.

Madde gerekçesinde “Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı hâlinde, bu nitelikli unsur oluşur. Ancak, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından

²¹¹ Gülşen, S.105;Artuç, S.851.

²¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.327.

²¹³ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.721.

²¹⁴ Gülşen, S.105;Soyaslan, Özel Hükümler, S.203.

²¹⁵ Şen, S.441;Artuç, S.851;Gülşen, S.106.

²¹⁶ Şen, S.441.

²¹⁷ 5237 sayılı TCK'nın 37'inci maddesinin gerekçesi.

gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde, bu fıkra göre ceza artırılamaz” şeklinde belirtilmektedir. Madde gerekçesine göre, birden fazla kişinin birlikte fail olarak suçu işlemiş olmaları gerekir. Bu nedenle azmettiren ve yardım eden kişi asgari sayının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz²¹⁸.

Suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması halinde, bu fıkra göre ceza artırılmayacaktır²¹⁹. Faillerden biri icra hareketini gerçekleştirirken, diğerleri icra hareketini yapmadan suça azmettiren ya da yardım eden olarak katılırlarsa, suçun nitelikli hali değil, 109.maddenin 1 ve 2.fıkralarındaki suçlar oluşacaktır. İcra hareketini yapmayan kişi ise TCK'nın 38 ve 39.maddeler uyarınca cezalandırılacaklardır²²⁰. Suç birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, nitelikli hal bunu bilen azmettiren ve yardım eden için de uygulanır²²¹. Örneğin, faillerden biri mağdurun ellerinden, diğer fail de mağdurun ayaklarından tutup onu zorla arabaya sokmaları halinde bu nitelikli hal uygulanır. Ayrıca birden çok kişinin suçun işlenmesinden önce aralarında anlaşmış olması şart değildir²²².

2.3.2.3. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi (109/3-c)

Fiilin kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi 109. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. Bu nitelikli halin kabul edilmesinin sebebi, bireylere kamu görevlisi olmalarından dolayı ayrıcalıklı durum yaratmak değil, kamu görevlisinin görevini güvenlik içinde yerine getirilmesini sağlamaktır²²³.

Kimlerin kamu görevlisi olduğu 5237 sayılı TCK'nın 6.maddesinin 1.fıkrasının (c) bendine göre belirlenir. Buna göre: *“Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* anlaşılır.

²¹⁸ Artuç, S.851.

²¹⁹ Gökçen Ahmet, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> ;erişim tarihi:3.11.2010)

²²⁰ Malkoç, S.1029.

²²¹ Tezcan/Erdem/Önok, S.376.

²²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.327;Artuç, S.851;Parlar/Hatipoğlu, Asliye Ceza Davaları, S.229;Gülşen, S.106.

²²³ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.721.

Mağdurun sadece kamu görevlisi olması, tek başına nitelikli halin uygulanması için yeterli değildir. Mağdurun kamu görevi nedeniyle fiile maruz kalmış olması gerekir²²⁴. Bu fıkra failin saiki ön plana çıkmaktadır²²⁵. Kanun koyucu bu nitelikli halde, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle hürriyetten yoksun kılma fiilinin işlenmesini ve failin bu saik altında hareket etmesini aramıştır²²⁶. Madde gerekçesi de “*Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kişinin yerine getirdiği kamu görevi dolayısıyla işlenmiş olabilir. Suçun bu seçimlik nitelikli unsuru için, failin saiki önem taşımaktadır*” şeklinde düzenlenmiştir. Demek ki, bu nitelikli unsurun uygulanması için, fiil ile kamu görevlisinin yerine getirdiği görev arasında illiyet bağının kurulması şarttır²²⁷. Eğer kamu görevine dahil olmayan işlerde kamu görevlisinin hürriyeti kısıtlanırsa, fail hakkında 109. maddenin 3. fıkrasının (c) bendi değil; 109. maddenin 1. fıkrası uygulanacaktır²²⁸. Örneğin, kamu görevlisi ile alacak davası olan failin, kamu görevlisinin hürriyetini kısıtlaması halinde bu nitelikli hal uygulanmaz, fail suçun temel şekline göre cezalandırılır²²⁹.

Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanılması nedeniyle hürriyetten yoksun bırakılması durumunda ise, bu nitelikli hal uygulanmaz, ancak bu durum haksız tahrik oluşturabilir²³⁰. Bu bent ancak, kamu görevlisinin yasaya uygun olarak yerine getirdiği görevi nedeniyle hürriyetten yoksun bırakılması halinde uygulanabilir. Kamu görevlisine karşı görevi sebebiyle işlenen suç, kamu görevlisinin ilgili yasa ve mevzuat uyarınca yerine getirmekte olduğu görevi nedeniyle işlenen ve doğrudan görevin içeriği veya biçimsel koşullarıyla işlediği suçtur. Örneğin polis memurunun daha önce yaptığı bir soruşturma nedeniyle kaçırılması veya bir belediye başkanının imar uygulaması nedeniyle alıkonulması durumlarında olduğu gibi²³¹.

Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, sadece kamu görevlisine karşı değil, kamu görevlisinin yakınına karşı da bu suç işlenebilir²³². Önemli olan suçun işlenmesine vesile olan durumun, kişinin daha önce yerine getirdiği kamu görevi dolayısıyla olmasıdır.

²²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, S.378;Özbek, İzmir Şerhi-II, S.721;Toroslu, S.87.

²²⁵ Şen, S.441.

²²⁶ Şen, S.442.

²²⁷ Soyaslan, Özel Hükümler, S.204.

²²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya,Özel Hükümler,S.327;Tezcan/Erdem/Önok,S.378;Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.441

²²⁹ Parlar/Hatipoğlu, Asliye Ceza Davaları, S.229.

²³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, S.378.

²³¹ Artuç, S.852.

²³² TCK'nın 109. maddesinin gerekçesi.

Bu nitelikli halin uygulanması, kamu görevlisinin görevinin devamı süresiyle sınırlı değildir²³³. Suçun işlendiği sırada kişi kamu görevlisi sıfatı taşımayabilir. Mağdurun kamu görevlisi sıfatını kaybetmiş veya görevini fiilen icra etmiyor olması, nitelikli halin uygulanmasına engel olmaz. Kamu görevi sıfatı sona erse bile, kamu görevlisi aleyhine görevi dolayısıyla işlenen hürriyetten yoksun bırakma halinde bu nitelikli hal oluşur. Nitekim madde gerekçesinde “*Suçun işlendiği sırada kişi kamu görevlisi sıfatını taşımayabilir, örneğin emekliye ayrılmış olabilir. Keza, suç, kamu görevlisinin yakınına karşı da işlenebilir. Bir hâkimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması bu hâle örnek olarak gösterilebilir*” şeklinde belirtilmiştir.

765 sayılı TCK’nın 180.maddesinin 1.fikrasında, “memuriyet işlerinden dolayı bir memur aleyhine suçun işlenmesi” nitelikli hal olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK’da ise “memur” terimine yer verilmemiş ve “kamu görevlisi” kavramı benimsenmiştir²³⁴.

765 sayılı TCK’da, fiilin TBMM üyelerinden birine karşı işlenmesi 180’inci maddesinin 1’inci fıkrasında “*Büyük Millet Meclisi âzasından biri aleyhine*” şeklinde ifade edilerek ağırlaştırıcı neden sayılmıştı. 5237 sayılı TCK’nın milletvekilleri açısından özel hükme yer vermemesinin sebebi, milletvekillerinin TCK’nın 6.maddesi anlamında kamu görevlisi sayılmasıdır. 5237 sayılı TCK’da artık milletvekiline karşı kişisel nedenle bu suç işlenirse temel şekilden (TCK.m.109/1), görevinden dolayı suç işlenirse nitelikli halden (TCK.m.109/3-c) ceza vermek gerekecektir. Ancak, milletvekiline karşı işlenen kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, 5237 sayılı TCK’nın 309.maddesinde düzenlenen anayasayı ihlal ve 311’inci maddesinde düzenlenen yasama organına karşı suç oluşturulmaması gerekir²³⁵.

2.3.2.4. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (109/3-d)

Fiilin kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi 109. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. Suç, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak veya kanuni usul ve koşullara uymayarak bir kimsenin hürriyetinin yoksun bırakılması suretiyle işlenir²³⁶. Kamu

²³³ Erol, Türk Ceza Kanunu-2, S.2135.

²³⁴ Gökçen Ahmet, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> ;erişim tarihi:3.11.2010)

²³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, S.377.

²³⁶ Toroslu, S.87;Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.443.

görevlisi, kendisine görevini icra etmesi için verilen yetkilerini ve otorite gücünü kötüye kullanarak bu suçu işlemiş olmalıdır²³⁷.

Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesinin nitelikli unsur sayılmasının nedeni, failin yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması ve kamu görevi nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek olmasıdır²³⁸. Kamu görevinin sağladığı nüfuz, görevden kaynaklanan yetkilerin kullanılması nedeniyle kişiler üzerinde kurulabilen etkinlik ve kontroldür. Görevli, bireyi kolayca etki ve denetim altına alabilir ve sonucunda kolaylık sağlayan durumdan yararlanarak hürriyeti sınırlayabilir²³⁹. Kamu görevlisi görevli olmasından dolayı kişilere karşı üstünlük sağlar. Bu nedenle kamu görevlisinin bu üstünlük ile başkasının hürriyetini kısıtlaması halinde, görevinin ister esas ister şekil koşullarına aykırılık oluşturan, sonuçta yasaya aykırı davranan kamu görevlisi, daha ağır şekilde cezalandırılacaktır²⁴⁰.

Bu nitelikli halde, failin kamu görevlisi olması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda sağladığı nüfuzun da kötüye kullanılması gerekir²⁴¹. Kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması için, öncelikle kamu görevlisi sıfatının hukuka uygun bir biçimde kazanılmış olması aranacaktır ayrıca failin gerçekten kamu görevlisi olan bir kimse tarafından işlenmesi gerekir. Kendisini gerçeğe aykırı olarak kamu görevlisi gösteren kimse, başkasının özgürlüğünü kısıtlarsa, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hile ile işlenmesi söz konusu olur²⁴².

Kamu görevlisi bu suçu görevi dolayısıyla işlemesi halinde aynı zamanda kamu idaresinin itibarına da zarar vermektedir²⁴³. Kamu görevlisi hukuka uygun davranmak ve uygulamalarını yasal dayanakta gösterilen şartlar çerçevesinde yerine getirmek zorundadır. Yasal dayanağı olmayan ve şartlara uymayan fiiller hakkında, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması gündeme gelecektir²⁴⁴.

Görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, göreve girmeyen yetkinin benimsenmesi ve görevin çizdiği sınırların aşarak kullanılmasıdır²⁴⁵. Kamu görevlisinin, kişi hürriyetine karşı işlediği her türden aşırı ve yetki sınırını aşan hareketi görevinin sağladığı

²³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.328.

²³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, S.378.

²³⁹ Malkoç, S.1030.

²⁴⁰ Soyaslan, Özel Hükümler, S.205; Malkoç, S.1030.

²⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, S.378.

²⁴² Toroslu, S.87.

²⁴³ Soyaslan, Özel Hükümler, S.205.

²⁴⁴ Şen, S.443.

²⁴⁵ Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.443.

nüfuzun kötüye kullanılmasıdır²⁴⁶. Kamu görevlisi bu suçu işlerken görevini yapabilir ya da görevi olmamasına rağmen bu suçu işleyebilir. Ancak her durumda kamu görevlisi görevinin sağladığı güçten istifade ederek fiili işlemelidir²⁴⁷.

Bu ağırlatıcı nedenden söz edebilmek için, failin, kişi özgürlüğünden mahrum etme yetkisine sahip olan bir kamu görevi olmalıdır²⁴⁸. Hürriyeti kısıtlama yetkisine sahip kişiler soruşturma ve kovuşturma makamları olan, hakim, Cumhuriyet Savcısı ve kolluk kuvvetleridir²⁴⁹. Ceza Muhakemesi Kanunu, kolluk kuvvetlerine yakalama yetkisi, savcılara gözaltına alma kararı verme etkisi, hakimlere ise tutuklama kararı verme yetkisi tanımıştır²⁵⁰. Kamu görevlisi, hürriyeti kısıtlama yetkisini kötüye kullanarak, yasal koşullar oluşmadan mağdurun hürriyetini kısıtlarsa bu nitelikli hal uygulanır. Örneğin, hakimin yasal engel olmasına rağmen bir kimseyi tutuklaması, Cumhuriyet Savcısının azami süreden fazla olarak mağduru gözaltında tutması, infaz koruma memurunun cezaevindeki hükümlüyü yetkisi olmadığı halde ve koşullar oluşmadan hücreye koyması, bir polis memurunun mağdur hakkında herhangi bir soruşturma olmamasına karşın onu 3-4 saat polis arabasına bindirerek dolaştırması ve sorguya çekmesi hallerinde kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak hürriyeti kısıtlama suçu işlenmiş olacaktır. Ya da gözaltı süresi bittiği halde, Cumhuriyet Savcısından izin almaksızın süreyi uzatan, yetkili mercilerin emrine rağmen sanıkları salıvermeyen, şartları oluşmadığı halde kişiyi göz altına alıp 5 gün karakolda tutan kamu görevlileri, görevlerinin sağladığı nüfuzları kötüye kullanarak bu suçu işlemişlerdir²⁵¹. Sırf şüpheli ya da sanığa ders vermek için ya da aralarında geçen husumet nedeniyle kasten ve hukuka aykırılık bilinci içinde, şartları gerçekleşmemesine rağmen bu kişiler yakalanırsa ya da tutuklanırsa, kanunun aradığı biçimsel koşullara uyulmaması nedeniyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacak ve fail kamu görevlisi olduğundan cezası artıracaktır²⁵².

Bu nitelikli hal oluştuğunda artık, 5237 sayılı TCK'nın 257.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun varlığı tartışılmayacaktır²⁵³. TCK'nın 257'inci

²⁴⁶ **Gülşen**, S.148.

²⁴⁷ **Soyaslan**, Özel Hükümler, S.205.

²⁴⁸ **Toroslu**, S.87.

²⁴⁹ **Artuç**, S.852;**Malkoç**, S.1030.

²⁵⁰ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.721.

²⁵¹ **Erol** Haydar, Gerekeçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu (En son değişiklikleriyle), Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara-2005, S.570.

²⁵² **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.721;**Gülşen**, S.148.

²⁵³ TCK'nın 257.maddesi:

maddesi, ceza normlarında ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevi kötüye kullanma fiilini, bireysel mağduriyet ya da kamu zararı gerçekleşmesi kaydıyla suç saymıştır. Kamu görevlisinin görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili 109.maddede suç olarak düzenlendiğinden, artık faile 257.maddenin uygulanma imkanı bulunmamaktadır²⁵⁴.

2.3.2.5. Suçun Üstsoy, Altsoy veya Eşe Karşı İşlenmesi (109/3-e)

Fiilin üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi 109. maddenin 3. fıkrasının (e) bendinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminde, mağdurun faille olan akrabalık ilişkisi göz önüne alınmış ve eylemin üstsoy, altsoy ve karı koca arasında işlenmesi, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Bu nitelikli halin düzenlenme sebebi, failin yakınlık bağı nedeniyle kolaylıkla mağduru hürriyetinden mahrum edilebilmesi ve aile yükümlülüğünün ihlal edilmesidir²⁵⁵. Üstsoy, altsoy ve eş kavramları Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenir²⁵⁶. Bu belirleme soyut beyanlar üzerinde değil, nüfus kayıtlarıyla saptanır²⁵⁷. Nüfus aile kayıt tabloları getirtilerek hüküm kurulması gerekmektedir²⁵⁸.

Türk Medeni Kanunu' nun 17. maddesine göre, “*Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır*”. Demek ki, üstsoy, bir kimsenin ana ve babası yönünde dikey olarak bütün kan hısımlarını ifade eder. Kişinin babası, annesi, büyükbabası vs. üstsoyunu; kişinin çocukları ve torunları da altsoyunu oluşturur. Altsoy üstsoy ilişkisinin

“ (1)Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır

(3)İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁵⁴ Şen, S.443; Malkoç, S.1030.

²⁵⁵ Gülşen, S.113.

²⁵⁶ Soyaslan, Özel Hükümler, S.205; Gülşen, S.114.

²⁵⁷ Gülşen, S.114.

²⁵⁸ Parlar/Hatipoğlu, Asliye Ceza Davaları, S.230 ; Artuç, S.853.

meşru olup olmaması önemli değildir²⁵⁹. Kanun altsoy ibaresini kanuni anlamda değil, fiili anlamda kullanmıştır²⁶⁰. Medeni Kanun'un 17. maddesi gereğince, biri diğerinden gelmeyen yani aralarında kan bağı bulunmayan altsoy veya üstsoy hısımlar arasında gerçekleşen hürriyetten yoksun bırakma eylemleri nedeniyle TCK.m.109/3-e uygulanmaz.

Medeni Kanunu' nun 282. maddesine göre: *“Çocuk ile ana arasında soy bağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soy bağı, ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur. Soy bağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur”*.

Medeni Kanunu'nun 292. maddesine göre ise: *“Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi halinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur”*.

Medeni Kanunu'na göre ana yönünden soy bağı, evlilik içi veya evlilik dışı ayrımı olmadan doğrudan kazanılır. Ancak evlilik dışı ilişkiden doğan çocukla, onun doğal babası arasında bir kan bağı bulunmasına rağmen, doğal baba çocuğu tanımadıkça ya da doğal baba aleyhine bir babalık davası açılıp kazanılmadıkça veya doğal baba ile annenin, çocuğun doğumundan sonra evlenmeleri yoluyla çocuğun nesebi düzeltilmedikçe, çocukla baba arasında hukuken hiçbir soy bağı kurulmaz. Gerçekten Medeni Kanun'un 282'nci maddesine göre çocuk ile baba arasında soy bağı ancak, ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur. Bu nedenle evlilik dışında doğan çocuklara karşı, sonradan evlenen anne babasının işledikleri hürriyetten yoksun bırakma eyleminde, TCK.m.109/3-e'nin uygulanması gerekirken, evlilik dışında doğan çocuğa karşı, henüz evlenmemiş ve evlenme, tanıma ya da hakim kararıyla da babalık ilişkisi kurulmamış babasının işlediği hürriyetten yoksun bırakma eyleminde bu madde uygulanmaz.

Fiilin eşe karşı işlenmesi de, cezayı artıran bir nedendir. Ancak ağırlatıcı neden oluşturması için tarafların suçun işlendiği sırada karı koca olmaları gerekir. Karı kocalık sıfatı, Türk Medeni Kanunu' na göre, resmi memur huzurunda usulüne göre yapılan bir evlenme akdine dayanır. Bu nedenle dini nikah kıyan ya da birlikte yaşayan kişiler arasında işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, bu ağırlatıcı neden uygulanmaz. Terk halinde, boşanma henüz olmadığından bu nitelikli hal uygulanır. Örneğin, bir kadın evi terk etmek istemesine rağmen, kocası zorla ona engel oluyorsa, bu durumda eşe karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır²⁶¹. Ancak evlilik mutlak yoklukla sakat ise karı kocalık olmadığından, bu hüküm uygulanmaz. Evlilik nisbi yoklukla sakat ise, evlilik, hakim

²⁵⁹ Gülşen, S.114;Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2828.

²⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2828.

²⁶¹ Artuç, S.853.

kararıyla iptal edilinceye kadar vardır ve taraflar iptal hükmüne kadar karı kocadır²⁶². Dolayısıyla failin cezası bu nitelikli hal uyarınca artırılabacaktır. Ayrıca taraflar arasında devam eden boşanma davası, nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmez. Boşanma kararının kesinleşmesine kadar işlen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi halinde, ceza artırılabacaktır. Eğer hakim, Medeni Kanunu'nun 170 ve devamı maddelerine göre ayrılık kararı vermişse, eşler resmen evli olduklarından, bu süreçte de, nitelikli hal uygulanacaktır.

Madde metninde, yalnızca üstsoy, altsoy ve eş bakımından bu hükmün uygulanacağı belirtildiğinden, bu sayılanlar dışındaki yakın akrabalar aleyhine bu suçun işlenmesi halinde, nitelikli hal uygulanmayacaktır. Medeni Kanun'un 282'nci maddesine göre, soy bağı ayrıca evlat edinme yoluyla kurulabildiğinden, evlatlıkla evlat edinen arasında yasa gereği bir soy bağı doğar. Ancak TCK'nın 109.maddesinin 3.fikrasın da evlatlıkla evlat edinen açıkça belirtilmediğinden bu kişiler arasında işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bu fıkra kapsamına dahil olmayacaktır²⁶³.

Bu fıkroda kasten öldürme ve kasten yaralama suçundaki nitelikli hallerden farklı olarak, kardeşe karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir²⁶⁴. Yine üvey ana veya üvey baba ya da üvey çocuğa karşı hürriyetten yoksun kılma fillileri de nitelikli hal olarak saymadığından, bu fıkra bu kişiler için de uygulanmayacaktır. Zaten Medeni Kanunu'nun da üvey ana ya da üvey baba ile çocuk arasında soy bağının kurulabileceği ya da arada kan bağının kurulduğunu belirten bir hüküm de bulunmamaktadır²⁶⁵. Medeni Kanunu'nun 18'inci maddesi: "*Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz*" hükmünü içermektedir. Ancak, failin, sıhri hısımlardan birini, evlilik sona erdikten sonra hürriyetten yoksun bırakması durumunda, artık fail TCK.m.109/3'e göre cezalandırılmayacaktır. Çünkü Medeni Kanunu'nun 18'inci maddesi, sadece aile arasında hukuksal bağların sürdürülmesi amacına dayanır. Ceza hukuku açısından bu husus cezada artırım nedeni sayılmayacaktır.

²⁶² Soyaslan, Özel Hükümler, S.205

²⁶³ Gülşen, S.114;Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.444.

²⁶⁴ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.722.

²⁶⁵ Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.445.

