

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ZEYNEP BÜŞRA ŞENYİĞİT

GAZİANTEP
HAZİRAN 2016

T.C.
UNIVERSITY OF GAZİANTEP
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

DEPRIVATION OF LIBERTY

MASTER'S OF LAW THESIS

ZEYNEP BÜŞRA, ŞENYİĞİT

GAZİANTEP
JUNE 2016

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ZEYNEP BÜŞRA ŞENYİĞİT

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ

GAZİANTEP
HAZİRAN 2016

T.C.
UNIVERSITY OF GAZİANTEP
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

DEPRIVATION OF LIBERTY

MASTER'S OF THESIS

ZEYNEP BÜŞRA ŞENYİĞİT

Supervisor: Assist. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ

GAZİANTEP
JUNE 2016

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Zeynep Büşra ŞENYİĞİT

Tez Savunma Tarihi: 9.6.2016

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

Prof. Dr. Hilmi BAYRAKTAR
SBE Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları sağladığını onaylarım.

Yrd. Doç. Dr. İdris BAL
Enstitü ABD Başkanı

Bu tez tarafımca (tarafımızca) okunmuş, kapsamı ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ
Tez Danışmanı

Bu tez tarafımızca okunmuş, kapsam ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak oybirliği/ oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri:

(Unvanı, Adı ve SOYADI)

Prof. Dr. M. Tevfik GÜLSOY

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ

Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK

İmzası



T.C.
UNIVERSITY OF GAZİANTEP
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

Deprivation of Liberty

Zeynep Büşra ŞENYİĞİT

Date of Viva: 9.6.2016

Approval of the Graduate School of Social Sciences

Prof. Dr. Hilmi BAYRAKTAR
Director

I certify that this thesis satisfies all the requirements as a thesis for the degree of Master's of Law.

Asist. Prof. Dr. Lider BAL
Head of Department

This is to certify that I(we) has(have) read this thesis and that in my(our) opinion it is fully adequate, in scope and quality, as a thesis for the degree of Master's of Law.

Asist. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ
Supervisor

This is to certify that we have read this thesis and that in our opinion it is fully adequate by unanimous vote/a large majority, in scope and quality, as a thesis for the degree of Master's of Law.

Examining Committee Members:
(Title, Name and SURNAME)

Signature

Pof. Dr. M. Tefik GÜLSOY

Asist. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ

Asist. Prof. Dr. Fatih BİRTEK



ETİK BEYAN

Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Zeynep Büşra ŞENYİĞİT

17.5.2016

ÖZ

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

ŞENYİĞİT, Zeynep Büşra
Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku ABD
Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ
Haziran 2016

Hürriyetlerin korunması için hukuki olarak tanınmaları yeterli olmamış, aynı zamanda hürriyetlerin ihlal edildiği durumları cezalandıran bir sistem kurulması gerekmiştir. Hürriyete karşı suçların yasal olarak mevzuatta yer alması bu konuda atılan önemli adımlardan biridir. 5237 sayılı TCK'nın ikinci kısım, yedinci bölümde yer alan Hürriyete Karşı Suçlar düzenlemesi ile bu bölümde yer alan hürriyetlerin gerçek anlamda tanınması sağlanmıştır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu Hürriyete Karşı Suçlar bölümünde m. 109'da düzenlenmiştir. Kişinin bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması suç olarak kabul edilmiştir. Aktüel ve potansiyel hareket hürriyetinin korunan hukuki değer olduğu bu suç tipinde, suçun işlenmesindeki kolaylık ve fiilin haksızlık içeriği esas alınarak nitelikli hâller düzenlenmiştir.

5271 s. CMK ve ilgili yasal düzenlemelerde yer alan koruma tedbirlerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hukuka uygunluk sebebi olması, başka birçok suçun işlenmesinde mağdurun hareket hürriyetinin sınırlandırılmasının zorunlu olması ve suçla korunan hukuki değere ilişkin belirsizlik dikkate alınarak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu tez konusu olarak seçilmiştir.

Anahtar kelimeler: Hürriyete Karşı Suçlar, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, Hareket Hürriyeti, Potansiyel Hareket Hürriyeti, Aktüel Hareket Hürriyeti,

ABSTRACT

DEPRIVATION OF LIBERTY

ŞENYİĞİT, Zeynep Büşra
M. A. Thesis, Department of Public Law
Supervisor: Assist. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ
June 2016

Legal recognition has not been sufficient for liberty protection; at the same time, it has been also necessary to establish a system that inhibits infringement of liberty. As regards to this, one of the major steps is the codification of crimes against liberty. With the regulation of the Crimes Against Liberty in the seventh section of second part of Turkish Criminal Code No.5237, liberties in that section have been truly recognized. The deprivation of one's liberty is regulated in Article 109 in the section of the Crimes Against Liberty. Depriving one from liberty of moving to or remaining in a place is acknowledged as a crime. Liberty of actual and potential movement is protected legal value in this type crime. Characteristics of major crime in this type of crime are regulated on the basis of ease at committing the crime and content of tortious act.

This thesis premises upon the subject of deprivation of liberty because protective measures in the Code of Criminal Procedure No.5271 and related regulations are lawful reason in the deprivation of an individual's liberty, it is required to restrict victim's liberty of movement to commit many types of crime, and there is uncertainty of protected legal value by crime.

Key words: Crime against Liberty, Deprivation of Liberty, Liberty of Movement, Liberty of Potential Movement, Liberty of Actual Movement.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
SEMBOLLER VE KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HÜRRİYET, HÜRRİYETE KARŞI SUÇLAR VE KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN KAVRAMSAL VE TARİHİ GELİŞİMİ

I. HÜRRİYET KAVRAMI	5
A. Kavramsal Açıdan Hürriyet	5
B. Tarihsel Açıdan Hürriyet Kavramı	10
1. Batı Hukuku'nda Hürriyet Kavramı	10
2. İslam Hukuku'nda Hürriyet Kavramı	14
3. Türk Hukuku'nda Hürriyet Kavramı	16
II. HÜRRİYETE KARŞI SUÇLAR	22
A. Kavramsal Açıdan Hürriyete Karşı Suçlar	23
B. Tarihsel Açıdan Hürriyete Karşı Suçlar	26
1. Genel Olarak	26
2. Hürriyete Karşı Suçların Türk Hukuku'ndaki Gelişimi	29
III. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU	34
A. Genel Olarak	34
B. 765 Sayılı TCK'da Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu	36
C. 5237 Sayılı TCK'da Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu	38
D. 5237 ve 765 Sayılı Kanunların Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Açısından Karşılaştırılması	39

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

I. GENEL OLARAK	43
II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU	44
III. FAİL	48
IV. MAĞDUR	50
V. SUÇUN UNSURLARI	58
A. Maddi Unsur	60
1. Hareket- Netice- Nedensellik Bağı	63
a. Hareket	63
i. Seçimlik Hareketli Bir Suç Olması	65
ii. Serbest Hareketli Suç Olması	66
iii. İcrai ya da İhmali Hareketle İşlenebilmesi	67
iv. Neticesi Harekete Bitişik Suç Olması	70
v. Zarar Suçu Olması	71
vi. Doğrudan ya da Dolaylı Hareketlerle İşlenebilmesi	73
b. Netice	76
i. Mağdurun Hürriyetinin Sınırlandırılma Süresi ve Suça Etkisi	76
ii. Mütemadi Bir Suç Olması	77
iii. Mağdurun Hareket Özgürlüğünün Kısmen ya da Tamamen Kaldırılması	81
c. Nedensellik Bağı	83
2. Hukuka Aykırılık	84
a. Genel Olarak	84
b. Hukuka Uygunluk Sebepleri	90
i. Meşru Savunma	91
ii. Zorunluluk Hâli	94

iii. Görevin İfası	99
iv. Hakkın Kullanılması	105
v. İlgilinin Rızası	111
B. Manevi Unsur	118
1. Genel Olarak	118
2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Bakımından Manevi Unsur ..	120

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ, CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIM, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

I. SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ	125
A. Genel Olarak	125
B. Suçun Maddi Unsuruna İlişkin Nitelikli Hâller	128
1. Fiili İşlemek İçin ya da İşlediği Sırada Failin Cebir, Tehdit ya da Hile Kullanması	128
2. Suçun Silahla İşlenmesi	134
3. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	136
C. Failin Vasfı ile İlgili Nitelikli Hâl Olarak Kamu Görevlisinin Sağladığı Nüfusu Kötüye Kullanmak Suretiyle Suçu İşlemesi	137
D. Mağdurun Vasfı ile İlgili Nitelikli Hâller	140
1. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi	140
2. Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi	142
E. Fail ile Mağdur Arasındaki İlişki Bakımından Nitelikli Hâl Olarak Suçun Üstsoy, Altsoy ya da Eşe Karşı İşlenmesi	144
F. Manevi Unsurla İlgili Nitelikli Hâl Olarak Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi	146
G. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hâl	150

1. Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması ...	150
2. Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Hâllerinin Gerçekleşmesi	153
II. CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK	155
III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	159
A. Teşebbüs	160
B. İştirak	163
C. İctima	165
IV. YAPTIRIM	168
V. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ	169
SONUÇ	171
KAYNAKÇA	175

SEMBOLLER VE KISALTMALAR

Aktarma	Akt.
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	AÜHFD
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi	ASBFD
Bakınız	bkz.
Ceza Dairesi	CD.
Cilt	C.
Çeviren	Çev.
Çocuk Koruma Kanunu	ÇKK
Çok yazarlı eserlerde ilk yazardan sonrakiler	vd.
Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	EÜHFD
Esas	E.
Eski Türk Ceza Kanunu	ETCK
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası	İÜHFM
İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi	İÜSBFD
Karar	K.
Madde	m.
Sayfa/sayfalar	s.
Sayı	S.
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	SÜHFD
Ceza Muhakemesi Kanunu	CMK
Türk Ceza Kanunu	TCK
Türk Medeni Kanunu	TMK
Türkiye Barolar Birliği Dergisi	TBBD
ve benzeri ve benzerleri	vb.
Yargıtay	Y.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu	YCGK
Yayınları	Yay.

GİRİŞ

Hukuk, din ve felsefede önemli bir yeri olan hürriyet, uzun zamandır tartışılan, ancak üzerinde herhangi bir tanımda uzlaşamayan bir kavramdır. Bunun sebebi, bu kavramın çok yönlü olması ve buna bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkmasıdır.¹ Bu durum aynı zamanda bir yerde hürriyeti ihlal niteliğinde olan bir hareketin, başka bir yerde bu nitelikte görülmemesine yol açmaktadır. Dolayısıyla hukuk sistemlerinde hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenen suçlar oldukça değişiklik göstermektedir.²

Bireylerin birbirleriyle ve devletle ilişkilerinde hürriyetlerinin korunması hürriyete karşı suçların kabul edilmesiyle mümkün olmuştur. Yani hürriyetlerin hayata geçirilmesi için yasal olarak tanınmaları yeterli olmamış, ayrıca hürriyete karşı ihlalleri önleyecek bir sistem kurulması da gerekmiştir.³ Roma Hukuku'ndan beri hürriyete karşı suçların cezalandırıldığı bilinmekle birlikte hürriyete karşı suçların ayrı bir başlık olarak ele alınmasının tarihsel süreçte yeni olduğu söylenebilir.⁴ Roma hukukunda kısmen “*crimen vis*”⁵ kısmen “*iniura*”⁶ suçları kapsamında cezalandırılan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, çalışma konumuzu oluşturmaktadır.

Anayasa m. 19'da Temel Hak ve Ödevler başlıklı ikinci kısmın Kişilerin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünde kişi hürriyeti ve güvenliği ilkesine yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK m. 109'da ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu düzenlenmiştir. Bu hükümde bir kimsenin bir yere gitmesi ya da bir yerde kalmasına engel olan kişinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Hükümün devamında suçu işlemek için mağdura karşı cebir, tehdit ya da hile

¹ GÜNEŞ, Seyithan, *Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, İstanbul, 1998, s. 3, KAPANI, Münici, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, 1993, s. 3

² GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 7.

³ ÖZGÜVEN, Ayşe Duygu, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 19, ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İÜHF*, c. XXIX, S. 4 1964'den ayrı Baskı, s. 949, ÇINAR, Ali Rıza, *Tehdit Suçu*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 14.

⁴ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 955.

⁵ Vis kuvvet kullanma, maddi ve manevi zorlama ile kişileri istemedikleri bir şey yapmaya zorlama anlamına gelmektedir. ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner, *5237 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, 2010, s. 257, dipnot 1.

⁶ Geniş anlamda bütün hukuka aykırı fiilleri, haksızlık ve adaletsizliği ifade eden iniura, dar anlamda maddi yaralama ve tecavüzleri karşılamaktadır. Bkz. TAHIROĞLU, Bülent, *Roma Hukukunda Iniuria*, İstanbul Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1969, s. 4-5, 108-109.

kullanılması, suçun silahla, birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi, kişinin kamu görevi nedeniyle suçun mağduru olması ya da kamu görevinden kaynaklanan nüfuzu kullanarak bu suçu işlemesi, failin üst soy, alt soy ya da eşe karşı su suçu işlemesi, mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması, suçun cinsel amaçla işlenmesi ve mağdurun suçun unsuru niteliğinde olan şiddet derecesini aşması hâlinde cezasının ağırlaştırılacağına yer verilmiştir.

Çalışmamızda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, tahlili bir metot izlenerek suçun unsurlarını tespit etme ve her bir unsurla ilgili tartışmalı hususları vererek çözüm önerme şeklinde ele alınacaktır. Tümdengelim yönteminin benimsendiği bu çalışmada belli konularda tümevarım yöntemi de kullanılmıştır. Ayrıca TCK m. 109 hükmünün, 765 sayılı ETCK'nın kişi hürriyetini korumaya yönelik hükümleri bakımından farklılıklar arz etmesi göz önünde bulundurularak bu konularda her iki kanunun karşılaştırılmasına yer verilmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan değer gerek Anayasa metninde yer alacak kadar değerli olması, gerek kanuni düzenlemelerde tartışmalı hususlar içermesi çalışma konusu olarak seçilmesinde etkili olmuştur. Ayrıca kişi hürriyetinin devlet tarafından sınırlandırılmasında uygulama alanı bulan hukuka uygunluk sebeplerinin kapsamı ve uygulama şartlarına da bu vesile ile değinilmiş olmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde, tarihsel gelişimi içerisinde hürriyet kavramı, hürriyete karşı suçlar sistemi ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yer verilecektir. Batı, İslam ve Türk Hukuku'nun sırayla ele alındığı bu başlıklarda, konu kapsamı hürriyetin sınırlandırılması temelli olarak belirlenecektir. 765 ve 5237 sayılı TCK'ların karşılaştırılmaları ile bölüm son bulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hukuki konusu, faili, mağduru ve suçun unsurları ayrıntılı olarak değerlendirilecek, bu sırada ceza hukuku genel hükümler bilgilerine suçla ilgili olduğu kapsamda yer verilecektir. Suçun unsurları maddi ve manevi unsur olarak iki başlık altında incelenecek olup, görüşler Yargıtay kararları ile desteklenecektir.

Üçüncü bölümde, suçun nitelikli hâlleri ve özel görünüş biçimleri, teorik tartışmalardan ziyade Yargıtay kararları ile ele alınmaya çalışılacaktır. Ayrıca TCK m.

110’da yer alan etkin pişmanlık düzenlemesinin hürriyetin sınırlandırılması suçu bakımından uygulanmasına yer verilecektir. Suçun cezası, soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin düzenlemeler de değerlendirilecektir.

Sonuç bölümünde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni düzenlemeler ve Yargıtay kararları kapsamında değerlendirilmesi ile ortaya çıkan sonuçlara yer verilecektir. Çalışmanın kısa değerlendirmesi sonrasında getirilen çözüm önerileri ile son bulacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

HÜRRİYET, HÜRRİYETE KARŞI SUÇLAR VE KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN KAVRAMSAL VE TARİHİ GELİŞİMİ

I. HÜRRİYET KAVRAMI

A. Kavramsal Açıdan Hürriyet

Hürriyet kavramı çok uzun zamandır tartışılan konulardan biridir. Hürriyetin birçok tanımı yapılmış, ancak üzerinde anlaşmaya varılmış herhangi bir hürriyet tanımına ulaşılamamıştır. Bunun sebebi hürriyetin çok yönlü bir kavram olmasıdır.⁷ Montesquieu on sekizinci yüzyılda bu duruma ilişkin olarak “*Hiçbir kelime yoktur ki, hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere yansımış olsun*” demiştir.⁸

“Hürriyet ışığa tutulmuş, ışığı renklere bölen prizma gibidir. Herkes ona baktığında kendi açısından gördüğü rengi ya da renkleri tasvir eder.” Bazılarına göre hürriyet bağımsızlık, bazılarına göre özel yaşamın gizliliği, bazılarına göre ise eşitliktir.⁹ Herkes kendi dünya görüşü çerçevesinde hürriyetten yanadır, totaliter sistemler bile hürriyetten yana olduklarını iddia etmişlerdir.¹⁰ Hürriyet anlayışı yer ve zamana göre de değişmektedir. Bir eylem herhangi bir yerde ve zamanda hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte görülmezken, başka bir yerde ve zamanda hürriyeti ihlal ettiği kabul edilmektedir. Bu sebeple hürriyetin herkesçe kabul edilecek bir tanımına ulaşmak oldukça zordur.¹¹ Ancak konumuz olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan hukuki değeri daha iyi anlayabilmek için hürriyet kavramını tanımlamaya çalışmak faydalı olacaktır.

⁷ GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 3, KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 3.

⁸ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris 1949, XI, s. 2, (akt. KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 3).

⁹ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 3- 4.

¹⁰ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 4.

¹¹ GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 7.

Sözlük anlamı olarak hürriyet, “*herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir koşula bağlı olmama durumu; her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi istencine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumudur*”.¹² Bu tanıma göre hürriyet serbestliği içine alan¹³, serbestlik üzerine kurulmuş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Montesquieu’nun yaptığı tanıma göre “*hürriyet, kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmek hakkıdır*”.¹⁴ Ancak burada hürriyeti kanunların koyduğu sınırlara göre belirlemek ne kadar doğrudur? Ya kanunlar hiçbir şeye müsaade etmezse? Montesquieu kanun ve hukuk üstünlüğü ile hürriyet düzeninin kurulabileceğini ifade etmek istemiş, ancak kanuna ve hukuka bağlılığın tek başına hürriyeti sağlayamayacağı ve hürriyeti kısıtlayan kanunların da yapılabileceği aşikârdır.¹⁵

1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi’nde, daha sonra birçok anayasada ve Türkiye Cumhuriyeti 1924 Anayasası’nda yer alan klasik tanıma göre “*hürriyet başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir*”. Bu tanımın yeterli olduğunu söylemek zordur. Birçok şey vardır ki, insanlar yapmak ister, ancak imkânsızlıktan dolayı yapamaz. Çok yoksul olan, sokakta yatan birinin başkasına zarar vermeyen şeyleri yapabildiği için hür olduğunu söyleyemeyiz.¹⁶ Seyahat edecek parası olmayan için seyahat özgürlüğünün, hakkını aramak için yargısal düzenin olmadığı yerde hak arama özgürlüğünün bir anlamı olmayacaktır.¹⁷ Diğer taraftan “*başkasına zarar vermemek*” ne anlama gelir? “Zarar” kavramı kime göre ve nasıl belirlenecektir? Hürriyeti tanımlamaya çalıştığımız bütün bu kavramlar ancak toplum tarafından kabul edildiği ölçüde ölçüsünde geçerli olacak ve gerçekte ancak o zaman insanlar için bir değer ifade edecektir.¹⁸

Bir başka tanımla hürriyet, bir şeyi yapma ya da yapmama, belli bir biçimde davranma veya davranmama yetkisidir.¹⁹ Hürriyet devlet tarafından verilen herhangi

¹²Türkçe Sözlük, (Türk Dil Kurumu Yayını), Ankara, 7. Baskı, 1983, s. 933.

¹³ MUMCU, Ahmet, KÜZECİ, Elif, *İnsan hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Ankara, Yenilenmiş 7. Baskı, 2011, s. 11.

¹⁴ MONTESQUIEU, s. 3, (akt. KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 5)

¹⁵ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 5.

¹⁶ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 5.

¹⁷ GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 6.

¹⁸ MUMCU, KÜZECİ, *İnsan hakları ve Kamu Özgürlükleri*, s. 12.

¹⁹ BECET, Jean-Maire, COLARD, Daniel, *Les Droits de l’homme, 1-Dimensions nationales et internationales*, Economica, Paris 1982, p. 8, (akt. KABOĞLU, İbrahim Özden, *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, 1989, s. 14).

bir hukuksal emre bağılı olmama şeklinde ortaya çıkar.²⁰ Serbestlik düşüncesinden hareket eden bir diğer tanımda da hürriyet kullanılması için başkasının edilgen kalması yeterli olan, başka birinin edimini gerektirmeyen, bireyin kişisel davranışını iradi olarak seçme yetkisidir.²¹

Hobbes’a göre hürriyet “engelleme olmaması” dır. Hobbes, yasaların çizdiği sınırlar içerisinde bireylerin kendileri için yararlı olan şeyleri bulma ve buna uygun davranma hürriyetine sahip olduklarını savunmuştur.²²

Hürriyeti, yasanın tanıdığı sınırlara değil de insan olmaya dayandıran bir diğer görüş şöyle tanımlamaktadır; “*Hürriyetler kaynaklarını insanın doğumunda, kişiliğinde bulurlar. İnsanın insan olduğu için sahip olduğu bir gücün, serbest hareket etme gücünün, daha doğrusu bir bağımsızlığın ifadesidirler.*”²³

İnsan davranışını dört evre içerisinde açıklayan görüşe göre hürriyet, bu evrelerden sonuncusu olan iradenin dışa yansması aşamasında ortaya çıkar. Kuşkusuz “iç evre” denilen (amaç kavramı, tutum alma ve karar) aşamada da hür olmak gerekir. Amacımızı özgürce seçebiliyor, özgür tutum alıp özgür karar verebiliyorsak ve kararımızı özgürce uygulayabiliyorsak hürriyetten bahsedebiliriz. Ancak iç iradenin eyleme dönüşmesi, yani son aşama hürriyetin somutlaştığı aşamadır. Evrende görünüm kazanmadığında iç irade karar ya da kararsızlık biçiminde kalır.²⁴ Bu tanıma göre hürriyet iç hürriyet ve dış hürriyet olarak ikiye ayrılmaktadır. Potansiyel olarak hür olan insanın²⁵ iradi ve bilinçli olarak karar alma süreci iç hürriyet²⁶, alınan kararın özgürce dışa yansma süreci de dış hürriyettir.²⁷

Hürriyetin sınıflandırılması konusunda genellikle kabul gören ve klasikleşmiş bir ayrıma ulaşan Jellinek’e göre hürriyetler negatif statü hakları, pozitif statü hakları

²⁰ KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, s. 14.

²¹ RIVERO, Jean, *Libertés publiques*, t. I- Les droits de l’homme, PUF., coll. “Thé-mis”, Paris 1978, p. 22, (akt. KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, s.14).

²² HOBBS, Thomas, *Leviathan*, çev: LİM, Semih Kazım, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, 1995, s. 162 vd.

²³ TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 3. Baskı, 1969, s. 279.

²⁴ ÖKTEM, M. Niyazi, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul 1977, s. 14, 263.

²⁵ İç hürriyete ilişkin farklı görüşler için ÖKTEM, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, s. 249 vd.

²⁶ ÖKTEM, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, s. 249.

²⁷ ÖKTEM, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, s. 263.

ve aktif statü hakları olarak üçe ayrılır.²⁸ Negatif statü hakları kişinin devlet tarafından dokunulamayacak haklarının yani özel alanının sınırlarını çizen haklardır. Devlete olumsuz bir ödev yükler: karışmama, “*gölge etmeme*”. Pozitif statü hakları vatandaşa devletten bir hizmet ya da yardım isteme imkanı tanır ve devlete de olumlu bir edimde bulunma ödevi yükler. Aktif statü hakları ise vatandaşa siyasal süreçte yer alma, kararlara katılma yetkisini veren haklardır.²⁹

Bir diğer sınıflandırma ise temel hak ve hürriyetler, temel olmayan hak ve hürriyetler şeklindedir. “Temel” sıfatı bir hürriyetin başka bir hürriyete bağlı olmadığı, yalnız başına var olabildiği anlamına gelir, dolayısı ile temel olmayan hürriyetler varlığı başka bir hürriyetin varlığına bağlı olanlardır. Temel hürriyet insan doğasında var olan, kendine sahip olma, hareket ve davranışlarını seçme ayrıcalığıdır. Temel olmayan hürriyetler ise sağlık hakkı, sendika hakkı gibi sosyal hürriyetler biçiminde sayılmıştır.³⁰

Hürriyetler ayrıca medeni haklar, siyasi haklar ve kamu hakları olarak üçe ayrılır. medeni haklar, özel hukuk hükümlerine göre içerikleri belirlenmiş olan haklardır. Herkes bu haklardan yararlanma konusunda eşittir. Siyasi haklar, devletin kuruluş ve işleyişine vatandaşın katılmasına imkan sağlayan haklardır. Bu haklardan yalnızca vatandaş yararlanır, ayrıca yararlanma konusunda belli ehliyet şartları da aranabilir (seçme seçilme hakkı gibi).³¹ Kamu hakları ise insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan kısmı anlamına gelir. Kamu hakları denmesinin sebebi sadece bir sınıfa değil istisnasız olarak herkese tanınmış olması ve dolayısıyla birey devlet ilişkisini düzenleyen kamu hukukunun bir dalı olmasıdır.³²

Etken- edilgen hürriyet ya da amaç ve araç hürriyet ayrımları da yapılmıştır.³³ Göreceli nitelik taşıyan³⁴ bu ve benzeri birçok sınıflandırma yapılması kavramın çok yönlülüğünü göstermekte ve anlaşılmasına yardımcı olma amacı taşımaktadır. Ancak çeşitli yönleriyle hürriyet bir bütündür. Onu parçalarına ayırmak ve bu parçalardan

²⁸ JELLINEK, G., L’Etat moderne et son droit (Trad. G. Fardis-Paris 1913), c. II, s. 51 vd., (akt. KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 6).

²⁹ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 6.

³⁰ KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, s. 17.

³¹ EREM, Faruk, *Hürriyet ve Suç*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1952, s. 3-4.

³² KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 14.

³³ KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, s. 17.

³⁴ KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, s. 18.

yalnızca birine indirgemek hürriyetin başlıca niteliği olan *monizm*'e³⁵ aykırı düşmektedir.³⁶

Genel olarak şahıs hürriyeti bireyin yetilerini istediği gibi kullanabilmesi, hareketlerinde kendisinininkinden farklı bir iradeye tabi olmaması anlamına gelir. Bu durum hürriyetin sınırsız olduğunu göstermez, aksine toplum içerisinde yaşam gereği hürriyetin sınırlandırılması gerekir.³⁷ “*Herkesin istediğini yapabileceği bir yerde hiç kimse istediğini yapamaz. Herkesin efendi olduğu yerde herkes esirdir.*”³⁸

Yasal düzenlemelerle hürriyete ilişkin sınırlar önceden tespit edilmiş, kişiler bütün haksız ve keyfi müdahalelere karşı korunmuş olacaktır.³⁹ Aynı doğrultuda bir diğer tanımda da şahıs hürriyeti, kişinin hukuk kuralları çerçevesinde melekelerini istediği gibi kullanabilmesi, faaliyetlerini istediği şekilde gerçekleştirebilmesi olarak ifade edilmiştir.⁴⁰ İnsan iradesinin hür olduğu kabul ediliyorsa bu aşamada insanın türlü saikler arasında bir seçim yapmak gücüne sahip olduğu da kabul ediliyor demektir.⁴¹

Geleceğini serbestçe belirleme olarak da ifade edebileceğimiz hürriyet, hareket etme, ihmal etme ya da katlanma şeklinde, sonucunu kabul ederek ve hiçbir baskı altında kalmayarak karar verme yetkisidir.⁴² Bu anlamıyla şahıs hürriyeti çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Ticaret ve sanayi, cemiyet kurma, fikir ve vicdan, çalışma hürriyetleri şahıs hürriyeti içerisinde sayılabilir.⁴³ Ayrıca kişilerin huzur ve güvenlik duygusu içerisinde hayatlarını sürdürebilmesi, özel hayatın dokunulmazlığı da hürriyet kavramı içerisinde Türk Ceza Kanunu’nda koruma altına alınmış olan haklardır.

Çalışmamız kapsamında ele almak istediğimiz kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ihlal edilen değer bireyin beden hürriyetidir. Dar anlamda şahıs hürriyeti

³⁵ Felsefede tekçilik anlamına gelen kavramdır. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.6.2016.

³⁶ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 7.

³⁷ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1958, s. 1.

³⁸ BEUDANT, s. 5, (EREM, “Faruk, Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar”, *AÜHFD*, C. VIII S. 1–2, Y. 1951, s. 73).

³⁹ GÖLCÜKLÜ, *Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti*, s. 1.

⁴⁰ JEZE, Gaston, “Ferdî Hürriyetler”, Çev:ÖZYÖRÜK, Mukbil, *AÜHFD*, C. III, S. 1, Y. 1946, s. 216.

⁴¹ GÜRİZ, Adnan, “İrade Hürriyeti”, *AÜHFD*, Y. 1965-1966, C. 22-23, S. 1-4, s. 637.

⁴² ÜZÜLMEZ, İlhan, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj Ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 20.

⁴³ GÖLCÜKLÜ, *Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti*, s. 1.

olarak ifade edilebilecek bu kavram “*Hiçbir engelle karşılaşmadan gidip gelme, yerleşme serbestisi, istediği gibi hareket edebilme*” yetkisidir.⁴⁴

Kanunlarla düzenlenmiş olan bireyin serbest alanına başka bir gücün saldırıda bulunması, diğer bir gücün serbest iradesini kötüye kullanması olarak görülür. Bu diğer güç birey ya da devlet olabilir. Kişi hürriyetine karşı gerçekleştirilecek bütün bu ihlaller ceza hukuku alanında yapılan yasal düzenlemelerle engellenmeye çalışılmaktadır. Ceza hukuku anlamında kişi hürriyeti de, ihlalleri önleme amacı çerçevesinde şekillenmekte ve ceza hukuku ile korunan bireye ilişkin hukuksal varlık olarak tanımlanabilmektedir.⁴⁵

Gerek yasal metinlerde gerek akademik çalışmalarda hürriyet, hak kavramı ile birlikte kullanılmaktadır. Anayasa 12 vd maddelerde “temel hak ve hürriyetler” ifadesine yer verilmiştir. Sıkı bir ilişki içinde bulunan bu iki kavramı yine birbiri ile tanımlayabiliriz. Hak, hürriyetin uygulamaya geçiş şekli, bir kişiye mevzuat ile tanınan belli bir konuda hür olma yetkisidir.⁴⁶ Haklar tarihsel olarak da yöneticilerin keyfi fiillerine karşı bireyin hürriyetini koruma aracı olarak geliştirilmiştir. Hürriyet ise kişinin kendi tercihlerine göre hareket edebilmesi ve bunu yaparken başkaları tarafından keyfi olarak engellenmemesidir. Buna göre hürriyet soyut ve negatif bir durumu ifade ederken; hak, somut ve yöneticilerin pozitif tutum sergilemesini gerektiren bir durumdur.⁴⁷

B. Tarihsel Açıdan Hürriyet Kavramı

1. Batı Hukuku’nda Hürriyet Kavramı

İnsanın, sadece insan olması dolayısıyla doğuştan bazı haklara sahip olduğu yolundaki temel düşüncenin, sistemli bir şekilde ortaya konulması on yedinci yüzyılda gerçekleşmiştir.⁴⁸ Bu dönemde “tabiat hâli” ve “toplum sözleşmesi” hipotezleri kişi

⁴⁴ EREM, *Hürriyet ve Suç*, s. 61.

⁴⁵ ÇINAR, *Tehdit Suçu*, s. 14-15.

⁴⁶ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 10-11.

⁴⁷ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 11, ERDOĞAN, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara, Orion Kitabevi, 2011, s. 33-34.

⁴⁸ ERSOY, Yüksel, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK. m. 201 ve 275 sayılı Kanunun İlgili Hükmeleri)*, Ankara, AÜSBF Yayınları, No:345, 1973, s. 11, KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 30.

hakları düşüncesinin temelini oluşturur. Bu düşünce akımının başlıca temsilcisi Locke, tabiat hâlinde insanların tam ve mutlak bir hürriyete sahip olduğunu iddia eder. Tabiat hâlinde var olan “tabi kanunlar” ın sistemli ve etkili bir şekilde uygulanması, insanlar arasındaki anlaşmazlıkların çözülmesi için üstün bir otorite kurulmuştur: Devlet. Bireyler de tek tek sahip oldukları cezalandırma hakkını bu otoriteye devretmişlerdir. Bununla birlikte diğer bütün hak ve hürriyetlerini korumaktadırlar. Devlet bu gücü amacına uygun olarak kullanmazsa, toplum sözleşmesini bozmuş olacak, halk da devletin otoritesine itaat etmek zorunda olmayacaktır. Locke, halkın iradesini en üstün irade kabul ederek, siyasal iktidarın kaynağının halk olduğunu da kabul etmiş olmaktadır.⁴⁹

Tabii hukuk düşüncesini benimseyen bir diğer düşünür Rousseau da Locke gibi insanların önceden tabiat hâlinde yaşadıklarını iddia eder. Ancak bu tabiat hâlinde, insanlar devamlı bir mücadele hâlinde yaşamaktadırlar. İnsanlar da, tabiat hâlinde sahip oldukları ancak kullanamadıkları hak ve hürriyetlerinin korunması için bir araya gelerek toplum sözleşmesini yapmışlar ve sahip oldukları bütün hak ve hürriyetleri “genel irade” ye devretmişlerdir. Bireyin bu iradeye karşı herhangi bir teminatı söz konusu değildir, çünkü bütün, nasıl kendi uzuvlarına zarar vermezse, genel irade de halka zarar vermeyecektir. Bireyi siyasal iktidar içerisinde eriten bu düşünce, iktidara karşı bireyi koruyacak herhangi bir teminat bırakmamıştır.⁵⁰

Tabii hukuk akımının kişi hak ve hürriyetlerine temel kabul ettiği her iki hipotez eleştirilmiş ve kişi hak ve hürriyetlerinin Fransız Devrimi ile gelişen ferdiyetçi görüşten kaynaklanması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre kişi doğuştan hak ve hürriyetlere sahiptir ve başkalarının hürriyetlerine dokunmamak şartı ile istediği gibi hareket edebilir.⁵¹ Kişi devlet ilişkileri bakımından ise devlet, kişilerin hür oldukları alana karışmamak ve kişiler arasındaki ilişkilerin özgür bir ortamda gelişmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu durum “negatif haklar” ı ortaya çıkarmıştır. Devlet ancak ilişkilerin serbest bir ortamda oluşmasını, kişilerin iradelerinin etkilenmemesini sağlamak amacıyla bireye müdahale edebilir.⁵²

⁴⁹ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 30 vd.

⁵⁰ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 33 vd.

⁵¹ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 12.

⁵² ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin” s. 935.

Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını özgürce geliştirebilmeleri için devletin tamamen pasif bir tutum içinde bulunması gerektiğini ileri süren ferdiyetçi görüş, tanınan hürriyetlerin bireyi özgür kılmaktan uzak olduğu gerekçesi ile on dokuzuncu yüzyılda eleştirilmiştir. Buna göre, teorik olarak tanınmış hak ve hürriyetler, insanlar eşit şartlara sahip olmadığından, sadece belli imkânlarla sahip olan bir sınıf için anlam ifade etmektedir. İmkân eşitliğinin sağlanması ise, ferdiyetçi görüşü esas alan devletin pasif tutumu ile değil, ancak devletin müdahalesi ile mümkündür.⁵³ Değişen bu hürriyet anlayışına göre birey, artık soyut bir varlık değil, içerisinde yaşadığı toplumun sosyal şartları ile çevrili “ihtiyaç sahibi vatandaş” tır. Devletin müdahalelerine karşı birey, negatif haklarının yanında, devletten hizmet ve yardım isteme yetkisini veren pozitif haklara da sahiptir. Kişilere tanınan bu yeni haklar tabi ki devlete de yeni ödevler, yeni fonksiyonlar yüklemektedir.⁵⁴ Ferdiyetçi görüşün kişiye önem veren yaklaşımı ve bu anlayışın uygulamada yol açtığı sorunlar sonucu, ideal hürriyet ortamını sağlayacağı iddia edilen yeni görüşler olarak Marksist ve Faşist anlayış da ileri sürülmüştür. Farklı ilke ve amaçları esas alan bu görüşler yeni siyasi ve iktisadi sistemler geliştirmişlerdir.⁵⁵

Düşünce olarak gelişim sürecini ele almaya çalıştığımız hürriyet kavramının devletlerin temel metinlerinde yer alması da zamana ve yere göre değişmiştir. İngiltere, Amerika ve Fransa’da hak ve hürriyetlerin ortaya çıkışı ve tarihsel gelişimi farklı olmuştur. İngiltere, siyasi iktidarın gücünü hürriyetlere karşı sınırlandıran ilk ülke olarak kabul edilir. 1215 yılında kral ve feodal beyler arasında imzalanan Magna Carta Libertatum kişi hak ve hürriyetlerinin sağlanması yolundaki ilk büyük adım olarak görülmektedir. Kişi hürriyetlerini koruma amacını taşımaktan çok, kralın otoritesini bir ölçüde kısıtlayan ve feodal beylerin bazı haklarını belirten bir belge olarak ortaya çıkmasına karşın, zamanla önemi artmış ve İngiliz halkının genişletici yorumu ile⁵⁶ kişi hürriyeti ve güvenliği hususunda öncülük eden bir belge haline gelmiştir. Bu belgedeki hükümlere göre kişilerin mal ve can güvenlikleri teminat altına altındadır.⁵⁷

⁵³ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 12.

⁵⁴ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 52; CİHAN, Erol, *Cebir Kullanma Cürmü*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 23.

⁵⁵ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 13.

⁵⁶ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 41.

⁵⁷ GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 15- 16.

İngiltere’de 1628 tarihli Haklar Dilekçesi, Magna Carta’dan sonra hak ve hürriyetleri ele alan ve yeni bazı hakların da kazanılmasını sağlayan belgedir. Magna Carta ve Haklar Dilekçesi ile korunan kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin haklar gerçek temelini 1679 tarihli Habeas Corpus Act ile bulmuştur.⁵⁸ Doktrinde “*kişinin huzura çıkmasına müsaade et*” şeklinde çevrilebilen Habeas Corpus Act, tarafların ve tanıkların mahkeme huzuruna eksiksiz olarak çıkarılmasını sağlamak için kullanılmış, zamanla kişi hürriyetinin ana koruyucularından biri haline gelmiştir.⁵⁹ Bugün birçok ülkede kişi hürriyeti ve güvenliği bakımından tarihi işlevi ve ismi ile anayasal bir kaynak niteliğindedir.⁶⁰

Magna Carta, Haklar Dilekçesi, Habeas Corpus kralın mutlak iktidarının sınırlandırılması yolunda girişilen hürriyet mücadelesinin birer aşamasıdır. İçerdikleri hükümler günün baskı ve haksızlıklarını giderme amacı taşımakta olup, doğrudan kişi hak ve hürriyetleri ile ilgili değildir. Ancak bu belgeler muhtevalarını aşarak insanlığın hürriyet yolundaki ilerleyişine ışık tutmuşlardır.⁶¹

Kronolojik olarak İngiliz belgelerinden sonra gelen Amerikan bildirileri,⁶² Amerika’da kişi hak ve hürriyetlerinin gelişimini gösteren belgelerdir. Amerikan Bağımsızlık Bildirisi genel ve tüm insanlığı kapsayıcı niteliği, hak ve hürriyetlerin hukuki olarak temellendirilmesi bakımından İngiliz belgelerinden ayrılmaktadır.⁶³

Fransız İhtilali ile artık insan hakları doktrini Avrupa Kıtası’nda kabul ve ilan edilmiştir. İnsan hakları tarihinde en önemli belgelerden biri ve dönüm noktası olarak kabul edilen Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi diğer bildirilerin etkisinde kalmış, ayrıca kendisinden sonra gelen birçok bildiriye ve anayasayı da etkilemiştir. Bu bildiride de tabii haklar doktrinine yer verilerek, insanların doğuştan getirdikleri, vazgeçilmez ve devredilmez haklara sahip oldukları kabul edilmiş⁶⁴, hürriyet kavramının birçok anayasa ve bildiriye kaynaklık eden tanımı yapılmıştır. 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1950 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

⁵⁸ GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 17- 19.

⁵⁹ FEYZİOĞLU, Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlemelerinde Habeas Corpus Kurumu”, *AÜHFD*, C. XXXIV, S. 1-4, Y. 1995, s. 668.

⁶⁰ GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 24.

⁶¹ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 42- 43.

⁶² Virginia Anayasası, Anayasanın başında yer alan Haklar Bildirisi ve 4 Temmuz 1776 tarihinde ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirisi

⁶³ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 44-45.

⁶⁴ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 45 vd.

kabul edilmiştir. Temel hak ve hürriyetler bakımından dikkate değer bir kaynak olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, uluslararası arenada kabul gören bir Birleşmiş Milletler tavsiye kararıdır. Hukuki olarak bağlayıcılığı olmayan bu karar, manevi yönden devletler üzerinde büyük bir etkiye sahiptir.⁶⁵

2. İslam Hukuku'nda Hürriyet Kavramı

İslamiyet, hayatın bütününe ilişkin kurallar getiren bir dindir. Buna bağlı olarak İslam Hukuku da bugünkü anlamda hukuk kavramından çok daha geniş bir kapsama sahiptir. İslam Hukuku'nu ifade eden kavram olarak “fıkıh”, “*bir şeyi bilmek, iyi ve tam anlamak, derinlemesine kavramak*” anlamına gelmektedir. Önceleri sadece Kuran ve Hadisi bilmek olarak anlaşılan fıkıh, zamanla İslamiyet'in bütün kurallarını araştıran ve sistemli olarak ortaya koymaya çalışan bir çalışma alanı hâline gelmiştir. İslam Hukuku'nun kaynakları da bu gelişim sürecini açıkça göstermektedir.⁶⁶

Hukuk, fıkıh içinde bağımsız bir bölüm değildir, ancak İslam Hukuku'nun sistemleştirilmesi sürecinde, kendi içinde özelleşerek gruplara ayrılmıştır. Buna göre özel hukuka ait kurallar “muamelât”, ceza hukukuna ilişkin olanlar ise “ukubat” başlığı altında ele alınmıştır. İslamiyet'in bütüncül niteliği dikkate alınarak, ibadetle ilgili kurallar da “ibadât” başlığı altında sistemleştirilmiştir.⁶⁷ 1869'da kanunlaşan “Mecelle-i Ahkamı Adliye” nin 1. ve 16. maddelerinde bu ayrıma bağlı kalınan bir hukuk sisteminden bahsedilmektedir.⁶⁸

⁶⁵ AYBAY, Rona, “İnsan Hakları'nda Birinci Öncelik: ‘Koruma’ ve ‘Önleyicilik’”, *Mehmet Ali Aybar Sempozyumları 1997-2002 Özgürleşmenin Sorunları*, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul Ekim 2003, s. 160.

⁶⁶ KARAMAN, Hayreddin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, C. I, İstanbul, Ensar Yay., 2010, s. 20, ÜÇÖK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 59-60. İslam Hukukunun dört temel kaynağından Kitap ve Sünnet tartışılmaz kaynaklardır. Belli bir zamanda yaşamış İslam hukukçularının, bir soruna ilişkin olarak aynı görüşte olmalarını ifade eden İcma ile Kuran ve ya Sünnette bir sorunun çözümü için öngörülmuş bir kuralın, benzer ancak kendisi için çözüm öngörülmemiş bir başka soruna da uygulanması anlamına gelen Kıyas zamanla geliştirilmiş ve kabul edilmiş temel kaynaklardır. ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 66-68, AYDIN, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Beta Yay., 10. Baskı, 2013, s. 37-38. Bunların dışında İslam Hukukunun oluşmasında rol oynayan başka kaynakların da bulunduğu görüşü için bkz. AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 39-43.

⁶⁷ KARAMAN, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, s. 22-23, ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 59-60.

⁶⁸ İLHAN, Cengiz, *Mecelle Hukukunun Doksan Dokuz İlkesi*, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yay., 2003, s. 1-2-21.

İslam Hukuku'nda insan haklarının kendine özgü bir sistem içinde ve kendine özgü kavramlarla ele alındığı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle bütün dünyada olduğu gibi İslam Medeniyeti'nde de insan hakları kendine özgü kavramlarla ifade edilmiştir.⁶⁹ Bu bağlamda belirtilmelidir ki İslam Hukuku'nda, temel hak ve hürriyetleri düzenleyen bir anayasa mevcut değildir. Daha doğru bir ifadeyle İslam Hukukunda, yalnızca temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği bir metin bulunmamaktadır. Bununla birlikte İslam Hukuku'nda asli kaynak olan Kitap ve Sünnet, hayatın bütününe ilişkin ana kurallara yer vermekte ve bir nevi anayasa niteliği taşımaktadır. Kitap⁷⁰ ve Sünnetle getirilen esaslar, mevcut sorunlara çözüm getirmediğinde diğer kaynaklara başvurulmaktadır. Bundan farklı olarak, Hz. Peygamber'in Medine'ye göç ettiği zaman hazırlanan Medine Anayasası, bir devletin siyasi-hukuki yapısını oluşturan temel bir metin olarak değerlendirilebilir.⁷¹ Medine'de yaşayan Müslim ve Gayrimüslim unsurları bir araya getiren bu sözleşme ile birçok hak da korunur hale gelmiştir.⁷² Ayrıca Hz. Peygamber'in Veda Hutbesi de, Kuran'da yer alan birçok hakkı hatırlatan temel bir metin niteliğindedir.⁷³

İslam Hukuku'nda, insanın yaratılmasıyla onun açısından başlayan bir hak ve sorumluluk sistemi söz konusudur. İnsan hakları kuramı, insan olma niteliği ile ortaya çıkar.⁷⁴ Hanefi hukukçuları ismet,⁷⁵ hürriyet, malikiyet haklarına herkesin sahip olduğunu, diğer hak ve borçlara sahip olma konusunda ise akıl ve zimmet⁷⁶ sahibi

⁶⁹ ŞENTÜRK, Recep, *İnsan Hakları ve İslam-Sosyolojik ve Fıkhi Bir Yaklaşım*, İstanbul, Etkileşim Yay., 2007, s. 23-24 (akt. BİRSİN, Mehmet, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, İstanbul, Düşün Yay., 2012, s. 39).

⁷⁰ Yaşama hakkı, hürriyet hakkı, eşitlik hakkı, haksızlığa direnme hakkı, siyasal yaşama katılma hakkı, kişi güvenliği, düşünceyi açıklama hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, aile kurma hakkı, iktisadi haklar, mülkiyet hakkı, adil ücret ve tazminat hakkı Kuran'da yer alan bazı temel hak ve hürriyetlerdir. BİRSİN, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 41-42.

⁷¹ AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 103-104.

⁷² Yaşam hakkı, eşitlik hakkı, din özgürlüğü hakkı, adaletle başvurma hakkı, kişi güvenliği, mali yardım talep hakkı, haksız fiillere karşı mücadele hakkı, özgürlüğün korunması ve mali tazminat hakkı, mülkiyet hakkı Medine Anayasasında yer alan temel hak ve hürriyetlerdir. BİRSİN, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 43.

⁷³ BİRSİN, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 43. Eşitlik hakkı, yaşama hakkı, mülkiyet hakkı, onur ve haysiyetin dokunulmazlığı, aile içinde kişilerin birbirlerine karşı hakları Veda Hutbesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerdir. BİRSİN, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 43-44.

⁷⁴ İslam Hukuku'ndaki, insanın yaratılmasıyla birlikte insan haklarına sahip olduğu anlayışı, doğal hukuk anlayışıyla bağdaşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TATAR, Dilara Buket, ŞAHİN, Fatma Süzgül, "Osmanlı Devleti Klasik Döneminden Pozitif Metinlerde İnsan Hakları Anlayışına Geçiş", in: İlyas DOĞAN, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı VI*. Bölüm, Ankara, Astana Yayınları, 2013, s. 113.

⁷⁵ Arapça'da *koruma, engelleme* anlamına gelen "ismet" kelimesi, İslam Hukuku'nda *kişi dokunulmazlığını* ifade etmek için kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BİRSİN, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 200.

⁷⁶ Dünya hayatında ömrü boyunca, yükümlülüklerini ifa ve haklarına sahip olabilme iktidarına sahip kimseye *ehl-i zimmet* denir. GÜR, A. Refik, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul,

olmak gerektiğini ifade etmişlerdir. Hürriyet ve köleliğin tespiti konusunda, hürriyet iddiasının geçerliliğine öncelik vererek, insan için asıl olanın hürriyet olduğu görüşünü desteklemişlerdir.⁷⁷

İslam Hukuku'nda insan haklarının kaynağı, toplumsal sözleşme değil, insan ile yaratıcı arasındaki sözleşmedir ve kişinin toplumsal kurallara aykırı davranması durumunda, insanlık onuru ya da temel insan hakları **elinden alınamayacaktır**. Yönetici, yalnızca kendisine verilen sınırlı alan içinde, insanlık onuruna zarar vermeden temel hak ve hürriyetlere müdahale etme yetkisine sahip olacaktır.⁷⁸ Bu durum göstermektedir ki İslam Hukuku'nda da hürriyet sınırsız değildir. Hürriyetlerin kötüye kullanılması ihtimaline karşı bazı önlemlerin alınması gerekliliği, insan haklarına sınırlamalar getirilmesi sonucunu doğurmuştur.⁷⁹

3. Türk Hukuku'nda Hürriyet Kavramı

Osmanlı Devleti'nde, batılı anlamda insan hakları ve kişi hürriyeti meselesi, Türk toplumunun siyasi alanda batılılaşma çabaları içinde ortaya çıkmıştır. İnsan hakları bizde yerli bir görüş çerçevesinde vücut bulmamıştır.⁸⁰

Kuruluş ve yönetimde İslam dinini esas alan Osmanlı Devleti'nde, hürriyet kavramının iki farklı anlamda kullanıldığı görülür. İlki “köleliğin karşıtı” olarak, köle olmayan insanı anlatmak amacıyla,⁸¹ ikincisi ise felsefi anlamda, determinizmin karşıtı olarak irade hürriyetini ifade etmek için kullanılmıştır.⁸²

3. Baskı, Sebil Yayınevi, 1993, s. 62, 63. *Sözleşme* anlamına gelen “zimmet” kelimesi, İslam Hukukunda bu anlamıyla birlikte *zorunluluk ve sorumluluk* anlamında da kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BİRSİN, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 192, GÜR, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, s. 62-63.

⁷⁷ BİRSİN, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 185-188. Şafii mezhebine göre bu haklara sahip olmak için Müslüman olmak gerekmektedir. Şafii mezhebinde, Hanefilerden farklı olarak insan olmak dolayısıyla değil, Müslüman olmak dolayısıyla haklara sahip olmaktan bahsedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BİRSİN, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 203 vd.

⁷⁸ HATEMİ, Hüseyin, *İslam Hukuku Dersleri*, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012, s. 3.

⁷⁹ ARMAĞAN, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., 2006, s. 81.

⁸⁰ SAVCI, Bahri, “Türk Devletlerinde Tarihi Akış İçinde İnsan Hakları”, *ASBFD*, c. XXXI, No:2, Y. 1996, s. 83.

⁸¹ Hürriyyetin, Kamûs-ı Türkî'de “*esir ve köle olmayıp kendine mâlik ve müstakil olma, âzâtlık: hürriyyet-i şahsiye; hürriyyet-i mezhebiye*” olarak tanımlanması bu durumun açık göstergesidir. GÜNDOĞDU, Raşit ADIGÜZEL, Niyazi, ÖNAL, Ebul Faruk, *Kamûs-ı Türkî* (Latin Harfleriyle): Şemseddin Sami, İstanbul, İdeal Kültür ve Yayıncılık, 2011, s. 429.

⁸² KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 85-86.

Onyedi ve onsekizinci yüzyıllarda Avrupa’da tartışılan hürriyet fikrine kapalı kalan Osmanlı Devleti, ondokuzuncu yüzyılın ortalarına gelindiğinde bu fikirlerin Türk olmayan unsurları etkilemesinden endişelenerek harekete geçmiştir. Ancak bu hareketler Batı’dakinden farklı olarak herhangi bir halk hareketi olmadan, devletin kişilere hak bahşetmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Batı’da taleple başlayan ve aşağıdan yukarıya gerçekleşen bu süreç, Osmanlı Devleti’nde yukarıdan aşağıya doğru bir seyir izlemiştir.⁸³

1839 yılında Gülhane Hattı Hümayunu ilan edilmiştir. Bu Ferman’da kişi haklarına ilişkin olarak can ve mal güvenliği, şeref ve haysiyetin korunması, kişi güvenliğinin sağlanması ve din ayrımı gözetmeksizin bu hakların herkese eşit olarak tanınması ile ilgili hükümler yer almıştır. Gülhane Hattı Hümayunu’ndan sonra 1856 yılında ilan edilen Islahat Fermanı, Gülhane Hattına göre daha geniş ve daha kesin hükümler getirmiştir. Din ve mezhep ayrımı gözetmeksizin herkes için “ibadet hürriyeti”, “kanun önünde eşitlik”, “ vergi alanında”, “eğitimde” ve “mahkemelerde şahitlik hususunda eşitlik” ile ilgili hükümler yer almaktadır. Yine can, mal ve şerefin korunmasına ilişkin temel kurallar tekrarlanmaktadır. Her iki Ferman’da da soyut genel bir hürriyet prensibine yer verilmemiş, sayılan haklar dönemin klasik hak ve hürriyetler kataloğu ile kıyaslanamayacak kadar cılız kalmıştır.⁸⁴

Türk toplumunun ilk yazılı anayasası olan Kanun-u Esasi kişi hak ve hürriyetleri bakımından önemli değişiklikler getirmiştir. İlk defa klasik esaslara uygun olarak, geniş bir liste hâlinde 8-26. maddeler arasında kişi hak ve hürriyetlerine yer verilmiştir. Kişi güvenliği, ibadet hürriyeti, eğitim hürriyeti, konut dokunulmazlığı, kanun önünde eşitlik, devlet hizmetine alınmada eşitlik, mülkiyet hakkı, angarya ve işkencenin yasaklanması, tabii hakim ilkesi, kanunsuz vergi konamayacağı ilkesi⁸⁵ anayasada yer alan hak ve hürriyetlerdir. Ancak sayılan hak ve hürriyetlere herhangi bir güvence getirilmemiş olması, bunların kabul edilen değerler olmaktan öteye gidememesine sebep olmuştur.⁸⁶ Anayasa’nın 9 ve 10. maddelerinde kişi hürriyeti kavramına yer verilmiş olması ise bu kavramın gelişim sürecinde önemli bir adım

⁸³KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 89-92.

⁸⁴ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 92-101.

⁸⁵Kanun-u Esasi orjinal metni için bkz: <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>

⁸⁶KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 103.

olarak görülebilir.⁸⁷ 9. maddeye göre, bütün Osmanlılar şahıs hürriyetine sahip ve başkasının hürriyetine tecavüz etmemekle mükelleftir. Buna göre; şahıs hürriyeti din ayrımı yapılmaksızın herkese tanınmıştır. Anayasa'nın 10. maddesinde ise hiç kimsenin kanunun gösterdiği sebepler dışında cezalandırılmayacağına yer verilmiş olması Anayasa'da ilk defa tutuklama ve yakalamaya ilişkin bir hüküm yer alması bakımından önemlidir.⁸⁸

Kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda var olan eksiklikler 1909 yılında Anayasa değişikliği ile giderilmek istenmiştir. Yapılan değişiklikler genel olarak hükümdarın yetkilerinin sınırlandırılması, parlamentonun yetkilerinin genişletilmesi yönünde olmuştur.⁸⁹ Osmanlı Devleti'nde ilk defa halk unsurunun da katıldığı bir reform girişimi gerçekleşmiştir.⁹⁰ Kişi hak ve hürriyetleri alanında çok fazla değişiklikten bahsedilmemekle birlikte, “haberleşmenin gizliliği” ve “toplanma ve dernek kurma hürriyeti” 1909 değişikliği ile ilk defa getirilen hak ve hürriyetlerdir. Ayrıca 12. maddeye eklenen ifade ile basını sansürden kurtarmak amaçlanmıştır.⁹¹

Cumhuriyet Dönemi'ne kadar kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin düzenlemeler ve bunların uygulamadaki yansıması, tatmin edici bir tablo oluşturmaya da, Cumhuriyet Dönemi'nde atılan adımlar için zemin hazırladığı söylenebilir.⁹² 1924 Anayasası'nda onsekizinci yüzyıl insan hakları düşüncesinin ve Fransız İhtilali prensiplerinin oldukça etkili olduğu görülmektedir. Tabii haklar doktrini, özellikle haklar ve özgürlükler (68-88) bölümünde açıkça hissedilmektedir. Hürriyet kavramının tanımı doğrudan 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nden alınmıştır.⁹³ “Türklerin Hukuku Ammesi” başlığını taşıyan bu bölümün devamında 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde olduğu gibi klasik hak ve hürriyetler sıralanmıştır: Düşünce, vicdan, söz, basın, haberleşme, dernek kurma, çalışma, eğitim hürriyetleri, mülkiyet hakkı, kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı, eşitlik ilkesi sayılan

⁸⁷ “Osmanlıların kâffesi hürriyeti şahsiyelerine mali ve aherin hukuku hürriyetine tecavüz etmekle mükelleftir.” **Madde 9.** “Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.” **Madde 10.** Bkz. <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>

⁸⁸KUZU, Burhan, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s. 61.

⁸⁹TUNAYA, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, s. 330, KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 105, KUZU, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, s. 61.

⁹⁰KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 104.

⁹¹GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 42.

⁹²KUZU, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, s. 63.

⁹³“Hürriyet, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir.” **Madde 68/1** “Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyet sınırındır. Bu sınırı ancak kanun çizer.” **Madde 68/2.**

önemli hak ve hürriyetlerdir.⁹⁴ Görüldüğü üzere söz konusu olanlar sadece negatif haklar, yani devlete karşı bireyi koruyan, bireye ait dokunulamayacak alanı belirleyen haklardır. Sosyal ve ekonomik haklara ise Anayasa’da yer verilmemiştir. Ülkenin içinde bulunduğu şartlar dikkate alındığında, sosyal ve ekonomik hakların geniş ölçüde eksikliği hissedilen haklar olmadığı da söylenebilir.⁹⁵

Kişi hürriyeti ve güvenliği bakımından önemli bir katkı sağladığını söyleyebileceğimiz 1924 Anayasası’nda, hem ilgili hükümlerde eksik ve yeterince açık olmayan ifadelerin olması, hem de uygulamada bu hakları açıkça güvenceye kavuşturacak mekanizmalara yer verilmemiş olması⁹⁶ sebebiyle Habeas Corpus anlamında kişi güvenliğinin sağlanmadığı görülecektir.⁹⁷

1924 Anayasası’na karşı bir tepki niteliğinde olan 1961 Anayasası,⁹⁸ 1924 Anayasası’nda olmayan, iktidarın denetimini sağlayacak ve yetki aşımını önleyecek bir fren ve denge mekanizması getirmiştir. Şimdiye kadar anayasa tekniği içinde bilinen bütün sistemler (Anayasa Mahkemesi, İkinci Meclis, Yüksek Hâkimler Kurulu, idarenin yargı denetimi...) Anayasa’ya alınmıştır. Sistematik olarak hürriyetler geniş bir şekilde düzenlenmiş ve bu hürriyetlerin korunması için ayrıntılı düzenleme yapma yetkisi yasamaya bırakılmadan, Anayasa’da hürriyetlere ilişkin ayrıntılı hükümler yer almıştır. Böylece sadece hürriyetler sayılmamış, bunların ne şekilde ve hangi ölçüde sınırlandırılacağı da Anayasa’da belirtilmiştir.⁹⁹

Anayasa’da herhangi bir felsefi doktrine yer verilmemiş, ancak madde 10/1’de herkesin “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu” hükmü düzenlenmiştir. Doğal haklar doktrininden açıkça bahsedilmese de hiçbir şekilde vazgeçilmeyecek ve yok edilmeyecek haklar Anayasada yer almıştır. Aynı madenin ikinci fıkrası ise “*devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.*” şeklindedir. Bu hükümle

⁹⁴KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 109-110, KAPANİ, Münci, “Cumhuriyet Döneminde İnsan Hakları”, *AÜHFD*, c. XXXI, 1974, sayı 1, s. 11.

