

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

EMRE AKDÜZEN

İSTANBUL, 2018

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

EMRE AKDÜZEN

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ

İSTANBUL, 2018

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı: Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Öğrencinin Adı Soyadı: Emre Akdüzen

Tez Savunma Tarihi: 10/08/2018

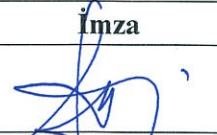


Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Doç. Dr. Burak KÜNTAY
Enstitü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.


Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu
Bölüm Başkanı

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

	Ünvan/Ad	İmza
Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Sinan Altunç	
Üye	Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu	
Üye	Doç. Dr. Güçlü Akyürek	

TEŐEKKÜR

Tez çalıŐmam sűresince benden yardım ve katkılarını esirgemeyen değerli danıŐmanım Sayın Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ'a; yine desteğini ve katkısını esirgemeyen değerli hocamız Sayın Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'a; uzun çalıŐmam boyunca manevi desteklerini esirgemeyen annem İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimi Ayla AKDÜZEN ve babam İstanbul Cumhuriyet Savcısı Yunus AKDÜZEN'e teŐekkűrlerimi sunarım.

Emre AKDÜZEN

İstanbul 2018

ÖZET

TÜRK CEZA KANUNUNDA KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

Emre AKDÜZEN

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ

08/2018, 97

İnsanoğlunun yaşam hakkı vazgeçilmez evrensel haklardandır. Yaşam hakkının temel unsuru olan kişi hürriyeti ve güvenliği, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19. maddesinde düzenlenmiştir. 19. madde kişi hürriyeti ve güvenliği başlığı altında, kişi güvenliğini " herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir." şeklinde formüle etmiştir. Kişi hürriyeti ve güvenliği olarak adlandırılan kavram kişi hürriyetinin keyfi bir şekilde, özgürlüğünden yoksun tutulmaması olarak ifade edilmektedir. Böylece kişinin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmamasının güvencesi Anayasanın 19. maddesi ile sağlanmaktadır. Bu maddeye göre kişi, hürriyetinden -ancak- şekil ve şartları kanunda gösterilen hallerde yoksun bırakılabilir. Anayasal güvence altına alınan kişi hürriyetinin kanunda gösterilen belirli nitelikteki şartlar haricinde, yoksun bırakılması durumunda bu şartları ortaya çıkaran kişiler hakkında, cezai hüküm uygulanması düzenlenmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Yasanın 109. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde ile, kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinin engellenmesi suç olarak tanımlanmıştır.

Bu alışma ile kişi hürriyeti ve güvenliğinin temel olarak, koruma altına alınması, bu hakka her tür saldırının önüne geçilebilmesini amaçlayan cezai hükmün niteliği ve özel halleri bir bütün olarak ele alınacaktır. Günümüzde toplumda yaşanan kişi hürriyetini tehdit ve sosyal yara olması tehlikesini içeren, cinsel suçlarla birlikte ortaya çıkan güvenlik endişesinin ortadan kaldırılması için yasal tedbirlerin yeterli olup olmadığı hususuna da değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, Hürriyet Kavramı, İrade Serbestisi



ABSTRACT

THE CRIME OF DEPRIVING ONE OF LIBERTY IN THE TURKISH PENAL CODE

Emre AKDÜZEN

Public Law Higher Education Program

08/2018, 97

The right to life of humans is a universal right. The main factor of the right to life which is the freedom of humans and safety has been arranged in the 19th article of the Turkish Constitution. The 19th article states the right to safety as 'everyone has the right to safety and security'. This refers to the arbitrary deprivation of the security of a person. According to this article a person can only be deprived of his or her safety based on certain limitations. Penal provisions have been set for those who enroach these limitations.

The crime of depriving one of his or her freedom has been set in article 109 of the Turkish Penal Law. This defines it as a crime to deprive someone from going somewhere or staying in a certain place.

This study will look at the characteristics and special provisions of the penal provision which aims to protect the freedom and safety of a person. It will also deal with the issue of whether the legal measures enforced towards the prevention of sexual offences are adequate.

Keywords: Deprivation of Liberty, Concept of Liberty, Freedom of Will

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vi
1. GİRİŞ.....	1
2. HÜRRİYET KAVRAMI VE SUÇA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER.....	2
2.1 HÜRRİYET KAVRAMI.....	2
2.2 SUÇA İLİŞKİN GENEL BİLGİ ve KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	8
3. SUÇUN UNSURLARI	12
3.1 OBJEKTİF (MADDİ) UNSURLAR.....	12
3.1.1 Suçun Faili.....	12
3.1.2 Suçun Mağduru.....	13
3.1.3 Fiil.....	17
3.1.4 Suçun Maddi Konusu.....	21
3.2 HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	21
3.2.1 Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali	24
3.2.2 Görevin İfası.....	25
3.2.3 Hakkın Kullanılması.....	27
3.2.4 İlgilinin Rızası.....	28
3.2.4.1 Genel Olarak.....	28
3.2.4.2 Rızaya Ehil Olma ve Tasarruf Hakkı.....	28
3.2.4.3 Rızanın Açıklanma Zamanı.....	31
3.3 MANEVİ UNSUR (KUSURLULUK).....	32
4. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	34
4.1 GENEL OLRAK.....	34
4.1.1 Suçu İşlemek İçin Veya Suçun İşlendiği Sırada Cebir, Tehdit Veya Hile Kullanılması(TCK 109/2).....	35
4.1.1.1 Genel Olarak.....	35
4.1.1.2 Cebir.....	36
4.1.1.3 Tehdit.....	37
4.1.1.4 Hile.....	39
4.1.2 Suçun Silahla İşlenmesi (TCK 109/3-a).....	39
4.1.3 Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi (TCK 109/3-b).....	41

4.1.4 Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi (TCK 109/3-c).....	42
4.1.5 Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK 109/3-d).....	44
4.1.6 Suçun Üstsoy, Altsoy Ve Eşe Karşı İşlenmesi(TCK 109/3-e).....	46
4.1.7 Suçun Çocuğa Yada Beden Veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi (TCK 109/3-f)...	49
4.1.8 Suçun Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması (TCK 109/4).....	52
4.1.9 Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi (TCK 109/5).....	55
4.1.10 Suçun İşlenmesi Amacıyla Veya Sırasında Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hallerinin Gerçekleşmesi Durumunda Ayrıca Kasten Yaralama Suçuna İlişkin Hükümlerin Uygulanması (TCK 109/6).....	58
4.2 CEZAYI ETKİLEYEN NEDENLER OLARAK ETKİN PİŞMANLIK.....	60
5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	66
5.1 TEŞEBBÜS.....	66
5.2 İŞTİRAK.....	70
5.3 İÇTİMA.....	76
6. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA.....	83
6.1 YAPTIRIM.....	83
6.2 KOVUŞTURMA.....	87
7.SONUÇ.....	94
KAYNAKÇA.....	98

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
md.	: Madde
s.	: Sayfa
TCY	: Türk Ceza Yasası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y.	: Yargıtay
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
PVSK	: Polis Vazife Selahiyet Kanunu

1.GİRİŞ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 5237 sayılı kanunun ikinci kitap yedinci bölümde, hürriyete karşı suçlar başlığında, 109.maddede yer almaktadır. Temel haklardan biri olan kişi hürriyetini güvence altına almak amacıyla düzenlenmiştir.

Ceza kanununda tanımlanan suçun temel kavramı olarak, hürriyet ele alınmıştır. Hürriyet, herkesin farklı olarak açıklamaya çalıştığı bir kavramdır. Kişinin, istediği biçimde hareket etmek serbestisini içermektedir.

Hürriyet insanlık tarihi boyunca, arzulanan ve insanın yaşamını sürdürmesi için var olmasını istediği unsurlardan birisi olarak adlandırılmıştır. İnsanlık, hürriyet ideali için önemli savaşlar vermiştir.

Osmanlı İmparatorluğunu da derinden etkileyen 1789 Fransız Devrimi ile hürriyetin önemi ve gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Günümüzde hürriyet tüm devletlerin anayasalarında ve uluslararası belgelerde temel haklardan birisi olarak yer almaktadır.

Anayasalar ve uluslararası belgelerle koruma altına alınan hürriyetin yoksun bırakılmasına yönelik eylemi yaptırıma bağlayan hüküm, inceleme konusu olan suç tipidir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tez konusu olarak seçilmesinin temel nedeni, kişi hürriyetinin korunmasındaki önemdir. Bu durum ceza hükmü ile yaptırıma bağlanarak hürriyet, somut olarak güvence altına alınmaktadır. Böylece bu suç tipini ele almak suretiyle hürriyetin, kişi hayatındaki önemi vurgulanacaktır. Ayrıca hürriyetten yoksun kılma eyleminin nitelikli halleri bir bütün olarak değerlendirilecektir. Toplumsal yargı ve eğilimler sebebi ile eksiklik olduğu tespit edilen cinsel saikle suçun işlenmesinde öngörülen yaptırım değerlendirilecektir. Bu suçun nitelikli hali olan cinsel saikle işlenmesi durumunda mağdur rızası ve yaptırım ilişkisine dikkat çekilecektir.

Bu çalışmamızda, evrensel değerlerde koruma altına alınan kişi hürriyeti kavramı ele alınarak, bu fiilin ortaya çıkması durumunda ceza kanununda öngörülen yaptırım maddesi düzenlemesi genel olarak değerlendirilecek, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları, suçun nitelikli halleri ve suçu etkileyen haller, suçun özel görünüş şekilleri ve sonuç ele alınacaktır.

Tezin birinci bölümünde hürriyet kavramı değerlendirilecektir. İkinci bölüm suçun unsurları, üçüncü bölüm suçun nitelikli halleri, dördüncü bölüm suçun özel görünüş şekilleri ile beşinci bölüm yaptırım, kovuşturma ve sonucu içermektedir.

2.HÜRRİYET KAVRAMI VE SUÇA İLİŞKİN GENEL BİLGİ

2.1. HÜRRİYET KAVRAMI

Hürriyet kavramı soyut bir kavram olup, çok yönlülüğü nedeniyle, birlik arz eden bir tanım yapılamamıştır.¹

Hürriyet kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğünde, özgürlük olarak açıklanmıştır. Engel, baskı, zorlama yokluğu, bir şeyi yapma veya yapmama belli bir şekilde davranıp davranmama erki olarak da tanımlanabilir. Hürriyet kimi zaman bağımsızlık, her türlü zorlamadan dış baskıdan uzak olma, kimi zaman da özel hayatın gizliliği şeklinde anlaşılabilmiştir.²

Hürriyet tartışmalarında ortaya konulan pek çok görüş ve fikirlerin, hürriyet anlayışlarının hepsinin birleştiği ortak nokta " hürriyetin mutlak olmadığıdır." Kişi hürriyeti kimi zaman tabiat şartları gereği bir sınırlandırmaya tabi olmak zorundadır. Örneğin; fizik kanunlarına aykırı olarak sürekli havada yürümek imkanı bulunmamaktadır. Bazen de medeni yaşam gereği insanların bir arada yaşama zorunluluğundan dolayı, hürriyete sınırlamalar getirmek söz konusu olabilmektedir.

Esasında hürriyetler çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Hürriyetlerin ilk çıkışından 20. yy'a kadar, insanların savundukları hürriyetler, klasik hürriyetler olarak adlandırılmaktadır. Tıpkı, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, kişisel hürriyetler gibi. 20. yy.da bu hürriyetlere sosyal hürriyetler ilave edilmiştir. Tıpkı çalışma hakkı gibi, insana doğrudan doğruya ayrılmaz şekilde bağlı olan en önemlisi kişisel hürriyettir.

¹ Kapani, M., 1993. *Kamu Hürriyetleri*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, s.4.

² Üzülmüş, İ., 2007. *Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*. Ankara: Turhan Kitapevi, s.5.

Hürriyet, kişinin kendi hayatı üzerinde söz sahibi olabilmesi olarak nitelendirilebilir. İnsanın doğal, devredilmez ve kutsal haklarının resmi bir bildiri içinde açıklandığı, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 4. maddesine göre başkasına zarar vermeden her şeyi yapabilmektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasası olma özelliğini taşıyan 1924 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 68. maddesinde de bu tanıma yer verilmiştir. 1924 Anayasası ile, kişi hak ve özgürlüklerine geniş bir fasıl ayrılarak, tabii hukuk felsefesine dayanan hak ve özgürlüklere yer verilmiştir.³

Anayasa Mahkemesine göre, " Bir kimsenin başkasına zarar vermeden; istediği hareketi yapabilmesi, istediği gibi dolaşabilmesi, yemesi, içmesi, eğlenmesi de şüphesiz kişi hürriyeti kavramının içersindedir."⁴

Tez konumuzla ilgisi olması bakımından T.C Anayasa'nın "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlığı altında düzenlenen 19. maddesine bakıldığında "Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir." denildikten sonra "... halleri dışında, kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz" denilmiş olup, kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin sınırlama araçları ve güvenceleri tek tek belirtilmiştir. Anayasada, maddenin bu şekilde düzenleniş şekli ile kişi hürriyetini kısıtlayacak haller tek tek gösterilmek suretiyle, bu haller dışında hürriyeti sınırlama imkanı bulunmadığını, hürriyetin güvence altında bulunduğunu ifade etmektedir. 3/10/2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, hürriyetin yasa ile kısıtlama halleri ayrıca süre yönünden sınırlandırılması ve hürriyetin kısıtlanma hali ile ilgili devletin tazminat sorumluluğu da anayasal güvence altına alınmıştır.

Anayasada, kısıtlama getiren tutuklama ve gözaltı tedbirleri içinde genel kolluk kuvvetlerine verilen " tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan, edindiği izlenime dayanan makul bir sebebe dayanarak" yapabileceği önleyici (durdurma) haline hiç değinilmemiştir. Polis Vazife ve Salahiyet Yasasında belirtilen durdurma ile, idareye yani kolluk yetkisini kullanan görevlilere hakim ve savcı kararı olmadan, kişiyi özgürlüğünden mahrum etme yetkisi verilmiştir.⁵ Ancak, kolluk kuvvetlerinin görevinin doğal sonucu olan şüphelinin durdurulması yetkisi, ayrıca anayasal düzenleme

³ Aldıkaçtı, O., 1978. *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*. 3. Baskı. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s.93.

⁴ Anayasa Mahkemesi. 1963/156 E., 1966/34 K. RG. 8/5/1967/12592, 20.9.1966 T.

⁵ Altıparmak, K., Aytaç, A.M., Karahanoğulları, O., Hançer, T., ve Aydın, D., 2007. Polis Vazife Salahiyet Kanunda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma. Hukuk ve Adalet. A.Ü SBF İnsan Hakları Merkezi, <https://bit.ly/2wxkVRe> [11.01.2017], s.7.

gerektirmemektedir. PVSK 4A/1-ç ile 2007 yılında " tehlikeyi önlemek için durdurma " yetkisi verilmiş olup, bu kişilerin kimlik bilgileri tamam ise, yakalama yetkisi yoktur. Kimlik veya soru sormak amacı ile yolda durdurulan kişinin, çok kısa süreli hürriyeti kısıtlandığından yapılan işlem yakalama sayılmayacaktır.⁶ Kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması için gerekli hallerde suç işlenmemiş olsa da, jandarma ve polisin muhafaza altına alma gibi kişi hürriyetini kısıtlayıcı tedbirler alması mümkündür. Emniyet güçlerinin kişiyi muhafaza veya gözaltına alması kamu düzeni veya emniyetini korumak, bazen de kişilerin emniyetlerinin sağlanmasını amaçlamaktadır.⁷

Anayasanın 19. maddesinde yer alan cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, toplum için tehlike teşkil eden kişilere yönelik tedbirlerin uygulanması ile, emniyet kuvvetleri yetkilendirilmiştir. Bu tedbirlerin uygulanması sırasında, kişilerin yasal tedbirlerin uygulanmasına muhatap olacak nitelikte kişiler olup olmadığının tespiti ve uygulamanın etkin biçimde değerlendirilmesi için kolluk kuvvetlerinin kişilere önleyici tedbirler uygulaması gerektiği açıktır. Yasaya aykırı tutuklama ve gözaltı niteliğine ulaşmayacak biçimde kişilere yönelik önleyici tedbirleri almak, kolluk kuvveti faaliyetinin doğal sonucudur. Kolluk kuvveti faaliyeti ile doğrudan bağlantılı olacak önleyici tedbirlerin kanunla düzenlenmiş olması yeterli olup, ayrıca anayasada yer almaması uygulama sorunu yaratmayacaktır. Kolluk kuvveti faaliyeti, doğal sonucunu aşacak biçimde hürriyeti doğrudan kısıtlayıcı tedbir ve önlemler almış ise, her uygulama çerçevesinde, mahkemelerce ayrıca denetime tabi tutulacaktır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda düzenlenen kolluk kuvvetinin, niteliği gereği, önleyici tedbirleri uygulayabilmesi, tek başına anayasal hürriyet hakkının ihlali sonucunu doğurmamaktadır.

AİHS, 5.maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına sahip olduğu, hangi hallerde kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılabileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde TC Anayasası ile AİHS'nin kişi hürriyetini aynı paralelde düzenlediği görülmektedir. Her iki düzenleme de, kişi hürriyetini sınırlandıran halleri açıkça göstermek sureti ile, bu belirtilen olasılıklar dışında kişi hürriyetinin sınırlandırılması imkanı bulunmadığına işaret etmektedir.

⁶ Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A., 2010. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. 18. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi., s.843.

⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.845.

AİHS de kişi hürriyetine özel bir önem vermektedir. Sözleşmenin 5.maddesinin 1. fıkrasında herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı olduğu belirtilerek, hangi hallerde, kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılabileceği, belirtilmiştir.⁸ Sözleşmenin 5. maddesinde kişilerin fiziksel özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Kişiler ister özgür olsun isterse tutuklu olsun sözleşmenin 5.maddesindeki haktan yararlanma hakkına sahiptir. Kişiler hürriyetlerinden, hukuki nedenlerle yoksun bırakılabildiği gibi, fiilen de yoksun bırakılmış olabilir.⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı hukuki durumlarda kısıtlama tedbirinin aşıldığını belirtmiştir. Bazı durumlarda da uygun görmüştür. Novotka/Slovenya Davasında,¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile kimliği bulunmayan kişinin karakola götürülmesi suretiyle bir saate kadar süre ile nezarete tutulması hali, hürriyetin kısıtlanması olarak değerlendirilmiştir. Yine Guzzardi/İtalya Davasında,¹¹ mafya şüphelisi hakkında ikamet zorunluluğu ile gündüz belli alan dışına ayrılmasının yasaklanmış olduğu tedbiri, seyahat hürriyeti tedbirinin sınırlanması ile uyumlu olmadığı, hürriyet ihlali niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir.¹² Hürriyetin

⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. md., Özgürlük ve güvenlik hakkı, "1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; 8 b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması"

⁹ Doğru,O. & Nalbant,A., 2012. *İnsan hakları avrupa sözleşmesi açıklama ve önemli kararlar*. Ankara: Şen Matbaa. s.367.

¹⁰ Novotka/Slovenya no 47244/99, 4 Kasım 2003.paragraf 60.

¹¹ Guzzardi – İtalya, 6 Kasım 1980 kararı, paragraf 92.

¹² Doğru/Nalbant, s.367.

"Mahkeme, Guzzardi-İtalya davasında mafya türü faaliyetleri nedeniyle, bir adanın iki buçuk kilometrelik bir bölümünde karısı ve çocuklarının da yanına gelmesine izin verilen, günde iki kez polise görünmesi gereken, gece evden çıkamayan ve gündüz evden çıkınca bir kaç sokak dolaşabilen, kendisi gibi kişilerle birlikte onaltı ay boyunca zorunlu ikamete tabi tutulan başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığını incelemiştir. Bu olayda mahkeme seyahat özgürlüğünün sınırlanması ile, kişi özgürlüğünün kısıtlanması arasında bir derece ve yoğunluk farkı olduğunu ama başvurucuya uygulanan tedbirin seyahat özgürlüğünü kısıtlama tedbirini aştığını ve bazı bakımlardan açık cezaevine veya bir disiplin birimine kapatılmaya benzediğini ve dolayısıyla başvurucunun özgürlükten yoksun bırakıldığını tespit etmiştir."

"Novotka-Slovenya davasında; başvurucu evinin önünde misafir beklemekte iken hareketlerinden şüphelenen iki polis tarafından nüfus cüzdanı sorulmuştur. Ancak başvurucunun bir kimlik göstermemiş

yetersiz gerekçelerle sınırlandırılması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince bir ihlal olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kişi hürriyetinin ancak yasaya uygun olarak sınırlandırılmasına izin vermektedir. Yasada öngörülen kuralların, keyfiliğe yol açmayacak şekilde düzenlenmiş olması ve uygulanması gereklidir. Haksız tutuklamalar da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaktadır. Ayrıca AİHM kararlarında tutuklamanın uzun ve haksız olmamasının, yargı mercilerinin görevi olduğu ve masumiyet ilkesini göz önünde bulundurması gerektiği belirtilmektedir.¹³

AİHM, İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen, "yasada belirlenen yollar" dışında hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı hükmündeki "yasada belirlenen yollar" için iç hukuka uygunluğu esas almaktadır. Bu şekilde tutuklama halinin, sözleşme ihlali olup olmadığının değerlendirilmesi için öncelikle tutuklamanın uygulandığı ülkenin iç hukukuna uygun olup olmadığı incelenmektedir.¹⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sanığın suç işlediğinden, makul kuşku duyulması ve bunun sürmesini, tutukluluğun devamı için olmazsa olmaz koşul olarak kabul etmekte, ulusal mahkemelerin, tutuklama ve tutukluğun devamına dair kararların gerekçesinin mahkeme için, önemli olduğunu belirtmektedir. Türkiye hakkında Yağcı ve Sargın kararında Türkiye'yi gerekçenin yetersizliği nedeniyle mahkum etmiştir. Bu kararda tutukluluk hali için mahkemenin öngördüğü kaçma şüphesinin olayın gelişimine

olması nedeniyle, polisler polis aracını çağırıp bu kişiyi karakola götürmüşler ve burada arama yapılarak kısa bir süre nezarete tutmuşlardır. Başvurucunun kimliği tespit edildikten sonra salıverilmiştir. Bu olay toplam bir saat sürmüştür. Mahkemeye göre başvuru iradesi dışında karakola götürüldüğü, ve burada nezarete tutulduğu için, olayda kişiyi özgürlükten yoksun bırakan bir tedbir söz konusudur. (Novotka k.k.no 47244/99). Ancak mahkeme tarafından bu olaydaki tutma işlemi sözleşmenin 5/(1)(b) bendine uygun bulunmuştur."

¹³ Binici, K.C., ve Yaylacı, O., 2013. Haksız Tutuklama ve Haksız Tutuklamalardan Kaynaklı Tazminat Davaları. Hukuk gündemi, www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/hdgmakale/2013-2/10.pdf. [12.01.2017]

¹⁴ Dutertre, G.,2003. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler. Almanya:Avrupa Konseyi Yayınları, s.77.

"AİHM, Benham-Birleşik Krallık davası 10 Haziran 1996 tarihli kararda, "mevcut davada asıl tespit edilmesi gereken husus, şikayet edilen alıkoyma uygulamasının "yasada belirlenen yollar" a uygunluğu da dahil olmak üzere, hukuka uygun olup olmadığıdır. AİHS bu konuda temel olarak iç hukuku esas almakta ve bu çerçevede maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak buna ilaveten, herhangi bir alıkoymanın 5. madde hükümlerine uygun olması, yani bireylerin keyfi uygulamalardan korunması şartını yerine getirmesi de gerekir."

uygun olmadığı "Yağcı ve Sargın'ın yurtdışından Türkiye'ye kendi istekleri ile dönmeleri "gerekçesiyle hak ihlalinin varlığına kanaat getirmiştir.¹⁵

AİHM Gamze Uludağ/Türkiye davasında adli makamlar tarafından başvuranın tutukluluk halinin devamına ilişkin sunulan gerekçelerin uygun ve yeterli olarak kabul edilebileceğini belirterek, sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilmediğini belirtmiştir. Bir değerlendirmede de, iç hukukta başvurucuya isnat edilen uyuşturucu kaçakçılığı suçunun, öngörülen ceza limitleri sebebiyle cezanın vehameti, kaçma şüphesinin varlığı için gerekçe olarak kabul edilmiştir.¹⁶

Kişinin hürriyetinden yoksun kılınmış olup olmadığını, değerlendirebilmek için, elbette öncelikle bu kişinin tutma tedbirine rıza göstermemiş olması gerekir. Bununla birlikte kamu aygıtının şahsa yönelik tutuklama yada gözaltında tutma, sınır dışı etme gibi eylemlerin uygulanmasında, şahsın iradesinin var olduğu iddiası dinlenmez. Bir suç nedeniyle veya sınır dışı edilmesini sağlamak amacıyla tutulan bir kimsenin, tutmaya rıza göstermesi aranmayacağından bu gibi durumlarda tutma nedeniyle hürriyetten yoksun bırakmada, iradenin var olmadığı kendiliğinden kabul edilmektedir. Ancak hürriyet mutlak değildir. Bu şekilde hürriyet sınırlanmasının suç oluşturduğunun tespiti için hürriyetin, hukuka aykırı biçimde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının tespiti gerekir. İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesine göre hürriyetin kısıtlanabilmesi için

¹⁵ Balcı, M., 2010. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Serbest Bırakılma Hakkı. *Ceza hukuku dergisi*. 5 cilt, (12. sayı), ss.173-185.

"Yağcı ve Sargın kararında " Mahkeme, bir sanığın kaçmasına ilişkin tehlikenin sadece söz konusu hükmün ciddiyeti bazında değerlendirilmeyeceğine işaret etmektedir. Bu aynı zamanda bir kaçma tehlikesinin mevcudiyetini veya kaçma ihtimalinin yargılanmak üzere gözaltında tutulmayı haklı çıkarmayacak şekilde düşük olduğunu teyit eden, başka ilgili etkenlere göre değerlendirilmelidir. Bay Yağcı ve Bay Sargın kendi inisiyatiflerine dayanarak, Türkiye Birleşik Komünist Partisini kurmak üzere dönmüş olup, bu nedenle yargılanacaklarının bilincinde olmamaları imkansızdır. Devlet Güvenlik Mahkemesinin gözaltı durumunu onaylayan emirlerinde basma kalıp denmese de, hiçbir şekilde kaçmanın bir tehlike oluşturduğunu açıklamaksızın, hemen her zaman aynı ifadeler kullanılmıştır."Delillerin durumu" ifadesi suça ilişkin ciddi göstergelerin mevcut olduğu ve devam ettiği şeklinde anlaşılmaktadır. Genel olarak bunların ilgili etkenler olmasına rağmen, mevcut davada bunlar şikayet konusu tutukluluğun devamını haklı çıkarmamaktadır." denilmektedir." Karar Numarası (6/1994/453/533-534) 8 Haziran 1995.

¹⁶ "Gamze Uludağ/Türkiye davası 21292/07 Strazburg 10 Aralık 2013 İkinci Daire Mahkeme başvuranın 27 Ocak 2007 tarihinde tutuklandığını ve 3 Ekim 2007 tarihinde ilk duruşma sonunda salıverildiğini kaydetmiştir. Adli makamların söz konusu suçun niteliğine tutukluluk gerekçesi bakımından dayandığını tespit etmiş, Ceza Kanununda başvurana atılı suçun uyuşturucu kaçakçılığı beş ila on beş yıl hapis cezası ile cezalandırıldığını, burada cezanın ağırlığının kaçma riskinin değerlendirilmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken bir unsur olduğunu, adli makamların yasal olarak kaçma riskinin devam ettiği kanısına varabilecekleri kanaatine varmışlardır. İlk duruşma sonunda Ağır Ceza Mahkemesinin, olayların yeniden hukuki nitelendirilmesi ihtimali nedeniyle başvuranın salıverilmesine karar verdiğini bu nedenle, mahkeme, adli makamlar tarafından başvuranın tutukluluk halinin devamına ilişkin sunulan gerekçelerin uygun ve yeterli olarak kabul edilebilecekleri kanaatine vararak, başvuranın maruz kaldığı tutukluluk süresinin aşırı olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir."

müdahalenin hukuki olması, keyfi olmaması gerekir. Ayrıca müdahalenin sözleşmede gösterilen sebeplere uygun olması gerekmektedir. Sözleşmenin 5. maddesine göre keyfilik deyiminden, içtihatlarda belirtildiği üzere, yetkililerin hürriyeti kötü niyetli veya hileye dayanan davranışlarla sınırlandırması şekli anlaşılmaktadır.¹⁷ Sözleşmenin 5(1)(a)-(f) bentlerinde belirtilen hukuki sebeplerin bir olayda gerçekten bulunup bulunmadığını mahkeme, önüne gelen davalarda ayrı ayrı denetlemektedir. Örneğin; sözleşmenin 5(1)(a) bendi gereği hukuka uygunluk, mahkumiyet kararı için değil hapsedilme içindir. Mahkeme kararının infazı aşamasında, iç hukuka göre infaz edilmesi gereken hapis cezası, gerçekte uygulanması gereken miktardan fazla ise, bu fazla hapis cezası sözleşmenin bu bendi kapsamında incelenecektir.¹⁸ Sözleşmenin 5. maddesinin 2-3-4 ve 5 fıkralarındaki düzenlemeler ile, hürriyetinden yoksun bırakılanlar keyfi tutmalara karşı korunmaktadır. Devlet de hürriyetinden yoksun bırakılan kişilere bu haklarını kullandırmakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında, denetimli serbestlikten yararlanarak salıverilen bir hükümlünün, daha önce işlediği belirtilen bir suçtan dolayı, hakkında dava açılması nedeniyle, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için, kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmek üzere, yakalanmasına karar verilmesini, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir.¹⁹

2.2 SUÇA İLİŞKİN GENEL BİLGİ ve KORUNAN HUKUKİ DEĞER

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak suç tiplerinin yer aldığı ikinci kitap birinci kısım uluslararası suçlarla başlamakta, ikinci kısım ise, kişilere karşı suçlar başlığı altında kişiye yönelik suç tipleri düzenlenmiştir. Buna göre birinci kısımda konusu kişi olan soykırım ve insanlığa karşı suçlarla, göçmen kaçakçılığı ve

¹⁷ Doğru/Nalbant, s.371.

¹⁸ Doğru/Nalbant, s.385.

"Grava-İtalya davasında başvuru, 2 yıl 2 ay 4 gün hapis cezası yattıktan sonra salıverilmiş, geriye 1 yıl 9 ay 26 gün infaz edilmesi gereken hapis cezası kalmış bir hükümlüdür. Başvuru Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gereğince 2 yıllık kısmi affi hak etmiştir. Mahkemeye göre başvuru 2 yıllık süre indirildiğinde infaz edilmesi gereken süreden daha fazla hapis yatmış olduğu için, bu ek süre hukuka uygun olarak bir hapsedilme olarak görülemez. Mahkeme, ulusal sistemin öngördüğünden daha uzun süre ceza çeken başvuru bakımından sözleşmenin 5(1)(a) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır."

Grava-İtalya, başvuru no:43522/98, 10 Temmuz 2003.

¹⁹ AYM Başvuru No:2013/6179 20.3.2014T., Yıldırım, A., 2017. İnfaz Edilmemiş Yakalama Emri Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına Müdahale Oluştur Mu?. *Terazi hukuk dergisi*. 12, (129), ss.148-150.

insan ticareti gibi suçlar düzenlenmiş, ikinci kısmında da kişilere karşı suçlar başlığı altında doğrudan kişiye yönelik suçlar yer almıştır. 765 sayılı TCK'da ise ikinci kitap cürümler düzenlenmiş ve devlet aleyhine işlenen cürümlerle başlamaktadır. Böylece 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun, suç tipleri düzenleme sırası ile kişiye verdiği önem ortaya konulmuştur.

Kişinin temel haklarından biri olduğu kabul edilen hürriyet, ceza kanunu ile koruma altına alınmıştır. TCK 109.maddesi ile mağdur iradesine aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakılma eylemi cezalandırılmaktadır. Mağdur iradesi hile,aldatma ya da cebir, tehditle yok edilmesi durumu suça yönelik cezanın nitelikli halini oluşturabilecektir. 5237 sayılı kanunla suçun basit ve nitelikli hali aynı madde içerisinde düzenlenmektedir.

765 sayılı TCK 'da ise birden fazla farklı maddelerde konuyu ele almıştır.765 sayılı TCK 180. maddesinde akrabalara ve memurlara karşı hürriyeti kısıtlama suçu ayrı bir suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı kanununun 109. maddesinde nitelikli hal olarak belirlenmiştir. 765 sayılı TCK 181. maddesinde bir memurun hürriyeti kısıtlama eylemi bir suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı kanununun 109. maddesinde suçun nitelikli hali olarak yer almıştır. 765 sayılı TCK 182. maddesinde onbeş yaşına girmeyen küçük çocuğun kaçırılması ayrı bir suç olarak düzenlenmiş, 5237 sayılı kanununun 109.maddesinde yaş on sekiz yaşına çıkarılarak, suçun çocuğa karşı işlenmesi nitelikli hal olarak belirlenmiştir. 765 sayılı TCK 429, 430 ve 431. maddelerinde, şehvet hissi veya evlenme maksadı ile, reşit olan, reşit olmayan ve oniki yaşını doldurmamış bir kimsenin kaçırılması ayrı bir suç olarak düzenlenmiş iken, 5237 sayılı kanununun 109. maddesinde, suçun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklinde düzenlenerek nitelikli hal olarak belirlenmiştir. 765 sayılı TCK 439. maddesinde cebren kaçırma sırasında kaçırılan kimse yaralanırsa yarasının derecesine göre cezanın arttırılacağı düzenlenmiş iken, 5237 sayılı kanununun 109. maddesinde cebir kullanılması nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve cezanın artırım sebebi olarak görülmüş ayrıca TCK 109/6.maddesinde yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda (TCK 87.maddesi gereği) ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

765 sayılı TCK 499. maddesinde yağma amacıyla hürriyetin kısıtlanması tek bir suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı kanunda yağma suçu ve hürriyeti kısıtlama suçu

ayrı ayrı düzenlenmiş olduğundan, yağma amacıyla hürriyetin kısıtlanması halinde hem yağma suçundan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırma durumu söz konusudur.

Eski ve yeni kanun arasında düzenlemeler yönünden de fark mevcuttur. 765 sayılı TCK ikinci kitabında "Hürriyetler Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı ikinci babının " Şahsın Hürriyeti Aleyhine Cürümler" başlıklı üçüncü faslında düzenlenirken, 5237 sayılı kanunun " Kişilere Karşı Suçlar " kısmının " Hürriyete Karşı Suçlar " bölümünde düzenlenmiştir. 5237 sayılı kanunun 109. maddesi ile önceki kanundaki bazı nitelikli haller, maddeden çıkarılırken, maddeye bazı nitelikli haller de ilave edilmiştir.

765 sayılı TCK'da ayrı suç tipi olarak yer alan, küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçu, yeni TCK madde 109/2-f de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı, TCK 499. maddesinde düzenlenen adam kaldırma suçu da yeni TCK 109.maddesinde cezalandırılan fiiller arasına dahil edilmiştir.

TCK 109.maddesi suç tanımı ile, kişinin " bir yere gitmek veya bir yerde kalmak" hürriyetinden yoksun kılınması şeklinde belirtilerek suçun seçimlik hareketli suç olduğu anlaşılmaktadır. Suç tipi olarak serbest hareketli bir suçtur.²⁰ Bu suçta kişinin hareket etme hürriyetinin engellenmiş olması önemli olup, bu engellenmenin hangi fiillerle meydana getirildiğinin önemi bulunmamaktadır.

5237 sayılı kanunda suçun cebir, tehdit ve hile ile işlenmesi, ilk nitelikli hali oluşturmakta, suçun silahla, birden fazla kişi tarafından müşterek fail sıfatı ile birlikte, bir kişiye karşı yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak sureti ile, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, diğer nitelikli hal grubu olarak yer almaktadır. (TCK 109/3) Suçun cinsel amaçla işlenmesi diğer bir nitelikli hal(109/5) olup, suçun mağduru ekonomik bakımdan önemli bir kayba uğratması hali, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır. (109/4) TCK 109/6. maddesinde suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında, kasten yaralama suçunun, neticesi sebebiyle, ağırlaşmış hallerinin, gerçekleşmesi

²⁰ Tezcan, D., Erdem, M.R. ve Önok, R.M., 2017. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 15. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık. s.489.

Artuk, M.E., Gökçen, A, Alşahin, M.E. ve Çakır, K., 2017. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 16. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi. s.263.

durumunda, ayrıca, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilerek, gerçek içtima hüküm altına alınmıştır.

Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan hukuki menfaat, yukarıda belirtilen doğrudan doğruya kişisel hürriyettir. Kişi hürriyeti ile genel anlamda mağdur iradesinin korunması amaçlanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi insanların hürriyet ve güvenlik hakkını, temel insani değerlerin bir parçası olarak kabul etmektedir. İnsanların temel hakkı olan hürriyet, sözleşmede belirtilen belirli hallerde ve yasa ile tanımlanan usule uygun olarak sınırlandırılabilir. 1982 Anayasası ve 2001 değişikliği ile birlikte 19.maddesi AİHS'nin 5.maddesi ile uyumlu olarak kişi hürriyeti ve güvenliğinin yasada öngörülen usullerle, belirli hallerde sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Kişi hürriyetinin öngörülen belirli hallerde (-mahkumiyet kararı uygulaması, yasa ihlali yaratan kişinin yakalanması, tutuklanması, suç işlemesine engel olunması, küçüğün eğitimi için gerekli tedbirler alınmasının sağlanması gibi-) yasa ile tanımlanan usulde, sınırlandırılması mümkün olmaktadır. Kişi hürriyeti AİHS'de yer alan hallerde toplumsal güvenlik ve sağlığın korunması amacı ile sınırlandırılmaktadır. Bu hallerin dışında yasaya aykırı kişi hürriyetinin sınırlandırılması durumu, kişi güvenliğinin sağlanması ihtiyacı sebebiyle suç tipi olarak tanımlanmıştır.

Hürriyetin sınırlandırılması suçu, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun olma hali olarak tanımlanmaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan hukuki değer, kişinin sahip olduğu hareket edebilme ve yer değiştirme hürriyeti ve hakkıdır.²¹ Hareket serbestisi sadece hareket etme özgürlüğü değil aynı zamanda hareket etmeme özgürlüğünü kapsamaktadır.²²

İnsanlar bir yerde kalma veya bir yere gitme konusunda seçim hakkına sahip olup, özgürdürler.Ancak bu suç ile insanların bu özgürlüğü ihlal edilmektedir.²³ Kanunun gerekçesinde de, "bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir." şeklinde belirtilmiştir. Suçun oluşması için gereken hareket tipi kanunda açıkça belirtilmiştir. Mağdurun belli bir

²¹ Koca, M. ve Üzülmez, İ., 2017. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 4.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi. s.401.

²² Özbek, V., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ., 2017. *Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler*. 11. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık. s. 419.

²³ Toroslu, N., 2018. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. 9. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi. s.86.

Çakmut, Ö., 2013. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu. *Marmara üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*. 19.cilt, (2.sayı), s.589.

yerde bulunma ya da bulunmama hürriyetinin kısıtlanmasına yönelik eylem cezalandırılmaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kişinin hür irade ile karar vermesi yanında, verdiği kararları uygulayabilmesi özgürlüğünü de korumaktadır. Bu açıdan, cebir içeren kasten yaralama niteliğindeki suçlar ile, TCK 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında korunan hukuki yarar bakımından farklılık mevcuttur. Cebir suçunda, mağdurun belli bir davranışına ilişkin irade özgürlüğü ihlal edilirken; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun hareket etme serbestisi ihlal edilmektedir.²⁴ Cebir ve tehdit suçuna ilişkin düzenleme ile kişinin manevi, iradi hürriyeti korunurken, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede kişinin fiziki hürriyeti korunmaktadır.²⁵

3. SUÇUN UNSURLARI

3.1 OBJEKTİF (MADDİ) UNSURLAR

3.1.1 Suçun Faili

Fail, suç teşkil eden eylemi tek başına gerçekleştiren kişidir. Bu suç ile korunan hukuki değer, hareket serbestisinin kısıtlanması olduğundan failin suça doğrudan ya da dolaylı katılım imkanı bulunmaktadır. Kanuna aykırı olarak hürriyetten yoksun kılma eyleminin gerçekleştirilmesi ile suç oluşmaktadır. Bu eyleme doğrudan katılım ile haksız fiili gerçekleştiren kişi doğrudan fail olabilir. Örneğin; Mağduru zorla arabaya bindirerek hürriyetini kısıtlayan kişi doğrudan faildir. Söz konusu eylem anında bulunup da suçla ilgili yetkili makamlara bilgi vermeyen kişi suçun doğrudan faili olarak adlandırılmaz..

Ayrıca dolaylı faillik ya da birlikte(müşterek) faillik söz konusu olabilir. Kişi hürriyetinin yoksun kılınması suçunu doğrudan işleyen kişinin, diğer asli fail denetimi altında ya da talimatları ile gerçekleştirilmiş olması mümkündür. Bu durumda kişi

²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.490.

²⁵ Soyaslan, D., 2012. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 9.Baskı.Ankara: Yetkin Yayınları. s.258.

hürriyetini yoksun kılma fiilini işleyen kişi ile beraber olmamakla birlikte, suçu işleyen kişiyi denetim ve talimat altında bulunduran kişi de, bu suçu işleyen dolaylı fail olarak adlandırılacaktır, ya da suç, birden çok kişi ile aynı anda birlikte gerçekleştirilmiş ise müşterek fail olması mümkündür. Müşterek faillik, olayın gelişimi ile suça katılan bireylerin suç işleme kasıt ve eylemlerinin birlikte değerlendirilmesi ile nitelendirilecektir. Yargıtay bir kararında, zorla mağdurun aracına binerek kendilerini götürmelerini isteyen iki kişiye, müşterek fail olarak suçu doğrudan işleyen kişi niteliğinde ceza verilmesi yönünde karar vermiştir.²⁶

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda birden fazla failin katılması durumunda, suçun nitelikli hali ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle suçu birden çok kişinin birlikte işleyip işlemediğinin tespiti önem arz etmektedir. Suça birden fazla kişinin aynı anda birlikte katılımı olup olmadığı, yoksa suça iştirak halinde mi katılım yapıldığının, olayın gelişimine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili herhangi bir kişi olabilir. Failin temel bir özelliği tayin edilmemiştir. Bu suçu işleme iradesi ile hareket eden herkes fail niteliğini kazanabilir. Kanun koyucu suçun faili ile mağduru arasındaki ilişkiyi, cezanın artırılmasına yönelik bir etken olarak kabul etmiştir. Failin mağdurla akrabalık ilişkisi bulunması ya da kamu görevini kötüye kullanmak suretiyle suçun işlenmesi durumunda suçun nitelikli hali ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, failin özelliği cezanın artmasına sebep olmaktadır.²⁷

3.1.2 Suçun Mağduru

Mağdur, suç teşkil eden fiil nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak zarara uğrayan kişi ya da kişilerdir. Her suç neticesinde, toplumsal barış, huzur ve güven bozulduğundan devlet de dolaylı mağdur olur. Ancak bunun yanında kişisel hak ve

²⁶ "...Saniğin, diğer sanıkta yanında olduğu halde silah göstermek sureti ile, aracına bindiği mağdurdan kendilerini götürmesini istemesinin ardından aldığı olumsuz yanıt üzerine, mağdura silahını gösterip istediği yere götürmezse vuracağını söyleyerek alıkoydukları olayda, saniğin diğer sanıkla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu TCK'nın 37. maddesi kapsamında fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle işlediği gözetilerek 5237 s. TCK'nın 109/2, 109/3-a, 109/3-b maddeleri gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde aynı kanununun 109/1 maddesi ile hüküm kurulması kanuna aykırı olup hükmün bozulmasına. (Y.14.CD. 2014/10642 E, 2017/4818 K, 17.10.2017 T.)"

²⁷ TCK'nın 109/3.d "...Kamu görevinin sağladığı nüfus kötüye kullanmak suretiyle"

TCK'nın 109/3.e "Üstsoy, altsoy veya eşe karşı..." işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar bir kat arttırılır.

menfaatleri ihlal edilen kişiler de mağdur konumundadır. Suçun mağduru ile o suçtan zarar gören kişi aynı kişi olabileceği gibi bazen zarar gören ile mağdur farklı kişiler olabilir.

Suçun mağduru ile suçtan zarar gören kişi arasında fark bulunabilir. Örneğin; küçük çocuğun kaçırılması olayında suçun mağduru çocuk, suçtan zarar gören de çocuğun ailesidir. Suçun niteliği gereği kişiye yönelik hürriyetten yoksun kılma halinde, aynı suçtan etkilenip zarar görebilecek olası kişilerin varlığı söz konusu olabilecektir.

Suçun mağduru ancak gerçek kişilerdir. MK 28. maddesinde kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başladığı ve ölümlü sona erdiğini düzenlemiştir. Buna göre çocuk sağ olarak tamamıyla doğduğu andan itibaren suçun mağduru olabilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun mağduru, başkasının yardımı ile de olsa hareket serbestisine, yer değiştirme yeteneğine sahip herkes olabilir.²⁸ Tüzel kişiler bu suçun mağduru olamaz, ancak gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilir.

Tüzel kişiler, ancak tüzel kişilere karşı işlenebilen suçların mağduru olabilir. Suçun kişiye yönelik fiil ile işlenmesi mümkün olduğundan bu suçta tüzel kişinin mağduriyeti söz konusu değildir. Ancak tüzel kişinin suçtan zarar gören olma ihtimali söz konusu olabilir.

Gerçek kişi mağdurlar ve suçtan zarar gören tüzel kişiler bazı haklara sahiptir. Mağdur bir hukuka uygunluk nedeni olarak rızasını açıklayabildiği gibi şikayete bağlı suçlarda da şikayet hakkını kullanabilir ve davaya katılma hakkına sahiptir.²⁹ Şikayet hakkı, suçtan zarar gören kişiye tanınmıştır. Suçtan zarar gören mümeyyiz olmadığı takdirde, şikayet hakkı veli veya vasinindir. Şikayet hakkının kullanılması belli bir süreye tabidir. Şikayet hakkı olan kişi, fiilden ve failin kim olduğundan haberdar olmasından itibaren altı ay içinde bu hakkını kullanabilir. Mağdur ile suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ve malen sorumlu olanlar kovuşturma aşamasında hüküm verilinceye kadar şikayetlerini belirterek kamu davasına katılma hakkına sahiptir. Kamu davasının açılmasından sonra, mahkemeye verilecek dilekçe ile veya sözlü beyanın duruşma tutanağına geçirilmesi ile katılma gerçekleşir. Katılma yolu ile, mağdur ve suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler yapılan yargılama neticesinde verilecek karara karşı kanun yollarına başvurma hakkına sahiptirler.

²⁸ Çakmut, s.589.

²⁹ Demirbaş, T., 2017. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık. s.558.

Mağdurluk sıfatı ile faillik sıfatı aynı kişide birleşemez. Suç doğrudan hareket suçu olup, kişiye yöneliktir. Kişinin kendi iradesi ile hürriyetini yoksun kılması hali, o suçla ilgili fail olması durumunu ortaya çıkarmaz.

Bazı suçlarda mağdurun sıfatı önem taşır. Kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunda ise, mağdurun sıfatı önem arz etmez. Mağdur ile fail arasındaki ilişki yakınlık derecesi, cezanın artırım sebebi olarak değerlendirilmiştir. Aynı şekilde mağdurun kendini savunamayacak durumda olduğunun tespiti hali de cezada bir artırım sebebidir. Mağdurun akıl sağlığı ya da beden sağlığı açısından kendini savunamayacak olması, cezanın artırım sebebidir. Burada suçun oluşumu için mağdurda iradesini sakatlayacak hareket tarzı da arandığı için beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak nitelikte olması, iradesini kullanamayacak dereceye varmaması dikkat edilecek husustur. Ruh ya da beden sağlığı bozuk mağdurun iradesini az da olsa kullanabilme yeteneğine sahip olması ya da iradesine yönelik fail eylemini hissedebilecek niteliğe sahip olması aranmalıdır. Bu husus, mağdurun yaşı sebebiyle de kendini savunamayacak durumda olması halinde de aranacaktır. Mağdurun yaşı, kendini savunmasını engelleyecek nitelikte ise failin yaptığı eylemde cezanın arttırıcı etkisi olarak değerlendirilmiştir.

Suçun mağduru herkes olabilirse de ancak yürüyemeyen veya felçli kişinin mağdur olup olamayacağı doktrinde tartışılmaktadır. Buna göre; fiilin işlenmesi sırasında mağdurun hareket serbestisine sahip olup olmadığına veya sahip olduğu bu serbestiyi kullanmak isteyip istemediğinin önemi bulunmamaktadır. O andaki (aktüel) hareket serbestisi korunduğu gibi, gelecekteki (potansiyel) hareket özgürlüğü de koruma altına alınmıştır. Bayılması nedeniyle, hareket özgürlüğünün sınırlandırıldığını bilmeyen veya kendisinde olmayan sarhoş kişi, akıl hastası, fiziken malul olup kendisini koruyamayacak derecede olanlar, bu suçun mağduru olabilirler.³⁰ Ne şekilde olursa olsun hürriyeti sınırlanan kişilerin suçun mağduru olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin; çok az yürüyebilen sakat veya felçli kişiyi yatağa bağlayarak yürütmesi veya yatakta dönmesini engellemek de kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasıdır.³¹ Küçük bir bebeğe karşı da bu suç işlenebilir. Bebeğin kanuni temsilcilerinin rızası olmaksızın veya

³⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.267-268.

Parlar/Hatipoğlu, s.902.

³¹ Soyaslan, s.258.

rızasının sakatlanması suretiyle hukuka aykırı olarak bir yere götürülmesi halinde bu suçun işlenebileceği Yargıtay uygulamasında da kabul edilmektedir.³²

Potansiyel hareket özgürlüğünü savunanlara göre yer değiştirmeye yönelik, irade varlığı gerekmeksizin, suçun oluşumu için, mağdurun hürriyetinin sınırlandığını hissetmesi gerekli değildir.³³ Buna karşılık, mağdurun belli bir yere gitme veya bir yerde kalma yönünde irade oluşturabilen kişi olabileceğini savunanlarda vardır. Bu fikri savunanlar mağdurun hareket serbestisi yönünde irade ortaya koyabilecek niteliğe sahip olması gerektiğini beyan etmektedir. Buna göre suçun kişi iradesinin ihlaline yönelmesi sebebi ile irade koyabilecek niteliğe sahip olmayan kişilere yönelik olarak söz konusu suçun oluşmayacağı kanaatine varılmaktadır. Oysa yukarıda da açıklandığı gibi kanunun korunan amacı kişinin hareketinden yoksun kılınmasına yönelik olmasıdır. Kanunun tanımında da kişi hareketi ön plana çıkarılmıştır. Kişinin hareketinden yoksun bırakılması başlı başına suçun işlenmesi için yeterli unsurdur. Kişinin hareket hürriyetinden yoksun kılınması konusunda etkiye sahip olunması yeterlidir. Failin, mağdura yönelik hareketi kısıtlama ya da yoksun kılma hissi yaratmak amacı ile yapacağı eylem mağdurun üzerinde etki yaratacaksa, suçun oluşmadığını söylemek, kanunun korunan hukuki amacıyla uyumlu olmayacaktır. Ancak bu suçun oluşması için, faalin hürriyeti sınırlamaya yönelik fiilinin, mağdurun hareket etme hürriyetini, önemli bir zaman dilimi içinde sınırlaması gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği gibi kişiyi özgürlükten alıkoyma kavramı anlık olmayan bir süreyi içerdiğinden fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetinde sürmesini gerektirip,... mağdurenin üç saat boyunca alıkonulması suretiyle atılı suçun tamamlandığına kanaat edinilmiştir.³⁴ Mağdurun da, hareket etmek isteyip bunu gerçekleştirememesi gerekir. Mağdurun hareket etme iradesini, failin fiili ile birlikte ya da ondan sonra göstermesi önemli değildir.

Hareket etme hürriyetinden kısmen yoksun bulunan örneğin; tutuklu ve hükümlülere karşı, buldukları oda içinde bağlanarak hareket etmelerinin engellenmesi halinde de suç oluşmaktadır. Suç irade sahibi küçük çocuklara karşı da işlenebileceği gibi akıl hastalarına veya temyiz kudretine sahip olmayan kişilere karşı da işlenebilir. TCK 109/3-f hükmü dikkate alındığında irade oluşturma yeteneği olmayan küçük bebek

³² Akkaya, Ç., 2017. *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*. 1.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi s.465.

³³ Koca/Üzülmez, s.402.

³⁴ YCGK. 2011/8-778 E., 2012/1795 K., 2.12.2012 T.

veya akıl hastalarının mağdur olduğu kabul edilmiş ve nitelikli hal sıralamasında belirtilmiştir.

3.1.3 Fiil

Bir suçun oluşması için fiil gereklidir. Fiil kelime anlamı itibariyle eylem ile aynı mahiyettedir. Bir olayın gerçekleşmesi için gerekli olan iradi hareketi göstermektedir. Kişinin tasarladığı belli bir olayı gerçekleştirmesi için yaptığı davranış biçimini gösterir. Ceza hukuku açısından ise kişinin iradi eylemi gerçekleştirmesi için, yaptığı hareketin ortaya çıkardığı sonuçta bütün olarak ele alınır. Böylece fiil, hareket, sonuç ve illiyet bağı kavramlarını içinde barındırır. Ceza hukuku yönünden hareket, kanunların suç saydığı bir neticeye sebep olan davranıştır. Kişinin iradesinden kaynaklanan, suçun diğer unsurları ile bağlantılı, istenilen neticeye yönelen hareket ceza hukuku yönünden önemlidir.³⁵ Kişinin neticeden sorumlu tutulabilmesi için hareketi ile netice arasında illiyet bağı bulunması gerekir. Failin hareketi ile, ortaya çıkan netice arasında herhangi bir bağ yoksa failin neticeden sorumlu tutulması da mümkün değildir. Ayrıca failin, hareketi hangi kasıtle işlediği hususunu her eylemle ilgili olarak ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Failin eylemi kişi hürriyetini yoksun kılma suçunun unsurlarını oluşturacak biçimde, mağdur iradesine aykırı olarak ya da iradesini sakatlayarak hareket etme hürriyetini yoksun kılma yönünde olup olmadığı değerlendirilecektir. Yargıtay 14. CD. kararında failin cinsel suç işlemeye iradesi ile mağdurun belli bir yerde bulunma zorunluluğu altına sokması halini, cinsel suç amacı ile ve bu suç süreci ile sınırlı olarak tutulması halinde ayrıca hürriyeti yoksun kılma suçu oluşmadığı kanaatine varmıştır.³⁶ Yine bir diğer kararında mağdureyi fuhuş amaçlı olarak cebir kullanmak sureti ile götürdükleri evlerde bir süre tutma eylemlerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu değil, TCK 80. maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunu oluşturabileceği kararına varılmıştır.³⁷

³⁵ Demirbaş, s.225.

³⁶ "...mağdurenin hareket edebilme özgürlüğünü ortadan kaldırmadan cinsel istismar eyleminin gerçekleştirilmesine fiilen imkan bulunmaması nedeniyle anılan suçun işlendiği sırada ve bu süreçle sınırlı zaman dilimi içerisinde mağdurenin iradesiyle hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının ayrıca kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı Y.14CD, 2016/4959 E, 2016/6510 K, 6.9.2016 T."

³⁷ Y.14CD, 2013/7577 E. 2014/13075 K, 24/11/2014 T.

Bir kimsenin istediği gibi karar vererek hareket etmesinin, bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun kılınması ile bu suç oluşur. Mağdurun istediği gibi hareket etme kabiliyeti elinden alındığında içinde bulunduğu durumdan çıkmasının, kendisini tehlikeye düşürebilecek nitelikte olması ve gereğinden fazla direnç, gayret göstermesi durumunda bu suç oluşacaktır. Mağdurun önüne konulan engelleri kolaylıkla aşamaması gerekir. Böylelikle mağdurun hareket iradesini ortadan kaldıracak engelin varlığı, kanunda öngörülen suç tipini oluşturmaktadır. Mağdurun belli bir yerde kalması ya da belli bir yere gitmesine engel olunması yönündeki hareketin varlığı aranmaktadır. Failin engelleyici hareketi kolaylıkla aşılabilecekse artık bu suçun varlığından bahsetme imkanı kalmamıştır. Örneğin; Mağdurun kapısı kilitli olmayan veya kilitli olup da özel bir çaba sarf etmeksizin kolayca açılabilir bir yerde tutulması durumunda bu suç oluşmayacaktır. Ancak mağdur vücut bütünlüğüne zarar verecek şekilde, yüksek bir yerden atlayarak, kurtulabileceği bir yerde tutuluyorsa, bu suç oluşacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu seçimlik hareketli suçlardandır. Seçimlik hareketli suçlar, suçun gerçekleşebilmesi için birden fazla hareketin öngörüldüğü suçlar olup bu hareketlerin hepsinin yapılmasına da gerek bulunmamaktadır. Birisinin yapılması ile suç oluşur. Kişinin bir yere gitmesinin veya bir yerde kalmasının engellenmesi ile işlenebildiğinden, suç seçimlik hareketlidir. Örneğin; sanığın mağdurun bulunduğu işyerinde kapısının kilitlenerek zorla tutulması halinde bir yere gitme hürriyeti engellenmiş olmaktadır.³⁸

Suçun kanuni tanımında hareket unsuru aranmaktadır. Failin, mağdurun hukuka aykırı olarak bir yerden alıkoymak ya da bir yere girişine engel olmasına yönelik harekette bulunması aranmaktadır. Buna karşın doktrinde suçun ihmali hareketle de işlenebileceği savunulmaktadır.³⁹ Fiil ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin,

³⁸ "...Sanığın önce işyerinin kapısını kilitlediği ve daha sonra katılana zor kullanarak suça konu çeki aldığı açıklanıp, kabul edildiği halde, yağma eylemi işyerinde işlendiği halde sanık hakkında 5237 s. TCK'nın 149/1-d maddesi yerine 148/2 maddesinin uygulanması yağma suçunun yanı sıra aynı yasanın 109/1-2. maddesinde tanımlanan kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu da oluşturduğunun gözetilmemesi,..., Y.6.CD, 2006/21810 E. 2010/15570 K. 11.10.2010 T."

³⁹ "Özgürlükten yoksun kılma suçu genellikle hareketle işlenen bir suçtur ancak ihmal ile işlenebilir.", Toroslu, N., 2018. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. s.87; "aynı zamanda bu suç icrai hareketle işlenebileceği gibi ihmalle de işlenebilir. İhmalle başlayan, ihmal veya icrayla yahut icrayla başlayan suç ihmal veya icrayla devam etmesi mümkündür." Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.266 ; " Suç hem icra hem de ihmal hareketiyle işlenebilen kendinden kesintisiz suçtur." Hafizoğulları, Z. ve Özen, M., 2016. *Türk Ceza Hukuk Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. s.188.

yanlışlıkla oda kapısını mağdurun üzerine kilitleyen failin bunu farkına vardığı halde kapıyı açmaması gibi veya failin hukuki yükümlülüğü olduğu halde, yardımda bulunmaması şeklinde ihmali hareketi ile de suç işlenebilir. Bu şekilde; suçun hareket unsuru ihmali nitelik gösterse de, ilerleyen aşamada mağdurun iradesine yönelik eylemi kapsadığından suçun kanuni unsurunun gerçekleşmiş olduğu tespit edilmektedir. İhmali hareket ile başlayan unsurun, icrai nitelik kazanması, böylece mağdurun belli bir şekilde hareket etme iradesinin yok edilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Failin ihmali hareketi mağdurun hürriyeti yoksun kılınması neticesini yaratacak, kanuni tanımında yer alan hareket unsuru halini almaktadır.

Mağdurun, hürriyetten yoksun bırakılmasını kavrayabilecek nitelikte sarhoş olması ancak hürriyetten yoksun bırakılma halini engelleyemeyecek durumda olması halinde hürriyetten yoksun bırakma suçu oluşacaktır. Neticede fail, suç işleme iradesi ile iradesini sınırlı olarak kullanabilecek durumda bulunan mağduru, iradesine aykırı olarak hareket ettiğini bilebilecek durumda iken, iradesini bütünü ile kullanması imkanını ortadan kaldırmış olmaktadır. Bu hareketin niteliği ile, mağdurun iradesinin engellenmesine yönelik hareketin etkisini hissetmesi, her bir olay açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hürriyetin sınırlandırıldığı yerin, suçun gerçekleşmesi bakımından önemi bulunmamaktadır. Yerin açık kapalı olması, mağdura veya faile ait olması ya da otomobil gibi menkul hükmünde bir yer olmasının önemi yoktur. Herhangi bir yerde işlenebilir.⁴⁰ Kanunda hürriyetin kısıtlanacağı yer konusunda açıklık yoktur. Mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığı her alanda suç oluşabilir. Bu suçun oluşumu için kapalı ve açık alan farkı bulunmamaktadır. Önemli olan failin, mağdurun hareket kabiliyeti ve hürriyetini elinden almasıdır. Örneğin; sanığın mağdurun yanına giderek, " beni motorsikletle gezdir, yoksa motorsikletine zarar veririm şeklindeki tehdidi üzerine, mağdurun motorsikleti ile sanığı gezdirmesi halinde, mağdurun kendi iradesi ile hareket edebilme hürriyeti elinden alındığından hem bu suç oluşacak hem de tehdit suçu oluşacaktır.

⁴⁰ Meran, N., 2014. *Hürriyetten Yoksun Bırakma Tehdit Şantaj Konut Dokunulmazlığını Bozma*. Ankara: Seçkin, s.125.

Bu suçun oluşması için hürriyetten yoksun bırakmanın tam olması, kaçış yolunun tamamen kapalı olması gerekmez. Yargıtay bir kararında" mağdurun bir minibüse bindirilip, تنها bir yerde bırakılmasının" suçu oluşturduğunu kabul etmiştir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmanın uzun veya kısa süreli olmasının önemi yoktur. Suçun oluşabilmesi için mağdurun hürriyeti belli bir süre ile kısıtlanmalıdır. Yargıtay 14. CD. kararında suçun oluşması açısından geçmesi gereken süre ile ilgili 5237 sayılı TCK'da herhangi bir açıklama olmadığını ancak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma kavramı, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerdiğinden fiil ile sonucun kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesi gerekip her olayda da sürenin, hem fail hem mağdur açısından kişiyi hürriyetten yoksun kılma niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerektiğini bildirmiştir.⁴¹

Böylece Yargıtay kararında yer aldığı gibi hürriyeti yoksun kılmada hareketin süresinin, suçun oluşumu için yeterli olup olmadığı, fiilin mağdur ve faile yönelik etkisi açısından değerlendirilecektir. Bu süre failin suç kastını ortaya çıkaracaktır. Sürenin çok kısa olup olmadığının somut olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴²

Suç, kişinin bir yerde kalmasını engellemek sureti ile de işlenebilir. Fail mağdurun bulunmasının meşru olduğu yerden iradesine aykırı olarak ayrılmaya zorlamaktadır. Fail herhangi bir şekilde mağduru bulunduğu yerden ayrılmaya zorlayabilir. Suçun oluşması için mağdurun orada bulunması meşru sebeplere dayanmalıdır.⁴³

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz (mütemadi) suçlardandır. Suç kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinin bir zaman dilimi içerisinde sınırlanması ile tamamlanır. Hürriyetten yoksun kılma suçu zorunlu mütemadi suç olup, ani olarak işlenmesi mümkün değildir. Çünkü ani suç hareketin yapılmasından sonra neticenin gerçekleştiği suçlardır. Mütemadi suç ise neticenin devam ettiği suçlardır. Suçun tamamlanma ve bitme zamanları birbirinden farklıdır. Suç, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin sınırlanması ile tamamlanır ve mağdurun bulunduğu yeri değiştirme imkanına tekrar kavuştuğu anda biter. Mağdurun özgürlüğe kavuşması

⁴¹ Y.14.CD., 2013/11043 E., 2015/10899 K., 23.11.2015 T.

⁴² Gerçeker, H., 2017. *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*.3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, s.1155.

⁴³ Koca/Üzülmez, s.405.

suçun tamamlanması için yeterlidir. Temadının sona erdiği an, uygulanacak yasa maddesinin tespitinde, zamanaşımı süresinin başlangıcında, iştirakin bulunup bulunmadığının tespitinde, ve yetkili mahkemenin neresi olduğunun belirlenmesinde önemlidir. Temadının sona erdiği yer yargı mercileri CMK 12/2 maddesi gereği yetkilidir.⁴⁴

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs mümkün olup, suça birden fazla kimse asli fail olarak katılırsa TCK 109/3-b maddesi gereği her biri ayrı ayrı cezalandırılır ve iştirakin her türlü de mümkün olup, ileride iştirak ve teşebbüs bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

3.1.4 Suçun Maddi Konusu

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun konusu, gerçek kişi mağdurun bedenidir.⁴⁵ Kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti kısıtlanmaktadır. Bu suçun oluşması için mağdurun tüm bedeninin bir yere gitmekten veya bir yerde kalmaktan yoksun kılınması söz konusudur. Mağdurun fiziki varlığı sınırlandırılmaktadır.

3.2 HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık, genel olarak fiilin hukuk düzenine uygun olmaması demektir. Hukuk düzeni ile fiil arasında çatışma halinde hukuka aykırılık söz konusudur. Anayasanın 19.maddesinde belirtilen hallerde fiil hukuka uygundur.⁴⁶

⁴⁴ Demirbaş, s.246.

⁴⁵ Yaşar, O., Gökcan, H.T. ve Artuç, M., 2014. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi., s.3726.

⁴⁶ Hafizoğulları, Z. ve Özen, M., 2016. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. 5.Baskı. Ankara: US-A Yayıncılık. s.189.

"Anayasanın 19.maddesinin 2. fıkrasına göre "Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi;bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili mercii önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu,bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren yada hakkında

Her suç gibi, bu suçun da cezalandırılabilmesi için, fiilin hukuka aykırı olması, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir. TCK 109.maddesinde fiilin hukuka aykırı olması şartı özellikle belirtilmiştir. Bu nedenle failin, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Failin eylemin hukuka aykırılığını bilerek, bu irade ile suçun işlenmesine yönelik harekete geçmesi aranmaktadır. Failin suça yönelik iradesinin bilerek ve isteyerek kastla işlenip işlenmediğinin de her bir olayda mahkemece ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁷

Suç tipinde hukuka aykırılığın ayrıca belirtilmesine, " hukuka özel aykırılık" denmektedir. Fiilin hukuk ile çatışması nedeniyle hukuka aykırılık kendiliğinden mevcut olduğundan ayrıca belirtilmesi gerekmez. Ancak özel olarak belirtilmiş ise hakim hukuka aykırılığa ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapmak ve hukuka aykırılığın varlığını tespit etmek zorundadır.⁴⁸ Yargıtay bir kararında "okul servis şoförlüğü yapan sanığın taşıdığı 5.sınıf öğrencileri olan mağdurelere karşı suç tarihlerinde servis güzergahı dışına çıkmadan, تنها yerlerde aracı durdurarak basit cinsel istismarda bulunması şeklinde kabul olunan eylemde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacağı" kanaatine varmıştır.⁴⁹

Kanun koyucu hukuka aykırılıktan özel olarak bahsederek, failin kanunun öngördüğü şekilde hareket ettiğini bilmesini ve istemesini aramıştır. Failin hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği tespit edilmedikçe suç oluşmayacaktır. Örneğin; polis memurunun bir kişiyi hırsız sanarak özgürlüğünü kısıtlaması halinde, hukuka aykırılık

sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması" hallerinde hukuka uygunluk nedeni söz konusudur."

⁴⁷ "Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından yasamız eylemin "hukuka aykırı" işlenmesini şart koştuğundan, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve istemesini aramaktadır. Bu durumda, failin, işlediği fiilin hukuka aykırılık bilincine de sahip olması gerekmektedir.Hakim, suçun manevi unsuruna da dahil olan hukuka aykırılık bilincini elbette araştıracaktır. Yasanın hukuka aykırılık şartını failin iradesi ile ilgili olarak açık bir şekilde aradığı bu gibi hallerde failin, fiilin gayrimeşru olduğunu bilmesi kast kavramı içine girer.Başka bir deyişle manevi unsur, yani kusurluluk hukuka özel aykırılığı kapsamına alır.Fakat, hukuka aykırılık bilinci özel kastla karıştırılmamalıdır. Fail, suç tipinin objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, eylemde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle kastın varlığı kabul edilmesi dahi bu durum suçun özel kasıtlı işlenebileceği anlamını taşımaz. Olayımızda sanıkların, konutlarına davet ettikleri mağdurla evin içinde aralarında çıkan tartışma sonrası mağduru yaraladıkları, ancak yaralamanın konut içinde gerçekleşmesi nedeniyle bu eylemlerin devamı süresince yapılan fiillerin doğal olarak mağdurun direncini kırarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünü sınırlandırdığı, yaralama fiili sırasında gerçekleşen bu davranışların mağdurun özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik olup olmadığı, sanıklarda mağdurun özgürlüğünü sınırlandırma yönünden yukarıda belirtilen şekilde hukuka aykırılık bilincinin oluşup oluşmadığı yönünde müşteki de dinlendikten sonra bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi nedeniyle hükmün bozulmasına (Y.3.CD, 2011/19304 E, 2012/9786 K, 14/3/2012 T.)"

⁴⁸ Demirbaş, s.270

⁴⁹ Y. 14. CD., 2014/9230 E., 2015/6908 K., 4.62015 T.

bilinci olmadığından, suç oluşmayacaktır. Ancak fiili meşru kılan neden ortadan kalkmasına rağmen tutma devam ederse, suç oluşacaktır. Örneğin; hükümlülük süresi sona eren mahkumun salıverilmemesi halinde, hukuka uygunluk ortadan kalkmış, hukuka aykırı hürriyetten yoksun bırakma eylemi ortaya çıkmıştır.

Hürriyetten yoksun kılınan kişinin rızası halinde bu suç işlenmiş sayılmadığı için rıza, eylemi hukuka uygun hale dönüştürmektedir. Rızanın suçun işlendiği sırada geri alınması halinde, eylem hukuka aykırı hale dönüşür. Hata, hile, zorlama yolu ile açıklanan rıza geçerli değildir.⁵⁰ Kişi ebediyen veya uzun bir süre hürriyetinden yoksun kılınmasına rıza gösteremez. Rıza göstermiş olsa bile bu rıza geçersiz olup fiil suç teşkil eder.⁵¹

Failde hukuka aykırılık bilinci bulunması gerekmekte ise de, özel kast (saik) aranmamakta olup, genel kastın varlığı yeterlidir. Hukuka aykırılık hallerini ortadan kaldıran durumların varlığı kanuni düzende tanımlanmış hükümlere uygunluk gerektirir.

Kanunda cezası belirtilen bir eylemin yapılmasına izin verilmesi halinde hukuka uygunluktan söz edilebilir. Hukuka uygunluk halinde faile ceza verilmeyecektir. Fail, hukuka uygun olarak hareket ettiğinin bilincinde olmalıdır. Yaptığı hareketin hukuk düzeni içinde makul, haklı görülebilir olması gerekmektedir. Burada hukuka uygunluk nedeninin sübjektif niteliği ortaya çıkmaktadır. Hukuka uygunluğun objektif niteliği öne çıktığında, hukuka uygunluğun olayda objektif olarak bulunması yeterli görülerek failin bundan yararlanması gerekmektedir. Örneğin; eşinden daha önceden yaşadığı şiddet nedeni ile eşi ile yaşadığı tartışma anında yeniden şiddet görme tehlikesinin ortaya çıkması durumunda, bunu engellemeye yönelik olarak eşinin sakinleşmesine yetecek oranda, bir süre odaya kilitlemesi ile hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkabilecektir. Türk doktrininde, hukuka uygunluk nedeninin objektif niteliği baskın olarak kabul edilmektedir.⁵²

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, hukuka uygunluk nedenleri olarak, meşru savunma ve zorunluluk hali, görevin ifası, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası halleri sayılabilir.

⁵⁰ Meran, s.131.

⁵¹ Soyaslan, s.260.

⁵² Demirbaş, s.273.

3.2.1 Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali

TCK 25/1 maddesinde meşru savunma " Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez." şeklinde belirtilmiştir. Meşru savunma bütün hukuk düzenlerinde uygulanan bir kurumdur. Meşru savunma halinde işlenen fiil hukuka uygundur ve sebebi de hukuk düzeninde hakkın ihlal edilmesine müsaade ve müsamaha edilemeyeceği esastır.⁵³ Meşru savunmanın kabul edilebilmesi için, saldırının hukuka aykırı ve haksız olması gerekir. Saldırının bir hakka yönelmesi,saldırının halen mevcut olması,zarar veya tehlike yaratacak nitelikte olması gerekmektedir.