2.3.2.6. Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi (109/3-f)

Fiilin çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiyeye karşı işlenmesi 109. maddenin 3. fıkrasının (f) bendinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. Bu nitelikli unsurun kabul edilmesinin sebebi; mağdurun çocuk olması ve çocuk olduğu için kendisini savunmasının zor olması²⁶⁶, bu nedenle çocukların özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının yetişkinlere göre daha kolay olması nedeniyle ya da yaşlılığı, hastalığı, malullüğü veya ruhi ya da fiziki güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan aciz bir kimseye karşı fiilin işlenmesidir²⁶⁷. Ayrıca failin ahlaki kötülüğü, mağdurun kendini savunması konusunda yaşadığı güçlük sebebiyle ve fiilin bu kişilerin psikolojisinde ağır ihlaller yaratması nedeniyle failin cezası bu nitelikli hale göre artacaktır²⁶⁸.

“Çocuk” kavramı iki kanunda tanımlanmıştır. 5237 sayılı TCK’nın 6.maddesinin 1.fıkrasının (b) bendinde: “Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi” anlaşılır. Diğer tanım ise, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 3. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde: “Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder” şeklinde düzenlenmiştir.

Mağdurun yaşının tespiti bu fıkranın uygulanabilirliği açısından çok önemlidir²⁶⁹. Failin yaşı mağdurdan küçük olsa bile, mağdurun fiil anında 18 yaşını doldurmamış olması

²⁶⁶ Soyaslan, Özel Hükümler, S.206.

²⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.329.

²⁶⁸ Toroslu, S.88.

²⁶⁹ “Sanıkların hazırlık aşamasında, tanık Yusuf’un da mahkemede alınan beyanlarında mağdurenin görünüm itibariyle büyük olduğunu ifade etmeleri ve mağdurenin yine 1.11.1989 doğumlu olarak 1995 yılında nüfusa tescil edilmiş olması karşısında, suçun niteliğine etkisi bakımından, mağdurenin doğum tutanağı getirtilip, resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas olarak kemik grafikleri çektilerle suç tarihinde kaç yaşında olduğu hususunda sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorularak gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yrg.5.CD.1.2.2007 tarih ve 11960-527 sayılı kararı; Erol, Türk Ceza Kanunu-2, S.2153)

“Suçun oluşumuna ve niteliğini belirlemeye etkisi bakımından doğumundan uzun süre sonra nüfusa kaydedildiği anlaşılan mağdurenin, ilgili merciinden doğum tutanağının onaylı sureti getirtilip, resmi bir kurumda doğmadığının saptanması halinde, yaşını belirlemeye yönelik kemik grafikleri çektilerle, tam teşekküllü bir hastaneden sağlık kurulu raporunun aldırılması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş sorulup, mağdurenin suç tarihindeki yaşı belirlendikten sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yrg.5.CD.19.1.2009 tarih ve 2008/13717-2009/72 sayılı kararı; Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu-III, S.3654).

durumunda bu nitelikli hal uygulanacaktır²⁷⁰. Tam burada, 5237 sayılı TCK'nın "Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu" başlıklı 234. maddesinden bahsetmek gerekir. TCK'nın 234. maddesi:

"Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması hâlinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

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

Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklinde düzenlenmektedir.

Bu maddede de, fiil çocuğa karşı gerçekleştirilmektedir. Kuşkusuz, 15 yaşından küçük çocuklarda rızanın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna etkisi olmadığı açıktır. 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını doldurmamış çocuklarda ise, çocuk evi terk etmişse, bu çocuğu yanında bulunduranlar için, 5237 sayılı TCK'nın 234.maddesinin 3.fikrasındaki suç oluşacaktır. Ancak 15 yaşını tamamlamış, 18 yaşını doldurmamış çocuk, evi terk etmeden, rızasıyla faille birlikte bir yere gitmişse, bu durumda suç oluşmayacaktır²⁷¹. Mağdur 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını doldurmamış olup, rızası olmadan ona karşı hürriyeti kısıtlama suçunun işlenmesi halinde artık 109. maddenin 3. fıkrasının (f) bendi uygulanacaktır. Ancak veli ya da vasi, çocuğun veya temyiz kudreti bulunmayan kişinin bir yerde kalmasına veya tutulmasına izin vermişse, verilen bu izin cebir veya tehdidi veya bir başka suçun işlenmesini kapsamaması durumunda, üçüncü kişi tarafından çocuğun veya temyiz kudreti bulunmayan kişinin bir yerde tutulması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sayılmayacaktır²⁷².

Kanunda beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan kişinin, hangi ölçütlere göre belirleneceği düzenlenmemiştir. Her türlü ruh ve beden hastalığı bu kapsamda değerlendirilmez. Mağdurun fiile direnemeyecek kadar küçük olmasının yanında, bir kimsedeki ruh ve beden hastalığı da derecesine ve niteliğine göre bu fıkranın uygulanmasını gerektirebilir²⁷³. Mağdurun kendisini savunamayacak durumda olması, ağır

²⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, S.377.

²⁷¹ Artuç, S.853.

²⁷² Şen, S.446.

²⁷³ Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.445.

hastalık, sakatlık, yaşlılık, engelli olma, akıl zayıflığı, ruh hastalığı gibi nedenlerle, mağdurun kendi özgürlüğü hakkında yeterli korumayı gerçekleştirememiş durumda olmasını ifade etmektedir²⁷⁴. Kişinin kendisini savunamayacak durumda olmasının beden veya ruh bakımından olması konusunda ayırım yapılmamıştır²⁷⁵. Beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunma, mağdurun hürriyetten yoksun kılma suçuna karşı koyma imkanını ortadan kaldıracak mahiyette bulunan her türlü bedeni ve ruhi engeldir²⁷⁶. Örneğin, kol ve bacağı kesik olan veya bedeninde henüz gerçekleşmiş bir ameliyatın dikişleri bulunan, ağır kalp rahatsızlığı olan kişiler bu kapsama girer²⁷⁷. Yine, felçli bir kimsenin koltuk değneklerinin alınması suretiyle hareket imkanının yok edilmesi halinde fail bu bent uyarınca cezalandırılacaktır²⁷⁸.

Beden bakımından kendini savunamama, bedensel güçsüzlüğü, direnç yetersizliğini ifade eder²⁷⁹. Ruh hastalığı nedeniyle kendini savunamayanlar ise, akıl hastalığı ya da sair psikolojik sorunları olanlardır²⁸⁰. Bu nitelikli halin uygulanması için mağdurun yaşı önemli değildir. Yaşı ne olursa olsun mağdurun kendini savunamayacak durumda olması halinde failin cezası artırılabılır²⁸¹. Bu durumların süreklilik arz edip etmemesi önemli değildir²⁸². Sözü edilen duruma doğal ve sürekli olarak ya da arizi şekilde düşülmüş olmasının farkı yoktur²⁸³. Failin mağduru beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak hale getirmesine gerek yoktur. Mağdurun içinde bulunduğu bu durumdan yararlanmış olması nitelikli halin uygulanması açısından yeterlidir. Örneğin mağdur alkol alarak kendini savunamayacak duruma gelmiş olsa bile, failin mağdura karşı bu suçu işlemesi halinde failin cezası nitelikli hal nedeniyle artacaktır²⁸⁴.

Bu bendin uygulanması için failin eylemini ruh ve beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu düşündüğü kimseye karşı gerçekleştirmesi yeterlidir. Mağdurun aslında kendisini savunabilecek güce sahip olmasının önemi bulunmamaktadır. Bu durum suç kastı içinde değerlendirilmelidir. Failin, mağdurun beden ve ruh bakımından

²⁷⁴ Tezcan/Erdem/Önok, S.376.

²⁷⁵ Baydemir, S.903.

²⁷⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.330.

²⁷⁷ Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1816.

²⁷⁸ Erol, Türk Ceza Kanunu-2, S.2136.

²⁷⁹ Malkoç, S.1030.

²⁸⁰ Soyaslan, Özel Hükümler, S.206.

²⁸¹ Toroslu, S.88.

²⁸² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2830; Baydemir, S.903.

²⁸³ Malkoç, S.1030.

²⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, S.376.

kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlediğini bilmemesi halinde, bu bendin uygulanmaması gerekir. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın 30.maddesinin 1.fıkrası: *“Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır”* şeklinde ifade edildiğinden, fiilin icrası sırasında, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmayacaktır²⁸⁵. Fail bu durumu bilmemekle birlikte, kuşulanmasını gerektiren bir durumun varlığına rağmen eylemini gerçekleştirmesi halinde ise olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir²⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki; failin 109. maddenin 3. fıkrasında öngörülen nitelikli hallerinden bir kaçını ihlal ederek bu suçu işlemesi halinde, fail hakkında temel cezayı tayin edilirken, alt sınırdan ayrılmak suretiyle, 5237 sayılı TCK'nın 61.maddenin 1.fıkrasındaki ölçütler esas alınarak belirlenmelidir.

2.3.3. TCK.m.109/5'deki Nitelikli Hal: Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi

Fiilin cinsel amaçla işlenmesi 109. maddenin 5. fıkrasında cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. Başka bir ifade ile, suçun cinsel amaçla işlenmesi, söz konusu suç açısından failin güttüğü amaç itibariyle ayrı bir nitelikli unsur oluşturmaktadır²⁸⁷.

Bu nitelikli halin kabul edilmesinin sebebi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan hareket özgürlüğünün yanında mağdurun cinsel özgürlüğüne yönelik bir tehlikenin varlığıdır²⁸⁸. Madde gerekçesinde de: *“Beşinci fıkra hükmüne göre, suçun cinsel amaçla işlenmesi, söz konusu suç açısından failin güttüğü amaç itibarıyla ayrı bir nitelikli unsur oluşturmaktadır. Bu nitelikli unsurun gerçekleşmesi hâlinde verilecek cezanın ayrıca artırılmasına tabi tutulması gerekmektedir”* denmektedir.

Burada failin cinsel amaçla hareket etmiş olması yeterlidir. 109. maddenin 5. fıkrasındaki cinsel amaç ibaresinden, cinsel arzuların tatmini için yapılan hürriyetten yoksun kılma suçları anlaşılmalıdır²⁸⁹. Öğretide kimi yazarlar, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun koruduğu hukuki yararın, kişinin hareket özgürlüğü yani serbest iradesi ile istediği yere gitmesi ya da istediği yerde kalması olduğunu; oysa cinsel suçların temelinin faildeki,

²⁸⁵ Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.445 vd.

²⁸⁶ Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.445.

²⁸⁷ Aldemir Hüsni, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu, Kartal Yayınevi, Ankara 2007, S.406;Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1816.

²⁸⁸ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.722;Soyaslan, Özel Hükümler, S.206.

²⁸⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.330;Malkoç, S.1032.

cinsel amaca dayandığını, bu nedenle cinsel suçlarda cinsel özgürlüğün korunduğunu ve cinsel özgürlüğün ihlalinin cezalandırıldığını, bu sebeplerle, failin mağduru cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılması halinde, bu tür eylemin, cinsel özgürlüğe karşı fiilleri düzenleyen “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında olması gerektiğini savunmuşlar ve bu hükmün kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen 109’uncu madde yer almasını sistematik yönden hatalı bulmuşlardır²⁹⁰.

Bu fıkrada, failin cinsel amaç gütmesi, onun özel kastla hareket etmesi demektir²⁹¹. Failin amacı cinsel birleşme, cinsel yönden tatmin ya da evlenmek maksadıyla olabilir²⁹². Ancak, bu fıkranın uygulanabilmesi için, failin amacına ulaşması gerekmez²⁹³. Fail aynı zamanda amacına ulaşmışsa, ayrıca işlenen suçtan dolayı ceza alır. Bu suçlar cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ya da cinsel taciz olabilir²⁹⁴. Kişiyi yönelik olarak laf atma, sarkıntılık eylemleri cinsel taciz kavramı içinde değerlendirilir²⁹⁵. Cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak cinsel taciz boyutunda kalan bazı hareketleri yapmak için mağdurun kaçırılması halinde de fail her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Başka bir deyişle, failin cinsel amaçla özgürlüğünü kısıtladığı mağdura karşı, ayrıca bu amacı gerçekleştirmeye yönelik başkaca fiillerde işlemiş olması durumunda, işlenen ilgili suç tipi yanında ayrıca, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali ile cezalandırılması gerekmektedir²⁹⁶.

TCK’nın 287’nci maddesinde “*genital muayene suçu*” düzenlenmiştir²⁹⁷. Genital muayene, geniş anlamıyla tüm üreme organlarının muayenesidir. Dolayısıyla genital muayenenin, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda araç olarak kullanılıp kullanılmayacağı düşünülebilir. Genital muayenenin yapılmasındaki amaç, cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlendiği takdirde, bu suç olgusunu açıklığa kavuşturmak veya

²⁹⁰ **Yurtcan** Erdener, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 2006, S.224.

²⁹¹ **Şen**, S.446.

²⁹² **Soyaslan**, Özel Hükümler, S.206.

²⁹³ **Meran**, Yeni Türk Ceza Kanunu, S.581.

²⁹⁴ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.722.

²⁹⁵ **Artuk** Mehmet Emin, Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku,

(<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/465/5310.pdf> ; erişim tarihi: 17.12.2010)

²⁹⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.380; **Şen**, S.446.

²⁹⁷ TCK’nın 287’nci maddesi:

“(1)Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolünür.

(2)Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

bir hastanın rahatsızlık ya da hastalık şikayeti sonucu tanı ve tedavisini yapmaktır²⁹⁸. Bunların dışındaki amaçların gerçekleştirilmesini önlemek için, 5237 sayılı TCK'da, genital muayene suç olarak düzenlenmiştir²⁹⁹.

CMK'nın 75 ve 76'ncı maddelerinde, kişinin cinsel organları veya anüs bölgesinde muayene yapılmasına ancak hakim veya mahkeme tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verileceği belirtilmiştir³⁰⁰. Genelde kişi ya

²⁹⁸ **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2006, S.1058.

²⁹⁹ **Özgenç**, Gazi Şerhi, S.1059.

³⁰⁰ TCK'nın 75'inci maddesi:

“(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır” şeklinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 76'ncı maddesi:

“(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî

merak nedeniyle ya da cinsel suç mağduru olup, adli makamlara intikal ettirmek istememesi nedeniyle, yetkili hakim veya savcı kararı olmadan genital muayene talep etmektedir. Ancak ortada bir suç nedeniyle başlatılmış soruşturma veya kovuşturma yoksa ya da bir hastalığın teşhis ve tedavisi amacıyla istenmemişse, kim tarafından talep edilmiş olursa olsun, kişi üzerinde genital muayene yapılmayacaktır. Aksi takdirde TCK'nın 287.maddesinde düzenlenen genital muayene suçu oluşacaktır.

Genital muayenenin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halini oluşturan cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturup oluşturmayacağı sorunu akla gelebilir. Hakim ve savcı kararı olmaksızın kişinin muayenesini yapan kişi, hareketinin genital muayene suçunu oluşturduğunu bilse de, cinsel amaçla hareket edip muayene yapabilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti korunmuş olup, failin mağduru, onun iradesi dışında hürriyetinden yoksun kılması aranmaktadır. Ancak genital muayene suçunda, mağdur kendi isteği ile genital muayene talep etmektedir. Bu nedenle genital muayenesi yapılan kişinin hürriyeti kısıtlanmış olmayacak dolayısıyla muayeneyi yapan kişi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili olmayacaktır. Bu nedenle TCK'nın 287'nci maddesine aykırı olarak genital muayene yapılması halinde, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmayacağı kanaatindeyiz.

765 sayılı TCK, kaçırma ve alıkoymayı düzenleyen maddelerinde, “şehvet hissi” veya “evlenme maksadı” ile hareket edilmesi halinde suçun oluşacağını belirtmiş, ancak evlenme maksadı ile yapılanları, 433'üncü madde ile cezayı hafifletici neden saymıştı. Yeni ceza kanununda böyle bir hafifletici nedene haklı olarak yer verilmemiştir.

5237 sayılı TCK'nın 109.maddenin 5.fıkrası, 765 sayılı TCK'nın 429 ve devamındaki maddelere karşılık gelmektedir. 765 sayılı TCK'nın 429 ve devamı maddelerinde, “kız ve kadın ve erkek kaçırmak” suçu düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'nın 429 ila 433 maddeleri arasında mağdurun yaşı dikkate alınarak, bağımsız olarak düzenlenmiş suçları, 109.maddedeki genel düzenlemenin altında toplamıştır³⁰¹. 5237 sayılı TCK'da artık, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan her eylem, 109.maddenin 5.fıkrası

anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁰¹ Tezcan/Erdem/Önok, S.379;Toroslu, S.89.

kapsamında cezalandırılacaktır. Dolayısıyla 109. madde, failin saikini dikkate alarak cezayı artıran bir unsur olarak düzenlemiştir³⁰².

Mağdurun on beş yaşını bitirmiş çocuk olması ve failin evinde rızayla cinsel ilişkiye girmiş olması durumunda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacak, ancak 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen ve şikayete bağlı olan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu oluşacaktır. Fail, cinsel amaç taşıyarak örneğin on yedi yaşındaki mağduru zorla alıkoymuş veya bir yere götürmüşse, bu durumda fail, mağdurun rızası olmadığından, 5237 sayılı TCK'nın “çocukların cinsel istismarı” suçunu düzenleyen 103. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca cezalandırılacak ayrıca, hürriyeti tahdit etmekten dolayı 109. maddenin 5. fıkrası uyarınca cezalandırılacaktır. Ancak mağdur rızasıyla failin evine giderse, fakat cebir veya tehdit ile cinsel istismara ya da cinsel saldırıya maruz kalmışsa, mağdur evi terk etmek hürriyetinden mahrum bırakıldığından, fail hem 109. madde gereğince hem de 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen “cinsel saldırı” suçundan ya da 103'üncü maddesinde düzenlenen “çocukların cinsel istismarı” suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 102.maddesinin 2.fıkrasında, evli kişiler arasında zorla cinsel saldırılması cezalandırıldığından, eşlerden birinin diğerini bir yere götürerek, zorla cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde, fail eş, hem TCK.m.102/2' den hem de TCK.m.109/5' ten cezalandırılacaktır.

765 sayılı TCK'nın 429 ve 430. maddelerinde suçun hareket unsuru “bir kadını kaçırmak ya da bir yerde alıkoymak” olarak gösterilmişti. Bu nedenle mağdurun evinde ırza geçme olaylarında, fail mağduru kaçırp alıkoymadığından, bu maddelerde düzenlenen suçların oluşmadığı düşünülmekteydi. Ancak 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda hareket unsuru olarak “bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma” hususu gösterildiğinden, önemli olan mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinin ihlal edilmesi olup, bunun hangi nedenle ve nerede yapıldığının önemi bulunmamaktadır. Yeni kanun mağdur üzerinde fiili hakimiyet sağlanmasını veya mağdurun kapalı alana götürülmesi zorunlu unsur olarak kabul etmemektedir. Hangi ortamda olursa olsun, kişinin hareket kabiliyetini sınırlama varsa, bu suç oluşacaktır.

Suçun işlenmesinden önce veya sonra herhangi bir şekilde hürriyetin kısıtlanmadığı, yalnızca cinsel saldırı ve istismar boyunca sınırlandırıldığı hallerde hürriyeti tahdit suçu oluşmayacaktır. Zaten sanığın, bu suçu işleyebilmek için zorunlu olarak mağduru tutması gereken bir süre vardır. Ancak fail, suç öncesi ve sonrası eylemleri ile, cinsel saldırı ve istismar için gerekli olan süreyi aşmışsa, suç öncesi veya sonrasında mağdurun hareket kabiliyetini daraltmışsa, bu durumda TCK.m.109'da düzenlenen suç da oluşacaktır. Başka bir

³⁰² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.330.

ifadeyle, hürriyetin kısıtlanma süresi ile ırz geçme süresi eşit ise ve aynı anda gerçekleşmişse, bu durumda TCK.m.109'taki suç oluşmayacaktır. Bu sürenin öncesinde veya sonrasında hürriyetin kısıtlanması varsa ayrıca, 109'uncu maddedeki suç da oluşacaktır. Örneğin, fail, mağduru açık arazide görüyor ve yakalayıp yere yatırıp, tecavüz ediyorsa, burada suç öncesi veya sonrasında mağdurun hürriyeti kısıtlanmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır³⁰³. Ancak Yargıtayın, bu gibi durumlarda hem cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşacağı yönünde kararları mevcuttur³⁰⁴.

2.4. SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

2.4.1. Suçun Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması Hâli (TCK.m.109/4)

TCK'nın 109.maddenin 4.fıkrasına göre, suçun işlenmesi ile mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olunması halinde, fail ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmedilir. Madde gerekçesinde: “... *Dikkat edilmelidir ki, bu durumda, suçun netice nedeniyle bir ağırlaştırılmış hâli söz konusudur. Bu nedenle, failde bu neticeye yönelik kastın bulunması gerekmez. Bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdurun ekonomik kaybının önemli miktarda olması gerekir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Mağdurun hürriyetinin kısıtlanmış olması sebebiyle meydana gelen ekonomik kayıp, önemli miktarda olmalıdır. Zira belirli ekonomik kayıp, suçun maddi unsurunu içinde zaten doğal bulunabilir³⁰⁵. Fiilin doğal neticesi olan kayıplar, bu fıkra kapsamında sayılmamalıdır³⁰⁶. Ekonomik değer taşımayan ya da ekonomik değer taşımakla beraber önemli olmayan kayıplar bu fıkraya girmez³⁰⁷. Örneğin, failin mağduru kaçırması nedeniyle, mağdurun annesinin bu olayı duyup kalp krizi geçirip ölmesi halinde, ortada ekonomik bir kayıp olmadığından bu fıkra uygulanmayacaktır³⁰⁸. Ancak, örneğin, hürriyetinden yoksun

³⁰³ Artuç, S.855 vd.

³⁰⁴ “Oluşa, mağdurun aşamalarındaki beyanlarına, savunmaya ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın altı yaşındaki mağdura birden çok nitelikli cinsel istismara teşebbüste bulunmak suretiyle hukuka aykırı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da işlediği sabit olduğu halde bu suçtan mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” (Yrg.5.CD.13.4.2009 tarih ve 2008/4155-2009/4542 sayılı kararı; Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu-III, S.3651).