⁹⁵KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 110, GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 43.

⁹⁶ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 29.

⁹⁷DEMİRBAŞ, Timur, “*Kişi Güvenliği*”, *İÜHFM*, c.43, sayı: 1-4 (1979), s. 163.

⁹⁸KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 117-118; GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 45.

⁹⁹KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 117- 118.

felsefî açıdan hürriyet anlayışını daha gerçekçi temellere oturttuğu ve devlete hürriyet ortamını yaratma bakımından koruyucu olmanın yanında yapıcı bir işlev de yüklediği görülmektedir.¹⁰⁰ 1924 Anayasası'ndan farklı olarak sosyal ve ekonomik haklar tanınmış ve çağdaş bir hürriyet anlayışı benimsenmiştir.

Kişî hürriyeti ve güvenliği konusunda 1961 Anayasasında benimsenen sistem, 1971 ve 1973'de yapılan değişikliklerle nispeten bozulmuştur. Düzenleme, koruma ve sınırlama bakımlarından mevcut hürriyetler sisteminin dışına çıkılması, eskiden hürriyet asıl, sınırlama istisna iken değişiklikle sınırlamanın kural hâline gelmesi ile artık kişiyi devlete karşı değil, devleti kişiyi karşı koruyan bir sistemin oluştuğu söylenebilir.¹⁰¹

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'na benzer bir yapı getirmekle beraber, ülkenin içine düştüğü bunalımların sebebini 1961 Anayasası'nın geniş hak ve özgürlükler sisteminde gördüğünden, 1961 Anayasası'na tepki niteliğindedir. Kişilerin devleti yıpratma ihtimaline karşı,¹⁰² kişilere karşı toplumu, topluma karşı da devleti üstün tutmuştur.

1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde “*hürriyetçi bir demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş bir hukuk düzeni*” ve “*bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” ifadelerine yer verilmiş olması, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın kendi sistemi içinde anlamlandırıldığını göstermektedir. 1961 Anayasası Başlangıç bölümündeki “*insan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı ve sosyal adaleti... gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı*” ifadesi 1982 Anayasası başlangıç bölümü ile karşılaştırıldığında iki hüküm arasındaki fark ortaya çıkmaktadır.¹⁰³

Kişî özgürlüğü ve güvenliği Anayasa'nın 17 ve 19. maddelerinde düzenlenmiştir. Devamı birçok maddede de sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri, zorla çalıştırma yasağı, özel hayatın gizliliği, haberleşme özgürlüğü, din ve vicdan hürriyeti, düşünce

¹⁰⁰ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 118-122; GÜNEŞ, *Kişî Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 46.

¹⁰¹ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 131-132.

¹⁰² GÜNEŞ, *Kişî Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 53,73.

¹⁰³ KUZU, s. 80.

ve kanaat hürriyeti, çalışma hakkı ve ödevi gibi kişi özgürlük ve güvenliğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. 17 ve 19. maddeler temel taşları oluştururken devamındaki maddeler ise kişi özgürlüğü ve güvenliğini dolaylı olarak destekleyen maddelerdir¹⁰⁴. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere Anayasa’da ayrıntılı şekilde yer verilmesi hem sınırlarının belirlenmesi hem de bu sınırlar içinde güvence altına alınması anlamına geldiğinden 1982 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin sınırları getirilen hükümlerle çizilmiş olmaktadır.¹⁰⁵

1961 Anayasası’nın 10/1 hükmü, 1982 Anayasası madde 12/1’de “*herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” şeklinde yer almıştır. Ancak maddenin ikinci fıkrasında hak ve hürriyetlerin aile, toplum ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları beraberinde getireceği hükmüne yer verilmiş olması, insan hakları bakımından genel hak kuramıyla bağdaşmamaktadır.¹⁰⁶

Gerek dünyada gerek ülkemizde yer ve zamana göre farklı anlamlar verilmiş, kapsamı oldukça farklı şekilde belirlenmiş olan hürriyet kavramı, ülkemizde Batı’nın etkisiyle gelişim göstermeye başlamış, halk hareketleriyle de bu gelişimini sürdürmüştür. Hukuki düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, ilk zamanlar genel bir insan hakları teorisi üzerine inşa edilmemiş olan hak ve hürriyetler, devletlerarası etkileşimin artmasının da etkisiyle dünyadaki gelişimine uygun bir seyir izlemeye başlamıştır.

Anayasa’da düzenlenen hak ve hürriyetler, ihlallere karşı bir diğer koruma mekanizması olarak ceza kanununda da yer almıştır. Müeyyideye tabi tutulan, kanunda suç olarak kabul edilen fiil, bir hakkın ihlali niteliğindedir. İhlal o denli ağır boyutlara ulaşmıştır ki şikâyetle bağlı suçlar dışında soruşturma ve kovuşturma resen yapılmaktadır. Hürriyet kavramı ceza hukuku boyutuyla ele alınmak istendiğinde karşımıza hürriyete karşı suçlar çıkmaktadır.

¹⁰⁴ GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 73.

¹⁰⁵ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 16.

¹⁰⁶ MUMCU, KÜZECİ, *İnsan hakları ve Kamu Özgürlükleri*, s. 229.

II. HÜRRİYETE KARŞI SUÇLAR

Kişi yalnız birey olmaktan öte, toplumun bir parçasını da oluşturmaktadır. Toplum içinde yaşama ihtiyacı, hem kişinin kendisine hem de toplumun diğer üyelerine belirli yükümlülükler getirmiştir. Bunlardan en önemlisi karşılıklı şahıs hürriyetlerini gözetme yükümlülüğüdür. Düzenli bir toplumdan bahsedilebilmesi¹⁰⁷ ve kişinin insan olarak varlığını geliştirme imkânına sahip olabilmesi için bu yükümlülüğün yerine getirilmesi zorunludur.¹⁰⁸

Hürriyetler temel hukuk kaynağı olarak anayasalarda düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Anayasal düzenlemelerde hürriyetlerin tek tek sayılması ve kapsamlarının belirlenmesi, devlet-birey ve bireyler arası ilişkiler bakımından hürriyetlerin sınırlarının çizildiğini de göstermektedir.¹⁰⁹ Öncelikle devletin müdahalesini engellemeyi amaçlayan ve hürriyetlerin soyut olarak tanınmasıyla yetinilen bu düzenlemeler¹¹⁰ yetersiz kalmış ve daha ayrıntılı, hürriyetlerin hayata geçirilmesini sağlayacak yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.¹¹¹ Bunlardan en önemlisi ceza hukuku alanında yapılan düzenlemelerdir.¹¹² Nitekim Anayasa'nın 14. maddesinde, Anayasa'daki hükümlerin Anayasa'yla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağı, aykırı faaliyette bulunanlara uygulanacak müeyyidelerin ise kanunlarla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu hükümle birlikte başta ceza kanunu olmak üzere hürriyetlerin korunmasına ilişkin diğer yasal düzenlemeler Anayasal kaynağını bulmuş olmaktadır.

¹⁰⁷ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 15.

¹⁰⁸ MUMCU, KÜZECİ, *İnsan hakları ve Kamu Özgürlükleri*, s. 127.

¹⁰⁹ ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 950-951, GÖLCÜKLÜ, s. 1.

¹¹⁰ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 19.

¹¹¹ Şahıs hürriyetine ilişkin hükümlere Anayasa'da yer verilmiş olması, diğer mevzuat hükümlerine göre üstün tutulduğunu gösterir. Anayasada belirlenen kapsam dışında hakkın sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Anayasa ile çerçevesinin çizilip, ayrıntılı düzenlemelerin yasalara bırakıldığı sistemler de mevcuttur. Üçüncü sistemde ise hakkın tanınmasına ilişkin düzenlemeler tamamen yasalara bırakılmıştır. Bu durumda hak ve hürriyetlerin tanınması için yasama organının aktif rol üstlenmesi gerekecek ve Anayasada yer almadığı için varlığı ve kapsamı tamamen yasama organının kararına bırakılmış olacaktır. Şahıs hürriyetinin Anayasada açıkça yer almış olması, hem Anayasa teminatı altında olduğunu hem de yasaların Anayasaya uygunluğunun kontrolü sistemi içinde yasamanın ihlallerine karşı koruma altına alındığını göstermektedir. GÖLCÜKLÜ, s. 4, dipnot 6, ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 16.

¹¹² ÇINAR, *Tehdit Suçu*, s. 14-15.

Hürriyetleri korumak amacıyla alınacak önlemler üç farklı grupta toplanabilir. İlk olarak Anayasal kurumlar ve Anayasa ilkeleri ile sağlanan koruma, ikinci olarak hukuk ilkeleri ile sağlanan koruma ve son olarak ceza yaptırımları ile sağlanan korumadan bahsedilebilir.¹¹³ Konumuz ceza yaptırımları ile hürriyetlerin korunması yani hürriyete karşı suçlar düzenlemesidir.

A. Kavramsal Açıdan Hürriyete Karşı Suçlar

Uzun mücadeleler sonrasında ulaşılan hürriyetlerin hayata geçirilmesi için yasal olarak tanınmaları yeterli olmamış, ayrıca hürriyetin ihlalini önleyecek bir sistem kurulması da gerekmiştir.¹¹⁴ Bu sistemin en önemli araçlarından birisi de ceza hukukudur. Hürriyet, hukuki bir değer olarak ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Yalnızca bireyin sübjektif hakkını koruma anlamında değil, hürriyeti esas alan devlet sisteminde mevcut düzeni koruma anlamında da ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır.¹¹⁵

Ferdietçi görüşe göre, hürriyete karşı suçlar kişinin serbest iradesine karşı gerçekleştirilmiş fiillerdir. Bu görüş, hürriyete karşı suçların işlenmesi ile kanun koyucu tarafından kabul edilen düzen ve buna ilişkin normların da ihlal edildiğini gözardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Kişinin normlarla korunan fizik ve moral değerlerinin yanı sıra kişi hürriyetini sağlamaya yönelik sistem de zarar görmektedir. Dolayısıyla hürriyetin ihlali ile zarar gören asıl süje devlettir.¹¹⁶ Kişinin zorlanması ve korkutulmasının önlenmesi devletin temel görevidir.¹¹⁷ Bu noktadan hareketle hürriyet, devlet düzenini ilgilendiren bir kavram olarak ele alınacak ve hürriyete karşı suçlar devlete karşı suçlar kapsamında değerlendirilecektir. Doğrudan bireyleri ilgilendiren hak ihlalleri söz konusu olduğunda ise bu fiiller kişilere karşı suçlar kapsamında düzenlenecektir.¹¹⁸

¹¹³ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 951.

¹¹⁴ ÖZGÜVEN, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 19, ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 949, ÇINAR, *Tehdit Suçu*, s. 14.

¹¹⁵ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 959.

¹¹⁶ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 949-950.

¹¹⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, “Hürriyete Karşı Suçlar”, *Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’A Armağan*, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara Şubat 2010, s. 2714, ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 950.

¹¹⁸ TOROSLU, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 317.

Günümüzde ferdiyetçi görüş baskın olarak kabul görmektedir. Hürriyete karşı suçlar kişinin serbest iradesine karşı işlenen suçlar olarak anlaşılmakta ve kişilerin karşılıklı ilişkileri kapsamında ele alınmaktadır.¹¹⁹

Ceza hukuku anlamında hürriyetin ihlali, yasalarca tanınmış serbest hareket alanına bir başka gücün saldırıda bulunması veya bir gücün serbest iradesini kötüye kullanması olarak ifade edilebilir.¹²⁰ Suç oluşturan her fiil bir hukuksal değeri ihlal eder. Soyut, manevi, belli bir kişiye ait olmayan bu değer¹²¹ hürriyet olduğunda hürriyete karşı suçlar kavramı ortaya çıkmaktadır. Aslında geniş anlamda her suç bir hürriyeti ihlal eder niteliktedir. Her suç işlendiğinde zarara uğrayan kişinin iradesi ve iradesine uygun davranma hakkı ihlal edilmiş olur. Ancak bütün suçların hürriyete karşı suçlar başlığı altında ele alınması mümkün değildir.¹²² Diğer bir ifade ile korunan asıl değer hürriyet olmamakla birlikte, ihlalin sonucu olarak hürriyet de zarar gördüğünde, hükümle korunan asıl değere göre yasal konumunun belirlenmesi gerekir.¹²³ Ancak doğrudan şahıs hürriyetine yönelik bir saldırı olduğunda hürriyete karşı suçlar kapsamında değerlendirilecektir.¹²⁴

Hürriyet, kişi diğer kişilerle ilişkiye girdiğinde, ortaya çıkan çatışma hâlinde ihlal edilebilir.¹²⁵ Bu ihlal kişiler arası ilişkiden kaynaklanabileceği gibi kişinin devletle arasındaki ilişkiden de kaynaklanabilir.¹²⁶ Kişinin devletle ilişkisi bakımından hürriyet, kişiye ait kamusal bir hak niteliğindedir.¹²⁷ Bu kamusal hakkın ihlalinin engellemek amacıyla devlet gücünü sınırlayacak çeşitli mekanizmalar öngörülmüştür. Bunlar hukuk dışı ya da hukuki mekanizmalar olabilir. Yasama, yürütme ve yargı

¹¹⁹ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 950.

¹²⁰ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 950.

¹²¹ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 191-192

¹²² ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 21, ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 25.

¹²³ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 21. CİHAN, hürriyetten başka bir değer ihlal edilmesi amaçlanırken, hürriyetler de ihlal edilmişse, hürriyete karşı suçlardan bahsedilemeyeceğini, artık daha özel bir hükümle başka bir suçun oluştuğunu ifade etmiştir. CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 19-20. ÜZÜLMEZ, dar anlamda ve geniş anlamda hürriyete karşı suçlar şeklinde bir tasnifi kabul etmekte ve araç olarak hürriyetin ihlal edildiği suçlarda, ihlal edilmesi amaçlanan değeri esas almaktadır. Ancak suç fiili ile ihlal edilen amaç hürriyet olduğunda dar anlamda hürriyete karşı suçlar kapsamında ele almaktadır. ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 25.

¹²⁴ CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 19, ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 25.

¹²⁵ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 20.

¹²⁶ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 951.

¹²⁷ ÇINAR, *Tehdit Suçu*, s. 17.

organlarının faaliyetlerine göre, keyfi davranmaya engel olacak, sınırlayıcı ve yönlendirici kurallar getirilmiştir.¹²⁸

Kişiler arası ilişkilerde de hürriyetin ihlal edilme ihtimali dikkate alınmış ve hürriyet hukuk sistemlerinde genellikle cezai müeyyidelerle korunmaya çalışılmıştır.¹²⁹ Ancak cezai müeyyidelerle hürriyetin korunabilmesi için hürriyeti ihlal eder nitelikte olan fiilin suç olarak düzenlenmiş olması gerekir. Kişi hürriyeti sınırsız değildir ve bir kişinin hürriyet alanı, bir başkasının hürriyet alanının sınırını oluşturmaktadır.¹³⁰

Kişi hürriyeti, serbestçe irade oluşturma ve bu iradeyi açığa vurma yetkisini ifade eder. İrade hürriyeti dış dünyada varlık kazandığında hareket hürriyetine dönüşecek, hukuken himaye altına alınması ile de fiili hürriyetten hukuki hürriyete dönüşecektir. Artık hukuki anlamda özel hürriyet hakkından bahsedilmektedir.¹³¹ Hürriyete karşı suçlar, karar verme aşaması olarak ifade edilen iç hürriyet veya kararın icrası anlamına gelen dış hürriyetin ihlali ile gerçekleşecektir.¹³² Ancak kişi hürriyeti irade oluşturma ve buna uygun hareket edebilme yetkisi ile sınırlı değildir. Huzur içinde yaşama hakkı, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığını da kapsamaktadır. Kişiye ait bu değerler de hürriyete karşı suçlar ile korunmaya çalışılmaktadır.¹³³

Hürriyete karşı suçlar bireye, kişiliğini serbestçe geliştirmesi için tanınan alanın ihlali niteliğindedir. Başkasının serbest alanı ile sınırlandırılmış olan kişi hürriyeti¹³⁴, getirilen cezai müeyyidelerle ihlallere karşı korunmak istenmektedir. Gerçek anlamda hürriyetin korunması ise, ihlalin devlet ya da kişi kaynaklı olmasına bakılmaksızın cezai yaptırıma tabi olduğu takdirde söz konusu olacaktır.¹³⁵

¹²⁸ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 19-20.

¹²⁹ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 20.

¹³⁰ ÇINAR, *Tehdit Suçu*, s. 19.

¹³¹ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 323, ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 963-964.

¹³² CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 21.

¹³³ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 21-22.

¹³⁴ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 19.

¹³⁵ ALACAKAPTAN, Uğur, "Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti", AÜHFD, C. XVIII, S. 1-4, Ayı Baskı, Y. 1961, s. 206.

Hürriyete karşı saldırıların çok çeşitli olması, suç tiplerinin de çeşitli olmasına sebep olmuştur. Bu ihlallerin gruplandırılması da bu nedenle zorlaşmaktadır. Aynı hukuki menfaate yönelen saldırıların tek bir başlık altında toplanması, yani ortak noktaları olan suçların tek grupta bir araya getirilmesi¹³⁶ bu hakkın korunması ve kanunun sistematigi bakımından önemlidir. Hürriyete karşı suçlar sistematiginin belirlenmesi hususunda da, geçmişten bugüne ceza kanunları düzenlemelerinden anlaşılacağı gibi, farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hürriyete karşı suçların ceza kanunlarındaki yer ve içeriğinin incelenmesi, bu suçların gelişim çizgisini ortaya koyacak, diğer sistemlerle karşılaştırma imkanı sağlayacak ve bugünkü sistemin doğru şekilde değerlendirilmesini mümkün kılacaktır.¹³⁷

B. Tarihsel Açıdan Hürriyete Karşı Suçlar

1. Genel Olarak

Kişî hürriyetinin ihlaline tarihin her döneminde rastlanmıştır, ancak hürriyete karşı suçların ceza hukukunda ayrı bir başlık altında ele alınmasının nispeten yeni olduğu söylenebilir. Tabii hukuk düşüncesinin ve temel insan hakları metinlerinin kişî hürriyeti kavramını güçlendirmesi, ceza hukukunu da etkilemiştir.¹³⁸

Roma Hukuku'nda hürriyet, ceza hukuku ile korunan bir hak olarak kabul edilmiş değildi, ancak bugün hürriyete karşı suç olarak kabul edilen fiillerden bazıları cezalandırılıyordu.¹³⁹ Roma Hukuku'nda suç olarak kabul edilen ve hürriyete karşı suçlar kapsamında görülebilecek fiillerden ilki¹⁴⁰ kuvvet kullanma, maddi ve manevi zorlama ile kişileri istemedikleri bir şey yapmaya zorlama anlamına gelen “*crimen vis*” dir¹⁴¹. Kişilere karşı cebir, şiddet ve cinsel saikle kaçırma suçlarının yanı sıra devlete karşı olan bazı suçlar da bu grup altında yer almıştır. Ayrıca bu grup dışında bir kimseyi hürriyetinden yoksun kılma ve statüsü sebebiyle sahip olduğu hakları

¹³⁶ CİHAN, Cebir Kullanma Cürmü, s. 21.

¹³⁷ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 21-22.

¹³⁸ CİHAN, Cebir Kullanma Cürmü, s. 21, EREM, “Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar”, s. 73-74, ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 22.

¹³⁹ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 955, ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 22,

¹⁴⁰ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 955.

¹⁴¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 257, dipnot. 1.

kullanmasına engel olma anlamında “*plagium*” suçu, seçimlere fesat karıştırılması anlamında “*ambitu*” suçu, dine karşı suçlar ve kısmen de maddi tecavüz ve yaralama fiillerini ifade eden “*iniuria*” suçu Roma Hukuku’nda yer almıştır.¹⁴² Bu suçlar aynı zamanda devlet egemenliğini ihlal ettiği için düzenleme alanı bulmuş, yani devleti korumak için suç olarak kabul edilmiştir.¹⁴³

Germen Hukuku’nda ise, kişi hürriyeti koruma altına alınmış ve özgür bir kişiyi satmak, kaçırmak, hürriyetinden yoksun bırakmak, konut dokunulmazlığını ihlal etmek cezai müeyyideye tabi kılınmıştır.¹⁴⁴ Bir kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cebir suçları da ilk defa Germen Hukuku’nda ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁵

Tarihi süreçte hürriyet kavramının gelişimi ve uluslararası metinlerde yer almasına bağlı olarak, hürriyete karşı suçlar ceza kanunlarında ya tek bir başlık altında ya da farklı başlıklar altında ancak hürriyeti koruyucu nitelikte düzenlemeleri içerecek şekilde yer almıştır.¹⁴⁶ Siyasi rejimlerin kendi düşüncesine uygun bir toplum oluşturma ve buna aykırı davrananları cezalandırma yolundaki temel aracı ceza hukuku olduğundan, siyasi rejim değişikliğine bağlı olarak ceza kanunları da ciddi biçimde değişmiştir.¹⁴⁷ Özellikle Faşist ve Marksist ideolojiye dayanan ülkelerde sistemin hürriyet anlayışının benimsendiği hürriyete karşı suçlar düzenlemesi karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁸

Hürriyete karşı suçların doktrinsel gelişimi de bu başlık altında düzenlenecek suçların kapsamını belirlemek anlamında önem arz etmektedir. Hürriyete karşı suçları şahsa karşı ihlaller olarak gören anlayış, bu suçları şahsa karşı suçlar bölümünde düzenlemiştir. Almanya’daki yasalaşma sürecinde bu görüşün etkili olması sonucunda hürriyete karşı suçlar, şahıs hürriyeti aleyhine suçlar grubunda yer almıştır. Bu alana konut dokunulmazlığını ve sır saklama hürriyetini korumaya ilişkin suçların dâhil edilmesiyle, bu alanın genişlemesi söz konusu olmuştur. Son olarak çalışma ve ticaret hürriyeti aleyhine suçlar ile devlet memurları tarafından gerçekleştirilen hürriyete

¹⁴² ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 955-956.

¹⁴³ ARTUK, Mehmet Emin, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, *Halid Kemal Elbir’e Armağan*, İstanbul 1996, s. 49.

¹⁴⁴ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 956, ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 23.

¹⁴⁵ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 23.

¹⁴⁶ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 23.

¹⁴⁷ ÇINAR, *Tehdit Suçu*, s. 25.

¹⁴⁸ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 23.

karşı suçlar kabul edilmiştir. Bugünkü kapsamıyla hürriyete karşı suçların düşünsel temelleri atılmış, daha sonra gelişen sendika ve grev hakkı gibi hürriyetler aynı başlık altında koruma altına alınmıştır.¹⁴⁹

Liberal görüşün benimsendiği örneklerden biri olarak Fransız Ceza Kanunu'nda hürriyet aleyhine suçlar, siyasi hürriyete karşı suçlar içinde düzenlenmiştir. 1791 tarihli ceza kanununda bugünkü anlamda kamu hakları Anayasa tarafından tanınan bir hukuki değer olarak kabul edilmiş ve Anayasa'ya karşı suçlar içinde yer almıştır. 1810 tarihli ceza kanununda yine Anayasa'ya karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesine karşın medeni haklara karşı suçlar alt başlığı altında ele alınmıştır.¹⁵⁰

1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, şahıs hürriyetine karşı suçların ilk defa ayrı bir bölüm olarak yer aldığı yasal düzenlemedir. Fransız Ceza Kanunu'na göre daha geniş bir içeriğe sahip olan şahıs hürriyetine karşı suçlar medeni haklar içinde ele alınmıştır. Tek hürriyet olarak şahıs hürriyeti kabul edilmekte ve siyasi hürriyete karşı suçlar dahi bu bölümde düzenlenmektedir.¹⁵¹

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 765 sayılı TCK'nın mehz kanunu olması bakımından önemlidir. Döneminde egemen olan liberal hürriyet anlayışını yansıtan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda hürriyet ayrı bir hukuki değer olarak korunmaktadır. İnsanın insan olmasından dolayı sahip olduğu hürriyetler, toplumun oluşma sürecinde yasal olarak kabul edilmiştir. Ancak bu durum yasaların hürriyetin kaynağı olduğunu göstermez. Şahıs hürriyetinin, kişi hürriyetinin bir parçası olarak kabul edildiği Alman Hukuku'nda, hürriyete karşı suçların mağduru kişiler ve kişilerin sahip olduğu hürriyet haklarıdır.¹⁵² Ancak hürriyete karşı suçların hemen devletin güvenliğine karşı suçlar düzenlemesi sonrasında yer alması bu anlayışa uygun düşmemektedir. Ferdietçi görüşü esas almasına rağmen hürriyete karşı suçlar şahsa karşı suçlar içinde düzenlenmemiştir. Ayrıca kişi hürriyeti ile ilgili olmayan birçok suç da hürriyete karşı suçlar içinde yer almıştır.¹⁵³

¹⁴⁹ ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 957-958.

¹⁵⁰ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 23-24, ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 956-957.

¹⁵¹ ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 958.

¹⁵² ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 958-960.

¹⁵³ CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 22-23, ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 967.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında bazı ülkelerde liberal görüşü esas alan yasal düzenlemelerde köklü değişimler olmuştur. İtalya’da ve Almanya’da siyasi sistem değişmiş, faşizm ve nasyonal sosyalizm görüşüne uygun sistemler kurulmuştur. Doğal olarak ceza kanunlarında da bu değişim yansımasını bulmuştur. Faşist görüşün egemen olduğu İtalya’da devlet-fert ilişkilerinde sübjektif haklar kabul edilmediğinden, devletin ferde karşı ihlalleri hürriyete karşı suç olarak görülmemiştir. Aynı zamanda hürriyete karşı suçlar ayrı bir bölüm olarak öngörülmemiş, bu kapsamda görülen fiiller kendi sistemine uygun farklı kategorilerde ele alınmıştır. Bu iki ülke daha sonra klasik demokrasi sistemine dönmüş, ancak yasal düzenlemeleri belli ölçüde eski sistemdeki yapısını korumuştur. Fransa’da ise böyle köklü bir değişiklik olmadığı için hürriyete karşı suçlar, İkinci Dünya Savaşı yılları hariç gelişim sürecini normal şartlarda sürdürmüştür.¹⁵⁴

2. Hürriyete Karşı Suçların Türk Hukuku’ndaki Gelişimi

Hürriyet kavramında olduğu gibi, hürriyete karşı suçlarda da batıdan etkilenen bir gelişim süreci söz konusudur. Osmanlı Devleti’nde batı uygulamalarının dikkate alınmaya başlandığı döneme kadar, İslam Hukuku baskın şekilde uygulanmıştır.

İslam Hukuku’nda ceza gerektiren suçlara ilişkin sistem üç başlık altında incelenebilir. Birincisi bir kimseyi öldürmek ya da yaralamak gibi suçlara karşılık olarak öngörülen kısas sistemidir. Burada kişi haklarına karşı işlenen suçlar konu alınır¹⁵⁵ ve kişisel haklara üstünlük tanındığından af ve sulh geçerlidir.¹⁵⁶ İkinci olarak Kuran’da gösterilen, Allah’a karşı işlenen suçlardan bahsedilir. Hırsızlık, zina, içki içme, yol kesme gibi suçların yer aldığı bu grup için sabit cezalar öngörülmüştür.¹⁵⁷ Bu suçlarda hâkim, suçun gerçekleşip gerçekleşmediğini titizlikle arayacak, şüphe varsa cezayı uygulamayacaktır.¹⁵⁸ Ayet ya da hadiste herhangi bir hükmün olmadığı, takdirin hâkime bırakıldığı suçlar ise tazir suçları olarak düzenlenmiştir. Tazir, hakkında hüküm bulunmamasına rağmen, kişilere ya da topluma zarar verdiği için

¹⁵⁴ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 25-26.

¹⁵⁵ ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.34.

¹⁵⁶ AKBULUT, İlhan, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, *AÜHFD*, C. 52, S. 1, Y. 2003, s. 2.

¹⁵⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 34.

¹⁵⁸ GÖKCEN, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y. 1987, s. 3.

cezalandırılması gereken fiillerdir.¹⁵⁹ Nasihat, ihtar gibi hafif cezalarla başlayıp ölüme kadar giden birçok cezanın söz konusu olabildiği tazir suçlarında hakim, suçlunun durumu, suçun şartları ve failin sabıkası gibi unsurlara bakarak, bu cezalardan birine karar verir. Buna göre; yalnızca üçüncü kategoriye dâhil edilebilecek nitelikte olan hürriyete karşı suçlar, genelde devlet başkanının¹⁶⁰ sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde¹⁶¹ getirdiği düzenlemelerle cezai müeyyideye tabi tutulmuştur.

Osmanlı Devleti'nin yüzünü batıya döndüğü dönem olarak ifade edilebilecek Tanzimat Dönemi'nde, yasalaşma hareketleri de bundan etkilenmiştir. 1839 yılında Tanzimat Fermanı ilan edilmiş ve bu Ferman'da yer alan ilkelerin uygulamaya geçirilmesi için gerekli değişikliklerin yapılması kararı alınmıştır. Hazırlanan kanun metinlerinden biri de 1840 tarihli Ceza Kanunu'dur. Bu kanunu 1851 ve 1858 tarihli kanunlar izlemiştir. Daha çok dönemindeki sorunlara çözüm mahiyetinde hükümler içeren bu kanunların¹⁶² en ileri düzeyde olanı 1858 tarihli ceza kanunudur. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun tercümesi niteliğinde olan kanun, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na kadar yürürlükte kalmıştır. Mukaddime ve üç bölümden oluşan Kanun'un ilk bölümünde kamuya karşı işlenen suçlar, ikinci bölümünde şahıslara karşı işlenen suçlar ve üçüncü bölümünde kabahatler yer almıştır. İkinci babın üçüncü faslında kız kaçırma, küçüklerin kaçırılması, kişilerin usulsüz hapsedilmeleri suç olarak düzenlenmiştir.¹⁶³ Hürriyete karşı suçlar olarak kabul edilebilecek diğer suçların da yer aldığı bu metinle, Osmanlı Devleti'nde hürriyete karşı suçlar yasal dayanağına kavuşmuştur.

¹⁵⁹ DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Ankara, Filiz Kitabevi, 1985, s. 107 vd.

¹⁶⁰ GÖKCEN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, s. 11-12.

¹⁶¹ AKGÜNDÜZ, Ahmed, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa- İdare- Ceza Usul- Vergi- Devletler Umumi)*, C. I, İstanbul, 2011, s. 534. Devlet başkanı yasama yetkisini kullanırken tam bir hürriyete sahip değildir. İslam dininin getirdiği sınırlar içinde tazir suç ve cezalarını belirleyecektir. Buna göre tazir suçları iki gruba ayrılabilir. İlki İslam hukuku tarafından kesin olarak yasak kabul edilen fiillerdir. Bunlar had ya da kısas suçu olup suçun gerçekleştiği konusunda kesin kaniya varılamadığı durumda tazir cezası uygulanan fiiller ve hakkında had ya da kısas cezası öngörülmemiş olmakla birlikte yasak olan fiillerdir. İkinci olarak İslam Hukuku'nda yasak olmadığı halde, kamu yararı bakımından yasak kabul edilen fiiller de tazir suçu olarak görülmüş ve tazir cezası uygulanmıştır. Trafik kurallarına uymamak, hakaret etmek gibi suçlar bu grupta kabul edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKGÜNDÜZ, *Kamu Hukuku*, s. 534-537. Nasihat ve uyarı gibi hafif cezalardan başlayarak, ölüm cezasına kadar gidebilen tazir cezaları, bu gruptaki suçların çeşitliliği ve ağırlığının değişkenliği de dikkate alındığında amacına uygun görünmektedir.

¹⁶² GÖKCEN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, s. 16- 22.

¹⁶³ GÖKCEN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, s. 37-44.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulması, yeni döneme uygun yasal düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Başta anayasal metinler olmak üzere tüm hukuki düzenlemelerde değişikliğe gidilmiş, 1889 İtalyan Ceza Kanunu mehzaz alınmak suretiyle hazırlanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu da 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. Önceki sistemlerden ayrı olarak, hürriyete karşı suçların tek bir kategori içinde toplandığı bu Kanun, liberal ferdiyetçi hürriyet anlayışına uygundur. Hürriyetler tabii hukuk anlayışına bağlı olarak klasik anlamda ele alınmıştır.¹⁶⁴

İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da hürriyete karşı suçlar, ikinci kitabın birinci babında, devlet şahsiyetine karşı suçlardan hemen sonra yer almıştır.¹⁶⁵ Hürriyete karşı suçlar, maddi ve objektif bir kriter olan¹⁶⁶ suçun hukuki konusuna göre tasnif edilerek¹⁶⁷ altı fasıl hâlinde düzenlenmiştir. Bu anlamda, sırayla siyasi hürriyete, din hürriyetine, şahıs hürriyetine, konut dokunulmazlığına, sırrın dokunulmazlığına, iş ve çalışma hürriyetine karşı suçlar yer almaktadır. Gerek hürriyete karşı suçlar, gerek diğer düzenlemeler bakımından mehzaz kanununa göre bazı farklılıklar içeren kanunumuzda, gerekçe olmadığından değişikliklerin nedenini anlamak mümkün değildir.¹⁶⁸

Şahıs hürriyetine karşı suçlar bakımından mehzaz kanundan farklı bir düzenlemeye gidilmemiş, sadece köle hâline ya da buna benzer bir duruma getirme fiilinin suç olarak düzenlendiği 145. madde kanunumuza alınmamıştır.¹⁶⁹ Kişinin tüm faaliyet alanlarında serbest hareket edebilmesinin amaçlandığı düzenlemede, hem iç hürriyetini hem de dış hürriyetini koruyacak hükümlere yer verilmiştir. Hürriyeti tahdit, usulsüz arama, mahkumlara kötü muamele, usulsüz tutuklama suçları dış hürriyeti korumaktayken, cebir ve tehdit suçları iç hürriyeti korumaktadır.¹⁷⁰

¹⁶⁴ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 37, CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 24.

¹⁶⁵ ÇINAR, *Tehdit Suçu*, s. 28.

¹⁶⁶ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 85.

¹⁶⁷ HAFIZOĞULLARI, GÜNGÖR, *"Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi"*, TBBD, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 28.

¹⁶⁸ ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 985, ERSOY, s. 39, CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 29.

¹⁶⁹ 25 Eylül 1926'da kabul edilen "Esaretin men'i hakkında sözleşme" ile 7 Eylül 1956'da Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen "Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme"yi benimseyerek Türkiye, köleliği iç hukuk bakımından hukuka aykırı kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak iç hukuk metinlerinde yer almaması, bu duruma aykırı davranılması halinde nasıl davranılacağı konusunda belirsizlik yaratmaktadır. CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 29.

¹⁷⁰ CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 27, EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, Ankara, Bilim Yayınları Serisi, 1968, s. 181.

Hürriyetlerin korunması için hürriyete karşı suçlar düzenlemesinin yanı sıra, ceza usul hükümlerinin sağladığı korumadan da yararlanmak amaçlanmış, önemli görülen hükümler anayasada da yer almıştır. Devlet idaresi tarafından, şahıs hürriyetinin hukuka aykırı sınırlanmasını önlemek için, suçluluğun tespiti sürecinde alınacak kararlar ve tutuklama, yakalama, arama gibi konularda garanti hükümler anayasal olarak da kabul edilmiştir.¹⁷¹ 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönem ve anayasal gelişmeler dikkate alındığında, ilerde eleştiriler kısmında belirtileceği gibi, anayasal düzenlemelerin kanunun önüne geçtiği, Kanun'un anayasal değişiklikleri hürriyetler bakımından takip edemediği görülecektir.

765 sayılı Kanun'un hürriyete karşı suçlar bakımından benimsediği sistem bazı yönlerden eleştirilmektedir. Kanunumuz mehzaz kanunun neredeyse tercümesi niteliğinde olduğundan, yapılan eleştiriler mehzaz kanuna da ilişkin olacaktır. Hürriyete karşı suçların, devlete karşı suçlardan sonra yer almasının, hürriyetlerin temeli olarak insanı esas alan ferdiyetçi hürriyet anlayışına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu suçların şahıslara karşı suçlar bölümünde ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁷² Diğer taraftan hürriyetlerin ihlali, anayasal hükmün de ihlali niteliğinde olduğundan hürriyet aleyhine suçlar vasıtasıyla korunan kamu hürriyetlerinin devlete karşı suçlar bölümünde, sübjektif özel hürriyetlerin de şahsa karşı hürriyetler bölümünde düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁷³

Devletin şahsiyeti aleyhine suçlarla, devlet idaresi aleyhine suçlar arasında yer alan bu babta, kişiler arası hürriyet ihlallerinin düzenleniyor olması kendi içinde çelişki yaratmaktadır. Aynı bölümde hem kamu görevlilerinin işledikleri hürriyete karşı suçların, devlet kişi ilişkileri bakımından ele alınması, hem de kişilerin birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri hürriyet ihlallerinin ele alınması, şahıs hürriyeti ile kamu hürriyetlerinin bir arada ve karışık olarak düzenlendiğini göstermektedir.¹⁷⁴

¹⁷¹ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 37.

¹⁷² ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 967, TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 317; CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 22-23, ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 41.

¹⁷³ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 317.

¹⁷⁴ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 44.

Öte yandan bu başlık altında yer alan suçların gerçekten hürriyete karşı suç olup olmadığı, yani bir diğer suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması söz konusu ise bu başlık altında yer almaması gerektiği getirilen eleştirilerdendir.¹⁷⁵

Kanun'da, hürriyete karşı suçların yerleştirilme tarzı bakımından, devlet idaresine katılma yetkisinin gerçek siyasi haklardan çok daha fazlasına ilişkin olduğu, dolayısıyla siyasi bakımdan önemli hakların da bu hükümler arasında düzenlenmesi gerektiği lehe olarak ileri sürülen görüşlerden biridir. Ancak her hakkın bir şekilde siyasi haklarla bağlantısı olması, siyasi hakların alanını çok fazla genişletecektir.¹⁷⁶ Her hakkın birbiriyle bağlantılı olduğu hususu da dikkate alındığında tasnif anlamında bir kargaşaya sebep olacağı açıktır.

1961 Anayasası'nın, ferdiyetçi liberal hürriyet anlayışından farklı olarak, sosyal niteliği öne çıkan, ekonomik ve sosyal haklarla tamamlanmış bir hürriyet anlayışını esas alması dikkate alındığında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile farklı düzenlemelere sahip olması beklenen bir durumdur.¹⁷⁷ Ancak yürürlükte kaldığı süre düşünüldüğünde, kanunumuzun daha ileri bir hürriyet anlayışına sahip olan 1961 Anayasası'nı takip etme hususunda yetersiz kaldığı söylenebilir. Çok yönlü olmakla birlikte aslında bir bütün olan hürriyetin¹⁷⁸ yalnızca belli görünümüleri esas alınarak bir tasnif yapılmış ve belli hakların sayılmış olması, bu tasnif dışında kalan yeni hak ve hürriyetlerin yeterince korunamamasına da sebep olmuştur.¹⁷⁹

Mehaz kanun olarak Alman Ceza Kanunu'nun esas alındığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise eski TCK'dan tamamen farklı bir sistem benimsenmiş, hürriyete karşı suçlar şahıslara karşı suçlar bölümünde ele alınmıştır. Ağırlıklı olarak kişiler arası ilişkilerden doğan ihlalleri engellemeye yönelik bir düzenleme getirilmiş olmakla birlikte, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen ihlallere ya da kamu görevlisinin suçu işlemesinin nitelikli hâl olarak öngörüldüğü düzenlemelere de yer verilmiştir. Ancak hem malvarlığına karşı suçlar hem de hürriyete karşı suçların aynı bölüm içinde yer alması, suçun hukuki konusu kriterine uygun değildir. Ayrıca eski TCK'da kabahat olarak nitelendirilen halkı rahatsız eden hareketlerin, "halk" yerine "kişiler"

¹⁷⁵ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 41.

¹⁷⁶ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 41.

¹⁷⁷ ÖZEK, s. 59, EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 138.

¹⁷⁸ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 3-7.

¹⁷⁹ ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 44.

konularak, “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma” adıyla, hürriyete karşı suçlar içinde yer alması, kanunun tasnifinde sorun oluşturmaktadır.¹⁸⁰

III. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

A. Genel Olarak

Anayasanın 19. maddesi ile koruma altına alınan kişi hürriyeti, kanunlarda da düzenlenerek, hem daha somut bir görünüme kavuşturulmuş hem de ihlali durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlar açıkça ortaya koyulmuştur. Temel yasal düzenlemelerden kabul edilebilecek olan Türk Ceza Kanunu da bunlardan biridir. TCK m. 109’da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olarak düzenlenen hareketler, eski TCK’da m. 179 başta olmak üzere yaklaşık on maddede ele alınmıştır. Bugünkü yasal düzenlemenin daha iyi anlaşılmasında, hükmün gelişim sürecinin yakından incelenmesi faydalı olacağından, Roma Hukuku’ndan günümüze kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun görünümüne bakılabilir.

Her dönemde doğrudan ifade edilmemiş ya da tek bir madde şeklinde ihdas edilmemiş olsa da, kişi hürriyetini koruyacak hükümlere rastlanmıştır.¹⁸¹ Roma Hukuku’nda bir kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, kısmen *crimen vis*¹⁸², kısmen *iniura*¹⁸³ olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁴ Bu fiiller, Roma Hukuku’nun sonraki devirlerinde devletin egemenliği aleyhine suç sayılmıştır. Bunun sebebi kişinin hareket serbestisinin sınırlandırılmasının, krala ait bir yetki olarak görülmesi ve kişi hürriyetini sınırlayanların bu kamusal gücü gasp etmiş olmalarıdır.¹⁸⁵ Germen Hukuku’nda da köle olmayan bir insanı satmak ya da hürriyetini sınırlandırmak bağımsız bir suç olarak

¹⁸⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2711-2712.

¹⁸¹ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 48.

¹⁸² “*Vis*” kuvvet kullanma, maddi ve manevi zorlama ile kişileri istemedikleri bir şey yapmaya zorlama anlamına gelmektedir. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 257, dipnot 1.

¹⁸³ Geniş anlamda bütün hukuka aykırı fiilleri, haksızlık ve adaletsizliği ifade eden *iniura*, dar anlamda maddi yaralama ve tecavüzleri karşılamaktadır. Bkz. TAHIROĞLU, *Roma Hukukunda Iniuria* s. 4-5, 108-109.

¹⁸⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 257, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 49. Doktrinde hürriyeti tahdit suçunun sadece *crimen vis* kategorisinde kabul edildiği ileri sürülmüştür. Bkz. GÜLŞEN, Recep, *Hürriyeti Tahdit Suçu (TCK m. 179-180)*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000, s. 16.

¹⁸⁵ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 17.

kabul edilmiştir.¹⁸⁶ Ayrıca 1794 Prusya Eyalet Hukuku'nda hürriyeti tahdit olarak nitelenen, birini zorla tutma ya da hapsedme fiilleri kişi hürriyetine karşı suç olarak düzenlenmiştir.¹⁸⁷

İslam Hukuku'nda had ve kısas suçlarının neler olduğu sayma yoluyla belirlenmiş, bunların dışında kalanlar tazir suçu olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁸ Ayrıca sayma yolu ile belirtilmediği için tazir suçu olarak nitelendirilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu¹⁸⁹, genelde devlet başkanının¹⁹⁰ sahip olduğu sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde belirlediği cezaya tabi olmuştur.¹⁹¹

Tanzimat Dönemi kanunlarına bakıldığında, kişinin hareket hürriyetini koruyacak ilk açık düzenlemenin 1858 tarihli ceza kanununda yer aldığı görülecektir.¹⁹² Ancak 1840 yılındaki düzenlemede de, kişinin, yargılama sonucunda verilen karar kesin olmaksızın hapsedilmesinin ya da nef'inin¹⁹³ caiz olmadığı hükmüne yer verilmiş olması, kapsamlı olmasa da, daha önceden de hareket hürriyetinin korunduğunu göstermektedir.¹⁹⁴ Asıl açık düzenleme 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun tercümesi niteliğinde olan 1858 tarihli Ceza Kanunu, ikinci babın dördüncü faslında "Hilaf-ı Usul Hapis ve Tevkif-i Eşhas ve Sabi ve Muharik Sirkati ve Kız Kaçırma" başlığı altında yer almaktadır.¹⁹⁵ Buna göre yetkili merciin emri

¹⁸⁶ ÖZEK, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin", s. 956.

¹⁸⁷ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 257, ARTUK, "Hürriyeti Tahdit Cürmü", s. 49-50,

¹⁸⁸ GÖKCEN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, s. 11-12, DURSUN, İsmail, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1999, s. 7-8.

¹⁸⁹ DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 7-8.

¹⁹⁰ GÖKCEN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, s. 12.

¹⁹¹ AKGÜNDÜZ, s. 534.

¹⁹² Kanunların Türkçe metinleri için bkz. GÖKCEN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, s. 138, 221-222.

¹⁹³ Nef'i, Tanzimat Dönemi Osmanlı ceza kanunlarında yer alan bir ceza türüdür. Suçlunun devlet tarafından karar verilen bir yere gönderilmesi ve oranın sınırları içinde yaşamak zorunda olması anlamına gelir. Kişi ailesini yanına alabilir, orada çalışabilir, ancak sınırları dışına çıkamaz. Bkz. GÖKCEN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, s. 67- 69.

¹⁹⁴ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 19. 1840 tarihli ceza kanunu, 12. faslın 2. maddesinde "Şu kadar ki badel-muhakeme sabit olmayınca hiç kimsenin billa mucip habis ve nef'inin katiyyen caiz olmayacağı" hükmüne yer verilmiştir. GÖKCEN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, s. 138.

¹⁹⁵ "Her kim olursa olsun memurin-i hükümetin emri olmaksızın eshab-ı töhmetin tevkifi hakkında kavanin ve nizamatin tayin etmiş olduğu usulün haricinde olarak bir şahsı hapis ve tevkif eyler veya rehin suretiyle saklar ise altı mahtan üç seneye kadar hapis ile mücazat olunur. Bu suretle hapis ve tevkif olunan veya rehin suretiyle saklanılan eşhası ihfa için bilerek yer gösteren kimse dahi kezalik üç mahtan üç seneye kadar hapis olunur." **Madde 203** "Madde-i sabıkada mezkur olan tevkifi eşhas cürümünü bir kimse devlet memuru zi ve kıyafetine veyahut sahte isim söyleyerek veyahut memurin tarafından sahte emir göstererek icraya cesaret eyler ise hakkında muvaffak kürek cezası icra olunur. // Kezalik tevkif olunan şahıs idam ile ihafa olunmuş veya hakkında cismen eziyet ve işkence edilmiş ise

olmadan ve kanun ve nizamla uyulmadan, bir kimsenin tutuklanması, hapsedilmesi ya da rehnedilmesi cezalandırılacaktır. Ayrıca mağdurun saklanması için bilerek yer gösteren kimsenin de suç işlemiş olacağı 2. fıkarda belirtilmiştir. Suçun memur kıyafeti giyerek, sahte kimlik kullanarak ya da sahte emir göstererek işlenmesi, hürriyeti tahdit sırasında işkence ya da eziyet edilmesi, ölümle tehdit edilmesi öngörülen nitelikli hâllerdir.¹⁹⁶

1858 tarihli ceza kanunu 1926 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Mevaz kanunu 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu olan 765 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle, bu kanunun uygulama alanı son bulmuştur. İtalyan Ceza Kanunu'na göre bazı farklılıklar arz eden hürriyeti tahdit suçu ile ilgili düzenleme, yetmiş sekiz yıl yürürlükte kalmıştır. Bu önemi sebebiyle takip eden bölümde ilgili düzenleme ayrıca incelenmiştir.

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

Hürriyeti tahdit suçu, 765 sayılı TCK'nın ikinci kitabının ikinci babında, Şahıs Hürriyeti Aleyhine Cürümler başlıklı üçüncü faslında düzenlenmiştir. Buna göre hukuka aykırı olarak bir kimseyi hürriyetinden mahrum eden kişi cezalandırılacaktır. 179 ve 187. maddeler arasında, suçun basit ve nitelikli hallerine yer verilmiştir. Ayrıca kız, kadın ve erkek kaçırma suçu, hürriyete karşı cürümler babı dışında, kanunun sekizinci babının ikinci faslında, Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler başlığı altında ve adam kaldırmak suçu, onuncu babın ikinci faslında, Mal Aleyhinde Cürümler başlığı altında düzenlenmiştir.

Mevaz kanun olan İtalyan Ceza Kanunu'nda tek bir maddede yer alan düzenleme, TCK m. 179 ve 180'e tekabül etmektedir. İtalyan Ceza Kanunu'na göre küçük farklılıklara sahip olan bu hükümlerde, genel olarak mevaz kanununun sistemi benimsenmiştir. Teknik farklılıklar dışında, 1979 yılında yapılan değişiklikle 179. maddenin 2 ve 3. fıkralarına eklenen nitelikli haller, İtalyan Ceza Kanunu'nda bulunmamaktadır.¹⁹⁷

buna cesaret eden şahıs her halde muvakkat kürek cezasına müstehak olur.” Madde 204 1858 tarihli Ceza Kanunu İkinci Bab Dördüncü Fasil, GÖKCEN, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları, s. 221-222.

¹⁹⁶ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 50, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 19, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 258.

¹⁹⁷ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 50; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 258.

Hürriyeti tahdit suçu ve nitelikli hâli kanunun 179. maddesinde¹⁹⁸, diğer ağırlaştırıcı sebepler ve hafifletici nedeni 180. maddesinde¹⁹⁹, memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu, basit ve nitelikli hâlleri 181. maddesinde²⁰⁰, şehvet hissi veya evlenmek niyeti olmaksızın, on iki on beş yaş aralığındaki küçük bir çocuğun rızasıyla kaçırılması 182. maddesinde²⁰¹, yetkili memurun hukuka aykırı olarak kişiyi hapis haneye ya da tutukevine kabul etmesi ya da tahliye etmemesi 184. maddesinde²⁰², kişinin hapis hane ya da tutukevinde bulunmasının hukuka aykırı olduğunu bilen memurun gerekli işlemi yapmaması ya da ilgili makamlara bildirmemesi 185. maddesinde²⁰³, memurun hukuka aykırı olan tutukluluk ya da hapis hâline özel bir amaçla son vermemesi de nitelikli hâl olarak 187. maddesinde²⁰⁴ düzenlenmiştir.

¹⁹⁸ “Bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır. // Eğer suçlu bu fiili işlemek için yahut işlediği zamanda tehdit veya kötü muamele eder veya hile kullanır yahut bu fiili öç alma kastıyla veya dini veya milli bir maksatla yahut 499 uncu maddedeki haller dışında maddi çıkar sağlama kastıyla veya siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işler yahut mağduru askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim ederse verilecek ceza üç yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis ve onbin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıdır. // Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerin silahla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.” **765 s. TCK m. 179 - (Değişik madde: 07/06/1979 - 2245/1 md.)**

¹⁹⁹ “Evvelki maddede yazılı cürüm failin usul ve furuundan yahut karı kocadan biri tarafından diğeri aleyhine yahut Büyük Millet Meclisi azasından biri yahut memuriyeti işlerinden dolayı bir memur aleyhine irtikab olunur yahut bu fiil sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelirse cezası beş seneden on beş seneye kadar ağır hapis ve kırk liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdidir. // Eğer fail, hakkında takibat icra olunmazdan evvel tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir güne zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakırsa göreceği ceza altıda birinden yarısına kadar indirilir.” **765 s. TCK m. 180**

²⁰⁰ “Bir memur, memuriyetine aid vazifeyi suistimal ederek veyahut kanunen icab eden usul ve şartlara riayet etmiyerek bir kimseyi şahsi hürriyetinden mahrum ederse bir seneden üç seneye kadar hapis cezası verilir. // Eğer bu fiille 179 uncu maddenin ikinci fıkrasile 180 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı hallerden biri inzıam etmiş ise ceza üç seneden beş seneye kadar hapidir. // 180 inci maddenin son fıkrasında yazılı halde ceza altıda birden yarıya kadar indirilir.” **765 s. TCK m. 181 – (Değişik: 11/6/1936 - 3038/1 md.)**

²⁰¹ “Her kim şehvet hissi veya evlenmek niyeti olmaksızın henüz on beş yaşına girmeyen küçük bir çocuğu kendi rızasıyla ana ve baba veya vasisi veyahut muvakkaten olsun kendisine bakmakta ve muhafaza etmekte olan kimseler yanından kaçırır yahut çocuğun muvafakatiyle bigayrihak yanında tutarsa bir seneye kadar hapis cezasına mahkûm olur. // Eğer bu fiil, kaçırılan veya alıkonulan çocuğun rızası olmaksızın işlenmiş yahut çocuk henüz on iki yaşını ikmal etmemiş bulunursa yerine göre evvelki maddelerde yazılı hükümler tatbik olunur.” **765 s. TCK m. 182**

²⁰² “Bir hapis hane veya tevkif hane memuru salahiyeti olan merciinden verilmiş hüküm ilamı veya tevkif müzekkeresi almaksızın bir kimseyi hapis hane veya tevkif hane kabul eder veya bir mevkuf ve mahbusun tahliyesi zımında ait olduğu daireden sadır olan hüküm ve karara itaat etmezse altı aydan üç seneye kadar hapis olunur.” **765 s. TCK m. 184**

²⁰³ “Bir kimsenin kanunsuz hapis olunduğunu haber alan salahiyettar bir memur o kimsenin tahliyesi için icab eden muameleyi bizzat yapmağı veya icraya salahiyeti olan mercie bildirmeyi red veya ihmâl veya tehir ederse bir aydan bir seneye kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır.” **765 s. TCK m. 185.**

²⁰⁴ “Bir memur evvelki maddelerde beyan olunan cürümlerden birini işleyerek hususi bir maksada hizmet etmiş bulunursa cezası altıda bir miktarında çoğaltılır. Şukadar ki 185 inci maddede yazılı ağır cezayı nakdiye üç aydan üç seneye kadar hapis cezası ilave olunur. **765 s. TCK m. 187.**

Ayrıca 429. maddede²⁰⁵ şehvet hissi veya evlenme amacıyla reşit olan kimsenin kaçırılması ve nitelikli hâli, 430²⁰⁶ vd. maddelerde reşit olmayan kişinin şehvet hissi ya da evlenme amacıyla, rızasız ya da rızasıyla kaçırılması ve nitelikli hâlleri düzenlenmiştir. 499. maddesinde²⁰⁷ ise maddi bir menfaat elde etmek için bir kişinin kaçırılması hükmü yer almıştır.

765 sayılı TCK, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesine kadar uygulanmıştır. 765 sayılı kanundan farklı bir sistemin benimsendiği 5237 sayılı TCK'nın 2004 yılında yürürlüğe girmesiyle, ceza hukuku sisteminde Alman öğretisi etkili olmuştur. Buna göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kanunun Kişilere Karşı Suçlar başlıklı 2. kısmın 2. bölümünde, Hürriyete Karşı suçlar başlığı altında yer almıştır.

C. 5237 Sayılı TCK'da Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Bir kimseyi, hukuka aykırı olarak, bir yere gitme ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişinin cezalandırılacağı hükmü, 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinde²⁰⁸ düzenlenmiştir. Maddenin sonraki fıkraları suçun nitelikli hâllerine ilişkindir. Birinci fıkrasında suçun basit şekline, ikinci üçüncü ve beşinci

²⁰⁵ Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırsın veya bir yerde alırsa üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Kaçırılan kadın evli ise ağır hapis cezası yedi seneden aşağı olamaz. ” **765 s. TCK m. 429 – (Değişik: 9/7/1953 - 6123/1 md.).**

²⁰⁶ “Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle reşit olmayan bir kimseyi kaçırsın veya bir yerde alırsa beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir. ” **765 s. TCK m. 430 – (Değişik: 9/7/1953 - 6123/1 md.).**

²⁰⁷ “Her kim, para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak için bir kimseyi hapseden yahut dağa veya تنها bir mahalle kaldırırsa, maksadına nail olmamış ise onbeş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Maksadına nail olmuş ise cezanın yukarı haddi hükmolunur. ” **765 s. TCK m. 499 – (Değişik: 28/9/19 - 1490/18 md.).**

²⁰⁸ “Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. // Kişi, fîli işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu suçun a) Silahla, b) Birden fazla kişi tarafından birlikte, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı, f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır. // Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. // Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. // Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. ” **5237 s. TCK m. 109.**

fıkralarında nitelikli hâllerine yer verilmiştir. Dört ve altıncı fıkraları neticesi sebebiyle ağırlaşan hâllere ilişkindir.

Etkin pişmanlık ve bu suç nedeniyle tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağına dair 110 ve 111. maddeler hariç, suçun basit ve nitelikli hâllerine tek bir maddede yer verilmesiyle, hürriyeti tahdit düzenlemesinin yaklaşık on maddede ele alarak 765 sayılı TCK'dan, farklı bir sistem benimsendiği görülmektedir.

Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren değişiklik yapılmamış olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hükmü, yalnızca madde sayısı değil, kullanılan terimler ve içerik bakımından da 765 sayılı TCK'dan önemli farklılıklar arz etmektedir. Bu yeni düzenlemenin daha iyi anlaşılması amacıyla, hüküm 765 sayılı TCK ile karşılaştırma yapılarak açıklanmaya çalışılacaktır.

D. 5237 ve 765 Sayılı Kanunların Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Açısından Karşılaştırılması

5237 sayılı TCK m. 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 765 sayılı TCK m. 179 ile örtüşmekle birlikte, birçok bağımsız suçu da bünyesinde toplamaktadır. ETCK m. 181'de yer alan memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu, 429-433. maddelerinde yer alan kız, kadın ve erkek kaçırma suçları ve kısmen de 499. maddede yer alan maddi bir menfaat elde etmek için kaçırma suçları, yeni kanunda suçun nitelikli hâlleri olarak düzenlenmiştir.²⁰⁹ Eski Kanunda tek suç oluşturan maddi menfaat sağlamak amacıyla kişinin kaçırılması, yeni Kanun'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve yağma suçlarını oluşturacaktır.²¹⁰

²⁰⁹ GÖKCEN, Ahmet, "Hürriyete Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>, s. 11-14, PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara 2008, s. 1787-1788, GERÇEKER, Hasan, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. I, Ankara 2011, s. 1479, ÜZÜLMEZ, İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1184-1185, BAYTEMİR, Erdal, *Açıklamalı İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, Ankara (Ekim) 2007, s. 878-879, YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. III, Ankara, 2010, s. 3615, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 256, MALKOÇ, İsmail, *Açıklamalı ve İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Malkoç Kitabevi, C. I, 2008, s. 1022-1023.

²¹⁰ BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 879, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1788, GERÇEKER, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1479, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 256.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu eski Kanun’da “*gayri meşru surette bir kimseyi hürriyetinden yoksun bırakan kişinin*” cezalandırılacağı şeklinde düzenlenmiştir. Ancak yeni Kanun’da “*hukuka aykırı olarak bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma*” olarak ifade edilmiştir. Gerek “*hukuka aykırı olarak*” ifadesi, gerek “*bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak*” ifadesinin kullanılmış olmasının, belirlilik ilkesi bakımından hükme katkı sağladığı ileri sürülen görüşlerdendir.²¹¹ Bir kimseyi hürriyetinden yoksun bırakma, bir yere gitmesini ya da bir yerde kalmasını engellemeye göre çok daha geniş kapsamlı olduğundan, eski kanunda yer alan ifade ile serbest hareketli suç olarak nitelendirilen hürriyeti tahdidin, yeni kanunda işlenme şekli kısıtlanarak bağlı hareketli suça dönüştürüldüğü ileri sürülmüştür.²¹²

Eski Kanun’da yer alan bağımsız suçlar, yeni Kanun’da nitelikli hâl olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, bazıları bu düzenlemenin dışında kalmış, suçun nitelikli hâlleri olarak öngörülmüş durumlardan bazıları da yeni düzenlemede yer almamıştır. 765 sayılı TCK’da yer alan suçun “*öç alma kastıyla işlenmesi*”, “*dini ya da milli bir maksatla işlenmesi*”, “*maddi çıkar kastıyla işlenmesi*”, “*siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlenmesi*”, “*mağdurun askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslimi için işlenmesi*”, “*memurun bu suçu işleyerek özel bir amaca hizmet etmiş olması*”, “*TBMM üyelerinden birine karşı işlenmesi*” nitelikli hâllerine yeni kanunda yer verilmemiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun TBMM üyelerine karşı işlenmesi 5237 sayılı TCK m. 109/3-c kapsamında değerlendirilebilir. Kamu görevlisine karşı işlenen hürriyeti tahdit suçunun cezası bu bent kapsamında ağırlaştırılacaktır. Faili suç işlemeye yönelten amaç ve saik de, TCK m. 61 kapsamında cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınmaktadır. Buna göre söz konusu nitelikli hâllere yer verilmemiş olması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından herhangi bir eksiklik oluşturmamaktadır. Bununla birlikte suçun temel cezasının 765 ve 5237 sayılı

²¹¹ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1184, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 878, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1787. Aksi yönde görüş için bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 260-261.