Haksız saldırıya karşı kurtulma olanağının bulunmaması ve saldırı anında savunma durumunda kalınması kanundaki tabirle defetmek zorunluluğunda bulunulması gerekmektedir. Bu durumda savunma meşru olacak ve ceza verilmeyecektir. Savunma ile saldırı arasında oran denge bulunması gerekmekte olup, savunmada kullanılan araç saldırıyı defedecek ölçüde olmalıdır. Oransızlığın bulunması halinde TCK 27. maddesinde belirtilen sınırın aşılması söz konusudur.⁵⁴

Bir kişinin kendisine veya başka bir kişiye karşı yapılan haksız saldırıyı önlemek için, saldırganın hürriyetini sınırlaması halinde, meşru savunma hükmü gereği, TCK 109. maddesindeki suç oluşmayacaktır. Meşru savunma koşullarında saldırganın özgürlüğünün kısıtlanması eylemi TCK 25/1 maddesi gereği hukuka uygun olup, ceza verilmeyecektir. Örneğin; Bir kadını döven kocasının fiiline engel olmak için kocanın yakalanıp kaçmasına izin verilmeyerek polis gelene kadar bir yerde tutulması halinde meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanarak TCK 109.maddesi gereği ceza verilmeyecektir.

Zorunluluk hali; kendisini veya bir başkasını bir tehlikeden kurtarmak zorunluluğunda kalarak suç teşkil eden bir fiili işlemek durumunda kalmasıdır. Örneğin; Kendi hayatına kasteden kişinin, kendisine zarar vermek üzereyken, elindeki, bıçağı alarak zorla bir odada, polis ve sağlık görevlileri gelene kadar kısa bir süre içinde

⁵³ Dönmezer, S., Erman, S., 1974. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası. s.119.

⁵⁴ Demirbaş, s.295.

üçüncü bir kişinin konutunda tutulması halinde TCK 25/2 maddesi gereği konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmayacağı gibi, kişiyi konutta tutan kişi açısından da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır.

TCK 25/2 maddesinde zorunluluk hali düzenlenmiştir. Doktrinde, zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa bir mazeret nedeni mi olduğu tartışmalıdır. Demirbaş'a göre; kanun metnine dahil olmayan bu ifade ancak bir yorum aracı olarak önemi olduğundan, zorunluluk durumunun hem hukuka uygunluk hem de mazeret nedeni olarak kabul edilmelidir.⁵⁵ Zorunluluk hali olayla ilgisi olmayan üçüncü bir kişiye zarar verilmesi durumudur. Mağdur, başka türlü hareket etmesi mümkün olmayan bir tehlikeyi savuşturabilmek için üçüncü kişiye zarar meydana getirecek bir hareketi yapmak zorunda kalmaktadır.

Zorunluluk halinin mazeret nedeni olarak adlandırılması, üçüncü kişiye zarara yol açan eylemi gerçekleştiren kişi açısından, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre üçüncü kişiye zarar veren eylem bunu yapan kişinin kusuru ile gerçekleştiğinden kusur oranında sorumluluğu söz konusu olduğundan, kusur kişinin mazeretine dayalı olarak -zor hali nedeniyle- yok kabul edilmektedir. Zorunluluk hali kusuru ortadan kaldıran sebeptir diye düşünülmektedir.

3.2.2 Görevin İfası

TCK 24.maddesinde" Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez" denilmektedir.Kanun hükmü bir kişiye bir konuda hak ve yetki vermişse, bunun kullanılması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Kanun deyimini hukuk normu olarak değerlendirmek gerekir. Kanunlarda hatta düzenleyici işlemlerde bile kişiye yetki verilen norm mevcutsa, bu yetkinin kullanılması hukuka uygunluk sebebi olacaktır. Kolluk görevlilerinin soruşturma kapsamında suç şüphesi altında bulunan kimsenin göz altına alınması veya tutuklanması hallerinde fiil hukuka uygundur ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşmaz. Kanun hükmünü yerine getirirken kuralların öngördüğü şartlara sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Bu yetkinin taksirle aşılması durumunda TCK 27. maddesinde yer alan sınırın aşılması

⁵⁵ Demirbaş, s.299.

hükümlerinin uygulanması gerekir.⁵⁶ Kanunun koyduğu şartlara aykırı yakalama, meşru sayılmayacağı gibi, meşru kılan neden ortadan kalkmasına rağmen, tutma devam ediyor ise bu suç oluşacaktır. Örneğin; tutuklama kaldırıldıktan sonra kişiyi serbest bırakmayan kamu görevlisi hürriyeti yoksun kılma suçunu işlemiş olur.

Görevin ifası, TCK 24. maddesinde açıklandığı üzere, kanun hükmünü yerine getirme ve yetkili merciin emrini ifa şeklinde gerçekleşmektedir.⁵⁷ TCK 24. maddesinde kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmeyeceği belirtilerek, bu halde sorumlu olunmayacağı anlaşılmaktadır. Kamu yetkisine sahip olanlar bu yetkiyi kullanabilir.Örneğin; yolda yürüyen bir kadının çantasını kapıp kaçan hırsızın yolda bulunan diğer vatandaşlar tarafından yakalanıp, polis gelinceye kadar tutması halini verebiliriz. Ancak bu durumdan güvenlik görevlileri haberdar edilmez ve hırsız güvenlik görevlilerine teslim edilmez ise hukuka uygunluk sebebi ortadan kalkarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gerçekleşecektir. TCK 109. maddesinde belirtilen hukuka aykırılık unsuru, hukukun izin vermediği halleri ifade ettiğinden CMK 90. maddesine giren durumda, fiil hukuka uygun olup, yakalanan kişinin tutulması, gözaltına alınması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmaz.⁵⁸

Yukarıda yer verildiği gibi kolluk kuvvetlerine,CMK 90. maddesinin 2. fıkrası gereği yetkinin kullanılması, neticesinde yakalama eylemi TCK 24/1 maddesi gereği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaz.⁵⁹

Medeni Kanununun 339.maddesi anne babaya, çocuğa yönelik olarak gözetim ve denetim yetkisi tanımaktadır. Anne baba, çocuk menfaatine olarak gerekli kararları alma konusunda yetki sahibidir. Çocuğun rızası dışında evden ayrılmasına da, çocuğun menfaati doğrultusunda engel olma yetkisi mevcuttur. Bu madde hükümlerinden anlaşılacağı üzere, ana babanın çocuğun bakım ve gözetimi kapsamında gerekli kararları alabileceği ve onun korunması bakımından gerekiyorsa çocuğun hürriyetini kısıtlayabileceği görülmektedir. Bu şekilde sınırları aşılmamak kaydı ile, çocuğun güvenliği açısından bir yerde alıkonulması halinde TCK 109.maddesi bakımından suç ana ve baba yönünden oluşmayacaktır.⁶⁰

⁵⁶ Parlar/Hatipoğlu, s.238.

⁵⁷ Demirbaş, s.278.

⁵⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.503.

⁵⁹ Koca/Üzülmez, s.408.

⁶⁰ Koca/Üzülmez, s.408.

3.2.3 Hakkın Kullanılması

TCK 26. maddesinde hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedeni olarak yer almıştır. Hakkın kullanılması, hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Burada hakkın doğrudan doğruya kullanılması gerekir. Eğer hak bir mercie başvurularak kullanılabilir ise, TCK 26.maddesinde belirtilen hak kapsamında değildir.⁶¹ İşlenen suç soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı ise, şikayet hakkının kullanılması halinde yakalama yapılabilecektir.

Kişinin doğrudan kullanabileceği hakkın var olması, hukuka uygunluk sebebi olarak yer almaktadır. Kişinin yasal olarak tanınan hakkın kullanılması sırasında sınırın aşılması, hakkın kullanımının başlı başına yasaya aykırı hal olması halinde, hakkın varlığı hukuka uygunluk sebebi olarak kabule imkan vermeyecektir. Örneğin; kendisine geçmişte şiddet uyguladığını öne sürdüğü kişiyi sokakta gördüğünde kaçmasına engel olmak için zorla tutup arabasına bindirmesi durumunda, hürriyetten yoksun kılma suçu işlemesine karşın, hukuka uygunluk sebebinin var olduğu öne sürülemeyecektir.

Suçüstü halinde ise faili, kaçma ihtimali nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakan kişinin bu fiili, hakkın kullanımı (TCK 26/1) hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmaktadır ve suç oluşmayacaktır.⁶²

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 90.maddesi herkese belirtilen hallerde yakalama yetkisi tanımaktadır. Kişiye suç işlerken rastlanması, suçüstü halinde kaçma şüphesinin bulunması, kimlik belirleme imkanının bulunmaması gibi durumlarda herkese genel manada bir yakalama yetkisi tanınmıştır. Bu halde; kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan eylem hukuka uygunluk halini yaratmaktadır. Elbette ki bu yakalama elde edilen amaçla orantılı olarak kişinin derhal kolluk güçlerine haberdar edilip teslim edilmemesi halinde hukuka uygunluk sebebi ortadan kalmış olacaktır.⁶³

⁶¹ Demirbaş, s.315.

⁶² Koca/Üzülmez, s.408.

⁶³ "...sanıklar rahatsız edilmelerinin ardından telefon edilen yere süratle giderek bir araca bindiğini gördükleri katılanın kaçmasını engellemek için onu yakalamışlardır...Yakalanan kişinin kolluk görevlilerine teslimi için otomobile bindirilerek şehir merkezine getirildiği...olaydan haberdar olan kolluk görevlilerinin sanıkları ve katılanı otomobil içerisinde yakaladıkları sabittir. O halde, CYUY 127.maddesinde hükme bağlanan koşullara uygun olarak, katılanı yakalayan sanıkların eylemi hukuka uygun olup, olayda TCY'nin 179.maddesi uyarınca gayrimeşru surette özgürlüğün sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla da anılan suçun manevi unsurunun oluşmadığı açıktır."(YCGK.,2002/8-331 E, 2003/35 K. 11/03/2003 T.)

3.2.4 İlgilinin Rızası

3.2.4.1 Genel Olarak

İlgilinin rızası TCK 26/2 maddesinde, hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Buna göre; kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği belirtilmiştir. Kanun kişi iradesine verilen önemi ön plana çıkarmıştır. Kişinin kendi iradesi ile tasarruf edebileceği bir hakkın ihlali ya da yok edilmesi ile ilgili olarak bunu uygulayan kişilerin cezalandırılması düşünülemez. Kişi iradesinin mutlak oluştuğunun tespiti öncelikli değer niteliğindedir. Kişinin iradesi üzerinde özgürce tasarruf ettiğine yönelik inancın zedelenmemesi gerekir.

Rızanın varlığı için rıza konusu olayla ilgili kişinin özgür iradesini engelleyecek etken ya da etmenlerin var olmadığına kanaat edilmesi gerekir. Bu nedenle rıza sahibi kişinin, rıza ile ihlal edilen hakkı konusunda serbestçe tasarruf edebildiğini, rıza konusu hususlarda bilgi sahibi olduğu ve rızasını hiçbir etki altında kalmadan açıkladığının olay bütünü içerisinde tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca hakkın kullanımından vazgeçilmesi ya da sınırlandırılmasına yönelik rızanın bu eylem gerçekleşmeden önce, var olduğunun tespiti de gerekmektedir. Elbette ki tüm bunlarla birlikte rızası bulunan kişinin bu hakkını kullanmak konusunda ehil olduğunun, şüpheye yer bırakmadan açıkça varlığı aranmalıdır. Bu şekilde rızanın gerekliliği için koşulları maddi olarak bütün halinde göstermek gerekirse, rıza için bunu kullanan kişinin ehil olması, rıza konusu olayla ilgili kişinin aydınlatılmış olması, suç konusu olayla ilgili serbest tasarruf hakkının bu şahısta olması, rıza iradesini özgürce açıklaması ve rıza konusu olayla ilgili suç gerçekleşmeden önce rızanın var olduğunun tespiti gerekmektedir.

3.2.4.2 Rızaya Ehil Olma ve Tasarruf Hakkı

Her temyiz kudretine sahip kişi rıza beyan etmeye yetkilidir. Rıza beyanı konusunda belli bir yaş sınırı öngörülmemektedir. Rıza açıklamaya ehil olan kişi, rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olmalıdır.

Hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızayı kullanabilecek ehil mağdurun, serbestçe tasarruf edebileceği konu ile ilgili rıza göstermesi gerekmektedir. YCGK, 2011 tarihli kararında ruhsal problemleri olan, bu nedenle rızaya ehil olmadığını bildiği mağdure ile, rızası ile hürriyeti tahdit ile cinsel saldırıya giren failin eyleminde rıza iddiasını hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmemiştir. Rızaya ehil kişinin bu konuda serbest tasarruf yetkisinin özellikle arandığını göstermektedir.⁶⁴ Kişinin malvarlığı, şerefi, özel hayatı, konut hakkı ve cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kabul edilmekte olup, kişilik haklarına ilişkin olan hukuksal değerler üzerindeki tasarruf yetkisi MK 23 maddesinde belirtilen hallerde sınırlandırılmıştır.⁶⁵ Kişinin yaşam hakkının bir başkası tarafından ihlal edilmesine rıza göstermesi geçerli olmadığı gibi, kendisine ait olmayan hukuksal değerleri koruyan suç tiplerinin ihlaline de rıza gösteremez. Örneğin; kişinin kendi aleyhine yalan tanıklık yapılmasına rıza göstermesinin geçerliliği yoktur.⁶⁶ Temyiz kudretine sahip olunması, rıza konusu olayla ilgili anlama kabiliyetinin var olduğu demektir. 4721 sayılı Medeni Kanun temyiz kudretine sahip olma, fiil ehliyetinin her ergin kişide bulunduğunu, erginliğin ise 18 yaşın doldurulması ile başlayacağını kabul etmektedir. Bununla birlikte ayırt etme gücü bulunmayan, akıl zayıflığı ya da hastalığı bulunan kısıtlılar ve küçüklerde fiil ehliyeti bulunmadığı kabul edilmektedir.

Rıza gösterecek kişinin, rıza gösterdiği fiilin ne olduğunu, ağırlığını ve sonuçlarını kavrayabilecek yetenekte olması gerekir. Yargıtay 14. CD. kararında 15 yaş içersinde olup bu yaşı henüz tamamlamamış olan mağdurenin kendi istek ve iradesi doğrultusunda sanıkla birlikte olay yerine gitmesi ve burada 4 gün burada kalması ve cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye girmeleri şeklinde meydana gelen olaydan

⁶⁴ Demirbaş, ss.328-331.

"Mağdurenin olay esnasında fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olamayacak derecede ruh hastalığına musap olduğu Adli Tıp Kurumunun raporu ile sabittir. Mağdure 2/10/2007 tarihli savcılık anlatımında; kendisi ile ilgili herşeyi sanığın başlattığını ve ruhsal yönden rahatsızlığını bildiğini beyan etmiş, yargılamada da bu anlatımını doğrulamıştır. Sanık ise; 27/11/2007 tarihli savcılık anlatımında mağdurenin ruhsal tedavi gördüğünü bildiğini beyan etmiş, yargılamada verdiği 18/12/2008 ve 15/6/2010 tarihli dilekçelerinde mağdurenin bazı psikolojik sorunları olduğunu ve psikolojik tedavi gördüğünü bildiğini anlatmıştır. Bu durum karşısında rıza açıklama ehliyeti bulunmayan mağdurenin sanıkla bir yerlere gitme ve cinsel ilişkide bulunma eylemlerine rıza göstermesinin, bu eylemleri hukuka uygun hale getirmediği; sanığın olayın hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayıp eyleme ruhsal yönden mukavemet yeteneği bulunmayacak şekilde rahatsız olan mağdureye karşı gerçekleştirilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cinsel saldırı eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu bilerek bu eylemleri gerçekleştirdiği, böylelikle 5237 sayılı TCK'nın 30/3. maddesinde tanımlanan hataya düşmediği kabul edilmelidir. (YCGK, 2011/5-230, 2011/273, 20/12/2011 T.)"

⁶⁵ Şahin. M., 2012. *Ceza Hukukunda Rıza*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık A.Ş. s.112.

⁶⁶ Şahin, s.123.

sonra geri dönerek karakola teslim olmaları şeklindeki olayda sanığın, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı verilen mahkumiyet hükmünün oybirliği ile, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün ise oyçokluğu ile onanmasına karar vermiştir.⁶⁷ Burada MK'nın fiil ehliyetine ilişkin hükümleri geçerli değildir.⁶⁸ Yargıtay TCK da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlarla işlenmesi halinde 15 yaşından küçüklerin rıza ehliyetlerinin olmadığını 15 yaşından büyük çocukların ise rıza ehliyetlerinin olduğunu kabul etmektedir.⁶⁹ Mağdur için de suçun anlam ve sonuçlarını bilebilme durumunu rıza varlığı ile bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Her bir olayda mağdur rızasının geçerliliğinin tespiti için, öncelikle tehdit ve hile var olup olmadığının araştırılması, sonrasında söz konusu fiilin anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Hile, cebir ve tehdit ile elde edilen rıza geçerli değildir ve hukuka aykırılığı kaldırmaz.

Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hakları üzerindeki rızası kanun, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla fiili hukuka uygun hale getirecektir.⁷⁰ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ilgili olarak mağdurun, kendisini bir başkasının esir ve kölesi haline getirmeye ve vücut bütünlüğüne ağır bir tecavüz⁷¹ teşkil etmeye ilişkin rızası geçerli değildir.⁷² Kişinin vücut veya ruh bütünlüğüne aykırı irade kullanması ya da temel haklarından ahlaka aykırı gerekçelerle sınırlandırılması kanun hükmü ile de engellenmiştir. Medeni Kanun 23. maddesi kişinin bu şekilde yasaya aykırı iradesinden vazgeçme halini açıkça engellemiştir.

Temyiz kudretine sahip olunması, rıza konusu olayla ilgili anlama kabiliyetinin var olduğu demektir. 4721 sayılı Medeni Kanun temyiz kudretine sahip olma, fiil ehliyetinin her ergin kişide bulunduğunu, erginliğin ise 18 yaşın doldurulması ile başlayacağını kabul etmektedir. Bununla birlikte ayırt etme gücü bulunmayan, akıl zayıflığı ya da hastalığı bulunan kısıtlılar ve küçüklerde fiil ehliyeti bulunmadığı kabul edilmektedir. Fiil ehliyeti bulunmayan küçüklerin ve kısıtlıların rızalarının, hukuka

⁶⁷ Y. 14. CD., 2012/9733 E., 2014/7463 K., 4/6/2014 T.

⁶⁸ Meran, s.329.

⁶⁹ Şahin, s.134.

Y.5.CD., 2007/4121 E., 2007/3581 K., 14.05.2007 T.

⁷⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.276.

⁷¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.276.

⁷² Koca/Üzülmez, s.409.

uygunluk nedeni olmayacağı kabul edilmektedir. Nitekim ehil kişinin serbestçe tasarruf ettiği özgür iradesiyle beyan ettiği rızanın kişi hürriyetini yoksun kılma suçunu hukuka uygun hale getireceği konusunda Yargıtay kararları bulunmaktadır.⁷³

Yargıtay'ın 15 yaşını tamamlamış çocukların cinsel amaçlı olarak hürriyetlerinin sınırlandırılmasına, gösterdikleri rızanın geçerli olduğu, 15 yaşından küçüklerin rızalarına ise itibar edilmeyeceği yolunda istikrar kazanmış kararları mevcuttur.⁷⁴ Bu durum TCK 234.maddesinde belirtilen çocuğun rızasına dayansa bile, herhangi bir şekilde evini terk eden çocuğu ailesini ve yetkili makamları durumdan haberdar etmeyen ve yanında tutan kişinin şikayet üzerine cezalandırılacağı konusundaki hükümlerle çelişmekte olup, 15 yaşını tamamlamış çocukların da, hürriyetlerinden yoksun kılınmalarına ilişkin rızası olsa bile, failin TCK 109. maddesi gereği cezalandırılması gerektiği görüşündeyiz. Herne kadar TCK 234. maddesinde onaltı yaşını bitirmemiş çocuk belirtilmiş ise de, TCK 6/1-b bendine göre çocuk henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. Her iki suçta da yaş sınırı olarak onsekiz yaşın dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

3.2.4.3 Rızanın Açıklanma Zamanı

Suç konusu olabilecek olayla ilgili, ehil kişinin rızası olay gerçekleşmeden önce var olmalıdır. Rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi için, suçun işlendiği sırada veya öncesinde, verilmiş olması gerekir.⁷⁵ Rızanın mutlaka fiilden önce en azından fiilin gerçekleştirilmesinden önce bu sırada var olması rızaya sahip kişinin suçu ve tasarruf ettiği hakkın niteliğinden bütün yönleri ile haberdar olmasının göstergesidir.⁷⁶ Kişinin serbestçe tasarruf edebileceği hakka yönelik rızası, bu hakkı ortadan kaldıran eylemden

⁷³ "Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27/7/2007 tarih 1294/1565 s. ilamında "mağdureyi rızası ile kaçırıp alıkoyan sanığın aynı yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği TCK 'nın 26/2 maddesi uyarınca göz önünde bulundurulmalıdır." denilmiştir."

⁷⁴ Koca/Üzülmez, s.411.

"Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27/3/2007 T. 2512/2289 s. ve Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 23/1/2007 T. 13982/127 s. kararları) (...Sanığın suç tarihinde 15 yaşından küçük olup yaşı itibariyle rızasının hukuki geçerliliği bulunmayan mağdureyi ailesinden habersiz şekilde yanına alarak Çanakkale'ye götürmesi eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılğıya düşülerek yazılı şekilde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan hüküm kurulması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına. (Y.14.CD. 2016/11589 E., 2017/6443 K, 14.12.2017 T.)"

⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.505.

⁷⁶Şahin, s.178.

bilgi sahibi olmasını gerektirir. Rıza sahibi kişi olayı bütün yönleriyle bilebiliyorsa ancak bu durumda rızanın varlığı kabul edilir.

Mağdur rızasını sonradan geri almış ise, veya rızanın dışına çıkmış ise işlenen fiiller bu suçu oluşturur. Failin hareketinden sonra verilen rıza, fiili suç olmaktan çıkarmaz. Buna rızaya icazet denilir ve icazet hukuka aykırılığı hukuka uygun hale getirmez.⁷⁷

3.3 MANEVİ UNSUR (KUSURLULUK)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kasten işlenebilir. Kusurluluk bakımından genel kurallar geçerlidir.

Failin kusurluluğundan anlaşılan kusur yeteneğine sahip olup olmadığıdır. Kusur yeteneği, failin yaptığı hareketin anlamını kavrayarak buna göre hareket etmesidir. TCK 31.maddesinde belirtildiği şekilde failin hukuki anlam ve sonuçlarını, failin algılamış olması gerekir.⁷⁸ Diğer bir deyişle, failin kusurlu olduğunun kabul edilebilmesi için, failin kusur yeteneğinin bulunması, hukuka aykırı fiili bilerek ve isteyerek işlemesi, eyleminin haksız olduğunun bilincinde olması ve kendisinde kusurluluğu kaldıran bir sebep bulunmaması gerekir.⁷⁹

Kusur yeteneğini etkileyen haller olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, arizi nedenler ve istenmeyerek sarhoşluk veya uyuşturucu madde etkisi gösterilebilir.⁸⁰

Kastın bilme ve isteme unsurunun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kaldığını bilme ve bunu isteme şeklinde gerçekleşmesi gereklidir.⁸¹ Suç doğrudan veya olası kastla işlenebilir. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Yasa metninden ve ruhundan anlaşılacağı üzere, suçun oluşumu için özel kast(saik) aranmaz.⁸² Ancak TCK 109/5. fıkrasında belirtilen suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde cezanın arttırılarak uygulanabilmesi için özel kastın varlığı arandığından kastın cinsel saikle oluşması

⁷⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.277.

⁷⁸ Demirbaş, s.346.

⁷⁹ Aslan, B., 2012. *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü*. 2.Baskı. Ankara. Seçkin Yayınları. s. 24.

⁸⁰ Demirbaş, s.348.

⁸¹ Koca/Üzülmez, s.406.

⁸² Tezcan/Erdem/Önok, s.502.

gerekir.⁸³ Failin işlediği fiilin, hukuka aykırı olduğunu bilerek hareket etmesi gerekir. Failin, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, kast kavramı içine girer fakat hukuka aykırılık bilinci özel kast ile karıştırılmamalıdır. Fail suç tipinin objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, eylemde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle, kastın varlığı kabul edilemez. Buna örnek olarak, Yargıtay kararında⁸⁴ "sanıkların, konutlarına davet ettikleri mağdur ile, evin içinde aralarında çıkan tartışma sonrası mağduru yaraladıkları, ancak yaralamanın konut içinde gerçekleşmesi nedeniyle, bu eylemlerin devamı süresince yapılan fiillerin doğal olarak mağdurun direncini kırarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünü sınırlandırdığı, yaralama fiili sırasında gerçekleşen bu davranışların mağdurun özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik olup olmadığı, sanıklardan mağdurun özgürlüğünü sınırlandırma yönünden hukuka aykırılık bilincinin oluşup oluşmadığı yönünde müşteki de dinlendikten sonra bir karar verilmesi" şeklinde açıklanmıştır.

Suç olası kastla da işlenebilir. Örneğin mağdurun hareket serbestisini sağlayan koltuk değneği, tekerlekli sandalye gibi araçları " hürriyetinden yoksun kalırsa kalsın düşüncesi ile" (öngörme ve göze alma unsurları) alan kişi, olası kastla hareket etmiştir. Bu durumda ceza TCK 21/2 maddesi gereği indirilir.⁸⁵

Küçüklerde ceza sorumluluğunun doğduğu haller TCK 31. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre küçükler üç ayrı grupta ele alınmıştır. Fiilin işlendiği sırada 12 yaşından küçük çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu çocuklarla ilgili güvenlik tedbirleri uygulanma imkanı mevcuttur. 12 ile 15 yaş arası çocukların ceza sorumluluğu için suçu ayırt etme yetkisi olup olmadığı dikkate alınarak değerlendirilecektir. Suç konusu olayı ayırt etme yetkisi olmayan çocuklarla ilgili olarak kusur yeteneğinin var olduğu kabul edilmeyecek ve güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.⁸⁶ Diğerlerinde ise cezada makul oranda indirim söz konusudur. 15 yaşını tamamlamış çocuklar da, 18

⁸³ Meran, s.169.

⁸⁴ Y. 3. CD. 2011/19304 E., 2012/9786 K., 14/3/2012 T.

⁸⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.503.

⁸⁶ Parlar,A., Hatipoğlu, M., 2010.*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*. 2. Baskı. Ankara:Seçkin Yayıncılık. s.271.

"5237 sayılı TCK'nın 31/2 maddesi kapsamında kalan 12 yaşını doldurmuş olup, 15 yaşını bitirmemiş olan küçüklerin işledikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algulama ve bu fiillerle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığının tespitinde, 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 35/1 maddesi gereğince mahkeme tarafından sosyal çalışma uzmanına küçüğün içinde bulunduğu aile, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında rapor hazırlanması ve bu rapor değerlendirilerek sanığın ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde bilirkişi görüşüyle yetinilerek hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."(Y.1.CD,2010/7827 E.,2010/3630 K.,17.05.2010 T.)

yaşına kadar küçük olarak kabul edilmektedir. Bu yaş grubundaki çocukların kusur yeteneğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Sağır ve dilsizlerin kusur yeteneği ise 21 yaşını doldurmasına kadar belirlenmiştir. Sağır ve dilsiz suç işlediği tarihteki yaşına göre TCK 33.maddesindeki üç farklı uygulama ile değerlendirme altına alınacaktır. Ayrıca iradenin geçici bir nedenle sakatlanması durumunda da kusuru etkileyen halin var olmadığı kabul edilmiştir. Buna göre iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi dışındaki geçici olarak iradeyi etkileyen etkenler kusur yeteneğini ortadan kaldırmaktadır. İrade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisindeki kişiler suçun işlenmesine yönelik manevi unsurun var olmadığı kabul edilmektedir. Bu madde düzenlemesi içinde açıkça yer almamakla birlikte irade dışı geçici fiilin hukuki sonuçlarını anlamaya engelleyici cinnet, ateşli hastalık gibi hallerinde bu madde içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.⁸⁷

4.SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

4.1 GENEL OLARAK

Tez konusu suç ile ilgili daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri TCK 109.maddesinin 2,3,4,5 ve 6. fıkralarında düzenlenmiştir. Hürriyeti sınırlamanın cebir, tehdit veya hile kullanılarak icra edilmesi hali TCK 109/2 maddesinde belirtilen ilk nitelikli haldir.

Türk Ceza Kanunda düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birden çok suçun işleniş şekli aynı madde içerisinde gösterilmekle suçun bir bütünlük içinde açık ve anlaşılabilir olması sağlanmıştır. İradeye yönelik sınırlandırma içeren hürriyeti yoksun kılma suçu ile, suçun vehametini ortaya koyan toplumsal değer yargıları ile suçun kolaylıkla işlenmesini sağlayan etmenlerden yararlanılarak ortaya çıkan suç halleri, cezayı daha ağır uygulanmasını gerektiren haller olarak tespit edilmiştir.

Suçun silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, üstsoy,altsoy

⁸⁷ Demirbaş, s.363.

veya e e karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde verilen cezalar bir kat arttırılacaktır. (TCK 109/3)

TCK'da hürriyetin yoksun bırakılması hali ile birlikte ekonomik kayıp bir bütün halinde değerlendirilmiştir. Ekonomik kaybın büyüklüğü, fail hakkında ayrıca hapis cezası dışında para cezası uygulamasını da gerektirecektir. Toplumsal olarak vehamet arz eden cinsel bütünlüğe yönelik suçlarda, cezanın yarı oranında artırılması hüküm altına alınmıştır. Kanunun genel düzeni içinde her bir fiil ayrıca suç olarak değerlendirildiğinden, hürriyetin yoksun bırakılması ile birlikte meydana gelecek yaralama fiilleri ile ilgili ayrı bir değerlendirme söz konusu olacaktır.

4.1.1 Suçu işlemek için Veya Suçun işlendiği Sırada Cebir, Tehdit Veya Hile Kullanılması (TCK109/2)

4.1.1.1 Genel Olarak

Hürriyeti yoksun bırakma suçu kişi iradesine yönelik hareketle oluşmaktadır. Bu sebeple irade sakatlığını ortaya çıkartan sebeplerin varlığı suçun nitelikli hale dönüŐmesine sebep olmaktadır. İrade sakatlığını ortaya çıkartan unsurlar, ilgili maddede cebir, hile ve tehdit olarak açıkça gösterilmiŐtir.

Bu nitelikli halde, belirtilen cebir ve tehditten, TCK'nın 106.maddesinde düzenlenen tehdit suçu ile TCK 108.maddesinde düzenlenen cebir suçunun bileşik bir suç olarak düzenlenmiş hali söz konusudur.⁸⁸ Bu fıkradaki suçun işlenmesi halinde ayrı ayrı cebir ve tehditten değil, ağırlaştırılmış kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılacaktır.

Nitelikli unsurun uygulanabilmesi için cebir, tehdit veya hilenin icra hareketlerinin tamamlanması aşamasında, kullanılması Şart olmayıp, fiilin icrası henüz bitmeden eylem devam ederken baŐvurulması halinde TCK 109/2 fıkra hükmü uygulanacaktır.⁸⁹ Bu iki hal arasında kanunda fark gözetilmemiŐtir, fiil suç oluşturur.

⁸⁸ Hafizoğulları/ zen, s.190.

⁸⁹ "Olay günü, sanığın, hükümden önce ölmesi nedeniyle hakkında açılan kamu davasının düşmesine karar verilen diğer sanık Akın ile birlikte mağduru kollarından tutup sürüklemek suretiyle araca bindirmeye çalıştığının tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma

Örneğin; mağdurun çalıştığı oda kapısı üzerine kilitleyerek bir gece odada kalması sağlandıktan sonra ertesi gün dövülmesi veya tehdit edilmesi durumunda ikinci fıkranın uygulanması gerekmektedir.

Hürriyetten yoksunluk durumu mevcut iken bu araçların kullanılması durumunda nitelikli hal uygulanacak ve ceza arttırılacaktır.

4.1.1.2 Cebir

Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğünde, Arapça kökenli olan cebir, "zor " ve " zorlayış " anlamına gelmekte olup buna göre cebrin tam karşılığı zorlamadır.⁹⁰

Cebir, mağdura karşı fiziki olarak zor kullanmak sureti ile mağdurun veya üçüncü kişinin iradesi veya davranışları üzerinde etki ederek, direncinin kırılmasıdır.⁹¹ Kendisine cebir uygulanan kişi, fiziki gücün meydana getirdiği acı nedeniyle belli bir davranışa zorlanmaktadır. Örneğin; mağdurun zorla saçından çekilerek, sürüklenerek arabaya bindirilmesi vb. şekillerde işlenen eylemlerde kullanılan cebir, mağdurun direncini kırma amacına yönelmiş olup, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun süresi içerisinde cebrin devamlılık göstermesi gerekmez. Cebir suçu, TCK' nın değişik maddelerinde suçun unsuru olarak belirtilmiştir. Unsur olarak gösterilen bütün suçlarda mağdurun varlığını, özgürce kullanabilme hürriyeti ihlal edilmektedir.⁹² Cebir suçu şekli bir suçtur, hareketin yapılması ile suç tamamlanır.⁹³ Cebir kullanma suçu kişi hürriyetine karşı işlenen suçlardandır.⁹⁴ Cebir suçunun konusu mağdurun fiziki

suçunun cebirle işlendiği gözetilerek sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 109/2.maddesi ile hüküm kurması gerekirken, suç vasfının tayininde yanılgiya düşülerek yazılı şekilde aynı kanunun 109/1.maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi, kanuna aykırı olduğundan, hükmün Bozulmasına (Y.14.CD. 2015/165 E., 2017/6481 K. 18.12.2017 T.)"

"...Sanığın mağduru saçından tutup sürükleyerek araca bindirmeye çalıştığının anlaşılması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebirle işlendiği gözetilerek sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 109/2.maddesi ile, hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanılgiya düşülerek aynı kanunun 109/1. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi, kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir. (Y.14.CD. 2017/5969 E. 2017/6712 K. 25.12.2017 T.)"

⁹⁰ Küçüktaşdemir, Ö., 2012. *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*. Ankara: Seçkin Yayınları, s.57-58 .

⁹¹ Parlar/Hatipoğlu, s.903.

⁹² Koca/Üzülmez, s.387.

⁹³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3603.

⁹⁴ Başlı, S., 2016. *Türk Ceza Kanununda Hürriyete Karşı İşlenen Suçlardan Tehdit ve Cebir Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi. s.137.

varlığıdır. Beden üzerinde yapılan eylemle, mağdurun iradesinin etkilenmesi sağlanmaktadır. Cebir suçunun hareket unsuru, yaralama suçunu da içinde barındırır. Yaralama niteliğini taşımayan hareketler bile cebir kapsamında sayılır.⁹⁵ TCK 108.maddesinde kasten yaralama suçuna atıf yapılmıştır. TCK 86.maddesinde kasten yaralama,kasten başkasının vücuduna acı vermek veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmak şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre; acı veren sağlığı bozan ya da algılama yeteneğini etkileyen hareketler TCK 108. maddesinde belirtilen cebir kavramı içerisinde yer almaktadır. Vücuda acı veren şekilde basit veya nitelikli kasten yaralamayı oluşturan hareketler,mağdurun bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bu eylemin gerçekleştirilmesi halinde cebir suçu oluşmaktadır.⁹⁶

Uygulanan cebir ile kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun işlenmesi için gerekli olan şiddet derecesi aşılmış ise meydana gelen suçla birlikte, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilmesi gerekir.⁹⁷

4.1.1.3 Tehdit

Tehdit, kendisi veya yakınlarının hayatı, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik üzerinde haksız bir saldırıya uğratılacağı bildirilerek korkutulmasıdır. Tehdit için TCK 106.maddesi dikkate alınmalıdır. Mağdura, kötülük ve haksızlık yapılacağı bildirilerek iç huzuru ve güven duygusu zedelenmektedir.⁹⁸ Tehdit suçu kişinin iç hürriyetine karşı işlenmektedir.⁹⁹ Tehdit sözlü olabileceği gibi yazılı veya herhangi bir işaretle de gerçekleştirilebilir. Tehdit korkutmayı içerdiğinden tehdit içeren bir cümle kullanılmadan insan korkutulabilir. Örneğin; bir kimsenin evine ölümü çağrıştıran resim yollamak gibi.¹⁰⁰ Suç, mağdur üzerinde korku yaratmaya elverişli herhangi bir araçla işlenebilir, tehdidin mağdurun huzurunu bozacak şekilde olması yeterlidir. Tehdidin malvarlığı yönünden büyük bir zarara uğratılacağı belirtilerek işlenmesi hüküm altına

⁹⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3605.