³⁰⁵ Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.446.

³⁰⁶ Erol, Türk Ceza Kanunu-2, S.2137.

³⁰⁷ Toroslu, S.88.

³⁰⁸ Artuç, S.854.

kılınan mağdurun önemli, bir iş anlaşmasını yapma imkanını kaybetmesi³⁰⁹ ya da mağdurun çok önemli bir iş randevusunu kaçırmış veya bir öğrencinin öğrenci seçme sınavını kaçırmış olması³¹⁰ ya da mağdurun bir ihaleye girememesi durumunda mağdur ekonomik bakımdan önemli kayba uğrayacaktır³¹¹.

765 sayılı TCK'nın 180.maddesinin 1.fıkrası”... *bu fiil sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelirse...*” demek suretiyle, fiil sebebiyle mağdurun şahsına, sağlığına ya da malına bir zarar gelmesi halinde, ağırlatıcı nedenin uygulanacağı belirtilmişti. Ancak 765 sayılı TCK'nın bu hükmünün uygulanabilmesi için, zararın ağır ya da hafif olmasının ya da zararın az ya da çok olmasının bu madde yönünden etkisi yoktu³¹². 5237 sayılı TCK'da ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için ise, “önemli” bir kayba neden olunması aranmaktadır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, ortaya çıkan zararlar işlenen fiil arasında uygun nedensellik bağı olmalıdır³¹³. Örneğin bir kimseyi kaçırdıktan sonra, o sürede ülkede ekonomik kriz olması nedeniyle mağdur tüm varlığını kaybetmişse, suç ile ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik bağı olmadığından bu fıkra uygulanmayacaktır³¹⁴. Ekonomik kayıp, sadece mal varlığındaki azalmayı değil; ayrıca hürriyeti tahdit sonucu mahrum kalınan karı da ifade etmektedir³¹⁵.

Hakim her somut olay bakımından, mağdurun konumu veya mağdurun mesleği gibi hususları dikkate alarak, kaybın önemli olup olmadığı hususunda subjektif değerlendirme yapacaktır³¹⁶. Başka bir ifadeyle, bu kaybın önemli olup olmadığına mağdur açısından bakılacaktır³¹⁷. Çünkü, bir kimse için önemli olan kayıp, diğer bir kimse için önemli olmayabilir³¹⁸. Mağdurun ekonomik bakımdan kaybının önemli miktarda olup olmadığı, onun sosyal ve ekonomik durumu, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşullar göz önüne alınarak her somut olayda hakim tarafından belirlenecektir³¹⁹. Bu fıkranın uygulanmasını gerektiren

³⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2830.

³¹⁰ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.722.

³¹¹ Soyaslan, Özel Hükümler, S.204.

³¹² Gülşen, S.119.

³¹³ Tezcan/Erdem/Önok, S.379.

³¹⁴ Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, S.854.

³¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, 2004, S.118;Erem/Toroslu, S.98;Erol, Türk Ceza Kanunu-2, S.2137.

³¹⁶ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.722;Tezcan/Erdem/Önok, S.379.

³¹⁷ Artuç, S.854;Gündel, S.2611.

³¹⁸ Artuç, S.854.

³¹⁹ Arslan/Azizağaoğlu, S.502;Şen, S.446.

hallerde, hakimın ekonomik kaybın ağırlığına göre, adli para cezasının alt sınırından ayrılmak suretiyle cezayı belirlemesi gerekir³²⁰.

Bu fıkrada, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal söz konusudur. Dolayısıyla failin, zararı yani bu neticeyi istemiş olması aranmaz³²¹. Failin bu zararı bilmesi de gerekli değildir³²². Yani failin bu neticeye yönelik kastının bulunması gerekmez³²³. Ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için kaybın gerçekleşmiş olması yeterlidir³²⁴. Burada kurucu unsur olan bir sonuç değil, neticesi sebebiyle ağırlatıcı neden sayılan bir sonuç söz konusu olduğundan, buna dayanılarak cezanın artırılabilmesi için, failin bu sonuç yönünden kasıtlı olması gerekmez, en azından taksirli olması yeterlidir³²⁵. Ancak failin, ağır neticeye yönelik kastı söz konusu ise, yani fail, mağduru ekonomik olarak zarar vermek amacıyla bu suçu işlemiş olursa, ortaya çıkan neticenin ilişkili olduğu suç ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır³²⁶. 5237 sayılı TCK'nın 23.maddesine baktığımızda, failin ortaya çıkan daha ağır ya da başka bir neticeden sorumlu tutulabilmesi için, en azından taksirinin varlığı yeterli olduğu belirtildiğinden, önemli ekonomik kaybın en azından öngörülebilir olması gereklidir³²⁷.

TCK'nın 109.maddesinin 4.fıkrasındaki nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda, kanunda belirtildiği üzere hapis cezasından artırımı gidilmeyip, fail hakkında ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır.

2.4.2. Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hâllerinin Gerçekleşmesi Hali (TCK.m.109/6)

TCK'nın 109.maddesinin 6.fıkrasına göre: *“Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”*. Madde gerekçesi de: *“Altıncı fıkraya göre, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu itibarla, kasten*

³²⁰ Meran, Kişilere Karşı Suçlar, S.446.

³²¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2830.

³²² Soyaslan, Özel Hükümler, S.204.

³²³ Tezcan/Erdem/Önok, S.379;Şen, S.446.

³²⁴ Hafizoğulları/Özen, S.179.

³²⁵ Toroslu, S.88.

³²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, S.379.

³²⁷ Tezcan/Erdem/Önok, S.379.

yaralama suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi hâlinde, maddenin ikinci fıkrasına istinaden cezaya hükmedilmelidir” şeklinde ifade edilmektedir. Bu düzenleme de TCK’nın 109.maddesinin 4.fıkrasında olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesidir ancak kanun koyucu bu fıkrayı 4.fıkradan farklı olarak özel bir içtima kuralı olarak düzenlemiş, bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesinde, başka bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesine atıf yapmıştır³²⁸.

109.maddenin 6.fıkrası, özel bir içtima kuralı öngörmüştür. Buna göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Kanun koyucu, hürriyetten yoksun kılma suçunda uygulanacak cebir derecesinin, 109.maddenin 2.fıkrasında ve 86.maddesinde öngörülen seviyeyi aşmasını öngörmüştür³²⁹. Ayrıca fiil, TCK’nın 86.madde kapsamında meydana gelirse, 109.maddenin 2.fıkrası gereği nitelikli unsur içinde kabul edilerek faile ayrıca 6.fıkradan ceza verilmeyecektir³³⁰.

Suçun işlendiği sırada ya da suçun işlenmesi amacıyla cebir kullanılması sonucu mağdurda belli bir fiziksel acı oluşması doğaldır³³¹. Failin mağdurun hürriyetini kısıtlamak amacıyla veya kısıtladığı sırada, ona karşı cebir sayılabilecek zorlama içerikli fiiller uygulaması ve TCK’nın 86.maddesi uyarınca kasten yaralama suçunun basit şeklinin gerçekleşmiş olması durumunda, fail, 109.maddenin 6.fıkrasından değil, 109.maddenin 2.fıkrası uyarınca cezalandırılacaktır³³². Bu düzenlemeyle kanun koyucu, 5237 sayılı TCK’nın 44.maddesinde yer alan fikri içtima kuralını fiilin vehamet derecesini dikkate alarak bertaraf etmiştir³³³. Suçun işlenmesinde cebir kullanılması, mağdurda TCK’nın 86. maddesinde düzenlenen yaralama suçunu oluşturuyor ise, bileşik suça ilişkin 5237 sayılı TCK’nın 42.maddesi hükmü uyarınca cebir kullanma, hürriyetten yoksun bırakma suçunun nitelikli haline ilişkin maddi öğeyi oluşturduğundan, faile yine 109. maddenin 2. fıkrasına göre tek suçtan ceza verilecektir³³⁴. Son olarak, fail suçu işlerken veya işlemek amacıyla cebir

³²⁸ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.723.

³²⁹ **Şen**, S.447.

³³⁰ “*Sanıklar Mustafa ve Deveci’ nin mağdur Ferhan’a yönelik yaralama eylemi, rapor içeriğine göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun zor unsuru içinde kaldığı halde, ayrıca TCK’nın 86/2.maddesine göre de cezalandırılmalarına karar verilmesi*” (Yrg.5.CD.19.09.2006 tarih ve 8136-7057 sayılı kararı; **Artuç**, S.884); **Malkoç**, S.1032.

³³¹ **Meran**, Kişilere Karşı Suçlar, S.447.

³³² **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.723;**Toroslu**, S.89;**Artuç**, S.856.

³³³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2839.

³³⁴ **Meran**, Yeni Türk Ceza Kanunu, S.581.

kullanmış ve bu cebir neticesinde TCK'nın 87. maddesi uyarınca kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri gerçekleşmiş olabilir. Burada fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma amacıyla hareket etmektedir. Bu nedenle mağdura cebir kullanmaktadır. Ancak bu cebir sonucu mağdurda 87. madde kapsamında kalan sonuç gerçekleşmiştir³³⁵. Bu durumda ise, TCK'nın 109.maddenin 6.fıkrası uygulanır ve fail ayrıca kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekliinden cezalandırılır³³⁶. Başka bir anlatımla fail, hem TCK'nın 109.maddesinin 2.fıkrasından hem de TCK'nın 86 ve 87.maddelerinden cezalandırılacaktır³³⁷. Ancak bunun söz konusu olabilmesi için, failin gerçekleşen ağır netice bakımından en azından taksirinin bulunması gerekir.

2.5. ETKİN PİŞMANLIK (TCK.m.110)

2.5.1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın "etkin pişmanlık" başlıklı 110.maddesinde "*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 ifade edilmiştir. Kanun koyucu, failin mağduru hürriyetinden yoksun bıraktıktan sonra suçtan geri dönmesini ödüllendirmiş ve cezada indirim nedeni saymıştır³³⁸.

Failin, etkin pişmanlıktan yararlanması, suç tamamlandıktan sonra, fakat henüz soruşturma başlamadan önce, mağduru güvenli bir yerde serbest bırakmış olması koşuluna bağlıdır. Kanunun etkin pişmanlık olarak adlandırdığı durum aslında "suç sonrası pişmanlık"tır³³⁹. Bir eve kapatılan mağduru, pişman olan fail tarafından, sağ salim polis karakolu önünde bırakılması bu duruma örnek olarak verilebilir³⁴⁰.

110. maddenin gerekçesinde ise, "*Madde metninde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından etkin pişmanlık hâli düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık için, suç tamamlandıktan sonra, mağduru güvenli bir yerde serbest bırakılması gerekir. Bunun, kendiliğinden olması, yani herhangi bir zorlama olmadan gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca, etkin pişmanlığın, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce gerçekleşmesi gerekir. Soruşturma makamlarının işe el koymasından serbest bırakma hâlinde, etkin pişmanlık hükmünden*

³³⁵ Artuç, S.856.

³³⁶ Toroslu, S.89;Tezcan/Erdem/Önok, S.383;Şen, S.447;Özbek, İzmir Şerhi-II S.723.

³³⁷ Malkoç, S.1032.

³³⁸ Soyaslan, Özel Hükümler, S.206.

³³⁹ Toroslu, S.90.

³⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, S.380.

yararlanılamayacaktır. Etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için, hürriyetinden yoksun kılınan mağdurun şahsına zarar verilmemelidir. Etkin pişmanlık hâlinde, kişinin cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerektiği kabul edilmiştir” şeklinde belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, burada etkin pişmanlık bir şahsi cezasızlık sebebi olarak değil, cezayı azaltan şahsi sebep olarak düzenlenmiştir³⁴¹.

Etkin pişmanlık ile gönüllü vazgeçmeyi karıştırmamak gerekir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya yönelik icra hareketleri devam ederken, fail tarafından bu hareketler sona erdirilirse ve mağdur serbest bırakılırsa, 5237 sayılı TCK'nın 36.maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanacak ve o ana kadar gerçekleştirilen fiil başka bir suç teşkil etmiyorsa fail cezalandırılmayacaktır³⁴². Gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanması için suç henüz tamamlanmamış ve kesintisiz suç söz konusu ise suç sona ermemiş olmalıdır.

765 sayılı TCK'da ise bu konu, 180.maddenin 2.fikrasında: “Eğer fail, hakkında takibat icra olunmazdan evvel tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir gûna zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakırsa göreceği ceza altıda birinden yarısına kadar indirilir” şeklinde düzenlenmişti. Kanunun bu hükmüne konu olan hafifletici sebep, “faal nedamet” tir³⁴³. Kanun koyucu, failin pişmanlığını göz önünde tutarak suç failine bir avantaj sağlamak ve kişisel hürriyete yönelik zararı azaltmak suretiyle mağdurun hürriyetinden mahrumiyetini kısaltmayı amaçlamaktadır³⁴⁴. Eski TCK'da görüldüğü üzere, failin etkin pişmanlıktan yararlanması için, mağduru suçtan elde etmek istediği amaca henüz ulaşmadan serbest bırakmış olması aranmaktaydı. Oysa 5237 sayılı TCK'da böyle bir hükme yer verilmemiştir. Öğretide yeni TCK'da bu hususun belirtilmemesi eleştirilmiştir³⁴⁵. Yeni TCK ile artık, failin amacına ulaşmış olması ve mağdura herhangi bir zarar vermemek koşuluyla onu serbest bırakmış olması halinde, fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacaktır.

2.5.2. Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanma Koşulları

Cezayı azaltan şahsi sebep olan etkin pişmanlıktan failin yararlanması için; suç tamamlanmalı ve suç tamamlandıktan sonra fail, hürriyetinden mahrum ettiği kimseyi

³⁴¹ Özbek, İzmir Şerhi-II, S.725.

³⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2887;Özbek, İzmir Şerhi-II, S.725; Tezcan/Erdem/Önok, S.380.

³⁴³ Erem/Toroslu, S.99.

³⁴⁴ Gülşen, S.124.

³⁴⁵ Tezcan/Erdem/Önok, S.381.

kendiliğinden hür iradesiyle serbest bırakmalıdır. Failin dış zorlamalardan bağımsız olarak kendiliğinden serbest bırakmayı seçmiş olması yeterli olup, serbest bırakmanın, failin gerçek bir pişmanlığından kaynaklanması gerekli değildir³⁴⁶. Failin serbest bırakma fiilini herhangi bir etki altında olmaksızın hür iradesi ile ve buna zorlanmaksızın gerçekleştirmiş olması gerekir³⁴⁷. Bu nedenle, yetkili organların veya herhangi bir kişinin müdahalesi üzerine, failin mağduru serbest bırakması kendiliğinden değildir³⁴⁸.

Failin, acıma, vicdan azabı duyması, şeref duygusunun uyanması, cezadan korkması gibi saikler önemli değildir. Mağdurun ricası, yalvarması, göz yaşı dökmesi üzerine failin onu serbest bırakması halinde kendiliğinden bıraktığı kabul edilir³⁴⁹. Buna karşılık, mağdurun serbest kalması, herhangi bir kişinin müdahalesi ile ya da mağdurun veya yakınlarının tehditlerinden korkarak, alıkonulan yerin koşullarının elverişsizliği nedeniyle mağduru daha fazla tutamayacağı düşüncesiyle ya da mağdurun alıkonulduğu yerin başkalarınca fark edilmesi gibi nedenlerle ya da para veya başka nedenlerle serbest bırakma durumlarında kendiliğinden mağduru serbest bırakması söz konusu olmadığından, 110. madde hükümleri uygulanmaz³⁵⁰. Yine, failin yakalanma endişesiyle hareket etmiş olması da kendiliğinden hareket ettiğini göstermez. Serbest bırakmanın uzun ya da kısa sürede olması, cezanın indirim oranının belirlenmesinde etkili olsa da, diğer koşulların varlığı halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını engellemez³⁵¹.

Diğer bir koşul, failin, hürriyetinden yoksun bıraktığı mağdurun şahsına herhangi bir zarar vermemiş olmasıdır³⁵². Yani, mağdurun yaşamı, beden bütünlüğü, cinsel

³⁴⁶ **Gülşen**, S.125;**Soyaslan**, Özel Hükümler, S.206.

³⁴⁷ **Meran**, Kişilere Karşı Suçlar, S.453.

³⁴⁸ “*Oluşa, dosya kapsamına ve yakalama tutanağına nazaran, kaçırılan mağdurenin, beraat eden sanık Sabahattin’in evinde tutulurken, sanıklardan gizli ailesi ile telefonda görüşüp, yerini bildirmesi sonucu kolluk kuvvetlerince 29.3.2000 tarihinde yakalandığı, sanıkların kendiliğinden, zorlama olmaksızın bir serbest bırakmasının söz konusu olmadığı, ilk hükümde de bu nedenle 765 sayılı TCK’nın 432.maddesinin uygulanmadığı, bu itibarla 5237 sayılı TCK’nın 110.maddesi koşullarının bulunmadığı gözetilmeden bu madde ile indirim yapılarak lehe kanununun belirlenmesi*” (Yrg.5.CD.13.11.2006 tarih ve 10552-8856 sayılı kararı; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-III, S.3686).

³⁴⁹ **Gülşen**, S.126.

³⁵⁰ **Gülşen**, S.126.

³⁵¹ **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1843.

³⁵² “*Silah zoru ve tehditle götürdükleri yerde yağmaladıkları yakınları ellerini kelepçelerek bırakıp olay yerinden kaçan sanıkların, 5237 sayılı TCK’nın 110/1.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacakları gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçe ile cezalarından indirim yapılması*” (Yrg.6.CD.15.7.2009 tarih ve 6750/11085 sayılı kararı;**Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1844).

dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirilmemiş olmalıdır³⁵³. Mağdurun şahsına verilen zarar fiziksel bir zarar ya da psikolojik bir zarar olabilir³⁵⁴. Önemli olan, mağdurun fiziki şahsında veya manevi bütünlüğünde, akli dengesinde hafif veya ağır, kasıtlı ya da taksirli herhangi bir zarar oluşmamış olmasıdır³⁵⁵. Örneğin, fail, hürriyetten yoksun bırakma sırasında mağdur üzerinde cebir kullanırsa ya da cinsel arzularını tatmin amacıyla bir takım eylemlerde bulunursa cezanın azaltılmasını gerektiren şahsi sebepten yararlanamayacaktır³⁵⁶. Ancak bazı yazarlar hürriyeti sınırlanan herkesin psikolojik açıdan zarar görmüş olmasının, bu maddenin, bu şartın uygulanma olanağını azaltacağını, zararın basit bir rahatsızlık veya korku duygusu yerine, patolojik bir bulgu olarak anlaşılmasının hükmün amacına daha uygun olacağını savunmuşlardır³⁵⁷.

Kanun koyucu, bu zararın kasten veya taksirle olması bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır³⁵⁸. Ayrıca failin, mağdurun malına zarar vermesi halinde, bu durum fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir³⁵⁹.

765 sayılı TCK'nın 432.maddesinde “şehvi hareket” yapılmadan mağdurun iade edilmesi aranıyordu. Ancak 5237 sayılı TCK'da kullanılan “mağdurun şahsına zarar” kavramı daha geniş bir kavramdır³⁶⁰.

Başka bir şart, fail hakkında henüz soruşturmaya başlanmadan önce mağduru serbest bırakmış olmasıdır³⁶¹. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2.fikrasının (e) bendine

“ Sanığın mağdurlara karşı basit cinsel istismar suçunu işlediğinin kabulüyle, buna göre uygulama yapıldığı gözetilmeden, sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan tayin edilen cezadan TCK'nın 11.maddesiyle indirim yapılması” (Yrg.5.CD.14.12.2006 tarih ve 11067-10223 sayılı kararı; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-III, S.3685).

³⁵³ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.381.

³⁵⁴ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.726.

³⁵⁵ **Soyaslan**, Özel Hükümler, S.206.

³⁵⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.339.

³⁵⁷ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.726.

³⁵⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.381.

³⁵⁹ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.726 ; **Tezcan/Erdem/Önok**, S.381.

³⁶⁰ **Malkoç**, S.1058.

³⁶¹ “5237 sayılı TCK'nın 11.maddesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, sanığın hakkında bu suç nedeniyle soruşturulmaya başlanılmasından önce, mağdurun şahsına zararı dokunulmaksızın ve onu kendiliğinden güvenli bir yerde bırakılmasının gerektiği; 5271 sayılı CMK'nın 2.maddesinde de soruşturmanın “kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre” olarak tanımlandığı; olayımızda ise katılan Şükran Aslan'ın 11 gün bir evde alıkonulup, güvenli bir yere bırakıldıktan sonra alınan doktor raporunda, bu süre içinde maruz kaldığı etkili eylem nedeniyle 3 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığının belirtildiği; ayrıca katılan Selahattin Aslan tarafından kendisine fidye amacıyla telefon açmasını takiben yetkili mercilerce suç faillerinin bulunması

göre soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder. Bu nedenle, failin etkin pişmanlıktan yararlanması için, yetkili mercilerle suç şüphesinin öğrenilmemiş olması gerekir³⁶². Örneğin suçun işlendiğine dair yetkili makamlara ihbar yapıldıktan sonra, faili etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkün değildir³⁶³.

Son şart ise, failin, mağduru güvenli bir yerde serbest bırakmış olmasıdır³⁶⁴. Kanun koyucu sadece mağdurun serbest bırakmasını etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için yeterli saymamış, mağdurun serbest bırakıldığı yerin güvenli olmasını da aramıştır³⁶⁵. Mağdurun her yönden emniyette olduğu ve kendiliğinden istediği yere gidebileceği yerler güvenli yerlerdir³⁶⁶. Fail, mağdurun vücut bütünlüğü ve güvenliği için somut tehlike veya zararlı netice teşkil etmeyecek bir yerde mağduru serbest bırakmalıdır³⁶⁷. Örneğin, mağdurun gece yarısı ıssız bir yerde serbest bırakılması ya da mağdurun تنها bir yere götürülüp salıverilmesi halinde, fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır. Yine failin mağduru, ormanlık alanın içine ya da bir adada kimsenin olmadığı bir ortamda bırakması halinde de etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır³⁶⁸.