²¹² BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 878. “Serbest hareketli ve bağlı hareketli suç kavramları suçun özellikleri başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Ceza Kanun'larında bir ile beş yıl aralığında öngörülmesi, cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında söz konusu nitelikli hallerin uygulanmasını sınırlandıracaktır.

Ancak 5237 sayılı TCK'da, ilk defa düzenlenen nitelikli hâller de mevcuttur. Suçun *“kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle”*, *“çocuğa, beden ya da ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi”* işlenmesi öngörülen yeni nitelikli hâllerdir. Suçun ve *“cinsel amaçla”* işlenmesi ise, 765 sayılı TCK m. 429'da daha geniş kapsamlı olarak, *“şehvet hissi veya evlenme maksadıyla”* bir kimsenin kaçırılması suçu içinde düzenlenmişti.

Her iki ceza kanununun farklı sistemler benimsenerek hazırlanmış olması ve kanunların yürürlükte olduğu dönemler dikkate alındığında, hukuki terimlerin anlamlandırılmasında farklılıkların olması öngörülebilir bir durumdur. Çocuk kavramı ve rızasının geçerli olarak kabul edildiği yaş grubu, silah, kamu görevlisi ve müşterek fail kavramları her iki kanunda yer almakla birlikte farklı anlamlarda kullanılmıştır.²¹³ Dolayısıyla kanunlarda aynı ifadelere yer verilmiş olsa dahi, bu kavramlar kendi sistemi içinde anlamlandırıldığından düzenlemeler farklı sonuçlara götürecektir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da aynı durum söz konusudur. 15 yaşındaki çocuğun rızasıyla kaçırılması 765 s. ETCK'da mümkünken, 5237 sayılı TCK'da 18 yaşın altındaki kişinin rızasına hiçbir hukuki sonuç bağlanmadığı durumlar söz konusudur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından iki düzenleme arasındaki farklılıklar, incelenen konu kapsamında karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

²¹³ 5237 sayılı TCK'da açıkça tanımlanan bu kavramlar, Yargıtay'ın geçmiş uygulamalarına göre farklılıkların ortaya çıkmasına neden olmuştur.



İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

I. GENEL OLARAK

Hürriyete Karşı Suçlar başlığını taşıyan yedinci bölümde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması olarak ifade edilmiştir. Buna göre; kişinin bir yere gitmesinin ya da bir yerde kalmasının engellenmesi ile suç oluşacak ve şikâyet aranmaksızın yargılama süreci başlayacaktır. Kanun'un ifadesi, suçun iki şekilde işlenmesinin mümkün olduğunu göstermektedir. Suçta maddi unsuru oluşturan bu iki hareket seçimlik niteliktedir.

Suçla ilişkin birçok nitelikli hâl öngörülmüştür. Suçun maddi unsuru ile ilgili nitelikli hâl olarak silahla, birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi ya da suçun işlenmesi amacıyla veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması sayılabilir. Hürriyetin kısıtlanması suçunun basit hâlden farklı olarak, nitelikli hâllerinde mağdurun ve failin sıfatı da önem arz etmektedir. Failin ya da mağdurun kamu görevlisi olması ve suçun işlenmesinde kolaylaştırıcı bir unsur ya da harekete geçirici bir saik olarak yer alması durumunda, faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Aynı şekilde mağdur ile fail arasındaki yakın bir ilişkinin kurulmuş olması da suçun nitelikli hâllerindendir. Altsoy, üstsoy ya da eşe karşı işlenmesi nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Mağdurun savunmasızlığı, failin cinsel amaçla hürriyeti kısıtlaması da cezanın ağırlaştırılması sebepleridir. Hareketin gerçekleştirilmesi sonucu mağdurun ekonomik olarak önemli bir kayba uğraması ya da kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan hâllerinden biri gerçekleşirse, ağırlaşan netice bakımında failin en azından taksirle hareket etmesi gözetilerek daha fazla ceza tayin edilecektir.

Suçun incelenmesi, suçun unsurları başlığı altında yapılan tartışma kapsamında benimsenen teoriye göre yapılacak olup; suçun unsurları dışında kalan hususlara da öncesinde yer verilecektir. Fail, mağdur ve suçun hukuki konusu bu anlamda

incelenmesi gereken asli nitelikte hususlardır. Ayrıca 765 sayılı TCK m. 179’da yer alan “hürriyeti tahdit” kavramı, TCK m. 109 düzenlemesini de kapsar nitelikte görüldüğünden, çalışma boyunca 5237 sayılı TCK m. 109’da yer alan düzenlemeyi ifade etmek için “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” ve “hürriyeti tahdit” kavramları birlikte kullanılacaktır. 765 sayılı TCK hükümlerine atıf yapıldığında kanun numarası ile belirtilecektir.

II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

İnsan, hayatını oluşturan ve ilgilendiren bütün alanları anlamak ve sınıflandırmak istemiş, her ilim dalının özelliklerine göre farklı metotlar kullanarak tasnifler yapmıştır. Bunun bir parçası olan hukuk alanını anlamak için de sosyal bilimlere özgü tasnif yöntemleri kullanılmıştır.²¹⁴ Ceza hukukunda, ilk olarak bütün suçlar için geçerli olan genel hükümler ve bu hükümlerin uygulama alanını oluşturan, ceza tehdidi ile yasaklanan fiilleri düzenleyen özel hükümler birbirinden ayrılmıştır. Daha sonra özel hükümler kendi içerisinde çeşitli kriterler esas alınarak tasnif edilmeye çalışılmıştır.²¹⁵

Suçun hukuki konusu, özel hükümlerin tasnifinde kabul gören kriterlerden biridir. Sübjektif, objektif ve karma teoriler kapsamında açıklanan hukuki konu²¹⁶, esas olarak suçla zarar gören, ceza ile korunan²¹⁷ değer ya da menfaat anlamına gelmektedir.²¹⁸ Suça ilişkin düzenleme ile suçun konusunu oluşturan, değer ya da değerler korunmaya çalışılmaktadır. Suçun birden çok hukuki değerinin olması durumunda kanun koyucu, kendi kanaatine göre, fiilin hukuki mahiyetine daha uygun ve daha önemli olan değeri seçerek, hükmün amacına uygun bir düzenleme yapacaktır.²¹⁹

²¹⁴ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 2-3.

²¹⁵ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 25-26. Suçların tasnif edilmesinin hukuki niteliği ve önemi konusunda çok farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte; tasnifin, suçların suç olmayan fiillerden ayrılması ve suç olan fiillerin kendi içerisinde ayrılması, suçların tek tek teşhisini, esasını, değerini ve fonksiyonunu açıklamaya yardımcı olması, suçlar arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya çıkmasını sağlaması ve suç sayılan sayılmayan fiiller arasında hukuki etik bir karşılaştırma yapmaya imkanı vermesi, kanunun sistematigi içinde önemini göstermektedir. TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 42. Karşı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 41 vd.

²¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 87 vd.

²¹⁷ HAFIZOĞULLARI, GÜNGÖR, “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”, s. 23.

²¹⁸ TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınları, 19. Baskı, 2013, s. 101.

²¹⁹ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 288-289.

5237 sayılı TCK'da da suçun hukuki konusu, özel hükümlerin tasnifinde temel kriter olarak benimsenmiştir. Buna göre; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, ikinci kitabın kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmında, hürriyete karşı suçların ele alındığı yedinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu sistem içinde değerlendirildiğinde, korunan hukuki değer, kişi hürriyetidir.

Kanun'un ifadesinden yola çıkarsak, kişinin bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinin, yani kendi iradesine göre hareket edebilme hürriyetinin korunmak istendiği söylenebilir. Suç olarak öngörülen fiil, kişi hürriyetinin zorla elinden alınmasıdır. Suçun serbest hareketli bir suç olması da dikkate alındığında, kişi hürriyetinin sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılmasının, mağdurun bir yere kapatılmasından çok farklı şekillerde gerçekleştirilebileceği görülecektir. Dolayısıyla hükmün geniş yorumlanması gerekir.²²⁰ Hürriyete karşı suçların kişilere karşı suçlar içinde ayrı bir bölümde düzenlenmesi de kişiyi esas alan bir anlayışın göstergesidir.²²¹

Ancak kişi hürriyeti oldukça geniş bir kavramdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan değer netleştirilmesi, hükmün uygulama alanının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. Kavram, Anayasa kapsamında ele alındığında, kişinin herhangi bir engelle karşılaşmadan yer değiştirebilmesi, yerleşebilmesi, istediği gibi hareket edebilmesi anlamına gelmektedir.²²² Anayasa'da

²²⁰ EREM, *Hürriyet ve Suç*, s. 84.

²²¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, "Hürriyete Karşı Suçlar", s. 2711. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN'e göre suçun hukuki konusunun esas alındığı bir kanunda, hürriyete karşı suçlar, kişi ile içselleştirilmeden bağımsız bir kimlik altında tasnif edilmelidir. 765 sayılı ETCK'da bu anlamda daha kabul edilebilir bir sistem benimsenmiştir. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, "Hürriyete Karşı Suçlar", s. 2711. ETCK'da yaklaşık on maddede düzenleme alanı bulan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hareket hürriyetinden farklı olarak aile düzeni ve genel adabın da korunan değerler anlamında esas aldığı bir sistem içinde ele alınmıştır. Kız, kadın ve erkek kaçırmak Adabı Umumiye Ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler babında, adam kaldırma suçu ise Malvarlığına Karşı Suçlar arasında düzenlenmiştir. AKBULUT BOZDOĞAN, Berrin, "Kaçırma ve Alıkoyma Suçları", *SÜHFD*, Milenyum Armağanı, C. 8, Y. 2000, S. 1-2, s. 315. Bu suçlar için korunan hukuki yarar karma niteliklidir ve kız, kadın ve erkek kaçırma suçu için kişi hürriyeti, cinsel hürriyet ve aile düzeni korunmak istenmektedir. Kişi hürriyetinin ihlal edilmesinin yanında failin belli bir saikle hareket etmiş olmasının aranması suçun niteliğini değiştirmektedir. MALKOÇ, İsmail, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2001, s. 334 vd., DÖNMEZER, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 5. Baskı, 1983, s. 259 vd., ÖNDER, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta yayınları, 3. Baskı, 1991, s. 399 vd., EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. II, s. 169 vd., ARTUK, M. Emin, YENİDÜNYA, A. Caner, "Türk Ceza hukukunda Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma Suçları", *TBB Dergisi*, S. 54, Y. 2004, s. 107 vd. Kişisel hürriyetin sınırlanmasından çok farklı olmayan kız, kadın ve erkek kaçırmak suçlarının, ETCK'da neden ayrı bir bapta yer aldığına ilişkin görüşler için bkz. DÖNMEZER, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 264 vd., AKBULUT BOZDOĞAN, "Kaçırma ve Alıkoyma Suçları", s. 315 vd.

²²² EREM, *Hürriyet ve Suç*, s. 61.

kişi hürriyeti, bunun doğal bir sonucu olan kişi güvenliği ile birlikte ifade edilmiştir. Kişi güvenliği, dar anlamda, kişinin hukuka aykırı olarak bir yere kapatılmaması, tutuklanmaması ve hürriyetinden mahrum edilmemesi anlamına gelirken, geniş anlamda kişinin yaşam hakkına, maddi manevi varlığına, konutuna, özel hayatının gizliliğine dokunulmaması, işkence ve eziyet çektirilmemesi, haksız olarak yakalanmaması, gözaltına alınmaması ve tutuklanmaması²²³ anlamına gelmektedir.²²⁴ Buna göre; kişi hürriyetinin TCK 109 hükmüyle ne ölçüde korunduğunu açıklamak gerekmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan değer, Anayasa madde 19 anlamında kişi hürriyeti ve güvenliğini tamamen karşıladığını söylemek doğru olmaz. TCK 109 ile kişi hürriyeti ve güvenliği çok sınırlı bir alanda, fiziksel hareket hürriyeti anlamında korunmaktadır. Ancak kişi hürriyeti ve güvenliği, yer değiştirme ve haksız tutuklanmama hürriyetinden çok daha geniş kapsamlıdır. Kişi güvenliği yaşam hakkını, onurunu, özel hayatın gizliliğini içermekte olup²²⁵, gerek ceza kanunu gerek diğer kanunlarda farklı düzenlemelerle koruma altına alınmıştır.²²⁶

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında, kullanılan cebir nedeniyle kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği durumlar söz konusu olmaktadır. Buna dayanarak kişinin vücut dokunulmazlığının da suçun hukuki konusu kapsamında olduğu ileri sürülmüştür.²²⁷ Suçun temel şekli için, cebir kullanılmasının zorunlu olmaması ve kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükmün uygulanacak olması vücut dokunulmazlığının bu suçla korunan değer kapsamında olmadığını göstermektedir.²²⁸

²²³ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları İle Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, C. II, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988, s. 429.

²²⁴ GÜNEŞ, *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 98, dipnot 179, DEMİRBAŞ, “*Kişi Güvenliği*”, s. 150. Anayasa madde 19’da bu durumun istisnalarına açıkça yer verilmiştir. Şekil ve şartları gösterilen yakalama, tutuklama, gözaltına alma, kişinin kendisinin ve toplumun korunması için hakkında bazı tedbirlerin alınması durumları gerçekleştiğinde kişi hürriyeti hukuka uygun olarak kısıtlanmış olacaktır.

²²⁵ ÖZGÜVEN, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 35.

²²⁶ 5237 sayılı TCK’dan farklı olarak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden çok maddede düzenlendiği 765 sayılı TCK’da da, kişi güvenliği dar anlamda korunmakta olup, farklı düzenlemelerle kişi hürriyeti ve güvenliği tam anlamıyla korunmaya çalışılmıştır. Örneğin “sırrın masuniyetine”, “çalışma hürriyetine” ve “konut dokunulmazlığına” karşı suçlar kanunun devamında, ancak yine hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 51-52.

²²⁷ ÖZBEK, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yay., C. II, 2008, s. 717.

²²⁸ ÖZGÜVEN, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 34.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hukuki konusu kişinin bir yerde kalma ya da bir yere gitme konusunda karar verme²²⁹, yani bulunmak istediği yeri iradi olarak seçme hürriyetidir.²³⁰ Bu suç tipiyle, hukuki hareket edebilme imkânının korunması söz konusudur.²³¹ Dolayısıyla suça ilişkin düzenleme ile kişinin karar verme ve bu karara göre hareket edebilme hürriyetinin güvence altına alınması gerekir. Bu da iradi ve bilinçli olarak karar verme²³² ve bu kararı dışa yansıtma²³³ olarak açıklanabilecek, iç ve dış hürriyeti kapsayan bir koruma alanı anlamına gelmektedir.²³⁴

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın suç olarak öngörülmesi ile kişilerin hareket serbestilerini ve fiziki özgürlüklerini korumak, hukuka aykırı olarak bu hürriyetleri kısıtlayanları cezalandırmak amaçlanmaktadır.²³⁵ Hareket etme yeteneğine sahip olan kişinin bu yeteneğini kullanması ve belli bir yönde hareket etme iradesini açıklamasının yanı sıra, kişinin o anda kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın hareket hürriyetine sahip olması da korunmaktadır. Potansiyel hareket hürriyeti olarak ifade edilebilecek bu hürriyetin hukuki konu kapsamında değerlendirilmesi ile hürriyetinin kısıtlandığının bilincinde olmayan kişinin de bu suç kapsamında korunması sağlanacaktır.²³⁶

²²⁹ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 24.

²³⁰ JESCHECK, Hans Heinrich, *Alman Ceza Hukukuna Giriş, Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi, Ceza Hukuku Sınırları*, Çev. Feridun YENİSEY, İstanbul, Beta Yayınları, 2. Baskı, 2007, s. 87.

²³¹ ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin”, s. 963.

²³² ÖKTEM, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, s. 249.

²³³ CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 51, ÖKTEM, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, s. 263.

²³⁴ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 717, DURMUŞ, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 52. Doktrinde iç hürriyetin tehdit, şantaj ve cebir suçları ile korunduğu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile artık dışa yansıyan iradeyi korumanın amaçlandığı ileri sürülmüştür. ÖZGÜVEN, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 34. Ancak kişinin özgür irade ile hareket edebilme serbestisinin korunabilmesi için, bunun ön aşaması olan irade oluşturma aşamasında da özgürlük alanının korunması gerekmektedir.

²³⁵ EREM, Faruk, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, Ankara, Seçkin Yayınları, 1993, s. 1179, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 880, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 57, CİHAN, Erol, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, *İÜHFİM*, C. 41, S. 1-2, Y. 1975, (s. 47-69), s. 50, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2724, ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı Suçlar*, s. 102, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 259.

²³⁶ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, M. Ruhan, ÖNOK, Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, 2007, s. 342-343, GÖKCEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, ÜZÜLMEZ de potansiyel hareket hürriyetinin suçla korunan hukuki değer olduğunu kabul etmekte, ancak 109. maddede yer alan ifade esas alındığında, korunan değer yalnızca aktüel hareket özgürlüğü olduğu sonucuna ulaşmanın daha kolay olduğunu ileri sürmektedir. Buna dayanarak da yasal düzenleme ile aslında dış hürriyetin korunduğunu belirtmektedir. ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1186.

III. FAİL

TCK m. 37’de suçun kanuni tanımında yer alan hareketleri gerçekleştiren kişilerden her birinin fail olarak sorumlu olacağı ifade edilmiştir İradi hareket etme yeteneğine yalnızca insan sahip olduğundan, suçun faili de yalnızca insan olabilecektir. Tüzel kişiler bir suçun faili olarak cezalandırılmazlar, çünkü temsilcileri olan gerçek kişiler aracılığıyla faaliyetlerini yürütmektedirler.²³⁷ Doktrinde fail terimi yerine suçlu ya da suçun aktif süjesi terimleri de kullanılmaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile suçun failine işaret edilmiştir.²³⁸

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda; “bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişi” nin fail olduğu ifade edilmiştir. Failin özel bir niteliğe sahip olması aranmadığından, herkes bu suçun faili olabilir.²³⁹ Suç failinin bazı özelliklere sahip olması cezayı ağırlaştıran nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda kamu görevlisi olan kimsenin bu yetkisini kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemesi²⁴⁰ ya da suçun altsoy, üstsoy veya eş tarafından işlenmesi hâlinde faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Failin birden fazla olması da cezayı ağırlaştıran nitelikli hâllerden

²³⁷ ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınları, 2015, s. 274 vd.

²³⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, USA Yayınları, 2010, s. 393.

²³⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 343, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1186, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 717, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2724, ÖZBEK, V. Özer, KANBUR, M. Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 4. Baskı, 2012, s. 386, HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, USA Yay., 2010, s. 175, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 881, PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *5237 sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları*, Ankara, Adalet Yay., s. 2008, POLAT, Halil, *5237 Sayılı TCK’da Yer Alıp Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar*, Ankara, Adalet Yay., 2009, s. 346, YAŞAR, GÖKCEN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3615, GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1480, MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1023, ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yay., 2008, s. 843, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1789, YAŞAR, Osman, *Uygulamada ve Öğretide Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar*, Ankara, Seçkin Yay., 2001, s. 73.

²⁴⁰ 5237 sayılı TCK’da kamu görevlisi olan failin, nüfuzunu kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemesi, cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Ancak ETCK’da memurun nüfuzunu kötüye kullanarak hürriyeti tahdit suçunu işlemesi madde 181, 184, 185 ve 186’da düzenlenen suç tiplerini oluşturmaktaydı. Dolayısıyla kamu görevlisi olma, nasıl “güveni kötüye kullanma” suçunu “zimmet” suçuna çeviriyorsa, hürriyeti tahdit suçunun da vasfını değiştirip, başka suçların oluşmasına neden olmaktadır. EREM, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., C. III, 3. Baskı, 1985, s. 233. Hatta kamu görevlisi sıfatının açıkça öngörüldüğü bu maddeler dışında, kamu görevlisinin görevi sırasında hürriyeti tahdit suçunu işlemesi halinde ETCK madde 251 uyarınca cezanın arttırılması öngörülmüştü. GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 29.

biridir. Ancak bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, suçu işleyen birden fazla kişinin azmettiren ya da yardım eden değil, müşterek fail sıfatına sahip olması gerekir.²⁴¹

TCK m. 37/2’de başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin, fail olarak sorumlu olacağı ifade edilmiştir.²⁴² Bu hükümle dolaylı faillik kabul edilmiş olmaktadır. Failin, arka planda kalarak, suçun icrai hareketlerinin, üzerinde hâkimiyet kurduğu üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesini sağlaması olarak ifade edilebilecek²⁴³ dolaylı faillikte, suç işleme iradesine sahip kişi fail olarak sorumlu olmakta, araç olarak kullanılan kişinin her hangi bir sorumluluğu doğmamaktadır. Ayrıca suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan bir kişinin araç olarak kullanılması hâlinde, dolaylı failin cezası arttırılmaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından da dolaylı faillik mümkündür. Arama yapan iyiniyetli polise yalan beyanda bulunarak, istediği kişinin yakalanmasını sağlayan,²⁴⁴ akıl hastası bir kişiyi azmettirerek başka bir kişinin hürriyetinden yoksun kalmasını sağlayan ya da açma kapatma sisteminde sorun olan bir kapıyı, mağduru yönlendirerek, onun üstüne kapattıran kişi, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda, dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²⁴⁵

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmanın, başka bir suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlendiği hükümler de bulunmaktadır. Örneğin iftira ve yalan tanıklık suçlarında, failin işlediği başka bir suç olmakla birlikte, işlenen suçun yanında hürriyeti tahdit de ortaya çıkabilmektedir.²⁴⁶ Böyle durumlarda asıl suçun cezası arttırılabileceği gibi failin işlediği asıl suçun yanında, dolaylı fail olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da sorumlu olacağına karar verilebilir. Bu anlamda ilgili yasal düzenlemeler önem arz etmektedir.

İftira suçunun düzenlendiği TCK m. 267/4’de, kendisine iftira atılan mağdur hakkında beraat ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması hâlinde,

²⁴¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 272, PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 1792.

²⁴² 5237 sayılı TCK m. 37’de fail tanımlanmıştır. Suçun kanuni tanımındaki fiilleri gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak tanımlanmışken, suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir.

²⁴³ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 6. Baskı, 2011, s. 470.

²⁴⁴ ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 28.

²⁴⁵ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 30.

²⁴⁶ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 30.

mağdurun yargılama sürecinde tutuklanması ya da göz altına alınması söz konusu ise, failin iftira suçunun yanında hürriyeti tahdit suçundan da sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Aynı düzenleme TCK m. 272/5'te de yalan tanıklık suçu için söz konusudur. Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında, gerçeğe aykırı tanıklık yapan kimse, mağdurun gözüaltına alınması ya da tutuklanması durumunda, dolaylı fail olarak hürriyeti tahditten de sorumlu olur. Buna göre TCK m. 267/4 ve m. 272/5'teki bu hükümlerde gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Bu düzenlemelerin devamında ise mağdur hakkında müebbet hapis ya da süreli hapis cezasına hükmolunması ve cezanın infazına başlanmış olması hâllerinde, faile verilecek cezanın arttırılacağı öngörülmüştür. Kanun koyucu, faili ayrıca hürriyeti tahdit suçundan cezalandırmak yerine, iftira suçu kapsamında “*yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezası*” vermeyi tercih etmiştir.

5237 sayılı TCK ile hukukumuzda objektif sorumluluk kabul edilmediğinden, hareket ile netice arasında maddi nedensellik bağı²⁴⁷ failin sorumluluğu için yeterli olmamakta, ağırlaşan netice bakımından failin en azından taksirle hareket etmiş olması aranmaktadır. İftira ya da yalan tanıklık sonucu, mağdurun hürriyetinden yoksun kalması durumunda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olduğundan,²⁴⁸ TCK m. 23 kapsamında failin ağırlaşan netice bakımından en azından taksirli olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

IV. MAĞDUR

Kelime olarak “*kadre uğramış kişi*”, “*haksızlığa uğramış kişi*” anlamına gelen mağdur, ceza hukuku literatüründe farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bunlardan birinde mağdur kavramı, suçun işlenmesi ile zarar verilen ya da tehlikeye atılan suç konusunun ait olduğu kişi olarak tanımlanmaktadır.²⁴⁹ Doktrindeki başka bir tanıma göre ise, suç ile tehlikeye sokulan ya da zarar verilen hakkın sahibi mağdurdur.²⁵⁰ Suçun pasif süjesi olarak da adlandırılan mağdur kavramıyla ilgili tek tartışma mağdurun tanımına ilişkin değildir. Genel olarak kimlerin suçun mağduru olabileceği hususunda da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin tüzel kişilerin, bir suçun mağduru olup

²⁴⁷ ÖZEN, Muharrem, *Ceza hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, USA Yay., 1998, s. 73-74.

²⁴⁸ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 30.

²⁴⁹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 200-204.

²⁵⁰ DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 7. Baskı, 2011, s. 515.

olamayacağı hususu, bu bağlamdaki tartışmalardan birini oluşturmaktadır. Belirtilmelidir ki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun tüzel kişi olması ihtimali söz konusu olmadığı için bu tartışmaya yer verilmeyecektir.²⁵¹

TCK m. 109’da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru “*hukuka aykırı olarak bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden*” yoksun bırakılan kişi olarak ifade edilmiştir. Hükümde mağdur için ayırt edici bir nitelik aranmadığından, kişisel hürriyeti kısıtlanan herhangi bir kişi bu suçun mağduru olabilir.²⁵² Mağdurun, failin üstsoy, altsoy veya eşi olması ya da kamu görevlisi olması ve bu sıfatı nedeniyle hürriyetinin kısıtlanmış olması hâlinde faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Ayrıca bu suçta mağdur ve suçun konusu sıfatları aynı kişide birleşmektedir.²⁵³

Bir kişinin, hareket hürriyetinin hukuka aykırı bir biçimde kısıtlanmasını engellemek amacıyla öngörölmüş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olabilmesi için, iradi olarak yer değiştirme yeteneğinin aranıp aranmayacağı hususu, doktrinde tartışmalıdır. Hareket hürriyetine sahip olmayan sakat, ağır hasta, baygın, sarhoş veya uyuyan bir kişinin veya küçük bir çocuğun hürriyeti tahdit suçunun mağduru olup olamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürölmüştür.²⁵⁴

Öncelikle hasta, felçli ya da sakat olmaları nedeniyle, yardım almadan hareket etmeleri mümkün olmayan kişilerin bu suçun mağduru olabileceği söylenmelidir. Bu kişilerin fiziksel olarak kendi başlarına hareket etme yeteneğine sahip olmamalarına

²⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 517 vd., ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 204 vd., KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 3. Baskı, 2010, s. 150 vd.

²⁵² ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1186-1187, POLAT, *Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar*, s. 346, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 239, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1789, MERAN, Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005, s. 434, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 843, YAŞAR, GÖKCEN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3615-3616, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2724, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 175, GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1480, MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1023, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 51, ARTUK, *Hürriyeti Tahdit Cürmü*, s. 58, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 343, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 386, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 881.

²⁵³ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun*, s. 188, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 517.

²⁵⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 267, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 52, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 58.

rağmen, yardım olarak yer değiştirme hakları bulunmaktadır.²⁵⁵ Bu bağlamda onların da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olabileceklerinin kabul edilmesiyle bahis konusu haklarının korunması mümkün olacaktır.²⁵⁶ Örneğin; çok az yürüyen bir hastanın yatağına bağlanarak onun yürümesinin engellenmesi veya hiç yürüyemeyen hastanın yatakta diğer yana dönmesini engelleyecek şekilde bağlanması ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır.²⁵⁷ Bu kişilerin kaçırılmalarının mümkün olması da, onların suç mağduru olabilecekleri görüşünü destekleyen bir başka durumdur.²⁵⁸ Belirtilmelidir ki, koltuk değneği gibi bazı araçlar ya da insanlar yardımı ile kişinin yer değiştirebiliyor olması, onun hareket etme yeteneğine sahip olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu kişinin hareket etmek için yalnızca bazı engelleri aşması gerekmektedir. Engelli birisinin koltuk değneğinin alınması veya akülü aracının bozulması bu suçu oluşturur. Bu kişiler o anda aracını kullanarak yer değiştirmeseler de potansiyel olarak yer değiştirme yetisine sahiptirler.

Baygın, kendini bilmeyecek derecede sarhoş veya uyuyan bir kişinin, suçun mağduru olup olamayacağı konusunda iki görüş ileri sürülmüştür. İlk görüş, bu kişilerin suçun mağduru olamayacakları yönündedir.²⁵⁹ Buna göre; doğal anlamda bulunduğu yeri iradi olarak değiştirebilme yeteneğine sahip²⁶⁰ olan kişi suçun mağduru olabilir.²⁶¹ Çünkü hareket hürriyeti kişisel hürriyetin bir parçasıdır ve ancak bilinç ve irade hürriyeti varsa kişisel hürriyetin varlığından bahsedilebilir. Uyuyan ya da kendisini bilmeyecek derecede sarhoş olan kişilerin, bu durumda olduğu sürece, bulunduğu yeri değiştirme iradesi bulunmadığı için, kişisel hürriyetinin de sınırlandırılması mümkün olmaz.²⁶² Failin hareketinin zorlayıcı niteliğini algılayamayan kişiye karşı herhangi bir suçtan bahsedilemez.²⁶³ Bununla birlikte kişinin bilinç ve irade hürriyetini ortadan kaldıran sebep, fail tarafından uzatılmışsa

²⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 431.

²⁵⁶ DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 56.

²⁵⁷ SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 5. Baskı 2005, s. 199.

²⁵⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 176, HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2724.

²⁵⁹ Alman doktrininde de bu görüş kabul edilmektedir. Hürriyeti tahdit suçundan bahsedilebilmesi için mağdurun bulunduğu yeri değiştirme iradesine sahip olması gerekir. Bir yaşındaki çocuk ya da kendini bilmeyecek derecede sarhoş olan kişi bu iradeye sahip değildir. Ancak hareket hürriyetinin, bilinç yokluğu sebebiyle geçici olarak sınırlandırılmış olması halinde, hürriyeti tahdit suçu oluşacaktır. CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 54-55.

²⁶⁰ ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 27, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 52.

²⁶¹ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1188.

²⁶² CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 52,

²⁶³ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 32.

kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır.²⁶⁴ Uyuyan ya da baygın olan bir kişiye eter vs. koklatarak, onun bilinç yokluğunun uzatılması hâlinde, bilinç yokluğu suçun oluşmasına engel olmaz.²⁶⁵

Kanaatimizce, iradi olarak yer değiştirme yeteneğine sahip olmayan kişilerin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olmaları mümkündür ki bu, baygın, kendini bilmeyecek derecede sarhoş veya uyuyan bir kişinin, suçun mağduru olup olamayacağı konusundaki ikinci görüşü oluşturmaktadır. Mağdurun, fiil gerçekleştirildiği sırada, hareket etme imkânına sahip olup olmaması ya da onu kullanmak isteyip istememesi suçun oluşmasında etkili değildir.²⁶⁶ Nasıl hürriyeti kısıtlanan mağdurun, en başta faille mücadele ettikten sonra, fiilin gerçekleştiği kalan süre boyunca, karşı yönde iradesini göstermesi beklenmiyorsa, uyku hâlinde ya da sarhoş olan kişinin de böyle bir irade göstermesi beklenemez. Her ikisinde de mağdurun fiile karşı potansiyel iradesi olduğu kabul edilir.²⁶⁷

Aktüel hareket hürriyetinin yanında potansiyel hareket hürriyeti de suçla korunan değer olarak kabul edilebilir. Bu durum suçun oluşması konusunda objektif bir kriter benimsendiğini göstermektedir. Buna göre; suçun oluşması, failin suç fiilini gerçekleştirmesine bağlıdır. Yalnızca aktüel hareket hürriyetinin korunduğu kabul edildiğinde, suçun oluşması failin fiiline değil, mağdurun fiile karşı irade oluşturmaya bağlanmaktadır. İradi olarak hareket etme yeteneğine sahip kişilerin bile, bu durumu fark etmemeleri hâlinde suç oluşmamakta ya da bu durumu anlamaları ihtimalinden hareket ederek oluşacak farazi iradeleri²⁶⁸ esas alınarak suçun oluştuğu ileri sürülmektedir.²⁶⁹

²⁶⁴ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 58, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 267, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 881.

²⁶⁵ DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 57.

²⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 431-432.

²⁶⁷ DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 58.

²⁶⁸ Bu durum, mağdurun hareket etme yönünde irade oluşturmalarının mümkün olduğu, ancak failin etkisi ile bu iradeyi oluşturmaktan vazgeçtiği hallerde söz konusudur. Failin maddi ya da manevi baskısı, mağdurun hareket etme yönünde irade oluşturmaya engel olmaktadır. Mağdurun fail tarafından bilinçsiz hâle getirildiği ve bu durumun devam ettiği hâllerde, mağdurun farazi iradesi esas alınmakta ve suçun oluştuğu kabul edilmektedir. ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1187-1188.

²⁶⁹ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1187-1189. ÜZÜLMEZ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla potansiyel hareket hürriyetinin korunduğunu savunmakla birlikte, iradi olarak yer değiştirme yeteneğine sahip olanların bu suçun mağduru olabileceğini ileri sürmektedir. Buna göre; hareket etme yeteneğine sahip olan mağdur, suç fiili ile karşı

Aktüel hareket hürriyeti yanında potansiyel hareket hürriyeti de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan hukuki değer kapsamındadır. Suçun oluşması için mağdurun, onun hareket hürriyetinin kısıtlandığının farkında olması gerekmez.²⁷⁰ Hareket hürriyetinin kısıtlandığının farkına varmayan, bayılmış ya da kendisini bilemeyecek derecede sarhoş bir kişi de bu suçun mağduru olabilecektir.²⁷¹ Objektif olarak hürriyeti kısıtlanan herkesi suçun mağduru olarak kabul etmek gerekir.²⁷² Ayrıca bu düzenleme ile kişinin bir yere gitme hürriyeti yanında bir yerde kalma hürriyeti de korunmaktadır. Felçli ya da uyuyan bir kişinin bulunduğu yerde kalma hürriyetinin korunması,²⁷³ onun suç mağduru olabileceğinin kabul edilmesi ile mümkündür. Ayrıca TCK m. 109/3-f’de beden ya da ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı bu suçun işlenmesinin nitelikli hâl olarak düzenlemesi, kanun koyucunun bu kişilerin de suçun mağduru olabileceklerini kabul ettiğini göstermektedir.

Mağdurun yaşının küçük olması hâlinde, hürriyeti tahdit suçunun oluşup oluşmayacağı da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre hareket etme yeteneğine sahip olmayan küçüklere karşı bu suç işlenemez. Çok küçük bir bebeğin hareket etme yönünde irade oluşturmaya mümkün olmadığından, hareket hürriyetini koruyan bir suçun mağduru olması da mümkün değildir.²⁷⁴ Örneğin bir yaşındaki bebeğin iple beşiğine bağlanmasının, hürriyeti tahdit suçunu oluşturmaya ileri sürülmüştür.²⁷⁵ Diğer görüş ise yer değiştirme yeteneklerine bakılmaksızın, çocukların bu suçun mağduru olabilecekleri yönündedir.²⁷⁶ Aktüel hareket hürriyeti yanında

karşıya kaldığında, bu durumu fark etmese dahi hürriyeti tahdit suçu oluşacak, ancak küçük çocuk ya da akıl hastaları, bu durumu fark etme potansiyeline sahip olmadıklarından suçun mağduru olamayacaklardır. Kendini bilemeyecek derecede sarhoş ya da baygın olanlar ise normalde hareket etme yönünde irade oluşturma yeteneğine sahipken, fiil sırasında bilinçli olmamaları nedeniyle bu iradeyi oluşturmamakta ve bu durum suçun teşebbüs aşamasında kalması ile sonuçlanmaktadır. ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1187-1189.

²⁷⁰ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 58-59, GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1480, GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 431-432, YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3616.

²⁷¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 267-268.

²⁷² SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 199.

²⁷³ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 387, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 717.

²⁷⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 267; ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 58-59, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 52, TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 82.

²⁷⁵ CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 52, EREM, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, s. 1179-1180.

²⁷⁶ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 33, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 58-59.

potansiyel hareket hürriyetinin de korunduğu gerekçesine dayanan bu görüşe göre, kanunla cezalandırılmak istenen husus kişilerin hareket hürriyetinin hukuka aykırı olarak kısıtlanmasıdır²⁷⁷ ve başka şartlar aranmaksızın bu durumun gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterlidir.²⁷⁸ Potansiyel olarak irade oluşturma yeteneğine sahip olmasalar da, küçüklerin, bu suçun mağduru olabilmeleri gerekir. Çocuğun, velayet yetkisi kendisinde olmayan anne ya da baba tarafından kaçırılması (TCK m. 234) dışında çocuğun kaçırılmasını suç olarak düzenleyen bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla bir yaşındaki bir çocuk 234. maddede sayılanlar dışında bir kişi tarafından kaçırılırsa, cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Ayrıca Yargıtay, cinsel istismar suçu işlenirken, çocuğun, bu suç için gerekli olan süreden fazla süre hareket hürriyetinin sınırlandırılması durumunda, hürriyeti tahdit suçundan da ceza verilmesi gerektiği kanaatindedir. Bir yaşında bir çocuğun kaçırılarak bir hafta boyunca istismara maruz kalması halinde de ayrıca hürriyeti tahdit oluşmalıdır. İrade sahibi küçüklerin ise suçun mağduru olmaları konusunda öne çıkan bir tartışma yoktur.²⁷⁹

Bu aşamada çocukları korumak amacıyla öngörülmüş benzer suçların da değerlendirilmesi önemlidir. TCK m. 234’de on altı yaşından küçük çocukların, velayet hakkı kendisinde olmayan anne veya baba tarafından, velayet yetkisine sahip kişilerin yanından kaçırılması düzenlenmiştir.²⁸⁰ TCK m. 234’te düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu ile hürriyeti tahdit suçu benzer olmakla birlikte, hükmün düzenlendiği yer de dikkate alınarak, hürriyeti tahdit suçuna göre daha özel bir düzenleme yapıldığı söylenebilir. Madde gerekçesinde ifade edildiği gibi suçla korunan değer velayet ve vesayet hakkıdır. Çocuk bu suçun mağduru değil, konusudur. Suçun mağduru, velayet ya da vesayet hakkı elinden alınan ya da kısıtlanan kişidir.²⁸¹

²⁷⁷ CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 50.

²⁷⁸ GÖKCEN, Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>, Erişim Tarihi: 04.02.2016.

²⁷⁹ CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 52.

²⁸⁰ “Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması (1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.

(3) (Ek: 6/12/2006 – 5560/10 md.) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” **5237 s. TCK m. 234**

²⁸¹ NUHOĞLU, Ayşe, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, İstanbul, Beta Yay., 2009, s. 179-184.

Çocuğun, TCK m. 234'te belirtilen kişiler tarafından bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi hâlinde, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu yanında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da oluşacağı söylenebilir.²⁸² Potansiyel hareket hürriyetinin de korunması esasına göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda herkes mağdur olabilir, dolayısıyla velayet veya vesayet yetkisi kendisinden alınmış anne ya da baba tarafından, “objektif olarak” hürriyeti kısıtlanan çocuk, hem çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun konusu, hem de hürriyeti tahdit suçunun mağduru olacaktır.²⁸³ Bu durumda görünüşte içtima vardır. Normlar arasındaki ilişki, hangi normun uygulanacağını açıkça gösteriyorsa, görünüşte içtima söz konusu olur. Genel norm- özel norm ilişkisi örnek verilebilir. Çocuğun velayet ya da vesayet yetkisine sahip olmayan anne baba tarafından kaçırılmasında da genel norm, özel norma bakılarak sorun çözülebilir. TCK m. 234'te sayılan kişiler dışındakiler tarafından çocuğun kaçırılması hâlinde, yani faili özgü suç niteliğinde olan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu oluşmadığında, yalnızca hürriyeti tahdit suçunun oluşacağı karşıt görüş olarak ileri sürülmüştür.²⁸⁴

Her iki suçta, mağdur ve suçla korunan hukuki değer birbirinden farklıdır. TCK m. 234 hükmü, velayet ya da vesayet hakkına sahip olanların bu haklarını korumayı amaçlamakla birlikte, çocuğun hareket hürriyeti de korunan hukuki değer olarak varlığını sürdürmektedir. Bununla birlikte her durumda, hürriyeti tahdit suçu da oluşacaktır.²⁸⁵

²⁸² ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, Vedat Yay., 2006, s. 443.

²⁸³ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmasında, iradi hareket etme hürriyetini arayan görüşe göre ise, hareket hürriyetine sahip olmayan çocukların kaçırılması ya da alıkonulması durumunda, yalnızca TCK m. 234'te yer alan suç oluşacaktır. Hürriyeti tahdit suçundan bahsedebilmek için, çocuğun hareket hürriyetine sahip olması gerekir. Bkz. ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1188, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 52. ETCK'da çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu 765 sayılı kanunun 182. maddesinde ayrıca düzenlenmişti. Şehvet hissi ya da evlenme niyeti olmaksızın on beş yaşından küçük bir çocuğun, velayet ya da vesayet yetkisine sahip kişilerin yanından kaçırılması halinde, aile düzenine karşı kabul edilen bu suç oluşmaktaydı. ETCK döneminde de aynı zamanda hürriyeti tahdit suçunun oluşup oluşmayacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, I, s. 191, EREM, *Hürriyet ve Suç*, s. 71 vd.

²⁸⁴ NUHOĞLU, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, s. 181-183.

²⁸⁵ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hukuka uygunluk sebebi olan mağdurun rızası, mağdurun çocuk olması halinde de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Çocuğun rızasının bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, çocuğun hareket hürriyetine ilişkin rıza gösterme yetkisine sahip olması gerekir. Bu durumda, kaçırılma veya alıkonulmadan önce çocuğun rıza göstermiş olması hürriyeti tahdit suçunun oluşmasını engelleyecek, ancak TCK m. 234'te yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu oluşacaktır.

Akıl hastalarının hürriyeti tahdit suçunun mağduru olup olamayacakları hususu da tartışmalıdır. Akıl hastaları, fiziksel olarak hareket etme yeteneğine sahip olmakla birlikte, bu yönde sağlıklı irade oluşturmamaktadırlar. Akıl hastalığı nedeniyle kişinin hürriyetinin kısıtlandığının farkına varamayacak olmasının yanı sıra suçla korunan hukuki değerin yalnızca aktüel hareket özgürlüğü olduğunun kabul edilmesi, bu kişilere karşı, hürriyeti tahdit suçunun işlenemeyeceğinin de kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır. Potansiyel hareket özgürlüğünün de suçla korunduğu görüşü kabul edildiğinde ise iradi hareket etme yeteneği aranmayacağı için akıl hastalarının da bu suçun mağduru olabileceği söylenebilecektir.²⁸⁶

Akıl hastalarının, hastalık derecelerine göre suç mağduru olmalarına karar verilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür.²⁸⁷ Bununla birlikte, çeşitli akıl hastalıklarının bulunması ve bunların etkilerinin çok farklı olması dikkate alındığında, isabetli genel geçer bir değerlendirmenin yapılması mümkün olmayacaktır. Hatta bunu algılaması mümkün olmasa da doğal olarak hareket yeteneğine sahip kimsenin, bu hakkının elinden alınması, onun hürriyetinin kısıtlanması olarak değerlendirilebilir.

Hürriyeti belli derecede kısıtlanmış kişilerin de bu suçun mağduru olmaları mümkündür. Mağdur, sınırlı da olsa hareket hürriyetine sahiptir ve bu hürriyetin elinden alınması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacaktır.²⁸⁸ Ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ya da hükümlünün hücreye kapatılması ya da hastanede denetim altında bulunan akıl hastasının, yatağına bağlanması durumunda, sınırlı olan hareket hürriyeti daha da sınırlandırılmış olacağı için hürriyeti tahdit suçundan bahsedilebilir. Tutuklu veya hükümlünün böyle bir muameleyle karşılaşması durumunda, failin, hürriyeti tahdit değil, işkence ya da eziyet gibi suçları işlemiş olacağı da ileri sürülen görüşlerden bir diğeridir.²⁸⁹ Bununla birlikte gerçekleştirilen fiil, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun maddi unsuru olan fiile benzemekle

²⁸⁶ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 58-59, ÖZGÜVEN, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 39-40, GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 431-432, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 268, GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1480, DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 57-59. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 344. İtalyan Yargıtay’ı bu konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda, insanın özgür olmasının sebebini, onun hareket etme yeteneğine sahip olması değil, hareket etme imkânını ortadan kaldıran herhangi bir zorlamaya tabi olmaması şeklinde açıklamıştır. Buna göre akıl hastaları da bu suçun mağduru olabilmektedir. Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 344.

²⁸⁷ CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 53, EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, I, s. 181-182, EREM, *Hürriyet ve Suç*, s. 84-85.

²⁸⁸ TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 82-83.

²⁸⁹ ÖZGÜVEN, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 42.

birlikte, hürriyeti tahditten farklı sonuçlara yol açmış olabilir. İşkence ve eziyet suçunun serbest hareketli suçlar olması da dikkate alındığında, bir kişinin hareket hürriyetinin sınırlandırılması ile, onun onuruyla bağdaşmayacak şekilde, bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesi de söz konusu olabileceği için diğer suçlar da oluşabilir. Somut olayın özelliklerine göre tutuklu ya da hükümlünün bir yere kapatılması durumunda hangi suçun oluştuğuna karar verilmelidir. Yargıtay, mağdurların nezarethanede çıplak soyularak elleri ve ayaklarının ranzalara bağlanmasını ve mağdurlara elektrik verilmesini işkence olarak değerlendirmiştir.²⁹⁰ Failin, mağduru ranzaya bağlayarak, yirmi dakika kendisi ile arkadaş olmaya ikna etmeye çalıştığı bir diğer olayda ise hürriyeti tahdit suçunun oluştuğunu söylemiştir.²⁹¹ Bir kimsenin insan onuru ile bağdaşmayacak şekilde, bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesi ya da algılama yeteneğinin bozulması amaçlanıyorsa işkence ya da eziyet söz konusu olacakken, bu amaçları taşımayacak şekilde kişi hürriyetinin sınırlandırılması durumunda hürriyeti tahditten karar verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte işkence ya da eziyet suçuyla birlikte hürriyeti tahdit suçunun oluşması da mümkündür. Mağdurun, kaldığı cezaevinde arkadaşları tarafından zorla ranzanın altında bekletilmesi²⁹² olayında insan onurunu da zedeleyecek şekilde hareket hürriyeti sınırlandırılmıştır. Bu durumda bir hareketle birden fazla suçun işlenmesi söz konusudur.

V. SUÇUN UNSURLARI

“Suç” kavramı, yazarların üzerinde birleştikleri tek bir tanıma sahip değildir. Bu bağlamda her yazarın benimsediği ceza hukuku anlayışına göre suç kavramını farklı tanımlaması söz konusudur. Bazı yazarlar suç ve cezaların ne olduğuna karar veren iradeyi esas alırken, diğerleri ortalama dürüstlük kuralları ya da toplum varlığının tehdit edilmesini ön plana çıkarmıştır. Dolayısıyla çoğunluğun benimsediği bir suç tanımına ulaşamamıştır.²⁹³ Bununla birlikte tahlili bir metot izlenerek suçun unsurlarını tespit etme ve buradan bir tanıma ulaşma yolu denenebilir. Suçu oluşturan

²⁹⁰ YCGK., 15.10.2002, E. 2002/ 8- 191, K. 2002/362, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2002-8-191.htm&kw=`ranza`#fm>, Erişim Tarihi: 26.6.2016.

²⁹¹ Y. 5. CD., 15.4.2004, E. 2003/ 3567, K. 2004/ 3039, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2003-3567.htm&kw=`ranza`#fm>, Erişim Tarihi: 26.6.2016.

²⁹² <http://odatv.com/pozanti-magduru-ugradigi-tacizi-ve-iskenceyi-anlatt-0507121200.html>, Erişim Tarihi: 26.6.2016.

²⁹³ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 91-95.

zorunlu ve ihtiyari bütün unsurların birleştirilmesi ile suç tanımına ulaşılabilecektir. Bu durumda suçun hangi unsurlardan oluştuğu meselesi ile karşılaşılacaktır.²⁹⁴

Suçun hangi unsurlardan oluştuğu konusunda da görüş birliği sağlanamamış, iki ile sekiz arasında değişen unsur sayısı ve bunların özüne ilişkin tartışmalar söz konusu olmuştur. Suçun unsurlarına ilişkin ilk tartışmalar 16. yy'da yapılmış olup, suçun dört unsurundan bahsedilmiştir. Kanun, irade ve eylem, insan, saik unsurları suçun kurucu unsurları olarak nitelendirilmiştir.²⁹⁵ Türk hukukunda suçun unsurlarına ilişkin olarak ikili,²⁹⁶ üçlü²⁹⁷ ve dörtlü²⁹⁸ ayırım kullanılmakla birlikte suçun unsurlarının dörtlü ayırım içerisinde ele alınmasına daha sık rastlanmaktadır.²⁹⁹

Suçun unsurlarının ikiye ayrılarak incelenmesinde suç, maddi ve manevi unsur başlıkları altında ele alınabilir.³⁰⁰ Klasik suç teorisi olarak da ifade edilen bu teoriye

²⁹⁴ ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 1-5, KUNTER, Nurullah, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 2. KUNTER'e göre, suçun unsurları belirlenirken, "unsur" kelimesi "vasıf" manasında kullanılmaktadır. Dolayısıyla bütünü maddeten bölmekten farklı olarak, bütünün tahlil edilmesi söz konusu olmaktadır. KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 2. DÖNMEZER, ERMAN ise organik bir bütün olan suçun, kısımlara bölünemeyeceğini, bununla birlikte suçun mantıki bir analize tabi tutularak, oluşumu bakımından zorunlu unsurların tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre suçun tüm unsurları suçun özünü esasını oluşturmak bakımından eşdeğer niteliktedir. DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983, s. 7.

²⁹⁵ ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 5, CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yayınları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı, 2011, s. 202-203, KUNTER, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 21-22.

²⁹⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 203 vd., KUNTER, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, s. 39 vd., KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 11 vd.

²⁹⁷ Suçun üç unsuru olduğunu kabul eden görüşlerden biri, bu unsurları maddi unsur, manevi unsur ve tipiklik olarak ele alırken, bir diğeri tipikliğin yerine hukuka aykırılık unsurunu benimsemiştir. Kanuni unsur ve maddi unsurun birleştirilmesiyle tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluğu suçun unsurları olarak benimseyen diğer görüş de mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 202 vd., İÇEL, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Yenilenmiş 6. Baskı, Beta Yayınları, 2014, s. 202-203, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 193 vd., ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 2 vd., KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 3 vd., ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 202-203, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 200 vd., ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 155 vd.

²⁹⁸ Suçun unsurlarının belirlenmesinde dörtlü ayırımı benimseyen görüşe göre ise tipiklik, maddi unsur, hukuka aykırılık ve manevi unsur suçun oluşmasında zorunlu olarak görülmektedir. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 296 vd., ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 8 vd. Diğer ayrımlarda olduğu gibi burada da unsurların neler olacağı ve özüne ilişkin bir görüş birliği söz konusu değildir. Bu dört unsuru hareket, hukuka aykırılık, kusurluluk ve cezalandırılabilirlik şartı olarak ele alan görüş de mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 204 vd.,

²⁹⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 204.

³⁰⁰ EREM ve TOROSLU bu sistemi benimseyen yazarlardır. İtalyan Ceza Hukuku'nda kabul gören bu sisteme göre suç, maddi ve manevi unsur başlıkları altında, objektif ve sübjektif kriterler esas alınarak incelenmelidir. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 203. KUNTER ise ikili ayırımı benimsemekle beraber, EREM ve TOROSLU'dan farklı olarak kanuni unsur ve maddi unsuru suçun unsurları olarak kabul eder. Kanuni unsur altında tipiklik, hukuka aykırılık ve cezalandırılabilirlik yer alırken, maddi unsur altında hareket, netice ve nedensellik bağı yer almıştır.

göre, tipiklik ve hukuka aykırılık unsuru, tamamen objektif niteliğiyle maddi unsurun içerisinde ele alınmaktadır. Kusur ise sübjektif niteliği ile failin fiili gerçekleştirdiği sırada içinde bulunduğu psikolojik durumu göstermektedir.³⁰¹ Buna göre maddi unsorda, iradenin dış dünyaya yansıyan hâli olarak hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağı incelenmektedir. Suçun sübjektif yapısını oluşturan manevi unsur altında ise kast, taksir ve ceza ehliyeti ele alınmaktadır.³⁰² Bu çalışmada ikili ayırım benimsenmiş ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu maddi ve manevi unsur başlıkları altında ele alınmıştır.

A. Maddi Unsur

Suçtan bahsedebilmesi için, dış dünyada değişiklik yapan icrai ya da ihmali bir hareketin yapılmış olması gerekir. Yalnızca hareketin varlığı yeterli değildir. Bu hareket ile ortaya çıkan bir sonuç ve hareketle sonuç arasında nedensellik bağı olmalıdır.³⁰³ Doktrinde illiyet bağı ya da sebebiyet alakası olarak ifade edilen bu üçüncü unsurla, suçun maddi unsuru tamamlanmış olacaktır.³⁰⁴ Hukuka aykırılık ise suçun özü, hatta kendisidir. Hukuka aykırı olmayan bir suçtan bahsetmek mümkün olmayacaktır.³⁰⁵ Hukuka aykırılık, fiilin bir niteliğini, hukuk düzeni ile arasındaki uyumsuzluğu ifade eder.³⁰⁶ Suç oluşturan bir fiilden bahsedilebilmesi için pozitif olarak bir hareketin, negatif olarak da hukuka uygunluk sebebinin olmaması gerekir.³⁰⁷ Bundan dolayı hukuka aykırılık, maddi unsur altında, fiille ³⁰⁸ birlikte ele alınmalıdır.³⁰⁹

KUNTER, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, s. 39 vd., KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 11 vd.

³⁰¹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 136, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 118-119.

³⁰² CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 203.

³⁰³ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 123-124, ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, , s. 9.

³⁰⁴ ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, , s. 9.

³⁰⁵ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 109.

³⁰⁶ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 118, ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 273.

³⁰⁷ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 273.

³⁰⁸ Fiil, ceza hukukunda hareket ve neticeyi birlikte anlatmak için kullanılan terimdir. KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 8.

³⁰⁹ Hukuka aykırılığın, tipiklik, maddi ya da manevi unsur dışında, bağımsız bir unsur olarak yer alması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür. Buna göre, hukuka uygunluk sebebinin, sadece ceza hukukunda değil, diğer hukuk dallarında yer alan düzenlemelerden de kaynaklanabileceği dikkate alınarak, hukuka aykırılığı ceza hukukunun sınırları içinde düşünmemek gerekir. Hukuka aykırılık tipiklik unsuru içinde ele alındığında, yalnızca bu alana ilişkin hukuka uygunluk sebepleri, fiili hukuka uygun hale

TCK m. 109’da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun maddi unsuru “*bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre bir kimsenin bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak iradesinin hukuka aykırı olarak engellenmesi suçun maddi unsurunu oluşturacaktır. Suçun maddi unsuru, eski kanunda “*gayri meşru surette bir kimseyi hürriyetinden yoksun bırakan kişinin*” cezalandırılacağı şeklinde düzenlenmişti. Bu hüküm, 5237 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında, yeni düzenleme ile maddi unsurun belirlilik ilkesine uygun hâle getirildiği düşünülebilir.³¹⁰ Ancak bir kimseyi hareket hürriyetinden yoksun bırakma, onun bir yere gitmesini ya da bir yerde kalmasını engellemeye göre çok daha geniş kapsamlıdır.³¹¹ Kişinin fiziki ortamda, hukuka aykırı olarak, hareket hürriyetini herhangi bir şekilde sınırlamak, kişi hürriyetinin ihlali anlamına gelecektir.³¹² Bununla birlikte ETCK döneminde, bu suçla korunan hukuki değer, bulunacağı yeri seçebilme, istediği yerde kalabilip istediği

getirebilecekken, bu alan dışında bir düzenleme ile izin verilen fiil, ceza hukuku anlamında suç olmaya devam edecektir. Aynı şekilde hukuka aykırılığın maddi unsur içinde değerlendirilmesi gerektiği görüşüne göre de, suç olarak öngörülen bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının ayrıca incelenmesine gerek yoktur. Maddi unsurdan bahsedebilmek için gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olması esastır. Bu görüş de eleştirilmektedir. Buna göre hukuka aykırılık gibi, suçun oluşması için kaçınılmaz nitelikte olan kusurluluk da, aynı şekilde maddi unsur içinde değerlendirilmelidir. Ayrıca tersten düşünüldüğünde, hukuka aykırılık olmadığında maddi unsurun da olmadığı söylenebilecektir. Ancak hukuka aykırılık olmasa da hareket, netice ve nedensellik bağının olduğu aşikârdır. Hukuka aykırılığı manevi unsur içinde değerlendiren görüş ise, kişinin iradi durumu incelenmeden, fiilin hukuka aykırı ya da uygun olduğuna karar verilemeyeceğini savunmaktadır. Buna göre isnat yeteneği olmayan bir kişinin gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiiller, kusurlu hareket etme yeteneği olmadığından hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyecektir. Bu fiillere karşı meşru müdafaa mümkün olmayıp, yalnızca zorunluluk haline dayanılarak müdahale edilebilecektir. Oysa fail kusurlu, ancak fiili hukuka uygun ya da fail kusursuz, ancak fiil hukuka aykırı olabilir. Ve kusursuz failin hukuka aykırı fiiline karşı meşru müdafaa söz konusudur. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 3-7. Hukuka aykırılık fiil ile hukuk düzeni arasında ortaya çıkan bir çatışma, bir ahenksizlik olup, (DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 6) bu çalışmada, maddi unsur içerisinde objektif niteliğiyle ele alınacaktır.

³¹⁰ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1184; ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 399; BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 878; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 1787. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2007, s. 260-261.

³¹¹ BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 878, HAFİZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2724, HAFİZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 176.

³¹² ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2724, HAFİZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 176.

yere gidebilme olarak yorumlanmış olması,³¹³ 5237 sayılı Kanun ile getirilen ifadenin hatalı olmadığını göstermektedir.³¹⁴

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için, mağdurun hareket hürriyetinin tamamen ya da kısmen kaldırılmış olması gerekir.³¹⁵ Suçun bir yere gitme ya da bir yerde kalma şeklinde işlenmiş olması, mağdurun kurtulma imkânı ve hareket hürriyetinin kısıtlandığı süre dikkate alınarak³¹⁶ sonuç unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilecektir. Sonuç gerçekleşmediyse, suçun özel görünüm şekillerinden teşebbüs hükümlerine göre değerlendirme yapılması gerekir.³¹⁷

Bir de tipikliği gerçekleştirilmesine rağmen cezalandırılmayan fiiller vardır. Ceza hukukunda önemsiz hareketler olarak değerlendirilen bu hareketler sonucu ortaya çıkan hak ihlali, cezalandırmayı gerektirecek ölçüde değildir. Bazı hareketlerin ise hukuka uygun olduklarına dair toplumsal kabul söz konusudur.³¹⁸ Bu nitelikte fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda kişinin cezalandırılması haklı görülmemektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hürriyeti tahdidin belli bir süre devam etmesi, onu önemsiz hareketlerden ayıracaktır. Bu kıstasın tek başına yeterli olduğunu söylemek de doğru olmaz. Kişinin, düğün konvoyundan para almak için, araçların önünü geçemeyecekleri şekilde kesmesi durumunda, hukuken önemli bir süre araçtaki kişilerin yola devam etme hakkı kısıtlanmış olmaktadır. Bununla birlikte, toplumsal algıda hukuka aykırı görülmeyen bir fiil söz konusudur. Yağma ya da hürriyeti tahdit suçundan bahsetmek doğru görünmemektedir.