⁹⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.392.

⁹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.495.

⁹⁸ Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, s.241.

⁹⁹ Başlı, s.39.

¹⁰⁰ Küçüktaşdemir, s.61.

alınmıştır. Buradaki malvarlığının ne olduğu olayların özelliğine göre belirlenmelidir. Bir kimse için bütün malvarlığı üzerindeki elbisesi ise, o elbisenin yırtılacağından bahisle tehdit edilmesi o kişi için önemli bir zarar iken varlıklı birisi için korkutucu olmayabilir.¹⁰¹ Tehdit hayat ve vücut bütünlüğü, şeref ve onur, sosyal ve ekonomik itibara ilişkin olabilir. Tehdidin ağırlığının bu suçu oluşturmaya elverişli olması gerekir. Suçun oluşması için tehdit konusu haksız saldırının gerçekleşip gerçekleşmemesi önemli değildir. Söylenen sözler yapılan davranışlar mağdur üzerinde ciddi bir korku yaratmaya elverişli olmalıdır. Her olayda tehdidin yeterli korku ve endişe yaratıp yaratmadığının araştırılması gerekir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere tehdit neticesi mağdur belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır.¹⁰² Tehdit suçu sırf hareket suçudur. Yapılması ile suç tamamlanmıştır. Aynı zamanda tehlike suçudur. Bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır.

Tehdit suçunda cebirden farklı olarak kişi üzerinde fiziki bir etki yapılmayıp, mağdur saldırının gerçekleşeceği beyanı ile korkutulmaktadır.¹⁰³ Tehdidin mutlaka fail tarafından gerçekleştirilmesi gerekmez. Fail adına hareket eden üçüncü bir kişinin böyle bir saldırıyı gerçekleştirebileceğinin mağdura bildirilmesi de yeterlidir.

Tehdit suçu genel bir suçtur. Tehdidin başka bir suçun nitelikli halini oluşturduğu durumda özel suçun genel suça önceliği ilkesi gereği bileşik suç hükümleri uyarınca, fail sadece özel suçtan cezalandırılır. Tehdit suçundan cezalandırılmaz.¹⁰⁴ Örneğin TCK 109.maddenin 2. fıkrasında belirtilen tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Tehdit suçundan ayrıca ceza verilmeyecektir.

Mağduru korkutmaya elverişli haksız bir zararın mağdura bildirilmesi ile, hürriyetinin kısıtlanmasına katlanmak zorunda bırakılması veya hürriyeti sınırlanmış haldeyken bu durumun devamının tehditle sağlanması halinde TCK 109/2.fıkrasındaki nitelikli hal meydana gelecektir.

¹⁰¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3492.

¹⁰² Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3485.

¹⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, s.452.

¹⁰⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3488.

4.1.1.4 Hile

Hile; bir kimsenin bir konuda yanıltılması, bu yanıltmanın devamının sağlanması ve yanıltma nedeniyle mağdurun istemediği sonuçlara ulaşacak beyan ve davranışlarda bulunmasını sağlayan kasti hareketlerdir.¹⁰⁵ Hile, gerçekte bir yalandır, yalan belli bir oranda ağır, ustaca kullanılması gerekli olup, mağdurun yalanı denetleme olanağı ortadan kaldırılmalı, yanılgıya düşürülmeli ve mağdurun yalana inanması sağlanmalıdır.¹⁰⁶ Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemeyecektir. Bu yolla kendisinde yanlış bir kanaat uyandırılan kişi belli bir davranışa sürüklenmeye zorlanmaktadır. Örneğin, sahte bir raporla mağdurun hastahaneye yatırılması halinde, hile araç olarak kullanılmaktadır. Yine örnek verecek olursak kendisini polis memuru olarak tanıtır, inandıran kişinin mağdurun ifadesini almak üzere emniyete götürüleceğini söyleyerek kandırması, ancak emniyet yerine metruk bir mahalle götürerek hürriyetinden yoksun bırakması halinde bu suç oluşmaktadır. Buradan anlaşılacağı üzere doğrudan mağdura yapılabileceği gibi iyi niyetli üçüncü kişi vasıtası ile de yapılabilmektedir.¹⁰⁷

Cebir, tehdit veya hilenin hepsinin birlikte kullanılması gerekli değildir. TCK 109.maddesinin 2. fıkrasındaki suçun oluşumu için bu unsurlardan birinin kullanılması yeterlidir.

4.1.2 Suçun Silahla İşlenmesi (TCK 109/3-a)

Bu suçun işlenmesinde silah kolaylık sağladığından, failde büyük bir cesaret oluşturduğundan, mağdur üzerinde ise korkutucu ve iradesini etkileyeceği sonuca sebep olduğundan cezanın arttırılmasını gerektirir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Parlar/Hatipoğlu, s.903.

¹⁰⁶ Yurtcan, E., 2010. Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler. İstanbul: Barış Matbaası., s.112.

¹⁰⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.269.

¹⁰⁸ Koca/Üzülmez, s.413.

Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3634.

Parlar/Hatipoğlu, s.903.

Silah kapsamına nelerin girdiği TCK 6/1-f bendinde açıklanmıştır. Genel olarak saldırı ve savunmada kullanıma elverişli şeyler silah olarak kabul edilecektir. Silah kavramı içinde ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, her türlü delici, kesici veya bereleyici aletler, fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılması gerekmektedir.

Ancak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda kullanılan silah, TCK'nın 6. maddesinde belirtilen silahlarla sınırlı değildir. Silah etkisi yaratabilecek her türlü aracın silah kapsamında düşünülmesi gerekir.¹⁰⁹ Ayrıca silah taşınabilir olmalıdır.

Doktrinde, silahın ne şekilde kullanılması gerekeceği hususu tartışmalı olup, bir görüşe göre suçun işlenmesi sırasında silahın kullanılmış olması aranmakta, diğer bir görüşte ise silahın failin üstünde görünür bir şekilde bulunmasının yeterli olacağı kabul edilmektedir.¹¹⁰ Kanaatimizde de bu suçun işlenmesi sırasında failin üzerindeki silahın mağdur tarafından görülmesi ve onun direncini kırarak nitelikte etki göstermesi gereklidir.

Silahın olay sırasında, görünmez bir şekilde failin belinde veya araç içerisinde bulunması ancak mağdurun bundan etkilenmesi için doğrudan fail tarafından kullanılması ya da mağdur tarafından onu etkileyecek şekilde görülmesi gerekmekte olup, kullanılmaması halinde ise, suçun silahla işlendiğinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

Silahın suçun işlenmesi sırasında ve bunu gerçekleştirmek için kullanılması gerekir. Örneğin duman çıkaran bir gaz atılarak failin işlenmesi, tabancanın teşhiri nitelikli unsurun uygulanması için yeterli olup, mağdurun direncini kırarak failin daha kolay işlenmesini sağlaması nitelikli halin uygulanmasını gerektirecektir.

¹⁰⁹ "...Mağdurun olaydan hemen sonra kollukta alınan beyanında sanığın kendisini ense kısmındaki saçlarından tutarak bekleyen araca bindirdiğini, olay yerine gittiklerinde kendisini önce ağaç dalları ile darp ettiğini daha sonra da eline geçirdiği kırık bira şişesini çenesine dayayarak montunun cebinde bulunan 15 TL parasını zorla aldığını beyan etmesi karşısında; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla işlendiği anlaşılmalı 5237 s. TCK'nın 109/3-f bendinin yanı sıra (a) bendinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi. (Y.6.CD, 2014/11568 E, 2017/2889 K, 12.7.2017 T.)"

"Sanığın resmi nikahlı eşin olan mağduru TCK 6/1-f-4 maddesi kapsamında silahtan sayılan keser, oğlu olan müştekiyi de yine TCK'nın 6/1-f-4 maddesi kapsamında silahtan sayılan kül tablası ile yaraladığı dikkate alınarak, TCK'nın 86/3. maddesindeki nitelikli hallerden birden fazlasının ihlal edilmesi sebebiyle cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi ve sanığın adli sicil kaydında tekerrüre esas mahkumiyet hükmü olduğu halde, sanık hakkında TCK'nın 58/1 maddesi gereğince tekerrür hükümlerinin uygulanmaması, aleyhe temyiz istemi olmadığından bozma nedeni yapılamamıştır. (Y.3.CD, 2015/29316 E, 2016/2414 K. 8/2/2016 T.)"

¹¹⁰ Koca/Üzülmez, s.414.

4.1.3 Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi (TCK 109/3-b)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birlikte işlenmiş sayılabilmesi için en az iki kişinin birlikte fail olarak suçu işlemiş olması gerekir. Bu bentte belirtilen "suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" ifadesinden TCK 37.maddenin 1. fıkrasında açıklanan "suçun kanuni tarifindeki fiili birlikte gerçekleştirenler" olarak anlamak gerekmektedir. Suçun bu şekilde müşterek faillik statüsü içinde birden fazla kişinin suçun icrasına katılmış olması gerekmektedir.Yargıtay kararlarında suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi fiilin oluşması durumunda suçun nitelikli hali uygulanmaktadır.¹¹¹ Örneğin; mağdurun ipe bağlanarak tanıklık yapmak üzere adliyeye gitmesi engellendiğinde, faillerden birinin yer ve ipi sağlaması, diğer failin mağduru bağlaması halinde bu nitelikli halin uygulanması gerekir.¹¹²

TCK 37/1.maddesinde yer alan doğrudan ve birlikte faillik, bilerek ve isteyerek birden fazla kişinin bir suçu birlikte işlediğini anlamak gerekir. Birlikte failliğin gerçekleşmesi için suç işleme iradesinin olması, suçun gerçekleştirilmesinin istenmesi ve failin kendi davranışı ile suça katkıda bulunması gereklidir. Bu ortak karar, suçun icrasından önce olabileceği gibi fiilin icrasına başladıktan sonra da ortaya konabilir. Ortak karardan sonra fiilin birlikte işlenmesi birlikte failliğin diğer bir şartıdır. Fiilin işlenmesinde maddi ve manevi her türlü katkı birlikte failler tarafından yapılır.¹¹³

¹¹¹ Koca/Üzülmez, s.414.

"...Olay tarihinde sanığın suç arkadaşı ile birlikte yakınının muhasebeci olarak çalıştığı işyerine, geceleyin saat 23:30 sıralarında yağma yapmak amacıyla gelerek yakınına zorla yere yatırıp 7 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaraladığı ellerini ve kollarını koli bandı ile bağlayıp hürriyetini kısıtladıklarının anlaşılması karşısında sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 149/1-a,c,d ve h maddesine uyan yağma suçunun yanı sıra aynı yasanın 109/2, 109/3-b maddelerine uyan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da oluşturduğu gözetilmeden yazılı biçimde uygulama yapılması nedeniyle hükmün bozulmasına" (Y.6.CD, 2007/13015 E, 2011/22634 K. 12/7/2011 T.)

"...Katılanın ellerinin ve ayaklarının bağlanarak etkisiz hale getirilip bir depoya götürülüp bardaki kasanın açılarak içindeki paranın alınması olayı yağma suçunu oluşturmaktadır. Sanık K. açık kimliği tespit edilemeyen diğer iki suç faili ile birlikte işyerinde geceleyin gerçekleştirdiği eylem nedeniyle TCK'nın 149/1-c-d-h madde ve fıkrası gereği cezalandırılmasına ayrıca katılanın ellerinin ve ayaklarının bağlanıp görev yaptığı yerden işyerinin deposuna zorla götürülmüş olması ve burada o şekilde bırakılarak yağma olayını gerçekleştirmesi nedeniyle TCK'nın 109/2-3-b madde ve fıkralarındaki özgürlüğü kısıtlama suçunun tüm unsurları oluşması nedeniyle cezalandırılmasına yerel mahkemece karar verilmiş, ve Yargıtay incelemesi neticesinde yerel mahkeme hükmünün Onanmasına karar verilmiştir." (Y.6.CD, 2010/9903 E., 2010/14673 K. 29.09.2010 T.)

¹¹² Yurtcan, , s.113.

¹¹³ Demirbaş, ss.501-502.

Müşterek faillikte, fiil üzerinde birlikte suç işleme kararı alınmaktadır. Her bir suç ortağı fail durumundadır. Fiil üzerinde birlikte hakimiyet sağlayıp sağlamadığının belirlenmesinde her bir suç ortağının fiildeki rolleri ve katkıları dikkate alınır. Burada fiilin gerçekleşmesi veya sonuçsuz kalması birlikte hareket eden faillerin her birinin elinde bulunmaktadır. Bu nedenle hürriyetten yoksun kılmanın bir başkasını azmettirerek veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi durumunda bu fıkra göre ceza arttırılmaz.¹¹⁴ Ancak azmettiren kişinin, hürriyetten yoksun bırakan kişinin eylemine TCK 37.maddesinde belirtilen anlamda müşterek fail olarak katılması durumunda TCK 109/3-b maddesinde belirtilen suçun birden fazla kişi tarafından işlenmiş olması nedeniyle bu bent hükümleri uygulanacaktır.¹¹⁵

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, müşterek failliğin oluşup oluşmadığının her olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmeli, faillerin azmettiren veya yardım eden sıfatında olup olmadıkları veya müşterek fail olup olmadıkları değerlendirilmelidir.

4.1.4 Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi (TCK 109/3-c)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturur. Kimlerin kamu görevlisi olduğu TCK 6. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre bir kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi kamu görevlisidir. Bu bendin uygulanması için, kamu görevlisini hürriyetinden yoksun kılma suçunun bu görevin yerine getirilmesinden kaynaklanması şarttır. Buna göre mağdur kamu görevlisi olmalı, bu görevini yerine getirmeli ve bu nedenle hürriyetinden yoksun kılınmalıdır.¹¹⁶ Faili bu suça sevk eden neden, kamu görevlisinin yerine getirdiği görevdir.¹¹⁷ Ancak görevi dolayısı ile bizzat kamu

¹¹⁴ Parlar/Hatipoğlu, s.904.

¹¹⁵ Meran, s.137.

¹¹⁶ Yurtcan, , s.114.

¹¹⁷ "...Olay tarihinde sanığa ait işyerine borcuna karşılık haciz işlemi yapmak amacıyla giden mağdurlardan avukat Hasan'a hitaben seni öldüreceğim dedikten sonra her iki mağdurunda işyerinin içerisinde bulunduğu sırada, işyeri kapısını kilitlemek suretiyle dışarıya çıkmalarına engel olduğu, kolluk görevlilerinin olay yerine gelmesi üzerine, kapıyı açarak mağdurların olay yerinden çıkmasına izin

görevlisinin hürriyetinden yoksun kılınması şart olmayıp bu görevinden dolayı bir yakınının hürriyetinden yoksun bırakılması halinde de bu bende göre fail cezalandırılacaktır.¹¹⁸ Çünkü burada failin saiki önemlidir. Kamu görevlisinin yerine getirdiği görev nedeniyle yaptığı işe bir tepki olarak bir yakınının hürriyetinden yoksun bırakılması söz konusu olmaktadır. Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş veya başkaca bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi yoktur. Örneğin; mesleklerini icra eden avukat veya noter, bilirkişi, askerlik görevini yapan kişiler kamu görevlisidirler. Kamu görevlisinin ancak yasaya uygun olarak, yerine getirdiği görevi nedeniyle hürriyetinden yoksun bırakılması halinde bu bent uygulanabilir.¹¹⁹

TCK 6.maddesinde açıklanan kamu görevlisi, memur kavramından daha geniştir. Kamusal faaliyete katılan herkes kamu görevlisi sayılır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 128. maddesinde kamu görevlisi "Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." şeklinde belirtilerek, sadece memurlar değil, kamu hizmetlerini gören diğer kamu görevlileri de kamu görevlisi kapsamına alınmıştır. Buradan anlaşılacağı üzere, kamu görevlisi memur kavramından daha geniş bir kavram olup, memur sıfatına haiz olmayan ancak dava dosyalarında bilirkişilik yapan kişi, kamu görevlisi sıfatını haiz olup, bilirkişiye karşı işlenecek olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, bu nitelikli hal uygulanacaktır.

Suçun işlendiği sırada mağdurun kamu görevlisi sıfatını kaybetmiş olması veya istifa, emekli ya da izinli olması nedeniyle görevini yerine getirmemesi halinde, cezanın ağırlaştırılmış haliyle uygulanması mümkündür. Örneğin; emekli olan hakimin verdiği karar nedeniyle çocuğunun kaçırılması halinde ağırlaştırıcı hüküm uygulanacaktır. Fiil, yerine getirilmiş olan kamu görevine dayanarak işlenmiştir.¹²⁰ Kamu görevlisinin

verdiği olayda hürriyetten yoksun kılma yönünden aynı suçun birden fazla kişiye cebir ve tehdit içermeyen tek bir hareketle kapıyı kilitleme şeklinde gerçekleştiği anlaşıldığından, sanığın mağdur Hasan'a yönelik tehdit eyleminden TCK'nın 106/1-1.cümle ve her iki mağdura yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminden 109/1, 109/3-c ve 43. maddelerine göre cezalandırılması gerektiği gözetilmeden aynı kanunun 109/2 ve 109/3-c maddelerinin iki kez uygulanması kanuna aykırı olduğundan bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2013/1813 E, 2014/12123 K, 4.11.2014 T.)

¹¹⁸ Koca/Üzülmez, s.416.

Tezcan/Erdem/Önok, s.499.

¹¹⁹ Meran, s.138.

¹²⁰ Parlar/Hatipoğlu, s.904.

kişisel, örneğin; alacak verecek uyuşmazlığı nedeniyle hürriyetinden yoksun kılınması halinde bu nitelikli hal uygulanamaz. Çünkü görülen görevle suç arasında bir bağlantı yoktur.

Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasına tepki olarak, suçun işlenmiş olması durumunda, nitelikli hal uygulanmayacaktır. Bu durum haksız tahrik de oluşturabilir.¹²¹ Çünkü bu bentteki nitelikli hal kamu görevlisinin yasaya uygun olarak yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle hürriyetinden yoksun bırakılması halinde uygulanacaktır.

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

Bu nitelikli halin uygulanması için, failin fiili işlerken kamu görevlisi olması ve bu nedenle sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanması gerekir. Bu koşullarının her ikisinin bir arada bulunması gereklidir. Kamu görevinin sağladığı nüfuz bu suçun işlenmesinde kolaylık sağladığından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.¹²²

¹²¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.499.

¹²² "...Tutuklu bulunan mağdur Özgür'ün babasının ölümü nedeniyle, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 23/11/2011 gün ve 2011/749 değişik iş sayılı kararı ile, adı geçen tutukluya dış güvenlik görevlisinin refakatinde yol süresi hariç iki gün süre ile, cenazeye katılmasına izin verilmiştir. İl Jandarma Komutanı olan sanığın mahkeme kararı ile kendisine babasının cenazesi için izin verilen mağdurun, bu mahkeme kararına uygun olarak kaldığı cezaevinden alınması ve yol süresi hariç, iki gün süre ile yanlarında dış güvenlik görevlisi bulundurulmak sureti ile, taziye evinde tutulmasını emretmek yerine, mahkemenin verdiği iznin tam olarak kullanılmasını engelleyen, iki gün izin kullanmayı içeren mahkeme kararına aykırı olan ve tutukluya taziye nedeniyle verilen kısmi hürriyeti, cezaevine erken teslim ve iznini kırksekiz saat yerine, toplam yaklaşık oniki saat süreyle kullandırma biçimindeki emri astlarına vermesi konusu suç teşkil eden ve yerine getirilmesi hiçbir kamu görevlisini cezai sorumluluktan kurtarmayan bir eylemdir. Kamu görevlisinin suçun hukuksal yapısında kurucu unsur olarak yer almadığı, sadece kamu görevlilerinin işleyebilmesine özgü olmayan ve herkes tarafından işlenebilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun " görev sebebiyle işlenen suç" olarak kabul edilemeyeceği, TCK'nın 109/3-d bendinde öngörülen kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle, hürriyetten yoksun bırakma eyleminin yalnızca suçun nitelikli hallerinden birini oluşturduğu, kamu görevlisi olmanın bu suçta suçun kurucu unsuru olmadığını izaha gerek bulunmamaktadır. Mahkemenin verdiği bir kararla sağlanan özgürlüğün herhangi bir kamu görevlisi tarafından kısıtlanması veya eksik kullandırılması mümkün olmadığı gibi, hürriyetin kısıtlanmasını sonuçlayan ve konusu itibarıyla suç oluşturan bir emrin yada talimatın uygulanması da, mümkün değildir. Hürriyetten yoksun bırakma suçunun oluşması için, genel kastın yeterli olduğu, özel bir kast ve amaca hukuken gerek bulunmadığı, mağdur tutuklu mahkeme kararına aykırı olarak 2 günlük izin süresinin tamamın kullanılmasını engeller nitelikte hürriyetten yoksun bırakma eyleminin suç olduğunu bilme ve konusu suç olan emri yerine getirmek sureti ile, suç işleme kastının varlığı ve suçun tamamlanması için yeterli olduğu kanaatine varılmış sanıklar hakkında TCK 109/1.maddesi uyarınca tayin edilen 1 yıl 6 ay hapis cezaları aynı kanunun 109/3 maddesi ile bir kat arttırılırken 2 yıl 12 ay yerine 3 yıl olarak fazla belirlenmesi, bu fıkradan sonra 62.maddenin uygulanması ile sonuç cezaların doğru olarak tayin edilmiş olduğundan, sanıkların mağduru önce 24.11.2011 günü, defin sonrasında cezaevine alarak 48 saatlik izni kesintiye uğratmaları ve 25.11.2011

Görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, göreve girmeyen yetkinin benimsenmesi ve görevin çizdiği sınırların aşılmasıdır. Kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu otoriteden, sözünü kabul ettirme gücünden yararlanmaktadır.¹²³ Bir kişinin kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi için kamusal faaliyet yürütmesi gerekir. Kamusal faaliyette, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin bizzat ya da denetim altında yürütülen faaliyetleri kamusal faaliyet olup, bu faaliyetleri yürütenler de kamu görevlisidir. Kamu görevlisinin sınırlarının ve kamusal faaliyetin anlamının belirlenebilmesi için, Anayasanın 128.maddenin 1. fıkrası ve TCK 6/1-c bendinin birlikte düşünülmesi gerekmektedir.¹²⁴

Kamu görevlisinin hürriyetten yoksun bırakma yönünde herhangi bir yetkisi bulunmamasına rağmen, fiili işlemesi veya yetkisi olsa bile, kanunun gösterdiği yöntem ve koşullara uymayarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması halinde, suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olmaktadır. Bir kimsenin evinden hukuka aykırı olarak mahkeme kararı ya da savcılık emri bulunmaksızın alınması, kamu nüfuzunun kullanılması sureti ile, hürriyetinden yoksun bırakılması demektir.¹²⁵ Yine kişinin hukuk kurallarına uygun olarak göz altına alınmasından sonra, gereğinden fazla tutulması ve serbest bırakılmaması da nüfuz kullanarak hürriyetten yoksun bırakmadır. Suç işlemeyen kişinin nezarethanede tutulması, gözaltı süresi dolmasına rağmen sanığın mahkeme önüne çıkarılmaması halinde bu suç oluşur.

Mağdura yönelik hürriyeti yoksun kılma suçunda, kamu görevlisi intibaanı yaratan faaliyetle suçun işlenmesi durumunda, hile ile kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlendiği kanaati ile hüküm kurulur. Kamu görevlisi olmayan kişinin sanki

günü taziye evine götürdükten sonra izin süresi tamamlanmadan tekrar Silivri cezaevine teslim etmelerinin aynı suç işleme kararı altında değişik zamanlarda birden fazla hürriyetten yoksun bırakma suçunu oluşturmasına karşın TCK'nın 43.maddesi ile cezalarının arttırılmaması ve suçlar TCK'nın 53/1-a maddesinde öngörülen kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesine karşın aynı maddenin 5. fıkrasında hak yoksunluğuna hükmedilmemesi karşı temyiz olmadığından; sanıkların mağduru, taziye izni bitmeden, bu iznin tam olarak kullanılmasına engel olacak şekilde kalmış olduğu cezaevine götürmelerinin kendilerine verilmiş suç oluşturan bir emrin yerine getirilmesi olup TCK'nın 110.maddesinin uygulanmasını gerektiren etkin pişmanlık olarak değerlendirilemeyeceği anlaşıldığından bu hususlar bozma nedeni yapılmamıştır, denilerek verilen hüküm düzelterek onanmıştır." (Y.14.CD, 2013/259 E, 2013/3060 K, 21/3/2013 T.)

¹²³ Çakmut, Ö., 2013. *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*. Marmara üniversitesi hukuk fakültesi dergisi. 19 cilt, (2.sayı), s.596.

¹²⁴ TC Anayasa md. 128/1, TCK md.6/1-c.

Kaplan, M., 2015. *Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*. Akdeniz üniversitesi hukuk fakültesi dergisi. 5.cilt, (2.sayı), s.49-77.

¹²⁵ Meran, s.139.

görevliymiş gibi intibaa yaratarak bu suçun işlenmesi durumunda, faile bu maddeye ilişkin nitelikli hal uygulanmaz.¹²⁶ Kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması için kamu görevlisi sıfatının hukuka uygun olarak kazanılmış olması gerekir.

4.1.6 Suçun Üstsoy, Altsoy ve Eşe Karşı İşlenmesi (TCK 109/3-e)

Failin mağdurla akrabalık ilişkisi suçun nitelikli halinin uygulamasını gerektirir. Fail ile mağdur arasındaki yakın ilişkinin suçun işlenmesindeki kolaylaştırıcı etkisi ve toplumsal vehamet duygusunun giderilmesi amacıyla nitelikli hale dönüştürülmüştür. Her türlü akrabalık ilişkisi nitelikli hale girmeyip, belirli bir yakınlık ilişkisi kast edilmiştir. Buna göre fail ile mağdur arasında üstsoy ya da altsoy ilişkisi ya da eşe karşı işlenilmesi durumunda ceza arttırılmaktadır. Üstsoy kavramı ile, kişinin anne ve babası, büyükbabası ile büyükannelerini kapsamaktadır. Altsoy ise kişinin çocukları ile torunlarını kapsamaktadır. Akrabalık ilişkisinin meşru olup olmaması önemli değildir. Fiili anlamda akrabalık ilişkisinin bulunması da bu anlamda kullanılmıştır. Evlilik dışında doğan çocukla var olan kan hısımlığı bu suça göre arttırıcı etken olduğu gibi evlilik ile kurulan sıhri hısımlığa göre altsoy ya da üstsoy ilişkisi kazanıldığında bu ceza hükmüne göre artırım söz konusu olabilecektir. Başka bir deyişle, evlilik ile akrabalık ilişkisi kurulmuş üvey anne, baba ya da çocuk torun ilişkisinde cezanın arttırıcı hükmü uygulandığı gibi resmi evlilik olmamasına karşın gayrimeşru kan bağı kurulan kişiyle olan ilişki cezanın arttırıcı hükmü olarak değerlendirilebilecektir.

Nitekim Medeni Kanun 282. maddesinde, soybağının nasıl kurulacağını düzenlemiştir. Çocuk anne ile bağı doğumla kazanmaktadır. Çocuk ile baba arasındaki soybağı ise, tanıma ya da hakim hükmü ile olduğu gibi, evlilikle de kurulmaktadır. Ayrıca evlat edinme ile, soybağının kurulması mümkündür. Bu nedenle evlatlık ilişkisi ile soybağı kurulması durumunda aynı zamanda üstsoy ilişkisi de kurulmaktadır. Evlatlık ilişkisi, fiili anlamda kanunun nitelikli halin uygulanmasının temelini oluşturmaktadır. Medeni Kanun 293. maddesi gereğince de, evlilik dışı doğan çocuğun da, evlilik içi doğan çocukla aynı hükümlere tabi olması kabul edilmektedir. Bu sebeple gayrimeşru çocukla yaratılan ilişki üstsoy ilişkisinde kendiliğinden kurulmasını

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.500.

sağlamaktadır. Mağdur gayrimeşru çocuk olan kişiye yönelik hürriyeti yoksun kılma suçunda cezanın nitelikli hali kabul edildiği gibi failin gayrimeşru çocuk olması durumunda, üstsoy baba anne ya da büyükanne, büyükbabaya yönelik fiilde de cezanın artırıcı hükmü uygulanması gerekecektir. Bununla birlikte, gayrimeşru çocuk ile, babalık ilişkisinin fiilen tanınmadığı hallerde üstsoy ilişkisinin kurulduğu kabul edilmemektedir. Üstsoy ilişkisinden cezanın ağırlaştırıcı hükmünün uygulanabilmesi için, fiili ilişkinin varlığı önem arz etmektedir.

Evlilik dışında doğan çocukların, sonradan evlenen anne babasının çocuğa karşı işledikleri hürriyetten yoksun bırakma eyleminde TCK 109/3 maddesinin uygulanması gerekir.¹²⁷ Ancak evlilik dışında çocuğun henüz evlenmemiş ve evlenme tanımı ya da hakim kararı ile, kayden babalık ilişkisi kurulmamış babanın çocuğa karşı işlediği, hürriyetten yoksun bırakma eyleminde bu madde uygulanamaz.¹²⁸

MK 282. maddesi gereğince, evlatlık ile soybağı kurulacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte MK 17/2. maddesi gereğince, aynı kan hısımlığı kökünden gelmeyen, kişiler arasında, yansoy hısımlığı olduğu düzenlendiğinden, kan bağı hısımlığı oluşmadığı düşüncesi ile evlatlık halinde cezanın artırıcı hükmünün uygulanmayacağı kanaati de mevcuttur.¹²⁹ Oysa ceza kanununda akrabalık ilişkisinde fiili ilişkinin varlığı dikkate alınması gerekmektedir. Fiilen üstsoy ve altsoy ilişkisi, evlatlık işlemi yapılması ile kurulmaktadır. Fiili kurulan ilişkinin de varlığı nitelikli halin uygulanmasında yeterli olduğuna göre, artık aynı kan kökünden gelmiş olup olmaması yani yansoy hısımlığı olarak değerlendirilmiş olması hüküm ifade etmeyecektir. Başka bir deyişle evlatlık ilişkisi kurulduktan sonra üçüncü kişilere karşı anne, baba, çocuk ilişkisi varlığı kabul görmektedir. Ayrıca mağdur ile fail arasındaki fiili altsoy-üstsoy ilişkisi suçun işlenmesinde toplumsal infiali ortaya çıkartacaktır. Bu hallerde altsoy-üstsoy ilişkisine dayalı suçun işlenmesi halinde cezanın nitelikli hükmünün uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

¹²⁷ "...Sanığın, bir hususu itiraf ettirmek için mağdur kızı Kübra'nın ellerini ve ayaklarını eşarpla bağlamasına bu şekilde iken, sopayla darp etmesine,soruşturma aşamasında tanıklarında bu hususu doğrulamasına, sanığında savcılık ve sorgudaki ifadelerinde mağduru darp ettikten sonra kaçmasını önlemek için ellerini bağladığını beyan etmesine göre; sanığın 5237 s. TCK'nun 109/2-3-e,f maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Y.3.CD, 2017/376 E, 2017/16428 K. 12.12.2017 T.)

¹²⁸ Meran, s.164.

¹²⁹ Meran, s.164.

Medeni Kanununun 18. maddesinde evliliğin sona ermesi ile akrabalık ilişkisinin ortadan kalkmayacağı kabul edilmiştir. Bu hükme göre; evlilik ile ortaya çıkan altsoy-üstsoy ilişkisi evlilik sona erdikten sonra devam etmektedir. Toplum içinde evlilikle kurulan altsoy-üstsoy ilişkisinde üvey anne üvey baba olarak isimlendirilmektedir. Boşanma sonrası, bu altsoy ilişkisinin devamının kabulü halinde cezanın artırıcı hükmü uygulanması gerekmektedir. Oysa Yargıtay eski bir kararında, Medeni Kanunda boşanma ile devam eden akrabalık ilişkisinin aile arasındaki hukuksal bağların devamı amacıyla olduğu, ceza hukuku açısından cezada artırım sebebi olarak kabul edilmeyeceğini kabul etmiştir. Yargıtay kararlarına göre; evliliğin sona ermesi ile sıhri hısımlığın ortadan kalkmayacağına ilişkin hüküm sadece aile arasındaki hukuksal bağların sürdürülmesi amacıyla ilişkin olup, ceza hukuku açısından cezada artırım nedeni olamayacağı belirtilmektedir.¹³⁰ Burada Yargıtayın dikkate aldığı fiili ilişkinin devam edip etmediğidir. Boşanma sonrası evlilikle kurulan sıhri hısımlık fiilen de sona erdiği dikkate alındığında, evlilikle kurulmuş altsoy, üstsoy ilişkisinin korunması gereken bir hukuki kavram olarak önemi ortadan kalkmaktadır. Evlilikle kurulmuş üvey evlat ilişkisi fiilen artık ortadan kalkmıştır. Faille mağdur arasında bu akrabalık ilişkisi fiili olarak var olmadığından taraflar arasında, artık arttırım hükmü olarak uygulanma imkanı kalmamıştır.

Yukarıda bütünüyle bahsettiğimiz gibi ceza kanundaki üstsoy ve altsoy ilişkisinin temeli fiili ilişkinin kurulmuş olmasına dayalıdır. Bu nedenle evlatlık ilişkisi ile altsoy-üstsoy ilişkisi kurulması, cezanın artırıcı hükmünün uygulanması için yeterlidir. Ayrıca akrabalık ilişkisinde kan bağının varlığının şart olması aranmamalıdır.

Resmi memur huzurunda evlenme ile karı koca olunur. Resmi evlilik ilişkisi kurulmadan evlilik ilişkisi kabul edilmemektedir. Ceza kanunundaki hükümlerin lafzi yorumu önem arz etmekte olup, ceza hukukunda kıyas yasağı söz konusudur. Bu nedenle eş kavramı ile, Medeni Kanunda yer alan eş tanımlaması kastedilmektedir. Resmi memur huzurunda evliliği kayda geçirilmeyen kişilerle ilgili olarak cezanın artırıcı hükmü uygulanmayacaktır. İmam nikahı ile bir arada yaşayanlar ya da fiilen birlikte yaşayanlar hakkında, bu nitelikli hal uygulanmaz.¹³¹ Buna karşın boşanma

¹³⁰ Y. 1. CD. 5045/637 s. 14/3/1995 T." Meran, s.164.

¹³¹ Parlar/Hatipoğlu, s.904.

aşaması devam eden kişiler arasında bu ceza hükmünün uygulanması engel teşkil etmemektedir.¹³²

4.1.7 Suçun Çocuğa Ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi (TCK 109/3-f)

Hürriyetten yoksun kılma suçunun çocuğa ya da beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiyeye karşı işlenmesi halinde, TCK 109.maddenin 3. fıkrasının f bendi gereği, ceza arttırılarak uygulanacaktır.¹³³ Burada sayılan fiiller, fiilin işlenmesinde kolaylık sağladığından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Mağdurun kendisini savunamayacak durumda olması; sakatlık, ağır hastalık, akıl zayıflığı, ruh hastalığı gibi nedenlerle suça karşı koyamayacak durumda olmasını ifade etmektedir. Mağdurun kendini savunamayacak durumda olmasının sürekliliği gerekli olmayıp fiilin işlendiği sırada bu durumun bulunması yeterlidir. Mağdurun fail tarafından bu duruma getirilmiş olmasına gerek yoktur. Örneğin; mağdurun alkollü olması ve kendini savunamayacak durumda olması halinde, bu nitelikli halin uygulanması gerekir.¹³⁴ Yine mağdurun geçirdiği ağır bir hastalık nedeniyle yatağa bağlı olduğu bir zamanda suçun işlenmesi halinde nitelikli hal uygulanacaktır.

¹³² "...Saniğin ayrı yaşadığı eşi mağdureye telefon açıp müşterek çocuklarını hastahaneye götüreceklerini söyleyerek diğer saniğin kullandığı araca mağdure ile annesinin hile ile binmesini sağlamanın ardından yolda duran araca başka bir sanıkla beraber bindiği ve anneyi aşağı indirdikten sonra kaçmaya çalışan mağdureyi diğer sanıkla birlikte tutup zorla araca bindirdiği mağdure ile tanık anlatımları, doktor raporu ve tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından saniğin TCK 109/2, 109/3-b, 109/3-e maddeleri gereğince mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde aynı kanunun 109/1, 109/3-b, 109/3-e maddeleri ile hüküm kurulması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına." (Y.14.CD, 2014/10086 E, 2017/4486 K, 04.10.2017 T.)