Mağdurun, fiziksel ya da manevi olarak zarar görmeyeceği bir yere bırakılmış olması gerekir³⁶⁹. Örneğin, mağdurun evi ya da ailesinin yanı, güvenlik makamlarının bulunduğu

amacıyla araştırmaya başlanılmış olması nedeniyle, katılanı serbest bırakma işleminin soruşturmaya başlanılmasından sonra gerçekleştiği gözetilmeden, koşulları bulunmadığı halde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu nedeniyle kurulan hükümde etkin pişmanlık hükümleri uygulanarak eksik cezaya hükümlenmesi” (Yrg.6.CD.21.12.2006 tarih ve 2006/6876-2007/14786 sayılı kararı; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-III S.3686).

³⁶²“Sanıkların yakınan N.K.’ü henüz serbest bırakmadan, eşi B.K.’nin şikayette bulunması üzerine soruşturmanın başlamış olması ve sanıkların yakınanın ellerini ve gözlerini bağlamak suretiyle özgürlüğünü kısıtlayarak yağma suçunu işlemeleri biçiminde oluşan eylemlerinde, 5237 sayılı TCK’nın 110. Maddesindeki etkin pişmanlık koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, anılan madde uyarınca indirim hükümlerinin uygulanması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” (Yrg.6.CD.15.07.2009 tarih 6491/11088; **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1844)

³⁶³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.339.

³⁶⁴“Olay ve dosya kapsamına göre, sanıkların soruşturma başlamadan önce mağdur Mehmet Akpınar’ı şahsına zarar vermeden güvenli bir yer olan şehirlerarası otobüs terminaline bıraktıkları gözetilmeden, 5237 sayılı TCK’nın 11.maddesi uyarınca hükmedilen cezada indirim yapılmayarak fazla ceza tayin edilmesi” (Yrg.8.CD.23.11.2009 tarih ve 7332-14826 sayılı kararı; **Erol**, Türk Ceza Kanunu-2, S.2159).

³⁶⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, S.339.

³⁶⁶ **Arslan/Azizağaoğlu**, S.504.

³⁶⁷ **Şen**, S.448.

³⁶⁸ **Artuç**, S.859.

³⁶⁹ **Soyaslan**, Özel Hükümler, S.206.

yerler veya Cumhuriyet savcılıkları güvenli yerlere örnek gösterilebilir³⁷⁰. Bazı yazarlar, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin mağduru insan içine çıkacak, topluma karışacak şekilde bırakması gerektiğini, örneğin, mağdurun çıplak bir vaziyette elbisesiz olarak bırakılması ya da mağdurun elini kolunu bağlayıp da herkesin görebileceği yere bırakılması halinde bunun serbest bırakma sayılmayacağını ve ceza indiriminin uygulanamayacağını belirtmektedirler³⁷¹.

2.5.3. Sonuçları

Tüm bu şartlar gerçekleşmişse, kanun koyucu, ceza soruşturması başlamadan evvel işlediği suçtan duyduğu pişmanlık nedeniyle faili alıkoymak istememiş ve hukuka aykırı davranışının en azından sonuçlarını ilerisi için ortadan kaldırmaya çalışan failin pişmanlığını ceza indirimi kabul etmek suretiyle ödüllendirmek istemiştir. Kanun koyucu, mağdurun hürriyeti ve güvenliğini ön planda tuttuğu için, bu şekilde etkin pişmanlık hali öngörerek, faili işlediği suçun sonuçlarını devam ettirmekten vazgeçirmeyi amaçlamıştır³⁷². Ceza politikası gereği, failin etkin pişmanlığını göz önünde bulundurularak kişisel hürriyete yönelik zararı azaltmak suretiyle mağdurun hürriyetinden mahrumiyetini kısaltma sağlanmak istenmektedir³⁷³.

Yukarıda saydığımız koşullar gerçekleşirse, fail hakkında verilecek cezanın 2/3'ü indirilecektir. 5237 sayılı TCK ile, eski TCK' ya göre niceliksel değişiklik yapılmış ve cezanın indirim oranı yükseltilmiştir³⁷⁴. Yeni kanun ile 765 sayılı TCK'nın 180. maddesinin 2. fıkrasına paralel bir hüküm getirmekle beraber, daha önce ceza 1/6' dan 1/2' ye kadar indirilebilirken, artık ceza 2/3'üne kadar indirilebilecektir³⁷⁵. Hakim indirim oranını 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde belirtilen hususları gözeterek belirleyecektir.

Failin, suçun icra hareketlerini tamamlamadan mağduru serbest bırakması halinde, TCK'nın 36.maddesinde öngörülen gönüllü vazgeçme hükmü; ancak failin elinde olmayan nedenlerden ötürü neticeyi gerçekleştirememesi halinde ise, TCK'nın 35.maddesinde düzenlenen teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili, TCK'nın 35.maddesine göre teşebbüs aşamasında kalması ya da failin TCK'nın 36.maddesi

³⁷⁰ **Erol**, Türk Ceza Kanunu-2, S.2158.

³⁷¹ **Artuç**, S.859.

³⁷² **Şen**, S.448.

³⁷³ **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1842.

³⁷⁴ **Donay/Kaşıkçı**, S.163.

³⁷⁵ **Gökçen Ahmet**, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> ; erişim tarihi:3.11.2010)

gereğince gönüllü vazgeçmesi halinde artık etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır. TCK'nın 110.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için, suçun tamamlanmış olması aranmaktadır. Bu nedenle teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri ile etkin pişmanlık hükümlerinin birlikte uygulanması mümkün değildir³⁷⁶.

2.6. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.6.1. Teşebbüs

2.6.1.1. Genel Olarak

Ceza kanunlarının özel kısımlarında düzenlenmiş olan suçlar, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonucu olarak, ancak suç tipinde öngörölmüş olan neticenin gerçekleşmesiyle cezalandırılır. Ancak, suç tipinde yer alan bu neticenin suçun teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle gerçekleşmemesi halinde, toplumsal barış bozulduğu için, teşebbüs derecesinde kalmış bu hareketlerin cezalandırılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır³⁷⁷. Fail hakkında, ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi için, işlediği fiilin ceza kanununda tarif edilen suç tipine uygun olmasına bağlıdır. Fail, işlemeyi kastettiği suça ilişkin icra hareketlerini tamamlar ve netice gerçekleşirse, gerçekleştirdiği eylemi hakkında, kanunda öngörölen müeyyide ile cezalandırılır³⁷⁸. Fail, işlemek istediği suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketleri yaparak, yani suç projesi ve hareket safhalarını aşarak doğrudan doğruya suçun icrasına başlamış olmasına karşın, yapacağı bütün neticelerini bitirememesi veya yapabileceği yapıp bitirdiği halde ve bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir³⁷⁹.

Fail hakkında, ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi, işlediği fiilin ceza kanununda tarif edilen suç tipine uygun olmasına bağlıdır. Fail, işlemeyi kastettiği suça ilişkin icra hareketlerini tamamlar ve netice gerçekleşirse, gerçekleştirdiği eylemi hakkında, kanunda öngörölen müeyyide ile cezalandırılır³⁸⁰. Fail, işlemek istediği suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketleri yaparak, yani suç projesini ve hareket safhalarını aşarak

³⁷⁶ **Şen**, S.448.

³⁷⁷ **Demirbaş**, S.414.

³⁷⁸ **Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner**, 5237 Sayılı Yeni TCK' ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, S.739.

³⁷⁹ **Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer**, Gereğçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı TCK'na Göre Suçlarda Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 2005, S.3-4.

³⁸⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler I, S.739.

doğrudan doğruya suçun icrasına başlamış olmasına karşın, neticenin gerçekleşmemesi nedeniyle kişiye tamamlanmış suç oranla daha az ceza verilmektedir³⁸¹.

Ceza kanununda düzenlenmiş olan suçlar, belli bir süreç izlenerek gerçekleştirilmektedir. İşte failin izlediği bu sürece “*suç yolu-iter criminis*” denir³⁸². Bu süreç, failin suç işlemeye karar vermesi, bu kararın icrası ve son olarak neticenin gerçekleşmesiyle sona ermektedir. Failin bu süreç içerisinde, suçun icrasına başlamasına rağmen, elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaması halinde teşebbüs aşamasında kalmış suç söz konusu olacaktır.

Teşebbüs, TCK’nın 35.maddesinde düzenlenmektedir³⁸³. Failin icrai hareketlere başlaması ile suçun tamamlanması arasında suça teşebbüs ortaya çıkmaktadır³⁸⁴. Teşebbüse ilişkin hükümler, bağımsız suç tipi olmayıp; ancak belli bir suçun tanımlandığı norma bağlı olarak uygulanabilir³⁸⁵. Bu nedenle teşebbüs hükümleri, yardımcı norm niteliğindedir³⁸⁶. 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 failin cezalandırılması ancak teşebbüs hükümlerinin uygulanması ile mümkündür. Ceza kanunlarında teşebbüse ilişkin bir düzenleme olmasaydı failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması mümkün olmazdı. Zira ceza kanunlarında suçlar, tamamlanmış suçlar şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle teşebbüse ilişkin hükümler ceza sorumluluğunu genişletici etkiye sahiptir³⁸⁷.

Teşebbüsten söz edebilmek için, öncelikle kasten işlenen bir suçun varlığı gerekir³⁸⁸. Suç işleme kararı ancak kasıtlı suçlarda söz konusu olabileceğinden, sadece kasıtlı suçlarda

³⁸¹ **Parlar/Hatipoğlu**, Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar, S.3-4.

³⁸² **Özgenç**, Genel Hükümler, S.409;**Koca/Üzülmez**, S.368.

³⁸³ TCK’nın 35’inci maddesi: “ (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” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁸⁴ **Hakeri**, Genel Hükümler, S.412.

³⁸⁵ **Koca/Üzülmez**, S.369;**Özgenç**, Genel Hükümler, S.410.

³⁸⁶ **Özgenç**, Genel Hükümler, S.410.

³⁸⁷ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.435;**Hakeri**, Genel Hükümler, S.412;**Özgenç**, Genel Hükümler, S.409;**Koca/Üzülmez**, S.369.

³⁸⁸ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.438;**Koca/Üzülmez**, S.373.

teşebbüs kabul edilmiştir³⁸⁹. Failin kastı bilinmeden, dış dünyada gerçekleşen davranışın teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı ve hangi suça teşebbüs edildiği belirlenemez³⁹⁰. Kanun açıkça, “işlemeyi kast ettiği bir suçu” şeklinde ibareye yer vermiş olduğundan, taksirli suçlarda teşebbüsten söz edilemez. Buradaki kast, suçu teşebbüs aşamasında bırakmaya yönelik kast değil, tamamlamaya yönelik kasttır³⁹¹.

Teşebbüsün varlığı için, kasten işlenen suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlanılmış olması gerekir. Suçun icrasına başlanılmadan teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, failin dış dünyaya yansımayan düşünceleri, ceza hukukunu ilgilendirmez. Suça hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmaz. Elverişlilik ise, kastedilen suçun icrasına başlanmış sayılabilmesi için, fiilin taşınması gereken niteliği ve suçun icrası kapsamında gerçekleştirilen hareketlerin, kanunun suç saydığı neticeyi meydana getirmeye uygun olmasını ifade eder³⁹². Elverişlilik suçta kullanılan araç bakımından ve suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden söz konusu olmalıdır³⁹³. Failin yaptığı hareketin, kastettiği suçu gerçekleştirmek bakımından elverişli olup olmadığı, suçun niteliği, işlendiği yer ve zaman, mağdurun durumu, sanık ve mağdurun yaşları, olayın işlendiği yer ve zaman ile suç yerinin özellikleri gibi suçun işlendiği anda geçerli olan şartlar ve suçun maddi unsurları göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Başka bir ifadeyle, somut olay bir bütün olarak değerlendirilmelidir³⁹⁴. Hareketin elverişsiz olması suçun icrasına başlanmasını engeller ve dolayısıyla ceza hukuku açısından önem taşımaz³⁹⁵.

Son olarak, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için, failin, kasten işlediği suçun icrasına elverişli hareketlerle başlamış olması rağmen, elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamaması veya icra hareketlerini tamamlamış olmasına rağmen neticeyi gerçekleştirememesi gerekir. Failin elinde olmayan neden, failin iradesinin dışında ortaya çıkan bir nedendir. Örneğin, failin mağdurun başına çuval geçirip, omzuna atarak mağduru götürmeye çalışırken, onun ağırlığı nedeniyle mağduru kaçıramayıp, etraftan gelenler olunca

³⁸⁹ Aydın Devrim, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2006, Cilt 55, Sayı 1, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-01/AUHF-2006-55-01-Aydin.pdf> ; erişim tarihi: 20.10.2010).

³⁹⁰ Demirbaş, S.416.

³⁹¹ Koca/Üzülmez, S.373.

³⁹² Koca/Üzülmez, S.379.

³⁹³ Madde gerekçesi.

³⁹⁴ Bakıcı Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, S.755.

³⁹⁵ Özgenç, Genel Hükümler, S.419.

bırakıp olay yerinden ayrılması halinde teşebbüs hükümleri uygulanacaktır³⁹⁶. Fiilin teşebbüs aşamasında kalmasının sebebi, failin beceriksizliği, mağdurun tutumu, üçüncü bir kişinin müdahalesi, failin kesintisiz takip sonucu yakalanması şeklinde olabilir³⁹⁷.

Ancak failden kaynaklanan bir nedenden ötürü kast edilen ve doğrudan doğruya icrasına başlanılan suçun icrasının tamamlanamaması veya neticesinin gerçekleşmemesi halinde teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Örneğin 5237 sayılı TCK'nın 36.maddesinde düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu hallerde, fail kendi iradesi doğrultusunda neticenin gerçekleşmesini engellemiş olduğundan teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır³⁹⁸.

Bir suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde, önce teşebbüs edilen suça ilişkin normdaki temel cezanın belirlenmesi gerekir. Daha sonra 5237 sayılı TCK'nın 61.maddesindeki sıra doğrultusunda, cezayı artıran veya indiren nedenlerin uygulanmasından sonra, 5. fıkra uyarınca, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekir³⁹⁹.

Eski yasa döneminde tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayrımı vardı. 5237 sayılı TCK'da eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımı kabul edilmemiş, bu ayrımın her zaman adil sonuçlar doğurmayacağı dikkate alınarak indirim oranının belirlenmesi yargı mercilerine bırakılmıştır⁴⁰⁰. Bu nedenle cezanın tayininde hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Kanun koyucu takdir yetkisinin kullanılmasında hangi ölçülere dikkat edileceğini 5237 sayılı TCK'nın 35.maddesinin 2.fikrasında açıklamıştır. Buna göre, cezanın tayininde, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı ölçü alınmalıdır. Bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar ve tehlikeden daha ağır olabilir⁴⁰¹. Belirtmek gerekir ki, cezanın belirlenmesinde mutlaka somut bir zararın varlığı şart değildir. Somut bir zarar meydana gelmese de meydana gelen tehlikenin ağırlığı alt sınırın üstünde ceza verilmesi bakımından yeterli olabilir.

³⁹⁶ Artuç, S.856.

³⁹⁷ Demirbaş, S.427.

³⁹⁸ TCK'nın 36. maddesi: “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁹⁹ Yaşar Osman / Gökcan Hasan Tahsin / Artuç Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Madde 1-44, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, S.960-961.

⁴⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler I, S.742; Yurtcan Erdener, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, S.359.

⁴⁰¹ Parlar/Hatipoğlu, Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar, S.11.

2.6.1.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Teşebbüs

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs mümkündür⁴⁰². Teşebbüs, suçun sona ermesi anına göre değil, suçun tamamlanması anına göre belirlenir. Kesintisiz suçlardan biri olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanma ve sona erme anları birbirinden farklıdır⁴⁰³. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin kısıtlanması ile tamamlanmış olur⁴⁰⁴. Ancak bu suç tamamlandığı anda sona ermez. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sona erdiği an, mağdurun hürriyetini yeniden kazandığı, özgürlüğüne kavuştuğu andır⁴⁰⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, suç, mağdurun kendi isteği ile bulunduğu yeri değiştirme olanağının ortadan kaldırılması⁴⁰⁶ ya da hürriyetinin kısıtlanması ile tamamlandığına göre, artık suçun ne zaman bitip bitmediği önemsizdir, tamamlanma anına kadar gerçekleştirilen hareketler teşebbüsü oluşturur⁴⁰⁷. Örneğin, silah tehdidi ile zorla otomobile bindirilmek istenen mağdurun, mücadele ederek otomobile bindirilmeden önce failin elinden kurtulması veya başkası tarafından kurtarılmış olması halinde, eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır. Aksi gerçekleşirse, yani mağdur zorla otomobile bindirilip götürülmesine rağmen, aracın kavşakta durması sırasında araçtan atlayarak kurtulması durumunda, kesinti gerçekleştiğinden ve dolayısıyla suç sona ermiş olduğundan fail artık teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan ceza alacaktır⁴⁰⁸. Yine zorla kaçırılan mağdur köydeki evde kilitli tutulduğu sırada failin şehirde yakalanmış olması, teşebbüs hükmünün uygulanmasını gerektirmez, eylem hürriyetten yoksun kılma anında tamamlanmıştır⁴⁰⁹. TCK'nın 109. maddesinde düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gibi kesintisiz suçlarda, temadi sona ermeden fail yakalanması halinde, suç teşebbüs aşamasında kalmış olmayacaktır. Bu suçlarda temadinin başladığı anda suç gerçekleşmiştir⁴¹⁰.

⁴⁰²“Sanığın “çikolata alacağım” demek suretiyle hile ile kolundan tutup şehvet amacı ile götürmek istediği, mağdurenin elinden tutup kaçmasına rağmen tekrar yanına gelerek “karnın açtır gel yemek ye” şeklinde tezahür eden eyleminin kaçırma suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilerek mağdurenin onaylı nüfus kaydı getirtilip buna göre lehe kanun değerlendirmesi yapılarak cezalandırılması lüzumu” (Yrg.5.CD.7.12.2006 tarih ve 449/9996 sayılı kararı; **Yalvaç**, S.879).

⁴⁰³ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.726;**Tezcan/Erdem/Önok**, S.381 vd.

⁴⁰⁴ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2838 vd.

⁴⁰⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.382;**Özbek**, İzmir Şerhi-I, S.615.

⁴⁰⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.381.

⁴⁰⁷ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.726 vd;**Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2838 vd.

⁴⁰⁸ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-I, S.960.

⁴⁰⁹ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-I, S.960;**Özbek**, İzmir Şerhi-I, S.619.

⁴¹⁰ **Özbek**, İzmir Şerhi-I, S.619.

Suçun oluşması, hürriyetten yoksunluğun kısa veya uzun belli bir süre devam etmiş olmasına bağlıdır⁴¹¹. Suçun tamamlanması için, belirli bir süre şart koşulmamış ise de, burada kesintisiz bir suç söz konusu olduğu için özgürlükten yoksun kılmanın önemli olması ve neticenin belli bir süre devam etmesi gerekir⁴¹².

Fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlerken dışarıdan herhangi bir baskı olmadan icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçerse, TCK'nın 36.maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu durumda o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suçu oluşturuyorsa, fail artık teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır.

2.6.2. İştirak

2.6.2.1. Genel Olarak

Suçlar genellikle tek kişi tarafından işlenir. Ancak kanunen, tek kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kimsenin doğrudan ya da dolaylı olarak suçun işlenişine katılarak birlikte işlenmesi halinde failer arasında iştirakin varlığından söz edilir ve bu şekilde işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar denir⁴¹³.

İştirak, 5237 sayılı TCK'nın "ceza sorumluluğun esasları" başlığı altında 37 ila 41. maddelerinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 37.maddesinde "faillik", 38.maddesinde "azmettirme", 39.maddesinde "yardım etme", 40.maddesinde "bağlılık kuralı" ve 41.maddesinde "iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme" düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'da yapılan asli-feri iştirak ayırımından vazgeçmiş, iştiraki, faillik ve şeriklik olarak iki ana başlık altında düzenlemiştir. Faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik olarak ayrılmıştır. Şeriklik ise, azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmıştır.

5237 sayılı TCK'da iştirak, genel bir ağırlatıcı sebep sayılmamıştır⁴¹⁴. Ancak 5237 sayılı TCK'da, belirli suçlar bakımından icra hareketinin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Örneğin, cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (TCK.m.102/3-d), tehdidin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (TCK.m.106/2-c), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (TCK.m.109/3-b) gibi maddeler örnek gösterilebilir.

⁴¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2838 vd.

⁴¹² Tezcan/Erdem/Önok, S.381.

⁴¹³ Koca/Üzülmez, S.394;Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler I, S.779.

⁴¹⁴ Hakeri, Temel Bilgiler, S.278.

5237 sayılı TCK'nın 37.maddesinin ilk fıkrasında müşterek faillik, ikinci fıkrasında dolaylı faillik tarif edilmiştir⁴¹⁵. 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 hakimiyet kurmaları halinde söz konusu olan iştirak şeklidir⁴¹⁶. Başka bir ifadeyle, suçun icrasına bulunulan katkı, suçun başarıyla işlenmesi açısından zorunluluk arz ediyorsa, bu suç ortağı müşterek faildir⁴¹⁷. Müşterek faillikten söz edebilmek için, her bir failin, fiilin birlikte gerçekleştirilmesi için katkı sağlaması ve faillerin hepsinde birlikte suç işleme kararının mevcut olması gerekir.

Müşterek faillik, işbölümü esasına dayanır. Müşterek hakimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesi için, suç ortaklarının üstlendiği roller ve suçun işlenmesine sağladıkları katkılar göz önünde bulundurulur⁴¹⁸. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair 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 işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır. Müşterek failler, birlikte suç işleme kararı çerçevesinde, işbölümü esasına dayanan müşterek katkıları nedeniyle işlenen suç sebebiyle karşılıklı olarak sorumlu tutulmaktadır⁴¹⁹.