³¹³ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu* s. 27. Ayrıca ETCK'nın mehzaz kanunu olan İtalyan Ceza Kanunu gerekçesinde bu hürriyet, bir yerden diğerine geçme hürriyeti olarak ifade edilmiştir. GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 27.

³¹⁴ ÜZÜLMEZ, "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", s. 1184; ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 399.

³¹⁵ EREM, Faruk, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, s. 1182.

³¹⁶ Mağdurun iradi hareket etmesini engelleyecek her davranışın kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu oluşturmayacağı mahkeme kararlarında da kabul edilmiştir. Bird v. Jones davasında, davacının halka açık otoyolun bir yönde kapatılması sebebiyle yoluna devam edememesini, hürriyeti tahdit suçu olarak kabul etmemiştir. Davacının diğer yöne gitme imkânı, suçun oluşmasını engellemektedir. DIAMOND, John L., MASDEN, M. Stiart, LEVINE, Lawrence C., *Understanding Torts*, NewYork, 1996, s. 15 (akt. DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 63). Bu kapsamda kişinin, istediği yere istediği konforda gitmesinin engellenmesi de hürriyeti tahdit suçunu oluşturmayacaktır. ÜZÜLMEZ, "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", s. 1190.

³¹⁷ "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur." **5237 s. TCK m. 35/1.**

³¹⁸ HAKERİ, Hakan, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", TBBD, S. 69, Y. 2007, s. 58 vd.

Suç oluşturan her fiil için aranan hukuka aykırılık vasfı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda açıkça ifade edilmiştir.³¹⁹ Söz konusu ifade bu suç için hukuka aykırılık bilincinin özel olarak aranması gerektiği görüşünün ileri sürülmesine neden olmuştur.³²⁰ Doktrinde aksi yönde görüşler de mevcuttur.³²¹

1. Hareket- Netice- Nedensellik Bağı

a. Hareket

Felsefe bilimi açısından hareket kavramı, insanın istek ve düşüncelerinden dışa yansıyan davranışlarına kadar geniş bir kapsamı içerirken ceza hukuku açısından hareket kavramının kapsamı daha sınırlıdır. Ceza hukuku insanın yalnızca dış dünyaya yansıyan davranışlarını hareket olarak kabul eder.³²² Buna göre kaynağını insandan alan, icrai ya da ihmali şekilde gerçekleşen ve dış dünyada bir değişiklik meydana getiren davranışlar hareket olarak nitelendirilecektir.³²³

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hareket, birini, hukuka aykırı olarak “bir yere gitmek” ya da “bir yerde kalmak” hürriyetinden yoksun bırakmak şeklinde ifade edilmiştir. Yoksun bırakmak ifadesiyle anlaşılması gereken, bir yere

³¹⁹ EREM, Faruk, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, s. 1183, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar*, s. 888, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 59.

³²⁰ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 216-217, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 56, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 21, DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 29-30, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 49, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 277.

³²¹ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 82.

³²² ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 35-36.

³²³ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 123-124, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 228-229, İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 238, 253. İÇEL suçun unsurlarını üçlü ayırma göre tasnif etmekte, tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk başlıkları altında incelemektedir. Eylem ve tipiklik başlıkları altında ele aldığı tipe uygun eylem, hareket, sonuç ve nedensellik bağı kavramlarından oluşmaktadır. Tipe uygun eylem ile hareket kavramının kapsamını, insandan kaynaklanması ve kanunda suç olarak öngörülmesi kıstaslarıyla sınırlandırmış olmaktadır. İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 237-239. KEYMAN da hareketi, “insanı dış dünya ile temasa geçiren ve doğacı anlamda sosyolojik ve psikolojik gerçekliği olan, hukuki varlık veya çıkarları ihlal edici etkiler yaratan her türlü harici insan davranışdır” şeklinde tanımlayarak, kavramı daha dar kapsamda ele almıştır. KEYMAN, Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *AÜHFD*, S. 40, 1-4, Y. 1988, s. 153.

gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinin sınırlandırılması, yer değiştirme veya hareket etme olanağının tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılmasıdır.³²⁴

Herhangi bir şekilde kişinin bulunduğu yerden ayrılmasına engel olmak suçun ilk görünüm şeklidir. Kişinin yer değiştirmesini önlemeye yönelik hareketlerle gerçekleştirilir. Mutlaka mağdurun bir yere kapatılmış olmasına gerek yoktur. Tutmak, bir yere bağlamak veya zincirlemek suretiyle, yurtdışına çıkmak üzere olan kişinin pasaportunun çalınması, hileli davranışlarla bir yere gitmesine engel olunması suretiyle, tekerlekli sandalye olmadan hareket edemeyen kimsenin tekerlekli sandalyesini almak suretiyle suç işlenebilir.³²⁵ Bir sebeple özgürlüğü sınırlandırılmış olan mağdur ikinci bir sınırlandırmaya maruz kaldığında da bu suç oluşacaktır. Cezaevi ya da hastanede bulunan bir hükümlü ya da hastanın bulunduğu yerde ipe bağlanması hürriyeti tahdit suçudur. İtalyan Temyiz Mahkemesi 25.04.1975'te bir grup hükümlünün kaçarken diğer bir grup hükümlüyü ceza evinin kilisesine kapatmasını hürriyetten yoksun bırakma olarak kabul etmiştir.³²⁶

Suç kişinin bir yerde kalmasını engellemek şeklinde de işlenebilir. Fail mağduru iradesine aykırı olarak bulunduğu yerden ayrılmaya zorlamaktadır. Kamunun kullanımına açık bir yerde bulunan mağdurun dışarı çıkmaya zorlanması bu suçu oluşturur. Ancak mağdurun bulunduğu yerde kalma iradesi meşru olmalıdır.³²⁷ Yargıtay 2007 tarihinde bu konuda farklı bir karar vermiştir. Karar “*Sanığın yakınının yanına giderek yakından kendisini mobiletle gezdirmesini istemesi, yakınının kabul etmemesi üzerine bıçak çekerek ‘beni mobiletinle gezdir yoksa mobiletinin lastiklerini keserim, mobiletine zarar veririm’ diye söyleyerek yakınının kendisini mobiletle fuar içinde gezdirmesini sağlamak biçimindeki eyleminin, yakınının sanığın hakimiyet alanına girmemesi, umuma açık yerde üstü açık mobiletle gezdirmesi nedeniyle tehdit suçunu oluşturur.*” şeklindedir.³²⁸ Oysa hürriyeti tahdit suçu için mağdurun kapalı bir alanda özgürlüğünden yoksun kılınması zorunlu değildir.

³²⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012, Güncellenmiş 9. Baskı, s. 401, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1189-1190.

³²⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 345.

³²⁶ SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 200.

³²⁷ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 719.

³²⁸ Y. 4. CD., 6.2.2007, E. 2006/8912, K. 2007/1212, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2006-8912.htm&kw=2006/8912#fm>, Erişim Tarihi: 7.1.2016.

i. Seçimlik Hareketli Bir Suç Olması

5237 sayılı TCK'da, bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmak şeklinde düzenlenmiş olması göz önünde bulundurularak, kişinin bir yere kapatılması, götürülmesi ya da bir yere gitmesinin engellenmesi gibi³²⁹ farklı şekillerde işlenebilen bu suçun, seçimlik hareketli suç olduğu ileri sürülmüştür.³³⁰ Seçimlik hareketli suç, hareket sayısı bakımından suçların tasnif edilmesindeki alt başlıklardan birini oluşturmakta,³³¹ kanuni tarifinde alternatif hareketlerin yer aldığı ve bununla birlikte bunlardan sadece birinin yapılması durumunda dahi suçun oluştuğunun kabul edildiği suçları ifade etmektedir.³³²

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, kişinin bir yere gitmesinin ya da bir yerde kalma hürriyetinin sınırlandırılması suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bunun yakalama, kaçırma, alıkoyma ya da hapsedme şeklinde yapılacağı ifade edilmemiştir. Suçun maddi unsuru bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinin sınırlandırılması şeklinde somutlaştırılmış,³³³ ancak hangi hareketlerle suçun işleneceğine yer verilmemiştir. Buna dayanarak hürriyeti tahdidin seçimlik hareketli bir suç olmadığı düşünülebilir.³³⁴ Bu aşamada bağlı hareketli suç ile seçimlik hareketli suç kavramları arasındaki ayırım önem kazanmaktadır. Bağlı hareketli suç kavramı,

³²⁹ PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1789, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 239.

³³⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 342, ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, s. 439, ÜZÜLMEZ, "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", s. 1190, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s.718.

³³¹ ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, 2011, s. 180. Hareket sayısına göre suçlar tek hareketli, seçimlik hareketli ve birden fazla hareketli suçlar olarak üçe ayrılmaktadır. ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 180. Bu görüşten farklı olarak hareket ve hareketin tipte düzenleniş şekline göre yapılan ayırmada tek hareketli, birden fazla hareketli, seçimlik hareketli ve itiyadi suçlardan bahsedilmektedir. DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221 vd, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 360 vd. Tek hareketli suçlarda sonuca ulaşmada tek bir hareketin gerçekleştirilmesi gerekirken, birden fazla hareketli suçlarda sonucu meydana getirecek birden fazla hareketin olması gerekir. Burada, seçimlik hareketli suçlardan farklı olarak, bütün hareketlerin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için zorunludur. Özel belgede sahtecilik suçu, hem sahte olarak özel belgenin hazırlanmasını hem de kullanılmasını gerektirmesi anlamında birden fazla hareketli suçlara örnektir. ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 180, ÖZBEK, V. Özer, KANBUR, M. Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 2. Baskı, 2011, s. 207-208, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 159, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 210- 211.

³³² CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 252, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 180, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 159, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 210- 211, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 361.

³³³ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 260.

³³⁴ ÖZGÜVEN, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", s. 46.

suç oluşturan hareketin ne şekilde işleneceğinin kanunda gösterildiği suçlara denmektedir.³³⁵ Bağlı hareketli suçlar, suçun kanuni tanımında hareketin niteliğinin belirlendiği suçlardır. Belirtilmelidir ki her ikisinde de suç hareketlerinin nitelendirilmesi söz konusu olduğundan,³³⁶ seçimlik hareketli suçların aynı zamanda bağlı hareketli suç olduğu ileri sürülmüştür.³³⁷ Bununla birlikte kanunda yer alan seçimlik hareketlerin, bağlı hareketli suçlarda olduğu gibi ayrıntılarıyla nitelendirilmesinin gerekmediği kabul edildiğinde, her seçimlik hareketli suçun bağlı hareketli suç olmadığı da kabul edilmiş olacaktır.

TCK m. 84'te *“başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi”* intihara yönlendirme suçunun faili olarak geçmektedir. Birden çok seçimlik hareket kanunda yer almakta; ancak bu seçimlik hareketler herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilmektedir.³³⁸ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da suç, kişinin bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinin sınırlandırılması ile işlenmekte ve bu sınırlandırma herhangi bir şekilde yapılabilmektedir. Hürriyetin sınırlandırılmasına ilişkin olarak iki seçimlik hareketin öngörülmesi, suçun seçimlik hareketli olması sonucunu doğurmakta, aynı zamanda bağlı hareketli suç kadar ayrıntılı bir nitelendirme söz konusu olmadığından bağlı hareketli suç olarak da nitelendirilmemesini sağlamaktadır.

ii. Serbest Hareketli Suç Olması

Serbest hareketli suç, kanuni tanımında suçu oluşturan hareketin şekline ya da suçun hangi vasıtalarla gerçekleştirileceğine yer verilmeyen suç tiplerini ifade etmektedir.³³⁹ Kanun koyucu burada, hareketle kanunda yer alan sonuç arasında

³³⁵ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 161, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 209, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 172, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 158, ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 42.

³³⁶ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 254-256.

³³⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 159.

³³⁸ Saymadığımız birçok suç gibi kasten yaralama, soykırım, insanlığa karşı suçlar da seçimlik hareketli suçlardır. Ancak bağlı hareketli suç niteliğinde değildir. Söz konusu suçların çok farklı hareketlerle işlenmesi mümkündür.

³³⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 158, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 209,

nedensel bir bağ olmasını yeterli görmekte, suç fiilini ayrıca nitelendirmemektedir.³⁴⁰ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da “*bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak*” ifadesine yer verilmiş ve bu hareketlerin herhangi bir şekilde gerçekleştirilmesi ile hürriyetin sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla hürriyeti tahdit suçunun serbest hareketli suç olduğu söylenebilir.³⁴¹ Aksi görüş olarak hürriyeti tahdidin bağlı hareketli suç olduğu ileri sürülmüştür.³⁴² 765 sayılı TCK’da suçun maddi unsuru, “*gayrimeşru suretle kişi hürriyetinden mahrum ederse*” şeklinde ifade edilmişti. Herhangi bir hareket şekline yer vermeksizin, hareketin, neticeyi ortaya çıkarmaya elverişli olması, yani hareketle netice arasında nedensellik bağının kurulması suçun oluşması için yeterli görülmüştü. Dolayısıyla ETCK m. 179’un serbest hareketli suç olması³⁴³ konusunda bir tartışma söz konusu değildi. Ancak 5237 sayılı TCK düzenlemesinde “*bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan*” ifadesine yer verilmesi bu konuda tartışmalara sebep olmuştur. Genel olarak kabul gören ve bizim de katıldığımız görüş hürriyeti tahdit suçunun serbest hareketli suç olduğu görüşüdür.

iii. İcrai ya da İhmali Hareketle İşlenebilmesi

Hürriyeti tahdit suçunun icrai ya da ihmali hareketle işlenmesi mümkündür.³⁴⁴ İcrai hareket, kanuni olarak yasaklanan bir durumun, olumlu bir hareketle gerçekleştirilmesi, icraya konulması anlamına gelir.³⁴⁵ Hareket “*kanunun suç saydığı*

³⁴⁰ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 256, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 130, ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 43.

³⁴¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 257, MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 435, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 844, YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3616, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 344, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 718.

³⁴² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 342. Hürriyeti tahdit suçunun bağlı hareketli suç niteliği taşıdığına ilişkin yazarların görüşü değişmiş olup, 6. baskıdan (2008) itibaren serbest hareketli suç niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 401.

³⁴³ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 38, DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 14, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 60.

³⁴⁴ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 718, TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 83, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 60, MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1025, HAFİZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 176, SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 199, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 240, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1789, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 844, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 262, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 884-885.

³⁴⁵ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 252.

neticeye sebep olan eylem” olarak kabul edildiğinde,³⁴⁶ kanunun yapmamayı emrettiği hareketin gerçekleştirilmesi icrai hareket olacaktır. Bu durumunun tersinden yola çıkarak kanunun yapmayı emrettiği hareketin yapılmaması da ihmali hareket olarak nitelendirilecektir.³⁴⁷ Saf ihmali suçlar da denen bu suçların dışında, aslında icrai nitelikte olmakla beraber ihmali hareketle de işlenebilen suçlar söz konusudur. Bunlar ihmal sureti ile icrai suçlar olarak adlandırılmaktadır. Buna 5237 sayılı TCK m. 83 ve 88 düzenlemelerinde kasten öldürme ve kasten yaralama suçları için asıl hareket icrai nitelikte olmakla birlikte, ilgili maddelerde yer aldığı gibi bu suçların ihmali hareketle de işlenmeleri mümkündür.³⁴⁸ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ise hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilmesine rağmen, kanunda ihmali hareketle işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Bu durumda hürriyeti tahdit suçu ihmali hareketle işlendiğinde, cezalandırılabilip cezalandırılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

5237 sayılı TCK’da ihmali hareketin icrai harekete eş değer kabul edildiği üç suç tipine yer verilmiştir.³⁴⁹ Ayrıca saf ihmali suçlar ve hem icrai hem de ihmali şekilde işlenebilecek suçlar düzenlenmiştir.³⁵⁰ Bunlar dışında kalan suçların ihmali hareketle işlenmesi hâlinde nasıl cezalandırılacağına dair bir hüküm yer almamıştır.³⁵¹ TCK’dan farklı olarak Alman Ceza Kanunu’nun 13. maddesinde, bir genel hüküm olarak, ihmali hareketin tüm suçlar bakımından icrai harekete eş değer olmasının şartlarına yer verilmiştir.³⁵² Aynı şekilde Portekiz, Avusturya, İspanya Ceza Kanunlarında da ihmali hareketle icrai suçların işlenebileceğine dair hükümler söz konusudur.³⁵³ TCK’da da böyle bir düzenlemenin benimsenmesi hâlinde hem ihmal suretiyle işlenen icrai suçlar cezasız kalmayacak,³⁵⁴ hem de getirilen genel hükümle

³⁴⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 360.

³⁴⁷ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 212, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 130-131.

³⁴⁸ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 173-175, İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 252-254, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 212-213,

³⁴⁹ TCK m. 83 kasten öldürme, m. 88 kasten yaralama ve m. 94/5 işkence ihmal suretiyle icra şeklinde işlenebilen suçlardır. ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 179.

³⁵⁰ TCK 175, 251, 279 ve 324. maddelerde saf ihmali suçlar, 177 ve 257 maddelerde hem ihmal hem de icrai şekilde işlenebilen suçlar yer almıştır. ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 48.

³⁵¹ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 178, İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 254,

³⁵² İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 50 numaralı dipnot, s. 254, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 214.

³⁵³ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 50 numaralı dipnot, s. 254.

³⁵⁴ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 254.

bu suçların sınırları çizilmiş olacaktır. Burada önemli olan suçun icrai ya da ihmali hareketle işlenmesi değil, hareketin kanunda suç olarak öngörülen neticeyi meydana getirmesidir. Dahası bu şekilde ihmal sureti ile icrai suçlarda ceza sorumluluğu sınırlandırılmış olacaktır.³⁵⁵

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali şekilde işlenmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmış ve bugünkü kanuni düzenlemeler kapsamında, hürriyeti tahdit suçunun ihmal suretiyle işlenmesi durumunda cezalandırılmayacağı sonucuna varılmıştır.³⁵⁶ Diğer görüş ise neticeyi ortaya çıkaran her türlü hareketin cezalandırılabileceği, kasten öldürme, yaralama ve işkencede yer alan düzenlemenin tahdidi kabul edilmemesi gerektiği şeklindedir. Önemleri nedeniyle bu üç suçun ihmali hareketle de işlenebileceği, bunlara ilişkin hükümlerde açıkça belirtilmiştir. Ancak bu durum diğer suçların ihmali hareketle işlenemeyeceğini göstermez.³⁵⁷ Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali hareketle de işlenmesi ve cezalandırılması mümkündür.³⁵⁸

Kişinin, yanlışlıkla kapıyı üzerine kilitlediği kimseyi, durumun farkına varmasına rağmen, kilidi açmayarak içerde bırakması,³⁵⁹ cezaevindeki kimsenin çıkması gerekirken salıverilmemesi gibi durumlarda,³⁶⁰ hürriyeti tahdit suçunun ihmali hareketle işlenmesi söz konusudur. Fiil hukuka aykırıdır³⁶¹ ve failin suç işleme konusundaki iradesi, suçu ihmali hareketle işlemesindeki iradesinden daha az kötü

³⁵⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 360.

³⁵⁶ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1191, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 402, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 388, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 718.

³⁵⁷ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 46.

³⁵⁸ MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1025, ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 46, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 60, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 262, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 844, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 878, TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 83, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN ihmal suretiyle hürriyeti tahdit suçunun işlenmesi örneği olarak, düşmanlarının evinin önünde karakol kurduğu kişinin, iradi olarak evine girememesi ya da evinden çıkamamasını vermektedir. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2725. Bununla birlikte söz konusu örnekte, düşmanlarının icrai nitelikte bir hareketi olduğu gözetilerek, olayın faillerin orada bulunma amaçlarına göre tekrar değerlendirilmesi gerekir. EREM, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 183. EREM ihmal suretiyle hürriyeti tahdit suçunun işlenmesinin, başlangıçta meşru olan hürriyetinden yoksun kılma durumunun, daha sonra hukuka aykırı hale gelmesi ve bunun devam ettirilmesi ile mümkün olduğunu ifade etmiştir. EREM’e göre bu durumda failin sorumlu olması için, sonradan oluşan kast aranmalıdır. EREM, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 183. Başlangıçta mağdurun hürriyetinin kısıtlanması sonucunun, failin hatalı bir hareketi sonucu meydana gelmesi ihtimali de gözden kaçmamalıdır. Bu durumda da failin hukuka aykırı bir hareketi vardır, ancak suç işleme iradesi yoktur. Dolayısıyla suç oluşmaz.

³⁵⁹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 262.

³⁶⁰ YAŞAR, GÖKCEN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3616-3617.

³⁶¹ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 41.

değildir. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, failin cezalandırılması gerektiği fark edilecektir. Ayrıca yalnızca bazı suç tiplerinde, suçun ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olduğuna yer verilmesi, diğer suçlar için sınırlandırma niteliğinde görülmemelidir.

iv. Neticesi Harekete Bitişik Suç Olması

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, hareketin gerçekleştirilmesi, suçun tamamlanması için yeterlidir. Hürriyetin sınırlandırılması dışında, ayrıca bir sonucun gerçekleşmesi aranmaz.³⁶² Ceza hukukunda sırf hareket suçları ve netice suçları ayrımı yapılmıştır.³⁶³ Buna göre hareketin ya da ihmalin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanıyorsa sırf hareket suçundan, suçun tamamlanması için ayrıca belirli bir neticenin gerçekleşmesi gerekiyorsa netice suçundan bahsedilmektedir.³⁶⁴ Netice suçlarında, hareketten ayrılabilen bir değişikliğin meydana gelmesi söz konusudur.³⁶⁵

Neticenin, suçun zorunlu unsurlardan biri olduğu ve netice olmaksızın bir suçtan bahsedilemeyeceği gerçeği dikkate alındığında, sırf hareket suçu ve netice suçu ayrımı doğru görünmemektedir. Aslında her hareketin bir neticesi vardır.³⁶⁶ Sadece bu neticelerden bazıları, kanunda, hareketten ayrı olarak belirtilmiştir. Bu tip suçlara neticeleri kanunlarda gösterilen suçlar ya da maddi suçlar denilmektedir. Kanunda hareketten ayrı olarak herhangi bir neticeye yer verilmeyen, neticenin hareketle bitişik olarak gerçekleştiği suçlara ise neticeleri kanunda gösterilmeyen suçlar ya da şekli suçlar denilmektedir.³⁶⁷ Bu suçlarda netice harekete bitişik olup, hareketten ayrılmamaktadır. Hareketin içinde olan bir netice vardır ve hareketin yapılmasıyla

³⁶² ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 264, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1191.

³⁶³ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 181. Şekli suç-maddi suç ya da neticesiz- neticeli suç kavramları da kullanılmaktadır. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 370. TOROSLU ise sırf davranış suçları ve sonuç suçları kavramlarını tercih etmiştir. TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 135-136. Neticesi harekete bitişik suçlar ve neticesi hareketten ayrılabilen suçlar kavramları da bu ayrımı ifade etmek için kullanılmaktadır. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 254.

³⁶⁴ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 135-136, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 181, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 163-164.

³⁶⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 164.

³⁶⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 370,

³⁶⁷ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 370.

gerçekleşmektedir.³⁶⁸ Bu ayırım suçun işlendiği yer ve zamanın tespiti, teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmaması bakımından önem arz eder.³⁶⁹

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu neticesi harekete bitişik suçtur. Kanunda “*bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan*” ifadesi ile suç oluşturan hareket ve neticeye yer verilmiş, ancak netice hareketle aynı anda gerçekleşmiştir. Kişinin bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuracak her türlü hareketin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır. Ayrıca başka neticelerin ortaya çıkması hâlinde, cezanın ağırlaştırılacağı da düzenlenmiştir. Hükmün 3. fıkrasının 4 ve 6. bentlerinde bu suçun mağdurun ekonomik olarak önemli bir kayba uğramasına ya da kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin ortaya çıkmasına neden olması hâlinde failin cezasının arttırılacağı öngörülmüştür.

v. Zarar Suçu Olması

Hareketin yöneldiği konunun, hareketten etkilenme şekli ve derecesine göre suçlar zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.³⁷⁰ Suç fiilinin özünü oluşturan hukuki ihlali, suçla korunan menfaatin ihlalini esas alan bu ayırmada, hareketin doğrudan sonuçları değerlendirilerek bir sonuca varılacaktır.³⁷¹ Suçun oluşmasında hukuken korunan menfaatin zarar görmesinin arandığı suçlara zarar suçu, sadece zarar tehlikesinin doğmasının yeterli olduğu suçlara ise tehlike suçu denilmektedir.³⁷² Zarar suçlarında geniş anlamda bir neticenin varlığı aranırken, tehlike suçlarında, korunan değere henüz zarar vermemiş, ancak korunan değere ilişkin zarar ihtimali yaratmış bir hareket aranmaktadır.³⁷³ Kasten öldürme (TCK m. 82), kasten yaralama (TCK m. 86), mala zarar verme (TCK m. 151) suçları zarar suçu

³⁶⁸ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 222, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 254.

³⁶⁹ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 211, İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 258.

³⁷⁰ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 211.

³⁷¹ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 136, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 211.

³⁷² CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 255, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 226, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 211-212, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 183, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 136.

³⁷³ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 226.

niteliğindedir.³⁷⁴ Suçun tamamlanmış olmasından bahsedebilmek için, maddi unsorda öngörülen ölüm, yaralanma ve malvarlığının zarar görmesi sonucunun gerçekleşmesi gerekmektedir.

Tehlike suçları soyut ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçunda gerçek bir zarar tehlikesi suçun oluşmasında zorunlu iken, soyut tehlike suçunda hareketin yapılması yeterli görülmekte olup, herhangi bir tehlikenin gerçekleşmesi aranmamaktadır.³⁷⁵

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, zarar suçu niteliğindedir. Bu suçta, mağdurun hareket hürriyetinin sınırlandırılması ile suç tamamlanacaktır. Hareket hürriyetinin sınırlandırılması tehlikesi söz konusu olduğunda ise, suç tamamlanmamış olduğundan, teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Korunan hukuki menfaatin tehlike altında olması, suçun tamamlanması için yeterli değildir.³⁷⁶ Bununla birlikte bu ayırım yapılırken, gayri maddi varlıkların korunan değer olduğu suçlarda, zarar ve tehlikenin birbirinden ayrılmasındaki güçlük dikkate alınarak, bu ayırımın güvenilir bir şekilde uygulanamayabileceği ileri sürülmüştür.³⁷⁷ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, ihlal edilen değer, hareket hürriyetidir. Hareket hürriyetinin tehlike altında olması ile zarar görmesi yani hürriyetin sınırlandırılmış olması arasındaki ayırımı yapmak güçtür. Sarhoş ya da baygın durumda bulunan kişinin, kendisi fark etmeden, kaçırılması, bir yere kapatılması ve fark etmeden geri getirilmesi durumunda, hareket hürriyetinin sınırlandırılmış olup olmayacağı veya sadece tehlike altında mı olacağı tartışılması gereken birer mesele oluşturmaktadır. Potansiyel hareket hürriyetini suçta korunan değer olarak kabul etmeyen görüşe göre, kişinin hürriyetinin sınırlandırıldığını fark etmemesi hâlinde, suç oluşmayacaktır. Ancak hareket hürriyeti tehlike altına girdiğinden (kişinin her an uyanması ve hürriyetinin sınırlandırıldığının farkına varması ihtimali gibi), fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır. Aktüel hareket hürriyeti yanında potansiyel hareket hürriyetinin de korunduğu görüşüne göre ise, korunan değer zaten

³⁷⁴ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 183.

³⁷⁵ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 226, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 256-257, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 183-184, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 212-213, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 136-137.

³⁷⁶ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 50,

³⁷⁷ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 136.

ihlal edilmiş olduğundan suç tamamlanmıştır.³⁷⁸ Korunan değerin gayri maddi olduğu suçlarda, zarar ve tehlikeyi birbirinden ayırmak oldukça zor olacaktır.

vi. Doğrudan ya da Dolaylı Hareketlerle İşlenebilmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetini sınırlandıracak her türlü hareketle işlenebilir. Bir kişiyi tutmak, gerçek olmayan bir haberle bir yere gitmesine ya da bulunduğu yerde kalmasına engel olmak,³⁷⁹ el ve ayaklarını bağlayarak bırakmak ya da narkoz veya hipnotizma ile bayıltmak,³⁸⁰ mağduru tehdit ederek³⁸¹ bulunduğu yerden ayrılmasına engel olmak, denizde bulunan çıplak kişinin kıyafetlerini alarak, oradan ayrılmasını sağlamak³⁸² şekillerinde işlenmesi mümkündür. Örneklerde olduğu gibi tehdit, cebir ve hile hürriyeti tahdit suçunun işlenmesinde araç olarak kullanılabilir. TCK m. 109/2’de hürriyeti tahdit suçunu işlemek için ya da işlediği sırada failin cebir, tehdit ve hile kullanması, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Buna göre suçun temel hâlinde bu araçlara başvurulması zorunlu değildir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu daha önceki örneklerde olduğu gibi doğrudan hareketlerle işlenebilir. Burada hukuken korunan değerin ihlali, doğrudan failin hareketi ile ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte suçun dolaylı faillik suretiyle de işlenmesi mümkündür.³⁸³ Dolaylı hareketlerle işlenmesinde fail, hareket hürriyetinin kısıtlanmasını sağlayacak süreci kendisi başlatmakta, ancak suça iştirak durumunda olmayan üçüncü kişilerin faaliyetleri sonucu, hürriyetin kısıtlanması söz konusu olmaktadır. Sahte rapor düzenlenerek, akıl hastası olmayan kişinin, akıl hastanesine yatırılmasının³⁸⁴ ya da sahte bir yakalama veya tutuklama emri ile kişinin

³⁷⁸ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1187-1189.

³⁷⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 401, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 40.

³⁸⁰ CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 55, EREM, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 183.

³⁸¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 401, EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 170.

³⁸² EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 183, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 55.

³⁸³ DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 60, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 40, YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3616, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 844,

³⁸⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 401, EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 170, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 56.

nezarethane, cezaevi gibi yerlerde kalmasının sağlanması buna örnek verilebilir.³⁸⁵ Sağlık mesleği mensuplarının sahte belge düzenlemesi durumunda ise cezai sorumlulukları TCK m. 210/2’de ayrıca belirtilmiştir. Doktor, diş doktoru, eczacı ve diğer sağlık mesleği mensuplarının sahte belge düzenlemesi durumunda cezaları ağırlaştırılmakla birlikte, bu belge sonucunda kamunun ya da kişinin bir zarar görmesi hâlinde, bu kişiler resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılmaktadırlar. ETCK m. 354/2’de sağlık mesleği mensuplarının düzenlediği sahte belge sonucu kişinin, “*tımarhaneye kabul ve orada ikamete mecbur*” edilmesi durumunda verilecek cezanın ağırlaştırılacağı ifade edilmiştir.³⁸⁶

Yalan tanıklık suçunda mağdurun gözaltına alınması, tutuklanması, müebbet ya da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmesi veya cezanın infazına başlanması hâlinde, aslında dolaylı hareketle işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu söz konusudur. Bununla birlikte kanun koyucu, bazı durumlarda, cezanın ağırlaştırılacağını söylerken, bazı durumlarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkûmiyete karar verileceğini ifade etmiştir.³⁸⁷ İftira suçunda da benzer bir düzenleme söz konusudur. Yalan tanıklık suçunda olduğu gibi, iftira sonucunda, mağdur hakkında verilen ağırlaştırılmış müebbet hapis ya da müebbet hapis cezasının

³⁸⁵ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 40, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 56.

³⁸⁶ ETCK m. 354 düzenlemesi belgede sahtecilik suçuna göre daha ayrıntılı düzenlenmişti. Sahte raporla, hasta olmayan bir kişinin, akıl hastanesine sevk edilmesi ve orada tutulması suç olarak düzenlenmişken, TCK m. 210/2’de haksız bir menfaat, kamunun ya da kişinin zararı gibi sonuçların ortaya çıkması nitelikli hal olarak görülmüştür. Buna göre ETCK m. 354/2 hükmünün TCK m. 210/2 kapsamında değerlendirileceği söylenebilir. Ancak ETCK m. 354/2’ye göre suçun oluşması için sahte belgenin düzenlenmesi yanında, hastanın sağlık kuruluşuna sevk edilmesi de gerekmekteydi. Sağlık mesleği mensubunun sahte belgeyi düzenlemesi nitelikli halin uygulanması için yeterli değildi. ERMİŞ, Münip, Yeni TCK ve CMK Hükümleri Işığında Hekimlik Uygulamaları ve Suç Türleri, http://www.turkhukusitesi.com/makale_957.htm, Erişim Tarihi:12.01. 2016.

³⁸⁷ Yalan tanıklık TCK m. 272 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre yalan tanıklık, “*hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık*” yapmaktır. Hükmün devamında yalan tanıklık sonucunda, hakkında tanıklık yapılan kişinin, gözaltı, tutuklama gibi tedbirlerle karşı karşıya kalması halinde, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da hüküm kurulacağı düzenlenmiştir. 5. fıkra “*yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur*” şeklindedir.// Hükmün 6 ve 7. fıkralarında ise, yalan tanıklık sonucunda, mağdur hakkında müebbet ya da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunması veya cezanın infazına başlanması halinde, verilecek cezanın ağırlaştırılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, mağdur hakkında verilen, müebbet hapis ya da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazına başlansa dahi, hürriyeti tahdit suçundan ayrıca mahkûmiyet söz konusu olmayacaktır. Ancak mağdur hakkında verilen cezanın infazına başlanması ile kişi hürriyetinin sınırlandırıldığı açıktır. Cezanın infazına başlanmış olunması durumunda da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrıca hüküm kurulması gerekmektedir. İÇER, Zafer, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF – HAD)*, C. 18, S. 1, S. 179-226, Y. 2012, s. 207-208.

infazına başlanırsa, yalnızca faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır.³⁸⁸ Fail, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacaktır. Mağdurun hürriyeti kısıtlanmasına rağmen, failin, dolaylı fail sıfatıyla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacak olması doktrinde eleştirilmiştir.³⁸⁹ Ancak bu suçlarla birlikte hürriyeti tahdit suçundan hüküm kurulmasını, tek fiile, iki ayrı ceza vermek anlamına geldiğini savunan karşıt görüşe göre ise, burada dolaylı faillik kavramının kullanımı hatalıdır.³⁹⁰ Dolaylı faillik, failin, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi ya da onun hareketleri üzerinde üstün hâkimiyet kurması anlamına gelmektedir³⁹¹ ve küçüğün ya da akıl hastasının suçta araç gibi kullanılması durumunda söz konusu olur. Yalan tanıklık ve iftira suçlarında böyle bir durumdan bahsedilemez.³⁹² Kanaatimizce dolaylı faillik için, failin mağdur üzerinde fiili olarak hâkimiyet kurmasını ya da üstün olmasını aramak doğru değildir. Farklı araçlar kullanarak da bir kimsenin, bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması mümkündür. Yalan tanıklık ve iftira suçlarının işlenmesi ile mağdurun hürriyetinin kısıtlanması söz konusu ise yargılama sürecinde yer alan görevliler, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmıştır. Ayrıca kanun koyucu, yalan tanıklık ve iftira suçlarında, mağdur hakkında ağırlaştırılmış müebbet ya da müebbet hapis cezasının infazına başlanması durumunda cezanın ağırlaştırılacağını öngörerek bir seçim yapmıştır. Faili ikinci bir suç olarak hürriyeti tahditten cezalandırmak yerine, bu suçlarda nitelikli hal için öngörülen otuz yıla kadar hapis cezasının, yarısına kadar arttırılabileceğini kabul etmiştir.

³⁸⁸ İftira suçunun işlenmesi sonucunda, mağdurun gözüaltına alınması ya da tutuklanması söz konusu olursa, fail, dolaylı fail sıfatıyla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkûm olacaktır. Hükümün devamında, mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti ve cezanın infazına başlanması halinde verilecek ceza ağırlaştırılacağı düzenlenmiştir. Yani iftira sonucunda verilen cezanın infazına başlanması durumunda, ayrıca hürriyeti tahdit suçundan hüküm kurulmayacaktır. Ancak burada da mağdurun hareket hürriyetinin gözüaltı ve tutuklama hallerinde olduğu gibi kısıtlandığı göz önünde bulundurularak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkûmiyete karar verilmelidir.

³⁸⁹ ZAFER, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, s. 207 vd.

³⁹⁰ SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 552.

³⁹¹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 470, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 471-472. Yeni TCK’ya ilişkin Hükümet Tasarısı m. 41’de “dolayısıyla faillik” kavramına yer verilmiş olup, kavramın kapsamı oldukça daraltılmıştır. Suç olarak öngörülen hareketleri gerçekleştiren kişinin isnat yeteneğine sahip olmaması ya da kişisel nedenlerle cezai sorumluluğunun olmaması gerekir ki, dolayısıyla faillik söz konusu olabilsin. Şahsi cezasızlık sebeplerinden birinin olması, failin, suçun hareketlerini gerçekleştiren kişi üzerinde hakimiyet kurduğunu göstermeyeceği gibi, bu kapsamda her şekilde suç işlenmesini mümkün kıldığından, dolayısıyla faillik kavramını muğlaklaştırmıştır. Söz konusu ifade TBMM Adalet Komisyonunda değiştirilmiştir. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 470, dipnot 980.

³⁹² YILDIRIM, Akif, “İftira Suçu”, TBB Dergisi, S. 69, Y. 2007, S. 177-210, s. 205.

b. Netice

Failin hareketi ile dış dünyada meydana gelen değişikliğe netice denmektedir. Kanun koyucu harekete nedensellik bağı ile bağlı olan neticelerle ilgilenmektedir. Ancak bu tek başına yeterli değildir. Neticenin aynı zamanda kanunda yasaklanmış olması gerekmektedir.³⁹³ Bununla birlikte hukuken dikkate alınacak neticenin ne olduğu konusunda yazarlar arasında görüş birliği sağlanamamıştır. Bazıları neticeyi hareketin doğurduğu zarar şeklinde kabul ederken³⁹⁴ bazıları tehlikeyi de netice olarak kabul etmektedir.³⁹⁵ Bazıları ise buna ek olarak neticenin hukuken korunan bir menfaatin ihlali niteliğinde olması gerektiğini savunmaktadır.³⁹⁶ Biz de neticeyi kanuni tanımda yer alan değişiklik olarak tanımlayan görüşü benimsemekte, zarar ya da tehlike şeklinde olabileceğini³⁹⁷ kabul etmekteyiz.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda netice, mağdurun hareket hürriyetinin sınırlandırılmasıdır. Bir yere gitmesinin ya da bir yerde kalmasının engellenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Suçun mütemadi suç niteliği sebebiyle hürriyetin kısıtlanma süresi hürriyeti tahdit suçunda önem arz etmektedir. Ayrıca mağdurun hürriyetinin kısmen sınırlandırılması ve kaçma imkânını kullanmaması durumlarında da neticenin tartışılması gerekmektedir.

i. Mağdurun Hürriyetinin Sınırlandırılma Süresi ve Suça Etkisi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, hürriyeti tahdit süresinin uzun ya da kısa olmasının, suça bir etkisi yoktur. Bununla birlikte anlık, çok kısa süreli bir ihlal de hürriyeti tahdit suçunu oluşturmayacaktır. Yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mütemadi suç niteliğindedir ve hürriyetten yoksun kalmanın, hukuken önemli kabul edilebilecek bir süre devam etmesi gerekir.³⁹⁸ Bu süre konusunda mutlak bir

³⁹³ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 222.

³⁹⁴ Carnelitti, *Teoria*, s. 230 (akt. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 369).

³⁹⁵ Rocco, s. 321 (akt. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 369).

³⁹⁶ Battaglini, s. 171, Pannain, s. 229- 230 (akt. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 369).

³⁹⁷ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 370, 461, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 201, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 253.

³⁹⁸ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 718, SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 200, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 239-240, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 176, MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 435, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1789, GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1481, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 403, ARTUK,

belirleme yapılması mümkün değildir. Bununla birlikte hem fail hem de mağdur açısından hürriyeti tahdit süresinin hukuken değerlendirilmesi önemlidir. Suçun oluşması ve cezanın takdiri bakımından bu süreyi değerlendirecek olan hâkimdir.³⁹⁹

ii. Müttemadi Bir Suç Olması

Bir kimseyi bir anlık tutma, durdurma, çıkışını çok kısa bir süre engelleme durumlarında,⁴⁰⁰ fail ya da mağdurun hürriyeti tahdit iradesine sahip olmasına bakılmaksızın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmadığı söylenebilecektir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma müttemadi bir suçtur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna, müttemadi suç niteliğini kazandıran unsur konusunda, doktrinde tartışmalar mevcuttur. Esas olarak müttemadi suçta,

GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 264-266, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 57-58, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 60. Hukuken kabul edilebilir bir süre ihlalin devam etmesi, doktrinde ağır, ciddi ve önemli bir ihlal olarak yorumlanmıştır. ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 30. Doktrinde müttemadi suç kavramına karşı çıkan bir görüş de söz konusudur. İşlenen her suçta, az ya da çok fiil bir süre devam etmekte, bu süre hazırlık hareketlerine göre değişebilmektedir. Buna göre ani- müttemadi suç ayrımı yapmak gereksizdir. Her suç içinde devamlılık unsurunu barındırmaktadır. Bu görüş fazla taraftar bulmamıştır. ÖNDER’e göre de müttemadi suç kavramı, temadinin söz konusu olduğu suçlarda zamanaşımı, iştirak gibi kurumların sorunsuz işletilmesi için zorunludur. ÖNDER, Ayhan, “Müttemadi Suç”, İÜHF, C. 29, S. 1-2, Y. 1963, s. 3.

³⁹⁹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 30, GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 432. GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1481. Hürriyeti tahdit süresi, mukayeseli hukukta, cezayı arttıran nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Bazı kanunlarda hürriyeti tahdit süresi, belli bir süreden uzun olduğunda, ceza ağırlaştırılmaktadır. 1981’de yürürlükten kaldırılan İsviçre CK. m. 182/2, Arjantin CK. m. 142/5, 1948 Romen CK. m. 493/2, 1974 Avusturya CK. m. 99/2 düzenlemelerine göre, hürriyetin bir aydan uzun süre kısıtlanması nitelikli hâldir. Polonya CK. m. 165/2 ve Brezilya CK. m. 148/1 hürriyetten mahrumiyetin iki haftadan fazla olmasını, 1981 İsviçre CK: m. 184 on günden fazla olmasını, Federal Alman CK. m. 239/2 ve Meksika CK. bir haftayı aşmasını cezayı ağırlaştıracak sebep olarak görmektedir. Bazı ceza kanunlarında ise, hürriyeti tahdit süresinin kısa olması hâlinde, uygulanacak ceza değişmektedir. Portekiz CK. m. 33’da yirmi dört saate kadar hürriyetten mahrumiyet, müessir fiil niteliğinde kabul edilirken, yirmi dört saat- üç gün ve üç- yirmi gün arasında hürriyetten mahrumiyette cezalar değişmektedir. 1867 Belçika CK. m. 434’te de benzer bir düzenleme mevcuttur. ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 53. Mağdurun, hareket hürriyetinin kısıtlandığı süre, ne 765 sayılı ETCK ne de 5237 sayılı TCK’da nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Mukayeseli hukukta, cezayı arttıran ya da azaltan nitelikli hâller arasında olan bu durumun, TCK’da da nitelikli hâl olarak yer almasında yarar olduğu görüşü ileri sürülmüştür. GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 432, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 58, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 53, ÇINAR, Ali Rıza, ŞAHBAZ İbrahim, “Memurlar tarafından işlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1/4, Y. 1996, s. 59, DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 65. Bununla birlikte tek başına, hürriyeti tahdit süresinin uzunluğunun, kişi hürriyetinin daha fazla zarar gördüğü anlamına gelmeyeceğine dayanarak, hürriyeti tahdit süresinin, nitelikli hâl olarak düzenlenmesinin zorunlu olmadığı söylenebilir. ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 56. Ayrıca hürriyeti tahdit süresinin, cezanın belirlenmesinde, “suçun işleniş biçimi” (TCK m. 61/1-a) ve “meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı” (TCK m. 61/1-e) kapsamında, zaten dikkate alındığı gözden kaçırılmamalıdır. Yine de hürriyeti tahdit süresinin bu şekilde hâkimin takdirine bırakılması yerine, kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur. DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 65-66.

⁴⁰⁰ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 60-61.

temadi gösteren unsurun ne olduğu hususuna dayanan bu tartışmada, farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir tanıma göre “*Neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanan, biten suçlara ani, netice gerçekleştiği ve tamamlandıktan sonra devam eden suçlara mütemadi suç*” denilmektedir.⁴⁰¹ Alman ceza hukuku doktrininde suçun unsurlarının, failin suç işleme iradesinin ya da gerçekleştirilen haksız durumun devam ettiğine dair görüşler vardır. Türk ceza hukuku doktrininde EREM, HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN suç tamamlandıktan sonra oluşan zararlı ve tehlikeli durumun,⁴⁰² DÖNMEZER, ERMAN ve ALACAKAPTAN neticenin devam ettiği görüşündedir.⁴⁰³ KUNTER ise mütemadi suçtan bahsedebilmek için hem hareketin hem de neticenin devam etmesi gerektiğini söylemektedir.⁴⁰⁴ ÖZGENÇ, KOCA ve ÜZÜLMEZ kanuni tanımda yer alan fiilin icrasının devam ettiğini kabul etmektedir.⁴⁰⁵ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA da fiilin icrasının devam ettiğini kabul etmekle beraber, failin fiilini sonlandırma iradesine sahip olmasını şart olarak aramaktadır.⁴⁰⁶ ÖNDER ise “*fail bizzat kendisinin meydana getirdiği veya kanunun bertaraf edilmemesini cezalandırdığı durumu, bu durumu bertaraf etmek hukuki vecibesine rağmen, kusurlu olarak bir müddet devam ettirir ve bu şekilde suç durumuna devamlı olarak meydan verirse*” bu suç mütemadi suç olarak kabul etmektedir. Buna göre devam eden husus hukuka aykırı ve kusurlu olan maddi unsurdur. Kusurluluk ve maddi unsurdaki devamlılık, mütemadi suçu iz bırakan suçlardan ve müteselsil suçlardan ayırmaktadır.⁴⁰⁷

Temadiyi sona erdirmeye yetkisi bakımından failin durumu da, mütemadi suçta tartışılan hususlardan biridir. Failin neticeyi sona erdirmeye iktidarını kaybettiği anda, suçun tamamlanmış ve bitmiş olacağı görüşü kabul edilmektedir.⁴⁰⁸ Nitekim kusur

⁴⁰¹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 185.

⁴⁰² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 214-215, ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 82-83.

⁴⁰³ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 370, ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 48. ÖZBEK, KANBUR vd., ÖZTÜRK, ERDEM ve İÇEL de mütemadi suçta neticenin temadi halinde olduğunu kabul etmektedir. ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 213, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 182, İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 260-261.

⁴⁰⁴ KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 96. Aynı yönde bkz. GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 51- 52.

⁴⁰⁵ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 164-165, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 160.

⁴⁰⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 248.

⁴⁰⁷ ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 92-93.

⁴⁰⁸ ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 48, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 185, ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 93, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 374, DEMİRBAŞ,

sorumluluğunun esas olduğu bir ceza hukuku anlayışında, failin iradesinin olmadığı bir devamlılıktan, sorumlu tutulmaması gerekir.⁴⁰⁹ Bununla birlikte failin, fiilen mi hukukten mi temadiyi sona erdirme iktidarına sahip olması gerektiği tartışılabilir.⁴¹⁰ Fail, sahte belgelerle, mağdurun tutuklanmasına sebep olduktan sonra, istediği zaman mağduru tutuklu bulunduğu yerden çıkarma yetkisine sahip değildir. Ancak mağdurun tutuklanmasına sebep olan hususun, gerçek olmadığını bildirerek her zaman hukukten salıverilme sürecini başlatabilir. Başka bir örnek olarak mağaraya kapatılan mağdurun, oradan çıkabilmesi için, itfaiyenin müdahale etmesi zorunlu ise, fail itfaiyeyi bilgilendirerek temadiye son verilmesini sağlayabilir. Buna göre fail, hâlâ hürriyeti tahdide son verme konusunda iktidar sahibidir. Dolayısıyla mütemadi suçta, temadiye son verme imkânının, yalnızca maddi değil, hukuki de olabileceği kabul edilmelidir.⁴¹¹

Hareketin yapılması, neticenin meydana gelmesi, ancak hukuka aykırı olan bu durumun, bir süre daha devam etmesi anlamına gelen mütemadi suçta, hareketlerin icrai veya ihmali nitelikte olması da üzerinde durulması gereken hususlardandır. Mağdurun hürriyetinin sınırlandırılması için gerçekleşen icrai bir hareketten sonra, serbest bırakılmaması şeklinde gerçekleşen ihmali bir hareketle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenebilir.⁴¹² Bununla birlikte mağdurun yanlışlıkla bir odaya kapatılması ve kapının bilerek açılmaması hâlinde, ihmal ile başlayan hürriyeti tahdit suçu yine ihmal ile devam etmektedir.⁴¹³ Ayrıca hürriyeti tahdit suçunun devamlı cebir kullanılarak işlenmesinde,⁴¹⁴ yani failin mağduru kollarının arasında, belli bir süre sıkıca tutması hâlinde ya da mağduru bir odaya kapatan failin, kapı tokmağını tutarak mağdurun dışarı çıkmasını engellemesi durumunda, icrai hareketle temadinin devam ettiği söylenebilir.⁴¹⁵ Birçok farklı ihtimal mümkün olmakla birlikte, yazarların fiilleri icrai ya da ihmali olarak nitelendirmelerindeki farklılık, bu sorunun cevabını etkilemektedir. Doktrinde suça başlanan ve temadiyi sağlayan hareketin, icrai ya da

Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 223-224, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2724.

⁴⁰⁹ ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 48.

⁴¹⁰ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 223-224.

⁴¹¹ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 374-375, ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 48, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 183.

⁴¹² ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 186, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 375. İcrai ve ihmali hareketin bir araya gelmesiyle işlenen suçlara karma hareketli suçlar denilmektedir. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 375.

⁴¹³ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 161.

⁴¹⁴ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 375-376, ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 86.

⁴¹⁵ ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 86.

ihmali nitelikte olabileceği genel olarak kabul görmekle birlikte,⁴¹⁶ ihmali ya da icrai hareketle başlanan mütemadi suçta, temadi unsurunun yalnızca ihmali hareketle gerçekleşebileceği görüşünü benimseyen yazarlar da vardır.⁴¹⁷

Hukuka aykırı durumun, önemli bir süre devam etmesi, suçun oluşmasında zorunlu ise, zorunlu mütemadi suçtan bahsedilmektedir. Bu suçların ani suç şeklinde işlenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte hem ani hem de mütemadi şekilde işlenebilen suçlar da söz konusudur. Bunlara da muhtemel mütemadi suç denilir.⁴¹⁸ ETCK’da yer alan kız kadın erkek kaçırma⁴¹⁹ zorunlu mütemadi suçlara, TCK’da yer alan hırsızlık ise muhtemel mütemadi suçlara örnek niteliğindeydi.⁴²⁰ Ani suç olarak işlenebilen hırsızlık suçunun konusu elektrik olduğunda ve devamlı olarak karşılıksız kullanıldığında, 5237 sayılı TCK m. 142/1-f ‘de yer alan hırsızlık suçunun nitelikli hâli oluşmaktaydı. Bu bendin 2012 yılında iptal edilmesinden sonra, sahibinin rızası olmaksızın ve karşılığı ödenmeksizin elektrik kullanılması, hırsızlık suçu değil, mütemadi nitelikte karşılıksız yararlanma suçunun kapsamına alınmıştır.⁴²¹ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da zorunlu mütemadi suç niteliğindedir. Hareket hürriyetinin sınırlandırılmasının, hukuken önemli bir süre devam etmiş olması gerekir. Aksi durumda, bu suçun tamamlandığı söylenemez. Failin iradesiyle ya da iradesi dışında, temadinin son bulmasıyla⁴²² ise hürriyeti tahdit suçu sona ermiş olacaktır.⁴²³ Hem zorunlu hem de muhtemel mütemadi suçlarda, failin, temadinin devamı konusunda iktidar sahibi olması zorunlu olduğundan, fail bu iktidarını kaybettiği anda,

⁴¹⁶ ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 49, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 215, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 375-376, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 161.

⁴¹⁷ ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 85, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 186-187, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 258-259.

⁴¹⁸ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 224, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 374, ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 115, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 187, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 214.

⁴¹⁹ 765 sayılı TCK m. 429 ile m. 434 arasında “kız, kadın ve erkek kaçırma” suçları düzenlenmiştir. Mağdurun yaşı ve reşit olup olmaması dikkate alınarak bir ayırım yapılmış, “şehvet hissi ve evlenme maksadı” özel kast olarak aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK, YENİDÜNYA, “*Türk Ceza Hukukunda Kız, Kadın Ve Erkek Kaçırma Suçları (Tck Mad. 429-434)*”.

⁴²⁰ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 187, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 376-377.

⁴²¹ “(Ek: 2/7/2012-6352/83 md.) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” **TCK m. 163/3**

⁴²² ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 115, ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 48.

⁴²³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 176- 177.

mütemadi suç da bitecektir.⁴²⁴ Tekrar mağdurun hürriyetinden yoksun kalması durumunda, yeni bir suç oluşacaktır.⁴²⁵

Ani ve mütemadi suç ayırımının birçok hukuki kurum bakımından önemli sonuçları vardır. Suçun tamamlanma ve bitme anının farklı olması, teşebbüs ve iştirak hükümlerinin uygulanmasında, diğer suçlardan farklı sonuçları ortaya çıkarmaktadır. Bu suçlara teşebbüs, yalnızca suç tamamlanıncaya kadar mümkünken, iştirak suçun sona ermesine kadar gerçekleşebilir.⁴²⁶ Ayrıca suçun işlendiği yer, zaman, uygulanacak kanun hükmü ve zamanaşımı süresinin belirlenmesinde,⁴²⁷ failin yaş ve isnat yeteneğinin tespitinde,⁴²⁸ suçun tamamlanma anı değil, bitme ya da sona erme anı esas alınacaktır.

iii. Mağdurun Hareket Özgürlüğünün Kısmen ya da Tamamen Kaldırılması

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, mağdurun özgürce hareket edebilme hürriyetinin sınırlandırılmış olması esas olduğundan, bunun ne şekilde yapıldığı önem arz etmez.⁴²⁹ Hürriyetin tamamen ya da kısmen sınırlandırılması hususunda da aynı durum söz konusudur. Suçun oluşmasında, mağdurun hareket hürriyetini sınırlandıracak, tam ve mutlak bir engelin varlığına gerek olmaksızın, mağdurun engelleri kolaylıkla aşamayacak, istediği gibi hareket edemeyecek olması yeterli görülmüştür.⁴³⁰ Buna göre mağdurun, kapatıldığı yerden kurtulması alışılmışın

⁴²⁴ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 377, KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 99.

⁴²⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 176-177, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2725.

⁴²⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 214-216, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 224-225, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 160-162, ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 164-165, ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 50, ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 98 vd.

⁴²⁷ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 376, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 160-162, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 214-216, ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 164-165, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 224-225, ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 98 vd., ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 214, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 49.

⁴²⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 378, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 162.

⁴²⁹ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 718, GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 432.

⁴³⁰ EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 184, TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 84, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1190, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 58, GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1481, ERZEN, Edip Ünal, *Hürriyet Nedir ve Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler*, Bursa, 1938, s. 29.

dışında yollarla mümkünse, çıkış olmakla birlikte, mağdur bu çıkışı bilmediği için, kapatıldığı yerden çıkamıyorsa, çıkış için öngörülen mekanizmayı çalıştırmayı bilmiyorsa ya da çıkış yolu çok tehlikeli ve cesaret gerektiriyorsa, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır.⁴³¹ Ancak herhangi bir tehlike ya da olağandışı durum olmaksızın, mağdur, bulunduğu yerden istediği şekilde ayrılamadığı için, o ortamda kalıyorsa, o andan itibaren suçun sona erdiği söylenebilir. Mağdurun istediği konforda, bulunduğu yerden ayrılmasının engellenmesi hürriyeti tahdit değildir.⁴³² Buna göre mağdurun kapatıldığı odanın kapısında, anahtarının da bırakılmış olması ya da birinci katta bir odada olan mağdurun pencereden kaçma imkânı varken bunu hiç kullanmamış olması hâlinde suç oluşmayacaktır.⁴³³

Mağdurun yer değiştirebilmesi için bazı araçları kullanması zorunlu ise ve fail bu araçları uzaklaştırır ya da kullanılamaz hâle getirirse suç yine oluşacaktır.⁴³⁴ Felçli bir kişinin tekerlekli sandalyesinin,⁴³⁵ yüksek bir yerde bulunan kişinin inmek için kullanacağı merdiveninin, görme engelli birinin kılavuz köpeğinin ve adadaki bir kimsenin deniz aracının alınması olaylarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluştuğunun kabul edilmesi gerekir.⁴³⁶

Ayrıca mağdurun, bulunduğu yerden ayrılmasının, kişiliğine zarar vermeden mümkün olmaması durumunda da hürriyeti tahdit suçu oluşacaktır. Kimse mağduru toplumsal olarak kişiliğini zedeleyecek şekilde hareket etmeye zorlayamaz.⁴³⁷ Halk plajında, soyunma kabininde olan kadının, bütün kıyafetlerinin alınması hâlinde, kapı açık olmasına rağmen kabinden çıkması beklenemez ve hürriyeti tahdit suçu oluşur.⁴³⁸

Mağdurun hareket hürriyetini sınırlandırmak amacıyla, çok farklı psikolojik ya da fiziki engeller konulabilir. Mağdurun kapatıldığı yerin kapısına nöbetçi ya da köpek bırakılmış olması durumunda,⁴³⁹ faillerin mağduru minibüse bindirerek تنها bir yere

⁴³¹ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1190.

⁴³² SK-Horn § 239, kn. 5, (Akt. ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1190.

⁴³³ DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 68.

⁴³⁴ ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 28, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 402.

⁴³⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 402, GÖKCEN, Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>, GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1481, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 718.

⁴³⁶ GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1481.

⁴³⁷ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 113.

⁴³⁸ EREM, Faruk, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, s. 1182.

⁴³⁹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 244.

götürüp, kontrolleri altında tutmaları hâlinde,⁴⁴⁰ mağdurun kapatıldığı bodrumdan çıkabilmesi için tehlikeli bir merdiven ya da dikenli, paslı tel kullanmasının gerekmesi hâlinde, mağdurun hareket halindeki otomobilden yalnızca atlayarak kurtulmasının mümkün olduğu durumlarda,⁴⁴¹ fail tarafından getirilen engeller, mağdur tarafından kolaylıkla aşılmayacak ve hürriyeti tahdit suçunu oluşturacak ciddiyettedir. Bunun tespitinde mağdurun yaş, cinsiyet, sağlık gibi durumlarının da dikkate alınması gerekir.⁴⁴²

c. Nedensellik Bağı

Dış dünyadaki bir değişikliğin bir kişiye isnat edilebilmesi için bu değişikliğin söz konusu kişinin hareketinden doğması gerekir. Bir kişinin neticeden sorumlu olabilmesi için aranan, hareketi ile netice arasındaki bağlantıya nedensellik bağı denilmektedir.⁴⁴³ Ceza hukuku alanında önem taşıyan hareket, kanunun cezalandırdığı bir neticeyi meydana getiren hareket olduğundan,⁴⁴⁴ hareket ve netice arasında bağlantı olup olmadığını tespit etmek önemlidir. Herhangi bir neticenin aranmadığı sırf hareket suçlarında ise nedensellik bağının araştırılmasına gerek yoktur. Failin hareketi gerçekleştirmesi ile suç tamamlanmış olmaktadır.⁴⁴⁵

Neticeye tek bir olayın sebep olduğu durumda nedensellik bağına tespit etmek zor olmayabilir. Ancak birden fazla sebebin neticeyi meydana getirdiği durumda nedensellik bağının nasıl kurulacağını tespit etmek oldukça zordur. Doktrinde bu soruna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüş ve yazarlar görüşlerine uygun olarak çeşitli teorileri benimsemişlerdir.⁴⁴⁶

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma neticesi harekete bitişik suçtur. Hareketin ardından netice birlikte gerçekleşmekte ve suç tamamlanmaktadır. Dolayısıyla nedensellik bağının tespiti bakımından bu suçta herhangi bir sorundan

⁴⁴⁰ YCGK, 17.5.1982, E. 1982/8-61, K. 1982/217, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1982-8-61.htm&kw=`1982/217`#fm>, Erişim Tarihi: 25.2.2016.