¹³³ "...Olay tarihinde cinsel amaçlı olarak 15 yaşından küçük mağdureyi 15/3/2007 ile 2/4/2007 tarihleri arasında alıkoyan saniğin eyleminin hukuka aykırı olduğunda ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Eylemin gerçekleştirilmesine mağdurenin rızasının olması TCK 26/2 maddesi kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürülebilecek ise de; 15 yaşından küçüklerin cinsel amaçlı olarak alıkonulmalarına gösterdikleri rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olamayacağı Yargıtayın istikrarlı kararları ile kabul edilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 109/1 maddesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun; " Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması" olarak tanımlanması ve bu suçun mağdurunun çocuk olmasının suçun unsurları arasında sayılmaması karşısında, 15 yaşından küçük olan mağdureyi rızasıyla ve cinsel amaçlı olarak hürriyetinden yoksun bırakan sanık hakkında TCK'nın 109/1 maddesinde tayin edilen temel cezanın, mağdurenin çocuk olması sebebiyle aynı maddenin 3. fıkrasının (f) bendi uyarınca arttırılmasına karar verilmesi isabetlidir." (YCGK 2013/14-511 E.,2013/449 K. 12/11/2013 T.)

¹³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.498 .

Mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olup olmadığı yargılama sırasında bilirkişi incelemesi ile de ortaya çıkarılabilir. Örneğin kol ve bacağı kesik olan kişinin fiile karşı savunmada bulunması, mümkün olmadığı gibi, yeni ameliyat olmuş dikişleri henüz sökülmemiş kimsenin de karşı koyması olanaksızdır. Ağır kalp rahatsızlığı, zeka geriliği halinde de mağdurun karşı koyamayacağı düşünülebilir, bunların tespiti için mahkemece bilirkişi incelenmesi yapılması gereklidir. Failin bu bentte belirtilen nitelikli halden sorumlu olabilmesi için, mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olduğunu bilmesi gereklidir. Failin, bunu bilmemekle birlikte, kuşkulanasını gerektiren bir durumun varlığına rağmen eylemi gerçekleştirmesi halinde olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir.¹³⁵ Fail bu durumda TCK 30/1 maddesinde öngörülen, hata hükümlerinden yararlanır. Böylece, mağdurun kendini savunamayacak durumda olduğunu bilmeden hataen hareket eden faile bu hatasından istifade etmek suretiyle cezanın artırıcı hükmü uygulanmayacaktır.

Fiilin çocuğa karşı işlenmesi, nitelikli bir hal olup, TCK 6/1-b maddesine göre çocuk henüz 18 yaşını doldurmamış kişidir. Failin yaşı, mağdurun yaşından daha küçük olması halinde de mağdur 18 yaşını doldurmamış ise nitelikli hal uygulanacaktır. Bu suçta nitelikli halin mutlak biçimde uygulanacağını belirtmesinin yerinde olmadığı çünkü çocuğa karşı fiilin daha ağır cezalandırılmasının nedeninin çocuğun korumasız olması, fiilden daha çok etkilenecek olması ve çocuğa karşı fiilin işlenmesindeki kolaylık olduğunu oysa çocuğun çocuğa karşı işlediği suçta bu gerekçenin geçerli olmadığını fakat TCK'daki mutlak ifade nedeniyle bu nitelikli halin uygulanmak zorunda kalındığını belirten görüşler de mevcuttur.¹³⁶ Bizim de görüşümüz bu yönde olup, özellikle çocuğun çocuğa karşı işlediği suçlarda her olayda ayrıca değerlendirme yapılarak, mağdur çocuğun savunmasızlık durumunun araştırılması yerinde olurdu.

Yaş küçüklüğü kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran kişisel bir sebeptir. Suç işleyen çocuk hakkında, yaptırım uygulanabilmesi için, belli bir yaş sınırı öngörülmüştür. Buna göre 5237 sayılı TCK 31. maddesinde fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocuklar ile, kusur yeteneği bulunmayan 12-15 yaş arası çocukların ceza sorumluluğu olmadığı düzenlemesi yapılarak, diğer taraftan kusur yeteneğine sahip

¹³⁵ Meran, s.165.

¹³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.498.

12-15 yaş arası çocuklar ile 15-18 yaş arası çocuklar hakkında indirimli ceza uygulaması düzenlenmiştir. Burada yaş küçüklüğü ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak ortaya çıkmaktadır.¹³⁷

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda çocuk, failin alt soyu ise TCK 109/3-(e) bendine göre hareket edilmelidir. Çünkü buradaki çocuk failin altsoyudur, faile göre yabancı bir kişi değildir.¹³⁸

TCK 234.maddenin 3. fıkrasında, evi terk eden çocuğu yetkili makamlara veya ailesine bildirmeden alıkoymak ayrı bir suç hükmü olarak düzenlenmiştir. Bu suç tipi ile hürriyetten yoksun bırakılması fiilinin karıştırılması olasılığı söz konusudur. TCK anlamında onsekiz yaşını doldurmamayan kişi çocuktur. Çocuğun menfaatine olarak anne, babanın ya da kanuni temsilcisinin, vasisinin çocuğun belli bir yerde bulunmasını ve kendi iradesi dışında bir yeri terk etmesini engelleme hakkı vardır. Çocuk kendi menfaati aleyhine olacak biçimde evini terk etmesi durumunda tecrübesizliği göz önünde bulundurularak daha büyük tehlikelerle karşılaşması olasılığının önüne geçilmesi için TCK 234/3 maddesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde evi terk eden çocuğun ailesine ya da yetkili makamlara haberdar edilmeden tutulması, şikayet halinde hapis cezası ile cezalandırılması düzenlenmiştir. Bu durumda evi terk eden çocukla ilgili hürriyeti yoksun kılma halinin de gerçekleşmesi, fikri içtima hükümlerinin uygulanması neticesini ortaya çıkartacaktır. TCK 44 maddesi gereğince cezası daha ağır olan hürriyeti yoksun kılma suçuna ilişkin cezanın artırıcı hükmü uygulanacaktır. Bu durumda, evi terk eden çocuğun iradesinin gerçek olup olmadığı hile, cebir ya da tehditin var olup olmadığı da araştırılacaktır. Rızanın var olduğu kabul edilmesi durumunda yetkili makam ya da ailesine haber vermeden çocuğu alıkoymak kişiyi hakkında TCK 234/3. fıkrasının uygulanması söz konusu olacaktır.¹³⁹ Öncelikle ilgilinin rızasının işlenen fiili hukuka uygun hale getirmesi için rızaya ehil olması gerekir. Temyiz kudretine sahip herkes rıza açıklamasına ehildir. Rıza ehliyetine sahip kişinin, mutlak tasarrufta bulunabileceği bir haktan vazgeçmenin anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olmalıdır. Kanun mağdurun yaşını rızaya ehliyet açısından özel olarak belirtmişse, artık bu küçüklerin rıza ehliyetleri bulunsa bile kabul edilmez.

¹³⁷ Aslan, s. 32.

¹³⁸ Koca/Üzülmez, s.417.

¹³⁹ Karagülmez, A., 2010. *Evi Terk Eden Çocuğu Yanında Tutma Suçu. Ceza hukuku dergisi. 5.cilt, (12.sayı), ss.73-85.*

Hürriyetten yoksun kılma suçunda rızaya ehliyet açısından bir yaş belirlemesi yapılmamıştır. Bu nedenle ehil kişinin serbestçe tasarruf ettiği, özgürce açıkladığı rızanın varlığının tespit edilmesi durumunda, bu rızaya uygun evden kaçan çocuğun aile ya da yetkili makamlar haberdar edilmeden bir arada tutulması durumunda, şikayetin varlığı halinde TCK 234.maddesindeki suçu oluşturacaktır. Rızanın yokluğuna kanaat edilmesi halinde hürriyetin yoksun kılınmasının nitelikli halinin uygulanması gerekmektedir.

TCK 109/3-f bendinde belirtilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesi hali, TCK 234.maddenin 3. fıkrasındaki suça göre daha genel niteliktedir. Her iki suçun oluştuğunun birlikte değerlendirilmesi halinde yukarıda yer verildiği gibi TCK 44. maddesinde yer alan fikri içtima hükümleri dikkate alınacaktır. Daha ağır cezai hüküm ifade eden kişi hürriyetinden yoksun kılma halinin uygulanması gerekecektir.¹⁴⁰

4.1.8 Suçun Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması (TCK 109/4)

Suç sebebiyle, mağdurun yaşadığı ekonomik kaybın önemli bir miktara ulaşması failin hapis cezası yanında para cezasıyla karşılaşması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Ceza hükmünün bu niteliği, artırıcı hali faile adli para cezasının uygulanması için bir gerekçe teşkil etmektedir. Bu madde ile bir suçla ilgili iki ayrı ceza yaptırımının uygulanması bir nitelikli hal olarak ortaya çıkmaktadır. Adli para cezasının üst sınırı kanun maddesinde düzenlenmiştir.Kanun maddesinde bin güne kadar adli para cezası denmek suretiyle ekonomik kaybın ağırlık derecesine göre para cezasının alt sınırdan

¹⁴⁰ "...Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan sanığın 5237 s. TCK'nın 234/3, 62/1 maddeleri gereğince dört kez 2 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve anılan kanunun 51/1 maddesi uyarınca hapis cezalarının ayrı ayrı ertelenmesine dair verilen karar incelenmiş olup, YCGK'nun Dairemizcede benimsenen 30/6/2015 gün 2014/14-678 E, 2015/267 K. s. ilamında da belirtildiği üzere olay tarihinde 15 yaşından küçük mağdurelere yaşları itibarıyla hukuken geçersiz olan rızalarına istinaden alıkoyması eyleminin 5237 s. TCK'nın 109/1, 109/3-f, 43/2 maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturması karşısında, bu yönde kanun yarına bozma yoluna gidilmesi nazara alınmadan, sanık hakkında çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan dolayı Burdur 3. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mağdur sayısınca kurulup temyiz edilmeksizin kesinleşen mahkumiyet hükümleri ile ilgili olarak sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin tatbiki gerektiğinden bahisle kararın kanun yararına bozulması istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görülmediğinden, vaki kanun yararına bozma talebinin bu suç yönünden reddine karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2017/8150 E, 2017/6640 K, 21/12/2017 T.)

itibaren kademeli olarak uygulama imkanının yaratıldığını göstermektedir. Bununla birlikte, ağırlaştırıcı hüküm olarak para cezası yaptırımını için, temel değer ekonomik kaybın önemli bir kayıp olmasıdır. Bu anlatımla adli para cezasının yaptırımının hapis cezası ile birlikte uygulanması için ekonomik kaybın önemli nitelikte olması gerekir. Kayıp önemli ise adli para cezası yaptırımını uygulanacak, fakat kaybın çok daha önemli olarak nitelendirilmesi aşamasında dahi adli para cezası bin günü geçmeyecektir. Kanun düzenlemesine göre kademeli ceza uygulaması dikkate alındığında, ekonomik kaybın tek başına önemli olarak nitelendirilmesi durumunda doğrudan bin gün adli para cezası uygulanması yerinde olmayacaktır. Adli para cezası ekonomik kaybın önemlinin daha da ilerisinde bir değer ifade etmesi durumunda cezanın en üst yaptırımını olan bin günlük adli para cezası uygulanacaktır. Önemli kavramından başlayarak kademeli olarak ekonomik kaybın değerlendirilerek, adli para cezasının uygulanmasının dikkate alınması gerekmektedir. Bu durumda hakim ekonomik kaybın önemli olduğuna kanaat getirdiğinde TCK 52.maddesi hükmü de dikkate alınarak adli para cezasının asgari haddi olan beş günden başlayarak bin güne kadar adli para cezası uygulayacaktır.

Bu nitelikli halin uygulanması için, ekonomik kaybın önemli derecede olması gerekir.¹⁴¹

Fakat bu kaybın neye göre değerlendirileceği kanun hükmünden açıkça anlaşılmamaktadır. Hürriyeti yoksun kılma suçundan dolayı mağdurun yaşamış olduğu ekonomik malvarlığındaki azalma mı kastedilmektedir yoksa mahrum kalınan kârın da bu kaybın içinde değerlendirilmesi mi gerekmektedir ? Kanuni düzenlemede ekonomik kaybın ne şekilde olduğu hususunda bir ayırım yapılmadığına göre suçun meydana gelmesinden dolayı mağdurun malvarlığındaki bütünüyle azalma yani mahrum kalınan kârında bu kaybın içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir iş adamının yapılan ihaleye teklif vermesine engel olmak amacıyla hürriyetinden yoksun kılınması durumunda bu suçla ilgili mağdur iş adamının uğradığı ekonomik kayıp yanında ihale ile elde edeceği kâr kaybının da ekonomik kayıp olarak değerlendirilerek bir bütün halinde kaybın ekonomik olarak önemli bir rakama ulaşmış olduğunun gözetilmesi gerekir. Aynı şekilde mağdurun üniversite sınavını kaçırmaması halinde de bu nitelikli hal uygulanacaktır.¹⁴² Mağdurun üniversite sınavını kaçırmaması nedeniyle ekonomik

¹⁴¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 426.

¹⁴² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.278.

kaybının değerlendirilmesinde, mahrum olunan kâr olarak, üniversite sınavında mağdurun yüksek notla elde edeceği burs imkanlarının da dahil edilip edilmeyeceği farazi bir değerlendirme olarak düşünülebilir. Ceza hukukunun niteliği gereği her bir olayın yaşanan duruma göre, hakim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre; ekonomik kaybın ağırlığına göre hakim adli para cezasını alt sınırdan uzaklaşarak uygulayacaktır.

Ekonomik kaybın önemli derece olmasını, mağdurun subjektif niteliği dikkate alınarak mı yoksa objektif kriterler uyarınca mı belirleneceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Asgari ücretle çalışan mağdura yönelik eylemde ekonomik kaybın 10.000 TL olması önemli bir kayıp olarak değerlendirilebileceği, birden çok fabrika sahibi zengin bir kişi için ise 10.000 TL 'nin önemli bir kayıp olarak nitelendirilemeyecektir. Buna göre ekonomik kaybın paranın genel satın alma düzeyi gözetilerek mi değerlendirileceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Mağdurun yaşadığı ekonomik ve sosyal duruma göre, kaybın değerlendirilmesi dikkate alındığında, asgari ücretle çalışan kişi için 10.000 TL kayıp, önemli kayıp olarak gözetilmelidir. Kanun düzenlemesi dikkate alındığında, mağdurun ekonomik kaybının mahkemece gözetilmesi gerekir. Bu nedenle, mağdurun yaşadığı ekonomik ve sosyal durum dikkate alınarak kaybın önemli olup olmadığının her bir suç konusu olay içinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmaktadır.

Burada suçun netice itibariyle ağırlaşmış hali mevcuttur. Failde mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına sebep olmaya yönelik kastının bulunması gerekmez.¹⁴³ Doktrinde bir kısım yazarlar, kasten işlenebilen bir suçta cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli halin de kasten işlenmesi gerektiği kanaatindedir. Buna göre, failin sorumlu tutulabilmesi için taksirinin varlığının yeterli olduğunun kabul edilmesi suç teorisinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Zira kasten işlenebilen bir suçtan cezanın arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal öngörülmüş ise, failin sorumlu tutulabilmesi için bu haller bakımında da kastının varlığı aranır. Kastın nitelikli hali kapsamadığı yani failin nitelikli haller bakımından kasten hareket ettiği tespit edilmedikçe bundan dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir.¹⁴⁴ Oysa kanun düzenlemesi ile, mağdurun ekonomik kaybının olabilme ihtimali fail tarafından önceden

¹⁴³ Parlar/Hatipoğlu, s.905.

¹⁴⁴ Koca/Üzülmez, s.417.

Toroslu, s.87.

öngörülebilir niteliktedir. Failin mağdura yönelik doğrudan ekonomik kaybı hesaplamama hali mümkün olmasına karşın gayri muayyen kastın olduğu muhakkaktır. Fail kişi hürriyetini yoksun kılma suçunda ilk planda mağdura ekonomik kayıp yaşatmayı amaçlamamış olabilir ya da ekonomik kaybın miktarı ve niteliğinin ne olduğunu önceden öngörmemiş olabilir. Ekonomik kaybın büyüklüğünün ne oranda olacağını düşünmüş olması beklenmez. Bu konuda failde var olan varsayımsal düşünce başka bir deyişle gayri muayyen kastın varlığı yeterlidir. Sosyal ortam içinde failin mağdura yönelik eyleminde, ekonomik kaybını kalem kalem düşünmüş olması ve kastını buna yönelik oluşturması beklenemez. Suçun işlenmesine yönelik genel kastın varlığı yeterlidir. Failin genel kastının varlığı tespit edildiğinde suçun nitelikli halinin uygulanması imkanı da ortaya çıkacaktır.

Buna karşı fail mağdura ekonomik olarak zarar verme amacıyla aynı zamanda da hürriyetinden yoksun bırakmışsa gerçek içtima hükümleri uygulanacağından, TCK 109/4 maddesi uygulanmayacaktır.¹⁴⁵ Failin iki ayrı suç işlemeye kastıyla hareket ettiği tespit edilmesi durumunda ise suçun tamamlanma şekli dikkate alınarak iki ayrı suçla ilgili hüküm kurulabilecektir. Örneğin; fail mağduru hürriyetinden yoksun bırakma amacıyla kolundan tutup dükkanından çıkartırken bu arada ekonomik yönden de kaybına sebep olacak şekilde dükkanı ateşe vermesi halinde iki ayrı suç meydana gelecektir. Fail mağduru hem hürriyetinden yoksun bırakmak amacıyla kaçırmakta, hem de ekonomik zarara uğraması için işyerini ateşe vermektedir. Her iki suçtan ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır.

4.1.9 Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi (TCK 109/5)

Failin cinsel amaçla suç işlemesi hali, ayrı bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Burada failin güttüğü amaca göre bir nitelikli hal ihdas edilmiştir. Cinsel tatmin arzusu ile hürriyetin yoksun kılınması başlı başına bir nitelikli haldir. Bu nitelikli hal ile maddede yer alan diğer nitelikli haller bir arada işlenmiş olabilir. Suçun cinsel amaçla işlenmesi sırasında, maddenin 2. fıkrasında belirtilen cebir, tehdit veya hile kullanılmış olabilir veya TCK 109.maddenin 1-3-4. fıkralarında belirtilen şekillerde de

¹⁴⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, , s.3627.

işlenmiş olabilir. Bu durumda hüküm kurulurken önce yukarıdaki fıkralara göre ceza belirlendikten sonra 5. fıkra nedeniyle verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır.¹⁴⁶

Bir kimsenin cinsel saik ile veya evlenmek amacıyla kaçırılması ve bir yerde alıkonulması eylemi, kişinin bir yere gitmek hürriyetinden yoksun bırakılmasıdır. Cinsel amaçtan maksat, failin eylemi işlerken cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesidir.¹⁴⁷ Burada failin cinsel amaçla hareket etmesi yeterli olup, bu amacı gerçekleştirmesi gerekmez.¹⁴⁸,¹⁴⁹ Suçun özel kastla işlenmesi gerekir. Özel kastın saptanamaması ya da intikam almak amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda bu fıkra uyarınca ceza arttırılmayacaktır. Örneğin; bir kadının borcu nedeniyle alıkonulması halinde, cinsel amaçla hareket edilmediği ortadadır. Bu nitelikli halin her olayın kendi koşulları gözetilerek, ortaya çıkarılması gerekir.¹⁵⁰ Mağdurun evlenme amacıyla kaçırılması halinde, evlenmenin cinselliği de içerdiği, bu nedenle artırımın uygulanması gerektiği yönünde Yargıtay kararları mevcuttur.¹⁵¹ Ancak, doktrinde evlenme maksadının TCK 109/5'te belirtilen cinsel amacı her zaman karşılamayacağı, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birinin işleneceğini gösteren deliller varsa bu nitelikli halin uygulanabileceğini belirten görüşler vardır.¹⁵²

Cinsel amaçla hürriyeti kısıtlama eyleminde bu suçu bizzat gerçekleştiren failin amacı olabileceği gibi onu azmettiren kişinin amacı da olabilir. Bu durumu bilenler yönünden nitelikli hal geçerli olacaktır.

Failin, mağdurun hürriyetini kısıtlama süresi ile, bu esnada cinsel amacı gerçekleştirme süresi birbirine eşit ise, TCK 109.maddesindeki suç oluşmayacak, bu

¹⁴⁶ Yurtcan, , s.118.

¹⁴⁷ Çakmut, s.598.

¹⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.501.

¹⁴⁹ "...Sanığın olay tarihinde 15 yaşını tamamlamamış mağdure ile değişik tarihlerde birden çok kez buluşup, elinden tutmak ve öpmeye çalışmak şeklinde gerçekleşen eylemlerinden dolayı, TCK'nın 109/1,109/3-f,109/5, 43.maddeleri gereğince mahkumiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına." (Y.14.CD. 2014/7565 E, 2017/2629 K, 15/05/2017 T.)

¹⁵⁰ Meran, s.168.

¹⁵¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.501.

"...sanık F'nin aynı iş yerinde çalıştıkları mağdure S' ye evlenme teklif ettiği mağdurenin bu teklifi kabul etmediği, sanığında mağdureye " bak fabrikada adımız çıkıyor" seni aileden isteteceğim" dediği ve iş çıkışı S'yi kaçırmaya karar veren sanıkların suçu cinsel amaçla işledikleri anlaşıldığı..." (Yargıtay 14. CD, 9.7.2014, 2012/13315, 2014/9362)

¹⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s.501.

"Kanaatimizce evlenme maksadını kanundaki cinsel amaç unsurunu her zaman karşılar olarak yorumlamak mümkün değildir. Kaçırılan(veya kaçırılmak istenen)mağdura karşı cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birinin işleneceğini gösteren deliller varsa ancak o zaman bu nitelikli hale başvurulmalıdır."

sürenin öncesi veya sonrasında hürriyetin kısıtlanması mevcut ise TCK 109. maddesindeki bu suç oluşacak ve bu süre hakim tarafından takdir edilecektir.¹⁵³,¹⁵⁴ Yargıtay 5. CD. suçun işlenmesinden önce mağdurun bir yere götürülmesi ve burada cinsel amacın gerçekleştirilmesi halinde TCK 102 ile TCK 109/5 maddesinin gerçek içtima hükümleri gereği uygulanmasını belirtmiştir.¹⁵⁵

Cinsel amaçla mağdura yönelik hürriyetten yoksun kılma suçunda, mağdurun vasfı ve konumu ile ilgili herhangi bir sınıflandırma yapılmamıştır. Oysa TCK 31.maddesi fail açısından yaşı dikkate alarak bir sınıflandırma gerçekleştirmiştir. Yaşı küçük mağdurlara yönelik cinsel amaçlı suçlarda, toplum ve bireyin gördüğü zararın daha vahim olduğu muhakkaktır. Suç tipinde, suçla yaptırım arasında adalet ve dengenin korunması temel amaçlarından birisidir. Yaşı küçük mağdura yönelik suçla bağlanan yaptırımın da suçun vehameti oranında artırılması gerekmektedir. Bu nedenle,

¹⁵³ Yaşar/Gökcan/Artuç, , s.3629.

¹⁵⁴ "...Mağdurenin hareket edebilme özgürlüğünü ortadan kaldırmadan cinsel istismar eyleminin gerçekleştirilmesine fiilen olanak bulunmaması nedeniyle anılan suçun işlendiği sırada ve bu süre sınırlı zaman dilimi içerisinde mağdurenin iradesi ile hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı kanaatine varılmıştır." (Y. 14.CD, 2016/ 4959 E, 2010/6510 K. 6.9.2016 T.)

¹⁵⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.397.

"Sanığın mağduru, "sana bir şey vereceğim" diyerek henüz inşa halindeki binaya götürerek burada livata eylemini zorla gerçekleştirdiği olayda; 5237 s. TCK'nın 109/1 maddesinde " bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden mahrum bırakan kişiye" denilmek sureti ile, orada rıza dışında tutulma halinin ayrıca yaptırıma bağlanmış olması ve 765s. yasada öngörülen hakimiyet tesisi unsurunun bu düzenleme karşısında tartışılmasına ve kabulüne imkan bulunmamasına nazaran cinsel amaçlı hürriyetinden yoksun bırakma suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi..." bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi 20.5.2008, 11696/4617)

"Sanık M.M'nin cinsel saldırı suçundan 5237 s. TCK'nın 102/1, 102/3-d, 102/5 ve 62 maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ise aynı kanunun 109/2, 109/3-a, 109/5 ve 62 maddeleri uyarınca 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına yerel mahkemece karar verilmiştir. Uyuşmazlık sanığın üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yasal unsurları itibariyle oluşup oluşmadığının belirlenmesine ilişkindir.Saat 06:30-07:00 sıralarında koşmakta olan katılanın yanına gelen sanığın, konuşmak istediğini belirtmesi, sanığı tanımayan katılanın konuşma teklifini geri çevirerek koşmaya devam etmesi bunun üzerine, sanığın elinde bıçak olduğu halde, katılanın kolundan zorla tutarak gitmesini engellemesi, katılanın sanıktan kurtulmak istemesi üzerine aralarında bir süre boğuşma yaşanması, boğuşmanın etkisi ile, katılan ve sanığın yolun alt tarafında bulunan çalılıklara yuvarlanmaları ve burada katılanın direncini kıran sanığın sonrasında katılana karşı cinsel saldırı suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında; sanığın koşmakta olan katılanın kolundan zorla tutarak gitmesini engellemek sureti ile, katılanın hareket özgürlüğünü sınırladığı, devamında da kurtulmak isteyen katılanı bırakmamak sureti ile özgürlüğü sınırlama eylemini devam ettirdiği sabit olup, sanığın üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yasal unsurları itibariyle oluşmuştur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde sanığın, katılana karşı ayrıca cinsel saldırı suçunu da işlemiş olması, bu suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Kaldı ki, cinsel saldırı suçunun işlenmeye başlandığı ana kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından yeterli süre geçmiştir. Yasal unsurları oluşan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanığın cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü yasaya uygundur." (YCGK, 2012/14-1409, 2013/37 K. 05.02.2013 T.)

yaşı küçük mağdurlara cinsel amaçla işlenecek suçlarda yaptırımın kademeli olarak uygulanması seçeneğinin dikkate alınması yerinde olacaktır.

Yaşı küçük mağdura yönelik cinsel amaçlı hürriyeti yoksun kılma suçunda, TCK 31. maddesi sınıflandırması da dikkate alınarak 0-12 yaş arasındaki mağdurlara yönelik suç yaptırımının daha vahim nitelik taşıması gerekir. 0-12 yaş arasındaki mağdura yönelik suçta TCK 109'un genel yaptırım oranları dikkate alınarak temel bir yaptırım hükmünün bağlanması mümkündür.

4.1.10 Suçun İşlenmesi Amacıyla veya Sırasında Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hallerinin Gerçekleşmesi Durumunda Ayrıca Kasten Yaralama Suçuna İlişkin Hükümlerin Uygulanması (TCK 109/6)

Suçun işlenmesi sırasında ya da suçun işlenmesi amacıyla mağdur üzerinde meydana gelebilecek yaralanmalar, kanuni düzenlemede ayrı bir suç olarak değerlendirilmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdur olan kişinin yaralanması halinde ayrıca kasten yaralama suçunun olduğu tespit edilmektedir. Mağdurda neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamadan bahsedilebilmesi için, TCK 87.maddesinde belirtilen sonuçlardan birinin ortaya çıkmasına sebep olunmalıdır¹⁵⁶ Burada, kanun koyucu neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu cebir kavramı içinde değerlendirmemiştir.^{157 158}

Suçun işlenmesi sırasında yada işlenmesi amacıyla, mağdura yönelik, kasten yaralama suçunun basit şekli gerçekleşmesi durumunda kasten yaralama suçundan ayrıca ceza verilmeyecektir. Kasten yaralama suçunun ayrıca var olduğuna kanaat edilmesi için, yaralama fiilinin nitelikli hallerinden birisinin gerçekleşmiş olması

¹⁵⁶ Toroslu, s.93.

¹⁵⁷ Hafizoğulları/Özen, , s.193.

¹⁵⁸ "...Mağdurun alınan doktor raporuna göre; basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüdeki yaralanmasının, TCK'nın 109/6.maddesi uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsuru olduğu gözetilip kasten yaralama suçundan ceza verilemeyeceği düşünülmeden, sanık hakkında mağdura yönelik eyleminden dolayı ayrıca TCK'nın 86/2 maddesi ile mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir." (Y.6.CD, 2014/2813 E, 2017/814 K. 4.4.2017 T.)

"Olay günü sanıkların dışarıda katılan ile suça süreklenen çocuğun buluşmasına müteakip onların bulunduğu arabaya binip Margap göleti mevkiine götürdükten sonra burada zorla alıkoydukları katılanı yaraladıkları ve alınan doktor raporuna göre katılında meydana gelen yaralanmanın 5237 sayılı TCK'nın 87. maddesi kapsamında, kalmaması sebebiyle yaralama eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir unsuru içinde kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde ayrıca kasten yaralama suçundan mahkumiyet hükümleri kurulması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2016/11621 E, 2017/2485 K. 8.5.2017 T.)

gerekir. Basit yaralamanın olması durumunda, hürriyeti yoksun kılma fiiline ilişkin olarak cebir fiilinin uygulandığının ispatı olarak kabul edilmelidir. Basit yaralama ile yaralamaya uğrayan mağdura yönelik bu eylemler nedeniyle cebir suçundan failin cezasında artırım söz konusu olacaktır. Fakat ayrıca kasten yaralama suçunun oluştuğu, kanaatine varılamayacaktır.

Suçun işlenmesinde cebir kullanılması mağdurda TCK 86.maddesinde düzenlenen yaralama suçunu oluşturuyor ise de bileşik suça ilişkin TCK 42.maddesi uyarınca cebir kullanma, hürriyetten yoksun kılma suçunun nitelikli haline ilişkin, maddi unsuru oluşturduğundan faile tek suçtan ceza verilecektir. Çünkü, TCK 42.maddesinde gösterilen bileşik suç söz konusudur.^{159, 160} Kişi hürriyetinden yoksun kılınırken veya yoksun kılındığı esnada TCK 87. maddesinde gösterilen yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda hem 87.maddesindeki yaralama hem de 109.maddede gösterilen hürriyetten yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulacaktır. Gerçek içtima söz konusudur. Hakim önce hürriyetten yoksun kılma suçunun işleniş biçimini ve sonuçlarını dikkate alarak ağırlaşmış haller gerçekleşmişse cezayı ona göre belirleyecek, ikinci aşamada TCK 87.maddesinde¹⁶¹

¹⁵⁹ Gündel, A., 2009. *Türk ceza kanunu açıklaması*. Ankara: Sözkese Matbaacılık., s.2611.

¹⁶⁰ "...Sanıklar Mustafa ve Devecinın mağdur Ferhan'a yönelik yaralama eylemi rapor içeriğine göre, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun zor unsuru içinde kaldığı halde, ayrıca TCK'nın 86/2 maddesine göre de cezalandırılmalarına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Y. 5. CD., 8136-7057 s., 19/9/2006 T.)

"...Saniğin mağdure İkbali hürriyetinden yoksun kılmak için kaçırma teşebbüs ettiği esnada, mağdureyi basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde, yaralama eyleminin aynı kanunun 109/6 maddesi uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun zor unsuru kapsamında bulunduğu gözetilmeyerek bu eylemden de ayrıca yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Y. 14. CD., 2011/15026 E., 2013/4561 K., 16/4/2013 T.)

¹⁶¹ TCK 87.maddesinde:" 1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de, çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza bir kat arttırılır. Ancak verilecek ceza birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz .

2) Kasten yaralama fiili mağdurun; a) İyileşmesi, olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine

c) Konuşma yada çocuk yapma yetilerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza iki kat arttırılır. Ancak, verilecek ceza birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

3) Kasten yaralamanın vucutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar arttırılır.

öngörülen netice sebebiyle ağırlaşmış haller de mevcut ise 87. maddedeki hallere uygun cezayı belirleyerek neticede her iki cezayı toplayacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinin düzenlendiği yukarıda belirtilen TCK 87. maddesindeki hallerden birinin meydana gelmesi halinde, TCK 109/6.maddesi gereği hürriyetten yoksun bırakma suçuna ilişkin hükmün yanında, TCK'nın 87.maddesi gereğince de fail cezalandırılacaktır. Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekliinden failin sorumlu tutulabilmesi için TCK 23.maddesinin de dikkate alınması gerekmektedir.¹⁶²

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, mağdura yönelik neticesi ağırlaştırılmış yaralama fiilinin oluştuğunun tespiti durumunda yeni suçla ilgili hüküm kurulduğuna göre, bu suçun oluşmasına yönelik failde de iradenin varlığı tespit edilmelidir. TCK 87. maddesinde belirtilen netice sebebiyle ağırlaşmış haller mevcut değilse TCK 109/6. maddesi uygulanmayacaktır.¹⁶³

4.2 CEZAYI ETKİLEYEN NEDENLER OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından TCK 110.maddesinde şahsi cezasızlık hali olan etkin pişmanlık düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan kişi, soruşturmaya başlanmadan önce,¹⁶⁴ mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendi iradesi ile

4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin 1. fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise, oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

¹⁶² Koca/Üzülmez, s.422.

TCK md. 23.

¹⁶³ Yurtcan, E., 2012. *Hürriyete Karşı Suçlar*. 3. Baskı. Ankara:Adalet Yayınevi., s.121.

¹⁶⁴ "5271s. CMK'nın 2,158/1, 161/1, 161/2, 161/3 maddeleri ile YCGK'nın Dairemizce de benimsenen 17.10.2006 gün ve 2006/165-213 sayılı kararına göre, soruşturma evresinin Cumhuriyet Savcısının suç şüphesini öğrenmesi ile başlayacağı hususu nazara alınarak yapılan değerlendirmede dosya içerisinde, Cumhuriyet Savcısından talimat alınmasına ilişkin düzenlenmesi gereken kolluk görüşme tutanağının bulunmaması karşısında, Cumhuriyet Savcısı tarafından olayın öğrenildiği zamanın belirlenemediği ve mağdurenin serbest bırakıldığı sırada adli soruşturmanın başlayıp başlamadığı konusunda oluşan şüphenin sanık lehine değerlendirilerek hakkında TCK'nın 110.maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı gerekçe ile söz konusu maddenin tatbikine yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırı olup, hükmün bozulmasına." (Y.14.CD, 2016/12506 E, 2017/6674 K, 21.12.2017 T.)

güvenli bir yerde serbest bırakırsa cezanın üçte ikisine kadarı indirilecektir. Etkin pişmanlık tamamlanmış suçlar bakımından cezayı azaltan şahsi sebeptir.¹⁶⁵

Suçun kanuni düzenlenmesinde, mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın pişmanlık halinin dikkate alındığı görülmektedir. Bu şart eksik olduğu takdirde diğer tüm unsurlar gerçekleşmiş olsa da fail etkin pişmanlıktan istifade edemeyecektir.¹⁶⁶ Bu şekilde düzenleme suçun bireye yönelik hareket suçu olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Hürriyeti yoksun kılma suçunda zararın fiziksel değil de maddi olarak gerçekleşmesi hali göz önüne alınmamıştır. Hürriyetinden yoksun bırakılan mağduru fiziksel olarak zarar verilmeden serbest bırakıldığı, fakat mağdura arabada zorla senet imzalatıldığı, maddi zarar meydana geldiğinde etkin pişmanlık hükmü uygulanacak mıdır? Bu durumda suçun oluşumuna göre, fikri içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanuni düzenleme dışında yorum ya da kıyas imkanı bulunmaması dikkate alındığında mağdurun maddi kayba uğraması, etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasını engellemeyecektir. Soruşturma başlamadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın güvenli bir yerde bırakılması etkin pişmanlık şartlarının oluşması için yeterlidir. Bununla birlikte, failin mağdurdan maddi menfaat temin etmek amacıyla yaptığı eylemde mağdura fiziksel zarar vermeksizin ruhsal bütünlüğüne yönelik eylem de dikkate alınmayacak mıdır? Kanuni düzenlemeye göre; fiziksel zarar tanımı açıkça yer almadığına göre, mağdurun ruhsal bütünlüğüne yönelik zararı da şahsi zarar kategorisi içinde değerlendirmek gerekmektedir. Başka bir deyişle; fail mağdura vurmadan fiziksel zarar vermeden yakınına yönelik ya da doğrudan kişinin fobisine- dehşetli korku hissi- dayanarak endişe yaratarak ruhsal bütünlüğüne zarar vermesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma imkanı bulunmadığına karar verilmesi gerekir.

Etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmek için failin işlediği fiile ilişkin suçun tamamlanmış olması gerekir. Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu tamamlanmadan mağdurun bırakılması durumunda gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilmesi için, failin icra hareketlerinden kendi iradesi ile vazgeçmesi gerekir. Örneğin; arabaya zorla bindirmek istediği mağduru binmek istemediğine yönelik yüksek sesle bağırması ile, mağduru bırakıp oradan

¹⁶⁵ Koca/Üzülmez, s.418.