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararı olması ve fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulması dolayısıyla, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Faillerin sorumlu olabilmesi için, TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralına gerek yoktur⁴²⁰.

⁴¹⁵ TCK'nın 37. maddesi: “(1)Suçun kanunî 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” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴¹⁶ **Koca/Üzülmez**, S.401;**Özgenç**, Genel Hükümler, S.439.

⁴¹⁷ **Özgenç**, Genel Hükümler, S.441;

“Sanığın, yakalanmadığı için hakkındaki soruşturma evrakı tefrik edilen diğer sanık Ersan' ın eylemine gözcülük yaparak ve yakındaki motosiklette eylem sonrası birlikte kaçmaya hazır durumda bekleyerek doğrudan katıldığı halde hakkında 5237 sayılı TCK'nın 37.maddesi yerine aynı yasanın 39.maddesi uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığında bozma nedeni yapılmamıştır” (Yrg.6.CD.28.1.2010 tarih ve 6921-624 sayılı kararı; **Erol** Haydar, Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Madde 1-81, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2010, S.862).

⁴¹⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler, S.441;**Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.490.

⁴¹⁹ **Özgenç**, Gazi Şerhi, S.489-490.

⁴²⁰ **Özgenç**, Genel Hükümler, S.440;**Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler I, S.793.

Müşterek faillik bakımından müşterek hakimiyet kurulması dışında, zorunlu diğer bir koşul, failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Ortak karar, karşılıklı ve ortak iradeye dayalı olarak bir fiilin işbirliği içerisinde işlenmesidir⁴²¹. Birlikte suç işleme kararı, belli bir fiilin icrasına ve neticesinin gerçekleştirilmesine yönelik olmalıdır⁴²². Müşterek faillerden her birinin birlikte suç işleme yönünde kasten hareket etmiş olması ve bir fiili müştereken işlemek üzere müşterek hareket ettiklerinin bilincinin ve iradesinin mevcut olması gerekir⁴²³. Birlikte suç işleme kararı suçun icrasından önce ortaya çıkabileceği gibi suçun icrası esnasında da ortaya çıkabilir. Müşterek faillikte suça katılanların birbirini tanımaları gerekmez. Müşterek faillik, işbölümü yapılmış hareketin ve fonksiyonel rol dağılımı ilkesine dayanır⁴²⁴. İştirak eden kişilerin, suçun işlenişinde görev almaları ve birlikte suç işleme kararı kapsamında müşterek hakimiyet kurduklarının bilincinde olmaları yeterlidir.

Failliğin diğer bir türü de *dolaylı failliktir*. Bir suçu başkasının aracılığı ile gerçekleştiren kişiye dolaylı fail denir. Bu nedenle dolaylı faile “gölge fail” de denilmektedir. Burada arka planda olan kişi, suçu işleyen kişi ve bu kişinin hareketleri üzerinde hakimiyet kurmakta ve bu hakimiyetinin sonucu olarak işlenen suçun tüm aşamalarını kontrol altında tutmaktadır. Bu nedenle arka planda yer alan bu kişi, dolaylı fail vasfını kazanmaktadır⁴²⁵. Dolayısıyla başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişi fail gibi sorumlu tutulur⁴²⁶. Sekiz yaşındaki bir küçüğün annesini öldürmeye azmettirilmesi, hipnotize edilen kişinin suç işlemekte kullanılması örnek olarak verilebilir⁴²⁷.

İştirakin diğer bir şekli de şeriklikdir. 5237 sayılı TCK’da şeriklik, azmettirme ve yardım etme olarak iki şekilde düzenlenmiştir. Şerik, bir suçun işlenişine katılan, ancak suçun işlenişine sağladığı katkıyla, suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde hakimiyet kuramayan kişilere denir⁴²⁸. Kanuni tanımında yer almayan haksızlığı gerçekleştirdikleri için, kanunun şerikliğe ilişkin hükümleri genişletici etkiye sahiptirler⁴²⁹.

⁴²¹ Demirbaş, S.457.

⁴²² Koca/Üzülmez, S.403;Özgenç, Genel Hükümler, S.451.

⁴²³ Özgenç, Genel Hükümler, S.451.

⁴²⁴ Demirbaş, S.457.

⁴²⁵ Özgenç, Genel Hükümler, S.463;Demirbaş, S.463.

⁴²⁶ Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi-I, S.647 vd.

⁴²⁷ Özbek, İzmir Şerhi-I, S.648.

⁴²⁸ Koca/Üzülmez, S.415.

⁴²⁹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.482;Özgenç, Genel Hükümler, S.465;Demirbaş, S.449.

Şeriklerin bir suçun işlenişine katkıları dolayısıyla cezalandırılabilmesi TCK'nın 40.maddesinde düzenlenmiş olan bağlılık kuralı ile mümkündür⁴³⁰. Bu nedenle, bağlılık kuralı iştirakin genişletici nitelik taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır⁴³¹. Azmettiren ve yardım eden kişilerin, kanuni tanıma uygun fiillerinden dolayı sorumluluğu, suçun konusu ile doğrudan bağlantılı olmayıp sadece faille bağlantılı olması sebebiyle, ancak bağlılık kuralı ile söz konusu olmaktadır⁴³². Şeriklerin fiil üzerinde hâkimiyet kurulamaması veya özgü suç olması nedeniyle özel faillik niteliği taşınamamasından ötürü, kişinin fail olarak kabul edilemediği durumlarda suçtan dolayı sorumluluğunun doğmasının ancak bağlılık kuralı ile mümkün olması, doktrinde “*bağlılık kuralının çifte fonksiyonu*” olarak açıklanmaktadır⁴³³.

Failin tipe uygun, hukuka aykırı ve kasıtlı eylemi olmadıkça ve TCK'nın azmettirmeyi düzenleyen 38.maddesi ile yardım etmeyi düzenleyen 39.maddesindeki davranış tipleri gerçekleşmedikçe, bağlılık kuralının gereği olarak, bu kişilerin cezalandırılmaları mümkün değildir⁴³⁴. Ayrıca şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan bağlılık kuralının işlevini gösterebilmesi için, TCK'nın 40.maddesinin 1.fıkrası uyarınca kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin olmasının yanında aynı zamanda aynı maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir.

Cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukukî sonuç doğururlar⁴³⁵. Nitekim TCK'nın 40.maddesinin 1.fıkrasına göre, suçun işlenişine iştirak eden her kişinin, diğer katılanların cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın, kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı belirtilmiştir.

⁴³⁰ TCK'nın 40'ıncı maddesi: “(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 iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” şeklinde düzenlemiştir.

⁴³¹ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, S.494.

⁴³² **Koca/Üzülmez**, S.416.

⁴³³ **Koca/Üzülmez**, S.417;**Demirbaş**, S.466.

⁴³⁴ **İçel Kayıhan / Evik A.Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

⁴³⁵ Madde gerekçesi.

Şerikliğin bir çeşidi olan *azmettirme*, 5237 sayılı TCK'nın 38.maddesinde düzenlenmiştir⁴³⁶. Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan ve dolayısıyla karar vermemiş olan bir kişinin, başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir. Azmettiren, fiil üzerinde doğrudan hakimiyet kuran failin iradesi üzerinde etkili olmakta ve fail üzerinde manevi bir etki yaratarak, onu etkilemekte, onu suç işlemeye itmektedir⁴³⁷. Azmettirme ancak kasten işlenen suçta mümkün olmaktadır.

Azmettirme hukuki anlamıyla, bir kişinin faili suç işleme kararının verdirilmesidir. Ancak kişi, daha önceden suç işlemeye karar vermişse artık azmettirmeden söz edilemez. Bu durumda ya azmettirmeye teşebbüs ya da manevi yardımda bulunma söz konusu olur⁴³⁸. Belli bir suç işleme konusunda karar vermiş bir kişinin, işlemeyi düşündüğü suç yerine, başka bir suçu işlemesi konusunda karar değiştirmesi halinde de azmettirme söz konusu olabilir⁴³⁹.

İzlenen suç politikasının gereği olarak, azmettirenin suçun kanundaki cezası ile cezalandırılacağı kabul edilmiştir⁴⁴⁰. Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezasının belli bir oranda artırılması uygun görülmüştür. Ancak, çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmayacaktır. Bu durumlarda

⁴³⁶ TCK'nın 38. maddesi: “(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴³⁷ Ancak azmettirenin, fiil üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet kurması halinde, TCK'nın 38/1.maddesinden cezalandırılmayıp, 37/1.maddesine göre cezalandırılacaktır:

“Sanık Safiye hakkında adam öldürmeye azmettirme suçundan kurulan hükmün incelenmesinde, oluş ve dosya içeriğine göre, sanık Safiye'nin olay tarihinden önce maktul tarafından kendisine yönelik telefonla ve sözle süreklilik oluşturan cinsel tacizleri nedeniyle, kocası olan ve başka şehirde çalışan sanık Hasan'a telefonla bu durumu anlattığı ve bunun üzerine Hasan'ın olaydan birkaç gün önce eve geldiği, olay günü ise maktulün Safiye'ye yönelik cinsel tacizinin devam etmesi üzerine, sanık Safiye'nin kocası Hasan'a da bilgi vererek maktulü eve çağırdığı ve evde maktulün sanık Hasan tarafından öldürüldüğü olayda, sanık Safiye'nin maktulü eve çağırması nedeniyle fiil üzerinde doğrudan doğruya etkinlik kurduğu ve bu nedenle hakkında TCK'nın 37/1, 81, 29, 62.maddeleri ile hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” (Yrg 1.CD.16.03.2009 tarih ve 8459/1323 sayılı kararı; **Erol**, Türk Ceza Kanunu-1, S.889).

⁴³⁸ **Koca/Üzülmez**, S.421.

⁴³⁹ **Hakeri**, Genel Hükümler, S.501.

⁴⁴⁰ **Yurtcan Erdener**, Genel Hükümler, S.425.

azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukukî dayanağı, ayrıca, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir.

Azmettirme bakımından, azmettirmede kullanılan araç önemli değildir. Azmettirilene bir çıkar vaad edilmesi azmettirmeyi ortadan kaldırmaz⁴⁴¹.

TCK'nın 38.maddesinin 3.fikrasında, ceza soruşturması ve kovuşturmasının amacına hizmet eden bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında verilecek cezada indirim yapılabilecektir. Bu durumda indirim yapılması hususunda hâkim takdir yetkisine sahiptir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, kişiliğe ilişkin olarak verilen bilginin, maddî gerçeğin ortaya çıkmasını sağlaması gerekir⁴⁴². Burada azmettirenin isim olarak belirtilmesi yeterli değildir. İsim verilen kişinin fiil ile bağlantısının bir şekilde ortaya çıkarılması gerekir⁴⁴³.

Şerikliğin diğer bir türü olan *yardım etme*, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 39. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁴⁴. Yardım etme, bir başkası tarafından işlenmekte olan kasti bir suça destekte bulunmak olarak tanımlanabilir⁴⁴⁵. Yardım eden kişi, suçun icrası üzerinde doğrudan hakimiyet kurmamaktadır.

İşlenen suça faillik ve azmettirme olarak değerlendirilemeyecek her türlü katkı yardım etme olarak kabul edilebilir. Yardım etme maddi ve manevi nitelikte olabilir. TCK'nın 39.maddesinin 2.fikrasına göre maddi yardımlar, “*suçun işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak*”, “*suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak*” tan oluşmaktadır. Manevi yardım şekilleri ise, “*suç işlemeye teşvik etmek*”, “*suç işleme kararını kuvvetlendirmek*”, “*filin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek*” ve “*suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermekten*” şeklinde gerçekleşebilir.

⁴⁴¹ **Özbek**, İzmir Şerhi-I, S.664.

⁴⁴² Madde gerekçesi.

⁴⁴³ **Özbek**, İzmir Şerhi-I, S.666.

⁴⁴⁴ TCK'nın 39. maddesi: “(1) *Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.*

(2) *Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur.*

a) *Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya filin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.*

b) *Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya filin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.*

c) *Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” şeklinde düzenlenmiştir.*

⁴⁴⁵ **Koca/Üzülmez**, S.427.

Yardım etmenin, en geç, işlenmekte olan suçun tamamlanmasından önce yapılması gerekmektedir⁴⁴⁶. Suçun işlenmesine yardımda bulunan kişinin kasten hareket etmiş olması ve kasten işlenen bir suçta yardımda bulunması gerekmektedir.

Yardım eden kişi, işlenen suçun kanunda düzenlenen yaptırımı ile cezalandırılır. Ancak yardımda bulunan kişiye verilen cezada indirim yapılacaktır. Çünkü yardımda bulunan kişinin gerçekleştirdiği haksızlık, işlenen suça göre daha azdır⁴⁴⁷.

Belirtmek gerekir ki; özel faillik niteliğinin arandığı suçlarda, ancak bu niteliğe sahip olan kişiler fail olabilir. Örneğin zimmet suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir. Özel faillik niteliğini taşımayan kişiler, özgü suça iştirak etmeleri hâlinde, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur.

2.6.2.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda İştirak

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna iştirak şekillerinin tamamı söz konusu olabilir. Suçun kesintisiz suç olması suça iştirak bakımından önem taşır. Yukarıda da izah etmeye çalıştığımız üzere, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanma ve sona erme anları aynı anda gerçekleşmemektedir. Bu suç, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin kısıtlanması ile tamamlanmış olur⁴⁴⁸. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sona erdiği an ise, mağdurun hürriyetini yeniden kazandığı, özgürlüğüne kavuştuğu andır⁴⁴⁹. Örneğin, bir kişi silah tehdidiyle bir otomobile bindirilip kaçırıldığı anda hürriyeti yoksun kılma neticesi doğmakta ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmaktadır. Ancak, kaçırılan kişi serbest kalana kadar yani kesinti oluşana kadar, fiilin icrası ve hukuka aykırılığı devam ettiği için, suçun sona ermediği kabul edilmektedir⁴⁵⁰.

Bu ayırım özellikle iştirak bakımından çok önemlidir. Çünkü kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi kesintisiz suçlara, suç tamamlanmış olsa bile sona erme anına kadar iştirak mümkündür. Başka bir ifadeyle, suçun tamamlanması ile sona erme anı farklı olduğundan, başlangıçta iştirak edilmese de hürriyetten mahrumiyetin devamı süresince, suç sona erinceye kadar fiile iştirak edilebilir⁴⁵¹. Bu tür mütemadi suçlar sona erene kadar azmettirme dışındaki iştirak şekilleri ile iştirak etmek mümkündür. Örneğin, fail, mağduru kaçırmış olsa, sonra da arkadaşlarından mağduru saklayacak yer konusunda yardım istese ve arkadaşı da bu yardımı

⁴⁴⁶ Özgenç, Genel Hükümler, S.471.

⁴⁴⁷ Özgenç, Genel Hükümler, S.472.

⁴⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2838 vd.

⁴⁴⁹ Tezcan/Erdem/Önok, S.382; Özbek, İzmir Şerhi-I, S.615.

⁴⁵⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu-I, S.960.

⁴⁵¹ Gülşen, S.139.

kabul etse, suçun tamamlanmış olmasına rağmen henüz sona ermediği için, arkadaşı yardım eden olarak suça iştirak etmiş olur⁴⁵².

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109.maddesinin 3.fikrasının (b) bendine, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu suça birden fazla kimse asli fail olarak birlikte katılırsa, 5237 sayılı TCK'nın 109/3-b maddesine göre, her biri bu suçun cezası ile ayrı ayrı cezalandırılır ve suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi sebebiyle cezaları artırılarak verilir.

TCK'nın 109.maddesinin gerekçesinde, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi için, suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerektiği, suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı hâlinde, bu nitelikli unsurun oluştuğu, ancak, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde ise, cezanın bu fıkraya göre artırılmayacağı belirtilmiştir.

2.6.3. İçtima

2.6.3.1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nda içtima, 42 ila 44. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TCK'nın 42'nci maddesinde “bileşik suç”, 43. maddesi “zincirleme suç”, 44'. maddesinde ise “fikri içtima” yer almaktadır.

5237 sayılı TCK'da gerçek içtima kuralını benimsenmiştir. Gerçek içtima, “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” prensibi ile ifade edilir⁴⁵³. Birden fazla eylemle, birden fazla hukuki yararın ihlal edilerek, birden fazla suç oluşması halinde söz konusu olur⁴⁵⁴. 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 gösterecektir⁴⁵⁵.

TCK'da suçların içtimaı 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 içtimaı söz konusu olmaktadır⁴⁵⁶. Suçların içtima ettiği hallerde, failin sorumluluğu belirlenirken, içtima edilen suçlara ilişkin cezalar ayrı ayrı toplanmamakta,

⁴⁵² Özbek, İzmir Şerhi-II, S.727.

⁴⁵³ Özgenç, Genel Hükümler, S.486;Koca/Üzülmez, S.432.

⁴⁵⁴ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.513.

⁴⁵⁵ Hakeri, Genel Hükümler, S.518.

⁴⁵⁶ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.513;Demirbaş, S.484.

tam aksine, bu suçlardan birinin cezası esas alınmak suretiyle verilecek cezanın tespitine ilişkin prensipler ortaya konulmaktadır⁴⁵⁷. TCK'da suçların içtimaı olarak bileşik suç, zincirleme suç, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima karşımıza çıkmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 42.maddesinde bileşik suç düzenlenmiştir⁴⁵⁸. Bu maddeye göre, bileşik suçtan bahsedebilmek için, yasada *açıkça*, bir suçun bir başka suçun unsuru ya da ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁵⁹. Eğer bu husus kanunda açıkça belirtilmemiş ise, gerçek içtima hükümleri uygulanarak, her bir fiil için ayrı ayrı cezalandırılma yapılacaktır.

Bileşik suç iki ayrı suçtan oluşur. Ancak, bileşik suçta, bir norm, diğer bir normu bünyesine almakta ve onun varlığını kaybetmesine neden olmaktadır⁴⁶⁰. Kanunda bağımsız bir suç olarak düzenlenen bir fiilin, bağımsız olarak tanımlanan bir başka suçun unsurunu oluşturması ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şeklini oluşturması halinde, artık, bir başka suçun unsurunu oluşturan ya da cezayı ağırlaştıran nitelikli haline sebebiyet veren fiilden dolayı ayrıca cezalandırma yapılmayacaktır⁴⁶¹.

Bileşik suçun söz konusu olduğu hallerde tek bir suç işlenmiş olur⁴⁶². 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 ağırlatıcı sebebi olan suçun tamamlanması, ancak asıl suçun teşebbüs durumunda kalması halinde, faile teşebbüs hükümlerine göre ceza verilecektir. Bileşik suç oluşturulan suçlardan birisinin kovuşturmasının şikayete bağlı olması, bileşik suç bakımından da aynı sonucu doğurmaz⁴⁶³.

5237 sayılı TCK'nın 43.maddesinde, zincirleme suç düzenlenmiştir⁴⁶⁴. Zincirleme suç, bir suç işleme kararı çerçevesinde, aynı suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda birden fazla

⁴⁵⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler I, S.818.

⁴⁵⁸ TCK'nın 42'nci maddesi: "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlatıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*" şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁵⁹ Özbek, İzmir Şerhi-I, S.706.

⁴⁶⁰ Demirbaş, S.487.

⁴⁶¹ Özgenç, Genel Hükümler, S.491.

⁴⁶² Koca/Üzülmez, S.433.

⁴⁶³ Demirbaş, S.489.

⁴⁶⁴ TCK'nın 43. maddesi: "*(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. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.*"

kez işlenmesidir⁴⁶⁵. Zincirleme suçun söz konusu olması için, birden çok fiilin bulunması, fiillerin her birinin aynı suçu oluşturması ve aynı suçun birden çok defa aynı kişiye karşı işlenmesi ve birden çok suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi gerekir.

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 artırılabacaktır.

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 getirmediğinden zincirleme suç oluşmayacaktır⁴⁶⁶.

Zincirleme suç bakımından aranan ikinci şart, fiillerin her birinin aynı suçu oluşturmasıdır. Aynı suç, TCK'nın 43.maddesinin 1.fikrasında “*“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 anlaşılmalıdır⁴⁶⁷. Bu zaman aralığı kısa ya da uzun olabilir. Arada geçen zamanın uzun olması, aynı suç işleme kararının bulunmadığı yönünde bir karine oluşturabilir⁴⁶⁸. TCK'nın 43.maddesinin 1.fikrasında fiilin “*değişik zamanlarda*” işlenmesi şartının aranmasının sebebi, aynı maddenin 2.fikrasında düzenlenen ve aynı neviden fikri içtima olarak ifade edilen ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını öngören hükümdür⁴⁶⁹.

Zincirleme suç bakımından olması gereken diğer bir şart, aynı suçun birden çok defa aynı kişiye karşı işlenmesidir. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca TCK'nın 43.maddesinin 1.fikrasına göre, suçun mağdurunun belli bir kişi olmayıp, toplumu oluşturan herkesin olması halinde de zincirleme

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

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

⁴⁶⁵ Koca/Üzülmez, S.441;Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.514;Demirbaş, S.489.

⁴⁶⁶ Koca/Üzülmez, S.443.

⁴⁶⁷ Koca/Üzülmez, S.445.

⁴⁶⁸ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.518.

⁴⁶⁹ Özbek, İzmir Şerhi-I, S.713.

suç hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, çevrenin kasten kirletilmesi, imar kirliliğine neden olma, parada sahtecilik gibi suçlarda belli bir kişi suçun mağduru olmayıp, mağdur herkeştir⁴⁷⁰. Dolayısıyla müteselsilen işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Zincirleme suçun söz konusu olması için aranan son şart ise, birden çok suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesidir. Buradaki karar, kasttan farklı olup, kastı da içine alan ve kasttan önce gelen bir kavramdır⁴⁷¹. Bu şart, zincirleme suçun subjektif unsurunu oluşturmaktadır⁴⁷². Bu unsur, fiilden önce kurulan bir plana bağlı olarak gerçekleşebileceği gibi, fiillerin devamına sonradan karar verilmesi hallerinde de gerçekleşebilir. Subjektif unsur, işlenen birden çok suç arasındaki manevi bağı ifade etmektedir⁴⁷³. Aynı suç işleme kararının belirlenmesinde, suçların işleniş şekillerindeki benzerlikler, suçların işlenme zamanı ve işlenme yerleri gibi ölçütlere bakılır⁴⁷⁴. Bu ölçütleri hakim takdir edecektir.