⁴⁴¹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 28.

⁴⁴² GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 49.

⁴⁴³ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 228, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 253.

⁴⁴⁴ Maggiore, s. 242 (akt. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 461).

⁴⁴⁵ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 254.

⁴⁴⁶ Bu konuda şart teorisi, etkin sebep teorisi, uygun sebep ve önem teorisi benimsenen teorilerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 255 vd., DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 229 vd.

bahsedilmemektedir. Bununla birlikte suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, netice ile failin hareketi arasında ilişki kurulabilmesi sorumluluk için aranacaktır.⁴⁴⁷

2. Hukuka Aykırılık

a. Genel Olarak

Suç kavramından bahsedebilmek için, isnat kabiliyeti olan bir kişinin, kanunla yasaklanan bir fiili gerçekleştirmesi ve bu fiilin hukuka aykırı olması gerekir.⁴⁴⁸ daha açık ifadeyle maddi unsurun yanı sıra, negatif bir durum olarak hukuka aykırılık da söz konusu olmalıdır. Ortada hukuk düzeni ile çatışan bir fiil olmadıkça, suçtan bahsedilemeyecektir.⁴⁴⁹ Hukuka aykırılık, kanuni tarife uygun olarak gerçekleştirilen fiilin, hukuki olarak kabul görmemesi, bütün hukuk düzeni ile çatışma hâlinde bulunması anlamına gelir.⁴⁵⁰

Hukuka aykırılık veya bunu kaldıran hâller olarak bilinen hukuka uygunluk sebeplerinin olmaması, doktrinde hukuka aykırılık ve haksızlığın⁴⁵¹ bir bütün olarak görülmesi ile ortaya çıkmıştır.⁴⁵² Daha sonra hukuka aykırılığın dar ve geniş anlamda ele alınmasına bağlı olarak, suçta ayrı bir unsur niteliğinde kabul edilmesi ya da suçun özü olarak görülmesine ilişkin husus belirlenmiştir.⁴⁵³ Dar anlamda hukuka aykırılıkta,

⁴⁴⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 357, ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 134.

⁴⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 432, EREM, Faruk, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, s. 1183.

⁴⁴⁹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 219.

⁴⁵⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 2.

⁴⁵¹ “Hukuka aykırılık fiilin norma aykırılığını belirttiği halde, , haksızlık terimi fiil hakkında verilmiş bir değer yargısını ifade eder.” ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 214.

⁴⁵² ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 213.

⁴⁵³ Dar anlamda kabul edildiğinde, ceza hukuku normlarına aykırılık şeklinde anlaşılan bu kavram, suçun unsurları içinde değerlendirilebilir ya da suçun özü ve neticesi olarak görülebilir. Geniş anlamda hukuka aykırılık kavramının benimsenmesi hâlinde ise, hukuka aykırılık ayrı bir unsur olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 8 vd. DÖNMEZER, ERMAN hukuka aykırılığı geniş anlamıyla benimsemekte ve fiilin, yalnızca ceza hukukuna değil, bütün hukuk düzenine aykırı olması gerektiğini savunmaktadır. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 8-10. Çalışmamızda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, suçun unsurları kapsamında incelenmesinde, ikili ayırım esas alınmıştır. Buna göre hukuka aykırılık suçun özü olarak görülmekte, hem unsur hem öz niteliği taşıyamayacak olan hukuka aykırılık, maddi unsur içerisinde, “fiilin menfi şartı” olarak ele alınmaktadır. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, hukuka aykırılığı, “fiilin menfi şartı” olarak incelemeyi doğru bulmamaktadır. Cezalandırılması gereken tipik fiilin ne olduğunu

ceza hukuku kurallarına aykırılık, fiilin suç oluşturmaları için yeterliken, geniş anlamda hukuka aykırılıkta, fiilin bütün hukuk düzeni ile çatışma hâlinde olması gerekmektedir.⁴⁵⁴ Hukuka aykırılığın suçun unsurları içerisinde nasıl konumlandırılacağı bu tartışmada benimsenen görüşle ortaya çıkacaktır.

Diğer bir tartışmalı husus da hukuka aykırılığın, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışmanın, biçimsel mi, yoksa maddi mi anlaşılması gerektiğidir. Buna göre hukuka biçimsel aykırılık ve maddi aykırılık ayrımı yapılmıştır. Bu ayrımı esas alarak, bazı yazarlar, yalnızca yazılı hukuk kuralları ile getirilmiş hukuka uygunluk sebeplerini kabul ederken, diğerleri ise yazılı hukukun dışında da hukuka uygunluk sebeplerinin olduğunu ileri sürmüştür.⁴⁵⁵

Fiil ile çatışma durumunda olan bir hukuk kuralı olması gerektiği anlamına gelen biçimsel hukuka aykırılıkta, kanun koyucunun iradesine üstünlük tanınmaktadır.⁴⁵⁶ Normda belirtilen bir emir ya da yasağa uygun davranılmaması hukuka aykırılık olarak kabul edilmektedir.⁴⁵⁷ Maddi hukuka aykırılıkta ise, ceza hukuku ile korunan hak ve menfaatlerin de ihlal edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu hak ve menfaatlerin neler olduğu ya da nasıl belirleneceğine ilişkin tartışmalar söz konusu olup, bunlarçeşitli teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır.⁴⁵⁸

Ceza yaptırımı, kanunda suç olarak öngörülen haksız hareketin karşılığıdır. Yani suç olarak öngörülen hareketler, karine olarak haksızdır. Hukuka uygunluk sebepleri de bu adi karinenin aksini ispatını sağlayarak hareketteki haksızlığa son vermektedir. Ceza tehdidi altında olsa da hareket, objektif olarak hukuka uygun hâle

gösteren maddi unsur, ceza hukukuna ait bir kavramken, hukuka aykırılık tüm hukuk düzenini ilgilendiren, fiilin hukuk düzeni ile bağlantısını sağlayan bağımsız bir kavram olarak ele alınmalıdır. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 222-223.

⁴⁵⁴ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 8-10. Ayrıca dar anlamda ele alındığında, hukuka aykırılık kavramı sınıflandırılırken, geniş anlamda, tek bir hukuka aykırılığın olduğu savunulmaktadır. Buna göre, tüm hukuk düzeni ile çatışan bir fiil suç oluşturacak, bir hukuk disipliniinde hukuka uygun, diğerinde hukuka aykırı fiilden bahsedilemeyecektir. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 9-10. Aynı yönde TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 109-111, KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 262-263, KUNTER, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, s. 110.

⁴⁵⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 11-12.

⁴⁵⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 12-13

⁴⁵⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 213.

⁴⁵⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 12-13. Üç teori çerçevesinde, bu konudaki görüşlerin açıklanabileceğini ifade eden DÖNMEZER, “*yararların dengelenmesi teorisi, haklı amaç uğruna haklı araç teorisi*” ve “*fiilin sosyal uygunluğu teorisine*” eserinde yer vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 13 vd., KATOĞLU, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 54 vd.

gelmektedir. Hareketin suç tipini ihlal etmesi ile şekli hukuka aykırılık oluşmaktadır. Bununla birlikte normun iç bünyesi, normla korunmak istenen amacın ihlal edilmiş olması maddi aykırılık anlamına gelmektedir. Maddi hukuka aykırılık, kanun koyucunun iradesinin belirlenmesinde, normun yorumlanmasında ve cezanın belirlenmesi sürecinde hâkime yardımcı olması bakımından önemlidir. Dahası maddi hukuka aykırılıkta, kanunda yer almamış hukuka uygunluk sebeplerinin, menfaatler dengesi içinde hukuk sisteminde kabul görmesi mümkündür.⁴⁵⁹

Hukuka aykırılığın salt biçimsel anlayışla ele alınması, hukukun sustuğu yerde, haklı bir hareket olsa dahi, bu hareketin cezalandırılmasına sebep olmaktadır. Biçimsel anlayışta belirlilik söz konusu olmakla birlikte, sosyal hayatın ihtiyaçları karşılanmamaktadır. DÖNMEZER, ERMAN'a göre biçimsel hukuka aykırılıktaki bu eksiklik, yine hukuki düzenlenme ile giderilebilir. Yazılı hukukta suç oluşturan fiilin ne olduğunun yanı sıra, normun düzenlenme amacı dikkate alınarak hem şekli hukuka aykırılık görüşüne uygun davranılmakta, hem de kanun koyucunun iradesi kapsamında hukuka uygunluk sebepleri kabul edilmiş olmaktadır. Kanunla suç olarak kabul edilen hareket, yine normun amacından yola çıkılarak, hukuka aykırı ya da uygun olarak nitelendirilmektedir.⁴⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bazı kararlarında, biçimsel hukuka aykırılık kriterini uygulamıştır. Kanunun sustuğu yerde biçimsel hukuka aykırılığın yeterli olmayacağını ifade etmiş, ETCK m. 179 'da yer alan hürriyeti tahdit suçunda, failin, kişinin hürriyetini sınırlandırma kastının, bu suçtan mahkûmiyet kararı için aranması gerektiğini söylemiştir.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 214-215. Tipik hareketin karine olarak hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesi, doktrinde tipikliğin hukuka aykırılığın karinesi olma fonksiyonunu icra etmekte, tipikliğin negatif unsurları teorisi olarak adlandırılmaktadır. Bkz. KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 262 vd.

⁴⁶⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 17-18.

⁴⁶¹ "...Yukarıda açıklanan olaylar zinciri içinde sanık Fevzi'yi suç işlemiş veya suç işlemeye yardım etmiş, dolayısıyla mutlaka cezalandırılması gereken bir kişi olarak mı göreceğiz?

Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müsbet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ve derece haklı ve meşru görülürse görülsün, faili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik - Hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca, kanunun asıl fikrine "ratio legis" e bakmak gerekir : Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda, hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin "adil" veya "haklı" sayılabilesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirten halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza Hukuku'nun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz. ...765 sayılı

Bazı suç tiplerinde, hukuka aykırılığın açıkça ifade edildiği görülmektedir. “Hukuka özel aykırılık” olarak adlandırılan bu durumun, kanuni düzenlemenin yorumlanmasında, bir anlam ifade edip etmediği tartışmalıdır. Bu ifadelerin hukuki düzenleme bakımından bir önemi olmadığını düşünen yazarlar olduğu gibi, söz konusu ifadelerin belli bir amaçla düzenlemede yer aldığını savunan yazarlar da vardır.⁴⁶² İlk görüşün dayanağı olarak, suç niteliğinde olan bir fiilin, hukuka aykırılığı doğal olarak içermesi gerektiği söylenmektedir.⁴⁶³ Kanun koyucunun, bazı suçları seçerek yer verdiği ifadelerin, onun iradesinin yansıması olduğu ve bu seçimin bir anlamı olduğu ise ikinci görüşün dayanağıdır.⁴⁶⁴ Bunlardan farklı olarak üçüncü bir görüş, genel bir kuraldan yola çıkmak yerine, her bir hukuki düzenlemenin ayrıca ele alınması gerektiği şeklindedir. Buna göre hukuka aykırılık, düzenlemenin tümünü kapsayacak şekilde ifade edilmişse, genel hukuka aykırılık olarak kabul edilmeli ve diğer düzenlemelerden farklı bir sonuç doğurmamalıdır. Buna karşılık, düzenlemede yer alan ifade belli bir kısma yönelikse, failin kastı bu kısmı da kapsamalı ve bu kısım, suçta ayrı bir unsur oluşturmalıdır.⁴⁶⁵ Kanun koyucunun söz konusu ifadelere sehven yer vermediğini düşünen ÖNDER de, hukuka aykırılığın açıkça ifade edildiği “*tam olmayan suç*” tiplerinde,⁴⁶⁶ bu hususun ayrıca aranması gerektiğini savunmaktadır. Bu suç tiplerinde, hukuka aykırılığın karine olarak var olduğu esastan hareket edilemeyecektir.⁴⁶⁷ DÖNMEZER, ERMAN ise hukuka aykırılığın açıkça ifade edildiği suçlar işlendiğinde, failin hukuka aykırı olarak hareket ettiğini bilmesini ve böyle hareket etmek istemesini aramaktadır. Failin iradesi, hukuka aykırı olduğunu bildiği bir harekete yöneliktir ve bu durum yargılama sırasında karine olarak kabul edilmeyip, hâkim tarafından araştırılacaktır.⁴⁶⁸ Buna göre intihar etmek isteyen

TCK.nun 179. maddesinin uygulanabilmesi için sanıklarda özgürlüğü daraltma suçunun yoğunlaşmış ÖZEL KASTI'nın var olup olmadığının saptanması gerekir. Başka bir anlatımla, ceza yaptırımının ancak doğrudan ve bilinçli olarak özgürlüğe yönelen daraltma suçları için işlerliği düşünülmelidir. Açıklanan nedenlerle müşteki Sabahattin'in özgürlüğünü daraltmak özel kastıyla eylemde bulunduğu veya başkaca bir suç işlediği tesbit edilemeyen sanık Fevzi'nin beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırı olduğundan sanık vekilinin temyiz itirazının kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” YCGK, 28.3.1983, E. 1983/8-56, K. 1983/144, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.2.2016.

⁴⁶² ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 215-217, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 19-20.

⁴⁶³ KATOĞLU, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 123.

⁴⁶⁴ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 216-217.

⁴⁶⁵ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 215-217.

⁴⁶⁶ “*Tam olmayan suç*” kavramı için bkz. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 166 vd.

⁴⁶⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 216-217.

⁴⁶⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 21.

kişiy⁴⁶⁹ ya da suç işlemek isteyen kişiy⁴⁷⁰ engel olmak için onun bir yere kapatılması durumlarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır.⁴⁷⁰ KUNTER, hukuka aykırılığın açıkça ifade edildiği suçlarda, bu hususu kanun koyucunun bir ihtarı niteliğinde düşünmenin, ceza kanunu normlarının mahiyetine aykırı olacağını söylemektedir. Hukuka aykırılık ifadesinin bu suçlarda iki anlama gelebileceğini ifade eden yazar, bunları suçlarda mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olamaması ve failin hukuka aykırılığı bilmesi olarak açıklamaktadır.⁴⁷¹ ÖZGENÇ ise hukuka aykırılığın ayrıca ifade edilmesini, failin fiilinin hukuka aykırı olduğu konusunda bilgi sahibi olması olarak kabul etmekte, bu suçların yalnızca özel kastla işlenebileceğini söylemektedir.⁴⁷²

Kanunda geçen hukuka aykırı olarak ibaresinin, metinde nitelediği kısma göre, hukuka aykırılığı açıklayan başka bir görüş de mevcuttur. Buna göre maddi unsurun tümünü niteleyen hukuka aykırılık, kastın konusunu oluşturmakta ve failin kastının bu maddi unsurdaki hukuka aykırılığı kapsamı gerekmektedir. Kanun metnin tümüne yönelik hukuka aykırılık ise, failin kusurluluğunu etkileyecek olup, hâkimi haksızlık bilinci konusunda bir araştırma yapmaya yöneltecektir.⁴⁷³

TCK m. 109'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun "*hukuka aykırı olarak*" işleneceği açıkça ifade edilmiştir. ETCK m. 179'da da "*gayrimeşru surette*" ifadesine yer verilmişti.⁴⁷⁴ TCK Tasarısı'nın gerekçesinde, bu ifadeye yer verilmesinin sebebi olarak, olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmaması gerektiği söylenmiş, bununla birlikte metinde ayrıca belirtilmesi zorunlu olmayan bu hususun, daha sonra herhangi bir duraksamaya sebep olmamak için açıkça yer aldığı belirtilmiştir.⁴⁷⁵ Buna karşılık hukuka özel aykırılık olarak adlandırılan bu durumu, kanun koyucunun bir seçimi olarak gören ve bu suçların işlenmesinde failin hukuka

⁴⁶⁹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 31.

⁴⁷⁰ EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, s. 185, EREM, *Hürriyet ve Suç*, s. 86- 87, ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 31.

⁴⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, s. 153 vd.

⁴⁷² ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 276.

⁴⁷³ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 262 vd., KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 404.

⁴⁷⁴ "*Gayrimeşru surette*" ifadesi, "*hukuka aykırı olarak*" ifadesine göre daha geniş kapsamlıdır. Buna göre yapılan değişiklikle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, hukuki bir düzenlemeye aykırılık suçun oluşması için şarttır ve yine fiilin meşru bir dayanağının olması, bu hukuki bir sebep olmadığında bir anlam ifade etmeyecektir. Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, S. 439.

⁴⁷⁵ **TCK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**, TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, S. Sayısı: 664, 2004, www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi: 28.2.2016.

aykırılığı bilmesi ve buna göre hareket etmesi gerektiğini düşünen yazarlar da vardır.⁴⁷⁶ Bu husus, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından, failin hukuka aykırılık iradesi ile hareket etmediği zamanlarda, suçun oluşmaması sonucunu doğurur.⁴⁷⁷ Ayrıca hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilen bir fiilin, hukuka aykırı olduğu hâllerden ayırt edilmesi amacıyla da böyle bir düzenlemenin getirildiği savunulabilir. Buna göre polis memurunun, bir kişiyi hırsız sanarak hürriyetinden yoksun kılması durumunda, hukuka aykırılık iradesi olmadığı ve kamu görevinin sağladığı yetki kötüye kullanılmadığı için suç oluşmayacaktır.⁴⁷⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 2010 yılında verdiği bir kararda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, failin kastının hukuka aykırılığı da içermesi gerektiğini ve bu durumun suçun özel kastla işlendiği anlamına gelmediğini ifade etmiştir.⁴⁷⁹ Genel kasttan farklı olarak, failin hukuka aykırılık bilincinin ayrıca araştırılması gerektiği anlamına gelen bu görüş, Yargıtay’ın başka kararlarında da tekrarlanmıştır.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 21, DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 29- 30, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 49.

⁴⁷⁷ Kanuni düzenlemede yer alan hukuka aykırılık ibaresinin, maddi unsuru nitelediği bu hükümde, kanun koyucunun, yalnızca faildeki haksızlık bilincinin sorgulanmasını istediğini savunan yazarlar da vardır. Buna göre hâkim, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, failin haksızlık bilincini ve olayda hukuka uygunluk sebebi olup olmadığını sorgulayacak, bununla birlikte haksızlık bilinci kapsamında ele alınan hukuka aykırılık ifadesi, kastı kapsamadığı için, suç olası kasla da işlenebilecektir. ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1199.

⁴⁷⁸ ÖNDER, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 31. TCK m. 109’un gerekçesinde “hukuka aykırılık” ifadesi “hukukun izin vermediği” haller olarak açıklanmış olup, “suç şüphesi altında bulunan kişinin, ceza muhakemesi hukukunun gereklerine uygun olarak tutulması, gözaltına alınması veya tutuklanması hallerinde” fiilin hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. **Madde Gerekçesi**

⁴⁷⁹ YCGK, 29.6.2010, E. 2010/8-110, K. 2010/161, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2010-8-110.htm&kw='hukuka+özel+aykırılık'#fm>, Erişim Tarihi:28.2.2016.

⁴⁸⁰ “... Esasen kural olarak, failin suç saydığı bir sonucu bilmesi, istemesi ve bu suretle harekette bulunması, kastın varlığı açısından yeterlidir. Ayrıca, sonucun yasaya veya hukuka aykırı olduğunu bilme şartı aranmaz. Ancak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından yasamız, eylemin “gayrimeşru surette” 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 dahil olan “hukuka aykırılık bilinci”ni elbette araştıracaktır. // Fakat, hukuka aykırılık bilinci özel kasıtlı karıştırılmamalıdır. Fail, suç tipinin objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, eylemde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle, kastının varlığı kabul edilemese dahi, bu durum suçun özel kasıtlı işlenebileceği anlamını taşımaz.//... Öte yandan kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 109. maddesinde de öncekine benzer biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede de, suçun “hukuka aykırı olarak” işlenmesi aranmaktadır. Başka deyişle, hukuka aykırılık suç tipinde ayrıca gösterildiği için, “hukuka özel aykırılık” hali söz konusudur. Bu nedenle failde, suçun manevi unsuruna dahil olan “hukuka aykırılık bilincinin” bulunması gerekmekte ise de, suçun temel biçimi bakımından özel kast (saik) aranmamıştır; genel kastın varlığı yeterlidir. ” YCGK, 23.1.2007, E. 2006/8-275, K. 2007/9, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2006-8-275.htm&kw='hukuka+özel+aykırılık'#fm>, Erişim Tarihi:28.2.2016. “... Kural olarak, failin suç saydığı bir sonucu bilmesi ve istemesi ve bu şekilde harekette bulunması, kastın varlığı açısından yeterlidir. Ayrıca, sonucun yasaya ya da hukuka aykırı olduğunu bilmek şartı aranmaz. // Ancak, Ceza Yasamızda çeşitli suçlar bakımından hukuka aykırılığı belirten bazı terimlerin kullanıldığı

b. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldıran ve onu tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hâle getiren durumlara hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir. Hukuka uygunluk sebepleri söz konusu olduğunda, kanunda suç olarak düzenlenmiş tipik fiil gerçekleştirilmekte, buna rağmen suç oluşmamaktadır. Hukukun bütünlüğü ilkesi gereği, ne ceza hukuku ne de diğer hukuk dallarında söz konusu fiilin yaptırımla karşılanması mümkündür.⁴⁸¹ Fiili en baştan itibaren hukuka uygun hâle getiren bu sebeplerin⁴⁸² kanunda yazarlarla sınırlı olduğu söylenemez.⁴⁸³ Maddi hukuka aykırılıkta olduğu gibi, hukuki düzenlemeye bağlı kalınmakla birlikte, normun düzenleniş amacı, yani düzenlemeyle korunmak istenen menfaatin artık korunmaya layık olmaması durumunda, başka hukuka uygunluk sebepleri de söz konusu

görülmektedir. Örneğin 198. maddede sırrın *"meşru bir sebebe müstenit olmaksızın"* ifşa edilmesinden söz edilmekte ve bu suretle kanun hukuka aykırılığı iyice belirtmektedir. Bunun gibi diğer bazı maddelerde de *"Hükümetin tasvibi olmaksızın"* (m. 128, 143, 148), *"makbul bir sebep olmadıkça"* (m. 152), *"gayri meşru surette"* (m. 179), *"kanunda yazılı hallerin haricinde"* (m. 183), *"kanunsuz"* (m. 185), *"memuriyet sıfatını suiistimal suretiyle"* (m. 174/2, 181, 200, 209, 210); *"Kanunu Medenide yazılı ahkama riayet etmeksizin"* (m. 511) gibi ibareler kullanılarak hukuka aykırılık unsuru ayrıca belirtilmiştir. Kanunda bu ve buna benzer deyimlerle özel biçimde aranan hukuka aykırılığı bütün suçların genel unsuru oluşturan hukuka aykırılıktan ayırt etmek için, açıklık bulunan bu gibi hallerde *"hukuka özel aykırılık"* bulunduğu ileri sürülür.

Yasanın hukuka aykırılık şartını failin iradesi ile ilgili olarak açık bir şekilde aradığı bu gibi hallerde, failin, fiilin gayri meşru olduğunu bilmesi, kast kavramı içine girer. Başka bir deyişle, manevi unsur, yani kusurluluk, hukuka özel aykırılığı kapsamına alır. // Özgürlüğü kısıtlama cürümü bakımından Yasamız, eylemin *"gayri meşru surette"* işlenmesine şart koştuğundan, failin bu şekilde hareket etmesini bilmesi ve istemesini aramaktadır. Bu durumda, failin işlediği fiilin hukuka aykırılık bilincine sahip olması gerekmektedir. Hakim, suçun manevi unsuruna dahil olan *"hukuka aykırılık bilinci"* ni elbette araştıracaktır. // "Ancak hukuka aykırılık bilincinin özel kasıtlı karıştırılmaması gerekir. Fail, suç tipinin objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, eylemde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle, kastının varlığı kabul edilemese dahi, bu durum suçun özel kasıtlı işlenebileceği anlamını taşımaz." YCGK, 3.12.2002, E. 2002/8-288, K. 2002/419, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2002-8-288.htm&kw='hukuka+özel+aykırılık'+#fm>, Erişim Tarihi: 28.2.2016.

⁴⁸¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 265- 267. Tüm hukuk düzeninde sonuç doğurması ile failin sorumluluğunu etkileyen diğer hukuki kurumlardan ayrılmaktadır. Kusurluluğu kaldıran sebeplerde haksızlık, hatta suç niteliği devam etmektedir. Şahsi cezasızlık sebeplerinde ise fiil hukuka aykırı olmaya devam ederken, o kişinin cezalandırılmaması söz konusudur. Muhakeme şartları gerçekleşmediğinde de fiil hukuka aykırı olmaya devam etmekte, ancak usuli bir sebeple yargılama ve cezalandırma süreci gerçekleştirilememektedir. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 219- 220.BEKAR, Elif, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, s. 32- 33.

⁴⁸² ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 84. EREM, hukuka uygunluk sebeplerinin fiilin hukuka aykırılık niteliğini baştan itibaren ortadan kaldırdığını kabul etmemektedir. EREM'e göre fiil hukuka aykırı olmaya devam etmekle beraber, fail kusurlu bulunmadığından cezalandırılmamaktadır. Bu görüş, kanunun verdiği yetkiyi kullanan görevlinin fiilini hukuka aykırı olarak nitelendirdiği için eleştirilmektedir. ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 84- 85.

⁴⁸³ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 268, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 30- 31.

olabilecektir.⁴⁸⁴ Bu anlamda örf ve adet kuralları, hukuka uygunluk sebepleri alanında kaynak niteliği taşıyabilir.⁴⁸⁵

Hukuka uygunluk sebepleri, kural niteliğinde olan hukuki düzenlemelerin istisnası niteliğindedir. Bu istisnalar, belli şartların varlığı hâlinde uygulanırlar. Yani hukuk düzeni, normalde yasakladığı bazı fiillere, belli şartlar altında izin vererek hakları korumaktadır.⁴⁸⁶ Bu şartlar pozitif hukuktan ya da pozitif hukukun dışındaki kurallardan kaynaklanabilir. Hukuki düzenlemenin amacından yola çıkılarak, pozitif hukuktakilerin dışında da hukuka uygunluk sebepleri belirlenebilecektir.⁴⁸⁷

TCK'da hukuka uygunluk sebepleri Birinci Kitap, İkinci Kısım, Üçüncü Bölümde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında yer alan sebeplerin hangilerinin hukuka uygunluk sebebi olduğu açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte meşru savunma, zorunluluk hâli, görevin ifası, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından hukuka uygunluk sebepleri olarak incelenecektir. Kişi hürriyetini korumayı amaçlayan bu suçta, Anayasa m. 19'da yer alan hâller de hukuka uygunluk sebepleri olarak kabul edilmektedir.⁴⁸⁸ “Kişi Hürriyeti ve Güvenliği” başlığı altında ele alınan bu maddede, görevin ifası hukuka uygunluk sebebinden bahsedilmiş olup, bu hukuka uygunluk sebebinin hangi şartlar altında ve ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntıların kanuni düzenlemelerde bulunduğu ifade edilmiştir. Daha çok ceza muhakemesinin işleyişine ilişkin olan bu hâllerde, sınırın aşılması durumunda tazminata hükmedilmesi söz konusudur.

i. Meşru Savunma

Meşru savunma hukuka uygunluk sebebi TCK m. 25'te düzenlenmiştir. Kişinin kendisine ya da üçüncü bir kişiye yönelmiş haksız bir saldırıyı bertaraf etmek amacıyla, saldırı ile orantılı ve zorunlu olarak gerçekleştirdiği fiiller, meşru savunma hukuka uygunluk sebebi dolayısıyla hukuka uygun kabul edilmektedir. Meşru

⁴⁸⁴ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 30.

⁴⁸⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 268, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 220- 221.

⁴⁸⁶ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 219- 220.

⁴⁸⁷ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 19.

⁴⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2725, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 177.

savunmanın hukuka uygunluk sebebi olarak haksızlığı ortadan kaldırması için, saldırı ve savunmaya ilişkin bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.⁴⁸⁹

“*Haklı haksızın karşısında gerilememelidir*” ilkesi, meşru savunmanın ana fikrini oluşturur.⁴⁹⁰ Her zaman ve her yerde kabul gören meşru savunmanın hukuki esası sübjektif ve objektif olmak üzere farklı düşüncelerle açıklanmaya çalışılmıştır.⁴⁹¹ Bununla birlikte fiilin baştan itibaren hukuka uygun olarak gerçekleşmesini sağladığı konusunda çoğunluğun görüşü söz konusudur.⁴⁹²

Meşru savunmadan bahsedilebilmesi için öncelikle hukuken korunan haklara zarar verecek ya da onları tehlikeye atacak bir saldırının olması gerekir.⁴⁹³ Bu saldırının gerçekleşmekte, gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak bir saldırı olması şarttır. Sona ermiş ve tekrarlanmayacak bir saldırıda, meşru savunma hükümleri uygulanamaz. “*Birine zarar vermek amacıyla silahlı ya da silahsız hücum etmek*” anlamına gelen saldırı⁴⁹⁴ her zaman haksız olmayabilir. Hukuka uygunluk sebebi olarak meşru savunmanın söz konusu olması için, saldırı aynı zamanda haksız da olmalıdır. Saldırıda bulunan kişinin hakkını kullanması ya da görevini ifa etmesi söz konusu ise, bu saldırıya karşı meşru savunmanın varlığından bahsedilemez. Bu aşamada saldırının haksızlığı ve cezalandırılabilirliği hususları birbiri ile karıştırılmamalıdır. Saldırının haksızlığının belirlenmesinde cezalandırılması ya da cezalandırılmaması bir önem arz etmez.⁴⁹⁵ Dolayısıyla saldırganın dokunulmazlığının olması veya muhakeme şartlarının gerçekleşmemiş olması, saldırının haksız olmasını engellemeyecektir. Bununla birlikte saldırıyı gerçekleştirenin isnat kabiliyetinin olmaması durumunda, meşru savunma şartları konusunda farklı görüşler ileri

⁴⁸⁹ “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” **5237 s. TCK m. 25/1.**

⁴⁹⁰ JESCHECK, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, s. 24.

⁴⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 109 vd., ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, 1985, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 29 vd.

⁴⁹² KUNTER, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, s. 166, ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, s. 80.

⁴⁹³ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 241. TCK m. 25/1’de saldırının yöneldiği haklar konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre her türlü hakka yönelik saldırıda meşru savunma mümkündür. ETCK m. 49’da ise yalnızca nefis ve ırza yönelik saldırılarda meşru savunmanın mümkün olduğu ifade edilmişti. Eleştirilen bu hükümde, nefis ve ırz kelimelerinin geniş yorumlanarak sorunlar giderilmeye çalışılsa da, malvarlığına karşı gerçekleştirilen saldırıların hiçbir şekilde bu hükme dâhil olması mümkün değildi. ÖZEN, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s. 95 vd.

⁴⁹⁴ YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 587.

⁴⁹⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 116- 118.

sürülmüştür. Çocuğun veya akıl hastasının fiilinin, saldırı niteliğinde görülemeyeceği ve bu durumda hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk hâlinin söz konusu olacağı bu görüşlerden biridir. Buna karşılık kişinin akıl hastası ya da çocuk olması, fiilindeki haksızlığı ortadan kaldırmayacağı için, burada hukuka uygunluk sebebi olarak meşru savunmanın söz konusu olduğu söylenmelidir.⁴⁹⁶

Meşru savunmanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinde en önemli şartlardan biri savunmanın zorunlu olmasıdır. Kişinin başka türlü hareket ederek saldırıyı uzaklaştırması mümkünse, meşru savunmadan bahsedilemeyecektir.⁴⁹⁷ Bir diğer önemli şart da savunma ile saldırı arasındaki orantıdır. Savunma, saldırıda bulunan kişiye karşı ve onun saldırısını önleyecek derecede olmalıdır. Buradaki oran yine somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenecektir. Saldırı ve savunmada bulunanların kişisel durumları, ellerindeki araçlar ve bunu ne şekilde kullandıkları, saldırıya uğrayan hak ile savunmada zarar gören hakkın karşılaştırılması suretiyle, savunmanın orantılı olup olmadığına karar verilir.⁴⁹⁸

Meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda uygulanma alanı bulması mümkündür. Hürriyeti sınırlandırma şeklinde gerçekleşecek bir savunma için, gerçekleşmekte, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırı olmalıdır. Sona ermiş bir saldırı karşısında, saldırganın bir yere kapatılarak savunma yapması mümkün değildir. Savunma, kişinin güvenliği sağlanıncaya kadar devam eder.⁴⁹⁹ Polis olaya müdahale etmiş olmasına rağmen, kişi saldırganı kapattığı yerden çıkarmıyorsa, savunmada sınır aşılmış demektir. Bu durumda ihmalî hareketle hürriyet tahdit suçunun işlendiği söylenebilir.⁵⁰⁰ Örneğin cüzdanını çalan kapkaççıyı bir depoda yakalayan kişinin, cüzdanını aldıktan sonra,

⁴⁹⁶ ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 94- 95.

⁴⁹⁷ Kaçarak saldırıdan kurtulma imkânına sahip olan kişilerin, kendini savunması halinde meşru müdafaa hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Kişilerin kaçarak korkak ve alçakça hareket etmeye zorlanmayacağı gerekçesi ile kaçma yerine mücadele etmeyi seçenlerin de hukuka uygunluk sebebinden yararlanacağı söylenmektedir. Somut olayın şartları dikkate alınarak bu hususta karar verilmelidir. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 126- 128.

⁴⁹⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 129- 130, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 245- 246.

⁴⁹⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 347, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 278.

⁵⁰⁰ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 61.

kapkaççıyı depoya kilitlemesi durumunda hukuka uygunluk sebebi olarak meşru savunmadan bahsedilemez.⁵⁰¹

ii. Zorunluluk Hâli

Zorunluluk hâli, “bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu karşısında, suç teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi mecburiyetini doğuran bir durumdur.”⁵⁰² 5237 sayılı TCK m. 25/2’de⁵⁰³ düzenlenmiş olan bu durumun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar söz konusudur. Tehlikenin ortaya çıkmasında katkısı olmayan bir kimsenin, tehlikeden zarar görecektir kişi ya da kişileri kurtarmak amacıyla, haklarının çiğnenmesi ahlaki görünmemektedir.⁵⁰⁴ Ayrıca tehlike toplumsal bir nitelik taşıyor da olabilir.⁵⁰⁵ Bununla birlikte herkeste var olan kendini koruma içgüdüğü dikkate alınmadan yapılan hukuki düzenlemeler gerçekçi olmayacaktır.⁵⁰⁶ Bu kapsamda zorunluluk hâlinin hukuken varlığını kabul etmek ve uygulanma şartlarını açıkça düzenlemek gerekmektedir.⁵⁰⁷

“Zaruretin kanunu yoktur” şeklindeki doğa kuralının,⁵⁰⁸ hukuki norm niteliğini almış hâli olarak zorunluluk hâli, hukuki esası itibarıyla çok farklı teorilerle açıklanmaktadır. Zorunluluk hâlini sadece daha az ceza verilmesini gerektiren bir durum olarak düşünen yazarların yanı sıra onun hukuki varlığını kabul ederek, hukuka

⁵⁰¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 347, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 889.

⁵⁰² DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 131. TOROSLU da DÖNMEZER, ERMAN gibi tahlilci metodu benimsemiş ve zorunluluk halini unsurlarına ayırarak incelemiştir. TOROSLU zorunluluk halini “tehlikeye katlanmak hususunda hukuki mükellefiyeti olmayan bir kimsenin, bilerek sebebiyet vermediği ve kendisinin yahut başkasının şahsına müteveccih ağır ve muhakkak bir tehlikeyi, ancak kanunun suç olarak öngördüğü ve tehlike ile mütenasip bir fiil ile bertaraf etmesi hali” şeklinde tanımlamaktadır. TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 6.

⁵⁰³ “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” **5237 s.TCK m. 25/2.**

⁵⁰⁴ TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 1, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 132.

⁵⁰⁵ ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 99.

⁵⁰⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 132, ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 99.

⁵⁰⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 249.

⁵⁰⁸ TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 1, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 164, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 132.

uygunluk sebebi olarak mı yoksa kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak mı ele alınacağını tartışan yazarlar vardır.⁵⁰⁹

Zorunluluk hâlini tehlike ve savunmaya ilişkin şartlar olarak iki grupta incelemek mümkündür. İlk şart kişinin bilerek sebep olmadığı, kendisini ya da üçüncü kişiyi, ağır bir zarara uğratacak olan bir tehlikenin mevcut olması ve kendisinin bu tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün olmamasıdır.⁵¹⁰ Kanunda “*muhakkak bir tehlike*” ifadesi kullanılmıştır.⁵¹¹ Tehlikeli durumun oluşmasında kusuru bulunmayan üçüncü kişinin haklarının ihlal edildiği göz önünde bulundurulduğunda, tehlikenin varlığı konusunda bu kadar kesin bir ifadenin kullanılma amacı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte meşru savunmada olduğu gibi henüz gerçekleşmemiş, ancak gerçekleşme ihtimali kesin olan bir tehlike de bu kapsama girer.⁵¹² Hatta tehlike gerçekleşmiş ama sona ermemişse, yani zararlı netice devamlılık niteliğine sahipse, yine mevcut bir tehlikeden bahsedilebilecektir.⁵¹³ Kişinin tehlikenin varlığı ya da gerçekleşme ihtimalinde yanılmış olması da mümkündür. Bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinde yanılmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁵¹⁴

Kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye yönelmiş ağır bir tehlikeden bahsedilmesi, hakka yönelik her tehlikede, zorunluluk hâli kapsamında üçüncü kişiye

⁵⁰⁹ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 135. Alman Ceza Hukukunda, biri hukuka uygunluk sebebi, diğeri kusurluluğu etkileyen sebep olarak iki ayrı zorunluluk hali öngörülmüştür. Mehaz kanunu Alman Ceza Kanunu olan TCK’da ise hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline ilişkin tanıma yer verilmişken, Ceza Muhakemesi Kanununda bu durum kusurluluğu etkileyen bir durum olarak görülmüştür. (CMK m. 223/3-b). TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 164, dipnot 2. TCK m. 25 Madde gerekçesinde ise zorunluluk hali için kusurluluğu ortadan kaldıran ifadesi kullanılmıştır. Çalışma kapsamında bu görüşlere ve hukuki esasına ilişkin teorilere yer verilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 19 vd., DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 135 vd., KANGAL, Zeynel T., *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s. 215 vd., BEKAR, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, s. 47 vd.

⁵¹⁰ ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 99, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 135.

⁵¹¹ Tehlike, bir ya da birden fazla olayın, bir hakkın zarar görmesine, menfaatin azalmasına ya da tehdidine sebep olma konusundaki elverişliliği olarak tanımlanabilir. Bu kavram hem objektif hem de sübjektif bir nitelik arz etmektedir. TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 95. Tehlikenin objektif niteliğiyle değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır. KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, s. 230 vd. ÖNDER tehlikenin “filhal” olmasını da bu şart kapsamında aramıştır. “İnsanların deneylerine göre mevcut durumun doğal gelişmesi sonucu derhal korunma hareketi yapılmadığı takdirde hukukça korunmakta olan yararın zarar görme ihtimalinin büyük olabileceği hal” tehlikenin filhal olduğu haldir. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 252.

⁵¹² DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 140, TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 96.

⁵¹³ TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 96.

⁵¹⁴ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 140- 141.

zarar verilemeyeceğini gösterir. “Tehlikenin ağırlığı, konu ve kullanılan vasıta arasında orantı” dikkate alınarak fiil gerçekleştirilmelidir. Doktrinde, yalnızca tehlikeler arasındaki orantının incelenmesi gerektiği, konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantının, zorunluluk hâlinde önemi olmadığı ileri sürülmüştür.⁵¹⁵

Zorunluluk hâline ilişkin hükmün uygulanması için failin, tehlikeli duruma bilerek neden olmaması gerekir. Buna göre failin tehlikeli durumu kasten meydana getirmesi hâlinde zorunluluk hâlinin söz konusu olmayacağı açıktır, ancak failin tehlikeye taksirle sebep olması durumunda, zorunluluk hâlinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte,⁵¹⁶ failin taksirle hareket etmiş olmasının, onun zarar göreceği bir durumdan kurtulmaya çalışma hakkını tamamen ortadan kaldıran bir hâl olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁵¹⁷ Kanunda “bilerek” ifadesine yer verilmiş olması da, taksirli hareket etmiş olan bir kişinin sonucu öngörmemesi sebebiyle, zorunluluk hâlinde yararlanabilmesi gerektiğini gösterir.⁵¹⁸

Korunmaya ilişkin olarak failin tehlikeden başka türlü kurtulma imkânı olmaması ve tehlike ile orantılı bir zarar vermesi aranmaktadır. Meşru savunmadan farklı olarak kaçma imkânına sahip olan kişinin, üçüncü kişiye zarar vererek kendisini kurtarmaya çalışması zorunluluk hâli kapsamına girmeyecektir. Hatta tehlikeden, daha hafif bir suç işleyerek kurtulmak mümkünken, fail ağır olan suçu işlemişse yine zorunluluk hâli uygulanmayacaktır.⁵¹⁹ Tehlikeli durumla ilgisi olmayan üçüncü bir kişinin zarar görmesi sebebiyle, failin daha dikkatli bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Bununla birlikte failin içinde bulunduğu durum ve kişisel özellikleri de hâkim tarafından dikkate alınarak, yaptığı seçim değerlendirilmelidir.⁵²⁰

⁵¹⁵ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 64, dipnot 225.

⁵¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 117 vd.

⁵¹⁷ ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 100, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 146.

⁵¹⁸ TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 127- 128, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 143- 146. Taksiri, bilinçli ve basit taksir ayrımı yaparak ele alan ve yalnızca basit taksir halinde zorunluluk halinin uygulanacağını düşünen yazarlar da vardır. Bilinçli taksirdeki öngörme hali, fail zararlı sonucun gerçekleşmesini istemese de bilme kapsamına girer ve failin hukuka uygunluk sebebinden yararlanmamasını gerektirir. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 253, BEKAR, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, s. 101, TOROSLU, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 127, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 167- 168.

⁵¹⁹ ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 101, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 147, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 254.

⁵²⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 147.

Zorunluluk hâlinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda uygulanması mümkündür. Failin bilerek sebep olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak ya da üçüncü kişiyi kurtarmak için, başka bir kişinin hareket hürriyetini sınırlandırması hâlinde zorunluluk hâli söz konusu olacaktır. Zarar verilen üçüncü kişiye ait hak, hareket hürriyeti olduğundan, buna eşdeğer ya da daha yüksek bir hak ya da menfaat tehlikede olduğunda zorunluluk hâlinde bahsedilebilecektir. Ağır yaralı birini hastaneye yetiştirmek amacıyla, felçli birinin aracının çalınmasında,⁵²¹ menfaat dengesi olduğu için, hukuka uygunluk sebebinden yararlanılabilir. Bununla birlikte failin tehlikeyi önlemek için başka bir yol bulamamış olması gerekir. Daha açık ifadeyle felçli olmayan bir kişinin aracının çalınması mümkünse, zorunluluk hâlinde bahsedilemez.⁵²² Yaralının sağlık durumunun ağırlığı da zorunluluk hâlini etkileyen durumlardan biridir. Yaralı için hayati tehlike söz konusu değilse ve ambulansı bekleme imkânı varsa yine zorunluluk hâlinde söz edilemeyecektir.⁵²³

Kişinin şeref ve haysiyetini korumak amacıyla, üçüncü bir kişinin hareket hürriyetini sınırlandırması durumunda da zorunluluk hâli vardır. Nehirde banyo yapan bir kişinin kıyafetleri, suya kapılarak kaybolursa, başkasının kıyafetlerini giyerek oradan ayrılması durumunda, zorunluluk hâline ilişkin hükümler uygulanacaktır. Burada failin eve gitmesi için kıyafetleri almasının zorunlu olduğu ve hürriyeti tahdit kastının bulunmadığı dikkate alınmalıdır.⁵²⁴

Ağır ve muhakkak bir tehlikenin olması koşulunun sübjektif ve objektif bakımdan değerlendirilmesi mümkündür. Doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, Yargıtay 18.1.1984 tarihli bir kararında, tehlikelilik hâlini objektif olarak değerlendirmiş ve sanıkların, siyasi rejim dolayısıyla, kaçmak dışında yaşamlarını sürdürmek için başka yollarının kalmadığı, bu nedenle uçak kaçırmak suretiyle hürriyeti tahdit de dâhil olmak üzere diğer suçları işledikleri olayda, sübjektif

⁵²¹ SCHUBARTH, Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, C.III, Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173- 186 StGB, Bern, s. 164- 165, (akt. ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 62).

⁵²² DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 79.

⁵²³ Aynı yönde bkz. DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 78.

⁵²⁴ Bkz. GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 84.

nitelikteki tehlikenin, zorunluluk hâlinde yararlanmaları için yeterli olmadığı yönünde karar vermiştir.⁵²⁵

Kürtaja karşı olan bir grubun, kürtaj ile insan yaşamına son verilmesinin kamusal bir felakete neden olacağını ileri sürerek, bir kadın merkezine zorla girmeleri, orada bulunanların hürriyetlerini sınırlamaları, eşyalara zarar vermeleri ve polis gelmeden merkezden ayrılmaları olayında, Yüksek Mahkeme zorunluluk hâlinin oluşmadığına karar vermiştir. Grubun yakın ve muhakkak bir tehlike olarak gördükleri kürtajla insan yaşamına son verilmesini, bu nitelikte görmeyen mahkeme, gerçekleştirdikleri fiilin de, tehlike olarak kabul ettikleri duruma son vermede etkili olmadığını söylemiştir. Hâlâ yasal olarak kürtaj hakkı mevcut olup, diğer merkezlerde yapılmaya devam edilmektedir.⁵²⁶ Aynı şekilde nükleer enerji üretimine engel olmak için bir nükleer tesise zorla girilmesi olayında da mahkeme, açık, yakın ve muhakkak bir tehlikenin söz konusu olmamasının yanı sıra, diğer merkezlerde nükleer enerji üretiminin devam ettiğini belirtmiştir. Nükleer enerjiye karşı olanların, bunu protesto etmek için diğer hukuki yolları kullanabileceklerini ve olayda zorunluluk hâlinin olmadığını söylemiştir.⁵²⁷ Kanunumuzda ağır ve muhakkak bir tehlike olarak ifade edilen durum, Amerikan Ceza Hukuku uygulamasında açık, gerçekleşmesi yakın bir tehlike olarak geçmekte ve bu tehlikeye son vermek için gerçekleştirilen hareketin, bu sonucu ortaya çıkaracak nitelikte olması aranmaktadır.⁵²⁸

⁵²⁵ “...Sanıklar vekili tüm aşamalarda savunmalarında olduğu gibi duruşmalı temyiz incelemesi sırasında da sanıklara yüklenen suçun adi nitelikli bir uçak kaçırma suçu olmayıp siyasi içerik taşıdığını, amaçlarının uçak kaçırmak değil, ağır tarzda kısıtlanmış özgürlüklerine kavuşmak ve bulundukları ülkenin hukuksal, siyasi ve sosyal baskılarından kurtulmak amacına yönelik olduğunu, Alman asıllı olduklarını, Çarlık Dönemi'nde gerçekleşen bir sözleşme ile orada kalan ailelerinin devamı olarak yeniden Almanya'ya dönme isteklerinin rejimin değişmiş olması nedeniyle mümkün olmadığını, başvurularından bir sonuç alamayınca kaçma yolunu denediklerini, yaşamlarını sürdürmek için başka çarelerinin kalmadığını, La Haye Sözleşmesi'nin terörist eylem biçiminde uçak kaçırımlarına karşı suçlanmalarının mümkün olamayacağını, eylemlerinin siyasi olduğunu ve yasal olarak sığınma hakkı isteyebileceklerini, bu nedenle beraatlarına karar verilmediği takdirde TCK.nun 49 veya 272. maddelerinin uygulanması gerektiğini, her şeye rağmen cezalandırılması gerekse bile olayda yasal tahrik hükümlerinin düşünülmesini, Türkiye'de ateşli silah taşımadığını, iner inmez yetkililere teslim edildiğine göre 6136 sayılı Yasaya aykırılıkta bulunulmadığını ileri sürmüş ve hükmün bozulmasını istemiştir.” Y. 8. CD, 18.1.1984, E. 1983/2528, K. 1984/54. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-1983-2528.htm&kw=18.1.1984#fm>, Erişim Tarihi: 5.3.2016.

⁵²⁶ Pennsylvania Yüksek Mahkemesi, 1988, 341, 541 A. 2d 347, (akt. BEKAR, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, s. 94 vd.).

⁵²⁷ State v. Dorsey , 395 A. 2d 855 (N. H. 1978), (akt. BEKAR, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, s. 97).

⁵²⁸ BEKAR, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, s. 94- 98.

iii. Görevin İfası

Bir fiilin hem suç olarak düzenlenmesi suretiyle yasaklanması hem de hukuk düzeni tarafından yapılmasının emredilmesi mümkün olmadığından, öngörülen hukuka uygunluk sebepleri ile fiilin hukuka aykırılığı baştan ortadan kalkmaktadır.⁵²⁹ Bu hukuka uygunluk sebeplerinden biri de görevin ifasıdır. Görevin ifası, hukuk sistemi içinde, kişiye görev olarak verilmiş hareketin gerçekleştirilmesi nedeniyle cezalandırılmamasıdır.⁵³⁰

TCK m. 24/1’de “*kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmez*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre kanun tarafından yetkilendirilen kişi, yetki alanı içinde gerçekleştirdiği, kanuni tipe uygun ve hukuka aykırı olmayan hareketinden dolayı cezalandırılmaz.⁵³¹ Burada görev ve yetki ayrımını yaparak hukuka uygunluk sebebini doğru tespit etmek önemlidir. Görev, sahibinin yapmak zorunda olduğu, aksi şekilde hareket etmesinin mümkün olmadığı durumları ifade eder. Yetki ise görevden farklı olarak, kişinin kullanıp kullanmama konusunda tercih hakkına sahip olduğu durumlardır. Dolayısıyla kime ait olduğundan ziyade gerçekleştirilmesinin zorunlu olup olmamasına göre görevin ifası ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebepleri söz konusu olacaktır. Hakkın kullanılmasında bir yetki mevcutken, görevin ifasında bir yükümlülükten bahsedilmektedir.⁵³²

Görevin ifası hukuka uygunluk sebebinde, kişiye yüklenen görevin farklı hukuki dayanakları olabilir. TCK’da “*kanundan kaynaklanan*” ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte, amirin emrini yerine getiren kişi de dolaylı olarak kanuna dayanmakta, esasını kanundan alan bir emri yerine getirmektedir.⁵³³ Bu nedenle doktrindeki kanun hükmünü yerine getirme ve görevin ifası şeklindeki ayrım

⁵²⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 294.

⁵³⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 269.

⁵³¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 269.

⁵³² DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 257. Kanunun tanıdığı bir hak ya da yetkinin kullanılmasını, geniş anlamda görevin yerine getirilmesi olarak gören ve hakkın kullanılması kapsamında ele alan yazarlar da vardır. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 294.

⁵³³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 296. ÖNDER, kanunun hükmünün yerine getirilmesi ile amirin emrini ifa arasında farklılıklar olduğu görüşündedir. Amir, kanun hükmüne uygun emir vermek zorunda olabilir. Bununla birlikte faaliyeti sırasında, kanun hükmünde yer alan boşlukları da doldurmaktadır. Amirin emrini ifada bir emrin verilmesi gereği de dikkate alındığında, farklı durumlar olduğu görülecektir. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 228.

yapılmadan, her ikisinin de kaynağını kanundan alan hukuka uygunluk sebepleri olarak, görevin ifası başlığı altında incelenmesi uygun bulunmuştur.⁵³⁴

Bu hukuka uygunluk sebebinde “kanun” ifadesini şekli anlamda kanunla sınırlı olarak kabul etmek doğru olmaz. Hukuk sistemi içinde yer alan her türlü yazılı hukuk kuralı, görevin ifasında hukuka uygunluğu sağlayacak norm niteliğindedir.⁵³⁵ TCK m. 24 ile bu hukuka uygunluk sebebinin hukuk sistemindeki yeri belirtilirken, CMK m. 90/1 ile herkesin belli durumlarda, kişi hürriyetini sınırlandıran bir tedbir olan yakalamayı gerçekleştirmesi mümkün kılınmıştır. CMK m. 90/2’de ise polisin yalnızca kanuni düzenlemeye dayanarak, yakalama tedbirine başvurabileceği hâllere yer verilmiştir. Ayrıca koruma tedbirlerinden durdurma, yakalama, gözaltı ve arama kişinin hareket hürriyetini sınırlandıran tedbirler olarak kabul edilmekte ve tüm bu tedbirler başta Anayasa m. 19 olmak üzere TCK, CMK, PVSK, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde düzenlenmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2003 yılında verdiği bir kararda, sanıkların, ev ve cep telefonlarını arayarak kendilerini rahatsız eden kişiyi, yakalamak amacıyla arabaya bindirmeleri, bu kişinin kolluğa teslim olması için ikna etmeye çalıştıkları sırada da kendilerinin yakalanmaları olayını, kişi hürriyetinin sınırlandırılması olarak nitelendirmemiştir. Aksine yakalama tedbirine uygun olarak, kişinin karakola getirilmesi süreci içinde kabul etmiştir. Bununla birlikte yakaladıkları kişiye zarar veren sanıkların yaralama suçundan sorumlu olmaları gerektiğini ifade etmiştir.⁵³⁶

⁵³⁴ ÖNDER, kanundan kaynaklanan hukuka uygunluk sebeplerini, kanun hükmünü yerine getirme, zilyetliğin korunması, Borçlar Kanunu hükümleri, eğitim hakkının kullanılması, şikayet ve ihbar hakkı, bir meslek ya da sanatın yerine getirilmesi, spor hareketleri, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi ve resmi bir görevin yerine getirilmesi alt başlıkları ile incelemiştir. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 227- 228. Bu tasnifle yetki ve görev arasında bir ayırım yapmadan kanundan kaynaklanan sebepleri ele almıştır.

⁵³⁵ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 228. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 294.

⁵³⁶ “... kararın katılanlar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nce 11.07.2001 gün ve 25889-12796 sayı ile; “Sanıkların, müdahili öç almak amacıyla denetim ve yönetimlerindeki araca zorla bindirip belli bir süre darp ederek götürdükten sonra ancak kolluğun müdahalesi ile bırakmış olmaları biçiminde başlayıp gelişen olayda TCK’nun 179/2. madde ve fıkrasında açıklanan suçun tüm öğeleriyle oluştuğu, halen sürdürülen uygulamaya göre suçun oluşumu için özel kastın gerekmediği gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılgiya düşülerek yazılı biçimde etkili eylemden mahkûmiyet hükmü kurulması” isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir. // Yerel mahkeme ise, ... hürriyeti tahdit suçunun nitelik itibarıyla özel kastın bulunmasını gerektiren suçlardan olduğunun açıklanması ve oluş şekli, müdahil mağdurun tutulduğu süre, yer ve zaman, sanıkların tanık Mehmet’e beyanlarıyla ortaya koydukları amaçları ve bu aşamada polisin bulundukları

Görevin ifası hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele alınması gereken bir diğer husus da amirin emrini ifadır. Dolaylı olarak kanundan kaynaklanan bu sebep, TCK m. 24/2’de “*yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*.” şeklinde ifade edilmiştir. Yetkili merci kanundan kaynaklanan emir verme yetkisini kullanmakta ve yerine getirilmesi zorunlu bir emir vermektedir. Kişi bu emri yerine getirmek suretiyle ortaya çıkan suçtan sorumlu olmamaktadır. Kanunun gerekçesinde ve CMK m. 223/3-b’de cezayı kaldıran bir sebep olarak görülen bu durumun, düzenlendiği yer ve hukuki kapsamı itibarı ile hukuka uygunluk sebepleri içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır.⁵³⁷

Amirin emrini ifa hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedebilmek için bazı şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. TCK m. 24⁵³⁸ ve Anayasa m. 137⁵³⁹

yere gelip duruma el koyuşu dikkate alındığında sanıkların olay öncesi ve olay içinde yoğunlaşan bir özel kast ile özgürlüğü daraltma suçuna yöneldiklerinin kabulüne olanak bulunmadığı, müdahili minibüsten indirirken direncini kırmak için vaki eylemlerinin müessir fiil suçunu oluşturduğu yolunda tam bir vicdani kanaate varıldığı gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir. // Bu kararın da katılan Kenan vekili ile o yer C.Savcısı tarafından süresinde temyiz edilmesi üzerine, // ... Sanıklara yüklenen özgürlüğü sınırlama cürmü Türk Ceza Yasası’nın 179. Maddesinde düzenlenmiş olup, madde, "Bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse ... cezalandırılır." hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm ile bireylerin hareket özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde kaldırılması, kısıtlanması yaptırıma bağlanmıştır. Suçun maddi unsuru, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla oluşur. Suçun manevi unsuru ise, öğretide çoğunlukla benimsenen görüşe göre failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesini ve bilmesini içeren genel kasttır. // Suçun genel kasttan ayrı olarak özel kastı gerektirip gerektirmediği hususunda tartışma bulunmasına karşılık, Ceza Yasamız anılan suçta, eylemin "gayrimeşru surette" işlenmesini öngördüğünden, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve istemesini aramaktadır. Bu nedenle Hakim, suçun manevi unsuruna dahil olan "hukuka aykırılık bilinci"ni elbette araştıracaktır. // Öte yandan, CYUY’nın "Meşhut Cürümde Yakalama, Meşhut Suç" başlığını taşıyan 127. maddesinin 1. fıkrası, "Meşhut cürüm sırasında rastlanan veya meşhut cürümden dolayı takip olunan şahsın firarı umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa tutuklama müzekkeresi olmaksızın dahi o şahsı herkes muvakkaten yakalayabilir..."; Maddenin son fıkrası ise, "Henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takip edilerek veya suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya veya izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da meşhut suç sayılır." hükümlerini taşımaktadır. // ... CYUY’nın 127. maddesinde hükme bağlanan koşullara uygun olarak katılanı yakalayan sanıkların eylemi hukuka uygun olup, olayda TCY’nın 179. Maddesi uyarınca "gayrimeşru surette" özgürlüğün sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla da anılan suçun manevi unsurunun oluşmadığı açıktır. Ancak, yakalama sırasında, yasanın tanıdığı zor kullanma sınırları aşılarak, sanıklar tarafından olayın kızgınlığı ile katılana karşı etkili eylemde bulunulması yasaya aykırı olduğundan bu suçtan dolayı cezalandırılmaları isabetlidir. YCGK, 11.3.2003, E. 2002/8-331, K. 2003/35, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2002-8-331.htm&kw=11.3.2003#fm>, Erişim Tarihi: 14.3.2016.

⁵³⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 296, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 258.