¹⁶⁶ Baba, Y.,2013. *Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık*. İstanbul:On İki Levha Yayıncılık. s.80.

uzaklaşması failin gönüllü vazgeçme ile ilgili TCK 36.maddesinin uygulanmasını gerektirir. Gönüllü vazgeçme için suçun henüz tamamlanmamış olması gerekir.¹⁶⁷ Suç tamamlandıktan sonra mağdura şahsına yönelik bir zarar meydana getirilmeden güvenli bir yere serbest bırakılması durumunda etkin pişmanlık hükmü uygulanacaktır.¹⁶⁸ Buna göre; failin kendi isteği ile icra hareketlerine devam etmemesi hali " gönüllü vazgeçme ", icra hareketlerinin tamamlandıktan sonra failin işlemeyi kastettiği suçtan vazgeçerek sonucun gerçekleşmesini önlemesi halinde de "etkin pişmanlık" dan söz edilecektir.¹⁶⁹

Fail, hürriyetinden mahrum ettiği kimseyi kendiliğinden serbest bırakmalıdır.¹⁷⁰

Bunun anlamı serbest bırakmanın hür irade ile herhangi bir dış zorlama olmadan gerçekleştirilmesidir. Ayrıca failin gerçek bir pişmanlığı aranmaz. Eğer fail, amacına ulaşamayacağını anladığı için mağduru serbest bırakmış ise, söz konusu hükümden yararlanamayacaktır. Mağdurun hile ile kaçırılıp alıkonulması şeklinde tamamlanan suç nedeniyle mağdurun bulunduğu yerden kaçması halinde failin etkin pişmanlık

¹⁶⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.507.

¹⁶⁸ "...Somut olayda, adli raporu alınmayan ve dosya içeriğinde de vücut bütünlüğü ile cinsel dokunulmazlığına yönelik bir davranışta bulunulduğuna ilişkin bir kanıt olmayan mağduru, soruşturmaya başlanılmadan, kendiliklerinden ve güvenli bir yerde serbest bırakan sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 110.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir." (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2010/6-208 E. 2011/64 K. 26.4.2011 T.)

¹⁶⁹ İçel, K., 2016. *Ceza Hukuku Genel Hükümler. Yenilenmiş bası.* İstanbul: Beta Yayınevi. s.518.

¹⁷⁰ "...Sanığın yanındaki arkadaşı ile kavga ettiği sırada, aralarında bir sorun bulunmayan mağduru kavgaya karışmaması ve kimseye haber vermemesi için kapısını kilitlemeden bir odaya kapatıp " sesini çıkartma buradan çıkarsan seni döverim" diyerek tehdit ettiği, mağdurun yaşça büyük olan sanığın kendisini tehdit etmesi ve dışarıda arkadaşını sopa ile darp etmesi nedeniyle korkup bulunduğu yerden dışarı çıkamadığı sonradan eve gelip bir müddet sonra çatıdaki gürültüyü duyan sanığın abisi tanığın kavgayı ayırıp mağduru da odadan çıkardığı olayda; etkin pişmanlığı oluşturan davranışın bizzat fail tarafından gerçekleştirilmiş olması şart olmayıp failin iradesine dayanan üçüncü kişinin hareketinin de, bu hareketin yapılmasına fail tarafından neden olduğu sürece yeterli kabul edilmesi gerektiği cihetle, mağdura herhangi bir zarar verme niyetinde olmadığı ve kısa bir müddet sonra kendisinin dahi mağduru şahsına zarar vermeksizin serbest bırakacağı anlaşılan sanığın, abisinin sonradan olay yerine gelip kavgayı ayırması üzerine ona engelde olmayarak mağdurun serbest kalmasını sağladığı bu nedenle hakkında TCK'nın 110.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Sanık hakkında TCK'nın 110.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi isabetsizliğinden direnme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir." (YCGK, 2014/14-632 E. 2015/501 K. 8.12.2015 T.)

"...Sanık ile mağdurenin akraba olduğu olay günü sanığın mağdureyi kaçırmak için... dan geldiği mağdurenin kaldığı yurda giderek konuşmak için arabasına binmesini istediği, mağdurenin binmek istememesi üzerine, ısrar ederek, mağdurenin arabaya binmesini sağladığı, arabada mağdureye hitaben "seni kimseye bırakmayacağım gerekirse öldüreceğim, seni kaçıracağım" dediği, mağdurenin araçtan inmek istediği ancak sanığın izin vermediği, mağdurenin " aracı durdurmazsan kendimi atarım" demesi üzerine arabayı durdurduğu, mağdurenin arabadan inerek yaya olarak yoluna devam ettiği ancak sanığın mağdureyi kolundan tutarak tekrar arabaya bindirdiği ve mağdurenin ısrarı sonucunda kaldığı yurda bıraktığı anlaşılmaktadır. Sanığın mağdurenin hürriyetini kısıtladıktan sonra herhangi bir zarar vermeden ikamet ettiği öğrenci yurduna bıraktığı gözetilerek hakkında etkin pişmanlık hükmünün şartlarının gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde muhalif görüşe karşın, çoğunluk görüşü, TCK 110.maddesinin tatbik edilmediği yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermiştir." (Y.14.CD, 2015/2344 E, 2017/6053 K, 29.11.2017 T.)

hükümlerinden faydalanması da mümkün değildir. Fail yetkili organların veya herhangi bir kişinin müdahalesi üzerine de, mağduru serbest bırakırsa yine bu hükümden yararlanamayacaktır.¹⁷¹,¹⁷² 765 s. TCK 'da¹⁷³ failin, mağduru suçtan elde etmek istediği amaca henüz ulaşmadan serbest bırakmış olması şartı etkin pişmanlıktan yararlanması için aranmakta iken 5237 s. TCK' da böyle bir hükme yer verilmemiştir. Mevcut kanunda bu koşula yer verilmemiş olması doktrinde belirtilmekte olup,bugünkü düzenlemeye göre fail elde etmek istediği amaca ulaşsa dahi, diğer şartlar meydana gelmişse etkin pişmanlık hükmünden yararlanacaktır.¹⁷⁴ 5237 sayılı TCK' da yukarıda bahsedilen 765 sayılı TCK'daki hükme yer verilmemiş olsa da, suçtan elde edilmek istenen amaca ulaşılmadan mağdurun serbest bırakılması gerekmektedir. Fail amacına ulaştıktan sonra, eylemini devam ettirmesini gerektiren bir durum ortada kalmayacağından zaten suça son verecektir. Bu durumda failin suça kendiliğinden son verdiğini kabul etmek ve onu etkin pişmanlık hükümlerinden faydalandırmak, hukuk ve hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkaracaktır.

Fail, hakkında henüz soruşturmaya başlanmadan önce mağduru serbest bırakmış olmalıdır. Soruşturma makamlarının fiil ile ilgili olarak işe el koymasından sonra serbest bırakmada, bu koşul gerçekleşmiş sayılmaz. Kanunda "soruşturmaya başlanmadan önce" ifadesinden anlamamız gereken CMK 2/1-e maddesinde soruşturma yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren başladığıdır.¹⁷⁵ Suç yetkili makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık gerçekleşmelidir. Yetkili makama ihbar yapıldıktan sonra etkin pişmanlık mümkün değildir.¹⁷⁶

¹⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.507.

¹⁷² Meran, s.295.

"...Katılan mağdur beyanları, tanık ifadeleri 25.3.2008 günlük kolluk tutanağı ve tüm dosya içeriğinden sanığın eşi olan katılan mağdurenin darp edildiğini öğrenen babası Haydar tarafından evinden götürülmesine engel olmak amacı ile, ikametinin kapısını kilitlemek sureti ile gerçekleştirdiği hürriyetten yoksun kılma eyleminde, olay yerinde kavga olduğunun anons edilmesi üzerine başlatılan tahkikat uyarınca polislerin olay yerine gelmesi üzerine eylemin sona erdiğinin anlaşılması karşısında olayda uygulama alanı bulunmayan TCK'nın 110. maddesinin tatbiki suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayini" (Y.14.CD, 2011/15339 E, 2013/6262 K. 20.05.2013 T.)

¹⁷³ 765 S. TCK md. 180/2.

¹⁷⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.507.

¹⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.508.

¹⁷⁶ Meran, s.294.

"Dosya içeriğine göre sanıkların zorla hürriyetinden yoksun bıraktıkları mağdureyi babası Hasan Hüseyin'e şahsına bir zarar vermeksizin teslim etmelerinden önce bu olaya ilişkin bir soruşturma başlatılıp başlatılmadığının anlaşılabilmesi karşısında müşteki Hasan Hüseyin yeniden dinlenerek olayı öğrenerek kızını teslim almaya gitmeden önce yetkili mercilere kendisinin veya bir başkasının ihbarda bulunup bulunmadığının belirlenmesinden ve olayın ne zaman ve ne şekilde haber alındığının ilgili kolluk birimlerinden sorulmasından sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanıklar hakkında TCK

Fail, hürriyetinden mahrum ettiği kimsenin şahsına zarar vermemiş olmalıdır.¹⁷⁷ TCK 110. maddesinde geçen " mağdurun şahsına zarar " ifadesinden, mağdurun vücut bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlığına yönelik davranışların anlaşılması gerektiği tüm görüşlerde kabul edilmiştir.¹⁷⁸ Mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın ibaresini nasıl anlamak gerekir? Suçla doğan zararın serbest bırakma ile artmaması gerekir. Zararın artması halinde fail etkin pişmanlıktan yararlanamaz. Failin mağdura verdiği zarar maddi olabileceği gibi manevi zarar da olabilir. Örneğin; fail mağdurla boğuştuğu sırada, onun üstünü başını yırtmış, gözlüğünü kırmışsa maddi zarar mevcut olup, mağdurun olay nedeniyle psikolojik bozukluğa uğraması da manevi zararıdır. Mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması için kendisine karşı kullanılan fiziksel güç ve zorlamanın dışında, mağdura karşı suçun tamamlanması sürecinde veya tamamlandıktan sonra nedensiz olarak ya da hürriyetinden yoksun kılmanın altında yatan saik nedeniyle veya herhangi bir nedenle bedensel ya da cinsel yönden zarar verilmesi, TCK 110.maddesinde belirtilen " mağdurun şahsına zarar verme" kavramı içerisindedir.¹⁷⁹ Cinsel amaçla kaçırılan mağdurun cinsel dokunulmazlığına saldırılmadan bırakılması halinde TCK 110. maddenin uygulanması gerekir. Hürriyetinden yoksun bırakılan mağdura bu sırada uygulanan cebir ve zor eylemleri TCK 86/2 maddesinde belirtilen basit tıbbi müdahale ile giderilebilir olma boyutunu

110.maddesinin uygulanıp uygulanmayacağıının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi" (Y.14.CD, 2011/10563, 2013/7426., 11.06.2013 T.)

"Tüm dosya içeriğinden, mağdurelerin korkarak minibüsten indikten sonra sanığın herhangi bir kısıtlamasına maruz kalmaksızın yürüyerek yollarına devam ettikleri ve bu sırada buldukları yerden geçmekte olan bir meslektaşlarının aracına binerek Kırıkkale iline ulaştıkları, akabinde sanıklar hakkında suç duyurusunda buldukları, ve olayla ilgili olarak soruşturma başlatıldığı anlaşıldığından, sanık hakkında TCK'nın 110.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıının tartışılmaması" (Y.14.CD, 2012/15345, 2013/7427., 11.06.2013 T.)

¹⁷⁷ *"...Mağdurun; sanıkların araç içerisine kendisini darp ettikleri yönünde beyanda bulunmasına rağmen, dosya içerisinde alınan bir darp cebir raporu bulunmadığı, ve olaydan sonra mağduru Torbalı ilçesine garaj bölgesine getirip serbest bıraktıkları dikkate alındığında, sanıklar hakkında TCK 110.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıının tartışmasız bırakılması bozmayı gerektirmiştir." (Y.6.CD, 2015/9091 E, 2017/3180 K, 2.10.2017 T.)*

"...Sanıkların hile ve cebir kullanarak hürriyetinden yoksun kıldıkları mağdureyi henüz olay soruşturma makamlarına intikal etmeden, kendiliklerinden evine bıraktıkları, mağdure de meydana gelen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekildeki yaralanmanın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu unsurunu oluşturacak nitelikte olması dolayısıyla sanıkların suçu işlerken ayrı bir eylemle mağdurenin şahsına zarar vermediklerinin anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında TCK'nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulama şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir." (YCGK, 2014/14-466 E, 2015/500 K, 08/12/2015 T.)

¹⁷⁸ Koca/Üzülmez, s.419.

"TCK 110.maddesinde geçen "mağdurun şahsına zarar" kavramından mağdurun vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığına yönelik davranışların kastedildiğinin kabulü zorunludur." (YCGK, 2010/6-208 E, 2011/64 K, 26.4.2011 T.)

¹⁷⁹ Meran, s.273.

aşmaması halinde "şahsına zarar verme" olarak değerlendirilmeyecektir. Mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılmasından sonra, orada tutulması ya da gitmesinin engellenmesi için değil, başka herhangi bir nedenle yaralanması, üzerinde deney yapılması, organının alınması, işkence yada eziyet edilmesi, cinsel saldırı ya da istismarda bulunulması, şahsına zarar verilme kavramı içine girmektedir. Kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması sırasında malına, şerefine yönelik suç işlenmesi, eğitim ve öğretim haklarına ilişkin özgürlüklerinin engellenmesi gibi hallerde TCK 110. maddesi uygulanmayacaktır. Bu eylemler ayrı bir suç olması halinde cezalandırılmayı gerektirecektir.¹⁸⁰

Mağdurun güvenli bir yerde, tehlikelere maruz kalmayacak şekilde serbest bırakılmış olması gerekir. Mağdur fiziksel ya da manevi olarak zarar görmeyeceği bir yerde bırakılmalıdır.¹⁸¹,¹⁸² Örneğin; kaçırılan mağdurun gece yarısı تنها bir yerde bırakılması durumunda cezanın azaltılmasını gerektiren şahsi sebepten istifade edemez.¹⁸³

TCK 110. maddesinde bir indirim nedeni olarak düzenlenirken, özellikle çaresizlik içinde beklemekte olan mağdurun kötü muamelelere maruz kalması engellenmek istenmiştir.

Yargıtay özel dairelerince; mağdurlara karşı cinsel istismarda bulunulması¹⁸⁴, mağdurlara cebir ve şiddet uygulanması, mağdurun yaralanmış olması¹⁸⁵ hallerinde

¹⁸⁰ Meran, s.273.

¹⁸¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.508.

¹⁸² Meran, s.283.

"Sanıkların, vücut bütünlüğüne veya cinsel dokunulmazlığına yönelik herhangi bir fiziksel eylemde bulunmadıkları katılanı, henüz soruşturmaya başlanmadan, kendiliklerinden serbest bırakmaları karşısında, katılanın araçtan indirildiği yerin yerleşim birimine yakın olup olmadığı ve oradan evine veya herhangi bir yerleşim yerine rahatlıkla ve güvenli bir şekilde dönüp dönemeyeceği araştırılarak, sonucuna göre 5237 sayılı TCY'nin 110.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmasında zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin olarak kaldırılmasına, yerel mahkemece sanık Halim Yalçınkaya hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün bozulmasına karar verilmelidir." (YCGK, 15.11.2011, 6-188-231)

¹⁸³ Tezcan/Erdem/Önok, s.508.

¹⁸⁴ Y.5.CD., 2010/11020 E., 2010/3964 K., 25/05/2010 T.
Y.5.CD., 2006/11067 E., 2006/10223 K., 14/12/2006 T.

¹⁸⁵ Y.8.CD., 2010/3681 E., 2010/4612 K., 24/03/2010 T.
Y.8.CD., 2010/10347 E., 2010/3644 K., 10/03/2010 T.
Y.8.CD., 2010/6783 E., 2010/6187 K., 25/09/2007 T.
Y.8.CD., 2006/4789 E., 2006/9095 K., 11/12/2006 T.

etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmekte ve bu yönde kararlar verilmektedir.

Adli raporu alınmayan ve vücut bütünlüğü ile, cinsel dokunulmazlığına yönelik bir davranışta bulunulduğuna ilişkin bir kasıt olmayan mağduru soruşturmaya başlanılmadan kendiliklerinden ve güvenli bir yerde serbest bırakan sanıklar hakkında TCK 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹⁸⁶

5.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

5.1. TEŞEBBÜS

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz(mütemadi) suçlardan olup, suçun tamamlanma ve bitme anı birbirinden farklıdır. Mütemadi suç mağdurun ölümü veya üçüncü kişilerin müdahalesi ile ya da mağdurun kaçması ile son bulabilir. Bu suçta teşebbüs suçun tamamlanmasına kadar mümkündür.¹⁸⁷ Bu suçta kişinin hürriyeti

¹⁸⁶ "...TCK 109.maddenin 6. fıkrasının " bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümleri uygulanır. " hükmü göz önünde bulundurulduğunda, bu suçun işlenmesi amacıyla, işlendiği süre ile sınırlı bir zaman dilimi içerisinde ve eylemin gerçekleştirilmesi sırasında mağdurun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurunu oluşturacak ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ulaşmayacak şekilde yaralanması halinde diğer şartlarında var olması kaydı ile etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. Bu açıklamalar ışığında sanık Mehmet'in evlenmek amacıyla sanık Ali ile birlikte katilani kolundan çekerek zorla arabaya bindirdikleri ve engel olmaya çalışan tanık Hüri Koca'yı da ittirerek kapıyı kapatmak isterken tanığın parmağının arka kapıya sıkışıp yaralandığı olayda, katilandaki yaralanmanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurunu oluşturacak ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ulaşmayacak nitelikte olup, tanıktaki yaralanmanın ise etkin pişmanlık bakımından bir etkisinin olmayacağı, sanıkların araçlarının kaza yapmalarına rağmen amaçlara ulaşmaları mümkün iken ve yardım için gelen kişiler, akrabaları olduğu halde, katilani kendileri ile birlikte gelmek istememesi üzerine, serbest bırakarak ailesinin yanına götürmesi için tanık Hasan'a teslim ettikleri, tanığın sanıkların isteklerine uygun biçimde Jandarma görevlileri gelmeden önce katilani babasına teslim ettiği hususları birlikte gözetildiğinde sanıklar hakkında TCK'nın 110.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir." (YCGK 2014/14-710 E. 2015/502 K. 8/12/2015 T.)

"Zorla alıkonularak silah tehdidi ile 5.000 TL değerindeki senedi imzalayan yakınanın ertesi gün 100 TL nakit ve 50 kontör getirmesi için serbest bırakılmasında etkin pişmanlık hükmü uygulanmaz." (Y. 6. CD. 2006/2711 E. 2007/4728 K., 09/04/2007 T.)"

"110. maddenin uygulanabilmesi için mağdurun zorlama olmaksızın kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakılması gerekir. Olayda mağdure sanıklardan gizli olarak ailesiyle telefonda görüşüp yerini bildirmiş, kolluk kuvvetlerince özgürlüğüne kavuşturulmuştur. Kendiliğinden serbest bırakma yoktur." (Y. 5. CD., 2006/10552 E. 2006/8856 K., 13/11/2006 T.)

¹⁸⁷ "Dosya içeriğine göre alkollü olan tanığın elinde döner bıçağı ile, önünü kesip, nereye gittiklerini sorduğu mağdurların eve gittiklerini söylemesi üzerine, onları engellemeye çalışmasının ardından kaçarak bir eve sığınan mağdurların peşinden koşup kapıya vurduğu ve ihbar üzerine gelen polis

kısıtlandığı sürece suç işlenmeye devam etmektedir. Böylece suç mağdurun serbest iradesi ile hareket edemediği anda tamamlanır. Özgürlüğe kavuştuğu anda suç sona erer. Buna göre failin, mağdura yönelik hürriyetten yoksun kılma eylemleri için başlattığı icra hareketleri aşamasında teşebbüs söz konusu olabilecektir. Örneğin; mağduru zorla arabaya bindirmeye çalıştığı sırada, mağdurun bağırması sebebiyle kalabalığın ortaya çıkmasından korkan failin mağduru bırakarak kaçması ile, hürriyeti yoksun kılma suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı tespit edilmiş olmaktadır.

Teşebbüs, bir suçun icrasına elverişli vasıta ile başladıktan sonra, failin elinde olmayan nedenlerden icra hareketlerinin veya neticenin tamamlanamaması şeklinde açıklanabilir.¹⁸⁸ Başka bir anlatımla, suç yolu açısından değerlendirildiğinde suçun tamamlanmasından önce, hazırlık hareketleri aşamasından sonra gelen, başlanmış ama bitirilmemiş bir fiili ifade eder.¹⁸⁹

memurlarınca yakalandığı anlaşılma, mevcut hali ile eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden suçun tamamlandığı gerekçesi ile, 109/3-a, 109/3-f maddeleri gereği hüküm kurulması ve fazla ceza tayini kanuna aykırı olduğundan bozulmasına." (Y.14.CD, 2014/10899 E, 2017/4713 K, 11/10/2017 T.)

"...Suça sürüklenen çocuk hakkında mağdurelere yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükümlerin temyiz incelemesinde; suça sürüklenen çocuğun, mağdureleri kandırmak sureti ile, arabaya bindirmeye yönelik sözler söylemesine karşılık mağdurelerin araca binmeksizin olay yerinden kaçarak uzaklaşmaları şeklinde gerçekleşen olaylarda, mevcut haliyle suça sürüklenen çocuğun eylemlerinin hazırlık hareketi sayılabileceği ve hazırlık hareketlerinin de kanuni istisnalar dışında cezai sorumluluk doğurmayacağı sabit olduğundan ve dosya içeriği göz önüne alındığında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsün kanuni unsurları itibarıyla de gerçekleşmediği anlaşıldığından beraati yerine mağdure sayısına mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırı olup hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2017/5414 E, 2017/6371 K, 12/12/2017 T.)

¹⁸⁸ *"...Yolda yürümekte olan mağdurenin yanına aracıyla gelen sanığın"seni seviyorum gel konuşalım" diyerek kolundan tutup araca bindirmeye çalıştığı sırada, oradan kalabalık bir bayan grubunun geçmesi sebebiyle mağdureyi bırakıp, üzerinde kendi telefon numarası ile, çağrı yap konuşalım yazısı bulunan kartı mağdureye attığı, başka bir gün evinin önünden geçerken mağdureye el salladığı ve bir gün sonrada sokakta gördüğü mağdurenin yanına gelip,"seni seviyorum, seni alacağım, boşuna direnme" şeklinde sözler söylediği anlaşıldığından, bedensel temas içermeyen cinsel içerikli sözlerin cinsel taciz suçunu, mağdureyi kolundan tutup araca bindirmeye kalkışma eyleminin de cebir kullanmak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu ve sanığın 5237 sayılı TCK'nın 105/1, 43/1, 109/2, 3-f, 5, 35/1-2 maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde aynı kanunun 103/1 ve 109/1 maddeleri ile hüküm kurulması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2014/5448 E, 2016/5572 K, 06/06/2016 T.)*

"...Olay günü yanına yaklaştığı mağdurenin kalçasına dokunduktan sonra "sana dondurma alacağım, gel gidelim" sözlerini söyleyerek elinden tutup kullandığı motorsikletin selesine oturtan sanığın kendisini izleyen tanığı farketmesi üzerine aşağı indirdiği mağdurenin kaçtığına anlaşılması karşısında, eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden eylemin tamamlandığı gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2014/10836 E, 2017/5348 K. 6.11.2017)

İçel, K., 2016. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Yenilenmiş Bası. İstanbul: Beta Yayınevi. s.495.

¹⁸⁹ Tozman, Ö., 2015. *Suç Teşebbüs*. 1.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi. s. 13.

TCK 35. maddesinde, yapılan düzenleme ile, suça teşebbüste eksik ve tam teşebbüs ayırımına son verilmiştir.

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin sonucu,suç tipinde öngörölmüş olan neticenin gerçekleşmesi ile fail cezalandırılır.¹⁹⁰ Ancak neticenin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle gerçekleşmemesi halinde de teşebbüs derecesinde kalmış bu hareketlerin cezalandırılması, kamu düzeni için zorunludur. Tamamlanmış suçlar hangi sebeple cezalandırılıyorsa teşebbüs aşamasında kalan suçlar da o sebeple cezalandırılır. Teşebbüs hem failin yarattığı tehlike hem de toplumda meydana getirdiği zarar ihtimali nedeniyle cezalandırılmaktadır.¹⁹¹

Teşebbüsün şartları; 1)Bir suçun işlenmesinin kastedilmesi: TCK 35/1.maddesinde, "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu" şeklinde ilk şart düzenlenmiştir. Buradaki kast, suçu tamamlamaya yönelik kاستtır. Kastın hangi suça yönelik olduğunu belirleme özellikle önemlidir. Teşebbüse elverişli olan kast belirli bir neticeye yönelik kاستtır. Bu nedenle olası kastla işlenen suçlarda failin belirli bir neticeye kاستı bulunmadığından teşebbüs hükümleri uygulanamaz.

2)Elverişli hareketlerin yapılması: TCK 35/1.maddesinde elverişli hareketler ibaresi kullanılmıştır. Eğer vasıta sonucu oluşturma yönünden objektif olarak yeterli ise, bunu elverişli olarak kabul etmek gerekecektir. Failin vasıtayı kullanmayı bilip bilmemesi önemli değildir. Eğer vasıtayı kullanma çok özel bir beceriyi gerektiriyorsa, bu durumda o aracın elverişliliğinden söz edilemez. Dolayısıyla fail teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaz. Vasıtanın elverişli olup olmadığı, işlenmek istenen suç dikkate alınarak belirlenmelidir.Örneğin; boş bir tüfek kasten öldürme suçu bakımından elverişli sayılmazken, kasten yaralama veya tehdit suçları bakımından elverişlidir.¹⁹² Kişinin eli,yumruğu da elverişli araç olabilir. Bu nedenle TCK 35/1 de vasıta yerine elverişli hareketler ibaresi kullanılmıştır.

3) İcra hareketlerine başlanması: Suçun işlenebilmesi için gerekli hareketlerin yapılması ile teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir. Hazırlık hareketleri aşamasında netice uzak olduğundan işlenmesi kast edilen suç yönünden tehlike teşkil etmeyen hareketlerdir. TCK 35/1 maddesinde " doğrudan doğruya icraya başlayıp da" ibaresi kullanılmıştır.

¹⁹⁰ Demirbaş, s.457.

¹⁹¹ Demirbaş, s.458.

¹⁹² Demirbaş, ss.461-462.

Maddenin gerekçesinde,"... İşlenmek istenen suç tipi ile belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış sayılacaktır." şeklinde açıklanmıştır. Yalnız suç tipinde belirtilen hareketlerin değil bu harekete doğrudan doğruya veya dolayısı ile bağlı ve bir bütünlük teşkil eden hareketlerin yapılması durumunda, icraya başlama kabul edilir. Maddenin gerekçesinde de bu şekilde belirtilmektedir.¹⁹³

4) Failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin bitirilememesi veya neticenin gerçekleşmemesi: Failin neticeyi gerçekleştirmek için yapmış olduğu hareketlerin netice bakımından gerekli ve yeterli olması halinde icra hareketleri bitmiştir. Yargıtay suçun işlenmesi yönünden bütün hareketlerin bitirilip bitirilmediğini aramaktadır.¹⁹⁴

Tamamlanmış suçta fail o suçun tam cezası ile cezalandırılırken, teşebbüs aşamasında cezada indirim söz konusu olmaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşumu için, hürriyetten yoksunluğun belli bir süre devam etmesi gerekir.¹⁹⁵ Mağdurun iradesine uygun olarak hareket edebilme özgürlüğünün ortadan kaldırılmasıyla suç tamamlanır.¹⁹⁶ Suçun tamamlanma anına kadar yapılan hareketler teşebbüsü oluşturur. Örneğin, mağduru sırtlanıp götürmeye çalışırken etraftan başka gelenler olunca mağduru oraya bırakıp kaçan kişiye teşebbüs hükümleri uygulanması gerekir. Buradan da anlaşılacağı üzere fail mağduru hürriyetinden yoksun bırakmak için icra hareketlerine başlamış ancak elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamamıştır. Yine örnek verecek olursak

¹⁹³ Demirbaş, s.468.

¹⁹⁴ Demirbaş, s.470.

"...Orman Kanununun 17.maddesine aykırı olarak orman içindeki binanın 1,5 m. temellerini yaparken yakalana kişinin suçu (orman içinde sürekli olarak yerleşmek) nakıs teşebbüs derecesinde kalmıştır." (YCGK 3-9/34, 2.2.1993 T.)

¹⁹⁵ "...Mağdurenin aşamalarda anlatımı diğer mağdurlar ile tüm dosya kapsamına göre, sanıkların olay günü tarlada çalışan mağdurenin yanına gelip onu sürükleyip kaçırmaya çalıştıkları, sırada mağdurenin bağırıp direnmesi ve tanıkların olay yerine gelip müdahale de bulunmaları sebebiyle eylemlerini tamamlayamadan olay yerinden kaçtıklarının anlaşılması karşısında sanıklar haklarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs yerine aynı suçun tamamlanmış halinden mahkumiyet hükmü kurulması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2014/11264 E, 2016/5083 K, 24/5/2016 T.)

¹⁹⁶ "...Sanıkların araca zorla bindirdikleri mağdureyi İzmir ilinden Manisa ili istikametine doğru götürdüklerinin ve bu sırada İzmir ilinin 6 km dışında yol kontrolü yapan kolluk kuvvetinin ihbar üzerine aracı durdurarak mağdureyi kurtardığının anlaşılması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlandığı gözetilmeyerek teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü ile TCK'nın 35. maddesi uyarınca indirim yapılması ve sanıklar hakkında TCK'nın 109.maddesi uyarınca tayin olunan 9 yıl hapis cezası üzerinden aynı kanunun 35 ve 62. maddeleri uyarınca indirim yapılırken 5 yıl 7 ay 15 gün yerine 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezasına hükmedilmek sureti ile eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (Y.14.CD 2012/5831 E, 2012/7567 K, 2/7/2012 T.)

uyumakta olan mağdurun üzerine failin kapıyı kilitlemesi, ancak mağdur uyanmadan farklı bir kişi tarafından kapının kilidinin açılması halinde icra hareketi henüz tamamlanmadığından failin eylemi teşebbüs aşamasında kalacaktır.¹⁹⁷

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, kesintisiz suç söz konusu olduğu için suçun tamamlanma ve bitme anı birbirinden farklı olabilir. Suçun tamamlanma anı, mağdurun bulunduğu yeri değiştirme olanağının ortadan kaldırılması; bitme anı ise, mağdurun yeniden özgürlüğe kavuştuğu andır.¹⁹⁸ Bu ayırım özellikle suça iştirak açısından da önem taşır. Bu suçlara suç tamamlanmış olsa bile, bitme anına kadar iştirak mümkündür. İcra hareketlerinin tamamlanma aşamasına kadar bu suçta TCK 36. maddesinde belirtilen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir. Fail bu suçu işlerken dışarıdan herhangi bir baskı olmadan, suçu tamamlayan hareketlerden vazgeçerse, gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacağından, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar yapılan eylemler, farklı bir suç oluşturuyorsa o suçtan cezalandırılması gerekir.¹⁹⁹

5.2 İŞTİRAK

Tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun birden fazla kişinin o suçu işlemek yönünde iradelerini birleştirerek gerçekleştirmelerine iştirak ya da suça katılma denir.²⁰⁰ Suça iştirak için, suçun icra hareketlerine katılmak veya icra hareketlerini gerçekleştiren kişiye bu kararı verdirmek veya icra hareketlerini yapan kişiye yardım etmek ve o suça yönelik olarak katılma iradesini taşımak gerekir.

İştirak kurallarının uygulanabilmesi için, suçun oluşması için gerekli olan ve hukuka aykırı bir hareketin varlığı gereklidir. TCK da bazı suçlar bakımından sadece icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi suçun temel şekline göre nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Buna örnek olarak hürriyete karşı suçlar (TCK 109/3), cinsel saldırı (TCK 102/3), tehdit (TCK 106/2), eğitim ve öğretimin engellenmesi

¹⁹⁷ Koca/Üzülmez, s.419.

¹⁹⁸ Çakmut, s.598.

¹⁹⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, , s.3629.

²⁰⁰ Demirbaş, s.492.

(TCK 119/1-c), görevi yaptırmamak için direnme (TCK 265/3), yağma (TCK 149/1) gibi suçlar verilebilir.²⁰¹

TCK 37-40 maddelerinde açıklanan, suça iştirak, faillik ve suç ortaklığı olarak ikiye ayrılabilir. Faillik; doğrudan, dolaylı ve birlikte faillik şeklinde üçe ayrılırken, suç ortaklığı ise, azmettirme ve yardım etme şeklinde ikiye ayrılır. Suçun işlenmesini teşvik etmek kuvvetlendirmek yada suçun nasıl işleneceğini göstermek de iştirak niteliğindedir. Yargıtay örnek bir kararında, suça katılan failin eyleminin yardım etmek niteliğinde olduğunu tespit ederek, hürriyetten yoksun kılma suçunun nitelikli halinin gerçekleşmediğine karar vermiştir.²⁰² Suçu tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan veya asıl fail denir. Fakat suç tipi her zaman bu kişi tarafından gerçekleştirilmeyebilir. Suçu başkası vasıtası ile gerçekleştiren kişiye dolaylı fail denir. Suç birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmiş ise burada müşterek faillik söz konusudur. Doğrudan fail hareketi ile, suçun tüm unsurlarını gerçekleştiren kişidir.

Şeriklerin (azmettiren, yardım eden) işlenen suçlardan sorumlu tutulabilmeleri TCK 40. maddesinde belirtilen bağıllık kuralı ile mümkün olup, bunun için işlenen fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekli ve yeterlidir. Bağıllık kuralı gereği, suç üzerinde hakimiyet kuramayan veya özel faillik niteliği taşımayan failin gerçekleşen suçtan sorumlu tutulması sağlanmıştır.²⁰³ TCK 40. maddesinde sınırlı bağıllık kuralı benimsenmiş olup, "suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır." denilerek, her suç ortağının kendi kusuruna göre sorumlu olduğu anlaşılacaktır. Kusurluluğu etkileyen nedenler mevcutsa her suç ortağının durumu ayrı ayrı değerlendirilecektir.²⁰⁴

²⁰¹ Demirbaş, s.496.

²⁰² "...5237 sayılı TCK'nın 109/3-b maddesi uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiğinden bahisle artırım yapılabilmesi için faillerin eyleme aynı kanunun 37. maddesi anlamında suçu doğrudan birlikte işleyen sıfatı ile katılmaları gerektiği buna karşın hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün açıklanması geri bırakılan sanık Zeki'nin atılı suça TCK'nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatı ile iştirak ettiğinin mahkemece kabul edilmesi karşısında, sanık hakkında TCK'nın 109/3-b maddesinin uygulanamayacağı gözetilmemiş ise de, sanık Zeki'nin müsnet suça aynı kanunun 37. maddesi kapsamında asli iştirak suretiyle katıldığı dosya içeriğinden anlaşıldığından bu husus bozma nedeni yapılmamıştır. (Y.14.CD, 2015/8801 E, 2017/2091 K, 17.04.2017 T.)"

²⁰³ Parlar, A., Hatipoğlu, M., 2010. *Suçta Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar*. 2.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları. s.116-117.

²⁰⁴ Evik, V., 2011. *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*. 2.Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık. s.267.

TCK 40.maddenin 2. fıkrasında özgü suçlarda kimlerin suç faili olabileceği suç tipinde baştan sınırlanmıştır. Suç tipinde belirtilen kişiler örneğin hakim, doktor gibi bu suçun faili olabileceklerinden diğer kişilerin suça katılması halinde onlar azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olurlar. Bizzat işlenebilen suçlardan olan, yalan tanıklık, hakaret gibi suçlarda hareketi gerçekleştiren fail olup, diğer kişiler azmettiren ya da yardım eden olabilir. Burada birlikte faillik ve dolaylı faillik olamaz.²⁰⁵

Birlikte faillik bilerek ve isteyerek birden fazla kişinin bir suçu birlikte işlemesidir. Suç tipinde belirlenen hareketi müştereken yaparlar. Ortak suç işleme kararı kapsamında, suçun işlenmesinde değişik katkılarda bulunurlar. Örneğin; faillerden birinin mağduru kollarından tutarken diğerinin yumruklaması gibi ya da birlikte faillerin ateşlediği mermilerden sadece birisinin mağdura isabet etmesi halinde dahi, tüm faillerin tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmaları gibi. Aynı suç işleme iradesi ile suç tipinde yer alan unsurların gerçekleştirilmesi durumunda bu eylemi yapan her bir kişi fail olarak doğrudan sorumlu tutulacaktır. İştirak eden kişi olarak değerlendirilemeyecektir.