Zincirleme suçun varlığı halinde, tek bir suç işlenmiş kabul edilecek ve TCK'nın 43.maddesine göre, faile verilecek ceza 1/4'ten 3/4'e kadar artırılabilecektir. 765 sayılı TCK döneminde ceza altıda birden yarıya kadar artırılmaktaydı. Yeni TCK, daha fazla artırım öngördüğünden failin aleyhinedir⁴⁷⁵.

TCK'nın 43.maddesine göre, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda her bir suç bağımsızlığını koruyacak ve fail her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Son olarak diğer bir içtima türü olan fikri içtima, failin tek bir fiil ile kanunda düzenlenmiş olan farklı suçları veya aynı suçu birden fazla kez işlemesidir⁴⁷⁶. Fikri içtima, TCK'nın 44.maddesinde düzenlenmiştir⁴⁷⁷. Fikri içtima söz konusu olduğu takdirde, fail en ağır olan suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Burada yapılacak karşılaştırmada somut cezalar esas alınmalıdır.

⁴⁷⁰ Özgenç, Genel Hükümler, S.501.

⁴⁷¹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, S.519.

⁴⁷² Özgenç, Genel Hükümler, S.495;Koca/Üzülmez, S.446;Hakeri, Genel Hükümler, S.533;Demirbaş, S.494.

⁴⁷³ Özgenç, Genel Hükümler, S.502.

⁴⁷⁴ Koca/Üzülmez, S.447.

⁴⁷⁵ Özbek, İzmir Şerhi-I, S.717.

⁴⁷⁶ Koca/Üzülmez, S.448.

⁴⁷⁷ TCK'nın 44'üncü maddesi: "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiştir.

Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi fiilin tek olması ve tek fiille birden çok suçun işlenmesi gereklidir⁴⁷⁸. Tek bir fiil ile kanunda düzenlenmiş farklı suçlar ihlal edildiği takdirde TCK'nın 44.maddesinde yer alan *farklı neviden fikri içtima*; tek bir fiil ile aynı suçlar ihlal edilmiş ise, TCK'nın 43.maddesinin 2.fikrasında düzenlenen *aynı neviden fikri içtima* söz konusu olur⁴⁷⁹.

Kişi, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmuşsa; non bis in idem kuralı gereğince, bu fiilden dolayı ancak bir defa cezalandırılabilir. Bu durumda failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Aynı neviden fikri içtima, bir kimsenin tek bir fiil ile kanunda tanımlanmış bir suçu birden fazla kişiye karşı işlemesidir. Aynı neviden fikri içtima, TCK'nın zincirleme suçu düzenleyen 43.maddesinin 2.fikrasında yer almaktadır. Aynı neviden fikri içtimanın söz konusu olduğu hallerde, ortada tek bir suç vardır ve fail hakkında tek bir cezaya hükmolunur ancak faile verilecek cezada yapılacak artırım ile ilgili olarak zincirleme suç hükümlerine atıf yapılmıştır⁴⁸⁰. Aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suç arasındaki tek ortak konu, cezaların artırılmasına ilişkin oranın aynı olmasıdır. Bu iki içtima halinin en temel farkı ise, aynı neviden fikri içtimada tek bir fiil bulunmasına rağmen; zincirleme suçta, birden fazla fiil mevcuttur. Bu nedenle doktrinde, birbirinden farklı olan iki ayrı içtima hükmünün farklı maddelerde düzenlenmemesi eleştirilmiştir⁴⁸¹.

Farklı neviden fikri içtima ise bir kimsenin tek bir fiil ile kanunda tanımlanmış olan birden fazla farklı suçu işlemesi halidir. Bu durumda fail her bir fiilden ayrı ayrı cezalandırılmayıp, işlemiş olduğu bu suçlardan en ağır cezası olan ile cezalandırılmaktadır. Farklı neviden fikri içtimadan bahsedebilmek için, fiilin tek olması ve farklı birden çok suçun işlenmesi gerekmektedir.

2.6.3.2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Bazı Suçlarla İçtimai Halleri

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun cebir ve şiddet veya tehdit kullanılarak hürriyetinden yoksun bırakılması halinde, bu husus, TCK'nın 109.maddesinin 2.fikrasında “fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa” şeklinde

⁴⁷⁸ Koca/Üzülmez, S.448;Demirbaş, S.497.

⁴⁷⁹ Koca/Üzülmez, S.448-449.

⁴⁸⁰ Özgenç, Genel Hükümler, S.511 vd.

⁴⁸¹ Özgenç, Genel Hükümler, S.512.

açıkça ve ayrıca nitelikli hal olarak belirtildiğinden, bileşik suç kuralı gereği, fail yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu nedeniyle cezalandırılacaktır⁴⁸². Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 106.maddesinde yer alan "tehdit" suçundan ya da TCK'nın 108.maddesinde düzenlenmiş bulunan "cebiri" suçundan cezalandırılmayacaktır.

TCK'nın 109.maddesinin 6.fıkrasında özel bir içtima hali düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, 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 uygulanır. Bu suçu işlemek amacıyla kullanılan cebir, zorunlu olan şiddet derecesini aşmışsa, 6.fıkra gereği hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de kasten yaralamadan ceza vermek gerekecektir. Demek ki, uygulanan cebir, 5237 sayılı TCK'nın 87.maddesindeki ağır neticelere yol açması durumunda fail, 109.maddenin yanında ayrıca 87.maddeye göre cezalandırılacaktır. Bunun dışındaki hallerde cebir, TCK'nın 86.maddesi kapsamında kalmışsa ve yaralama suçunu oluştursa da, bileşik suç kurallarına göre ayrıca kasten yaralamadan dolayı ceza verilmeyecek, fail sadece TCK'nın 109.maddenin 2.fıkrasından cezalandırılacaktır⁴⁸³. Bu düzenlemeyle, kanun koyucu TCK'nın 44.maddesinde getirilen fikri içtima kuralını failin vehamet derecesini dikkate alarak bertaraf etmiştir⁴⁸⁴.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu, bir başka suçun unsurunu ya da ağırlaştırıcı nedenini oluşturmadığı sürece bağımsız bir suçtur ve gerçek içtima hükümleri uygulanır⁴⁸⁵. Örneğin, başkasının evine giren hırsızın kolaylıkla bir şeyler çalabilmek için ev sahibinin üzerinden kapıyı kilitlemesi durumunda, fail hem hırsızlıktan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılacaktır⁴⁸⁶.

Aynı kişinin değişik zamanlarda, aynı mağduru hürriyetinden yoksun bırakması halinde, suç işleme kararında birlik varsa TCK'nın 43.maddesinin 1.fıkrasındaki zincirleme suç hükümleri uygulanır⁴⁸⁷. Bu durumda, mağdur failin hakimiyet alanından uzaklaşmış daha sonra fail yeniden mağdurun hürriyetini kısıtlamıştır. Ancak fail mağduru, ıssız bir ormana kaçırıp hürriyetini kısıtlar da, mağdur bir ara failin elinden kurtulup, kaçır ve hemen fail

⁴⁸² Özbek, İzmir Şerhi-II, S.727;Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2839;Tezcan/Erdem/Önok, S.38.

⁴⁸³ Tezcan/Erdem/Önok, S.382 vd;Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2839.

⁴⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2839.

⁴⁸⁵ Gülşen, S.130 vd.

⁴⁸⁶ Gülşen, S.131.

⁴⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.341.

kaçtığını fark edip hakimiyet alanından uzaklaşmadan tekrar yakalarsa tek suç oluşacak ve zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır⁴⁸⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, TCK'nın 43.maddesinin 2.fıkrasında belirtildiği üzere, tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlendiği takdirde, bu suça zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁴⁸⁹. Örneğin, sözlüsünün evden çıkmasını önlemek isteyen sevgilinin, içeride arkadaşlarının da olduğunu bilmesine rağmen kapıyı üzerlerine kilitlemesi durumunda⁴⁹⁰ ya da bir odada bulunan beş kişinin hareket serbestisini, odanın kapısını üzerlerine kilitlemek suretiyle ortadan kaldırması⁴⁹¹ halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Ancak Yargıtay bu konuda farklı görüştedir⁴⁹².

Aynı suç işleme kararına bağlı olarak birden fazla kişinin değişik zamanlarda hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda, TCK'nın 43.maddesinin 1.fıkrası gereği zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak, özgürlüğünden yoksun kılınan kişi sayısınca suç oluşacaktır⁴⁹³. Yine fail, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, birden fazla eylemle,

⁴⁸⁸ Artuç, S.857.

⁴⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, S.382;Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.341;Özbek, İzmir Şerhi-II, S.728.

⁴⁹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, S.382.

⁴⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2840.

⁴⁹² “Katılanlar R.K. ve C.S.’nin, tanık H.İ’ nin aracılığıyla seyrettiği sırada, sanıklar H.A.,M.E., M.Y., İ.Y., Y.T.’nin birlikte hareket ederek kendi araçlarıyla adı geçen tanığın aracının önünde durarak, onunda durmasını sağlayıp yakınanları zorla kendi araçlarına bindirdiklerinin, yakınanların ve anılan tanığın aşamalarda ifadelelerinden anlaşılmasına göre eylemlerinin, yakınan sayısınca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden,yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yrg.6.CD.10.2.2010 tarih ve 8137/1111 sayılı kararı; **Parlar/Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1818).

“Mağdurlar Utku ve İsmail’i cinsel amaçlı olarak hürriyetinden yoksun kılan sanığın eyleminin iki ayrı suç oluşturduğu gözetilmeden tek suç kabul edilerek teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yargıtay 5.CD.’nin 11.02.2009 tarih ve 2008/16170-2009/1518 sayılı kararı; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-III, S.3630).

“Sanıkların müşteki F.K.’nin eski erkek arkadaşı olan diğer diğer sanıkla birlikte müştekilerin bulunduğu eve geldikleri, o sırada evde bulunan müşteki İ’yi darp edip evde tuttukları, kahvaltılık malzeme almak için kısa süreliğine dışarı çıkan mağdure F’yi de eve dönünce dövüp dışarı çıkmasını engelledikleri, İ’nin serbest bırakılmasından sonra da bir süre F’nin tutulmaya devam edildiği, böylece her üç sanığın mağdur ve mağdurenin hürriyetini kısıtladıkları ve bu nedenle mağdur sayısınca suç oluşacağı gözetilmeden 109/2 ve 109/3-b maddeleriyle tayin edilen cezalarının 43/2.maddeye göre artırılması suretiyle noksan ceza tayinİ, mağdure F’nin hürriyetinin kısıtlanması sırasında H.Ö.’nin cinsel saldırıda bulunduğu halde, bu sanıkların cezalarının 109/5.maddeyle artırılmaması ” (Yrg.5.CD.28.01.2008-14100/463; **Gündel**, S.2622).

⁴⁹³ “Yakınan Mehmet Şahin Kuşaslan’ ı Yalova’dan silah zoruyla elleri ve gözleri bağlı olarak İstanbul’da bulunan bir eve getirip burada darp etmek suretiyle bir gün süreyle alıkoyan ve daha sonra alacakları olan parayı bulması için yakınanın kızı mağduru da 25 gün süreyle zorla yanlarında alıkoyan sanıkların eylemlerinin

birden fazla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması durumunda, kişi sayısınca suç oluşacak, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır⁴⁹⁴.

Fail, cinsel amaçla mağduru hürriyetinden yoksun bırakırsa, hakkında TCK'nın 109.maddesinin 5.fıkrası uygulanacak ve failin cezası ağırlaştırılacaktır. Ancak fail, cinsel amaçla hürriyetinden yoksun bıraktığı mağdur üzerinde, cinsel saldırı, cinsel istismar veya cinsel taciz suçlarını işlemesi halinde her bir fiilden ayrı ayrı ceza tayin edilecek, hem cinsel suçtan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılacak, yani gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenmesi için gerekli olan süreyle sınırlı kalmayıp, bundan önceki veya sonraki zamanda da devam etmişse, bu durumda da gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır⁴⁹⁵.

Ulaşım araçlarını kaçırma suçunda hareketin zorunlu sonucu olarak yolcuların hürriyeti kısıtlanmaktadır. Bu suçların işlenmesi sırasında kişilerin hürriyetlerinin kısıtlanması nedeniyle fail, 5237 sayılı TCK'nın 223.maddesinin 4.fıkrasının göndermesi ile TCK'nın 109.maddesi uyarınca ayrıca cezalandırılır. TCK'nın 223.maddesinin 4.fıkrası: *“Bu suçların işlenmesi sırasında kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi dolayısıyla ayrıca cezaya hükmolunur”* şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, uçağın kaçırılması halinde, uçakta bulunan yolcuların ve uçak personelinin de zorunlu olarak hürriyetleri kısıtlanmış olacaktır.

Yine TCK'nın 267.maddesinde düzenlenen “iftira” suçu nedeniyle mağdur kişi hürriyetinden yoksun kılınmışsa, örneğin hapse girmişse, bu durumda TCK'nın 267.maddenin 4.fıkrasında *“Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur”* şeklinde belirtildiğinden, fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı ayrıca dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır.

Yine TCK'nın 272.maddesinde düzenlenen “yalan tanıklık” suçu nedeniyle mağdurun hürriyeti kısıtlanmışsa, TCK'nın 272.maddesinin 5.fıkrası *“Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin*

ayrı ayrı kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, kanıtların takdirinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde karar verilmesi” (Yrg.6.CD.26.1.2009 tarih ve 2005/15136-2009/425 sayılı kararı; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-III, S.3652).

⁴⁹⁴ **Meran**, Kişilere Karşı Suçlar, S.450.

⁴⁹⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, S.383.

hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur” şeklinde ifade edildiğinden, fail yine TCK’nın 272.maddesinin yanında ayrıca dolaylı fail olarak 109’uncu maddeden de sorumlu olacaktır.

5237 sayılı TCK’nın 234.maddesinde düzenlenen “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna göre özel norm teşkil eder⁴⁹⁶, bu nedenle özel hükmün önceliği gereği, fail, TCK’nın 234.maddesinden cezalandırılacaktır. Bu maddede velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısımının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması cezalandırılmaktadır.

5237 sayılı TCK’nın 77.maddesinde insanlığa karşı suçlar düzenlenmiş olup, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet veya köleleştirme, kişi hürriyetinden yoksun kılma, bilimsel deneylere tâbi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme fiillerin, siyasal, felsefi, irkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu maddede, sadece kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından mağdur sayısınınca gerçek içtimanın uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca, insan ticareti suçunun, kasten öldürme fiili dışında kalan diğer fiillerle gerçekleştirilmesi halinde, failin sekiz yıldan az olmamak üzere cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Yine 5237 sayılı TCK’nın 80.maddesinde insan ticareti suçu düzenlen olup, “*Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırın, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran*” kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu maddede aslında kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması söz konusu olmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde de, m.201/b de bu suç düzenlenmiştir. Hatta bu dönemde doktrinde bazı yazarlar, bu suçun hürriyeti tahdit ve cebir kullanma suçunun özel görünümü niteliğinde olduğunu, bu nedenle, bu suçun “şahıs hürriyeti aleyhine cürümler” başlığı altında düzenlenmesinin daha yerinde olacağını savunmuşlardır⁴⁹⁷. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda genel kast aranırken,

⁴⁹⁶ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.727.

⁴⁹⁷ **Koca** Mahmut, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu, (TCK.m.201/b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 2, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-02/AUHF-2003-52-02-Koca.pdf> ; erişim tarihi: 2.11.2010)

insan ticareti suçunda özel kast aranmaktadır. Bir suçun diğerine nazaran daha ayırıcı ve ilave unsurları barındırması halinde özel hüküm mevcuttur⁴⁹⁸. Bu durumda özel hükmün önceliği kuralı gereğinde TCK'nın 80'inci maddesinden cezalandırmak gerekecektir.

765 sayılı TCK döneminde ise, kanunun 499.maddesinde “adam kaldırma suçu” düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da bu suça yer verilmemiştir. Bu nedenle artık faile hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de yağma suçundan ceza verilecektir⁴⁹⁹. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur⁵⁰⁰.

2.7. YAPTIRIM

5237 sayılı TCK'nın 109.maddesinin 1.fikrasında suçun temel şeklinin yaptırımını “bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası” olarak belirtilmiştir. Suçun temel şekline ilişkin olan hapis cezasının alt sınırının bir yıl olması nedeniyle hakimince cezayı alt sınırdan vermesi halinde, bu ceza, aynı yasanın 49.maddesinin 2.fikrasına göre “*Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır*” şeklinde ifade edildiğinden, ceza kısa süreli hapis cezası olacaktır ve TCK'nın 50.maddesinin 1.fikrası uyarınca, bu cezanın adli para cezasına

⁴⁹⁸ **Arslan** Çetin, İnsan Ticareti Suçu (TCK.m.201/1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004, Cilt 53, Sayı 1 (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-04/AUHF-2004-53-04-Arslan.pdf> ; erişim tarihi: 23.10.2010)

⁴⁹⁹ **Gökçen** Ahmet, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>.

⁵⁰⁰ “Sanık ve haklarında ek karar verilmeyen diğer sanıkların, 25.2.1994 günü saat 22.30 sıralarında yakınan Hilmi Aydın'a ait olup diğer yakınan Mustafa Akgöz' ün çalıştığı petrol istasyonuna gittikleri, tabanca tehdidiyle, el ve ayaklarını bağlayarak para, televizyon, saat ve çantayı alıp kaçtıkları olayda, 5252 sayılı yasanın 9/3.maddesi uyarınca sanık yararına olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin somut olaya uygulanarak çıkan sonuçlarının birbiriyle karşılaştırılması suretiyle bulunacağı gözetilerek, 5237 sayılı yasaya göre yağma ve kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçlarını oluşturan eylem nedeniyle yağma suçunun yanı sıra 5237 sayılı yasanın 109/2-3-a-b maddeleri uyarınca da hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi” (Yrg.6.CD.9.2.2010 tarih ve 2008/11833-2010/849 sayılı kararı; **Yaşar/Gökçen/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-III, S.3650.

“Sanıkların, olay sırasında katılanın el ve ayaklarını bağlayarak hürriyetini kısıtladıklarının anlaşılmasına göre, eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 149/1-a,c,d maddesindeki yağma suçunun yanı sıra aynı kanunun 109/2, 109/3-a,b maddesindeki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da oluşturduğunun gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir” (Yrg. 6.CD. 01.06.2006 tarih ve 2005/18006-2006/5478 sayılı kararı; **Artuç**, S.874)

“Yağma suçunu işlemek için yakınan Mehmet K... 'nin elleri ve ayakları ile ağzının bağlayarak rehin tutan hükümlüler, n eyleminin, yağma suçu ile birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da oluşturduğunun ve bu suçtan da hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi” (Yrg.6.CD.2.4.2009 tarih ve 2006/12870-2009/6155 sayılı kararı; **Yaşar/Gökçen/Artuç**, Türk Ceza Kanunu-III, S.3659).

veya diğ er tedbirleri çevrilebilecektir. Ancak bu durumda ceza ertelenmeyecektir. Çünkü TCK'nın 51.maddesinde cezanın ertelenebilmesi için, iki yıl ve daha az süreli *hapis cezası* olması gerektiğ i belirtilmiştir. Bu sürenin üst sınırı, fiili iş lediğ i sırada on sekiz yaş ını doldurmamış veya altmış beş yaş ını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ayrıca 50'inci maddenin 3'üncü fıkrasında, daha önce hapis cezasına mahkum olmamak koş uluyla, fiili iş lediğ i tarihte on sekiz yaş ını doldurmamış veya altmış beş yaş ını bitirmiş bulunanların mahkum edildiğ i bir yıl ve daha az süreli hapis cezasının, TCK'nın 50.maddesinin 1.fikrasında öngörülen adli para cezası ve diğ er seç imlik yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğ u belirtilmiştir.

Hakimin, faile 2 yıl hapis veya daha az süreli hapis cezası hükmetmiş olması halinde, bu ceza, şartların varlığ ı halinde, TCK'nın 51.maddesine göre ertelenebileceğ i gibi, CMK'nın 231.maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir.

109.maddenin 2.fikrasında ise failin, fiili işlemek için veya iş lediğ i sırada cebir, tehdit veya hile kullanması halinde, “iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası” na hük molunacağ ı belirtilmiştir. Cezanın alt sınırı iki yıl hapis cezası olduğ undan ve bu süre TCK'nın 49.maddesinin 2.fikrasına göre kısa süreli sayılmadığ ından, TCK'nın 50.maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilmesi olanağ ı bulunmamaktadır. Fail hakkında iki yıl ve daha az süreli hapis cezası verildiğ i takdirde, bu cezanın TCK'nın 51.maddesinin 1.fikrasına göre ertelenmesi ya da CMK'nın 231.maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkündür.

Maddenin 3'üncü fıkrasına göre, suç un silâhla, birden fazla kişi tarafından birlikte, kişinin yerine getirdiğ i kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağ ladığ ı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eş e karşı, çoc uğ a ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, iş lenmesi hâlinde, 1 ve 2'nci fıkrada belirtilen cezalar “bir kat” artırılır. Burada geçen bir kat ibaresi, verilen cezanın aynısının eklenmesi ile çıkan sonucu ifade eder.