⁵³⁸ “(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” **5237 s. TCK m. 24**

⁵³⁹ “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o

düzenlemeleri de dikkate alınarak hukuken geçerli bir emirin varlığı ilk şart olarak kabul edilebilir. Bağlayıcı nitelikte olan bu emrin şekil ve içeriğe ilişkin kurallara uygun olarak verilmesi ve emrin konusunun suç teşkil etmemesi de gerekir.⁵⁴⁰ Konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilmez. Eğer bu nitelikteki bir emir ifa edildi ise, cezai sorumluluk devam edecektir. Yakalama, gözaltına alma, durdurma ve arama tedbirleri amirin verdiği emirle kişi hürriyetinin kısıtlanmasını mümkün kılan tedbirlerdir. Emrin meşruluğu, tedbirin meşruluğu anlamına gelir ve ancak hukuka uygun bir emirle söz konusu tedbirler uygulanabilecektir. Buna göre ceza muhakemesinin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilen tutuklama, gözaltına alma hâllerinde, tipikliğe uygun ve hukuka aykırı olmayan fiil, suç oluşturmaz.⁵⁴¹

Kolluk görevlisinin, şüpheli, sanık ya da tanık olmayan kişinin kimliğini teyit amacıyla ve bulunduğu yerde sorularını sorabilecek iken, hukuken gerekli olmamasına rağmen, bu kişileri karakola götürmesi durumlarında, hukuka uygunluk sebebi olarak kanun hükmünü yerine getirme söz konusu olamaz. Kolluk görevlisi olduğunu söyleyen failin, silahının olması ve kamu gücüne dayanan kuvvet kullanma yetkisi karşısında, mağdur özgür iradesi ile de hareket etmiş olamaz. Bu durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmiştir.⁵⁴² 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu m. 15'te polisin, yaptığı inceleme kapsamında, kişileri soru sormak amacıyla çağırabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca *"müşteki, mağdur veya tanık ifadelerini, talepleri hâlinde ikamet ettikleri yerlerde veya işyerlerinde de alabilir."* Buna göre ifadeleri alınmak üzere çağrılan kimselerin, bu fıkra kapsamında, ikamet ettikleri yerde veya iş yerlerinde ifadelerinin alınması mümkünse, zorla karakola götürülmeleri hürriyeti tahdit suçunu oluşturacaktır.

emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır."

Kanunsuz Emir Anayasa m. 137

⁵⁴⁰ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 258- 261, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 234-235.

⁵⁴¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 348, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 404.

⁵⁴² ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, s. 442. TCK m. 109/3-d bendinde, kamu görevinin sağladığı nüfuz kullanılmak suretiyle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâl olarak düzenlendiği için, TCK m. 257'de yer alan görevi kötüye kullanma suçundan fail cezalandırılmayacaktır. ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, s. 443. TCK m. 109/3-d düzenlemesi, m. 257'ye göre özel düzenleme niteliğindedir.

Her hukuk sisteminde hatalı işlemler yapılabilir ya da hatalı mahkûmiyet kararları verilebilir. Ceza davasının kamusal niteliği ve devletin davada taraf olması nedeniyle, verilen hatalı kararlardan doğan zararları devletin gidermesi gerekecektir.⁵⁴³ Yakalama, gözaltına alma ve tutuklama, kişi hürriyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler olduğu, ancak bu tedbirlerden vazgeçmek mümkün olmadığı için tedbirlerin uygulanmasında yapılan hatalarda, mağdurlara tazminat ödemek makul bir çözüm olarak görülebilir.⁵⁴⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 5'te kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yer verilmiş olup, hangi durumlarda kişi hürriyetinin sınırlandırılabilceği düzenlemiştir.⁵⁴⁵ Bu hüküm dışında yasal düzenlemelerle kişi hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin şartların belirtilebileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, bir devletin ulusal mevzuatında düzenlediği kişi hürriyetini sınırlandırabilme şartları,

⁵⁴³ CENTEL, Nur, "Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda Adli Kontrol- Yakalama- Tutuklama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi", *Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan*, İstanbul, 2006, s. 863. Yargılama sürecinde şüpheli, sanık ya da üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmini hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALACAKAPTAN, Uğur, "Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti", *AÜHFD*, C. XVIII, S. 1-4, Ayrı Baskı, Y. 1961, s. 188 vd., ÖZEN, Muharrem, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2004, HAKERİ, Hakan, *Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1999, s. 62 vd.

⁵⁴⁴ HAKERİ, *Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama*, s. 45- 46.

⁵⁴⁵ "1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasa da belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi; b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması; c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması; e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması; f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmemekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması; 2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir. 3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir. 4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. 5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır." **AİHS m. 5.**

Avrupa İnsan Hakları Divanı'na göre, AİHS'deki ilkelere de uygun olmalıdır. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem ülkede ulusal mevzuatın işletilmesini hem de bu ulusal mevzuat hükümlerinin sözleşmeye uygun olmasını incelemektedir.⁵⁴⁶ Tedbirlerin uygulanması ile ortaya çıkan haksızlık, tedbirlerin kanuni düzenlemedeki şartlarından da kaynaklanabilmektedir. Usulüne uygun verilmiş bir tutuklama kararı da tedbirin amacını aşan bir düzenlemeye dayandığından haksız olacaktır.⁵⁴⁷ Anayasa m. 19'da kişi hürriyetinin sınırlandırılması yasağının istisnalarına yer verilmiştir. Şartları kanunlarda da yer alan bu tedbirlere başvurulması sırasında hata yapılır ya da söz konusu şartlara uyulmazsa *"kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."*⁵⁴⁸ Buna göre AİHS, Anayasa ve ilgili kanunlarda yer alan şartlara aykırı olarak kişi hürriyetini sınırlandırıcı tedbirlere başvurulması, mağdurun zararının tazminini gerektiren bir durumdur.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ KÖROĞLU, Hasan, *Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)*, Ankara, Adil Yayınevi, 1996, s. 13.

⁵⁴⁷ ALACAKAPTAN, "Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti", s. 187.

⁵⁴⁸ *"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen : Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. // Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.*

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir. // (Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir. // (Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir. // Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir. // Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. // (Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir." **Anayasa m. 19.**

⁵⁴⁹ Tazminat ödenecek durumlar 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı kanundaki ilkeler doğrultusunda (CENTEL, "Adli Kontrol- Yakalama- Tutuklama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi", s. 864, SURLU, Mehmet Handan, "Tarihsel gelişiminin Işığında Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklamanın Tazmini (Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat)", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C.

Kişi hürriyetinin sınırlandırılması ile sonuçlanan güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında, tazminat ödemeyi gerektirecek hatalara sebep olmamak için uygulama sırasında bazı önleyici çözümler getirilebilir. Yakalama ve tutuklamanın birer tedbir olduğu gözetilerek, cezalandırma amacı taşımadan uygulanması, yakalama tedbirine başvurulduğu durumlarda en kısa sürede yakalanan kişinin hâkim önüne çıkmasını sağlayarak gözaltı süresinin kısaltılması, tutuklama kararı verildiği durumlara, tutukluluk süresini kanuni sınırlara uygun olarak belirlenmesi ve tutukluluğun, diğer tedbirlere başvurulması ile istisnai bir nitelik kazanmasının sağlanması bunlardan bazılarıdır.⁵⁵⁰ Toplumsal olarak tanınması insanlık tarihi boyunca büyük mücadeleler ile sağlanmış kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı,⁵⁵¹ ilgili yasal metinlerdeki şartlar kapsamında, yalnızca belli amaçlarla sınırlandırılabilir. Bu istisnalardan birini oluşturan muhakeme hukukundaki tedbirler amacına uygun olarak kullanılıp, özgürlüklerin aşırı sınırlandırılması engellenmelidir.

iv. Hakkın Kullanılması

Hukuken tanınmış bir hak ve yetkinin kullanılması durumunda, hak ve yetki sahibinin cezalandırılmaması, ilk zamanlardan beri kabul edilen bir ilkedir.⁵⁵² Hak, kapsamı hukuk düzeni tarafından belirlenmiş, kişiye kendi iradesiyle karar verme ve çevresini şekillendirme yetisi veren güç anlamına gelmektedir.⁵⁵³ Buna göre hukuk düzeni tarafından tanınan bir hakkın kullanılması, tipik fiil niteliğinde olsa da suç oluşturmaz. Bu hak, kamu hukukundan kaynaklanabileceği gibi özel hukuktan da kaynaklanabilir. Dahası örf ve adet hukukunun da bu anlamda kaynak niteliği

I, s. 676 vd. CMK m. 141 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Tazminat talep etme usulüne ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, “Adli Kontrol- Yakalama- Tutuklama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”, s. 864 vd., SURLU, “Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklamanın Tazmini s. 678 vd.

⁵⁵⁰ TEZCAN, Durmuş, *Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989, s. 45- 53.

⁵⁵¹ TEZCAN, *Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama*, s. 21- 22.

⁵⁵² DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 31, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 169. Bu kuraldan farklı olarak Mecelle’nin 30. maddesinde “*def’i mefasid celb-i menafi’den evladır*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre bir kişinin hakkını kullanması, başkaları için önemli bir zarara neden olacaksa, hakkın kullanılmasına izin verilmez. Zararın önlenmesi, hak sahibinin hakkını kullanması ile elde edeceği menfaatten üstün tutulmuştur. Bununla birlikte Mecelle’nin 91. maddesinde düzenlenmiş olan “*cevaz-ı şer-i zamana münafi olur*” hükmü ile hakkını kullanan kişinin tazminat ödemek zorunda olmadığı ifade edilmiştir. URUŞAK, Uğur, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2010, s. 1- 2.

⁵⁵³ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 241.

taşıdığı yaygın görüş olarak benimsenmektedir.⁵⁵⁴ TCK m. 26/1’de “*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” şeklinde ifade edilen hukuka uygunluk sebebi kapsamında, genel olarak bir meslek ya da sanatın icrası, sportif faaliyetler, haber verme hakkı, iddia ve savunma dokunulmazlığı, eleştiri hakkı, zilyetliğin korunması ve tedip hakkı görülmektedir.⁵⁵⁵

Sahip olunan hak ve yetkinin kullanılması suretiyle, hak sahibi ile bu hak ve yetkinin kullanılmasından zarar gören kişiler arasında, menfaat çatışmasının gerçekleşeceği muhakkaktır. Bununla birlikte hukuki olarak hakkın kullanılması durumunun kabul edilmesi, hak ve yetki sahibinin menfaatinin üstün tutulduğunu göstermektedir. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi olarak öngörülmesinin esası da buna dayanır.⁵⁵⁶

Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi niteliği taşıyabilmesi için bazı şartlar aranmıştır. Kişinin doğrudan doğruya kullanabileceği sübjektif bir hakkının olması ilk şarttır. Başka bir mercie başvurmak suretiyle hakkın kullanılması mümkünse, TCK m. 26/1 kapsamındaki bir haktan bahsedilemeyecektir.⁵⁵⁷ Kişinin sahip olduğu hakkı, kendisine tanınan sınırlar içinde kullanması ve gerçekleştirilen tipe uygun fiil ile hakkın kullanılması arasında nedensellik bağının olması diğer şartlardır.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 170. Kanunun yorumlanmasında kullanılan örf ve adet kurallarının, bu işleviyle yardımcı kaynak niteliğinde olduğu açıktır. Ancak yalnızca örf ve adet kurallarına dayanan bir hakkın kullanılmasının, hukuka uygunluk sebebi olup olmayacağı tartışmalıdır.

⁵⁵⁵ Hangi durumların hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele alınacağı konusunda görüş birliği olmamakla birlikte, genel olarak yukarıda sayılan durumların kabul edildiği söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 31 vd., ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 278 vd., TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 169 vd., HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 251 vd., HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 2013, 16. Baskı, s. 315 vd., CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 327 vd., DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 288 vd., ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 228 vd.

⁵⁵⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 31- 32.

⁵⁵⁷ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 315, ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 279. TCK m. 26’nın gerekçesinde hakkın kullanılması açıkça hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilmiş olup, bu hukuka uygunluk sebebinin oluşması için doğrudan doğruya kullanılabilir bir hakkın olması gerektiği ifade edilmiştir. **Madde Gerekçesi**

⁵⁵⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278- 279, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 33- 40, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 289- 291, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 328, ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 278- 279, URUŞAK, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, s. 192 vd.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından, zilyetliğin korunması, bir meslek ya da sanatın icrası kapsamında tıbbi müdahale ve tedip hakkının kullanılması, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden bahsedilebilecek durumlardır. Zilyetliğin ve hakkın korunması Türk Borçlar Kanunu m. 64/2 ve Türk Medeni Kanunu m. 981’de düzenlenmiştir. Buna göre bir hakkın ya da kişinin zilyetliğinde olan bir eşyanın korunması için, savunmaya ilişkin diğer şartların da varlığı durumunda, saldırıyı gerçekleştirene zarar verilmesi, hukuka aykırı bir fiil oluşturmayacaktır. Zilyetliğin korunması mala karşı yapılan saldırının defedilmesi veya zilyedin elinden çıkmış olan eşyanın geri alınması amacıyla saldırılması şeklinde olabilir.⁵⁵⁹ Zilyetliğin korunması için, saldırganı, saldırı anında tutmak ya da sonrasında kaçarken yakalamak, hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilecek,⁵⁶⁰ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır.

Ayrıca saldırıdan önce, zilyetliğin korunması amacıyla, saldırıya yönelik bazı koruma mekanizmalarının kurulması ve saldırı durumunda faal hâle gelen bu mekanizma sayesinde, saldırganın yakalanması, etkisiz hâle getirilmesi veya bir yere kapatılması mümkündür. Bu durumun hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu mekanizmanın, saldırı anında etkisini göstermesi ve saldırı ile orantılı olması gerekir.⁵⁶¹ Buna göre ev sahibinin, bahçesine saldırgan bir köpek salıvermesi,⁵⁶² hırsızlık yapmak için bahçeye girmiş olan kişinin, köpekten kaçarken köşeye sıkışması ve temadi hususunu sağlayacak süre boyunca oradan çıkamaması durumunda hürriyeti tahdit suçu oluşmaz.

⁵⁵⁹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 229, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 41- 42.

⁵⁶⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 41- 42, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 230.

⁵⁶¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 330- 331, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 231, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 293. Zilyedin, malvarlığına karşı gerçekleşecek muhtemel saldırıları önlemek amacıyla, saldırı öncesinde aldığı tedbirlerin, meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Meşru savunma kabul edilebilmesi için yukarıdaki şartların varlığı kuşkusuz aranacaktır. Buna rağmen bazı yazarlar, sonucu öngöremeyecek şekilde hareket etmenin kör bir makine kullanmaya benzediğini ifade etmişler ve meşru savunmada bundan farklı olarak saldırı anında harekete geçen, bilinçli bir irade söz konusu olduğunu savunmuşlardır. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 330- 331. DÖNMEZER, ERMAN, zilyede tanınan zilyetliği koruma hakkının, saldırıdan önce tedbir alma hakkını da kapsadığını düşünmektedirler. Bazı sınırlar içinde kişi malvarlığını korumaya yönelik tedbirler alabilecektir. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 43.

⁵⁶² ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 231.

765 sayılı ETCK’da meşru savunmaya konu hakların “nefis ve ırz” olarak sınırlandırılmış olması, Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunda hak ve zilyetliği koruyacak nitelikte yukarıda geçen hükümlerin öngörülmesini haklı göstermektedir. Malvarlığına karşı saldırılar meşru savunma kapsamına alınmadığından, özel hukuk düzenlemeleri ile bu saldırılara karşı zilyetliğin ya da hakkın korunması mümkün kılınmıştır. 5237 sayılı TCK m. 25/1’de ise her türlü hakka yönelmiş saldırıya karşı savunma mümkündür. Buna göre Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun hükümleri olmasa da malvarlığına yönelen bir saldırıyı defetmek meşru savunma kapsamında hukuka uygun olacaktır.⁵⁶³

Hakkın kullanılması kapsamında ele alınabilecek bir başka durum da meslek ya da sanatın icrasıdır. Gerek meslek mensubu için, gerek diğer kişiler veya toplum için tehlike oluşturacak bir meslek ya da sanatın icrası, devletin yapılmasına izin vermesi ile mümkündür. Bu alanda oluşturulan yasal mevzuat ile çalışma şartları belirlenmekte, tehlike ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Hekimlik de tıbbi müdahalelerin içerdiği risk ve tehlike bakımından yasal olarak izin verilmesi gereken mesleklerden biridir. Yasal düzenlemelerde yer alan çalışma şartlarını sağlayan bir hekim, bu mesleği yapma hakkına kavuşmaktadır.⁵⁶⁴

Hukuki şartları sağlayan bir hekimin faaliyetleri, tipiklik unsuruna uygun olsa da suç oluşmayacaktır. Hekimlik yapma hakkına sahip bir kişinin, tıbbi müdahalenin zorunlu olduğu durumlarda, hastanın aydınlatılmış rızasını da alarak, mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranması hâlinde suçtan

⁵⁶³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 331.

⁵⁶⁴ Hekimlik mesleği dolayısıyla tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi hususunda görüş birliği olmakla birlikte, hangi hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele alınacağı tartışmalıdır. Hukuki olarak diploma almanın ve tabip odalarına kayıtlı olmanın şart olması, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi içinde değerlendirilebileceğini göstermektedir. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 55, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 239, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 253. Farklı olarak hekimin müdahale etme yükümlülüğü dikkate alınarak görevin ifası hukuka uygunluk sebebi kapsamında kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca tıbbi müdahalelerde, kişinin rızası, aranan temel şartlardan biri olduğundan, mağdurun rızası kapsamında da ele alınması gerektiği düşünülebilir. Türk hukukunda genel olarak kabul edilen görüş hakkın kullanılması kapsamında incelenmesidir. Ancak bazı yazarlar bu durumun, mağdurun rızasını tamamen görmezden gelme anlamına geldiğini söylemekte ve tıbbi müdahalenin birden fazla hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele alınmasının daha doğru olduğunu savunmaktadır. Hakkın kullanılması, mağdurun rızası ve görevin ifası, tıbbi müdahalede hukuki dayanak olarak kabul edilebilir. HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 341- 342. Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 51 vd., ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 239- 240.

bahsedilemez.⁵⁶⁵ Daha çok taksirle yaralama ya da öldürme suçlarına ilişkin risk oluşturan bu meslek, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da önem arz eder. Tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği sırada, kişinin hareket hürriyetinin sınırlandırılması, yaralama ya da öldürme yanında, hürriyeti tahdit suçuna ilişkin tipik fiilin de gerçekleştirildiğini göstermektedir. Bu durumda tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması, hürriyeti tahdit suçunun oluşmasına engel olacaktır.⁵⁶⁶

Eğitme görevine sahip kişilerin, eğitilecek kişileri, bu görevle orantılı olarak tedip hakkına sahip olması da, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamındadır.⁵⁶⁷ Buna göre öncelikle anne baba, sonra vasi ve öğretmenler bu hak kapsamında çocuğu terbiye edebilir, onu eğitmek için gerekli tedbirleri alabilir, hareket hürriyetini sınırlandırabilir. Tedip hakkı kanundan, sözleşmeden ya da örf ve adetten kaynaklanabilir.⁵⁶⁸

TCK m. 232/2 tedip hakkının kanuni dayanaklarından biridir. Hükümde *“idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye”* ceza verileceği ifade edilmiştir. Öyleyse böyle bir yetkinin kötüye kullanılmadığı durumda, çocuğun hareket hürriyetinin sınırlandırılması, bazı haklarından mahrum bırakılması hukuka uygun olacaktır.⁵⁶⁹ Medeni Kanun m. 339 da bu hükmü destekler niteliktedir. Buna göre çocuğun bakım ve gözetimi konusunda görevli olan anne ve baba, çocuğun menfaati için gerekli kararları alabilir. Durumu anladığı ölçüde çocuğun görüşünü de almak zorunda olan anne ve baba, çocuğun evi terk etmesi konusunda da söz sahibidir.⁵⁷⁰

⁵⁶⁵ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 341- 342, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 297.

⁵⁶⁶ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 238.

⁵⁶⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 231- 232.

⁵⁶⁸ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 302, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 232.

⁵⁶⁹ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 343, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 172.

⁵⁷⁰ “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. (2) Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. (3) Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar. (4) Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz. (5) Çocuğun adını ana ve babası koyar.” **4721 s. TMK m. 339.**

Kanunda tedip hakkı kapsamında uygulanacak tedbirlerin neler olduğuna ilişkin açıklık yoktur.⁵⁷¹ Bununla birlikte kanunun ifadesinden yola çıkarak, alınacak tedbirlerin, eğitim görevini yerine getirmek için gerekli ve yeterli ölçüde, kişinin sağlığına ya da vücut bütünlüğüne zarar vermeyecek nitelikte olması gerektiği söylenebilir.⁵⁷² Çocuğun bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişimi amaçlanarak, çocuğun güvenliği ilkesi ışığında tedbirlere karar verilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre dövmek,⁵⁷³ bir yere kapatmak,⁵⁷⁴ zorla yatılı okula yerleştirmek⁵⁷⁵ hakkın kullanılması kapsamında düşünülebilir.

Çocuğun terbiye edilmesinde kullanılan araçlar da, tedbirin orantılı olup olmadığını gösteren kriterlerden biridir. Bu araçlar çocuğun yaşına, cinsiyetine, sağlık durumuna uygun olmalı ve ölçülü şekilde kullanılmalıdır. Çocuğun nemli ve karanlık bir ortamda, günlerce tek başına bırakılması durumunda, ölçü aşılmış olduğundan fiil hukuka aykırıdır.⁵⁷⁶ Bu durumda TCK m. 232/2, m. 96 ve m. 109 hükümlerinden hangisinin uygulanacağı belirlenmelidir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşması için özel kastın aranması gerektiğini görüşünde olanlarca, burada hürriyeti sınırlandırma kastı olmadığından, kötü muamele suçundan ceza verilmesi gerektiği düşünülebilir. ETCK döneminde ise, genel, özel norm kuralı esas alınarak daha özel nitelikte olan hürriyeti tahdit suçundan ceza verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁷⁷ Bununla birlikte yeni TCK düzenlemesi kapsamında farklı hukuki yararları korumayı

⁵⁷¹ USTA, Sevgi, “Anne Babanın Tedip Hakkı”, *İÜSBFD*, 1994, S. 8, s. 16, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 232.

⁵⁷² ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 232, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 62.

⁵⁷³ Kişiyi dövmenin, tedip hakkı kapsamında kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. HAKERİ, tedip hakkının hiçbir şekilde kişinin dövülmesini hukuka uygun hale getirmeyeceğini savunmakta, küçük düşürücü nitelikte olan bu hareketleri gerçekleştirme yetkisinin, ne anne baba, ne de öğretmenlere verildiğini savunmaktadır. Eski Medeni Kanun m. 267’deki “*ana- baba çocuklarını tedip hakkına maliktir*” şeklindeki hükmün yeni Medeni Kanuna alınmamasının da bu durumu desteklediğini söylemektedir. HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 344- 345. Bu durumun somut olay kapsamında tespit edilmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır. DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 303, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 232, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 172. Ayrıntılı bilgi için bkz. USTA, “Anne Babanın Tedip Hakkı”, s. 16-18.

⁵⁷⁴ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 172, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 232, HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 343, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1200.

⁵⁷⁵ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 64.

⁵⁷⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 279.

⁵⁷⁷ EREM, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, s. 1183, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 62.

amaçlayan bu hükümlerin fikri içtima kurallarına göre uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁷⁸

v. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası Türk hukukunda kabul edilen hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Bu hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi için, bazı şartların var olması gerekir. Rızanın şartlarına ilişkin açık bir düzenleme yapılmışsa, rızanın hukuka uygunluk sebebi olup olmayacağı hususu kolayca belirlenebilir. Nitekim çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarında rızanın konusu, rıza gösterecek kişinin yaşı ve algılama yeteneği bakımından durumu belirtilmiştir.⁵⁷⁹ Bununla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından böyle bir düzenleme söz konusu olmadığından, tüm hukuk düzeni dikkate alınarak, rıza ehliyetine ilişkin şartlar belirlenmeye çalışılacaktır.⁵⁸⁰

İlk şart olarak, rıza açıklamak suretiyle kendi aleyhine suç işlenmesine izin veren kişinin, hak sahibi olması gerektiği söylenebilir.⁵⁸¹ Kişi tamamen ya da kısmen kendisine ait olmayan bir hak üzerinde rıza açıklamasında bulunamaz. Ayrıca bu hakkın, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olması gerekir. Kişisel menfaatler söz konusu olduğunda rıza geçerli iken, toplumsal bir menfaat söz konusu olduğunda rıza geçersiz olacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan menfaat olan hareket hürriyeti, kişiye ait bir menfaattir. Öngörülen sınırlar içinde, hak sahibinin üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi gerekir.⁵⁸² Hukuk sistemi, hak sahibini kendisine karşı korumak için de sınırlamalar getirmiş olabilir.⁵⁸³ Medeni

⁵⁷⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 349, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 279, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1200.

⁵⁷⁹ ŞAHİN, Meral EKİCİ, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2012, s. 132- 133.

⁵⁸⁰ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 66.

⁵⁸¹ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 74, YAŞAR, GÖKCEN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3619, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 63, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 222- 223.

⁵⁸² ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 223, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1201, ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 256- 257. ÖZTÜRK, ERDEM, uluslararası suçlar (TCK m. 76 vd.), millete ve devlete karşı suçlar (TCK m. 247 vd.) ve topluma karşı suçlarda (TCK m. 170 vd.) mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olamayacağını, bununla birlikte kişilere karşı suçlarda ve şikâyeteye bağlı suçlarda, mutlak surette tasarruf edilebilecek haklar söz konusu olduğundan rızanın geçerli olduğunu ifade etmektedir. ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 223.

⁵⁸³ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1201.

Kanun m. 23/2'deki hukuka aykırı olarak özgürlüklerden vazgeçilememesi ya da sınırlanamaması yönündeki düzenleme, bu anlamda getirilen sınırlamalardan biridir.⁵⁸⁴ Buna göre kişi kendisini köle hâline getirecek, fiziki olarak ağır zarar görmesine neden olacak şekilde ya da ahlaka adaba aykırı nitelikte haklarından vazgeçemez.⁵⁸⁵ Öyleyse hareket hürriyetinin sınırlandırılmasına rıza gösteren kişinin, köleleştirilmesi, ahlak ve adaba aykırı olarak onun haklarını sınırlanması söz konusu olmamalıdır.⁵⁸⁶ Bir evde, ev işlerine yardım etmek üzere işe başlayan kişinin, bir yıl boyunca evden çıkmayacağını taahhüt etmesi ya da işverenin anlaşma ile bunu talep etmesi hukuka uygun değildir.⁵⁸⁷

Mağdurun, rıza açıklamaya ehil olup olmadığı hususunun da belirlenmesi gerekir. Rıza açıklamanın hukuken nasıl nitelendirildiğine bağlı olarak ehliyetle ilgili kıstaslar ortaya konulacaktır. Mağdurun rıza açıklamasını, medeni hukuku ilgilendiren bir hukuki işlem olarak kabul edenler, TMK'daki hakları kullanma şartlarını, ehliyet şartları olarak benimsemektedirler. Rızayı ceza hukuku alanında hukuki bir işlem olarak değerlendirenler ise, genel bir kuraldan ziyade, rızayı somut olay kapsamında incelemeyi uygun görmektedirler. Rıza açıklamanın hukuki bir işlem olduğu kabul edildiğinde, bu işlemin temyiz kudretine sahip kişi tarafından, serbest iradeyle yapılması gerektiği görülecektir. Bu nedenle rızaya ehil olma şartını temyiz gücü kavramını esas alarak ele almak doğru görünmektedir. Buna göre rıza açıklamasında bulunacak kişinin akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır dilsizlik ya da geçici sebeplerle ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda, açıkladığı rıza da hukuken sonuç doğurmayacaktır.⁵⁸⁸

Mağdurun rıza açıklama ehliyetine sahip olması için, kaç yaşında olması gerektiğinin de belirlenmesi önemlidir. Ceza hukukunda kusurluluğu etkileyen hâller arasında yer alan yaş küçüklüğü düzenlemesi, fail için öngörülmüş olup, onun cezai sorumluluğunun tam olup olmadığını belirlemede esas alınmaktadır. Fail için

⁵⁸⁴ “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”
4721 s. TMK m. 23/2.

⁵⁸⁵ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 279- 280, CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 63, SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 201.

⁵⁸⁶ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 64, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 72.

⁵⁸⁷ TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, C. I, İstanbul, 1985, s. 525 (akt. GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 72), AKINTÜRK, Turgut, *Şahsın Hukuku*, Ankara, 2. Baskı, 1996, s. 142- 142 (akt. DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 88).

⁵⁸⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 75- 76.

öngörülmüş bu kıstasların, mağdur için de uygulanması ne kadar doğru olur? Bu kıstaslara göre on iki yaşından küçük çocukların cezai sorumluluğu yoktur. Bu nedenle suç mağduru olmaları hususunda açıkladıkları rıza tamamen geçersizdir. On iki- on beş yaş aralığında ise çocukların işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılamasına ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine bakılarak cezai sorumlulukları belirlenecektir. Rıza gösterme bakımından da çocuğun rıza gösterdiği hakkına ilişkin olarak hukuki anlam ve sonuçları kavrayabilmesi aranacaktır. On beş- on sekiz yaş aralığındaki çocukların cezai sorumluluklarının varlığı kabul edilmekte, bununla birlikte cezalarında indirimle gidileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla on beş- on sekiz yaş aralığındaki çocukların rıza açıklamaları hukuken sonuç doğuracaktır.⁵⁸⁹

Ceza sorumluluğa ilişkin yaş sınırlarının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından uygulanması sonucunda, on iki yaşını doldurmamış çocuğun, bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak konusunda gösterdiği rızanın, hukuken bir sonuç doğurmadığı söylenmelidir. On iki- on beş yaş aralığında olan bir çocuğun yer değiştirme işlemini anlaması ve bu kapsamda davranışlarını yönlendirmesi mümkün olabildiğinden, olay kapsamında hareket hürriyetinin sınırlandırılması hususunda gösterdiği rıza geçerli olabilir. On beş yaşını doldurmuş çocukların ise hareket hürriyetlerine ilişkin gösterdikleri rıza sonuç doğuracaktır. Rızanın geçerli olması için mağdurun iradesinin sakatlanmamış olması da gerekir. Çocukların bu konudaki rızaları, tehdit ya da hile gibi hareketler sonucunda sakatlanmış bir iradeye dayanıyorsa, fiil hukuka aykırı olmaya devam edecektir.

765 sayılı ETCK m. 182/1’de şehvet hissi veya evlenmek niyeti olmadan, henüz on beş yaşına girmemiş küçük bir çocuğun kendi rızasıyla, ana ve baba veya

⁵⁸⁹ “(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. (2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. (3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.” **5237 s. TCK m. 31.**

vasisi veyahut muvakkaten olsun kendisine bakmakta ve muhafaza etmekte olan kimseler yanından kaçırılması durumunda, rızanın fiili hukuka uygun getirmediği düzenlemesine yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK'da bu hükmün düzenlenmemiş olması, hareket hürriyeti anlamında mağdurun rızasının, mağdur 15 yaşından küçük olsa da geçerli olabileceğini göstermektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, mağdurun rızası, fiili hukuka uygun hâle getirecek sebeplerden biri olarak öngörülmüştür. Bu suçlarda, rızanın hukuken sonuç doğurması için gerekli şartlardan biri de çocuğun belli bir yaşa ulaşmış olmasıdır. Yaşa bağlı olarak mağdurun rızasına sonuç bağlayan bu hükmün, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi durumunda uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Burada cinsel amaçla hareket eden faildir ve mağdur hareket hürriyetinin sınırlandırılması konusunda rıza göstermiş durumdadır. TCK m. 103 ve m. 104 düzenlemelerinin de kanunda ayrıca yer almış olması, kişi hürriyeti cinsel amaçla sınırlansa da, cinsel suçlara ilişkin yaş sınırının, hürriyeti tahdit için uygulanmaması gerektiğini göstermektedir. Mağdurun rızası hukuken sonuç doğurmalı, hürriyeti tahdit suçu oluşmamalı, ancak cinsel suçlar bakımından failin sorumluluğu belirlenmelidir.⁵⁹⁰ Yargıtay da on beş yaşından küçüklerin cinsel suçlar bakımından gösterdikleri rızayı kabul etmemekte ve hürriyeti tahditten hüküm kurmaktadır.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1202.

⁵⁹¹ Anne babanın çocuk üzerindeki tedip hakkı, çocuğun kaçırılması ve alıkonulmasının suç olarak düzenlendiği TCK m. 234 hükmü, kanunda yer alan hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan hakkın kullanılması hükmü, çocuk kavramı ve cinsel suçlara ilişkin düzenlemelere dayanan YCGK, kararında çocuklara karşı işlenen hürriyetinden yoksun kılma suçunun iki kategoride ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, “... *birinci kategoride yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakkı, niteliği itibariyle üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Buna karşın 2. kategoride yer alan "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir. //... Saniğin 15 yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu somut olayda, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka dair olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem T.C.K.nun 109/1,109/3-f. 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.* YCGK, 17.2.2015, E. 2014/14-307, K. 2015/8. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2014-14-307.htm&kw=`2014/14-307`#fm>, Erişim Tarihi: 22.3.2016. Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 14. CD., 18.2.2014, E. 2013/4696, K. 2014/1818, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-4696.htm&kw=`2008/5-56`#fm>, Erişim Tarihi: 22.3.2016.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, kendisini beden ya da ruh bakımından savunamayacak kişiye ya da çocuğa karşı işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Suçun işlenmesindeki kolaylık ve failin kötülüğü dikkate alınarak getirilen bu düzenleme gerekçe gösterilerek, çocukların ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olanların hareket hürriyetine ilişkin rıza gösteremeyecekleri görüşünün benimsenmesi doğru değildir. İşlenen suç, mağdurun hareket hürriyetinin sınırlandırılmasıdır ve hareket hürriyeti üzerinde tasarruf hakkı varlığını sürdürmektedir. Aksi görüş benimsendiğinde, 18 yaşından küçük olanların ya da bedensel olarak engeli sebebiyle kendisini savunamayacak durumda olanların rızaları, hareket hürriyeti anlamında asla geçerli olmayacaktır.⁵⁹²

Bu tartışmalar kapsamında, ceza hukukunda kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı da dikkate alınarak, bir suç için öngörülen yaş sınırı düzenlemesinin, başka bir suç için uygulanmaması gerektiği görülecektir. Gerek cinsel suçlarda kabul edilen yaş sınırı, gerek failin cezai sorumluluğunu belirlemede öngörülen yaş sınırı, hareket hürriyeti sınırlandırılan mağdurun, bu duruma ilişkin rıza göstermiş olup olmamasının belirlenmesinde esas alınmamalıdır.⁵⁹³ Rıza ehliyetine ilişkin belirleme, somut olayın özellikleri kapsamında, mağdurun algılama yeteneği, iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığı ve işlenen suç değerlendirilerek yapılmalıdır. Algılama yeteneğine sahip olan çocukların hareket hürriyetine ilişkin verdikleri rıza hukuken sonuç doğurmalıdır.⁵⁹⁴ Yargıtay'ın çocukların rızasını, hareket hürriyeti bakımından hukuken geçerli kabul ettiği kararları vardır.⁵⁹⁵

⁵⁹² ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 73, ŞAHİN, *Ceza Hukukunda Rıza*, s. 134- 135.

⁵⁹³ ŞAHİN, *Ceza Hukukunda Rıza*, s. 135- 136, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1201, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 394, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 724, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 180- 181.

⁵⁹⁴ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1201- 1202, EŞİTLİ, Ezgi AYGÜN, “Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, TBBD, S. 106, Y. 2013, s. 278- 279.

⁵⁹⁵ “...01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 26/2. maddesinin "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" hükmü karşısında 16 yaşı içindeki mağdureyi rızasıyla kaçırıp alıkoydukları kabul edilen sanıkların aynı yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1. maddesi dikkate alınarak sanıkların kaçırıp alıkoyma suçundan beraatları yerine yazılı şekilde hükümler kurulması” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Y. 5. CD., 20.1.2010, E. 2006/18, K. 2010/172, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2006-18.htm&kw=20.1.2010#fm>, Erişim Tarihi: 23.3.2016. “... Dosyadaki nüfus kaydına nazaran suç tarihinde 15 yaşını bitirdiği anlaşılan mağdurenin rızası ile kaçırılması ve alıkonulması, 765 Sayılı TCK'nın 430/2. maddesine muhalefet

TCK m. 234'te çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuna yer verilmiştir. Maddenin 3. fıkrasına göre, kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu, ilgili kişilere haber vermeden, çocuğun rızası ile de olsa, yanında tutan kişi şikâyet üzerine cezalandırılır. Burada korunan değer anne ve babanın sahip olduğu velayet ve vesayet hakkıdır.⁵⁹⁶ Mağdurun üzerinde tasarruf yetkisinin olmadığı bir hakka ilişkin rıza açıklaması fiili hukuka uygun hâle getirmeyecektir.⁵⁹⁷ Kanuni düzenlemede de bu duruma açıkça yer verilmiştir. Ayrıca kanuni temsilcisinin rızası olmadan, bir başkasıyla evi terk etmek, TCK m. 109 anlamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundaki tipe de uygundur. Bu nedenle işlenen suçun ne olduğuna ve rızanın burada hukuki bir sonucu olup olmadığına karar verilmesi gerekir. Çocuğun rızası, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu bakımından geçerli olmadığından, failin bu suçtan cezalandırılması gerekir. Algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip çocuğun rızası hareket hürriyeti anlamında geçerli olduğundan, hürriyeti tahdit suçu oluşmayacaktır.

suçunu oluşturmakta ise de, 5237 Sayılı Yasanın 109. maddesinin kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinin üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkını koruduğu, aynı yasanın rızayı hukuka uygunluk nedeni sayan 26/2. maddesinin "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez" hükmü karşısında rızaya dayanarak fiili gerçekleştiren sanığın 109. madde anlamında hukuka aykırı davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1. madde dikkate alınarak sanığın kaçırıp alıkoyma suçundan beraati yerine 765 Sayılı TCK'nın 430/2. maddesi uyarınca takdiren ve teşdiden iki sene müddetle hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararda isabet bulunmadığı ve bu nedenle kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde olduğu anlaşıldığından;" Y. 5. CD., 22.6.2006, E. 2006/6580, K. 2006/5920, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2006-6580.htm&kw=22.6.2006#fm>, Erişim Tarihi: 23.3.2016. Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 5. CD., 21.9.2005, E. 2003/ 6820, K. 2005/20109, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2003-6820.htm&kw=21.9.2005#fm>, Erişim Tarihi: 23.3.20016, Y. 5. CD., 24.4.2006, E. 2006/3632, K. 2006/3411, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2006-3632.htm&kw=24.4.2006#fm>, Erişim Tarihi: 23.3.20016. Y. 5. CD., 301.2006, E. 2005/18695, 2006/361, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2005-18695.htm&kw=30.1.2006#fm>, Erişim Tarihi: 23.3.20016, Y. 5. CD., 22.11.2005, 2004/8765, 2005/22305, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2004-8765.htm&kw=22.11.2005#fm>, Erişim Tarihi: 23.3.20016. Yargıtay, yukarıda geçen kararlarında, çocuğun rızasını hukuken geçerli kabul etmekte ve gerekçe olarak TCK m. 26/2'yi göstermektedir. Ancak bazı kararlarında, çocuğun rıza gösterme konusunda ehliyetini belirlerken, başka suçlar için kabul edilen yaş kriterlerini de birlikte uygulamaktadır. Buna göre bir çocuğun, cinsel amaçlı hürriyeti kısıtlandığında, bu duruma rıza gösterebilmesi için, cinsel suçlarda kabul edilen yaş sınırını olan on beş yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Aksi yorumdan on beş yaşını doldurmamış olan çocuğun rızasının hiçbir şekilde kabul edilmeyeceği çıkmaktadır. Bu durum kanunilik ilkesine aykırıdır. İlgili karar için bkz. YCGK., 11.3.2008, E. 2007/5- 253, K. 2008/52, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2007-5-253.htm&kw=11.3.2008#fm>, Erişim Tarihi: 23.3.20016.

⁵⁹⁶ NUHOĞLU, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, s. 179-184, GÜLŞEN, Recep, "Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu", *İÜHFM*, C. 71, 2013, S. 1, s. 590.

⁵⁹⁷ ŞAHİN, *Ceza Hukukunda Rıza*, s. 136.

Rızanın, hareket gerçekleştirilmeden önce ya da gerçekleştirildiği sırada verilmesi gerekir. Fiil gerçekleştirildikten sonra verilen rıza, fiili hukuka uygun hâle getirmeyecektir. Rızanın, fiil gerçekleştirildiği sırada geri alınması durumunda da suç oluşacaktır.⁵⁹⁸ Çünkü mağdurun rızasının olmadığını bilen fail, hareketine devam etmektedir. Mağduru, kendi isteğiyle tekne gezintisine çıkaran failin, mağdur dönmek istemesine rağmen kıydan uzaklaşmaya devam etmesi, mağdurun izni olmaksızın aracın yolunu değiştirmesi veya aracı sürmeye devam ederek inmek isteyen mağdurun inmesine izin vermemesi⁵⁹⁹ durumunda hürriyeti tahdit suçu oluşur. Rızanın açıklanmasına ilişkin herhangi bir şekil şartından bahsedilmemiştir. Öyleyse mağdurun yazılı ya da sözlü açıklaması yeterli olacaktır. Hatta rızanın işaretlerle belirtilmiş olması da mümkündür. Bunun dışında mağdurun sessizliği ya da gerçekleştirilen fiile razı olacağını gösteren durumlar da, fiili hukuka uygun hâle getirebilir.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 68, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 78, ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 225.

⁵⁹⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 349.

⁶⁰⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 77. “Sanık ...'nın eşi olan ve aralarındaki geçimsizlik sebebiyle ailesinin yanında kalmaya başlayan mağdurenin, ... tarafından cebir kullanılmak suretiyle içerisinde diğer sanıkların bulunduğu araca bindirilip ... İlçesine götürüldüğü kabul edilerek sanıkların 5237 Sayılı TCK'nın 109/2-3b maddesi uyarınca mahkûmiyetlerine karar verilmiş ise de, 5237 Sayılı TCK'nın 109. maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan hukukî değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyeti olup bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması halinde bu suçun oluşacağı, dosya kapsamına ve oluşa göre ise, eşi olan ve aralarındaki anlaşmazlık sebebiyle ailesinin yanında kalmaya başlayan mağdureyle konuşup eve dönmeye ikna etmek isteyen sanık ...'nın, olay tarihinde yanında diğer sanıklarla birlikte mağdurenin ailesinin evine gidip evlerinin önünde mağdureyle konuştuğu sırada onu araca bindirerek kendi evlerine döndükleri, araca bindirilmesinden itibaren mağdurenin herhangi bir itirazda bulunmadığı gibi ...'nın evlilikleriyle ilgili konuşma talebini de kabul ederek merak etmemesi için annesini arayıp sanıkla birlikte gittiğini haber verdiği ve olaydan bir gün sonra mağdurenin annesinin kolluk kuvvetine müracaat etmesi üzerine eve gelen polisler de zorla alıkonulmadığını belirttiği anlaşıldığından, mağdurenin, evlilik birliğinin devamını konuşmak üzere arzu ve iradesiyle hareket etme özgürlüğü kısıtlanmaksızın araca bindiği ve devamında da rızasının bulunduğu anlaşılan olayda atılı suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı ve sanıkların beraatlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetlerine hükmedilmesi,” Y. 14. CD., 22.2.2016, E. 2014/10018, K. 2016/1631, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2014-10018.htm&kw=109#fm>, Erişim Tarihi: 8.5.2016.

B. Manevi Unsur

1. Genel Olarak

Bir kişinin cezalandırılabilmesi için tipe uygun, hukuka aykırı bir hareketin bulunması yetmemekte, ayrıca söz konusu hareketin kişiye isnat edilebilmesi de gerekmektedir. Manevi unsur olarak adlandırılan bu durum, failin kişisel nitelikleri itibariyle kusurlu hareket etme yeteneğine sahip olması ve olayda kusurlu bir şekilde hareket etmiş olmasını kapsar.⁶⁰¹ Kusurlu hareket etme yeteneği, failin kişisel bir özelliği olup, fiilin kusurlu olmasının ön şartını oluşturmaktadır. Öyleyse manevi unsur failin kusurlu davranma yeteneğinden ifade eden isnat yeteneği ve somut olayda kusurlu hareket etmiş olmasını ifade eden kusurluluktan oluşmaktadır.⁶⁰²

Hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olan failin, hukuka aykırı bir hareketi seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebiyle kınanabilmesi anlamına gelen⁶⁰³ kusurluluk, fail veya fiil esas alınarak belirlenebilir. Fail bakımından ele alındığında, failin tüm yaşamı incelenerek kusurlu davranıp davranmadığı tespit edilir. Fiil bakımından ele alındığında ise suç teşkil eden fiili gerçekleştirirken failin kusurlu olup olmadığına bakılacaktır.⁶⁰⁴ Fiilin niteliği olarak kusurun kabul edilmesi doğru olmalıdır. Fail bir fiilde kusurlu hareket ederken, başka bir fiilde kusurlu hareket etmemiş olabilir. Buna göre hayatında kusurlu davrandığı, arızı, istisnai bir kısmın olması, suçlu sayılması için yeterli olmamalıdır.⁶⁰⁵ Bu durumda failin niteliği olarak kusurluluğun kabul edilmesi, sadece nedensellik bağına cezai sorumluluk için yeterli gören objektif sorumluluğun benimsenmesi anlamına gelecektir.

Failin fiili ile arasındaki sübjektif ilişki, kast ve taksir şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kusurluluğun esas şekli kasttır. TCK m. 21/1’de “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” ifadesine yer verilmiştir. Maddenin devamında kast, “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak

⁶⁰¹ ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 135, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 155- 156.

⁶⁰² DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 155- 156. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından tartışmalar kusurluluk kısmına ilişkin olduğundan, yalnızca bu başlığa değinilecek olup, isnat yeteneğine ilişkin bilgi verilmeyecektir. Isnat yeteneğini etkileyen durumlardan biri olarak yaş küçüklüğü, mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi başlığı altında incelenmiştir.

⁶⁰³ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 267.

⁶⁰⁴ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 212- 213.

⁶⁰⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 222.

tanımlanmıştır.⁶⁰⁶ Doktrinde de “*tipiklikte yer alan objektif unsurların failce bilinmesi ve istenmesi*” olarak anlandırılan bu kavrama ilişkin tartışmalar yapılmış, bilme ve isteme unsurları farklı teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır.⁶⁰⁷ Buna göre failin kastından bahsedilebilmesi için, kanuni tipe uygun hareketin düşünülmesi, öngörülmesi ve gerçekleştirilmek istenmesi kastın unsurları olarak aranacaktır.⁶⁰⁸

Taksirli hareketin cezalandırılmasının hukuki dayanağı ise TCK’nın 22. maddesidir. Maddede taksir, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Bu nitelikteki bir hareketin ceza hukukunda yaptırımla karşılanabilmesi için kanunda açıkça öngörülmesi gerekir. Bu istisnai düzenleme ile kasttan farklı bir kusurluluk hâlinin cezalandırılması mümkün olduğu gibi, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlardan dolayı da failin cezalandırılması mümkün olmuştur.⁶⁰⁹

Bazı suçların taksirle işlenebileceğini kabul etmek, ceza sorumluluğunun genişletilmesi anlamına gelir. Bu durumda kanun koyucunun taksirli suçları cezalandırmak istemesindeki temel amacın tartışılması gerekir. Kanun koyucu toplum için zararlı ve ağır sonuçları olabilecek faaliyette bulunan kişilerin, dikkatsiz hareketleri çok ağır sonuçlara sebep olabileceğinden, bu kişilerin daha basiretli, daha dikkatli davranmalarını istemiş ve böylelikle toplum yararını gözetmiştir. Suçun taksirli hâlini cezalandırarak daha dikkatli hareket etmeleri hususunda bu kişilere kanuni bir yükümlülük yüklemiştir.⁶¹⁰ Ayrıca kendilerinde asosyalite bulunan,

⁶⁰⁶ 765 sayılı ETCK m. 45’te “cürümlerde kastın bulunmaması cezayı kaldırır” ifadesine yer verilmişti.

⁶⁰⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 293. Bu teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 293 vd., DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 226 vd.,

⁶⁰⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 233- 241.

⁶⁰⁹ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 263- 264. 765 sayılı ETCK m. 45’te “*failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiille ceza tertip ettiği ahval müstesnadır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ile taksirin istisnai bir kusurluluk hali olduğu ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK m. 22/1’de benzer bir düzenlemeye yer verilmiş olmakla birlikte, ETCK’den farklı olarak taksir kavramı tanımlanmıştır. ETCK döneminde taksirin nasıl anlandırılması gerektiği tartışılmış olup, taksirle işlenen suçlara ilişkin düzenlemelerden yola çıkılarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. 5237 sayılı TCK’da taksir kavramının tanımlanması kuşkusuz tüm belirsizlikleri gidermemiş, tüm sorunları çözmemiştir. Bununla birlikte tartışmaları önemli ölçüde azaltmıştır.

⁶¹⁰ ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 145, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 273.

başkalarının haklarını gözetmeyen ve hareketlerinin sonuçlarını umursamayan kişiler daha çok taksirli davrandıkları için, toplumu bu kişilere karşı da korumak istemiştir.⁶¹¹

Neticeyi gerçekleştirme kastı olmadan, ancak gerekli özeni gösterdiği takdirde bu neticenin ortaya çıkmasına engel olabilecek kişinin, suç olarak öngörülen hareketi hukuka aykırı olarak gerçekleştirmesi durumunda taksirden bahsedilecektir. Fail, mevcut şartlara göre imkânı içinde olan ve görevi gereği yerine getirmesi gereken dikkat ve özeni göstermeyerek, istemediği neticenin meydana gelmesine sebep olduğu için kınanmakta ve cezalandırılmaktadır. Failin iradesi toplum düzenine karşı olmaktan ziyade umursamamak şeklindedir.⁶¹²

2. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Bakımından Manevi Unsur

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kasten işlenebilen bir suçtur.⁶¹³ Bir kişinin, hukuka aykırı olarak bir yere gitmesine ya da bir yerde kalmasına engel olmayı bilme ve isteme, suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır.⁶¹⁴ Kanuni düzenlemede hukuka aykırı olarak ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle suçun genel kastla işlenip işlenemeyeceği hususu tartışılmıştır. Başka bir deyişle düzenlemede yer alan ifade, suçun manevi unsurunun özel kast olarak anlaşılmasını gerektirip gerektirmeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Genel kastta failin tipe uygun hareketi bilmesi ve gerçekleştirmek istemesi söz konusu iken, özel kastta failin suç işlemeye karar verirken belli bir saikle harekete geçmesi gerekmektedir. Yani bilme ve isteme unsurunun yanında belli bir saikle hareket etmesi aranmaktadır.⁶¹⁵

Amaç ya da güdü olarak da ifade edilebilecek saik, tanımdan da anlaşıldığı gibi kastın bir unsuru değildir. Suç bakımından kastın unsuru olabilmesi için, kanunda

⁶¹¹ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 274.

⁶¹² ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 315.

⁶¹³ ÇAKMUT, Özlem YENERER, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 592, PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 1790, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 887, POLAT, *Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar*, s. 346.

⁶¹⁴ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 83, PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 1790, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 887, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 240, GÜNDEL, Ahmet, 5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar- Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş Ve Müstehcen Yayın Suçları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s. 187.

⁶¹⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 249.

açıkça ifade edilmiş olması gerekir. Bazen kanunda suçun cezasını ağırlaştıran ya da hafifleten nitelikli hâl olarak saikle yer verilebilmektedir. Bu durumlarda failin belli bir saikle harekete geçmesi, suçun nitelikli hâlinde cezalandırılmasına neden olmaktadır.⁶¹⁶

Buna göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, failin genel kastla hareket etmesi yeterli olup, özel kastın aranmadığı söylenebilir. Suçun nitelikli hâllerinden biri olan cinsel amaçla mağdurun hürriyetinin sınırlandırılması özel kasta örnek verilebilir. Failin cinsel saikle mağduru bir yere kapatması ya da ayrılmasına engel olması hâlinde özel kast vardır ve failin cezası ağırlaştırılacaktır, ancak suçun basit şekli için böyle bir saik aranmamaktadır.⁶¹⁷ 765 sayılı TCK döneminde de failin saiki, cezanın ağırlaştırılmasına ya da suç tipinin değişmesine neden olan bir durum olarak kabul edilmişti. Şehvet ya da evlenme amacıyla kaçırma hâllerinde 429 ve 430. maddeler uygulanırken, maddi bir menfaate ulaşmak için mağdurun kaçırılması veya alıkonulmasında 499. madde uygulanıyordu.⁶¹⁸

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin kanuni düzenlemede, hukuka aykırı olarak ifadesine yer verilmiş olmasını, suçta hukuka aykırılık bilincinin aranması gerektiği şeklinde yorumlayan yazarlar da vardır. Hukuka aykırılık bilincinin

⁶¹⁶ ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 141- 142.

⁶¹⁷ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 73, PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 1790 BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar*, s. 887, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 240, ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, s. 440, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 276.

⁶¹⁸ ... Faildeki saikin niteliğine göre suçun vasfı da değişir; örneğin şehvet veya evlenme maksadıyla kaçırma veya alıkoyma hallerinde TCK'nun 429 veya 430. maddelerindeki, para, eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak amacıyla hapsedme, yahut dağa veya تنها mahalle kaldırma hallerinde ise TCK'nun 499. maddesindeki suçlar oluşur. // Hürriyeti kısıtlama suçunun ağırlaştırıcı nedenleri 179. maddenin 2. ve 3. fıkraları ile 180. maddede gösterilmiştir. 179. maddenin 2. fıkrasında gösterilen ağırlaştırıcı nedenlerden biri de, suçun “499. maddedeki haller dışında maddi çıkar sağlama kastıyla” işlenmesidir. // Yukarıda da değinildiği üzere esasen hürriyeti kısıtlama, para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senedi almak için gerçekleştirilmişse 499. maddede düzenlenen “adam kaldırma” suçu oluşur. Nitekim 179. maddenin 2. fıkrasındaki ağırlaştırıcı nedenin 499. maddeyle karıştırılmasını önlemek bakımından 179. maddenin ikinci fıkrasında 2245 Sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle fıkraya “499’uncu maddedeki haller dışında” ibaresi eklenmiştir. Bu husus 2245 Sayılı Kanun’un gerekçesinde; “.... özel amaçlı adam kaçırma veya hapsedme suçu ile, bu maddede öngörülen ağırlaştırıcı nedenin karıştırılmaması için, tasarı metnine 499’uncu maddedeki durumlar dışında tümcesinin eklenmesi uygun görülmüştür.” biçiminde açıklanmıştır. // Bu bakımdan 179. maddenin 2. fıkrasıyla düzenlenen ağırlaştırıcı sebebin uygulanması, hürriyeti tahdidin 499’uncu maddedeki haller dışında “maddi çıkar sağlama kastıyla” işlenmesine bağlıdır. 499’uncu madde dışındaki haller; maddi çıkarın, para, eşya veya hukukça hükmü havi bir senedin alınması haricine yönelik olmasıdır.” YCGK, 15.5.2001, E. 2001/6-95, K. 2001/98, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2001-6-95.htm&kw=11.6.1956#fm>, Erişim Tarihi: 25.3.2016.

ne anlama geldiği ve nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin yapılan tartışmalara “Hukuka Aykırılık” başlığında yer verilmiştir. Bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda failin gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilerek hareket etmesi gerektiği söylenebilir. Kanuni bir düzenlemeyi ihlal ettiği bilincinden farklı olarak, gerçekleştirdiği fiilin toplumsal olarak kabul görmeyen, antisosyal bir hareket olduğunun farkında olması aranmalıdır. “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” düzenlemesi de failin, kanuni düzenlemeden çok fiilin antisosyalliğinin bilinmesi gerektiğini göstermektedir.⁶¹⁹ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından hukuka aykırılık bilinci ise failin, mağdurun hareket hürriyetini haksız olarak sınırlandırdığını bilmesi ve istemesi şeklinde anlaşılmalıdır.⁶²⁰ Hâkim de kanunda açıkça ifade edilen bu durumun, somut olayda var olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür.⁶²¹

Hukuka aykırılık bilincini bu şekilde yorumlamanın, suçun genel kastla işlenmesine engel bir durum olmadığı açıktır. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK ile hukukumuzda giren olası kast bakımından tartışmalar söz konusudur. Olası kast, TCK m. 21/2’de kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen failin fiiline devam etmesi şeklinde ifade edilmiştir. Olası kast failin, hareketiyle gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan bir neticeyi kabullenerek, hareketine devam etmesi olarak tanımlanabilir. Fail bir nevi olursa olsun düşüncesiyle hareket etmektedir.⁶²² Failin gerçekleştirmek istediği neticenin yanında, gerçekleşmesi muhtemel ve yine yasak olan neticeyi kabullenmiş olmasının, ikinci netice bakımından da hukuka aykırılık bilincine sahip olduğunu gösterip göstermediği önemli bir meseledir. Failin hukuka aykırılık bilinciyle neticeyi kabullendiğinden bahsedebilmek için, hukuka aykırılığın farkında olması gerekir. Dolayısıyla hukuka aykırılığın açıkça

⁶¹⁹ ALACAKAPTAN, , *Suçun Unsurları*, s. 140- 141.

⁶²⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 21, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 351, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 846, YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3618- 3619.

⁶²¹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 216-217. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundaki hukuka aykırı olarak ifadesini, Yargıtay İBK’nda olduğu gibi özel kast olarak yorumlayan yazarlar da vardır. Suçta hukuka aykırılığı nesnel olarak yeterli bulmamakta, öznel olarak da failin bu hukuka aykırılığı bilmesini ve istemesini aramaktadır. Bu durumu hukuka özel aykırılık olarak nitelendiren yazar, failin iradesinin bu hususu kapsamaması durumunda, hata hükümlerinin uygulanması gerektiğini söylemektedir. KIZIROĞLU, Serap KESKİN, “Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan*, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 434, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 65- 66.

⁶²² KARAKEHYA, Hakan, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Ankara, Savaş Yayınları, 2010, s. 121.

yer aldığı suç tiplerinde, suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğini söylemek daha doğru olacaktır.⁶²³

ETCK m. 179’da hürriyeti tahdit suçuna ilişkin düzenlemede, gayrimeşru surette ifadesine yer verilmiştir. Hukuka aykırı olarak ifadesinden daha geniş bir anlama sahip olan gayrimeşruluk durumu, 1956 yılında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile suçun özel kastla işlenmesi gerektiği şeklinde yorumlamıştır.⁶²⁴ İBK sonrasında aynı yönde birçok karar verilmiştir. Bununla birlikte daha sonra suçun genel kastla işlenmesi yönünde bir kanaat oluştuğu da söylenebilir.⁶²⁵

5237 sayılı TCK’da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun taksirle işlenmesi durumunda, cezalandırılacağı öngörülmemiştir. Diğer bir deyişle taksirli sorumluluk için gerekli olan açık düzenlemeye TCK m. 109’da yer verilmemiştir. Bununla birlikte bir kişinin fiili olarak başkasının hareket hürriyetini istemeden sınırlandırması mümkündür. Arkadaşının odada olduğunu fark etmeyen kişinin, kapıyı kilitleyerek çıkması durumunda, içerde kilitli kalan kişinin hareket hürriyeti, arkadaşının dikkatsiz hareketi nedeniyle sınırlandırılmaktadır. Buna rağmen suçun

⁶²³ Aynı yönde görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2725, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 178, ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 276.

⁶²⁴ “... Suçun manevi unsuru (sübjektif unsuru) diye de tesmiye edilen kasıt, bütün suçlara şamil umumi bir unsurdur. Kastın umumi ve hususi diye ikiye taksimi de umumiyetle kabul edilmiştir. // Hususi kasıt, mesuliyet için daha fazla bir şeyin; muayyen bir saik ve gayenin, yahut kasta ait özel bir vasfın bulunmasını icap ettirir. // Hususi kasta misal olarak (iftira) ve (Yataklık) suçları gösterilebilir. Mesela, iftira cürmünün teşekkül edebilmesi için adi ve umumi bir kasıt kafi olmayıp (suçsuz olduğunu bilmek) vasfı dolayisiyle bir hususi kasıt bulunmak icap eder.

Hürriyeti tahdit suçu da mahiyeti itibarıyla tevekkülü için hususi bir kasta muhtaçtır. Bir kız veya kadını şehvet hissi veya izdivaç için kaçırmak ve günlerce yanında tutmakla mağdurun hürriyeti tahdite uğradığı halde failin kastı bakımından hürriyeti tahdit değil, kaçırma suçu teşekkül etmektedir. // Bir şahsı arzusu hilafına hapsedmek fiili için muhik bir sebep mevcut olduğu hallerde suç olmamak icap eder. Mesela, Ana, Baba veya terbiyesine nezaret etmekle mükellef bir kimse tarafından ıslah veya bir zararın husulüne mani olmak maksadiyle bir çocuğun; veya kadının bazı usulsüz hareketlerini menetmek için kocası tarafından makul bazı şerait altında bahsedilmeleri bu kabildendir. // Burada ebeveynin ve kocanın hareketleri şeklen hürriyeti tahdite benzemekte ise de; kasıttan bakımından bu suç teşekkül edememektedir. // Heyetteki ekalliyetin noktai nazarı, maznunun kastı, fiilde mündemiç bulunduğundan ayrıca hususi kastı aramağa lüzum kalmadan, karısını rızası hilafına evine getiren kocanın hareketinin hürriyeti tahdit suçunu teşkil edeceği merkezindedir. Kastın araştırılması zaruri bulunduğuna göre bu mütalaa, ekseriyet tarafından ceza esaslarıyla teklifi kabil görülmemiştir. Yargıtay İBK, 11.6.1956, E. 1954/5, K. 1956/12, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/ibgk-1954-5.htm>, Erişim Tarihi: 25.3.2016.