Dolaylı faillik TCK 37/2 maddesinde düzenlenmiştir. Burada dolaylı fail, araç olarak kullanılan ve suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin hareketinin üzerinde onu etkileyecek şekilde bir hakimiyet kurmaktadır. Örneğin; çocuğun ya da akıl hastasının kullanılması gibi. Dolaylı fail kasten hareket eder. Taksirli davranışlarda dolaylı faillik olmaz. İhmali davranışların bulunması durumunda dolaylı faillikten söz edilemez. Dolaylı faillik araç olarak kullanılan kişinin hukuka uygun hareket etmesi durumunda da gerçekleşebilir. Örneğin (A) bilerek (B) hakkında gerçek dışı suç ihbarında bulunuyor. Bunun sonucu olarak (B) tutuklanıyor. Burada ceza kovuşturma organlarının (B)'yi gözaltına almaları kanunun verdiği yetkinin kullanılması nedeniyle hukuka uygundur. Bu durumda (A) kişi özgürlüğünü sınırlama suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olur.²⁰⁶

Araç olarak kullanılan kişi aynı zamanda kusursuz hareket etmiş olabilir. TCK 37/2.maddesinde kusur yeteneği olmayan kişiye, suçta kullanan kişinin cezasının artırılacağı düzenlenmiştir. Dolaylı fail olarak suçta kullanılan kişinin niteliği, fail açısından ancak cezasının artırımı, nitelikli hali olarak değerlendirilmektedir. Böylece

²⁰⁵ Demirbaş, s.500.

²⁰⁶ Demirbaş, s.508.

kusur yeteneği bulunmayan kişilerin başka kişiler tarafından suçta kullanılması caydırıcı olarak engellenmesi amaçlanmaktadır.

Azmettirme ile dolaylı failliği birbirinden ayırabilmek için, araç olarak kullanılan kişinin hareket egemenliğinin, arka plandaki kişinin iradeye egemenliğine baskın gelip gelmediğine dikkat etmek gerekir. Eğer araç kişinin hareket egemenliği baskın ise azmettirme, arka plandaki kişinin irade egemenliği baskın ise dolaylı faillik mevcuttur.²⁰⁷

Suç ortaklığı, azmettirme ve yardım etme şeklinde ortaya çıkar. Azmettiren suçun tam cezası ile cezalandırılır. Yardım eden yönünden ceza indirim söz konusudur. Azmettiren, suç işleme yönünde hiçbir düşüncesi olmayan faile suç işleme kararını almasını sağlamaktadır. Azmettiren kasten hareket etmektedir, kastı asıl failde belirli bir suçu işleme hususunda karar almasını sağlamalıdır. Asıl failin, azmettirilen suç sınırını aşması halinde, eğer bu aşma önemsiz ise, azmettiren bundan sorumlu olacaktır.²⁰⁸

Yardım etme, kasten suç işleyen faile maddi ve manevi destek olmaktır. Yardım, fiilin işlenmesini mümkün kılan yada kuvvetlendiren kolaylaştıran, güvence altına alan her türlü katkı demektir. Yardım maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Yardım da azmettirme gibi kasıtlı ve hukuka aykırı olmalıdır. Özgü suç veya bizzat işlenebilen suçlara azmettirme gibi yardım da mümkündür. Yardım edenin fiilin ayrıntılarını bilmesine gerek yoktur. Sadece haksızlık içeren konuyu bilmesi yeterlidir. Yardım etme TCK'nın 39.maddesinde düzenlenmiştir.²⁰⁹

Maddi yardım etme, fiilin işlenmesinde araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak şeklinde olmaktadır.²¹⁰

²⁰⁷ Demirbaş, s.509.

²⁰⁸ Demirbaş, s.516.

²⁰⁹ TCK 39. maddesinde (1) "suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde on yıldan onbeş 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 sıfatı ile sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaad etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak " şeklinde yardım etme eylemi düzenlenmiştir.

²¹⁰ "Uyuşmazlık; sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna iştirakin TCK'nın 37. maddesi kapsamında "müşterek faillik" mi yoksa TCK'nın 39. maddesi kapsamında "yardım eden" niteliğinde mi olduğunun belirlenmesine ilişkindir. İnceleme dışı sanığın, 11 yaşının içinde bulunan mağdureyi tehdit,cebir,hile olmaksızın arkadaşı olan sanığın ailesi ile yaşadığı eve götürüp, burada mağdure ile

Örneğin; suçta kullanılacak silahı temin etmek, hırsızlık sırasında gözcülük yapmak gibi.

Manevi yardım etme ise, suçu işlemeye teşvik, suçu işleme kararını kuvvetlendirmek, takviye etmek, fiilin işlenmesinde yardımda bulunacağını vaad etmek, yol göstermek şeklinde olabilir. TCK 39/2 maddesinde "suç işlemeye teşvik etmek" şeklinde düzenlenen iştirakin anlamı, suç işleme düşüncesi olan fakat henüz karar vermemiş kişiye suç işleme kararı aldırmasıdır. Azmettirme de ise başlangıçta suç işleme düşüncesi olmayan kişide bu düşüncenin uyandırılarak suç işleme kararı aldırılması söz konusudur.

TCK 39/2. maddesinde " suç işleme kararını kuvvetlendirmek, olarak belirtilen yardım etmede ise fail suç işleme kararını önceden vermiştir. Yardım eden ise manevi olarak suç işleme kararını kuvvetlendirmek için bir takım sözler söylemektedir. Örneğin; "namusunu temizlemek için öldürme kararı verdin daha ne bekliyorsun?" denilmesi gibi. TCK 39/2 maddesinde belirtilen " fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağını vaad etmek " ile manevi yönden asıl failin tereddütlerini yenmesi ona cesaret verilmesi sağlanmaktadır. Suçun işlenmesinden sonra, seni yurtdışına çıkarırım, cezaevine düşürsen sana bakarım gibi sözler bu kapsamda olmaktadır. TCK 39/2 maddesinde düzenlenen manevi yardımlarından biri de suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermektir. Sanığın suçu nasıl işleyeceği yönünde talimat verilmesi şeklindedir. Bu davranışların icra hareketleri başlamadan önce yapılması gerekir. İcra hareketleri başladıktan sonra talimat verilmesi halinde, birlikte faillik söz konusu olur.

TCK 40/2 maddesinde " 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 şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu suçlara iştirakin olabilmesi için, iştirakin objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Özgü suçlara iştirakte bu suça ilişkin gerekli niteliğe sahip olmayan kişinin özgü suça iştirak etme bilinç ve iradesine sahip olması gerekir.

birlikte bir hafta kaldığı olayda; mağdurenin aşamalarındaki beyanları, sanığın savunmaları ve tüm dosya kapsamından, inceleme dışı sanık ile birlikte suç işleme kararı bulunmadığı anlaşılan sanığın, inceleme dışı sanığın fiili üzerinde ortak hakimiyet kurduğunu gösterir herhangi bir davranışının da olmaması karşısında, sanığın kalacak yer sağlamak suretiyle diğer sanığın işlediği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icrasını kolaylaştırdığı ve buna bağlı olarak TCK'nın 39/2-c maddesi kapsamında yardım eden olarak iştirak ettiği kabul edilmelidir." (YCGK, 2014/14-635 E, 2017/250 K. 25.4.2017 T.)

TCK 41.maddesinde iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı düzenlenmiştir. Asıl fail tipe uygun hareketi yapmaktan vazgeçmişse, suçun icrasına başlanmadığı için suça iştirak edenler sorumlu olmayacaktır. Asıl fail, icra hareketleri bittikten sonra, neticenin gerçekleşmesine engel olursa, asıl failin o ana kadarki hareketleri suç teşkil ederse o suça ait ceza ile cezalandırılır, diğer suç ortakları teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olur.²¹¹

Asıl fail, icra hareketlerine başlamış ise, bu sırada asıl failin icra hareketlerini bitirmesine, iştirak eden engel olursa örneğin; suçta kullanması için silahını veren kişi fail nişan alırken failin elinden silahı çekip alırsa, TCK 41.maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerine göre, o ana kadar yaptığı eylemler suç teşkil etmiyorsa sorumlu olmayacaktır. Asıl fail teşebbüs hükümlerine göre sorumludur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda iştirakin her hali mümkündür ve genel hükümler uygulanır.²¹² Birden fazla kişinin birlikte, müşterek fail olarak bu suçu işlemeleri halinde cezaları TCK 109/3-b bendi gereği arttırılır. Failler birlikte hareket etmiş olabileceği gibi, biri diğerinin eylemine yardım etmek sureti ile de katılmış olabilir. Örneğin; " mağdureyi kaçırma esnasında aracı kullanan sanığın suça iştirakinin asli nitelikte olduğu, kollarında ekimoz saptanan ve reşit olmayan mağdurenin iki sanık tarafından getirildiğini bilmesine rağmen evinde kalmasına müsaade eden sanığın bu suça iştirak ettiği çeşitli yargıtay kararlarında belirtilmiştir."^{213, 214}

²¹¹ TCK md. 36 ve md. 41.

Parlar, A., Hatipoğlu, M., 2010. *Suçta Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar*. 2.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları. s.120.

²¹² Hacıfazlıoğlu, A.,2014. *Teori ve Uygulamada Suça İştirak*. Ankara: Bilge Yayınevi s. 468.

²¹³ Çakmut, s.600.

²¹⁴ "Mağdurun elleri ve vücudundan yakalanıp sürüklenip sanığın kullandığı araca zorla oturtulması sanığın diğer kapıdan kaçmak istemesi üzerine diğer sanık tarafından kapı tutularak kaçmasının engellenmesi ve aracın hızla uzaklaşarak mağdurun bir eve getirilip kapatılması halinde mağdurun kapıdan inmesine engel olan sanığında TCK 37 kapsamında suça asli iştirakinin bulunduğu, faillerin eylemi doğrudan birlikte işledikleri belirtilmiştir." (Y. 14. CD. 2015/8801 E. 2017/2091 K. 17/4/2017 T.) "... Oluşa ve kabule göre, sanıkların mağdureyi tek katlı eve zorla götürdükten sonra, sanık...'nın mağdureyi' ... ile bu odada ilişkiye gireceksiniz, teslim edersek de böyle teslim ederiz" şeklindeki sözlerle evin bir odasına kapatıp, cinsel ilişki boyunca odanın kapısında bekleyerek... telkinde bulunduğu anlaşılması karşısında,... cinsel istismar suçuna asli olarak iştirak ettiği gözetilerek TCK'nın 103/2-3-6 maddeleri uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi ve suça süreklenen çocuk...'in ise atılı suçu birden fazla kişiyle işlemesi sebebiyle cezasında aynı kanununun 103/3 maddesi uyarınca artırım yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması, sanık...'nın, mağdurenin zorla kaçırıldığını öğrendikten sonra araçla mağdure ile diğer sanıkları kendi evine götürdüğü sanığın ikrar içerikli savunması ve tüm dosya kapsamından anlaşıldığı halde TCK'nın 109/2,3-b,3-f maddeleri uyarınca

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz suç olduğundan, fiilin icrası sona erinceye kadar bu suça müşterek fail olarak katılmak mümkündür.²¹⁵ Bu suçta dolaylı faillik mümkündür. Örneğin; bir yere gitmesini istemediği kişiyi asılsız olarak ihbar ederek polise yakalatan fail, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu da işlemiş olur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna azmettiren veya yardım eden olarak katılmakta mümkündür. Yardım eden suçun icrasından önce veya sonrasında da suça iştirak edebilir. Örneğin; mağduru kaçıran faile, kalacak yer temin eden kişi yardım eden olarak sorumludur.

Azmettirme hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun icrasına başlamadan önce olması gerekir. Örneğin; Azmettiren (A)'nın, (B)'ye mağdureyi aklında yokken kaçırıp alıkoyması hususunda (B)'yi o suçu işlemeye yöneltmesi ve (B)'nin mağdureyi kaçırıp alıkoyması şeklinde gerçekleşen olay neticesinde (A)'nın davranışı azmettiren şeklinde olup, fail ile aynı cezayı alacaktır. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun TCK 109/1. maddesinde belirtilen şekilde işlenmiş olmasından sonra, suçun nitelikli şeklini örneğin TCK 109/6. maddesindeki nitelikli halin oluşması için, belirtilen şekilde faili azmettiren kişi yönünden, azmettirme hükümleri söz konusu olacaktır.²¹⁶

5.3 İÇTİMA

Fail tarafından yapılan hareket, birden çok kanun hükmünü veya farklı hareketler aynı kanun hükmünü ihlal etmiş olabilir. Bu durumda suçların içtimaı söz konusudur.

İçtima farklı şekillerde söz konusu olabilir:²¹⁷

- 1) Bir hareketin bir ihlale neden olması
- 2) Bir hareketin birden fazla ihlale neden olması (fikri içtima)
- 3) Birden fazla hareketin bir ihlale neden olması (zincirleme suç)
- 4) Birden fazla hareketin birden fazla ihlale neden olması (cezaların içtimaı)

TCK 42-43 ve 44. maddelerinde suçların içtimaı düzenlenmiştir.

mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına." (Y. 14.CD, 2014/11833 E, 2017/2607 K, 15/05/2017 T.)

²¹⁵ Koca/Üzülmez, s.420.

²¹⁶ Koca/Üzülmez, s.421.

²¹⁷ Demirbaş, s.531.

TCK'nın 42. maddesinde bileşik suç tanımlanmıştır. Failin bir suç işleme kararı ile birden farklı suç unsurunu yada ağırlaştırıcı halini bir arada işlemesi olarak değerlendirilmektedir. Zincirleme suç TCK 43.maddesinde tanımlanmıştır. Aynı suç işleme kararı ile değişik zamanlarda, aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda tek bir suç kabul edilerek sadece cezasında artırım uygulanmaktadır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir eylemle yapılması durumunda da zincirleme suçun varlığı kabul edilmektedir. Aynı araçtaki birden çok mağdura yönelik hürriyeti yoksun kılma suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yönünde Yargıtay kararı mevcuttur.²¹⁸

Zincirleme suçta aslında birden fazla suç söz konusu olmakla birlikte tek bir suç kabul edilmiştir. Zincirleme suç kesintisiz suçlardan farklıdır. Çünkü kesintisiz suçta gerçekleşen bir suç vardır. Kesintisiz suç zincirleme suç şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin failin iki ayrı kişinin özgürlüğünü bir suç işleme kararı ile, sınırlaması gibi.²¹⁹

TCK 43. maddenin 1. bendinde belirtilen zincirleme suçun oluşması için, üç şartın bulunması gerekir. Buna göre; a) aynı kişiye karşı işlenmiş birden fazla suçun bulunması, b) bu suçların kanunun aynı hükmünü ihlal etmesi, c) bir suç işleme kararının bulunması, gereklidir. TCK 43/1 maddesinde bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi şeklinde, yapılan belirtme ile, mağdurların farklı kişiler olması

²¹⁸ "...Mağdurlara yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları yönünden mağdurlar aynı araçta seyir halinde iken yollarının kesilmesi suretiyle, hürriyetlerinden yoksun kılındığından aynı suçun birden fazla kişiye karşı, tek bir eylemle işlendiği gözetilerek TCK'nın 43/2 maddesi delaletiyle 43/1.maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanması gerekirken herbir mağdur yönünden ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilerek fazla ceza tayini hatalıdır." (Y.16.CD, 2015/8835 E, 2016/1924 K, 30/03/2016 T.)

"...Sanığın mağdureye yönelik ilk eylemine dair iddiname düzenlenmeden ve hukuki kesinti gerçekleşmeden, ikinci olayın meydana geldiği, bu itibarla sanığın her iki eylemini aynı mağdureye karşı bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda zincirleme şekilde işlediği ve hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 109/1, 3-f,5, 43/1 maddelerinin tatbiki ile belirlenecek hapis cezasından Asliye Ceza Mahkemesi ilamı ile tayin edilen cezanın mahsup edilmesi neticesinde,kalan ceza miktarı ile, mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği, gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Bu nedenle hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2016/4294 E, 2016/7693 K, 09/11/2016 T.)

"...Sanık hakkında mağdura yönelik, zincirleme biçimde beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı(ikikez) zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı, zincirleme şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (iki kez), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde; sanık hakkında aynı mağdura karşı, Konya ili, Ereğli ilçesinde 2015 yılında işlediği iddia edilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçları sebebiyle ayrı soruşturma yapılarak kamu davası açıldığı anlaşıldığından, Egerli Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/96 E. s. dava dosyasının getirtilerek bağlantı sebebiyle her iki dava dosyasının birleştirilmesinden sonra sanığın farklı tarihlerde, mağdura yönelik gerçekleştirdiği eylemlerin müstakil yada zincirleme şekilde işlenip işlenmediği tartışılarak sonucuna göre hukuki durumun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması kanuna aykırı olduğundan bozulmasına karar verilmiştir." (Y. 14. CD, 2016/12810 E, 2017/2798 K, 23/05/2017 T.)

²¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.509.

durumunda zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesinde, " bir otoparkta bulunan otomobillerin camları kırılarak, teyplerinin çalınması durumunda her bir kişiye ait otomobildeki hırsızlık bağımsız bir suç olma özelliğini korur ve olayda gerçek içtima hükümleri uygulanır şeklinde açıklanmıştır. Ancak TCK 43/2 maddesinde " aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır " şeklindeki düzenleme ile, fiilin tek olması halinde buna istisna getirilmiştir.²²⁰

5237 s.TCK'nın 43/2. maddesindeki düzenleme ile aynı neviden fikri içtima kurumuna yer verilmiştir. Bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmiş olması

²²⁰ "...Sanığın görevli olduğu yurtda kalan mağdureleri gece nerede kaldıklarını göstermeleri bahanesiyle otomobiline bindirip bir süre yanında tutma eylemlerinin dosya içeriğine göre cinsel amaçla gerçekleştiği anlaşıldığından ve oluşa göre, sanığın her üç mağdureye karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını işlediğinin anlaşılması bulunması karşısında mağdure sayınca suç oluşacağı gözetilmeksizin zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini nedeniyle hükmün bozulmasına oy çokluğu ile karar verilmiş, karşı oyda ise; kredi yurtlar kurumuna bağlı kız öğrenci yurdunda nöbetçi amir olan sanığın, gece yurda gitmeyip arkadaşlarının evinde kalan reşit mağdurelere haklarında işlem yapacağını söyleyip gece kaldıkları yeri göstermelerini istediği, anons ettirerek çağırdığı mağdureleri saat 17:00 den sonra aracına bindirip evi göstermek üzere yola çıktıktan sonra, "ben size inanıyorum, evi göstermenize gerek yok, eşimden izin aldım, madem gezmeyi seviyorsunuz sizi gezdireyim" diyerek rızaları dışında, geri dönme iradelerini bildirmelerine ve korkmaları nedeniyle değişik arkadaşlarına çağrı bırakmak suretiyle kurtulmaya çalışmalarına ve mağdurelerin dönmek için ikna çabalarına rağmen, bira içmek istediği, kendilerini her yere götürebileceğini evini arabasını aldığını, maaşını onlar için harcayabileceğini söyleyip istemleri dışında, aynı araç içinde gezdirmek suretiyle hürriyetlerini kısıtladığı anlaşılmaktadır. Sanık eylemini, mağdureleri araç içinden indirmemek ve iradeleri dışında, gezdirmek sureti ile işlemiş devamında ise kendilerine herhangi bir cinsel harekette bulunmaksızın yurda yakın bir yerde bırakarak sonlandırmıştır. Her üç mağdurenin özgürlüğü, aynı tek eylem ve sadece araçtan indirmeme hareketi kısıtlanmıştır. Her ne kadar kişilere karşı işlenen suçlarda mağdur sayınca, suçun oluştuğunun kabulü gerekmekte ise de, dava konusu olayda olduğu gibi, istisnaları bulunabilmektedir. Hürriyetten yoksun bırakma suçunun mağdur sayısınca oluştuğunun kabulü ancak her bir mağdura karşı ayrı ayrı kısıtlama nitelikli birbirinden farklı sayılabilecek, hareketlerin gerçekleştirilmiş olması ile mümkündür. Sanığın üç kız arkadaş olan mağdureleri aracına alıp rızaları dışında gezdirme ve bir müddet sonra bırakma eyleminde TCK 43/2 maddesi göndermesi ile, aynı maddenin 1. fıkrasının uygulanması gerektiği şeklinde karşı oy gerekçeleri açıklanmıştır." (Y.14.CD, 2011/5884 E. 2012/5278 K. 09.05.2012 T.)

"...Suça sürüklenen çocuğun uyuşturucu madde satın almak için aynı evde ikamet ettiği mağdurdan para istediği ancak babasının parasının olmadığını söylemesine sinirlenen suça sürüklenen çocuğun mağdura yumruk vurmak suretiyle darp etmesi üzerine, babasının abisi diğer mağduru arayarak eve çağırdığı, çıkan tartışmada suça sürüklenen çocuğun mağdurlara " sizi yakacağım" dediği ve çarşı polis karakoluna giderek, babası ile abisinin nereden temin edildiğini bilmediği esrar maddesini zorla vermek suretiyle satmasını istediklerini, esrar maddesini satmayı kabul etmeyince kendisini dövdüklerini, esrar maddesinin bir kısmını da halen ikametlerinde bulunduğunu sözlü olarak bildirmesi üzerine, mağdurların gözetimine alınarak 26.8.2007 ile 27.8.2007 tarihleri arasında bir gün nezarethanede kaldıkları, suça sürüklenen çocuğun soruşturma evresinde c.savcılığında verdiği ifadede mağdurlara iftira attığını kendisinin uyuşturucu madde kullandığını ve ele geçen uyuşturucu maddenin kendisine ait olduğunu kabul ettiğini bildirdiğine göre; suça sürüklenen çocuğun, iftira etmek suretiyle aynı suçu iki ayrı mağdura karşı tek bir fiille aynı neviden fikri içtima şeklinde işlemesi karşısında suça sürüklenen çocuk hakkında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan 5237 s. TCK'nın 109. maddesi uyarınca tek bir ceza verilerek bu ceza üzerinden zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle arttırım yapılması gerekirken, yazılı şekilde her bir mağdur için ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD, 2015/8218 E, 2016/3280 K. 4.4.2016 T.)

doktrinde aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılmaktadır. Aynı neviden fikri içtimada aynı fiille aynı suçun farklı kişilere karşı aynı anda işlenmesi gerekmektedir.²²¹ Örneğin; bir minibüsün kapısını kilitleyerek içinde bulunan birden fazla kişinin hürriyetini yoksun kılan kişi bakımından TCK 43/2 maddesi uygulanacaktır.²²² Örneğin; birden fazla kişinin bulunduğu bir salonda failin asıl kastettiği kişi yanında başkalarının da hürriyetine engel olacak şekilde, salonun kapısını kilitlemesi halinde aynı suç tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmiş olmaktadır. Aynı kişinin değişik zamanlarda hürriyetinden yoksun kılınması halinde de zincirleme suç hükümleri gereği TCK 43.maddenin 1. fıkrasına göre, fail cezalandırılacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 43/3. maddesinde "kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz." şeklindeki düzenleme ile belirli suçların zincirleme suç olarak işlenmesi halinde bu suçların zincirleme suç kapsamında cezalandırılmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Burada belirtilen suçlar yönünden, bu suçların toplum içindeki önemi ve bunların işlenmesi engelleyebilmek için böyle bir düzenleme yapılmıştır.²²³

TCK'nın 44.maddesinde fikri içtima düzenlenmiştir. Failin işlediği fiil, ceza kanunda gösterilen birden fazla suç tipine uygunluğu tespit edilirse bu suç tiplerinden en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma yapılır.²²⁴ Fikri içtimada fail, bir

²²¹ ...Olay günü aracıyla gezip alkol alan sanığın mahalleden tanıdığı küçük mağdurlar ile bir araçla gezdireceğini söyleyip hile ile otomobile binmelerini sağladıktan sonra, ilçeden ayrılıp komşu ilçeye doğru seyir halinde, olduğu sırada, durumu fark edip kendilerini geri götürmesini isteyen mağdurlara emanette kayıtlı kurusıkı tabancayı göstermek suretiyle alıkoyduğu ve yan koltukta oturan mağdura şarap içirdikten sonra, öpüp bacaklarını ve göğüslerini okşamak suretiyle basit cinsel istismarda bulunduktan sonra, aracın yakıtının bitmesi üzerine, durdukları yerde mağdurların araçtan inerek kaçıp yakındaki petrol istasyonuna sığındıkları, tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mevcut haliyle, sanığın tek fiille her üç mağdura yönelik alıkoyma eyleminde bulunması sebebiyle aynı neviden fikri içtima halinin olduğu anlaşılmaktadır. TCK'nın 43/2 maddesinde düzenlenen aynı neviden fikri içtimada, aynı fiille aynı suçun farklı kişilere karşı aynı anda işlenmesi gerekmekte olup, sanığın tek eylemle yaşı küçük mağdurlara karşı atılı suçu işlemesinden dolayı TCK'nın 109/2, 3a-3f-5, 43/1-2 maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde mağdurlar... ve... için ayrı ayrı mahkumiyetlerine karar verilmesi neticesinde fazla ceza tayini kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.14.CD. 2015/8522 E, 2015/12051 K, 24.12.2015 T.)

²²² Hakeri, H., 2017. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 20. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi s.631.

²²³ Yurtcan, , s.442.

"...Sanığın her iki şikayetçiyi de yağmaladığının anlaşılması karşısında; şikayetçi sayısınca suç oluşacağı, 5237 sayılı TCK'nın 43/3 maddesi gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi ayrıca olay günü gece vakti şikayetçileri silah zoru ile araca bindirerek bir süre yol aldıktan sonra, yağmalayan sanığın eyleminin 5237 s. yasa hükümlerine göre; yağma suçunun yanı sıra, aynı yasanın 109. maddesindeki kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu da oluşturacağı düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir." (Y.6.CD, 2008/1675 E. 2010/6441 K. 13.5.2010 T.)

²²⁴ "...Olay günü sabah saatlerinde, sanığın yanında arkadaşı olan, diğer sanık ile beraber otele gelip, müşteki ve mağduru araçla"hayvan alımına daha sonra gideriz" diyerek evlerine götürdüğü, bir süre

fiil ile kanunun çeşitli hükümlerini ihlal etmektedir. Örneğin; vasisinin rızası olmadan evi terk eden çocuğa failin, kendi evinde daha rahat oturacağı şeklinde ifadeler kullanmak sureti ile vasisi ya da yetkili makama haber vermeksizin evinde tutan failin eylemi, hem TCK 234/3.maddesindeki vasinin haberi olmaksızın alıkoyma suçu hem de kişiyi hürriyetinden hile ile yoksun kılma suçunu oluşturabilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ilgili TCK 109/6 fıkrasında özel bir içtima kuralı mevcuttur. 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. Suçun işlenmesinde sırasında uygulanan cebir TCK 86.maddesinde belirtilen nitelikte bir yaralamaya sebebiyet vermiş ise TCK 109/2 maddesi gereği fail cezalandırılacaktır. Kullanılan cebir TCK 87.maddesinde belirtilen şekilde bir yaralanmaya sebebiyet verdiyse fail, nitelikli hürriyetten yoksun bırakmanın yanında, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralamadan da sorumlu olacaktır.²²⁵

Cebir veya tehdit kullanılarak bu suçun işlenmesi nitelikli hal sayıldığından bileşik suç²²⁶ hükmü uyarınca faile ayrıca cebir veya tehdit suçlarından ceza verilemez. TCK 109.maddesinin 2. fıkrası gereği fail cezalandırılır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, tehdit veya cebir doğrudan mağdura karşı gerçekleştirilmeyip, mağdurun yanında bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde, fail hem başkasına karşı işlediği, tehdit ya da kasten yaralama suçundan hem de hürriyetinden yoksun kılınan mağdura karşı TCK 109/2 maddesinde belirtilen nitelikli hal nedeniyle cezalandırılacaktır. TCK 109/2 maddesinde cebir, tehdit veya hile kullanılmasından bahsetmekte olup, bunun sadece mağdura karşı mı, yoksa yanında

sonrada burada müştekiden borcunu ödemesini istediği, " parayı ödemezsen buradan çıkış yok, öldürürüz" şeklinde tehdit ederek müşteki ve mağduru zorla alıkoymaları, tehditler sebebiyle, müştekinin altmış adet küçükbaş hayvanı sanıkları teslim etmek zorunda kaldığı, hayvanların teslimi halinde sanıkların müşteki ve mağduru serbest bırakmayı kabul ettikleri ve suça konu hayvanların teslimini sağladıktan sonra mağdurları araçla otobüs terminaline götürüp serbest bıraktıklarının anlaşılması karşısında 765 sayılı TCK'nın 308. maddesindeki düzenlemeye 5237 sayılı kanunda yer verilmemiş olup, 5237 sayılı TCK'nın 150/1.maddesinde bu anlamda ele alınamayacağı dikkate alındığında, hukuki alacağın tahsili amacıyla hareket ile, müştekiyi tehdit ederek; ayrıca müşteki ve mağdurun dolaşım özgürlüğünü sınırlayan sanıkların eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesindeki hürriyeti tahdit suçu ile aynı kanunun 150/1. maddesinde öngörülen yağmanın daha az cezayı gerektiren halini ayrı ayrı oluşturduğu dikkate alınmadan 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kuralına farklı anlam yükleyerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (Y.6.CD, 2014/2353 E, 2017/1770 K, 23.5.2017 T.)

²²⁵ Koca/Üzülmez, s.422.

²²⁶ TCK md. 42: "(1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz."

bulunan kişilere karşı da mı kullanılabilceği hususunda bir belirtme bulunmamaktadır. Ancak, kanaatimizce mağdurun yanında bulunan, anne, babası veya arkadaşı gibi kişilere karşı failin, mağduru hürriyetinden yoksun kılmak amacıyla cebir veya tehdit kullanması halinde, hem hürriyetinden yoksun bırakılan mağdura karşı TCK 109/2 de belirtilen nitelikli halin, hem de 3. kişilere karşı kullanmış olduğu cebir veya tehdit nedeniyle oluşan suçtan dolayı cezalandırılması gerekmektedir.

Bu suçun cinsel amaç ile işlenmesi tek başına nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte cinsel amaçla kişi hürriyetinden yoksun bırakılan mağdura yönelik, aynı zamanda cinsel bir hareket gerçekleştirilmiş ise, fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılır. Yani TCK 109/5 maddesindeki nitelikli halde kişiyi hürriyetinden yoksun bırakılan mağdura karşı aynı zamanda cinsel bir saldırı davranışı gerçekleştirilmiş ise fail hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de cinsel dokunulmazlığa karşı işlediği suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Burada gerçek içtima hükümleri uygulanmaktadır.

Fail, cinsel dokunulmazlığa karşı suç işlemek kastı ile ve bu suç işleme için gerekli olan süre içerisinde, mağduru hürriyetinden yoksun kılması durumunda failin işlemiş olduğu cinsel saldırı niteliğindeki suçlarla ilgili hüküm kurulacaktır. Bu olayda fikri içtimadan bahsetmek gerekecek, 109. maddenin 5. fıkrasındaki suç oluşmayacaktır. Failin cinsel dokunulmazlığa karşı suç kastı ile, bu süre içerisinde suç genel davranışına uygun olarak mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması bu suçun zorunlu unsuru olduğundan ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun varlığı söz konusu olmayacaktır.²²⁷

TCK 234.maddesinde, velayet yetkisi elinden alınmış anne veya baba ya da üçüncü derece dahil kan hısımının on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğun veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından kaçırılıp alıkonulması halinde, faile verilecek ceza düzenlenmiş olup, kaçırma veya alıkoyma fiili, maddede belirtilen ana, baba ya da kan hısımı dışında üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmiş ise, TCK 109. maddesinde belirtilen, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır.²²⁸ TMK 337. maddesinin 1. fıkrası gereği ana ve babanın evli olmaması halinde velayet anaya

²²⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.511.

²²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.984.

ait olduğundan çocuğun ana yanından, kaçırılması halinde, TCK 234/1 değil, TCK 109. maddesine göre baba cezalandırılacaktır.

Bu suç yağma suçu ile de içtima edebilir. Fail TCK 109. maddesi gereği hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan, hem de TCK 148. maddesinde düzenlenen yağma suçundan cezalandırılır. Nakil aracının örneğin; kara,deniz veya hava aracının kaçırılması suretiyle işlenmesi halinde TCK 223/4 fıkra hükmü uyarınca hürriyetin sınırlandırılması dolayısıyla fail ayrıca cezalandırılır. TCK 223.maddenin 4. fıkrasında bu suçlar işlenirken, kişilerin hürriyetlerin tahdit edildiğinde ayrıca cezaya hükmolunacağı belirtilmiştir. Bu madde TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hükmüne göndermede bulunmaktadır.²²⁹ TCK 223.maddesinin 4. fıkrası ile gerçek içtima hükümleri uygulanmaktadır.

Yalan tanıklık veya iftira sonucunda, mağdur kişi hürriyetinden yoksun kalmış, gözaltına alınmış veya tutuklanmış ise TCK 267/4, TCK 272/5 maddelerindeki hükmü gereği fail, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ötürü ayrıca dolaylı fail olarak sorumludur. Mağdurun özgürlüğünden yoksun kaldığı süre nedeniyle fail iftira suçunun yanında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır.²³⁰

Kişi hürriyetine karşı işlenen suç TCK 117. maddesinde düzenlenen çalışma hürriyetine engel olma amacı ile işlenirse, çalışma hürriyetine engel olma suçunun kurucu ögesi olmaması nedeniyle ayrı bir suç niteliğindedir. Fail çalışma hürriyetine engel olma amacı ile hürriyetten yoksun kıldığı kişinin uğradığı ekonomik kayıp nedeniyle, TCK 109. maddenin 4. fıkrası uyarınca temel cezanın yanında, ayrıca adli para cezası ile de cezalandırılacaktır.²³¹

²²⁹ Hafizoğulları, Z., Eşitli E. A., 2011, *Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar*.

Ankara barosu dergisi, 1, ss.25-26.

²³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.1172.

²³¹ Meran, s.1723.

6. YAPTIRIM ve KOVUŞTURMA

6.1 YAPTIRIM

Yaptırım suç karşılığını işaret eder. Ceza hukukunda yaptırımlar a) cezalar b) ceza mahkumiyetinin sonuçları c) ceza yerine hükmedilen tedbirler d) doğrudan doğruya hükmedilen tedbirler şeklinde dört gruba ayrılabilir.²³²

Cezalar, failin kusurlu hareketinin karşılığında, devletin kanunla koyduğu ve suçluyu bazı yoksunluklara tabi kılarak hukuk düzeninin devamını sağlamak ve toplumda düzeni kurmak amacı ile, uygulanan yaptırımlardır.

Cezanın uygulanabilmesi için öncelikle işlenmiş bir suçun varlığı gerekir. Suç olmadan ceza olmaz ve cezalar da kanunla saptanır. Ceza suçla bir nedensellik bağı içindedir. Suç neden, ceza sonuçtur. Ceza faile karşı toplumun bir fiilidir. Cezanın ödetici niteliğinin sonucu olarak bizzat suç failine zarar vermelidir.

Cezanın ahlaki ve insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması gerekir. Cezanın şahsiliği ilkesi, dikkate alınarak ceza sadece suçlu yönünden etki doğurmalıdır. Cezanın para ve hürriyeti bağlayıcı ceza bakımından bölünebilir olması gerekir. Cezanın sonuçları bakımından geri alınabilmeli ve tamir edilebilir nitelikte olması gerekir. Cezanın devlet için de külfet olmaması gerekir.

TCK 61.maddesinde cezanın ne şekilde belirlenip, bireyselleştirileceği açıklanmıştır.²³³ TCK 61/1.maddesinde belirtilen temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak hususların, dikkate alınabilmesi için suçun unsuru olarak belirtilmemiş olması gerekir.Suçun unsuru olarak kabul edilmişse ayrıca dikkate alınamaz.

Cezanın arttırılması, azaltılması veya değiştirilmesi kanunda açıkça belirtilmiş ise mümkündür. TCK 61.maddenin 4. fıkrasında" suçun temel biçimine göre daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla, nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda temel cezada önce arttırma sonra indirme yapılır demektir. Birden fazla ağırlaştırıcı ve birden fazla hafifletici neden varsa önce birinci ağırlaştırıcı neden uygulanır. Çıkan miktar üzerinden ikinci ağırlaştırıcı neden uygulanır. Hafifletici nedenler bakımından da

²³² Demirbaş, s.563.