Suç un iş lenmesi halinde eğ er mağ dur ekonomik bakımdan önemli bir kayıp yaşamış sa, bu durumda 4.fıkra uyarınca fail hakkında, 1 ve 2'nci fıkraya göre verilecek hapis cezasının yanında ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hük medilecektir. Maddede bin güne kadar adli para cezasına hük medilmesi öngörüldüğ unden ve para cezasının alt sınırı belirtilmediğ inden, TCK'nın 52.maddenin 1.fikrasına göre, adli para cezası en az beş gün olacaktır. Adli para cezası en fazla maddede öngörülen üst sınır olan, bin gün olarak hük medilecektir. Adli para cezasına hük molunduğ unda, TCK'nın 51.maddesi gereğ ince, bu ceza ertelenemez. Adli para cezası hapis cezası ile birlikte de verilse, erteleme mümkün

olmayacaktır. TCK'nın 51.maddesi, açıkça sadece hapis cezasının ertelenebileceğini düzenlemiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu cinsel amaçla işlenmişse, 109.maddenin 5.fikrasına göre failin cezası önceki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. Suçun hem üçüncü fıkradaki sayılan nedenlerle, hem de cinsel amaçlı işlenmesi halinde, önce üçüncü fıkra göre ceza artırılabilecek, daha sonra da bulunan cezadan yarı oranında artırım yapılacaktır⁵⁰¹.

Son olarak 109.maddenin 6.fikrasında, suçların içtimasını görüyoruz. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, failin ayrıca kasten yaralama hükümlerine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 110.maddesinde cezayı azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık düzenlenmiş olup, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen kişinin, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması halinde cezasının üçte ikisine kadarının indirileceği belirtilmiştir.

TCK'nın 109'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında sayılan nitelikli hallerin birden fazlasının aynı suçta var olması halinde artırım bir kez yapılacak ancak, bu durum TCK'nın 61.maddesi uyarınca temel cezanın tayinin de teşdit sebebi olarak gözetilecektir⁵⁰².

Fail, kasten işlemiş olduğu hürriyetten yoksun bırakma suçundan dolayı hapis cezasına mahkum edilirse, bu mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, TCK'nın 53.maddesinin 1.fikrası uyarınca maddede öngörülen haklardan yoksun bırakılacaktır. Fail işlemiş olduğu suç dolayısıyla mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamayacaktır.

TCK'nın 109.maddesinin 3.fikrasının (d) bendinde düzenlenen suçun, kamu görevlisi tarafından, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesi halinde ise, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca, kamu görevlisinin adliyeye ilişkin görev ve işler dolayısıyla bu suçu işlemesi durumunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161.maddesinin 5.fikrası uyarınca soruşturma Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan doğruya yapılacaktır⁵⁰³.

⁵⁰¹ Artuç, S.860.

⁵⁰² Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1818.

⁵⁰³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, S.2843.

2.8. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, suçun işlenmesinden veya cezanın verilmesinden sonra uzun bir zaman geçmesi sebebiyle devletin cezalandırma yetkisinin düşmesidir⁵⁰⁴. Zamanaşımı, işlenen suçun cezasız kalmasına yol açmaktadır⁵⁰⁵. Zamanaşımı, dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dava zamanaşımı, işlenen bir suçun kovuşturulmasına engel olurken; ceza zamanaşımı, kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmünün infazına engel oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla, devlet ile sanık arasındaki ceza ilişkisini düşürene “*dava zamanaşımı*” ; devlet ile hükümlü arasındaki infaz ilişkisini düşürene ise “*ceza zamanaşımı*” denir⁵⁰⁶.

Dava zamanaşımı, suçun işlenmesinden sonra kanunla belirlenmiş olan sürelerin geçmesiyle soruşturmanın yürütülmesine, kamu davasının açılmasına ya da açılmış olan kamu davasının devamına engel olan kurumdur⁵⁰⁷. Dava zamanaşımı, 5237 sayılı TCK'nın 66.maddesinde düzenlenmiştir⁵⁰⁸. Bu maddede, suçların gerektirdiği ceza miktarlarına göre

⁵⁰⁴ Koca/Üzülmez, S.595;Demirbaş, S.678.

⁵⁰⁵ Erol, Türk Ceza Kanunu-1, S.1312.

⁵⁰⁶ Demirbaş, S.678.

⁵⁰⁷ Özbek, İzmir Şerhi-I, S.1002;Koca/Üzülmez, S.598.

⁵⁰⁸ TCK'nın 66. maddesi: “(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında kamu davası;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,

b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi beş yıl,

c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,

d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl,

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, geçmesiyle düşer.

(2) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.

(3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulur.

(4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır.

(5) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.

(6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

zamanaşımı süreleri belirlenmiştir. Dava zamanaşımının söz konusu olduğu hallerde, mahkemece “*davanın düşmesine*” karar verilir. Öğretide bazı yazarlar, soruşturma aşamasında zamanaşımın dolduğu fark edilmiş olsa bile kamu davası açılması gerektiğini, kamu davası açıldıktan sonra mahkemece davanın düşmesine karar verilmesi gerektiğini savunmuşlardır⁵⁰⁹.

Dava zamanaşımı kural olarak, kanun koyucu aksini belirtmediği sürece bütün suçlarda geçerlidir. Ancak, TCK’nın 66.maddesinin 7.fikrasında zamanaşımının söz konusu olmayacağı durumlar düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi hâlinde dava zamanaşımı uygulanmayacaktır. Yine, TCK’nın 76.maddesinin 4.fikrasına göre soykırım suçlarında zamanaşımı işlemeyecektir. Aynı şekilde, TCK’nın 77.maddesinin 4.fikrasında insanlığa karşı suçlarda, TCK’nın 78.maddesinin 3.fikrasında da örgüt suçlarında zamanaşımı süresinin işlemeyeceği belirtilmiştir. TCK’nın 76, 77 ve 78.maddelerinde düzenlenen bu suçlar yurtdışında da işlense, yurt içinde de işlense dava zamanaşımına tabi olmayacaktır. Başka bir ifadeyle, bu suçların yurt içinde ya da yurt dışında işlenmeleri bakımından bir özellik öngörülmemiştir⁵¹⁰.

Zamanaşımı sürelerini belirlemek için, TCK’nın 66.maddesinin 4.fikrasına göre, kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur. Yine aynı fıkraya göre, seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınacaktır. Dolayısıyla artık hakim, hangi seçimlik cezanın dava zamanaşımı süresinin yüksek olduğunu araştırmayacak sadece seçimlik cezalardan hapis cezasına ilişkin dava zamanaşımını göz önünde bulunduracaktır⁵¹¹.

O halde, 5237 sayılı TCK’nın 109.maddesinde düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birinci fıkrasında yer alan suçun basit şeklinin cezası, 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. TCK’nın 66.maddesinin 1.fikrasının (e) bendi uyarınca, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda zamanaşımı süresinin sekiz yıl geçmesiyle düşeceğini belirttiğinden, TCK’nın 109.maddesinin 1.fikrasının zamanaşımı süresi 8 yıldır.

(7) *Bu Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi hâlinde dava zamanaşımı uygulanmaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁰⁹ **Özgenç**, Genel Hükümler, S.752.

⁵¹⁰ **Özbek**, İzmir Şerhi-1, S.1005.

⁵¹¹ **Özbek**, İzmir Şerhi-1, S.1009.

TCK'nın 109.maddesinin 2.fikrasına göre suçun işlenmesi sırasında veya işlenmesi amacıyla cebir, tehdit ve hile kullanılırsa, ceza 2 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası olacaktır. Bu fıkraya giren hallerde dava zamanaşımı süresi, TCK'nın 66.maddesinin 1.fikrasının (d) bendine göre, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl geçmesiyle düşeceğinden, zamanaşımı süresi, 15 yıl olacaktır.

TCK'nın 109.maddesinde, seçimlik ceza öngörülmemiştir. Sadece 109.maddenin 4.bendinde, mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, “ayrıca bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur” denilmekte olup, bu fıkra seçimlik ceza değildir. Hapis cezası ile adli para cezasının birlikte öngörüldüğü bu gibi durumlarda, zamanaşımı süresi hapis cezası dikkate alınarak belirlenecektir.

Dava zamanaşımı süresi belirlerken, TCK'nın 66.maddesinin 3.fikrasına göre, dosyadaki mevcut deliller itibariye suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur. Başka bir ifadeyle, suça ilişkin cezanın zamanaşımı süresinin hesaplanmasında, sadece suçun basit şekli bakımından belirlenen ceza miktarının değil, aynı zamanda suçun nitelikli hallerine verilecek cezanın da göz önünde bulundurulması gerekecektir⁵¹². Ancak, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren haksız tahrik gibi diğer haller zamanaşımı süresi belirlenirken hesaba katılmayacaktır⁵¹³.

Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli için 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmesine rağmen; suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür (TCK.m.109/5). O halde suçun temel şekli için belirlenen zamanaşımı süresi 8 yıl, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma halinde ise ceza yarı oranında artırımı sonucu bulunan 7 yıl 6 aylık ceza için zamanaşımı süresi ise, 15 yıl olacaktır (TCK.m.66/1-d).

TCK, çocukların işledikleri suçlarla ilgili olarak zamanaşımı süresinin belirlenmesinde özel bir hükme yer vermiştir. TCK'nın 66.maddesinin 2.fikrasında belirtildiği üzere, failin on iki yaşını doldurmuş olup, on beş yaşını doldurmamış olması halinde, TCK'nın 66.maddesinin 1.fikrasında belirtilen sürelerin yarısının geçmesiyle kamu davası düşecektir. Bu süre on beş yaşını bitirmiş olup, on sekiz yaşını doldurmamış kişiler için üçte ikisinin geçmesiyle düşecektir. Böylece çocukların işlediği iddia edilen suçlardaki dava zamanaşımı süreleri daha kısa olarak belirlenmiştir.

TCK'nın 66.maddesinin 5.fikrasında, aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin

⁵¹² **Özbek**, İzmir Şerhi-1, S.1008;**Koca/Üzülmez**, S.602.

⁵¹³ **Koca/Üzülmez**, S.6030;**Hakeri**, Genel Hükümler, S.636.

zamanaşımı süresinin yeni baştan işleyeceğini belirtmiştir. Fıkarda geçen “tekrar yargılama” ibaresini, teknik manada “yargılamanın yenilenmesi” olarak anlamak gerekir⁵¹⁴. Zamanaşımı süresinin yeniden başlaması için, öncelikle tekrar yargılamayı gerektiren bir hal olmalı ve tekrar yargılamayı gerektiren fiil daha önceki yargılamaya konu olan fiil ile aynı olmalıdır. Son olarak aynı fiilden dolayı, yetkili merciin yeniden yargılama talebini kabul etmiş olması gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 318. maddesine göre, yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye yapılır. Hükmü veren mahkeme yargılamanın yenilenmesi istemini kabul ederse, bu kabul tarihinden itibaren fiile ilişkin dava zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 311.maddesi ile 314.maddesinde yargılamanın yenilenmesi nedenleri düzenlenmiş olup, bu nedenlerin varlığı halinde, bu kanunun 260.maddesi ve devamı maddeleri gereğince, yasa yollarına başvurma hakkına sahip olan kişiler yargılamanın yenilenmesi için başvuruda bulunabileceklerdir⁵¹⁵.

TCK’nın 66.maddesinin 6.fıkrasına göre, zamanaşımı süresi, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden itibaren başlar. Sırf hareket suçlarında hareketin yapılmasıyla, neticeli suçlarda ise, neticenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış sayılacağından; sırf hareket suçunda hareketin yapılmasından itibaren, neticeli suçlarda da neticenin gerçekleşmesinden itibaren zamanaşımı süresi başlayacaktır. Teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden itibaren, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği günden itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz suç olduğundan, zamanaşımı süresi kesintinin gerçekleştiği yani mağdurun hürriyetine kavuştuğu günden itibaren başlayacaktır. Zamanaşımı süresi, zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. TCK’nın 109.maddesinin 3.fıkrasının (e) bendinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun üstsoy, altsoy ve eşe karşı işlenmesi, (f) bendinde ise suçun çocuğa karşı işlenmesi düzenlenmiştir. Örneğin, üstsoy tarafından altsoy olan çocuğuna karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenirse, zamanaşımı süresi çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren başlayacaktır.

TCK’nın 66.maddesinde sayılan haller dışında, ayrıca TCK’nın 230.maddesinin 4.fıkrasında, birden çok evlilik ve hileli evlenme suçlarından dolayı zamanaşımı süresinin, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı; yine TCK’nın

⁵¹⁴ **Özbek**, İzmir Şerhi-1, S.1009.

⁵¹⁵ **Özbek**, İzmir Şerhi-1, S.1010.

267.maddesinin 8.fıkrasında da, iftira suçlarından dolayı zamanaşımı süresinin, mağdurun fiili işlemediğinin sabit olduğu tarihten başlatılacağı belirtilmiştir.

Ceza zamanaşımı ise, kesinleşmiş mahkumiyet kararından itibaren hükmedilen cezanın belli bir süre infaz edilememesi halinde devletin infaz yetkisi kaldıran bir kurumdur⁵¹⁶. Ceza zamanaşımı TCK'nın 68.maddesinde düzenlenmiştir⁵¹⁷. Ceza zamanaşımının dolması durumunda, mahkumiyet kararı varlığını koruyacak ancak, artık infaz edilemeyecektir⁵¹⁸.

Ceza zamanaşımı hukuk sistemimizde, tüm mahkumiyet kararları bakımından geçerli olmakla birlikte bunun tek istisnası, TCK'nın 68.maddesinin 3.fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, devlete karşı yurt dışında işlenen suçlar nedeniyle verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz.

TCK'nın 109.maddesinde düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birinci fıkrasında yer alan suçun basit şeklinin cezası, 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. TCK'nın 68.maddesinin 1.fıkrasının (e) bendi uyarınca, beş yıla kadar hapis ve adli para cezasını gerektiren suçlarda ceza zamanaşımı süresinin 10 yıl geçmesiyle düşeceğini belirttiğinden, TCK'nın 109.maddesinin 1'inci fıkrasının zamanaşımı süresi 10 yıldır. TCK'nın 109.maddesinin 2.fıkrasına göre suçun işlenmesi sırasında veya işlenmesi amacıyla cebir, tehdit ve hile kullanılırsa, ceza 2 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası olacaktır. Bu fıkraya giren hallerde ceza zamanaşımı süresi, TCK'nın 68.maddesinin 1.fıkrasının (d) bendine göre

⁵¹⁶ **Koca/Üzülmez**, S.613;**Özgenç**, Genel Hükümler, S.759;**Demirbaş**, S.698.

⁵¹⁷ TCK'nın 68'inci maddesi:

“ (1) Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez:

a)Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl.

b)Müebbet hapis cezalarında otuz yıl.

c)Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmi dört yıl.

d)Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl.

e)Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl.

(2) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilmez.

(3) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı yurt dışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz.

(4) Türleri başka başka cezaları içeren hükümler, en ağır ceza için konulan sürenin geçmesiyle infaz edilmez.

(5) Ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanır” şeklinde düzenlenmiştir.

⁵¹⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler, S.759.

beş yıldan fazla hapis cezalarında ceza zamanaşımı süresinin yirmi yıl geçmesiyle düşeceğinden, 109.maddenin 2.fıkrası için zamanaşımı süresi 20 yıl olacaktır. TCK'nın 109'uncu maddesinin 3,4,5.maddelerinde belirtilen nitelikli haller gerçekleştiği takdirde, burada hükmedilen ceza miktarına göre, TCK'nın 68.maddesine göre değerlendirme yapmak gerekir.

Dava zamanaşımında olduğu gibi, ceza zamanaşımında da çocuklar bakımından özel bir hükme yer verilmiştir. TCK'nın 68.maddesinin 2.fıkrasında belirtildiği üzere, failin on iki yaşını doldurmuş olup, on beş yaşını doldurmamış olması halinde, TCK'nın 66.maddesinin 1. fıkrasında belirtilen sürelerin yarısının geçmesiyle devletin infaz etme yetkisi düşecektir. Bu süre on beş yaşını bitirmiş olup, on sekiz yaşını doldurmamış kişiler için üçte ikisinin geçmesiyle düşecektir.

Ceza zamanaşımının TCK'nın 68. maddesinin son fıkrasına göre, ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlayacak ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanacaktır. İnfazın kesintiye uğraması durumunda ise, zamanaşımı süresi, kesinti anına kadar infaz edilen sürenin toplam cezadan düşülmesi suretiyle hesap edilecektir⁵¹⁹.

Zamanaşımı süresi, TCK'nın 72.maddesinin 2.fıkrası uyarınca re'sen uygulanacaktır. Sanık veya katılanın ileri sürmesine gerek olmadığı gibi ilgililerin zamanaşımından feragat etmeleri de sonuca etkili değildir. Tarafların zamanaşımından vazgeçme hakkı bulunmamaktadır. Zamanaşımı yargılamanın her aşamasında dikkate alınır. Soruşturma aşamasında zamanaşımı süresinin dolması halinde “*kovuşturmaya yer olmadığı*” kararı; kovuşturma aşamasında zamanaşımı süresinin dolması halinde ise “*davanın düşürülmesi*” kararı verilir⁵²⁰. Bu durumda artık sanığın sorgusunun yapıp yapılmadığına ya da delillerin tümünün toplanıp toplanmadığına bakılmayacaktır⁵²¹.

⁵¹⁹ **Koca/Üzülmez**, S.615 vd.

⁵²⁰ “*Sanığa atılı hırsızlık suçunun gerektirdiği cezanın miktar ve nev'i itibariyle, sanığın suç tarihinde 12-15 yaş grubunda bulunması nedeniyle zamanaşımı yönünden lehine olan 5237 sayılı TCK'nın 66/1-e, 66/2 ve 67/4.maddelerine göre hesaplanan 6 yıllık zamanaşımının suç ve inceleme tarihleri arasında gerçekleştiği anlaşılmakla, hükmün BOZULMASINA, 1412 sayılı CMUK'nın 322.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak sanık hakkındaki kamu davasının 5271 sayılı CMK'nın 223/8.maddesi uyarınca DÜŞÜRÜLMESİNE*” (Yrg.2.CD.02.02.2010 tarih, 44535/2410 sayılı kararı; **Erol**, Türk Ceza Kanunu-1, S.1321.

⁵²¹ **Bakıcı**, S.1471.

2.9. CEZA MUHALEMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

2.9.1. Suçun Soruşturulması ve Kovuşturulması Usulü

Bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi ile beraber, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre, önce soruşturma evresi, daha sonra kovuşturma evresi başlayacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu 2.maddesinin 1.fıkrasının (e) bendine göre soruşturma: “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*” ifade eder. Bu nedenle, suç haberinin alınması ile başlayan ve kovuşturamama (kovuşturmaya yer olmadığı) kararının verilmesi veya iddianamenin kabulü ile son bulan evreye soruşturma evresi denilmektedir⁵²².

Ceza Muhakemesinin amacı, sanık hakkında, maddi gerçeğe ve muhakeme usulüne uygun olarak verilmiş, hukuki barışı yaratan bir hükmün verilmesidir⁵²³. Ceza muhakemesi soruşturma evresiyle başlar. Suç haberinin alınmasıyla başlayıp, esas olarak savcı ve onun yardımcısı sıfatı ile kolluk tarafından gerçekleştirilen ve kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının araştırılması amacını taşıyan faaliyete *soruşturma* denir⁵²⁴. Hazırlık soruşturmasının sorumlu makamı, kamu adına suçları kovuşturmakla yükümlü olan savcılık örgütüdür⁵²⁵. CMK'nın 160.maddesine göre, bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamalıdır. İddia makamının topladığı delillere göre, suçun işlenerek kamu düzeninin bozulduğuna ve bu nedenle failin cezalandırılması gerektiğine karar verirse, dava açar. Bu davaya “*kamu davası*” adı verilir⁵²⁶. Cumhuriyet Savcısı aynı zamanda, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.

Savcının mahkemelerden bağımsız olması, sanığın sadece aleyhine olan değil, lehine olan hususları da göz önünde bulundurması, soruşturma faaliyetini kovuşturamama kararı ile noktalayabilmesi, savcının bir adli organ olduğunu göstermektedir⁵²⁷.

⁵²² **Özbek** Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, S.47; **Ünver** Yener / **Hakeri** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, S.487.

⁵²³ **Özbek**, Ceza Muhakemesi Hukuku, S.49.

⁵²⁴ **Öztürk** Bahri / **Erdem** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, S.702.

⁵²⁵ **Yurtcan** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2007, S.389.

⁵²⁶ **Soyaslan** Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, S. 170.

⁵²⁷ **Ünver/Hakeri**, S.188.

Savcılık makamı, iddia faaliyetini yürütmekte olup, ceza muhakemesinin iddia makamını oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi suç işlendiği iddiasıyla başladığı için, muhakemenin ilk aşamasında iddia makamı yer almaktadır. Soruşturma evresine egemen olan savcı, kovuşturma evresinde de iddia makamını temsilen görev yapmaktadır⁵²⁸.

Soruşturma başlaması için, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâlin öğrenilmesi gerekir. Başka suretle öğrenilmesine örnek olarak şikayet üzerine suçun işlendiğinin öğrenilmesi ya da doğrudan doğruya soruşturma makamlarının suçun işlendiğini öğrenmesi örnek verilebilir. Ancak suç haberinin alınmasının başka çeşitleri de vardır. Örneğin, TCK.m.11/2’de yer alan “yabancı hükümetin şikayeti” ve TCK.m.12 ve m.13’te yer alan “Adalet Bakanının Talebi ile ya da TCK.m.18 ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi ile ikili anlaşmalar çerçevesinde “iade talebi” de suç haberinin alınması yollarındandır⁵²⁹.

İhbar, re’ sen kovuşturulan bir suçtan haberdar olan kimsenin adli makamlara durumu bildirmesidir. İhbar eden suçtan zarar gören olabileceği gibi, suçla hiçbir ilgisi olmayan üçüncü kişi de olabilir. Suçun şikayete bağlı olmadığı hallerde, suçtan zarar görenin yaptığı bildirim şikayet olmayıp ihbardır⁵³⁰. Şikayet ise, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir fiilden zarar gören kişinin, 6 aylık şikayet süresi içinde, yazılı ya da sözlü olarak, yetkili makamlardan bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasının istemesidir⁵³¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, takibi şikayete bağlı suçlardan değildir, savcılıkça re’ sen soruşturulan bir suçtur⁵³². Başka bir ifadeyle, savcı ya da kolluk görevlileri, suçun işlendiğinden haberdar olmasıyla birlikte, suçtan zarar görenin şikayet etmesini aramadan re’ sen suçla ilgili delilleri araştıracaktır.