⁶²⁵ Hürriyeti kısıtlama suçunun genel kastla işlendiği görüşünün benimsendiği kararlar için bkz. YCGK, 6.2.1995, E. 1994/8- 308, K. 1995/9, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1994-8-308.htm&kw=11.6.1956#fm>, Erişim Tarihi: 25.3.2016, YCGK, 3.12.2002, E. 2002/8-288, K. 2002/419, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2002-8-288.htm&kw=2002/419#fm>, Erişim Tarihi: 25.3.2016.

taksirle işlenmesi kanunda öngörülmediğinden cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Taksirli suçların cezalandırılma sebebi olan tehlikelilik durumu ve suçun işlenmesi sonucunda ortaya çıkacak ağır zararları, hürriyeti tahdit bakımından değerlendiren kanun koyucu, suçun taksirli hâlinin cezalandırılmasının gerekmediğine karar vermiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ, CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIM, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

I. SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ

A. Genel Olarak

İşlenen suça ilişkin cezanın belirlenmesinde, kanuni sınırlar çerçevesinde, gerçekleştirilen fiilin haksızlık içeriği ve bu haksızlık dolayısıyla failin kusuru dikkate alınmaktadır. Fiilin haksızlığı ve failin kusuru, cezalandırmanın amacına ulaşmak için gerekli olan cezanın bireyselleştirilmesi sürecinde, birer araç konumundadır. Temel cezanın belirlenmesinde, haksızlık içeriğini dikkate almayı sağlayacak kriterlerin neler olduğu da TCK m. 61/1’ de düzenlenmiştir.⁶²⁶ Bu kriterler hukuka aykırı olan bir fiilin, haksızlık bakımından derecelendirilmesini sağlamaktadır.⁶²⁷

TCK m. 61/4’te ise yine fiilin haksızlık içeriğini etkileyen, ancak suçun nitelikli hâlleri olarak ifade edilen durumlara yer verilmiştir. Yani temel cezanın belirlenmesinde kullanılan bu kriterler yanında, fiilin haksızlık içeriğini dereceleyen başka hususlar da söz konusudur. Suçun nitelikli hâlleri olarak adlandırılan bu hususlar var olduğunda, suça karşılık olarak öngörülen temel ceza ağırlaştırılmakta ya da indirilmektedir.

Failin suça eğiliminin belirtilerini ortaya koyan, suçun ağırlığını etkileyen ve basit şekline oranla daha az ya da daha fazla ceza verilmesini gerektiren hususa suçun

⁶²⁶ “Hakim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.” **5237 s. TCK m. 61/1**

⁶²⁷ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 745.

nitelikli hâlleri denilmektedir. Doktrinde farklı kavramlarla ifade edilen bu husus,⁶²⁸ suçun asli unsuru niteliğinde değildir. Yani fiili, hukuka uygun bir fiilden ya da başka bir suçtan ayırma işlevinden ziyade, suçun basit şekli için öngörülen cezayı değiştirme işlevi görmektedir.⁶²⁹

Suçun varlığı için zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır ya da daha hafif sayılmasını sağlayan bu husus⁶³⁰ cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınmaktadır. Ceza hukukunun güvence fonksiyonunu icra eden, yargılamada suçlunun kişiliğinin dikkate alınmasını ve adil bir sonuca varılmasını amaçlayan cezanın bireyselleştirilmesi⁶³¹ üç yönde ve üç organ tarafından gerçekleştirilebilir. Kanun koyucunun, yasal düzenlemelerle, bazı durumlarda verilecek cezanın ağırlaştırılması ya da indirilmesini öngörmesi bunlardan ilkidir. Buna yasama bireyselleştirmesi adı verilmektedir. İkincisi kanun koyucunun, hâkimlere tanıdığı, somut olayın şartlarına göre uygulanacak takdiri hafifletici sebepleri ve erteleme gibi kurumları uygulama yetkisidir. Bu durum yargısal bireyselleştirme olarak adlandırılabilir. Son olarak da infaz aşamasında uygulanan idari bireyselleştirme söz konusudur.⁶³² Suçun nitelikli hâlleri yasama bireyselleştirmesi kapsamında kabul edilir. Temel cezanın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi ise yargısal bireyselleştirme kapsamındadır. Bazen hâkimin takdir yetkisi sebepleri ve suçun nitelikli hâlleri çakışabilmektedir. Çakışma olduğunda, aynı sebepten iki defa cezanın ağırlaştırılmaması ya da indirilmemesi için yalnızca biri uygulanmalıdır. Bu durumda TCK m. 61/1'e göre özel norm niteliğinde olan suçun nitelikli hâllerine ilişkin hükme öncelik verilmelidir.

Romalı hukukçuların suçu sebep, kişi, yer, zaman, nicelik, nitelik ve netice bakımından incelemeleri ile ortaya çıkan ve daha sonra “*kim, kime, kimlerin yardımı ile, ne gibi araçlarla, niçin, nasıl, ne zaman, ne hakkında*” şeklinde formüle ettikleri

⁶²⁸ Doktrinde nitelikli suç (TOROSLU), suçu etkileyen haller (DÖNMEZER, ERMAN, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN), suçun nitelikli unsurları ya da suçun nitelikli halleri (ÖZGENÇ) kavramları kullanılmıştır.

⁶²⁹ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 261- 262.

⁶³⁰ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 627, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 361, AYDIN, Nurullah, *Türk Suç ve Ceza Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınları, 2. Baskı, 2009, s. 91.

⁶³¹ ÜZÜLMEZ, İlhan, “Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD, C. 10, S. 3-4, Y. 2006, s. 203.

⁶³² DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 608- 609.

suçun nitelikli hâlleri,⁶³³ özelliklerine göre farklı şekillerde tasnif edilebilir. Ceza üzerindeki etkileri bakımından ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler yapılabilecek ilk ayrımıdır. Cezayı etkileyen sebepler nitelik ve özleri bakımından objektif ve sübjektif olarak da ikiye ayrılabilir. Objektif sebeplerde hareketin türü, niteliği, kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, ortaya çıkan zarar ya da tehlike durumu ve mağdurun kişiliği incelenirken, sübjektif sebeplerde kastın yoğunluğu, fail ile mağdur arasındaki ilişki, failin kişisel durumu ele alınmaktadır. Suçun nitelikli hâlleri genel ve özel nedenler olarak da incelenebilir.⁶³⁴

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin nitelikli hâllere TCK m. 109/2 ve devamı fıkralarında yer verilmiştir. Çalışma kapsamında bu sebepler suçun unsurları ile bağlantılı olarak tasnif edilecek ve bu sırayla incelenecektir. Suçun maddi unsuruna ilişkin nitelikli hâller failin fiili işlemek için ya da işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanması, suçun silahla veya birden fazla kişiyle birlikte işlenmesidir. Failin vasfı ile ilgili nitelikli hâl suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesidir. Mağdurun vasfı ile ilgili nitelikli hâl ise kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle suçun işlenmesi ve çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesinden ibarettir. Fail ile mağdur arasındaki ilişki bakımından incelendiğinde suçun üstsoy, altsoy ya da eşe karşı işlenmesi, manevi unsur bakımından da suçun cinsel amaçla işlenmesi cezayı ağırlaştıracaktır. Son olarak mağdurun ekonomik anlamda ağır bir zarara uğramış olması, neticesi sebebiyle ağırlaşan hâl olarak öngörülmüştür.

5237 sayılı TCK m. 109'da yer alan suçun nitelikli hâllerinin bir kısmı 765 sayılı ETCK'da yer alırken bir kısmına ilk defa yer verilmiştir. Ayrıca ETCK'da yer alan bazı nitelikli hâller de yeni kanuna alınmamıştır. Failin öç alma kastıyla, dini ya da milli bir maksatla, para veya eşya veya hukuken hükmü haiz bir senet alma amacı dışında maddi bir çıkar sağlamak amacıyla, siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla kişi hürriyetini sınırlandırması ya da mağduru askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim etmesi hâlinde, 765

⁶³³ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 361.

⁶³⁴ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 262- 263, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 365- 366, DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 628- 629. DEMİRBAŞ objektif ve sübjektif şeklindeki ayrım yerine fiili ve şahsi şeklinde bir ayrım benimsemekte ve fiilden kaynaklanan sebepleri fiili, failin ya da mağdurun şahsından kaynaklanan hususları ise şahsi sebepler olarak incelemektedir.

sayılı ETCK'ya göre ceza ağırlaştırılmakta iken, 5237 sayılı TCK'ya göre suçun basit hâinden ceza verilecektir.

Mukayeseli hukukta suçun nitelikli hâli olarak sıkça rastlanılan hürriyetin sınırlandırılma süresi,⁶³⁵ ne 765 sayılı ETCK'da ne de 5237 sayılı TCK'da nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir.⁶³⁶

B. Suçun Maddi Unsuruna İlişkin Nitelikli Hâller

1. Fiili İşlemek İçin ya da İşlediği Sırada Failin Cebir, Tehdit ya da Hile Kullanması

5237 sayılı TCK m. 109/2'de "*kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*" düzenlemesine yer verilmiştir.⁶³⁷ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hâli olan bu düzenlemeye göre failin, mağdurun hürriyetini sınırlandırmak için ya da sınırlandırdığı sırada, mağdura karşı cebir, tehdit ya da hile kullanması durumunda cezası ağırlaştırılacaktır. Bu araçlardan birinin varlığı durumunda suçun işlenmesindeki kolaylık ve korunan hukuki yararın uğradığı zarar düşünüldüğünde hükmün amacı anlaşılmaktadır.⁶³⁸

Suçun temel şekli cebir, tehdit ya da hile kullanılmasına gerek olmaksızın gerçekleşmesidir. Mağdurun girdiği odanın kapısının kilitlenmesi hâlinde hürriyeti tahdit suçunun basit hâli oluşur, ancak cebir, tehdit veya hile ile mağdurun odaya sokulması veya kapının kilitlenmesi hâlinde suçun nitelikli hâinden bahsedilecektir.⁶³⁹ Ancak bunun gibi istisnai örnekler dışında, hürriyeti tahdit suçunun cebir, tehdit ya da hile olmadan işlenmesi mümkün görünmemektedir.⁶⁴⁰ Buna

⁶³⁵ SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 202.

⁶³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK, "Hürriyeti Tahdit Cürmü", s. 53.

⁶³⁷ 765 sayılı TCK m. 179/2'de "*eğer suçlu bu fiili işlemek için yahut işlediği zamanda tehdit veya kötü muamele eder veya hile kullanır*" şeklinde ifade edilen bu nitelikli hali, 5237 sayılı TCK'da yer verilmeyen "*bu fiili öç alma kastıyla veya dini veya milli bir maksatla yahut 499 uncu maddedeki haller dışında maddi çıkar sağlama kastıyla veya siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işler yahut mağduru askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim ederse*" düzenlemesi izlemektedir. **765 s. TCK m. 179/2**

⁶³⁸ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 719- 720.

⁶³⁹ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, s. 441.

⁶⁴⁰ ÖZGÜVEN, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", s. 113.

dayanarak söz konusu araçların suçun tamamlanmasından sona ermesine kadar kullanılması durumunda suçun nitelikli hâlden ceza verilmesi gerektiği doktrinde savunulmuştur.⁶⁴¹

Cebir, tehdit veya hileden herhangi birine araç olarak başvurulması yeterlidir. Üçünün de aynı anda gerçekleşmesi gerekmez. Hatta birden fazla araç suçun işlenmesinde kullanılmış ise, ağırlaştırıcı sebep bir defa uygulanacak,⁶⁴² söz konusu durum, hakimın öngörülen ceza makası içinde vereceği kararı etkileyecektir.⁶⁴³

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mütemadi suç vasfı, yani suçun oluşması için hak ihlalinin belli bir süre devam etmesinin zorunlu olması, cebir, tehdit ya da hileye, fiili işlemek için ya da fiil gerçekleştirildiği sırada başvurulmasını mümkün kılmaktadır.⁶⁴⁴ İlkinde mağdurun bulunduğu yerden ayrılmasına ya da bulunduğu yerde kalmasına izin vermemek için kullanılan bu araçlar, ikincisinde hareket hürriyeti kısıtlanan mağdurun bu durumda kalmasını bir süre daha devam ettirmek amacıyla kullanılmaktadır.⁶⁴⁵ Her halükarda mağdurun direncini kırma amacı taşımaktadır. Suç sona erdikten sonra başvuru olan cebir, tehdit ya da hile ise başka suçlara vücut verecektir.⁶⁴⁶

Cebir kişiye yönelik, her türlü zorlayıcı etki oluşturan hareket,⁶⁴⁷ maddi zor kullanılması⁶⁴⁸ ya da kişinin iradesinin aksine hareket etmeye zorlanması⁶⁴⁹ olarak tanımlanabilir.⁶⁵⁰ Söz konusu zorlama için herhangi bir teknik araç kullanılabileceği gibi hipnotizma veya uyuşturucu madde de kullanılabilecektir.⁶⁵¹ ETCK'daki

⁶⁴¹ Bkz. GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 100- 101.

⁶⁴² ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 108, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 851, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1791,

⁶⁴³ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 106.

⁶⁴⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 271, MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1026- 1027.

⁶⁴⁵ MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1026- 1027.

⁶⁴⁶ MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1027, MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 439.

⁶⁴⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 353.

⁶⁴⁸ ÇAKMUT, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, s. 593, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 850.

⁶⁴⁹ YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 119, GÜLŞEN, Recep, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s. 133.

⁶⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 1160 vd.

⁶⁵¹ ÇAKMUT, Özlem YENERER, “Cebir Suçu (TCK m. 108)”, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 16.4.2016. Ayrıca TCK m. 148/3'te “mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır” düzenlemesine yer verilmiş olması, kullanılan aracın nitelik arz etmediğini,

düzenlemede “kötü muamele” ve “fena muamele” olarak ifade edilen cebrin hukuki mahiyetini belirleyebilmek için kanunda suç olarak düzenlenen cebir kullanma suçuna bakmak gerekir. Kanunda “*bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hâlinde*” cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Cebir kullanma suçu için öngörülen cezanın, kasten yaralama suçundan hareketle belirlenmesi ve madde gerekçesinde fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle, mağdurun belli bir şekilde hareket etmeye zorlandığından bahsedilmesi, cebrin bir tür kasten yaralama olduğunu göstermektedir.⁶⁵² Bununla birlikte söz konusu yaralama belli bir amaca yönelmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak için ya da suçun devamı süresince, hürriyeti kısıtlanan mağdurun direncini kırmak amacıyla fiziki güç kullanılması, suçun nitelikli hâli olarak kabul edilir. Bu kapsamda hürriyeti tahdit suçu mağdurunu dövme, aç bırakma, uykusunu engelleme,⁶⁵³ mağdura tokat atma,⁶⁵⁴ kollarından tutarak bir çuvala koyma, kolunu bükerek eve sokma,⁶⁵⁵ darp edilen mağdurun, zor kullanılarak evin bodrum katına götürülmesi⁶⁵⁶ fiilleri cebir olarak kabul edilmektedir. Fail hakkında ayrıca cebir suçundan hüküm kurulmayacaktır. Bununla birlikte kullanılan cebrin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla orantılı olması gerekir. Mağdurun direncini kırmak için gerekli olan güçten fazlası kullanıldığında, ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verilir.⁶⁵⁷ TCK m. 109/6’da yer alan “*kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*” düzenlemesi de bu duruma işaret

herhangi bir araçla bu suçun işlenebileceğini göstermektedir. ÇAKMUT, “Cebir Suçu (TCK m. 108)”, Erişim Tarihi: 16.4.2016.

⁶⁵² ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1193.

⁶⁵³ SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 202.

⁶⁵⁴ “*Sanığın mağdurun hürriyetini tahdid etmek maksadı ile kollarını bağlamak suretiyle müracaat ettiği şiddet unsuru fiilin zatında mündemiç olmakla beraber, bu sırada kendisine tokat atmak suretiyle fena muamelelerde bulunmuş olması dolayısıyla 179 ncu maddenin ikinci fıkrasının tatbiki lüzumundan zühul olunarak 456 ncı maddenin son fıkrası gereğince müstakil bir suç sayılması ve cezaların içtima ettirilmesi yolsuzdur.*” Y. 5. CD., 8.12.148, E. 1948/2516, K. 1948/3034 (akt. ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 68).

⁶⁵⁵ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 850.

⁶⁵⁶ Y. 8. CD., 28.3.1996, E. 1996/1853, K. 1996/ 4516 (akt. GÜLTAŞ, Veysel, *Uygulamada Ağır Ceza Davaları*, Ankara, Adalet Yayınları, 2. Baskı, 2002, s. 193- 194).

⁶⁵⁷ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 68, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1193, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 353, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 850.

eder. Yani mağdura uygulanan şiddet, TCK m. 86 kapsamında kaldığı sürece ayrıca yaralamadan ceza verilmeyecektir.⁶⁵⁸

Tehdit kişinin kendisi veya yakınlarının ağır bir zarara uğratılacağı konusunda korkutularak belli bir davranışta bulunmaya zorlanması, karar verme ve hareket etme hürriyetinden yoksun bırakılmaya çalışılmasıdır.⁶⁵⁹ Tehdide başvurulmasının nedeni, araç olarak kullanılmasıyla mağdurun direncinin kırılması, suçun işlenmesinin kolaylaşmasıdır.

Tehdidin hürriyeti tahdit suçunun herhangi bir aşamasında mağdurun direncini kırmak için kullanılması yeterlidir. Suç boyunca var olması aranmaz. Bununla birlikte hürriyetin sınırlandırıldığı süre boyunca tehdidin araç olarak kullanılması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür. Tehdidi mağdura yönelik devam eden bir kötülük olarak kabul eden bu görüş,⁶⁶⁰ tehdidin araç olarak bir defa kullanılması durumunda dahi suçun işlenmesini kolaylaştırdığı ve fiilin haksızlık niteliğini ağırlaştırdığı dikkate alınarak eleştirilebilir.

Tehdidin konusu mağdurun hayatı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti veya itibarı olabilir.⁶⁶¹ TCK m. 106'da yer verilen tehdit suçunda, tehdidin yöneldiği hukuksal değerler arasında bir derecelendirme yapılmış, malvarlığına yönelmiş tehdit de suç olarak kabul edilmiştir. Hürriyeti tahdidin nitelikli hâli için de aynı durum söz konusudur. Yani malvarlığına yönelmiş bir tehditle mağdurun hürriyeti kısıtlansa da TCK m. 109/2 kapsamında değerlendirilecektir.⁶⁶² Dolayısıyla objektif olarak korku yaratmaya elverişli ve hukuksal bir yarara yönelmiş her türlü tehdit, suçun nitelikli

⁶⁵⁸ GERÇEKER, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1481, EREM, *Hürriyet ve Suç*, s. 68, EREM, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, s. 1188, ÖZGÜVEN, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", s. 110.

⁶⁵⁹ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 438, ARTUK, "Hürriyeti Tahdit Cürmü", s. 68.

⁶⁶⁰ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 101.

⁶⁶¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 271,

⁶⁶² Yargıtay da 2007 yılında verdiği kararında, failin, mağdurun mobiletinin lastiklerini keseceğini ve mobiletine zarar vereceğini söylemesi sebebiyle tehdit suçunun oluştuğunu söylemiştir. Y. 4. CD., 6.2.2007, E. 2006/8912, K. 2007/1212. Yargıtay söz konusu kararda, tehdit edilen mağdurun, faili mobileti ile fuar alanında gezdirmek zorunda kalması olayında yalnızca tehdit suçunun oluştuğunu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için aradığı hakimiyet alanına girme kriterinin sağlanmadığı için hürriyeti tahditten bahsedilemeyeceğini söylemiştir. Ancak faili mobileti ile gezdiren mağdur, hareket halinde olan bir aracın içinde, faille birlikte devam etmek zorunda kalmıştır. Dolayısıyla bu bakımdan karara katılmıyoruz. Tehdit suçuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 63 vd.

hâlini oluşturacaktır.⁶⁶³ Objektif olarak ciddi görülen bir tehdidin, mağduru üzerinde korkutucu bir etki yaratması gerekli olmayıp, mağdurun etkilenmemesi sebebiyle tehdidin olmadığı söylenemeyecektir.⁶⁶⁴ Yargıtay da her somut olayda, failin hareketlerinin, mağdur üzerinde ciddi korku yaratacak nitelikte olup olmadığının tartışılması gerektiği görüşündedir.⁶⁶⁵

Failin hâkimiyetinde görünen ve doğrudan kendisinin ya da üçüncü kişinin aracılığıyla zarar verebileceği bir menfaatten bahsedilmesi durumunda hukuki olarak tehdidin gerçekleştiği kabul edilir. Fail ise hâkimiyetinde olan bir durumu, tehdit konusu olarak kullandığının farkında olmalıdır. Tehdit konusu menfaate zarar verme iktidarına sahip olmayan fail dahi, mağduru bu konuda ikna etti ise tehdit oluşmuştur. Fakat batıl inançlara dayanılarak mağdurun korkutulması durumunda tehditten söz edilemeyecektir.⁶⁶⁶ Tehdit konusu zararın mutlaka tehdit edilene ait olmasına gerek yoktur. Üçüncü bir kişiye ait hukuksal yarara yönelmiş tehdit de suçun nitelikli hâli için yeterli olacaktır.⁶⁶⁷

Tehdidin, hukuka uygunluk sebebi kapsamında kişi hürriyetinin sınırlandırılması amacıyla kullanılması hâlinde, hürriyeti tahdit suçu oluşmayacaktır. Ancak unsurları gerçekleşmiş olan tehdit suçundan failin sorumlu olup olmayacağının da belirlenmesi gerekir. Söz konusu durumda amaç hukuka uygun olmasına rağmen, kullanılan araç hâlâ hukuka aykırıdır. Bu nedenle kullanılan araca uygun olarak başka bir suçtan failin sorumluluğuna gidilebilmelidir.⁶⁶⁸ Yakalama emrini uygulayan polisin, şüpheli ya da sanığı yakalayabilmek için, ciddi bir tehditte bulunması hâlinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan bahsedilemeyecek,⁶⁶⁹ ancak araç olarak kullanılan tehditten ya da görevi ile ilgili suçlardan sorumlu olabilecektir.

TCK m. 106/2- 3 fıkralarında tehdit suçuna ilişkin nitelikli hâllere yer verilmiştir. Failin silahla, kendini tanınmayacak bir şekle sokarak, imzasız mektupla

⁶⁶³ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 353, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 850, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1193, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1791.

⁶⁶⁴ SÖZÜER, Adem, “Tehdit Suçu”, *İÜHFM*, C. 54, S. 1- 4, s. 130.

⁶⁶⁵ Y. 2. CD., 18.2.1993, E. 1993/1352, K. 1993/ 2106, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-1993-1352.htm&kw=1352#fm>, Erişim Tarihi: 17.4.2016.

⁶⁶⁶ SÖZÜER, “Tehdit Suçu”, s. 129- 130.

⁶⁶⁷ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 850.

⁶⁶⁸ ERMAN, Sahir, “Çalışma Hürriyetinin Tahdidi ve Men’i Suçu”, *İÜFHM*, C. 18, S. 3-4, Y. 1952, s. 699.

⁶⁶⁹ DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 118.

ya da özel işaretlerle, birden fazla kişi ile birlikte ya da suç örgütlerinin oluşturduğu korkutucu güçten yararlanarak tehdit suçunu işlemesi hâlinde cezası ağırlaştırılacak, tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar suçlarının işlenmesi hâlinde ise ayrıca bu suçlardan da cezalandırılacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında araç olarak kullanılan tehdidin bu nitelikli hâlleri barındırması durumunda, söz konusu nitelikli hâl hürriyeti tahdit kapsamında da öngörülmüşse, bu fıkralar uygulama alanı bulacaktır. Mağdurun silahla tehdit edilerek hürriyetinin kısıtlanması durumunda TCK m. 109/2 ve 3 fıkralarına göre ceza belirlenecektir. TCK 109 kapsamına alınmayan tehdidin nitelikli hâlleri ise cezada bir artırıma neden olmayacak, hakim cezayı belirlerken alt sınırdan uzaklaşmasında dikkate alacaktır.⁶⁷⁰

Hile, söz, hareket ya da her türlü vasıta ile bir kimsenin kasten aldatılmasıdır.⁶⁷¹ Gerçekte olmayan bir hususu varmış gibi ya da gerçekleşen bir olayı, olduğundan farklı veya hiç olmamış gibi göstererek bir kişinin yanıltılmasıdır. Bir kimsede yanlış bir zan oluşturma ya da var olan yanlış zannı devam ettirmek şeklinde kasti, aldatıcı davranışlardan oluşur.⁶⁷²

Hilede, cebir ve tehditte olduğu gibi doğrudan mağdurun iradesi üzerinde bir etkide bulunulmamakta, bununla birlikte mevcut durum konusunda kişi yanılgıya sevk edilerek, failin istediği gibi davranması sağlanmaktadır.⁶⁷³ Bu bakımdan hilede mağdurun iradesi mevcuttur ancak bu irade hile ile sakatlanmış bir iradedir.⁶⁷⁴

Fail bir duruma ilişkin açıklama yapmak şeklinde icrai bir hareketle hileyi gerçekleştirebileceği gibi, karşı tarafın içine düştüğü yanılgıdan ya da yanlış bilgiye sahip olmasından faydalanarak, sessiz kalmak suretiyle, ihmali şekilde de gerçekleştirebilir. Ancak ihmal suretiyle mağdurun aldatılabilmesi için, failin hileye konu olan duruma ilişkin olarak mağduru bilgilendirme yükümlülüğünün olması gerekir.⁶⁷⁵ Ayrıca hile, mağduru yanıltacak nitelikte olmalıdır. Öyle ki mağdurun

⁶⁷⁰ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 110.

⁶⁷¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 271.

⁶⁷² CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 58- 60, ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar*, s. 57- 58, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 104.

⁶⁷³ SÖZÜER, “Tehdit Suçu”, s. 126.

⁶⁷⁴ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 850.

⁶⁷⁵ SÖZÜER, “Tehdit Suçu”, s. 127.

durumun gerçekliğine dair denetleme imkânı ortadan kalkmalıdır.⁶⁷⁶ Ancak dolandırıcılık suçunda arandığı gibi hilenin ağır ve yoğun olması, basit yalandan öte bir sergileme niteliği taşıması gerekmez.⁶⁷⁷ Hilenin doğrudan mağdura karşı gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Üçüncü kişileri yanıltmak suretiyle mağdurun zarar görmesi de sağlanabilir.⁶⁷⁸ Sahte rapor düzenlemek suretiyle yetkililerin kandırılarak mağdurun akıl hastanesine yatırılmasının sağlanmasında durum böyledir.⁶⁷⁹

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hile kullanmak suretiyle işlenmesine on yaşında ve cadde üzerinde dayısının gelmesini bekleyen mağdurun, “ben de bir arkadaşımı bekliyorum, hadi gel binaya çıkıp orada bekleyelim” diyen failin, mağduru binanın ikinci katında bir odaya götürmesi,⁶⁸⁰ evinin önünde oynayan altı yaşındaki mağdurun, komşusu tarafından seni seveceğim denilerek kömürlüğe götürülmesi,⁶⁸¹ altı yaşındaki mağdurun para verileceği vaadi ile kandırılıp alıkonulması,⁶⁸² üç yaşındaki mağdurun oyun oynamak bahanesiyle başka bir eve götürülmesi,⁶⁸³ olayları örnek verilebilir.

2. Suçun Silahla İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla işlenmesi, basit şekline göre daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâller arasında düzenlenmiştir. Bunun nedeni, suçun silahla işlenmesinde failin daha büyük bir cesaretle hareket etmesi, mağdurun ise direncinin daha kolay kırılmasıdır.⁶⁸⁴

⁶⁷⁶ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 851.

⁶⁷⁷ ÖNCEL, Hakan, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, , İstanbul, 2013, s. 39.

⁶⁷⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 271.

⁶⁷⁹ EREM, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C. III, Ankara, Seçkin Yayınları, 1985, s. 230.

⁶⁸⁰ Y. 14. CD., 9.7.2012, E. 2012/ 8178, K. 2012/ 7903 (akt. ÖNCEL, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 39).

⁶⁸¹ Y. 5. CD., 17.5.2010, E. 2006/ 8792, K. 2010/ 3609 (akt. ÖNCEL, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 40).

⁶⁸² 5. CD., 17.5.2010, E. 2006/ 8426, K. 2010/ 3643 (akt. ÖNCEL, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 40).

⁶⁸³ 5. CD., 22.11.2010, E. 2008/ 7320, K. 2010/ 8544 (akt. ÖNCEL, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 41).

⁶⁸⁴ GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 107, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 271.

Silah kavramı, 5237 sayılı TCK m. 6/1-f bendinde tanımlanmıştır. Buna göre ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler silah niteliği taşımaktadır. Yalnızca saldırı ya da savunma amacıyla yapılmış aletler değil, buna elverişli her türlü alet de silah kapsamında değerlendirilmiştir.⁶⁸⁵ Dolayısıyla mekanik, kimyasal, vücudun dışında ya da içinde her türlü alet silah kabul edilecektir.⁶⁸⁶

Suçun silahla işlenmesi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir.⁶⁸⁷ Silah taşıyan failin suç sırasında silahını hiç kullanmamış olması ya da mağdurun silahın varlığını failin isteği dışında fark etmesi durumunda da ceza ağırlaştırılacak mıdır? Bir görüş fiilin gerçekleştirilmesi sırasında, failin bilerek ve isteyerek, mağduru etkileyecek şekilde silahını kullanması gerektiği şeklindedir.⁶⁸⁸ Ancak mağdurun hürriyetini sınırlandırmak isteyen failin, silahını yalnızca göstererek mağdurun direncini kırması da silahı kullanması anlamına geleceğinden bu durumda da ağırlaştırıcı sebep uygulanmalıdır.⁶⁸⁹ Fail silahtan, suç işlemesini kolaylaştıracak şekilde yararlanmış olmalı, ancak bu yararlanmanın şekli önem arz etmemelidir.⁶⁹⁰

⁶⁸⁵ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 114- 115. Yargıtay kararında da somut olay kapsamında silah olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. “Sanığın etkili eylem suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyumsuzluk, olayda kullanılan levye demirinin silahtan sayılıp sayılmayacağına ilişkindir. // Bu duruma göre TCK.nun 189. maddesinin yürürlüğünün tartışılmasının olayımızda yeri ve gereği yoktur. // Türk Ceza Yasasında silah kavramının tanımı yapılmamıştır. Bir şeyin silah sayılması için, saldırı veya savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılması şart değildir. Yalnız o aletin bir olayda; saldırı veya savunmada kullanılması ve aynı zamanda kesici, delici veya bereleyici aletlerden olması gerekir. // Maddi olayda sanık; taşıtların lastiklerinin değiştirilmesi ve onarımında kullanılan demirden yapılmış ucu kıvrık levye demiri ile mağdura vurmuş, onbeş gün iş ve gücünden kalacak şekilde kolunun kırılmasına neden olmuştur. Suçta kullanılan levye demirinin sağlam ve muhkem olması, bereleyici özelliğinin tecavüzde kullanılması, vurulduğunda silah etkisi yaratması ve mağdurdaki yaranın niteliği nazara alındığında silah olarak kabulü ile TCY.nın 457/1. maddesinin uygulanması gerekir.” YCGK., 1.3.1993, E. 1993/ 4-23, K. 1993/ 44, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1993-4-23.htm&kw=1.3.1993#fm>, Erişim Tarihi: 20.04.2016.

⁶⁸⁶ ÇAKMUT, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, s. 594.

⁶⁸⁷ AKIN, Özgül, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 55, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1194.

⁶⁸⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 354.

⁶⁸⁹ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 69, ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 116.

⁶⁹⁰ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1195, , PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 242, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk*

Bununla birlikte failin elinde bulunan ve suçta kullanma amacı taşımadığı silah niteliğinde olabilecek araçların varlığı, nitelikli hâlin uygulanmasını gerektirmez.⁶⁹¹ Sanığın, mağduru tehdit ettiği sırada kuyu kazmak için elinde kazma bulunduruyor olması, silah kullandığı anlamına gelmeyecektir.⁶⁹²

3. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Mağdurun direncinin kırılması ve suçun icrasını kolaylaştırması dikkate alınarak suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi de nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir.⁶⁹³ Bu ifadeden iki ya da daha fazla kişinin müşterek fail sıfatıyla sorumlu olacakları şekilde suçu işlemelerinin anlaşılması gerektiği madde gerekçesinde açıkça ortaya konulmuştur. Devamında ise suçun azmettiren ya da yardım eden sıfatına sahip kişilerle birlikte işlenmesi durumunda nitelikli hâlin uygulanmayacağına yer verilmiştir.

Suç müşterek fail sıfatına sahip birden fazla kişi ile birlikte işlendiğinde, yardım eden ve azmettiren kişiler de suçun nitelikli hâlinde sorumlu olacaktır.⁶⁹⁴ Müşterek faillikte fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğundan her bir suç ortağı fail statüsündedir ve fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin imkanı dâhilindedir.⁶⁹⁵ Somut olayda faillerin suçun işlenmesindeki rolleri ve sonuca katkıları dikkate alınarak iştirak türünün belirlenmesi gerekecektir.⁶⁹⁶ Faillerin mağdurun el ve

Ceza Kanunu Yorumu, s. 1792, YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3624, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 851, DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 123.

⁶⁹¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 354, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1194.

⁶⁹² Yargıtay kararları da bu yöndedir. Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda failin eve silahla girmesini, suçun nitelikli hali olarak değerlendirmemiş, eve girmeyi kolaylaştırıcı şekilde silah kullanmasını nitelikli hal için aramıştır. YCGK., 27.12.1954, E. 1954/ 73, K. 1954/ 373 (akt. ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 69)

⁶⁹³ ÇAKMUT, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, s. 595, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1195, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 390.

⁶⁹⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 354.

⁶⁹⁵ PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1792, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 851.

⁶⁹⁶ “Somut olaya gelince; katılan'ın, arkadaşı olan sanıklar ve ile birlikte gece vakti gezerken gittikleri parkta gördükleri sanık'ün, katılanı ve diğer sanıkları yanına çağırdığı, sanık'in yanına gelen katılana kardeşi ile katılan arasındaki eski bir olayı bahane ederek sataşp, döveceğini söyleyip darp ettiği, sanıklar ve'in başta karışmak istemeseler de'in tarafına geçerek parkta başka vatandaşlar da bulunduğu için katılanı hep birlikte bir kaç yüz metre ilerideki boş araziye götürdükleri,'in katılanı tekrar darp ederek soyunmasını istediği, ceplerini arayarak MP3 çalar aletini ve sigarasını aldığı, korkuya kapılan katılanın üzerindeki kıyafetleri çıkardığı, sanıkların hep birlikte katılanı dikenlerin üzerinde sürünmeye ve yürümeye zorladıkları, bu sırada'in katılandan

ayaklarından tutarak onu zorla arabaya bindirmeleri müşterek faillik durumuna örnektir.⁶⁹⁷ Ayrıca suç işleme konusunda failerin önceden anlaşmış olması gerekmez. Suçun icra hareketlerinin gerçekleştirildiği andaki anlaşma da yeterli olacaktır.⁶⁹⁸

C. Failin Vasfı ile İlgili Nitelikli Hâl Olarak Kamu Görevlisinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle Suçu İşlemesi

Kamu görevlisi, nüfuzunu kullanmak suretiyle hukuka aykırı olarak bir kişinin hareket hürriyetini sınırlandırır. TCK m. 109/3-d bendi kapsamında cezalandırılacaktır. Bu düzenlemenin uygulanması için failin kamu görevlisi olması yeterli değildir. Aynı zamanda görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması gerekmektedir.⁶⁹⁹ Yani görevini kötüye kullanarak ya da kanuni usul ve kurallara

zorla aldığı sigaraları yakıp içmeye başladıkları, sanıklar ... ve ...'in, ...'in talimatı ile sigaralarını katılanın vücuduna bastırarak söndürdükleri, akabinde sanık ...'in çakmakla katılanın saçını yaktığı, katılanı bir süre daha hep birlikte darp ettikten sonra ellerini ve ayaklarını tutarak bir kaç kez dikenlerin üzerine attıkları, sanık ...'in bir odun parçası ile cinsel saldırıda bulunacağını söyleyerek ve kendi kolundaki kesiği gösterip, elinde TCK'nın 6. maddesine göre silahtan sayılan bir cam parçası olduğu halde bu kesinin aynısını katılanın koluna yapacağını söyleyerek tehditte bulunduğu, daha sonra kıyafetlerini giydirecek getirdikleri parka geri götürdükleri, parka geldiklerinde sanık ...'in katılandan para, köpek tasması, ayakkabı getirmesini ve ablasını kendisine ayarlamasını isteyerek, olanları anlatması halinde döveceğini, öldüreceğini söyleyip tehditlerine devam ettiği, sanıklar ... ve ...'in ayrılmasından sonra, ...'in katılanı bir süre daha alıkoyup serbest bıraktığı, katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilecek şekilde yaralandığının anlaşılması karşısında; sanık ... ile birlikte hareket ederek suça doğrudan katılan sanıklar ... ile ...'in TCK'nın 37/1. maddesinin yollaması ile aynı yasanın 149/1-a-c-h, 31/2. maddeleri uyarınca hükümlülüklerine karar verilmesi gerekirken, delillerin takdirinde yanılgiya düşülerek yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi,” Y. 6. CD. 29.2.2016, E. 2013/26606, K. 2016/1535, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=6cd-2013-26606.htm&kw=109/3`#fm>, Erişim tarihi: 21.4.2016.// “sanığın suç arkadaşıyla birlikte, gece vakti yakınların konutuna girerek, silahla tehdit edip cebir kullanmak suretiyle beş yakınını bir odaya götürüp yere yatırdıktan sonra, üzerlerinde ve evde buldukları para ve birçok cep telefonunu yağmaladıkları olayda; her bir yakınana yönelik eylemlerle ilgili 765 Sayılı TCK'nın 499/1(2.cümle), 522(eşyaların değeri tespit edilerek sonucuna göre), 59/2. maddeleri ile 5237 Sayılı Kanun'un 149/1-a-c-d-h, 168 ((1) numaralı bozmanın sonucuna göre), 62, 53; 109/2, 109/3-a-b, 62, 53. maddeleri uyarınca ayrı ayrı uygulama yapıldı,” Y. 6. CD., 11.2.2016, E. 2015/8052, K. 2016/637, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=6cd-2015-8052.htm&kw=109/3`#fm>, Erişim Tarihi: 21.4.2016.// “Mağdur sanık ...'nın başından beri birbirine uygunluk gösteren anlatımı, olay gecesi hastaneye başvurmış olması, olayın gelişimine dair mağdure...in sanık ...'un anlatımını destekleyen beyanları birlikte değerlendirildiğinde; sanıklar İsa ve ...'in, ... Tesislerinin arka tarafında bulunan sahilde sanık ...'a ait araç içinde ön sağ koltukta oturan mağdur sanık ...'u orada zorla tuttıkları, aracın kapılarını kilitledikleri, her ikisinin de mağdur sanığa yumrukla vurarak darp ettikleri ve mağdure ...'i aramaya zorladıkları, bu şekilde sanıkların müşterek eylem ve irade birliği içerisinde mağdur sanık ...'a karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işledikleri sabit görülerek cezalandırılmalarına karar verilmiş, suçun birden fazla kişi tarafından işlendiğinden cezada artırım yapılmış,” YCGK, 9.2.2016, E. 2014/14-35, K. 2016/49, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2014-14-35.htm&kw=109/3`#fm>, Erişim Tarihi: 21.4.2016.

⁶⁹⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 354.

⁶⁹⁸ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 70, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 272.

⁶⁹⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 357, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1196.

uymayarak nüfuzunu kötüye kullanmalı ve kişi hürriyetini hukuka aykırı olarak sınırlandırmalıdır.⁷⁰⁰ ETCK’da ayrı bir suç olarak düzenlenen bu durum TCK’ da ağırlaştırıcı sebep hâline gelmiştir.⁷⁰¹

Hangi durumlarda bu nitelikli hâlin uygulanacağını belirleyebilmek için ilk şart olarak kimin kamu görevlisi olduğu hususunu açıkça ortaya koymak gerekmektedir. TCK m. 6’da “*kamu görevlisi*” deyiminden ne anlaşılması gerektiğini belirtilmiştir. “*Kamusal faaliyetlerin yürütülmesinde atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir.*” Buna göre “*kamu görevlisi*” devletle ilişkisine bakılmaksızın, kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılan kişidir. Maddenin başında yer alan “*ceza kanununun uygulanmasında*” ibaresi biri ceza hukukunda diğeri idare hukukunda geçerli olan, iki farklı kamu görevlisi anlayışını göstermektedir. Ayrıca ETCK’da memur ve kamu hizmeti gören olarak iki tür kamu ajanı varken TCK’da bu ayırmadan vazgeçilmiş, kamu görevlisi kavramı kabul edilmiştir. Kamu görevi gören kişi olan memurdan farklı olarak kamu görevlisi kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde katılan kişidir. Kişinin bir kamu tüzel kişisiyle istihdam ilişkisi içinde olmasından çok yaptığı işin niteliğine bakılarak kamu görevlisi olup olmadığına karar verilecektir.⁷⁰²

Kanun koyucu “*görevi kötüye kullanma*” değil, “*nüfuzu kötüye kullanma*” ifadesine yer vermiştir. Nüfuz, “*söz geçirme, güçlü olma, erk*” anlamına gelmektedir.⁷⁰³ Bu iki kavram kapsamı bakımından incelendiğinde, nüfuzun kötüye kullanılmasının, görevin kötüye kullanılmasından daha geniş bir anlama sahip olduğu görülecektir.⁷⁰⁴ Kanun koyucu burada kişi hürriyetini sınırlandırma hukuki yetkisi olmayan kamu görevlilerinin de sahip oldukları nüfuzu kullanmak suretiyle bu suç

⁷⁰⁰ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 443.

⁷⁰¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 273, AKIN, Özgül, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 58- 59. “Bir memur, memuriyetine aid vazifeyi suistimal ederek veyahut kanunen icab eden usul ve şartlara riayet etmiyerek bir kimseyi şahsi hürriyetinden mahrum ederse bir seneden üç seneye kadar hapis cezası verilir. (2)Eğer bu fiille 179 uncu maddenin ikinci fıkrasile 180 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı hallerden biri inzıam etmiş ise ceza üç seneden beş seneye kadar haptir. (3) 180 inci maddenin son fıkrasında yazılı halde ceza altıda birden yarıya kadar indirilir.” **765 s. ETCK m. 181.**

⁷⁰² ERGÜN, Güneş Okuyucu, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Ankara, 2008, s. 10 vd.

⁷⁰³ TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.571e2ac035f197.14921414, Erişim Tarihi: 25.4.2016.

⁷⁰⁴ ÖZEN, Mustafa, *İrtikap ve Rüşvet Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 51- 52 (akt. ÖNCEL, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 55).

işlemelerinde, alacakları cezayı ağırlaştırmak istemiştir.⁷⁰⁵ Kamu görevlisi olarak hürriyeti kısıtlama yetkisi olmasa da, sahip olduğu sıfat ile başkalarını etkileyebilme ve onlar üzerinde otorite kurabilmesi mümkün olmuş, bu durum da suçu işlemesini kolaylaştırmıştır.⁷⁰⁶ Bu görüşe karşıt olan yazarlar ise kamu görevlisinin, ancak görevi dâhilinde olan bir yetkiyi kötüye kullanarak bu suçu işlemesi durumunda cezasının ağırlaştırılacağını savunmaktadırlar.⁷⁰⁷

Bir suç işlendiği iddiasıyla başlayan soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hürriyeti kısıtlama yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak bir kimsenin hareket hürriyetini hukuka aykırı sınırlandırması söz konusu olabilir. Bunun tipik örneği herhangi bir hukuki dayanak olmadan, yakalanan, karakola götürülen ve gözaltına alınan kişilerin durumudur.⁷⁰⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer kanunlarda suç işlendiği iddiası sonrasında, yakalama yetkisi kolluk görevlilerine, gözaltına alma konusunda karar yetkisi savcılara, tutuklama konusunda yetki ise hâkime verilmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan bahsedilebilmesi için ilgili mercilerden karar alınmamış olması ya da alınmış kararların hukuka aykırı olması yanında, failin suç işleme kastının da olması aranacaktır.⁷⁰⁹ Hukuki bir engel olmasına rağmen hâkimin kişiyi tutuklaması,

⁷⁰⁵ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1197, MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 443.

⁷⁰⁶ Y. 4. CD., 8.10.2007, E. 2007/4074, K. 2007/8017 (akt. BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 515).

⁷⁰⁷ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 852, TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 87.

⁷⁰⁸ “Somut olayda, yakınların evlerinde arama yapmayı haklı gösterecek arama konusunda verilmiş hakim kararı olmadığı gibi hakim kararı olmadan arama yapılabilecek durumlara ilişkin Yasada öngörülen koşullardan herhangi birinin gerçekleşmemesine, diğer yandan yakınların gözaltına alınmalarını haklı gösterecek yasal bir neden de bulunmamasına karşın, salt yakınlarından birinin de karıştığı ileri sürülen hırsızlık suçunun şüphelisi olarak aranan bir başka kişinin yakalanabilmesi amacıyla, gece saat 04.00 sıralarında yakınların kapısına gelerek, aramakta oldukları M.G. adlı kişinin adresinin yakınlarca bilinebileceği düşüncesiyle, önce A.T.’nin zilini çalarak kendisini sordukları, onu bulamayınca kardeşi H.T.’nin evine girerek arama yapıp, onu polis aracına aldıkları, daha sonra da evde olduğunu öğrendikleri A.T.’nin evinde arama yapmak için girdikleri, ancak onun direnmeleriyle karşılaşınca evden ayrılıp H.T.’yi de araca bindirip karakola götürerek yaklaşık yarım saat beklettikten sonra serbest bıraktıkları kabul edilmesi karşısında” Y. 4. CD., 19.4.2006, E. 2004/21680, K. 2006/9696, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2004-21680.htm&kw=19.4.2006#fm>, Erişim Tarihi: 26.4.2016.// “Sanık Jandarma komutanının, ifadelerini almak üzere karakola götürdüğü katılanları gece 01.30’dan 05.00’e kadar bekletip haklarında hiçbir işlem yapmaması ve ifadelerini de almayıp nedensiz olarak karakolda bekletmesi eylemleri keyfî davranma suçunu oluşturur. Ayrıca keyfî gözaltı eyleminin gece evden alınma şeklinde gerçekleşmesi ve gözaltına alınan kişinin eşi ile evinde yalnız kalabilme amacını taşıması konut dokunulmazlığını ihlal ve memuriyet nüfuzunun suistimali suçlarını oluşturur.” Y. 4. CD., 8.4.2003, E. 2002/18778, K. 2003/1944, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2002-18778.htm&kw=memuriyet+n%C3%BCfuz`#fm>, Erişim Tarihi: 26.4.2016.

⁷⁰⁹ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 391.

savcısının azami süreden fazla şüpheliyi gözaltında tutması ya da infaz koruma memurunun yetkisi olmadığı ve şartlar oluşmadığı hâlde hükümlüyü hücreye koyması durumlarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hâli oluşacaktır.⁷¹⁰

Gerçeğe aykırı olarak kendisini kamu görevlisi olarak gösteren kişinin, başkasını hürriyetinden yoksun kılması durumunda hareket hürriyetinin hile ile sınırlandırılmasına ilişkin hüküm uygulanır. Kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması ile oluşan ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için failin hukuka uygun bir şekilde kamu görevlisi sıfatını kazanmış olması gerekmektedir.⁷¹¹

TCK' nın 109/3-d fıkrasında hukuka aykırılık özel olarak düzenlendiğinden görevi kötüye kullanmanın genel hükmü olan TCK m. 257 değil, özel hüküm olan 109/3-d hükmü uygulanacaktır.⁷¹²

D. Mağdurun Vasfı ile İlgili Nitelikli Hâller

1. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi

Kamu görevlisine karşı, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesi cezayı ağırlaştıran nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. TCK m. 109/3-c bendinde yer alan bu nitelikli hâlin uygulanması için mağdurun kamu görevlisi olması yeterli değildir. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bu

⁷¹⁰ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 852. “155 polis imdat telefonuna yapılan isimsiz ihbarda ruhsatsız silah bulundurduğu bildirilen ve yakalandığında üzerinde yapılan aramada her hangi bir suç unsuru ele geçirilemeyen katılanın 05.09.2002 tarihinde gözlem altına alındığı ve gözlem altında bulunduğu sırada Ç... Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen arama kararının 05.09.2002 günlü olmasına karşın evindeki aramanın bir gün sonra yapıldığı, katılan gözlem altında iken yapılan ikinci bir şikayet nedeniyle, gözaltı süresinin uzatılmasının talep edildiği, bu talep, 06.09.2002 günü Cumhuriyet savcısı tarafından reddedildiği halde, ikinci şikayet gerekçe gösterilerek katılanın bir gün daha gözaltında tutulduğu olayda; İsimsiz ve asılsız ihbar dışında suç işlediğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmayan katılanı 05.09.2002 günü yasal hiçbir gerekçe göstermeden gözaltına aldırان ve Cumhuriyet Savcısının yazılı talimatının aksine yasal olmayan bu gözaltı süresini ikinci şikayet gerekçesiyle uzatan üst dereceli kolluk amiri sanığın eyleminin kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden atılı suçtan mahkumiyeti” Y. 8. CD., 2.6.2010, E. 2008/6771, K. 2010/7810, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-2008-6771.htm&kw=2.6.2010#fm>, Erişim Tarihi: 26.4.2016.

⁷¹¹ TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 87, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 273.

⁷¹² MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, I, s. 1030.

görevin yerine getirilmesi dolayısıyla işlenmesi gerekir.⁷¹³ Üç şart aynı anda gerçekleşmelidir. Mağdur kamu görevlisi olmalı, görevini yerine getirmeli ve bu nedenle hürriyetinden yoksun kılınmalıdır.⁷¹⁴ Dolayısıyla suçun işlenmesinde failin saiki önem kazanmaktadır.⁷¹⁵

765 sayılı TCK m. 180'de hürriyeti tahdit suçunun milletvekili sıfatı taşıyan birine ya da memura karşı işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın ağırlaştırılacağı belirtilmişti.⁷¹⁶ Milletvekillerinin sadece bu sıfatları dolayısıyla, milletvekili oldukları dönemde hürriyetlerinin sınırlandırılması hâlinde ceza ağırlaştırılırken, memurların yerine getirdikleri görev nedeniyle hürriyetlerinin sınırlandırılması durumunda verilecek ceza arttırılmaktaydı. Eski kanunda milletvekili ve memur şeklinde yapılan bu ayırım 5237 sayılı TCK'da benimsenmemekle birlikte uygulandığı dönemde de ciddi eleştirilere maruz karşılaşmıştır.⁷¹⁷

Mağdurun emekli ya da işten ayrılmış olması önemli değildir. Daha önce yerine getirdiği kamu görevi sebebi ile hürriyetinden yoksun bırakıldığında da bu nitelikli hâl uygulanacaktır.⁷¹⁸ Dahası kendisine karşı değil ancak ailesi, yakınları ya

⁷¹³ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1196, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 75- 76, TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 87.

⁷¹⁴ YURTCAN, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet yayınevi, 3. Baskı, 2012, s. 114. “Olay tarihinde sanığa ait işyerine borcuna karşılık haciz işlemi yapmak amacıyla giden mağdurlardan avukat Hasan'a hitaben seni öldüreceğim dedikten sonra her iki mağdurun da işyerinin içerisinde bulunduğu sırada, işyeri kapısını kilitlemek suretiyle dışarı çıkmalarına engel olduğu, kolluk görevlilerinin olay yerine gelmesi üzerine kapıyı açarak mağdurların olay yerinden çıkmasına izin 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” Y. 14. CD., E. 2013/1813, K. 2014/12123, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-1813.htm&kw=`109/3-c`#fm>, Erişim Tarihi: 26.4.2016.

⁷¹⁵ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1196.

⁷¹⁶ “Evvelki maddede yazılı cürüm failin usul ve fîruundan yahut karı kocadan biri tarafından diğeri aleyhine yahut Büyük Millet Meclisi azasından biri yahut memuriyeti işlerinden dolayı bir memur aleyhine irtikabolunur yahut bu fiil sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelirse cezası beş seneden on beş seneye kadar ağır hapis ve kırk liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdidir.”, **765 s. TCK m. 180.**

⁷¹⁷ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 74- 75, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 124- 125.

⁷¹⁸ ÇAKMUT, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, s. 596, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 75- 76, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 242, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakı Karşı Suçlar*, s. 902- 903, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 851- 852, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 390.

da sevdiklerine karşı bu suç işlendiğinde ve gerçekleştirilen kamu görevi suçun saiki olduğunda yine bu nitelikli hâlden bahsedilecektir.⁷¹⁹

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması sebebiyle hürriyetinin sınırlandırılması hâlinde bu ağırlaştırıcı sebep uygulama alanı bulmaz. Hukuka uygun olarak görevini yerine getiren kimsenin, kamusal işleyişin bir parçası olması sebebiyle bu suçun mağduru olması cezayı ağırlaştıran durumdur. Ancak görevinin gereklerine aykırı davranması sonucu başkalarının zarar görmesine sebep olan kamu görevlisinin hürriyeti sınırlandırılırsa, nitelikli hâl uygulanmayacak olup, ayrıca fail haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır.⁷²⁰

2. Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa ya da yaşı ne olursa olsun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumdaki kişiyeye karşı işlenmesi nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Bu durumun nitelikli hâl olarak kabul edilmesinde mağdurların şartları itibariyle kendilerini savunmalarındaki zorluk etkili olmuştur.⁷²¹

Öncelikle çocuk ve beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişilerin kimler olduğunu tespit etmek gerekir. Çocuk TCK m. 6/1-b bendi gereği henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan kişidir. 5395 sayılı ÇKK'da ise “*daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak tanımlanmıştır. Hürriyeti tahdit suçunun on sekiz yaşını doldurmamış bir kişiyeye karşı işlenmesi hâlinde, failin kaç yaşında olduğuna bakılmaksızın cezası ağırlaştırılacaktır. TCK m. 109/3-f düzenlemesinin getirilme sebebi suçun işlenmesindeki kolaylık ve mağdurun savunmasızlığı olsa da, düzenlemede fail ile mağdur arasındaki yaş ilişkisine

⁷¹⁹ MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, C. I, s. 1029, TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 87, ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, s. 442, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1196, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 411, MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 442, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 902- 903, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 272- 273.

⁷²⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 411.

⁷²¹ TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 88, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1197, ÇAKMUT, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, s. 597, POLAT, *Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar*, s. 350.

değnilmediği için failin mağdurdan daha küçük ya da mağdurla yaşıt bir çocuk olması hâlinde de nitelikli hâl uygulanmaktadır. Kanundaki mutlak ifade TCK 109/3-f bendinin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.⁷²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.1.2013 tarihli kararı da bu yöndedir.⁷²³

Beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olmak, bedensel güçsüzlük ve direnç göstermede zayıflığı ifade eder.⁷²⁴ Mağdurun akıl zayıflığı, hastalık, sakatlık gibi nedenlerle kendi hürriyetini yeterli derecede koruyacak durumda olmamasıdır.⁷²⁵ Etkilerine bakılarak ruh ve beden hastalıkları bu bağlamda değerlendirilecektir.⁷²⁶ Mağdurun bedeninde henüz gerçekleşmiş bir ameliyat yarası bulunması, kol ve benzeri bir uzvunun kesilmiş olması ya da mağdurda zekâ geriliği olması ağırlaşmış hâlin uygulanacağı durumlardır.⁷²⁷ Mağdurun kendini savunamayacak durumda olması failden ya da mağdurdan kaynaklanabilir. Failin bu durumdan yararlanmış olması nitelikli hâlin uygulanması için yeterlidir.⁷²⁸

Failin kastının ağırlaştırıcı nedeni kapsamı gerekmektedir. Fail mağdurun ruh ve beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu bilmeli, buna

⁷²² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 356.

⁷²³ “Şu halde, kasten öldürme suçu çocuğa karşı işlenmiş ise, sanığa karşı kendisini savunabilecek durumda olup olmadığına bakılmaksızın TCK'nun 82. maddesinde düzenlenen nitelikli hal uygulanacaktır. Maddedeki "çocuk" sözcüğü ile mağdurun ya da maktulün beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığına bakılmaksızın yaşı nedeniyle bir nitelikli hal öngörüldüğünden, sanığın onsekiz yaşını doldurmamış olmasının veya fizik yapısı itibarıyla maktulden daha güçsüz durumda bulunmasının bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmaması noktasında bir önemi bulunmayacaktır. Sanığın da çocuk olması Türk Ceza Kanununun 31. maddesi kapsamında ve içinde bulunduğu yaş grubuna göre ayrıca bir indirim nedeni olacaktır. Diğer bir anlatımla, sanık ile mağdurun durumları ayrı ayrı değerlendirilecek, sanığın çocuk olması durumunda 31. maddedeki indirim hükmü uygulanacak, mağdurun ya da maktulün çocuk olması halinde de eylemi gerçekleştirenin yaşına bakılmaksızın aynı kanunun 82. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendindeki nitelikli hal uygulanacaktır. İkisnin de çocuk olması durumunda ise, sanık hakkında TCK'nun 82/1-e maddesi uyarınca belirlenen temel ceza üzerinden aynı Kanunun 31. maddesi uyarınca yaş küçüklüğü indirimi yapılacaktır.” YCGK, 15.1.2013, E. 2012/1-1285, K. 2013/3, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-1-1285.htm&kw=`82/1-e`#fm>, Erişim Tarihi: 26.6.2016.

⁷²⁴ MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, C. I, s. 1030.

⁷²⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 409, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 903.

⁷²⁶ Mağdurun beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması hususundaki gibi yaşının da mahkeme tarafından belirlenmesi gerekir. Yaşı gösteren belgelerin toplanması, gerekiyorsa tıbbi yöntemlerle yaş tespitinin yapılması, bu nitelikli halin uygulanması için zorunludur. Söz konusu incelemeyi yapmadan suçun çocuğa ya da beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlendiği yönünde verilen kararlar Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Karar için bkz. Y. 5. CD., 1.2.2007, E. 2006/ 11960, K. 2007/ 527, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2006-11960.htm&kw=`ya%C5%9F%C4 %B1n% C4%B1n+tespiti`#fm>, Erişim Tarihi: 27.4.2016.

⁷²⁷ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 445.

⁷²⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 409- 410.

rağmen suçu işlemeye devam etmelidir. Fail mağdurun kendisini savunamayacak durumunda olduğunu bilmemekle birlikte bundan kuşkuluyor, yine de suç fiilini gerçekleştiriyorsa TCK 108/3-f bendine göre ceza artırılır. Mağdurun ruh ve beden bakımından savunmasızlığı dışarıdan anlaşılmıyor ve fail de hiçbir şekilde mağdurun durumundan haberdar değilse ağırlaştırıcı sebep uygulanmayacaktır.⁷²⁹

Ruh ve beden bakımından savunmasızlık hâlinin sürekli olması gerekmez. Geçici ya da kalıcı olmasına bakılmaksızın suçun işlenmesi sırasında mağdurun fiile karşı koymasına engel ise bu kapsamda görülmektedir.⁷³⁰

E. Fail ile Mağdur Arasındaki İlişki Bakımından Nitelikli Hâl Olarak Suçun Üstsoy, Altsoy ya da Eşe Karşı İşlenmesi

Kanun 109/3-e bendindeki düzenlemesiyle, failin belli bir akrabalık derecesinin olduğu kimseler aleyhine kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemesi durumunda daha ağır cezai yaptırım öngörmüştür.⁷³¹

Altsoy kişinin çocuklarını, torunlarını ve bu şekilde süren silsileyi, üstsoy ise anne, baba, büyükanne, büyükbaba ve devamını ifade eder. Kardeşin hürriyetten yoksun kılma suçunun mağduru olması durumunda ise bu ağırlaştırıcı sebep uygulanmaz.⁷³² Türk Medeni Kanunu m. 17'ye göre faille mağdur arasındaki bu ilişki açıklanmaya çalışılacaktır.