²³³ TCK md. 61.

aynı yol izlenir. Ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler yönünden farklılık varsa, fail lehine olan sıra esas alınacaktır.²³⁴

Cezalar, hapis ve adli para cezası olarak iki ayrı yaptırım olarak düzenlenmiştir. TCK 45. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; failin işlediği suç tanımına uygun fiillerle ilgili olarak kanun, iki ana yaptırım öngörmektedir. Bunlar, hapis cezası ve adli para cezası cezalarıdır.

5237 sayılı TCK 109/1. fıkrasında, suçun temel şeklinin yaptırımını bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Hapis cezasının alt sınırı bir yıl olduğundan ve TCK 49/2. maddesi²³⁵ gereğince kısa süreli kabul edildiğinden, cezanın alt sınırdan verilmesi halinde TCK 50/1 maddesi²³⁶ gereğince, adli para cezasına yada diğer bir tedbire

²³⁴ Demirbaş, s.672.

"29.maddedeki sıraya dahil olmayan diğer sebeplerin, evvela arttırıcı, sonra azaltıcı sebepler uygulanmak ve sıraya dahil sebeplerden önce tatbik olunmak şartı ile, kendi aralarında suçunun en ziyade lehine netice verecek şekilde tertip ve tatbik olunacağı; fakat 29.maddedeki sıraya dahil dört sebebin en sonra nazara alınacağına.."

Buna göre; Hakim, suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suç konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir. Suçun olası kastla yada bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim ve artırım birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılacaktır. Birinci fıkra da belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz bulundurulmayacaktır. Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda, temel cezada önce arttırma sonra indirme yapılacaktır. Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile, takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir. Hapis cezasının süresi, gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün yirmidört saat bir ay otuz gündür. Yıl resmi takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artı kalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez. Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza otuz yıldan fazla olamaz. Adli para cezası hesaplanırken bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırım ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası belirlenen sonuç gün ile, kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması sureti ile bulunur. Adli para cezasının seçimler ceza olarak öngörüldüğü suçlarda, bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az, üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz. Kanunda açıkça yazılı olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir." (YİBK., 19/22 S., 14.12.1955 T.)

²³⁵ TCK 49. madde 1)Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde, bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. 2)Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

²³⁶ TCK 50/1.madde 1)Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere; a)Adli para cezasına, b)Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade,suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, d) Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda;mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına,belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, f) Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalışmaya, çevrilebilir.

çevrilmesi mümkündür. Ancak adli para cezasının ertelenmesi mümkün değildir. Sonuç ceza TCK 51. maddesinde²³⁷ belirtilen iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olması şartı ile, fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olanların mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının TCK 50/1 maddesinde öngörülen adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerekir.(TCK 50/3)²³⁸

Suçun nitelikli hali olan TCK 109.maddenin 2. fıkrasında ceza iki yıldan yedi yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir. Cezanın alt sınırı iki yıl hapis olduğundan, TCK 49/2 maddesine göre kısa süreli sayılmadığından TCK 50. maddesi gereği adli para cezasına çevrilemez. Fail hakkında ceza iki yıl hapis cezası olarak belirlendiği takdirde, TCK 51/1 maddesi gereğince ertelenebilir.

TCK 109/3. fıkrasında belirtilen şekilde, suç işlenirse birinci ve ikinci fıkralara göre verilecek ceza bir kat arttırılacaktır. Bir kat arttırma demek, verilecek ceza süresi kadar bir sürenin temel cezaya eklenmesidir. 3.fıkra da belirtilen, birden fazla nedenin gerçekleşmesi halinde bu nedenler yine bir defa uygulanacaktır.²³⁹ Suçun işlenmesi ile, mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kayba neden olması halinde TCK 109/4. fıkrası gereği fail hakkında ayrıca bin güne kadar adli para cezası verilecektir. Bu fıkra da bir ağırlaştırıcı neden söz konusudur. Ağırlaştırıcı nedenin oluşması için ekonomik kaybın önemli derecede olması gerekir. Ekonomik kayıp sadece malın azalmasını değil, mahrum kalınan karı da içermektedir.²⁴⁰ Bu maddede adli para cezasına hükmetmek konusunda hakime takdir yetkisi tanınmış olup, hakim suçlunun ekonomik durumu ile şahsi hallerini dikkate alarak cezaya hükmedecektir.²⁴¹ Ekonomik kaybın ağırlığına göre adli para cezasını alt sınırdan uzaklaşarak belirleyecektir.

²³⁷ TCK md. 51.

²³⁸ Meran, s.172.

²³⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, , s.3631.

"...Fiilin silahla ve birden ziyade kişi tarafından işlenmesinden dolayı 5237 s. Yasanın 109/3-a-b maddeleri gereğince bir kez artırım yapılması gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir." (Y. 5. CD., 2006/1940-2006/2152 s., 20/03/2006 T.)

²⁴⁰ Meran, s.166.

²⁴¹ Yurtcan, , s.117.

Adli para cezası TCK 52. maddesi²⁴² gereği beş günden az olamaz. TCK 52/1 maddesi gereği en az beş gün ve en fazla madde de belirtilen üst sınır olan bin gün arasında belirlenecek olan gün sayısı TCK 52/2 maddesi belirtilen " en az yirmi en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı " para miktarları arasında belirlenecek bir değerle çarpılarak hükmedilecek adli para cezası bulunacaktır.

Adli para cezasına karar verildiğinde, hapis cezası ile birlikte olsa bile TCK 51. maddesi gereği ertelenmesi mümkün değildir. Hapis cezası ertelenebilir, ancak adli para cezası ertelenemez.

TCK 109/5 maddesinde belirtilen şekilde suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, önceki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. Şartlara göre maddenin, 1,2,3 ve 4. fıkraları uygulama alanı bulabilir. Buna göre hakim önce sayılan fıkralara göre cezayı belirleyip sonra beşinci fıkra nedeniyle yarı oranında artırım yapacaktır.

TCK 109/6 fıkrasında suçların içtimaina ilişkin düzenleme mevcuttur. Suçun işlenmesi sırasında, mağdur üzerinde uygulanan cebir,kasten yaralama suçunun nitelikli hallerine sebebiyet vermiş ise, fail ayrıca TCK 87. maddesinde belirtilen kasten yaralama suçuna ilişkin yaptırıma tabi olacaktır. Hakim bu iki cezayı verirken önce hürriyetten yoksun kılma suçunun işleniş biçimi ve sonuçlarını dikkate alarak ağırlaştırılmış haller gerçekleşmiş ise ona göre cezayı tayin edecek, ikinci aşamada işlenen hürriyetten yoksun kılma suçu TCK 87. maddesinde belirtilen netice sebebiyle ağırlaştırılmış hallerde uygun ise, 87. maddeye göre cezayı belirleyecek ve sonunda iki cezayı toplayacaktır.

TCK 110.maddesinde düzenlenen cezayı azaltan etkin pişmanlığın gerçekleşmesi halinde failin cezası üçte ikisine kadar indirilecektir. TCK 110. maddesi gereği kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezasının üçte ikisine kadarı indirilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu tüzel kişi yararına işlenecek olursa, TCK 111. maddesi²⁴³ gereği özel hukuk tüzel kişisi hakkında, TCK 60. maddede belirtilen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Buna göre TCK 60.

²⁴² TCK md. 52.

²⁴³ TCK md. 111: "(1) Tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."

maddesinde " 1) bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştiraki ile ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması sureti ile, tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır." denilmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kasıtlı suçlardan olduğundan, mahkumiyet halinde TCK 53/1-2 fıkraları gereği failin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması söz konusu olup, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer. Sonuç cezanın adli para cezası olması durumunda, hak yoksunluklarına ilişkin TCK 53/1 maddesi hükmü uygulanmaz. Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak sureti ile işlenirse TCK 53/5 maddesi gereği, cezanın infazından sonra işlemek üzere verilen cezanın yarı oranı ile bir katı arasında hak yoksunluğuna da ayrıca hükmolunacaktır.

6.2. KOVUŞTURMA

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, şikayete tabi olmayıp adli makamlarca re'sen kovuşturulur. Soruşturma ve kovuşturma işlemleri C. savcılığı tarafından re'sen yapılır.

Suç kesintisiz bir suç olduğundan davaya bakmaya yer itibariyle yetkili mahkeme, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesidir. (CMK 12/2) Temel ve nitelikli kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu yargılamakla görevli mahkeme Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanunun 11. maddesi gereği, Asliye Ceza Mahkemesidir.

Suçun kamu görevlisi tarafından, görevin sağladığı, nüfuzun kötüye kullanılması sureti ile, işlenmesi halinde, 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması gereklidir. CMK 161. maddesinin 5. fıkrasına göre, kamu görevlisinin adliyeye ilişkin görev veya işleri

dolayısı ile, bu suçun işlenmesi halinde, soruşturma C.savcılarınca doğrudan doğruya yapılır.²⁴⁴

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren TCK 66/1-e maddesi gereği sekiz yıldır. Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, TCK 67/4 maddesi gereği, zamanaşımı en fazla oniki yıl olabilir. Zamanaşımı kesintinin gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlar.

Suçun nitelikli hallerinin söz konusu olduğu halde, TCK 66/1-d maddesi gereği suçun işlendiği tarihten itibaren dava zamanaşımı onbeş yıldır. Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde TCK 67/4 maddesi gereği dava zamanaşımı en fazla yirmiiki yıl altı ay olabilir.²⁴⁵

Suç işlendiği sırada, fail, oniki yaşını doldurmuş olup, henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi ile, TCK 66. maddesi gereği zamanaşımı dolacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunu incelemek gerekmektedir. Uzlaşma, ceza yargılamasına ilişkin uyuşmazlık dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğun fail tarafından üstlenilerek, mağdurun zararının giderilmesini sağlayan bir kurum olarak tarif edilebilir.²⁴⁶

Uzlaşma ile, şikayete tabi olan suçlarda, genellikle soruşturma aşamasında, istisnai olarak da kovuşturma aşamasında fail ile mağdurun anlaşılması sağlanmaktadır. Soruşturma safhasında taraflar anlaşır ve zarar giderilirse kamu davası

²⁴⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.282.

²⁴⁵ "...olay tarihinde 18 yaş içerisinde bulunan, suça sürüklenen çocuk hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan verilen suça sürüklenen çocuk hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan verilen hükmün 5271 sayılı CMK'nın 231/5. maddesi gereğince açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen kararın 12/7/2010 tarihinde kesinleşmesi ile işlemeye başlayan üç yıllık denetim süresi içinde suça sürüklenen çocuğun yeniden suç işlemesi nedeniyle, açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verilmesi gerekiyor ise de, atılı suçu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde öngörülen cezanın üst sınırı nazara alındığında aynı kanunun 66/1-d, 66/2, 67/4. maddelerine göre belirlenen 10 yıllık asli dava zamanaşımı süresine tabi bulunduğu ve suça sürüklenen çocuğun savunmasının alındığı 24/8/2005 tarihinden sonra zamanaşımını kesen başkaca bir neden bulunmayıp, hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle 1 ay 5 gün süreyle zamanaşımının durduğu da gözetildiğinde, inceleme gününe kadar bu sürenin gerçekleştiği anlaşıldığından, hükmün 5320 sayılı kanunun 8/1.maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozulmasına ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, suça sürüklenen çocuk hakkında, açılan kamu davasının aynı kanunun 322 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince zamanaşımı sebebiyle düşmesine karar verildi." (Y.14.CD. 2017/3604 E, 2017/6348 K. 11.12.2017 T.)

²⁴⁶ Kaymaz, S., Gökcan, H., 2007. *Uzlaşma ve Önödeme*. 2.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları. s.47.

açılmasına yer olmadığına, kovuşturma safhasında da uzlaşma gerçekleşirse kamu davasının uzlaşma nedeniyle düşürülmesine karar verilecektir.²⁴⁷

Uzlaşma CMK 253 ila 255. maddelerinde düzenlenmiş olup, uzlaşma şartları belirlenmiştir. CMK' nın 253.maddesi 24/11/2016 T. 6763 sayılı kanun ile kapsamı genişletilerek, uzlaştırma usulü yeniden düzenlenmiş ve uzlaşma olan madde başlığı da uzlaştırma olarak belirtilmiştir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar uzlaşmaya tabidir. TCK ve özel kanunlarda düzenlenen şikayete bağlı suçlar uzlaşma kapsamında ise de; şikayete tabi olmasına rağmen, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda ve etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiş suçlarda uzlaşma söz konusu değildir. CMK 253. maddesinde şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, TCK'da yer alan bir kısım suçlar yönünden de uzlaştırmanın uygulanacağı belirtilmiştir.

TCK 109.maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yukarıda açıklanan düzenlemeler karşısında, CMK'nın uzlaştırma hükümlerinden faydalanamayacağı anlaşılmaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığına da incelenmesi gerekmektedir: CMK 231. maddesinde, hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlenmiş olup, CMK 231/5. fıkrası gereğince sanığa hükmolunan yaptırım iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması durumunda hükmün açıklanması geri bırakılır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması azami iki yıl hapis cezası alan failler hakkında uygulanmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder. Burada bir çeşit erteleme söz konusu olup, ceza kanunundaki ertelemeye nazaran daha lehe sonuç doğuran bir durum mevcuttur.²⁴⁸

Hakim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması sanık yararına olduğundan hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının gerekip gerekmediğini kararda tartışmak ve bu konuda olumlu olumsuz bir karar vermek zorundadır.²⁴⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmek için, öncelikle sanık hakkında bir mahkumiyet hükmünün verilmiş olması, uzlaşmanın sağlanmamış

²⁴⁷ İpek, Ali., Parlak, E., 2016. *Ceza Muhakemesinde Uzlaşma*. 3.Baskı. Ankara:Adalet Yayınevi. s.2.

²⁴⁸ Ünver, Y., Hakeri, H., 2010. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.673.

²⁴⁹ Meran, s.174.

olması ve sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunda, kabulünün bulunması gerekmektedir. Sanığın cezası belirlenmeden, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Yargıtay kararında bu hususa dikkat çekilmiştir.²⁵⁰

Mahkumiyet yerine güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde, mahkumiyet kararı bulunmadığından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi görevsizlik kararı, beraat kararı, birleştirme, gibi mahkumiyet hükmü dışındaki kararlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün değildir. Birden fazla suçtan mahkumiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁵¹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmek için, sanığın ayrıca kabulü gereklidir. Çünkü sanık kabul etmediği takdirde, verilecek mahkumiyet hükmünü temyiz etme olanağına sahip olup, neticede beraat etme ihtimalide olabilecektir. Sanık hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ettiği takdirde bu karar sadece itiraza tabidir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanığın suçu kasten yada taksirle işleminin, suç işleme şeklinin, suça iştirak halinin mevcut olmasının önemi yoktur. Şartları varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. CMK 231. maddenin 5. fıkrasında, hapis veya adli para cezasına hükmedilmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceği belirtilmiştir. Hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmeyeceği hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamakta olup, hapis cezasının süresinin iki yıldan fazla olamayacağı

²⁵⁰ Epözdemir, R., 2016. *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması*. Ankara: Adalet Yayınevi, s.90.

"19/6/2006 günlü temyize konu karar ile, açıklanması geri bırakılan hükmün kurulmasına karar verilmiş ise de, 8/2/2006 gün ve 352/26 sayılı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilirken, 5395 s. yasanın 23/1 maddesi uyarınca atılı suçtan dolayı ceza belirlenemediği ve bu itibarla usulüne uygun olarak verilmeyen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararlardan sonra yapılan işlemlerin hukuki değerden yoksun olacağı gözetilmek sureti ile, yapılan incelemede; sanık hakkında 5395 sayılı yasanın 23/1 maddesi uyarınca atılı suçtan dolayı ceza belirlendikten sonra, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, 8/2/2006 günlü kararda atılı suçtan dolayı ceza belirlenmeden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır." (Y. 2 CD. 9625-3555 s., 8/3/2007 T.)

²⁵¹ Epözdemir, s.94.

"Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3.2.2009 gün 250/13 sayılı kararında açıklandığı üzere, birden fazla suçtan mahkumiyet halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunu, her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, gözetilmeden cezaların içtimai sonucu toplam ceza miktarının iki yılı aştığından bahisle yasal olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırıdır." (Y. 11. CD., 2011/5629 E., 2011/20035 K., 15/9/2011 T.)

belirtilmişken adli para cezasının miktarı yönünden de herhangi bir sınırlama yoktur.²⁵²

Belirlenen denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde açıklanması geri bırakılan hüküm CMK 231/10 maddesi gereği ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilecektir. Kurulan hüküm sanık hakkında hukuki sonuç doğurmamış olur.

Ceza belirlenmeden doğrudan doğruya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına geçilemez. CMK 231. maddesinde belirtilen koşullar gerçekleşmişse mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakıp bırakmayacağını takdir edecektir.

CMK 231/6. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

- a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması,
- b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
- c) Suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin sureti ile tamamen giderilmesi gerekir. Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmek için sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması gerekir. Bu nedenle taksirle işlenmiş bir suçtan mahkumiyet, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel oluşturmaz. Mahkum olunan cezanın hapis veya adli para cezası olması hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olması bakımından önemli değildir. Ayrıca kasten işlenen suç nedeniyle hakkında sadece güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde de mahkumiyet hükmü bulunmadığından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel bir hal değildir. Önceki mahkumiyet hükmünün kesinleşmiş olması aranmalıdır. Mahkumiyet hükmünün ertelenmiş olması halinde TCK 51.maddesi uyarınca hükümlünün denetim süresi yükümlülükleri uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, cezası infaz edilmiş sayılacağından ve bu nedenle mahkumiyet hükmü mevcut olduğundan, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel bir durum mevcuttur.²⁵³

CMK 231/6-b maddesine göre; sanığın yeniden suç işlemeyeceğine ilişkin kanaate varabilmek için sanığın kişilik özellikleri ile, duruşmadaki tutum davranışları

²⁵² Epözdemir, s.141.

²⁵³ Epözdemir, s.165.

göz önünde bulundurulacaktır. Mahkemece, her iki durumun dikkate alınarak, bir kanaate varması ve bunun neticesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gerekip gerekmediğine karar vermesi gerekmektedir. Mahkeme sanığın tekrar suç işlemeyeceği yönündeki kanaate nasıl vardığı gerekçeleri ile kararda açıklamalıdır.²⁵⁴

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmek için gerekli olan şartlardan bir diğeri de; mağdurun veya kamunun suç nedeniyle uğradığı zararın giderilmesidir. Sanık zararı, hemen gideremediği takdirde, denetim süresi içerisinde, aylık taksitler halinde ödemek sureti ile tamamen gidermesi koşulu ile, hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına CMK 231/9. maddesi gereğince karar verilebilecektir. Zarar suçlarında, failin yaptığı hareket nedeniyle bir zararın meydana gelmesi ve fiille netice arasında nedensellik bağı bulunması aranır. Tehlike suçlarında ise, giderilebilecek bir zarar bulunmamaktadır. Bu nedenle tehlike suçlarında zararın giderilmesi şartı aranmayacaktır. CMK 231/6-c bendinde belirtilen, zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır.²⁵⁵ Zarar aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin sureti ile tamamen giderilmiş olması gerekir. Burada uğranılan zarar maddi zarar olup, manevi zararlar bu kapsamda değildir.²⁵⁶

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde, sanık hakkındaki mahkumiyet hükmü hukuki sonuç doğurmayacaktır. CMK 231. maddenin 7. fıkrası gereği, mahkum olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde sanık beş yıl süreyle denetime tabi tutulur. Mahkemenin takdirine göre bu süre içerisinde, bir yıldan

²⁵⁴ Epözdemir, s.170.

"Kasıtlı bir suçtan mahkumiyeti bulunmayan sanığın duruşmalara katılmaması nedeniyle yargılamadaki tutum ve davranışlarının gözlemlenmesi olanağı bulunmaması ve savunmasının alındığı talimat mahkemesinde, duruşma tutanağına yansıyan olumsuz bir davranışın olmamasına karşın, " duruşmalardaki tutum ve davranışları kişilik özellikleri dikkate alındığında yeniden suç işlemeyeceği hususunda olumlu kanaate varılamaması şeklindeki yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Y. 4. CD. 2010/24579 E. 2010/20756 K., 14/12/2010 T.)

²⁵⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1531.

²⁵⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1531.

"CMK'nın 231/6-c de belirtilen zarar kavramı belirlenebilir maddi zarara ilişkin olup, manevi nitelikte zararı kapsamaması karşısında sanıkların kişilik özelliklerinin göz önüne alınarak karar verilmesi gerekir." (YCD., 2009/13696 E., 2009/15351 K., 5/10/2009 T.)

fazla olmamak üzere CMK 231. maddenin 8. fıkrasında gösterilen veya mahkemece takdir edilecek başka bir yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir.²⁵⁷ Denetim süresi içerisinde dava zamanasını duracaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına, CMK 231/12 maddesi gereği itiraz edilebilir. Ancak sanık bu karardan sonra kasıtlı bir suç işlerse, açıklanması geri bırakılan hüküm açıklandığından bu hükme karşı veya suç işlemediği için verilen düşme kararına karşı, genel hükümler uyarınca istinaf yoluna gidilebilir.²⁵⁸

CMK 268. maddesi gereği itiraz süresi, ilgilinin kararı öğrendiği tarihten itibaren 7 gündür. Kararı veren mahkemeye verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunmak sureti ile itiraz edilebilir. İtiraz üzerine, kararına itiraz edilen hakim veya mahkeme itirazı yerinde görürse kararını düzeltecek yani hükmü açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldıracak ve hükmü açıklayacaktır. Yerinde görmezse en çok 3 gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan mercii gönderecektir. İtiraz mercii itirazı yerinde görüp hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verirse dosyayı mahkemesine iade eder. İtiraz merciiin verdiği karar kesin ve bağlayıcıdır. İtiraz mercii itirazı yerinde görmezse reddedebilir ve dosyasını mahkemesine iade eder. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiğinde, itirazı inceleyecek olan makam hem maddi hem de hukuki yönden inceleme yapar. Maddi inceleme hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmiş olup olmadığı ile sınırlıdır. Delillerin takdiri konusunu inceleyemez.²⁵⁹ Hükmün şekil açısından doğru kurulup kurulmadığı incelenebilir. İtiraz merciiince yapılacak inceleme evrak üzerinde yapılır.

²⁵⁷ CMK 231. maddenin 8. fıkrasına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, sanık, beş yıl süre ile denetime tabi tutulur. Denetim süresi içinde kişi hakkında, kasıtlı bir suç nedeniyle, bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süre ile, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;
a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,
b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanasını durur.

²⁵⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1532.

²⁵⁹ Epözdemir, s.332.

'İtiraz yerinde görülürse mercii aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.' şeklindeki kararı ile itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında yargılamayı sonuçlandırarak bir karar vermemesi gerektiği anlaşılmaktadır." (YCGK., 2012/10-534 E. 2013/15 K., 22.1.2013 T.)

Hükmün içeriğinde yer alan hukuka aykırılıklar itiraz merciince denetlemeyecektir. Ancak sanık hükmü doğrudan istinaf veya temyiz etmek istiyorsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul etmeyebilir. Bu durumda mahkeme doğrudan hükmün tefhimi aşamasına geçeceğinden hükme karşı istinaf veya temyiz yolu açıktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da, CMK 231/5 maddesi gereği belirlenen ceza miktarında ceza verilmesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına diğer şartlar da mevcut olduğu takdirde karar verilebilecektir.²⁶⁰

SONUÇ

5237 sayılı TCK 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 765 sayılı TCK 'da ayrı maddeler halinde düzenlenen bir çok suç tipini bir araya getirmiştir.

Bu suç tipi ile kişilerin kendi özgür iradeleri ile, hareket edebilme hakları korumaya alınmıştır. Bu suçun oluşumu için mağdurun iradesine değil, failin icra hareketlerine başlamış olmasına bakılacaktır.

Kişilerin, kendi özgür iradeleri ile hareket edebilme hürriyeti en temel haklardan olup, hukuka aykırı eylemlerle bu özgürlüğün sınırlanması ve ortadan kaldırılması bu hükümle koruma altına alınarak, yaptırımlar düzenlenmiştir.

Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu doğrudan kişi iradesine yönelik hareketle işlenen suçun tanımına yöneliktir. Kişinin temel haklarından birisi olan hürriyetin korunmasını hedeflemiştir.

TCK 109. maddesinde, hürriyeti yoksun kılacak eylem çeşitlerinin bütün halinde düzenlenmesi sağlanmıştır. Hürriyeti yoksun kılma suçu, hareket eylemi ile gerçekleşmektedir. Fail, mağduru bir yere gitmek yada bir yerde kalmak hürriyetinden

²⁶⁰ "Hukuki nitelendirmelerde yanılığın uygulama ile, sanığın yağma suçunun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna dönüştüğü gerekçesi ile, hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olduğu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve yağma suçunun unsurlarının farklı olduğu, ayrı ayrı değerlendirme yapılarak suçun hukuki vaşfının tayini ile hüküm kurulması gerektiği, adli sicil kaydına vaki olmamış sayılan, eski hükümlülük kaydı dışında, dosyaya yansıyan başkaca bir olumsuzluğu bulunmayan sanık hakkında sabıkalı kişiliği göz önüne alınarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, yer olmadığına karar verilmesinin kanuna aykırı olduğu" belirtilmiştir." (Y. 6. CD. 2013/33280 E. 2017/92 K. 30/01/2017 T.)

yoksun kılan hareketle suçu işlemektedir. Suçun nitelikli halleri TCK 109/3. fıkrasında yer almaktadır. Bu şekilde nitelikli hallerin TCK 109.maddesi içinde düzenlenmesi suçun bütün halinde görülmesini sağlamaktadır.

Suçun nitelikli hali olarak öngörülen mağdurun çocuk olması durumunda, açıklık bulunmamaktadır. Kanun düzenlemesinde çocuğun vasfı, yaşı açıkça düzenlenmemiştir. TCK 6/b maddesi uyarınca çocuk 18 yaşından küçük kişi olarak tanımlanmıştır. TCK 109. maddesinde çocuğun ayrıca yaş yada vasfı değerlendirilmediğinden, mağdur olarak çocuk deyiminin onsekiz yaşından küçükleri kapsadığı yönünde hüküm kurulması gerekmektedir. Oysa fail için TCK 31. maddesinde yaş küçüklüğüne ilişkin sınıflandırma, yapılmıştır. Bu sınıflandırmanın kıyas yasağı dikkate alınarak, mağdura uygulanması imkanı bulunmamaktadır. 18 yaşından küçük mağdur TCK 109/3-f maddesi gereğince nitelikli hal uygulaması için, yeterli kriter olarak değerlendirilmelidir. Yoksa 18 yaşından küçük ama ayırt etme yeteneğine sahip fiil ehliyeti bulunan mağduru, çocuk olarak değerlendirmemek mi gerekmektedir? Suçun oluşumunda savunmasızlık halinin olmadığı, çocuğun kendini nispeten koruyabileceği bilinç düzeyinde olması durumunda, mağduru çocuk olarak kabul edip sırf bu sebeple yani çocuk sıfatı tanınarak nitelikli hal uygulaması yerinde mi olacaktır? Bu durumda kanuni düzenleme dikkate alındığında, çocuk tanımı ile rızayı birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Suçun oluşumunda, özgür iradesi ile rızası bulunmayan 18 yaşından küçük çocuğun mağdur olması durumu başlı başına suçun nitelikli halini uygulanması için yeterli olacaktır.

Suçun, cinsel amaçla işlenmesi ayrı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Cinsel amaçla suçun işlenmesi durumunda, toplumun suça ilişkin infial duygusu daha yoğun olarak yaşanacağı muhakkaktır. Bu nedenle, cinsel amaçla işlenen suçun nitelikli hal olarak daha ağır ceza ile yaptırıma bağlanması yerinde bir uygulamadır. Bununla birlikte, cinsel amaçla işlenen suçta, mağdurun yaşının da bir yaptırım olarak sınıflandırılması daha yerinde bir uygulama olacaktır.

Toplumumuzda cinsel amaçla suçun işlenmesi, ayrı bir hassasiyet konusu olmaktadır. Failin mağdura yönelik eylemi, sosyal tepkilerin artmasına sebep olmaktadır. Özellikle cinsel amaçlı suçlarda mağdurun yaşının küçüklüğü, ayrı bir tepki kaynağı teşkil etmektedir. Yaşı çok küçük mağdurlara yönelik cinsel suçlarında toplumsal dengeyi sarstığı muhakkaktır. Suç ile ceza arasında adalet duygusunu tatmin

edecek yaptırım uygulamasının, denge içinde uygulanması gerekmektedir. Küçük yaştaki çocuklara yönelik cinsel amaçlı hürriyetin yoksun kılınması suçunda, yaptırımın da daha ağır nitelikte olduğunun toplum tarafından bilinmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle; cinsel amaçla küçük yaştaki mağdurlara yönelik fiillerde ayrı bir sınıflandırma yapılmasının yerinde olacağı kanaatine varılmıştır.

TCK 31. maddesine uygun olarak,0-12 yaş arasındaki mağdura yönelik cinsel amaçla işlenen hürriyeti yoksun kılma suçunda, temel bir ceza öngörülme sureti ile artırımda bu hükümlerin uygulanması, suç ile yaptırım arasındaki denge gözetilmesi ve adaletin sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

Hürriyeti yoksun kılma suçu kişinin temel insan haklarının ihlaline yönelik suç niteliğindedir. Kişinin toplum yaşamındaki önemi ve sosyal organizasyonların, kişinin varlığını ve gelişimini hedeflediği dikkate alındığında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun önemi daha da belirginleşmektedir. Bu suç tipi sosyal dokunun temel unsurlarından olan kişinin temel hakkının korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, hürriyetin yoksun kılınması suçunda haksız tahrik ve takdiri indirim nedenleri gibi, suçun yaptırımında indirim sebebi olacak kanuni sebeplerin uygulanmasının yasaklanması bir hüküm olarak yer alabilir.

TCK 109/4 maddesi ile, mağdurun suç sebebi ile, ekonomik bakımdan önemli kayba uğraması hali ayrıca yaptırıma bağlanmıştır. Madde düzenlenmesinde ekonomik kaybın önemli olması, deyim ile ilgili tanım yada tespit yapılmamakla birlikte, kaybın vehamet arz eden bir oran olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu önemli kayıp, mağdurun sosyal durumuna göre mi, yoksa suçun işlendiği tarihteki genel toplumsal kriterlere göre mi örneğin; toplumun refah düzeyi dikkate alınarak mı tespit edilecektir? Kişinin özgür iradesinin korunması amaçlandığı dikkate alındığında, mağdurun ekonomik kaybının önemli olduğu görülmektedir. Mağdurun suç sebebi ile ekonomik bakımdan önemli kaybı, suçun işlendiği tarihte paranın satın alma gücü, mağdurun sosyal statüsü ile geçimi için harcadığı gelir bütünüyle dikkate alınarak, kaybın ekonomik bakımdan önemli olup olmadığının değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

TCK 109/4 maddesi ile ekonomik kaybın ayrı bir yaptırıma bağlanması, ile iradeye yönelik suçun, ekonomik yönünün de dikkate alındığını ortaya çıkarmaktadır. Böylece mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması yaptırıma bağlanan suç tipinde, mağdurun ekonomik kaybının oranı da birlikte değerlendirilmektedir. Mağdur hürriyeti

ile ekonomik kayba uğraması iki ayrı yaptırım tipi ile korunmaktadır. Bu şekilde TCK 109. maddesinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bir bütün halinde değerlendirme imkanı sunan çağa uygun bir suç tipi olduğu neticesine varılmaktadır.



KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akkaya, Ç., 2017.*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*. 1.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aldıkaçtı, O., 1978. *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*. 3. Baskı. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Artuk, M.E., Gökçen, A, Alşahin, M.E. ve Çakır, K., 2017. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 16. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aslan, B., 2012. *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü*. 2.Baskı. Ankara. Seçkin Yayınları.
- Baba, Y.,2013. *Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık*. 1.Baskı. İstanbul:On İki Levha Yayıncılık.
- Başlı, S., 2016. *Türk Ceza Kanununda Hürriyete Karşı İşlenen Suçlardan Tehdit ve Cebir Suçu*. 1.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Demirbaş, T., 2017. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Doğru,O. ve Nalbant,A., 2012. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*. Ankara: Şen Matbaa.
- Dönmezer, S., Erman, S., 1974. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Dutertre, G.,2003. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*.Almanya:Avrupa Konseyi Yayınları.
- Epözdemir, R., 2016. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Adalet Yayınevi .
- Erol,H., *Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı*. 2.Baskı.Ankara: Yayın Matbaacılık.
- Evik, V., 2011. *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*. 2.Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Gerçeker, H., 2017. *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*.3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Gündel, A., 2009.*Türk Ceza Kanunu Açıklaması*. Anakara: Sözkese Matbaacılık.

- Hacıfazlıoğlu, A.,2014. *Teori ve Uygulamada Suça İştirak*. 1.Baskı. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Hafızoğulları, Z. ve Özen, M., 2016. *Türk Ceza Hukuk Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. 5.Baskı. Ankara: US-A Yayıncılık.
- Hakeri, H., 2017. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 20. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- İçel, K., 2016. *Ceza Hukuku Genel Hükümler. Yenilenmiş bası*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- İpek, Ali., Parlak, E., 2016. *Ceza Muhakemesinde Uzlaşma*. 3.Baskı. Ankara:Adalet Yayınevi.
- Kapani, M., 1993. *Kamu Hürriyetleri*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Kaymaz, S., Gökcan, H., 2007. *Uzlaşma ve Önödeme*. 2.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Koca, M. ve Üzölmez, İ., 2017. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 4.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhuğlu, A., 2010. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. 18. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Küçüktaşdemir, Ö., 2012. *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Meran, N., 2014. *Hürriyetten Yoksun Bırakma Tehdit şantaj Konut Dokunulmazlığını Bozma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ., 2017. *Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler*. 11. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Parlar,A., Hatipoğlu, M., 2010.*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*. 2. Baskı. Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Parlar, A., Hatipoğlu, M., 2010. *Suça Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar*. 2.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Parlar, A. ve Hatipoğlu, M., 2007. *Türk Ceza Kanunu Yorumu*. Ankara: Yayın Matbaacılık.
- Soyaslan, D., 2012. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 9.Baskı.Ankara: Yetkin Yayınları.
- şahin. M., 2012. *Ceza Hukukunda Rıza*. 1.Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık A.ř.
- Tezcan, D., Erdem, M.R. ve Önok, R.M., 2017. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 15. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Toroslu, N., 2018.*Ceza Hukuku Özel Kısım*. 9. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi.

- Tozman, Ö., 2015. *Suçta Teşebbüs*. 1.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ünver, Y., Hakeri, H., 2010. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Üzülmez, İ., 2007. *Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Yaşar, O., Gökcan, H.T. ve Artuç, M., 2010. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yaşar, O., Gökcan, H.T. ve Artuç, M., 2014. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yurtcan, E., 2012. *Hürriyete karşı suçlar*. 3. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yurtcan, E., 2010. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*. İstanbul: Barış Matbaası.

Sürelî Yayınlar

Balcı, M., 2010. Kişî Özgürlüğü ve Güvenliğı Bağlamında Serbest Bırakılma Hakkı. *Ceza hukuku dergisi*. **5**, (12), ss.73-85.

Çakmut, Ö., 2013. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu. *Marmara üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*. **19**, (2), ss.587-602.

Hafızoğulları, Z., Eşitli E. A., 2011, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, Ankara barosu dergisi, 1, ss.25-26.

Kaplan, M., 2015. Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı. *Akdeniz üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*. **5**, (2), s.49-77.

Karagülmez, A., 2010. Evi Terk Eden Çocuğı Yanında Tutma Suçu. *Ceza hukuku dergisi*.

5, (12), ss.73-85.

Yıldırım, A., 2017. İnfaz Edilmemiş Yakalama Emri Kişî Hürriyeti ve Güvenliğı Hakkına Müdahale Oluştur Mu?. *Terazi hukuk dergisi*. **12**, (129), ss.148-150.

Elektronik Kaynaklar

Altıparmak, K., Aytacı, A.M., Karahanoğulları, O., Hançer, T., ve Aydın, D., 2007. Polis Vazife Salahiyet Kanunda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma. Hukuk ve Adalet. A.Ü SBF İnsan hakları merkezi, <http://80.251.40.59/politicsankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm> [11.01.2017]

Binici, K.C., ve Yaylacı, O., 2013. Haksız Tutuklama ve Haksız Tutuklamalardan Kaynaklı Tazminat Davaları. Hukuk gündemi, www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hdgmakale/2013-2/10.pdf. [12.01.2017]