TCK’nın 109.maddesinin 3.fıkrasının (d) bendinde yer alan suçun, kamu görevlisi tarafından, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesi halinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. 17.7.2004 tarih ve 5232 sayılı kanunla 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu maddeye göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay

⁵²⁸ Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, S.107.

⁵²⁹ Öztürk Bahri / Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Sırma Özge / Saygılar Yasemin / Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, S.486.

⁵³⁰ Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2008, S.80.

⁵³¹ Özbek, İzmir Şerhi-I, S.1059.

⁵³² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, S.342; Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2, S.1817.

belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekir. Bu şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler işleme konulmayacaktır. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmayacaktır.

Kamu görevlisinin adliye ilişkin görev veya işler dolayısıyla bu suçu işlemesi durumunda Ceza Muhakemesi Kanununun 161.maddesinin 5.fıkrası uyarınca soruşturma cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya yapılacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu 2.maddesinin 1.fıkrasının (f) bendine göre kovuşturma, *“İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi”* ifade eder⁵³³. Bu nedenle soruşturma evresi bitmesiyle beraber, iddianamenin kabulü ile kovuşturma evresi başlamakta ve kanun yolları da bu evreye dahil olmaktadır⁵³⁴. Kovuşturma evresi, duruşma hazırlığı devresi, duruşma devresi ve son karar evresi olmak üzere 3 evreden oluşmaktadır⁵³⁵.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu şikâyete tabi bir suç olmadığından, soruşturma evresinde re’ sen soruşturulduğu olduğu gibi, kovuşturma evresi de re’ sen kovuşturulacaktır. Kamu görevlisi tarafından görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesi halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır.

2.9.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin hangi uyuşmazlıklara bakacağı 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda değil; 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun da düzenlenmiştir. Bu kanununun 14.maddesine göre, mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulacaktır⁵³⁶.

⁵³³Doktrinde bazı yazarlar, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davasının açılmış sayılması gerektiğini savunmuşlardır (**Kunter** Nurullah / **Yenisey** Ferudun / **Nuhoğlu** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, S.239).

⁵³⁴ **Ünver/Hakeri**, S.529.

⁵³⁵ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan**, S.516.

⁵³⁶“*Sanıklar hakkındaki kişiyi cebir ve tehditle hürriyetinden yoksun bırakma suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK’nın 109/2. madde ve fıkrasındaki hapis cezasının üst haddinin 10 yıldan az olması nedeniyle davaya bakma görevinin Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu anlaşılınca, artırım maddesiyle belirlenen cezaya göre*

5235 sayılı kanununun 10.maddesinde sulh ceza mahkemesinin görevi, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması olarak düzenlenmiştir. Kanununun 11.maddesinde, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılacağı belirtilmiştir. Son olarak kanununun 12.maddesi, ağır ceza mahkemesinin görevini, kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmak olarak düzenlemiştir.

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 cezasıdır. Dolayısıyla 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 davaya bakma görevi Asliye Ceza Mahkemesine aittir⁵³⁷.

Hangi mahkemenin görevli olacağı hususu, kamu düzeniyle ilgilidir. Davaya bakan mahkeme kovuşturma evresinin her amasında re' sen görevsizlik kararı verebilecektir. Bunun tek istisnası CMK'nın 6.maddesinin 1.fıkrasına göre, duruşmada suçun hukuksal niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt derece mahkemeye gönderilmemesidir. Davaya katılanlarda kovuşturma evresinin her aşamasında mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürebilir.

Yetkili mahkeme ise, hangi mahkemenin hangi yerdeki işlere bakacağı ile ilgilidir⁵³⁸. Yetkili mahkeme tayini, hem soruşturma aşamasında sorguyu yapacak hakim için hem de kovuşturma yapacak mahkeme için önemlidir⁵³⁹. Yer yönünden yetkisizlik iddiasını taraflar ileri sürebileceği gibi mahkeme de re' sen bakabilir. Ancak yer yönünden yetkisizlik iddiası CMK'nın 18.maddesine göre, ilk derece mahkemelerinde duruşmada sanığın sorgusundan, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin başlamasından ve duruşmalı işlerde inceleme raporunun okunmasından önce bildirilecektir.

mahkemenin görevsiz olduğuna ilişkin tebliğ namedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir" (Yrg.8.CD., 12.12.2007 tarih ve 2006/8004-2007/8951 sayılı kararı; **Artuç/Akkaya/Gedikli**, S.711)

⁵³⁷ **Özbek**, İzmir Şerhi-II, S.728;**Meran**, Kişilere Karşı Suçlar, S.860.

⁵³⁸ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan**, S.195.

⁵³⁹ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, S. 197.

CMK'nın 12.maddesine göre, kural olarak davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Ancak aynı kanunun 13. maddesinde yetki sıraya konulmuş ve bir takım yedek kıstaslar belirtilmiştir⁵⁴⁰. Bu maddeye göre; suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer mahkemesi, eğer şüpheli veya sanık yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Yine şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir.

CMK'nın 12.maddesine göre, suç teşebbüs aşamasında kalmışsa, yetkili mahkeme, teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi; kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi ve son olarak zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suçtur. Dolayısıyla, CMK'nın 12.maddesinin 2.fıkrası gereğince, kesintisiz suçlarda, kesintinin gerçekleştiği yer, yani mağdurun yeniden özgürlüğüne kavuştuğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

⁵⁴⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, S.239; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, S.111.

SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun farklı maddelerinde yer alan bağımsız bir çok suçu bünyesinde toplamıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncu maddesinde hürriyeti tahdit suçu düzenlenmiş, 179'uncu maddenin 2 ve 3'üncü fıkralarında ve 180'inci maddenin 1'inci fıkrasında nitelikli halleri yer almıştır. 765 sayılı kanunun 181'inci maddesinde memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu düzenlenmiş, bu suçun nitelikli hali ise 187'nci maddede düzenlenmiştir. Ayrıca aynı kanunun 182'nci maddesinde küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçu, 429 ila 433'üncü maddelerinde kız ve kadın ve erkek kaçırma suçları düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 184 ila 186'ncı maddelerinde yer alan ceza ve tutukevi personeli tarafından mahkumlar ve tutuklular aleyhine işlenen hürriyeti tahdit suçları ve 765 sayılı TCK'nın 499'uncu maddesinde adam kaldırma suçu düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 180'inci maddesinin 2'inci fıkrasında ise hafifletici sebep yer almıştır.

5237 sayılı TCK'nın 109'uncu maddesi, 765 sayılı TCK'nın yukarıda saydığımız maddeleri kısmen karşılamakla birlikte, yeni düzenleme, suçun unsurlarını ve nitelikli hallerini daha açık ve sistematik bir hale getirmiştir.

765 sayılı TCK'nın 181'inci maddesinde düzenlenen memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu, yeni kanunun 109'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendinde nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK' nın 182'inci maddesinde düzenlenen küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçu, 109'uncu maddenin 3'üncü fıkrasının (f) bendinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirtilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 429 ila 433'üncü maddelerinde yer alan kız ve kadın ve erkek kaçırma suçları ise, yeni Kanunun 109'uncu maddesinin 5 inci fıkrasında düzenlenmiştir. Ayrıca 109'uncu madde hükmü 765 sayılı TCK' nın 499 ve 500' üncü maddelerini ise kısmen karşılamaktadır.

Her iki ceza kanunu arasında bu suçun düzenlenişi bakımından bir takım farklar mevcuttur. 765 sayılı TCK'nın 179'uncu maddesinde “kişi hürriyetinden mahrum edilme” olarak ifade edilmişken; 5237 sayılı TCK'da kişi hürriyeti “bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti” olarak belirtilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 181'inci maddesinde “memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu” bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş iken; 5237 sayılı TCK'da bağımsız suç olmaktan çıkarılmış, 109'uncu maddenin 3'üncü fıkrasının (d) bendinde “kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” suçun işlenmesi bir ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir. 765 sayılı TCK'da suçun oluşabilmesi için kişiyi

hürriyetinden mahrum etme fiilinin “gayrimeşru” olması gerektiği ifade edilmiştir. 5237 sayılı kanunda “hukuka aykırı olarak” ibaresi madde metnine eklenmiştir.

Bazı nitelikli haller her iki kanunda da yer almaktadır. 5237 sayılı TCK’nın 109/2 maddesinde “fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması” nitelikli hal olarak düzenlenmiş iken, 765 sayılı TCK’nın 179/2’nci maddesinde “failin hürriyeti tahdit suçunu işlemesi için ya da işlediği zamanda tehdit veya kötü muamele etmesi veya hile kullanması” halinde cezanın artırılacağı belirtilmiştir. Yine 5237 sayılı TCK’nın 109/3-a maddesinde düzenlenen suçun “silahla” işlenmesi ve 5237 sayılı TCK’nın 109/3-b maddesinde düzenlenen “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli halleri, 765 sayılı TCK’nın 179/3’üncü maddesinde “silahla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi” şeklinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’nın 109/3-c maddesinde düzenlenen “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi” nitelikli hali, 765 sayılı TCK’nın 180’inci maddesinin 1’inci fıkrasında “memuriyet işlerinden dolayı bir memur aleyhine suçun işlenmesi” şeklinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’nın 109/3-e maddesinde düzenlenen suçun “üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi” ve 5237 sayılı TCK’nın 109/4 maddesinde düzenlenen suçun “mağdurun ekonomik açıdan önemli bir kayba uğramasına sebep olması” nitelikli halleri, eski TCK’nın 180’inci maddesinin 1’inci fıkrasında “failin usûl ve fürundan yahut karı kocadan biri tarafından diğeri aleyhine” ve 5237 sayılı TCK’dan farklı bir ifade ile “mağdurun şahsına veya sıhhatine veya malına bir zarar gelmesi” şeklinde ifade edilmiştir.

Eski kanun döneminde düzenlenmeyen ancak yeni kanun döneminde kabul edilen nitelikli haller de vardır. Fiilin kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi (5237 sayılı TCK.m.109/3-d), çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi (5237 sayılı TCK.m.109/3-f), suçun cinsel amaçla işlenmesi (5237 sayılı TCK.m.109/5), 765 sayılı TCK’da düzenlenmeyip, 5237 sayılı kanunun 109’uncu maddesi ile kabul edilen nitelikli hallerdir. Son olarak 5237 sayılı TCK’nın 109’uncu maddenin 6’ncı fıkrasında yer alan gerçek içtima da bir başka yeni düzenlemedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kişinin hareket edebilme özgürlüğünü korumaktadır. TCK’nın 109’uncu maddesinin gerekçesinde, “*Bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir. Kişiler, bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda tercihte bulunma serbestisine sahiptirler. Söz konusu suç işlenmekle kişinin bir yerde kalma ve bir yere gitme hürriyeti ihlâl edilmiş olmaktadır*” şeklinde belirtilmiştir. Bu suç genellikle zor kullanılarak işlendiğinden, bireyin vücut dokunulmazlığının da korunduğu söylenebilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde, esasen kamu idaresinin güvenilirliği de

zarar görmektedir. Ancak kanun koyucu bu suçta öncelikli olarak kişi hürriyetinin korunması gerektiğini düşündüğünden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu “hürriyete karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Eski yasa döneminde de bir kimsenin memur tarafından görevi kötüye kullanmak suretiyle hürriyetinden mahrum edilmesi halinde, kamu idaresine ait yarar da zarar görmesine rağmen öncelikle korunması gerekli hukuki yararın, kişinin hürriyeti olduğu düşünüldüğünden, memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu (TCK.m.181) “devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler” içinde değil, “hürriyet aleyhine işlenen cürümler” içinde düzenlenmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili veya mağduru herkes olabilir. Ancak kanun, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle suçu işlemesi halinde, cezanın artırılacağını belirtmiştir. Yine fail ile mağdur arasında üstsoy, altsoy ilişkisi varsa ya da fail ile mağdur evli ise, failin cezasının artırılacağı düzenlenmiştir. Bu suçun mağduru da bir özellik arz etmez. Ancak mağdurun 18 yaşından küçük olması ya da bu suçun mağdurun kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde failin cezası artırılacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hareket unsurunu, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma fiilleri oluşturmaktadır. TCK’nın 109’uncu maddesinde, hareketin gerçekleştirilmesi bakımından herhangi bir sınırlamaya gidilmediğinden, bu suç seçimlik hareketli bir suçtur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni tanımında, bir kimsenin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma eylemi ile suçun oluşacağı belirtilmiştir. Kanuni tanımda suçun oluşması için, ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu neticeli suçlardan olmayıp, sırf hareket suçudur.

Kanunda suç olarak düzenlenmiş bir fiil, aynı zamanda hukuka aykırı olduğu konusunda karine teşkil etmektedir. Bu nedenle işlenen fiillerin ayrıca hukuka aykırılığının araştırılmasına gerek yoktur. Ancak 5237 sayılı TCK, bazı suç tanımlarında “*hukuka aykırı olarak*” ibaresine yer vermiştir. İşte bu suçlardan biri de, 109’uncu maddede düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçudur. Hukuka özel aykırılığın belirtildiği bu gibi suçlarda, failin kastı dışında ayrıca failin hukuka özel aykırılığı da bilip bilmediği, buna göre hareket etmek isteyip istemediği araştırılacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Bilindiği üzere bir suçun kastla işlenmesi kural; taksirle işlenmesi ise istisnadır ve ancak kanunda belirtilmesi halinde taksirli eylemler de cezalandırılmaktadır. TCK’nın 109’uncu maddesinde, açıkça taksirle işlenebileceği belirtilmediğinden, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 110'uncu maddesinde, etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeye göre, fail, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması halinde, failin cezasında indirimine gidilecektir. Failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için, hürriyetinden mahrum ettiği kimseyi kendiliğinden özgür iradesiyle serbest bırakması gerekir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, özel görünüş şekilleri bakımından, özellik arz etmeyip, suça teşebbüs mümkündür. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz suç olduğundan, suçun tamamlanma ve sona erme anları farklıdır. Bu suçta, mağdurun hürriyetinin kısıtlandığı an, suçun tamamlanma anıdır. Ancak bu suç, tamamlandığı anda sona ermeyeceğinden, suçun sona erme anı mağdurun yeniden özgürlüğüne kavuştuğu andır. Teşebbüs de, suçun sona erme anına göre değil, suçun tamamlanma anına göre belirlenecektir. Başka bir ifadeyle, mağdurun özgürlüğünün sınırlandırılmasına kadar suça teşebbüs mümkün olacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, iştirak şekillerinin tamamı söz konusu olabilir. Suçun kesintisiz suç olması suça iştirak bakımından önem taşır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanma ve sona erme anları farklı olduğundan, suç tamamlanmış olsa bile, sona erme anına kadar azmettirme dışındaki tüm iştirak şekilleri ile iştirak mümkündür.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun diğer suçlarla içtması değişik şekillerde olabilir. TCK'nın 109'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması halinde, bileşik suç kuralı gereği, fail yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu nedeniyle cezalandırılacaktır. Maddede bu husus açıkça ve ayrıca nitelikli hal olarak belirtilmiştir. Yine TCK'nın 109'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasında gerçek içtima hali düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

- Aldemir Hüsnü**, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu, Kartal Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2007.
- Arslan Çetin / Azizağaoğlu Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, 1.Baskı, Ankara 2004.
- Arslan Çetin**, İnsan Ticareti Suçu (TCK.m.201/1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004, Cilt 53, Sayı 1 (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-04/AUHF-2004-53-04-Arslan.pdf> ; erişim tarihi: 23.10.2010)
- Artuç Mustafa**, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Artuç Mustafa / Akkaya Çetin / Gedikli Cemil**, 2006-2007-2008 İctihatları ile Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2008.
- Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Ahmet Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Madde 76-131, 3.Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara 2009.
- Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitapevi, 9.Bası, Ankara 2008.
- Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitapevi, 5.Bası, Ankara 2004.
- Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Ahmet Caner**, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Turhan Kitapevi, 2.Bası, Ankara 2006.
- Artuk Mehmet Emin**, Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/465/5310.pdf> ; erişim tarihi: 17.12.2010)
- Avcı Mustafa**, Önleme Hapsi, (http://www.akader.info/KHUKA/2001_mart/onleme_hapsi.htm ; erişim tarihi: 4.10.2010)
- Aydın Devrim**, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2006, Cilt 55, Sayı 1, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-01/AUHF-2006-55-01-Aydin.pdf> ; erişim tarihi: 20.10.2010)
- Aydın Nurullah**, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel-Özel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2008.
- Bakıcı Sedat**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2008.
- Baydemir Erdal**, Açıklamalı-İctihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Centel Nur / Zafer Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 6.Bası, İstanbul 2008.

- Demirbaş Timur**, Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 6.Baskı, Ankara 2009.
- Donay Süheyl / Kaşıkçı Mahmut**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, 1.Bası, İstanbul 2004.
- 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.
- Erol Cihan**, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit) (TCK.m.179), İÜHF.M. C.: XLI, Yıl 1975, Sayı 1-2.
- Erol Haydar**, Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Madde 1-81, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2010.
- Erol Haydar**, Gerekçeli, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2.Cilt, Madde 82-183, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2010.
- Erol Haydar**, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu (En son değişiklikleriyle), Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara-2005.
- Ersoy Yüksel**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayınevi, Ankara 2002.
- Gökçen Ahmet**, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (5237 Sayılı TCK.m.109), (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> ; erişim tarihi:3.11.2010)
- Gülşen Recep**, Hürriyeti Tahdit Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.
- Gündel Ahmet**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, II.Cilt, Madde 53-125, Söz kesen Matbaacılık, Ankara-2009.
- Güriz Adnan**, İrade Hürriyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1965-1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4 (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1965-1966-22-23-01-04/AUHF-1965-1966-22-23-01-04-Guriz.pdf> ; erişim tarihi: 10.9.2010).
- Hafizoğulları Zeki / Özen Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, U.S.A. Yayıncılık, Ankara 2010.
- Hakeri Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 10.Baskı, Ankara 2011.
- Hakeri Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Seçkin Yayınevi, 5.Baskı, Ankara 2010.
- Hakeri Hakan**, “İhmalî Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl:2, 2007/4, S.169.
- İçel Kayıhan / Evik A.Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, Beta Yayınevi, 4.bası, İstanbul, 2007.
- İzgi Ömer / Gören Zafer**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt I, Madde 1-78, TBMM Basımevi, Ankara 2002.

Koca Mahmut / Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2009.

Koca Mahmut, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu, (TCK.m.201/b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 2.

(<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-02/AUHF-2003-52-02-Koca.pdf> ; erişim tarihi: 2.11.2010)

Kunter Nurullah / Yenisey Ferudun / Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, Beta Yayınevi, 17.Bası, İstanbul 2009.

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

Meran Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2008.

Meran Necati, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara 2007.

Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitapevi, 4. Bası, İstanbul 1994.

Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt I, 4.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Özbek Veli Özer / Kanbur Mehmet Nihat / Bacaksız Pınar / Doğan Koray / Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2010.

Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt II, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2008.

Özbek Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2006.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 5.Bası, Ankara 2010.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 3.Baskı, Ankara 2006.

Öztürk Bahri / Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12.Baskı, Ankara 2008.

Öztürk Bahri / Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Sırma Özge / Saygılar Yasemin / Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2010.

Parlar Ali, Hatipoğlu Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, 76-150.Maddeler, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2010.

Parlar Ali / Hatipoğlu Muzaffer, 5237 sayılı TCK'da Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

- Parlar Ali, Hatipoğlu Muzaffer**, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı TCK'ya Göre Suçlarda Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 2005.
- Soyaslan Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2006.
- Soyaslan Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara 2002.
- Soyaslan Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2007.
- Şahin Cumhuri**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2009.
- Şen Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Madde 1-madde 140, Vedat Kitapçılık, 1.Bası, İstanbul 2006.
- Tanör Bülent / Yüzbaşıoğlu Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (Son değişikliklere Göre), 7.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005.
- Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, 6.Baskı, Ankara 2008.
- Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Şafak Matbaacılık, İzmir 2000.
- Toroslu Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, 4.Baskı, Ankara 2009.
- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Cilt 1, Ankara 1998.
- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Cilt 2, Ankara 1998.
- Ünver Yener / Hakeri Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Üzülmez İlhan**, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2007, Cilt XI, Sayı 1,2.
(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/ilhan_uzulmez_46.pdf ; erişim tarihi: 13.11.2010)
- Üzülmez İlhan**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karsı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Santaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.
- Üzülmez İlhan**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, Sayı 5, Ocak 2005.
- Yalvaç Gürsel**, Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara 2008.
- Yaşar Osman / Gökcan Hasan Tahsin / Artuç Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Madde 1-44, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Yaşar Osman / Gökcan Hasan Tahsin / Artuç Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Yılmaz Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, 9.baskı, Ankara 2005.
- Yurtcan Erdener**, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Kazancı Matbaacılık, 2.Bası, İstanbul 2006.

Yurtcan Erdener, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul Barosu Yayınları, 1.Bası, İstanbul 2010.

Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, 12.Bası, İstanbul 2007.

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI : Burcu KAĞAN KAPLAN
Doğum Tarihi ve Yeri : 31.07.1984 - Adapazarı
Medeni Durumu : Evli
Eğitim Durumu
Mezun Olduğu Lise : İçel Anadolu Lisesi
Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Diploması : Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku
Ana Bilim Dalı
Tez Konusu : Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Yabancı Dil : İngilizce
İş Deneyimi
Stajlar : Avukatlık Stajı (Afyon Barosu ve Antalya Barosu)
Hâkim ve Cumhuriyet Savcılığı Adaylığı Stajı (Antalya
Adliyesi)
Hakim (Espiyeye Adliyesi)
Çalıştığı Kurum : Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
Adres : Merkez Mahallesi, Okul Çıkmazı Sokak, No:12/A,
ESPIYE/GİRESUN
E-Mail Adresi : burcu_k.31.07@hotmail.com