Eş sıfatı TMK'ya göre evli olan kişiler arasında söz konusu olmaktadır. Tarafların suçun işlendiği sırada TMK'ya göre evli olmaları gerekir. Fiili birliktelikler hakkında bu hüküm uygulanmamaktadır. Eşler arasında boşanma davasının açılmış olması ya da fiili olarak ayrı yaşama nitelikli hâlin uygulanmasına engel değildir.⁷³³

Kanunda altsoy, üstsoy ve eşe ilişkin akrabalık durumlarının nasıl belirleneceği açıkça gösterilmemiştir. Fiili olarak altsoy, üstsoy ilişkisi mevcut ise, ancak TMK

⁷²⁹ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 445.

⁷³⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 275.

⁷³¹ POLAT, *Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar*, s. 349.

⁷³² PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1793.

⁷³³ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 164- 165, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 273, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 127- 128, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar*, s. 901, ARTUK, "Hürriyeti Tahdit Cürmü", s. 73- 74.

hükümlerine göre bu ilişki kurulmamışsa ağırlaştırıcı sebep uygulanmayacak mıdır? Bir görüş Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği, hukuki durumun esas alınacağını şeklindedir.⁷³⁴

Bir diğer görüş ise alt soy-üst soy ilişkisinin belirlenmesinde meşruluğun önemli olmadığı şeklindedir. Kanun koyucu burada kanuni değil fiili anlamda ilişkiyi esas almıştır. Dolayısıyla soy bağı düzgün olsun ya da olmasın bütün çocuklar hükmün kapsamına girmelidir.⁷³⁵

Aynı durum eş için de söz konusudur. Evliliğin TMK hükümlerine göre geçerli bir evlilik olması arandığında dini nikâh ile birlikte yaşayan kişiler için bu nitelikli hâl uygulanamayacaktır. TCK 109/3-e bendinde yer alan durumun ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesinin suçun işlenmesindeki kolaylık ve suçtaki haksızlığın ağırlığı olduğu düşünülürse söz konusu bağların belirlenmesinde fiili durumun dikkate alınması daha doğru olacaktır.

⁷³⁴ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 444, ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 853, PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 1793. “Oluşa ve dosya içeriğine göre katılanın oğlu ve gelini olan sanıklar tarafından fikir ve eylem birliği içinde darp edilerek basit tıbbi müdahale ile giderilecek şekilde yaralanmasından sonra, sanık S.. S.. tarafından vücudunun çeşitli yerlerinden apartmanın ortak alanındaki merdivenin korkuluk demirine bağlandığı, Sadık'ın kendisindeki anahtar ile katılanın oturduğu daireye girerek çantasından 1.500.-TL parasını almasından sonra eşi olan S.. S.. ile birlikte katılanı bağlı vaziyette bırakarak aynı apartmanda bulunan kendi dairelerine gittikleri, katılanın bu şekilde saatlerce bağlı kalmasından sonra yanına gelen Sadık'ın, el ve ayaklarının şişmeye başladığını görmesi üzerine ipi keserek serbest bıraktığı, kurtularak komşusuna giden katılanın başına gelenleri anlatması ile polise haber verildiği, olay yerine gelen polis tarafından sorulduğunda sanık Sadık'ın aldığı parayı evinden getirerek polise teslim ettiği olayda, sanıklar her ne kadar katılanın akıl hastalığı nedeniyle kendi kendisine zarar verdiğini ve buna engel olmak için onu bağladıklarını savunmuş iseler de hastanesinin sağlık kurulu raporunda katılanın ruhsal hastalığının bulunmadığının belirlenmesi, vücudundaki yaraların yerleri ve nitelikleri itibarıyla katılanın kendisi tarafından meydana getirilmesinin mümkün olmaması karşısında darp edildiğinin sabit olması, sanıkların vahim ve saldırgan bir davranış içinde olduğunu iddia etikleri katılanı etkisiz hale getirdikten sonra derhal acil hizmet veren sağlık ve kolluk birimlerinden yardım istemek yerine, apartman boşluğunda yaralı vaziyette saatlerce bağlı bırakarak hiç bir şey yokmuş gibi evlerine gidip oturduklarının anlaşılması, sağlık ve kolluk hizmetinin 24 saat aralıksız verildiği bir yerde mesai bittiği için hastaneye ertesi gün götüreceklerine ve sosyal güvencesi olan katılanı hastaneye götürebilmek için parasının alındığına dair savunmaların oluşa aykırı ve cezadan kurtulmaya yönelik beyanlardan ibaret olduğu gözetilmeksizin, sanıkların sabit olan konutta birden fazla kişi ile birlikte yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından TCK'nın 37/1, 149/1-c-d, 168/3; 109/2-3-b (sanık Sadık için ayrıca 109/3-e) maddeleri gereğince hükümlülükleri yerine, kendi içinde tutarsız ve oluşa aykırı savunmalarına itibar edilerek, delillerin takdirinde yanılgıya düşülmek suretiyle yazılı şekilde sanık S.. S.. 'nun yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından beraatine, sanık S.. S.. 'nun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatine, kasten yaralama suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi,” Y. 6. CD., 2.11.2015, E. 2012/ 18823, K. 2015/ 44321, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=6cd-2012-18823.htm&kw=`109/3-e`#fm>, Erişim Tarihi: 27.4.2016.

⁷³⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 164, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 274, DÖNMEZER, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul, Filiz Yayınları, 12. Baskı, s. 39.

F. Manevi Unsurla İlgili Nitelikli Hâl Olarak Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi

765 sayılı ETCK m. 429 ve 430'da “*şehvet hissi ve evlenme maksadıyla bir kimseyi kaçırmak veya alıkoymak*” ayrı bir suç olarak düzenlenmişti. TCK’ da ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi cezayı ağırlaştıran hâl olarak yer almıştır. Buna göre bir kimseyi cinsel amaçla bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakan kişiye verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

TCK m. 109/5’ e göre failin cinsel amaç içeren özel kastla hareket etmiş olması gerekmektedir.⁷³⁶ Ancak cinsel amaç ile anlatılmak istenenin ne olduğu açık değildir. Bu ifadeden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesinde failin cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket etmesi gerektiği çıkarılabilir⁷³⁷ ve bu amacın, TCK m.102-105 arasında yer alan cinsel suçlar kapsamında olması zorunda değildir. Yani failin hürriyetini kısıtladığı kişiden cinsel yönden yararlanmayı amaçladığı her durumda nitelikli hâl söz konusu olacaktır.⁷³⁸ Ancak fail amacına ulaşmışsa ayrıca cinsel suçlardan da cezalandırılacaktır.⁷³⁹

Evlenme amacıyla kız kaçırmada bu nitelikli hâlin uygulanması hususu tartışmalıdır. Evlenme maksadı cinsel amaç içinde değerlendirilebilecek midir? Bu konuda iki farklı görüş söz konusudur. Birincisine göre kaçırma evlenme amacıyla gerçekleştirilmiş, ancak cinsel bir davranış söz konusu olmamışsa bu şiddet nedeni uygulanmamalıdır. Diğer taraftan evlenmenin doğal olarak cinsel bir unsuru da barındırdığı göz önünde bulundurularak, evlenme amacıyla kişi hürriyeti sınırlandırıldığında nitelikli hâlin uygulanması gerekmektedir.⁷⁴⁰ Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁷⁴¹ Bununla birlikte 9.7.2014 tarihli Yargıtay 14. CD. kararına yazılan

⁷³⁶ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, s. 446.

⁷³⁷ PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1794, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 242, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 905, YAŞAR, GÖKCEN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3628, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 275.

⁷³⁸ GÜNDEL, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar, s. 188, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 722.

⁷³⁹ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 722, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 906.

⁷⁴⁰ MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, C. I, s. 1031.

⁷⁴¹ “Katılanların aşamalarındaki istikrarlı beyanları, sanıkların beyanları, tanıkların anlatımları, adli rapor ve tüm dosya içeriğinden sanık F.'in "Aynı işyerinde çalıştıkları mağdure S.'ye evlenme teklif ettiği, mağdurenin bu teklifi kabul etmediği, sanığın da mağdureye "bak fabrikada adımız çıkıyor, seni aileden isteteceğim" dediği ve iş çıkışı S. 'yi kaçırmaya karar veren sanıkların suçu cinsel amaçla

karşı oy yazısında, evlenmenin “anlık” ve “kaba cinsel duyguları” tatmin etmekten ziyade “ileriye yönelik aile birlikteliğini” hedeflediği ifade edilmiş, bazı durumlarda mağduru evlenmeye ikna edemeyen failin, ona zarar vermeden serbest bıraktığı da görüldüğünden söz konusu ağırlaştırıcı nedenin salt evlenme niyetiyle hareket edildiği ve cinsel suçlardan herhangi birinin işlenmediği durumlarda uygulanmasının haksızlık olacağı söylenmiştir. Aynı yazıda ETCK m. 429 ve 430’da “şehvet hissi veya evlenme maksadına” açıkça yer verildiği, ancak TCK m. 109’da yalnızca “cinsel amaçla” işlenmesinden bahsedildiği için, kanun koyucunun “evlenme maksadına” yer vermeyerek yaptığı bir seçimin söz konusu olduğu ve uygulamanın da bu yönde olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁴²

işledikleri anlaşıldığı halde, cezalarından TCK’nın 109/5. maddesiyle artırım yapılması suretiyle eksik ceza tayini,” Y. 14. CD., 9.7.2014, E. 2012/13315, K. 2014/9362, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-13315.htm&kw=`evlenme+maksad%C4%B1yla`#fm>, Erişim Tarihi: 30.4.2016. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Y. 14. CD., 25.1.2016, E. 2014/1903, K. 2016/665, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2014-1903.htm&kw=`cinsel+ama%C3%A7la`#fm>, Erişim Tarihi: 30.4.2016.

⁷⁴² “KARŞI OY 5237 Sayılı yeni TCK 109. maddesinde hürriyetten yoksun kılma suçları düzenlemekte, maddenin 5. fıkrasında ise, bu suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde cezada artırım nedeni olacağı ve cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmektedir. 765 Sayılı önceki ceza yasasında bu suçun karşılığı olan 429 ve 430. maddelerin de artırım nedeni 'suçun şehvet hissi veya **evlenme maksadıyla** işlenmesi' olarak düzenlenmişti. Yeni ceza kanununda madde düzenlenirken önceki yasadaki evlenme ibaresine yer verilmeyerek sadece şehvet hissinin karşılığı olan cinsel amaç ibaresine yer verilmiştir. Dolayısıyla artık evlenmek için kaçırma halinde cinsel bir davranış sergilenmemişse artırım yapılmanın yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.// Önceki yasada evlenme amacı ayrıca belirtilirken ve yeni yasada bu belirtilmemişken yeni yasadaki cinsel amaç tabirini evlenmek maksadında kapsayacak şekilde yorumlamak mümkün değildir. Cinsel amaçta, kaba cinsel duyguların tatmini vardır. Ancak evlenme istemi içinde anlık cinsel faydalanma bulunmamaktadır. Mağdure ile ileriye yönelik aile birlikteliği hedeflenmektedir. Yasa koyucunun, yeni ceza yasası düzenlenirken önceki Kanunun seçimlik hareketlerinden olan evlenme amacını yeni yasaya almayıp, sadece diğer seçimlik hareket olan şehveti amacı madde metnine alması bilinçli bir tercihtir. Yasa koyucunun bu bilinçli tercihi karşısında, evlenme amacıyla kaçırma da, cinsel bir saldırı veya istismar gerçekleştirilmemesi halinde, artırım maddesinin uygulanacağını ileri sürmek, 'cezada kanunilik ilkesine' aykırı olarak ceza ihdası olur.// Yasadaki amaç mutlak bir amaçtır, bu da sadece kaba cinsel duyguları tatmin etmek için cinsel saldırı yapmak amacıdır. Bu amaçla hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesidir. Artırım maddesinin uygulanabilmesi için bu amacın tartışmasız ve yalın olması gerekir. Evlilik amacıyla hürriyetten yoksun kılmada evliliğin içinde bulunan bir çok husustan sadece cinsellik hususu seçilerek suçun bu amaçla işlendiğini kabul etmek sadece bir yorumdur. Bu da yorumla Kanunun uygulanmasını genişletmek olur. Oysa maddi ceza hukukunda yorum yasağı vardır. Cezada kanunilik ilkesi gereğince yasa metninde yer almayan evlenme amacı, yasa metnindeki cinsel amaç olarak kabul edilip, yorumlanamaz. Keza, sanık evlenmek amacıyla suç işler ancak mağdurenin rızasını elde edinceye kadar cinsel bir saldırı yapmayabilir veya hürriyetten yoksun kılma eyleminden vazgeçerek cinsel bir saldırı da gerçekleştirilmeden mağdureyi serbest bırakabilir. Bu sebeple bilhassa evlenmek amacıyla bu suçun işlendiği ancak tecavüzün gerçekleşmediği olaylarda cinsel amaçtan dolayı cezayı artırmak yasal değildir. Zira bu şekildeki bir yorum genişletici ve kıyasa giden bir yorum olur. Örneğin 6. CD.'nin 18.6.2009, 2008/15705, 2009/10825 Sayılı bir ilamında da belirtildiği gibi, 'Nitelikli yağma suçunu yaptırma bağlayan 5237 Sayılı TCY'nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde 'Yol kesmek suretiyle ya da konut veya işyerinde' ibaresine yer verilip ayrıca 'eklentiden' bahsedilmemesi nedeniyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 5237 Sayılı TCY'nın 2. maddesinin 3. fıkrasındaki; 'Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılmaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.' hükmü uyarınca, konut eklentisi sayılan,

TCK m. 109/5'te yer alan nitelikli hâlin öngörülmesindeki neden, mağdurun failin hakimiyet alanında olması ve hürriyetini kısıtladığı mağdura karşı cinsel suçları işlemesindeki kolaylık ise,⁷⁴³ evlenme amacıyla hürriyeti kısıtlama hâlinde de ağırlaştırıcı nedenin uygulanmaması gerekir. Ayrıca maddenin lafzından hareket edildiğinde de evlenme amacıyla hürriyeti kısıtlama hâlinde doğrudan bir cinsel amaca ulaşılmamaktadır.

Failin, mağduru aşağılamak ya da intikam almak amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birini işlemesi durumunda bu nitelikli hâl uygulanabilecek midir? Yine suçun “cinsel amaçla” işlenmesinden ne anlaşılması gerektiği sorunu gündeme gelmektedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda olduğu gibi suç fiilinin cinsel bir nitelik taşımasının yeterli görülmesi hâlinde, fiil intikam amacıyla gerçekleştirilmiş olsa dahi nitelikli hâl uygulanmalıdır.⁷⁴⁴

apartman merdiveninde gerçekleştirilen yağma suçunun, 5237 Sayılı Kanunun 149/1-d bendi kapsamında kabulü olanaklı olmadığı gözetilmeden anılan bent ile uygulama yapılması,' denilerek konut dokunulmazlığını ihlal suçunda konuta dahil sayılan 'ekleni' yağma suçunda ayrıca sayılmadığı ve açıkça belirtilmediği için yorum yoluyla konuttan sayılamayacağı, bunun kıyas olacağını belirtmiştir. Bu durumda, önceki 765 Sayılı yasada şehvet amacı yanında açıkça belirtilen evlenme amacına, yeni yasada açıkça yer verilmemesine rağmen evlenme amacının şehvet(cinsel) amacı içerdiğini ileri sürmek kıyasa varan genişletici bir yorumdur. Bu da maddi ceza hukukunda olmaması gereken bir durumdur.// Öte yandan, evlenmek istemi ile kaçırma olaylarında kimi zaman, sanık mağdureyi evlenmeye ve ilişkiye ikna etmek istemekte eğer mağdure rıza göstermemiş ve ikna olmamış ise elini dahi sürmeden mağdureyi teslim ettiği de olmaktadır. Bu durumda cinsel bir amaçtan ziyade mağdureyi evliliğe ikna etmek amacının varlığından söz edilebilir ki bunda da cinsel bir amaç yoktur. Zira bilinçli bir tercihle cinsel bir eylem gerçekleştirilmemektedir. Böyle bir imkan var iken bilinçli olarak cinsel bir eylemi gerçekleştirilmeyen sanığın cinsel amaç güttüğü ve bu sebeple cezasının artırılması gerektiği kabul edilemez.// Evlenme istemi ile kaçırma olaylarında, cinsel eylemin gerçekleştirilmemiş olması, bazan eylemin teşebbüs aşamasında kalmasında kaynaklanmaktadır. Somut olayımızda da durum böyledir. Bu durumda da cinsel amaç artırımı cezada kanunilik ilkesi gereğince uygulanmamalıdır. E. tamamlanınca fırsatını bulunca, mağdureyi ikna etmese de mutlaka cinsel eylemde bulunacağını düşünmek bir varsayım olur. Bu durumda da şüphe sanık lehine yorumlanmalıdır. Kanunun cezayı artırmak istediği durum kaba cinsel arzuların tatmini için cinsel saldırı yapmak amacıyla ve bunu temin etmek için hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesidir. Bu ayırımın gözetilmeyerek ve yasal bir dayanağı olmadan yorum yolu ile cinsel bir davranış sergilemeyen kişinin cezasından artırım yapılması, suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve maddi ceza hukukundaki yorum yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Açıklanan sebeplerle sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum.” Y. 14. CD., 9.7.2014, E. 2012/13315, K. 2014/9362, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-13315.htm&kw=`evlenme+maksad%C4%B1yla`#fm>, Erişim Tarihi: 30.4.2016. Aynı yönde karşı oy için bkz. Y. 14. CD., 3.6.2014, E. 2012/9352, K. 2014/7406, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-9352.htm&kw=`evlenme+maksad%C4%B1yla`#fm>, Erişim Tarihi: 30.4.2016. Y. 14. CD., 27.3.2014, E. 2012/5726, K. 2014/4069, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-5726.htm&kw=`evlenme+maksad%C4%B1yla`#fm>, Erişim Tarihi: 30.4.2016.

⁷⁴³ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 391.

⁷⁴⁴ “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan mahkumiyet hükümlerinin incelenmesinde sanıkların kapıyı kilitleyip katılanın ellerini bağlayarak makatına şişe sokmak şeklindeki eylemlerinin

Mağdurun yaşına bağlı olarak bir yerde bulunmasına ya da bir yerden ayrılmasına ilişkin rızasına ne şekilde sonuç bağlanacağı belirlenmelidir. 18 yaşından büyük mağdurun iradesi hukuken kabul edildiğinden bir yerde bulunma ve cinsel davranışlar konusunda gösterdiği rıza geçerli olacaktır. 15-18 yaş aralığındaki küçükler ancak yasal temsilcilerinin rızası ile belli işlemleri yapabileceklerdir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında ise küçüğün rızası tek başına yeterli olacaktır. Bir yerde bulunma ya da bir yerden ayrılma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında değerlendirilerek, fiilin hukuki sonuçlarını anlama ve algılama yeteneğine sahip mağdurun rızası fiili suç olmaktan çıkaracaktır. Aynı zamanda cinsel saikle hareket edilmişse cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar için de mağdurun rızası geçerlidir.

On beş yaşından küçük olanların rızaları hukuken kabul edilmediğinden gerek hürriyetinden yoksun kılma, gerek cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda rızanın fiili suç olmaktan çıkarmasından bahsedilemeyeceği yönünde bir görüş vardır.⁷⁴⁵ Ancak 15 yaşından küçüklerin bir yere gitme ya da bir yerde kalma yönünde rızalarını tamamen geçersiz saymak fiilin hukuki sonuçlarını belli oranda anlama ve algılama yeteneğine sahip küçüklerin şahsa sıkı sıkıya bağlı bu haklarını kullanmalarını engelleme anlamına gelecektir. Yargıtay on beş yaşını doldurmuş olma durumunda rızayı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmiştir.⁷⁴⁶

cinsel amaçla işlenmesi ve bu durum mahkemece kabul edilerek TCK'nın 102/2. madde uyarınca cezalandırılmasına rağmen, sanıklar hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmaması// Katılanın ellerini bağlayıp makatına şişe sokmalarına karşılık, cebren işlenen bu eylemler sebebiyle sanıklar A., S., T. hakkında TCK'nın 109. maddenin 2. fıkrası yerine 1. fıkrası uyarınca hüküm kurulması// Mağdurun sanık T.'in eşini sürekli rahatsız edip cinsel ilişki teklif etmesi sebebiyle yalnızca sanık T. hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, diğer sanıklara yönelik haksız bir kışkırtmanın olmaması karşısında, TCK'nın 29. maddesi uyarınca indirim yapılamayacağının gözetilmemesi,” Y. 14. CD., 21.6.2012, E. 2012/5600, K. 2012/7084, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-5600.htm&kw=21.6.2012#fm>, Erişim Tarihi: 30.4.2016.

⁷⁴⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 180. “Mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, mağdurenin henüz onbeş yaşını ikmal etmeden önce cebir, tehdit veya hile olmaksızın ...'dan ... İline giderek sanığın temin ettiği otelde sanıkla cinsel ilişkiye girdiğinin, ayrıca birden fazla sanığın ...'da ikamet ettiği eve giderek birlikte olduğunun anlaşılması karşısında, onbeş yaşını bitirmeyen mağdurenin mümeyyiz olsa dahi yaşı itibariyle rızasının hukuken geçerli olmadığı nazara alınarak sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nın 109/1, 3f, 5 ve 43. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine hükmedilmesi,” Y. 14. CD., 14.3.2016, E. 2015/10216, K. 2016/2475, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2015-10216.htm&kw=109#fm>, Erişim Tarihi: 2.5.2016.

⁷⁴⁶ CGK, 11/03/2008, E. 2007/5-253, K. 2008/52. (akt. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 180).

Cinsel saldırı suçunun gerçekleştirilmesi için geçen süre dışında mağdur hürriyetinden yoksun kılınmamışsa, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanıp uygulanmayacağı da bir diğer sorundur. Yargıtay suçun işlenmesinden önce ya da sonra hürriyetin kısıtlanmadığı, yalnızca cinsel saldırı boyunca sınırlandırıldığı durumda hürriyeti tahdit suçunun oluşmayacağı görüşündedir. Bu suçun işlenmesi için zorunlu olarak mağdurun tutulduğu bir süre vardır ve suçun unsuru durumundadır. Fail mağduru açık alana görür, yakalar ve cinsel saldırı suçunu işledikten sonra hemen bırakırsa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacaktır. Ancak cinsel saldırı suçu öncesi ya da sonrasında mağduru bir yere kapatır, gitmesine engel olursa aynı zamanda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hâlinde de sorumlu olacaktır.⁷⁴⁷

Fail cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediğinde nitelikli hâlin uygulanması için amacına ulaşması aranmamaktadır. Fail amacına ulaşmış ve cinsel saldırı veya cinsel istismar gibi bir suçu da işlemiş olması durumunda gerçek ictima hükümleri uygulanacaktır.⁷⁴⁸

G. Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Hâl

1. Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olması

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun maddi olarak önemli bir kayba uğraması hâlinde ayrıca adli para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.⁷⁴⁹ Bu bendin uygulanabilmesi için mağdurun kaybının ekonomik değer taşıması ve önemli bir dereceye ulaşmış olması gerekir. 765 sayılı ETCK m. 80/1’de “*bu fiil sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelirse*” şeklinde ifade edilen bu ağırlaştırıcı sebep, 5237 sayılı TCK m. 109/4’te “*mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması hâlinde*” düzenlemesi ile ifade edilmiştir. Buna göre

⁷⁴⁷ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 855-856, YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3628.

⁷⁴⁸ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 722, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 356.

⁷⁴⁹ “Evvelki maddede yazılı cürüm failin usûl ve fîruundan yahut karı kocadan biri tarafından diğeri aleyhine yahut Büyük Millet Meclisi azasından biri yahut memuriyeti işlerinden dolayı bir memur aleyhine irtikab olunur yahut bu fiil sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelirse cezası beş seneden on beş seneye kadar ağır hapis ve kırk liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdidir.” **765 s. TCK m. 180.**

ETCK'da zarar bakımından aranmayan ağır ya da önemli olma durumu 5237 sayılı TCK'da aranmaktadır.⁷⁵⁰ Hâkim de mağdurun iktisadi kaybının önemli olup olmadığını yine mağdurun ekonomik durumuna göre belirleyecektir.⁷⁵¹ Mağdurun hürriyetinden yoksun kılındığı süre boyunca çalışamaması sebebiyle oluşan gelir kaybı, koşulları yerine getirememe sebebiyle ödenen cezai şartlar, işe alınamamasından doğan zararlar⁷⁵² ve önemli bir antlaşma yapma imkânını kaybetmesi⁷⁵³ maddi zarar içinde değerlendirilecektir.⁷⁵⁴ Ancak failin yağma suçunu işlemek için mağdurun hürriyetini sınırlandırması durumunda, oluşan malvarlığı zararı yağma suçunda dikkate alındığından söz konusu nitelikli hâl uygulanmayacaktır.⁷⁵⁵ Ayrıca oluşan zarar ile kişi hürriyetinin sınırlandırılması arasında nedensellik bağı olmalıdır.⁷⁵⁶ Mağdurun hürriyetinden yoksun bırakıldığı sürede ülkede ekonomik kriz yaşanması sebebiyle malvarlığının kaybedilmiş olması bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasını gerektirmez.⁷⁵⁷

TCK 109/4'te suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâli söz konusudur. *“Suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde zararlı veya tehlikeli bir sonucun meydana gelmesi hâlinde cezası ağırlaştırılan suçlara sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlar denir.”*⁷⁵⁸ Failin kastettiğinden daha ağır olan neticeden sorumlu olması doktrinde farklı hukuki

⁷⁵⁰ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 76.

⁷⁵¹ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, s. 446, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 392, MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 446, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, s. 904- 905, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 722, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1208. *“Sanıkların katılana yönelik doğrudan doğruya cebir, tehdit, hile kullanmaksızın işledikleri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda sanıklar haklarında TCK'nın 109/1. maddesinin uygulanması yerine, 109/2. maddesinin tatbiki ve şoför olduğunu beyan eden mağdurun cezaevinde 43 gün tutuklu kalması nedeniyle, ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olup olmadığı araştırılarak sanıklar hakkında 109/4. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması,”* Y. 14. CD., 15.12.2014, E. 2013/3252, K. 2014/14269, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-3252.htm&kw=`109/4`#fm>, Erişim Tarihi: 2.5.2016.

⁷⁵² MALKOÇ, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, C. I, s. 1031.

⁷⁵³ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 281.

⁷⁵⁴ GÜNDEL, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar, s. 188.

⁷⁵⁵ “Yağma ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmak suçunda; katılanın sürücülüğünü yaptığı ticari taksiye müşteri olarak binen sanığın, yolda taksiyi durdurup bıçakla tehdit etmek suretiyle katılanı etkisiz hale getirip, ellerini, ayaklarını ve ağzını bağladıktan sonra parasını, altın yüzüğünü ve cep telefonunu yağmaladığı ve katilandan zor kullanılarak para ve eşyasının alınmasının, yağma suçunun maddi ögesi olduğu ve bu durumun kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu yönünden ayrıca "ekonomik bakımdan önemli bir kayıp" olarak değerlendirilemeyeceği gözetilmeden cezanın artırılması hukuka aykırıdır.” Y. 6. CD., 1.11.2010, E. 2009/10734, K. 2010/17185, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=6cd-2009-10734.htm&kw=`109/4`#fm>, Erişim Tarihi: 2.5.2016.

⁷⁵⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 357, ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 134.

⁷⁵⁷ ÖNCEL, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 64.

⁷⁵⁸ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 226.

gerekçelerle açıklanmış olsa da ⁷⁵⁹ hukuk sistemi içinde var olması gerektiği söylenebilir. ⁷⁶⁰ ETCK döneminde “*kasdın aşılması*” ve “*netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar*” şeklinde yapılan ayırım ⁷⁶¹ 5237 sayılı TCK’da kabul edilmemiştir. Ayrıca ETCK’dan farklı olarak objektif sorumluluğu ortadan kaldıran TCK m. 23 hükmü getirilmiştir. ⁷⁶² Buna göre failin ağırlaşan netice bakımından sorumlu olması için, sonuca yönelik olarak en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen failin ise, buna bağlı olarak doğan maddi zarardan sorumlu tutulabilmesi için, bu zararın ortaya çıkmasında, en azından taksirle hareket etmiş olması aranmaktadır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç yönünden en azından taksirin aranması objektif sorumluluğu bertaraf etme amacı taşısa da uygulama farklı olabilmektedir. Ağırlaşan netice yönünden failin taksirinin olup olmadığının belirlenmesindeki zorluk uygulamada taksir karinesini getirmiştir. Taksir karinesini kabul etmek de objektif sorumluluğu gündeme getirmektedir. ⁷⁶³

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin bu neticeye yönelik olarak olası kast ya da kast ile hareket etmiş olması hâlinde nasıl hüküm verileceğine dair farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş ağırlaşan netice bakımından olası kast ya da kastla hareket edilmiş olmasının uygulanacak hüküm değiştirmeyeceği şeklindedir. Kasten yaralamanın, TCK m. 87/1,2,3 fıkralarında yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlimden sorumluluk için failin en azından taksiri aranmakla birlikte olası kast ya da kastının olması da sonucu değiştirmeyecektir. Aynı şekilde kişiyi hürriyetinden

⁷⁵⁹ Bazı yazarlar taksir sorumluluğunu esas alarak failin ağır neticeden sorumlu olması için en azında taksirli hareket etmiş olmasını aramıştır. Bazı yazarlar faile verilecek cezanın tayininde dikkate alınması gereken bir husus olduğunu ileri sürmüş, hâkimin kastedilen suç için öngörülen ceza ile ağırlaşan netice için öngörülen ceza arasında bir belirleme yapması gerektiğini söylemişlerdir. Bazıları nedensellik bağıni esas almış ve nedensellik süreci içinde gerçekleşen bu sonuçtan da failin sorumlu olması gerektiğini savunmuştur. Failin asıl suç için öngörüsü ağırlaşan neticeyi de kapsamaktadır. Son olarak bir grup yazar da toplumun hukuk bilincinin ağırlaşan netice bakımında failin sorumluluğunu gerektirdiğini ileri sürmüş, belirlenmesi çok zor olan ispat sorununa girilmemesi gerektiğini söylemiştir. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 354 vd.

⁷⁶⁰ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 354 vd.,

⁷⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, *Ceza hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 123 vd., ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 149 vd., ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 353 vd.

⁷⁶² “(1) Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” **5237 s. TCK m. 23.**

⁷⁶³ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 211.

yoksun kılma suçunda fail mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kayba uğraması yönünde kasti hareket etmiş olsa dahi TCK 109/4 uygulanmalıdır.⁷⁶⁴

Diğer görüş ise failin ağırlaşan netice bakımından kastının ya da olası kastının olması durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı yönündedir.⁷⁶⁵ Ancak fail kişiyi hürriyetinden yoksun kılma yanında hangi suçtan sorumlu tutulacaktır? Kişinin hürriyetinden yoksun kılınması, maddi olarak bir kayba uğramasına sebep olmuş olabilir, ama bu durum her zaman müstakil bir suç oluşturmayabilir. Bir kimsenin ihâleye katılmaması için hürriyetinin kısıtlanması hâlinde zararın olduğu açıktır. Ancak bu durum ayrı bir suç oluşturmamaktadır. Dolayısıyla ayrı bir suç olduğu durumlarda failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve bu suçtan sorumlu olacağı söylenebilir.

ETCK m. 499’da “*para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak için*” kişi hürriyetinin sınırlandırılmasına yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK’da maddi çıkar sağlamak amacıyla bir kişinin kaçırılması ya da alıkonulması, ayrı bir suç ya da hürriyeti tahdit suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenmediği için, fail suçun basit hâlinden cezalandırılacaktır. Bu durumun suç ve ceza siyaseti ile bağdaşmadığı söylenebilir ve söz konusu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.⁷⁶⁶

2. Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Hâllerinin Gerçekleşmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Suç işlenmesi amacıyla ya da suç işlenmesi sırasında cebir kullanıldığında mağdurda belli derecede fiziksel acının oluşması beklenebilir.⁷⁶⁷ Bununla birlikte cebir sonucunda bu acıdan öte ancak TCK m. 87 kapsamına girmeyen bir yaralama gerçekleşse de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir, tehdit ve hile ile işlenmesi nitelikli hâli

⁷⁶⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 281- 282.

⁷⁶⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 357.

⁷⁶⁶ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, s. 447.

⁷⁶⁷ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 447.

uygulanacaktır. Bileşik suç hükümleri çerçevesinde tek bir suçtan sorumlu olacaktır.⁷⁶⁸ Bununla birlikte hâkim, ortaya çıkan zararı, verilecek cezanın belirlenmesinde, alt sınırdan uzaklaşma anlamında dikkate alır.⁷⁶⁹

Kullanılan cebir sonucu oluşan yaralamanın TCK m. 87'de yer alan ağır neticelere yol açması durumunda ise fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan (TCK m. 109/2) ve kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlden (TCK

⁷⁶⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2007, s. 361, ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 723, TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 89. “sanık M. Ç.’nin iki şahısla birlikte gelerek, mağdur bir arabaya bindirerek, yolda giderken darp etmeye başladıkları, “silahı çıkart, yoksa seni öldüreceğiz”, dedikleri, silahtan haberi olmadığını söylemesine rağmen, sanık Mustafa’nın belinden çıkarttığı silahı kafasına dayadığı ve “seni öldüreceğim silahı ver” dediği, dükkanlarına getirdikleri ve içeri kilitledikleri, her birinin ellerine kalın odun alarak yaklaşık 20 dakika kadar vücudunun her yerine vurdukları, kanlar içindeki sağ kolunu hareket ettiremediği, mağdurun oluşturma uygun ilk beyanında sağ kolunun kırıldığını, M. K.’ın da mağdurun beyanını doğruladığının anlaşılması karşısında; öncelikle mağdur H. G.’nin belirtildiği olay tarihi itibarıyla herhangi bir kırığının olup, olmadığı tespit edildikten sonra sonucuna göre; kasten yaralama suçu açısından yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama olmaması durumunda sanıklar A. Ç., M. A., H. Ö. ve M. Ç. hakkında kasten yaralama suçunun kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsuru olması nedeniyle TCK’nın 109/6.maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, eksik kovuşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi, 5) Mağdur S. M.’nin yaralanması olayında; sanık İ. Ş.’in kız kardeşi D.Ş. ile ilişkisi olduğu anlaşılan mağdur S. M.’nin şehir dışına götürüldüğü ve orada silah ile yaralandığı, yaralayanın da İ. Ş. olduğu olayda; mağdurun yaralanmasının neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama olmadığı, bu durumda, eylemin kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsuru olduğu halde, TCK’nın 109/6.maddesine göre, kasten yaralama suçundan hüküm kurulmaması gerekirken, yerinde olmayan gerekçe yazılı şekilde ayrıca kasten yaralama suçundan da hüküm kurulması,” Y. 6. CD., 4.3.2015, E. 2014/13680, K. 2015/37943, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=6cd-2014-13680.htm&kw=109/6#fm>, Erişim Tarihi: 2.5.2016.// “Sanık ve mağdur beyanlarıyla dosya kapsamından: düğüne gitmek için yürüyen mağdur Seydiyle kızı mağdure Gülbahar’ın yanlarına yaklaşan sanığın mağdureyi kaçırmak için aniden yanında getirdiği bıçağı mağdurenin boğazına dayayarak “benimle gelmezsen seni keserim” dediği ve bu sırada mağdurenin babası Seydi’nin müdahalesiyle aralarında meydana gelen boğuşma sırasında sanığın, mağdur Seydi’yi bıçakla basit tıbbi müdahaleyle yaraladığı olayda: 5237 Sayılı T.C.K’nın 109/6. maddesine göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında meydana gelen ve aynı Kanunun 87. maddesi kapsamı dışında kalan kasten yaralama eylemlerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “cebir” unsurunu oluşturduğu gözetilmeksizin, ayrıca kasten yaralama suçundan da mahkûmiyet hükmü kurulması,” Y. 14. CD., 20.2.2014, E. 2012/2800, K. 2014/2108, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-2800.htm&kw=109/6#fm>, Erişim Tarihi: 2.5.2016.

⁷⁶⁹ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 723. // “Sanık İ.’in savunması, mağdur beyanları ile dosya kapsamından; barda tanışıp birlikte alkol aldıkları mağdurun, mekanı tanık Tezcan ile terk etmesi nedeniyle sanık İ.’ve diğer sanıkların mağdur Tanık T.’in aracından indirip zorla kendi araçlarına bindirdikten sonra ormanlık alana götürüp, Adli Tıp Kurumu Kocaeli Şube Müdürlüğü’nün 30.04.2012 tarihli raporunda belirtildiği üzere TCK’nın 86/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturacak şekilde yaraladıkları olayda; TCK’nın 109/6. maddesine göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında meydana gelen ve aynı Kanunun 87. maddesi kapsamı dışında kalan kasten yaralama eylemlerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “cebir” unsurunu oluşturduğu, mağdurda meydana gelen ve TCK’nın 86/1. maddesi kapsamındaki yaralanmaların ise aynı Kanunun 61. maddesi kapsamında cezanın bireyselleştirilmesinde alt sınırdan uzaklaşılmasında dikkate alınabileceği gözetilmeksizin, ayrıca kasten yaralama suçundan da mahkûmiyet hükmü kurulması,” Y. 14. CD., 15.5.2014, E. 2014/1202, K. 2014/6798, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2014-1202.htm&kw=109/6#fm>, Erişim Tarihi: 2.5.2016.

m. 87) cezalandırılmaktadır. Gerçek içtima kuralları çerçevesinde her iki suçtan hüküm kurulması gerekmektedir.⁷⁷⁰

II. CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

Hürriyeti tahdit suçunu işleyen fail, bu suç nedeniyle ceza soruşturması başlamadan önce, mağdurun şahsına zarar vermeksizin ve kendiliğinden, mağduru güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilecektir.⁷⁷¹

Etkin pişmanlık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için cezayı azaltan şahsi sebep olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu ceza soruşturması başlamadan önce işlediği suçtan pişmanlık duyan faili, fiilinin sonuçlarını ortadan kaldırmaya teşvik etmek istemiştir. Faili işlediği suç devam ettirmekten vazgeçirmeyi amaçlamıştır.⁷⁷²

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle suç nedeniyle soruşturmaya başlanmamış olmalıdır. Soruşturma kanuni mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesiyle başlayan, iddianamenin kabulüne kadar devam eden süreçtir (CMK m. 2). Kolluk kuvvetlerinin herhangi bir şekilde suç şüphesini öğrenmesi hâlinde soruşturma başlayacağından etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.⁷⁷³

Suç işlenirken ya da işlendiği sırada mağdurun şahsına zarar verilmemiş olması gerekir. Zarar fiziksel ya da psikolojik olabilir. Hürriyetinden yoksun kılınan her mağdurun psikolojik olarak zarar gördüğü kabul edildiğinde bu hükmün uygulama alanı kalmamaktadır. Bu konuda zarar olarak basit bir korkudan öte patolojik bir bulgunun aranması gerektiği kabul edilmelidir. Cinsel amaçla mağdurun hürriyeti sınırlandırıldığında ve fail amacına ulaştığında zarar gerçekleştiğinden TCK m. 110 uygulanamayacaktır.⁷⁷⁴ Ancak cinsel amaçla mağduru kaçıran fail, cinsel nitelikte

⁷⁷⁰ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 447, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 723, TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 89.

⁷⁷¹ “Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.” **5237 s. TCK m. 110.**

⁷⁷² ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, s. 448.

⁷⁷³ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1204, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 726, MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 453.

⁷⁷⁴ ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 726.

“Sanığın mağdurlara karşı basit cinsel istismar suçunu işlediğinin kabulüyle, buna göre uygulama yapıldığı gözetilmeden, sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan tayin edilen cezadan

hiçbir harekette bulunmamış, mağdura zarar vermemiş ise şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması mümkün olacaktır.⁷⁷⁵ Kanunda yer alan “*mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini de açıklamak gerekmektedir. Hürriyeti tahdit suçunun işlenmesiyle mağdurun şahsı, sağlığı ya da malvarlığının zarar görmesi mümkündür. Bu durumda mağduru, hürriyetini kısıtlamak suretiyle, malvarlığı bakımından zarara uğratan fail, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecek midir? Söz konusu ifadenin daha geniş anlaşılması gerektiğini ileri süren ve malvarlığı bakımından zarara uğramayı da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum olarak gören yazarlar vardır.⁷⁷⁶ Karşıt görüş olarak da kanunun ifadesinden “*vücut dokunulmazlığının her türlü ihlali*” sonucunu çıkarılması gerektiğini⁷⁷⁷ ve buna bağlı olarak malvarlığı bakımından zarar uğramanın, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında bir engel oluşturmadığı ileri sürülmüştür.⁷⁷⁸

Yargıtay, hürriyeti tahdit suçunun işlenmesi amacıyla ya da sırasında, failin cebir kullanması ve bunu basit ya da ileri derecede yaralama ile sonuçlandırması durumunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını tartışmıştır. 10.3.2014 tarihli Y. 14. CD. kararı karşı oy yazısında, hukuki ilişkiden doğan alacaklarına ulaşmak için mağdurdan talepte bulunan faillerin, mağduru rızası olmaksızın bir eve götürmeleri, konuşma sırasında ve sonrasında mağduru darp etmeleri, sonra da hastaneye götürüp tedavi ettirdikten sonra serbest bırakmaları olayında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. TCK m. 109/2 fıkrasında cebir, tehdit ya da hile kullanımının suçun işlenmesi amacıyla ya da işlenmesi sırasında olabileceği ifade edilmiştir. TCK m. 109/6 fıkrasında ise kullanılan cebrin ne zaman ayrı bir suça vücut verdiği belirtilmiştir. Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan hâline ulaşmayan her yaralama bu maddeye göre ayrıca cezalandırılmayacak, TCK m. 109 kapsamında suçun unsuru olacaktır. Dolayısıyla bu durum TCK m. 110’da belirtilen “*yukarıdaki maddede tanımlanan suç*” kapsamında değerlendirilecek ve buna göre fail etkin pişmanlık hükümlerinden

YTCK’nun 110. maddesiyle indirim yapılması” Y. 5. CD., 14.12.2006, E. 2006/11067, K. 2006/10223, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2006-11067.htm&kw=`2006/11067`#fm>, Erişim Tarihi: 5.5.2016. Aynı yönde karar için bkz. Y. 6. CD., 11.04.2007, E. 2006/17142, K. 2007/4785, (akt. MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 454).

⁷⁷⁵ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1204.

⁷⁷⁶ ÇINAR, ŞAHBAZ, “Memurlar tarafından işlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu”, s. 64, GÜLŞEN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 137.

⁷⁷⁷ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1204.

⁷⁷⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 413, ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 726.

yararlanabilecektir. Ancak Yargıtay bu durumda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁷⁹

⁷⁷⁹ “Ancak, kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçlarının zora dayalı halini düzenleyen TCK. nın 109/2 maddesine göre, “ Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada, cebir, tehdit veya hile kullanırsa..” şeklindeki ifadeler karşısında, suçu işlemek için veya işlendiği sırada gerçekleştirilen cebir, tehdit ve hilenin ayrı suçlar olmayacağı, suçun unsurları olduğu anlaşılmaktadır. Suçun unsuru olmayan müstakil suç oluşturan durum ise TCK.nın 109/6 maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” denilmektedir. Bu durumda, suç işlemek için veya suç işlendiği sırada gerçekleştirilen yaralamanın basit ve temel halleri suçun unsurlarını oluşturacağı, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal olur ise, suçun unsuru olmayacağı, ayrıca cezalandırılacağı anlaşılmaktadır. Bu haller ise TCK.nın 109/6 maddesinde işaret edilen, TCK.nın 87/3 maddesinde düzenlenen yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerdir. // Dairemizce yapılan değerlendirmelerde ise, şahsa verilen zararın hangi aşamada gerçekleştirdiğine bakılarak, yani, konu ikiye ayrılarak yaklaşmaktadır. Dairemiz, cebirin, suçu işlemek, yani mukavemeti kırmak ve mağdurun kaçmasına engel olmak için yapılanı ile, mukavemet kırıldıktan sonra temadi sırasında, suçun işlenmeye devamı için zorunlu olmayan yaralamalar olarak ayırmakta, ilkinin suçun unsuru içinde kalacağı ikincisinin ise ayrı bir suç oluşturacağını kabul etmektedir. Bu ikili ayırımı göre, TCK 110. maddesine farklı sonuçlar bağlanmaktadır. Suçu işlemek için yapılan basit ve temel yaralama suçun unsuru kabul edilmekte ve buna bağlı olarak, TCK.nın 110. maddesindeki etkin pişmanlığın uygulamasına engel oluşturmayacağı şeklindedir. Bu yönden CGK.nın bu konuda görüş belirtir ve bunun etkin pişmanlığa engel olduğunu belirten tek içtihadı dairemizce henüz benimsenmemektedir. Dairemiz, basit ve temel yaralamanın, suçun işlenmesi tamamlandıktan, yani kişinin mukavemeti kırıldıktan sonra yapılması halinde, suçun unsuru olamayacağı, bu durumda şahsa zarar verilmeme şartının gerçekleşmemiş olacağı, bu nedenle TCK 110. maddesinin uygulanamayacağı değerlendirmesi yapılmaktadır. Somut olayımızda, sanıklar alacağını alamamalarının kızgınlığı ve konuşmak maksadı ile mağduru isteği dışında zorla kendi işyerlerine götürerek hürriyetinden yoksun bıraktıkları, konuşma esnasında çıkan tartışmada da mağduru darp ettikleri anlaşılmaktadır. Dairemizce, bu darp etme hali mağdurun mukavemetini kırma veya kaçmasını engelleme ile ilgisi bulunmadığı için, şahsa verilen bir zarar olduğu ve bu nedenle TCK 110 maddesi şartlarının bulunmadığı kabul edilmektedir.// Kanaatimizce, Dairemizin bu son görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira TCK.nın 109/2 maddesinde “Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada, cebir, tehdit veya hile kullanırsa,..” şeklindeki ibarelerde geçen fiili işlemek için ibaresi dairemizin benimsediği, suçu gerçekleştirmek için mukavemet kırmaya ve kaçmayı engellemeye yönelik yaralama hallerini tarif etmektedir. Ancak maddede geçen “..veya işlediği sırada” ibaresi, suçun temadi ettiği aşamada gerçekleştirilen basit ve temel yaralama hallerinin madde kapsamı içinde olduğunu açıkça göstermektedir. Buna göre, mukavemet kırma ve kaçmayı engelleme dışındaki suçun temadi ettiği aşamada gerçekleştirilen yaralamalarda suçun unsuru olmalıdır. Çünkü TCK 109/2 maddesindeki suçun ceza miktarı bu hallerde göz önüne alınarak tayin edilmiştir. Suçun tamamlandığı aşamadan sonraki, temadi eden safhada gerçekleştirilen yaralamanın basit ve temel hallerinin suçun unsuru olmadığı kabul edilmez ise, madde metninde geçen “..veya işlendiği sırada” ibaresinin bir anlamı olmazdı. Keza, TCK109/6 maddesindeki “Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” fıkrası da anlamsız kalırdı. Zira fiilin işlendiği aşamadaki yaralamanın TCK 87/3 kapsamında kalması halinde ayrıca cezalandırılır demek, fiil daha alt seviyede kalması halinde ayrıca cezalandırılmaz anlamını içermektedir. Nitekim, şimdiye kadar uygulama da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarında suçun temadi ettiği sırada yaralamanın basit veya temel hali için ayrıca yaralama suçundan bir ceza tayini cihetine gidilmemiştir. Keza, bu yaralamanın fiilin hangi safhasında olduğuna da bakılmamıştır. Bu yaralamalar ister başta, eylemi gerçekleştirirken, ister eylemin temadi ettiği, yani işlendiği aşamada olsun bu zamana kadar böyle bir ayırım cihetine gidilmemiştir. TCK.nın 109. maddesinin 2. ve 6. fıkrasındaki ibareler böyle bir yoruma müsaade etmeyecek açıktır. Kanunun açık metinleri karşısında suçun temadisi sırasında hangi saikle olursa olsun TCK 87/3 kapsamından daha hafif nitelikteki yaralama hallerinde ayrıca ceza verilemez. Bu hale ancak şu istisna olabilir. Oda, madde tanımı içermediği için eğer gerçekleştirilmiş ise eziyet ve işkence suçu suçun unsuru olarak tanımlanmadığından, ayrıca cezalandırılır. Yasa koyucu TCK 109/2 maddesindeki ceza miktarını suçun unsuru olan yaralamanın basit ve temel halini de gözetenek

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında son şart failin mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakmış olmasıdır. Dışarıdan bir baskı olmadan failin bu kararı vermesi gerekir, ancak gerçek bir pişmanlık duyması aranmamaktadır.⁷⁸⁰ Amacına ulaşamayacağını anlayan, yakalanacağını düşünen failin

öngörmüştür. Bu nedenle, suç temadi ederken yapılan basit ve temel yaralamalardan dolayı ayrıca ceza vermek suçta ve cezada kanunilik prensibine uymaz. // Öte yandan, etkin pişmanlığı düzenleyen TCK'nın 110. maddesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tanımlarının yapıldığı TCK'nın 109/1 ve 2 maddelerinden sonra gelmekte ve metinde "yukarıdaki maddedeki suçu işleyen kişi " denilerek, TCK 109 maddesinin her iki fıkrasındaki suçu da kapsamaktadır. Buna suçun cebir, tehdit veya hile ile gerçekleştirilen halleri de dahildir. Buna göre suçun cebir ile gerçekleşmesi halinde mutlaka ki en azından suçun unsuru olan basit bir yaralama gerçekleşecektir. Bu durumda etkin pişmanlık uygulanamayacaktır denilemez. Suçun unsuru olan bir yaralama hali ayrıca şahsa KHYK suçunun işlenmesi sırasında yararlanma mutlak ve zorunlu değildir. Buna göre, bu paragrafta savunulan görüş dayanaksızdır, çıkarılması gerekir. Verilen bir zarar olarak görülemez. Eğer böyle olsa idi kanun koyucu, suçun cebir ile işlendiği hallerde zorunlu olarak şahsa verilen bir zarar mevcut olduğu için etkin pişmanlık uygulanamaz şeklinde bir düzenleme yapar ve bunu pekala açıkça ifade edebilirdi. Eğer unutmış olabileceği itarazı getirilirse suçta kanunilik prensibi gereğince, bu durum etkin pişmanlığın uygulanmasına engel bir hal oluşturmaz.

Yine suçun cebir, tehdit veya hile ile gerçekleştirildiği hallerden tehdit veya hile halinde şahsa bir zarar verilmesi pek mümkün olmadığı için bu iki halde gerçekleştirilirse etkin pişmanlığın uygulanacağı, ama cebir ile gerçekleşmesi halinde bunun uygulanamayacağı gibi madde içinde de yasa koyucunun hiç öngörmediği eşitsiz sonuçlarında doğmasına neden olunur.// Eşitsizlik sonuçlarını göstermek bakımından birkaç örnek vermek gerekirse, örneğin; suçun tehdit ile gerçekleştirilmesi halinde, TCK 106/1, 2.cümle uyarınca altı aydan iki yıla kadar, silahla işlenmesi halinde ise daha ağır olarak hapis cezası gerektiren bir suç işlenirken, suçun basit yaralama ile gerçekleştirilmesi halinde TCK 86/2 maddesinde tarif edilen yerine göre sadece adli para cezası vermeyi gerektiren bir suç işlenmektedir. Buna göre sanık, cezası ve mağdure üzerinde ruhsal yönden zararı da daha çok olacak şekilde mağdureyi silahlı tehditle kaçırıp daha sonra bırakacak olsa, mağdurenin şahsına zarar vermedi diye etkin pişmanlık maddesinden yararlanabileceken, nedamet duyarak mağdureyi serbest bırakan başka bir sanık, suçu gerçekleştirirken mukavemet sırasındaki bir itiş kakışta oluşan daha az ceza gerektiren basit şekildeki yaralama, şahsa zarar kapsamında görüldüğünden etkin pişmanlık maddesinden yararlanamayacaktır. Diğer bir halde de, ağır bir tehditle suçu işleyen ama mağdureyi serbest bırakmayan biri ile, basit yaralama ile suçu işleyip sonra pişman olup, mağdureye nitelikli bir zarar vermeksizin serbest bırakan kişi aynı cezayı alacaktır. Bu durumdaki farklılıklar, yasa koyucunun nitelikli haller arasındaki bilerek yaptığı bir tercihi veya yasanın eşitsiz düzenlemesine değil, yasada öngörülmediği halde farklı yorumlanmasından kaynaklanacaktır. Sanıkların iyi davranışını ödüllendirerek mağdurların serbest bırakılmasını teşvik edecek kanun metinlerine de uyumlu bir yorum, bu şekildeki çelişki ve adaletsizliklere de engel olacaktır.// Dosyamızda sanıkların, mağduru basit şekildeki yaralama eylemleri, hürriyetten yoksun bırakma suçunun temadi ettiği aşamada gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle TCK'nın 109/2 maddesindeki suçun işlendiği sırada tabirine uygun ve suçun unsurudur. Suçun unsuru olduğu için şahsa verilen zarar kapsamında değildir. TCK 110 maddesinin düzenleniş biçiminden, etkin pişmanlığa engel olan şahsa zarar verilmesi halinin, yaralamanın ancak, nitelikli gerçekleşmesi durumuna mahsus olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Olayımızda da, yaralamanın niteliği, ayrıca cezalandırmayı gerektiren TCK'nın 109/6 maddesinde işaret edilen TCK 87/3 md. kapsamında kalan neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir şekilde de değildir. Sanıklardan Mahmut'un, soruşturma başlamadan önce, mağduru tedavi ettirip, bilahare evine bırakmış olması karşısında, tüm sanıklar yönünden TCK 110. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma, diğer bir deyişle ödüllendirme şartları gerçekleşmiştir. Açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin, TCK'nın 110. maddesi uyarınca etkin pişmanlık hükümlerini uygulamamasını bozma konusu yapmayan dairemizin sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum." Y. 14. CD., 10.3.2014, E. 2012/2820, K. 2014/3028, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-2820.htm&kw=2012/2820#fm>, Erişim Tarihi: 5.5.2016. Aynı yönde karar için bkz. Y. 14. CD., 16.12.2014, E. 2013/3498, K. 2014/14307, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-3498.htm&kw=2013/3498#fm>, Erişim Tarihi: 5.5.2016.

⁷⁸⁰ GÜLŞEN, Hürriyeti Tahdit Suçu, s. 135.

mağduru serbest bırakması “*kendiliğinden*” görülmemektedir.⁷⁸¹ Mağdurun ısrarları sonucunda onu serbest bırakan fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır.⁷⁸² Ayrıca mağdurun serbest bırakıldığı yerin zarar görme ihtimali olmayan bir yer olması gerekmektedir. Somut olayın şartlarına göre mağdurun bırakıldığı yerin güvenli olup olmadığına hâkim karar verecektir.⁷⁸³

Fail, suçun icra hareketlerini tamamlamadan mağduru serbest bırakırsa gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir. Suçun icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerle tamamlayamazsa teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. TCK madde 110’un uygulanabilmesi için ise suçun tamamlanmış ancak sona ermemiş olması gerekmektedir.⁷⁸⁴ Soruşturma başlamadan, yani temadi soruşturmanın başlamasıyla sona ermeden önce, failin mağduru kendi iradesi ile ve ona bir zarar vermeksizin güvenli bir yerde bırakması durumunda etkin pişmanlıktan bahsedilebilecektir.⁷⁸⁵

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Suçun bütün unsurlarının var olması çoğu zaman failin cezalandırılmasını sağlamaktadır.⁷⁸⁶ Bununla birlikte suç tamamlanmamışsa, birden fazla kişinin farklı hareketlerle ve farklı derecede suça katkı sağlaması söz konusu ise ya da tek bir hareketle birden fazla suçla korunan değer ihlal edilmişse failin nasıl cezalandırılacağını belirlemek için başka müesseselere ihtiyaç olmaktadır. Suçun özel görünüş şekilleri olarak adlandırılan bu müesseseler ceza hukuku genel hükümler içinde düzenlenerek, suç tipinde yer almayan suçun tamamlanamadığı ya da suç fiilinin birden fazla kişinin farklı derecede katkılarıyla gerçekleştiği durumlarda, kanunilik ilkesine uygun olarak failin cezalandırılmasını sağlamaktadır.⁷⁸⁷

⁷⁸¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 283, ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 77, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 911.

⁷⁸² GÖZÜBÜYÜK, *Gözübüyük Şerhi*, II, s. 436.

⁷⁸³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2727.

⁷⁸⁴ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1204, ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, s. 448, MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 454.

⁷⁸⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “Hürriyete Karşı Suçlar”, s. 2727, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 181, BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, s. 911.

⁷⁸⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 579.

⁷⁸⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 381- 382.

Suçun özel görünüş şekilleri teşebbüs, iştirak ve içtimadan oluşmaktadır. Teşebbüs ve iştirak cezalandırılmayı genişleten müesseseler olarak da kabul edilmektedir. Bunlardan farklı olarak içtima, failin fiili sonucu ortaya çıkan birden fazla sonucun hangisinden sorumlu olacağını belirleyerek cezalandırma alanını daraltmaktadır.⁷⁸⁸ Hukuki gereksinimler sonucu benimsenmiş bu üç müessese, suçun özel görünüş şekilleri başlığı altında birlikte incelenmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mütemadi suç niteliği de dikkate alındığında, suçta teşebbüs ve iştirak müesseselerinin uygulanmasının ne derece önemli olduğu görülecektir. Aynı zamanda ceza kanununda yer alan birçok suçun işlenmesinde kişi hürriyetinin de sınırlandırılması zorunluluğu, bazen hürriyeti tahdit suçunun diğer suçlarla birlikte cezalandırılmasını yani suçun ağırlaştırıcı nedeni olmasını, bazen de diğer suçtan bağımsız ayrıca cezalandırılan bir suç olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

A. Teşebbüs

Teşebbüs, kanunda suç olarak öngörülen fiilin icrasına, elverişli hareketlerle başlamış olmakla birlikte, failin elinde olamayan sebeplerle fiile ilişkin icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da icra hareketleri tamamlanmış olsa dahi istenen sonuca ulaşılamaması anlamına gelmektedir. Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda faile daha az ceza verilmesinin sebebi,⁷⁸⁹ icra hareketlerini tamamlayamayan ya da istediği sonuca ulaşamayan faili, bu aşamada suç işlemekten vazgeçmeye teşvik etmektir.⁷⁹⁰

Ne zaman teşebbüs hükümlerinin uygulanacağını belirleyebilmek için suçun işlenme aşamalarına bakmak gerekir. Suç işlerken izlenen yol dört aşamada incelenebilir. Bunlar düşünme, hazırlık hareketleri, icra başlangıcı ve neticeli suçlarda neticedir.⁷⁹¹ Kişi öncelikle işlemek istediği suçu düşünür, sonra bir karara varır. Bu karar doğrultusunda suçu işlemek için gerekli hazırlıkları yapar ve icra hareketlerine

⁷⁸⁸ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 382- 383.

⁷⁸⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 439 vd., ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 580- 581.

⁷⁹⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 580- 582.

⁷⁹¹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 384, DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, s. 547 vd., CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 443, HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 327 vd.

başlar. İcra hareketlerini gerçekleştiremez, gerçekleştirse de istediği sonuca ulaşmazsa teşebbüs hükümleri uygulanır. Failin suç işleme yönündeki kararı icra hareketlerine kadar, dış dünyaya yansımadağı, her hangi bir değışiklik meydana getirmediğı sürece cezalandırılmaz. Suçun icra hareketlerine başlanması ile birlikte fail cezalandırılabilir alana girmiş olur.⁷⁹²

Failin kanuni unsurları tamamlanmamış bir suç nedeniyle cezalandırılması doktrinde farklı gerekçelere dayandırılmıştır. Bunlardan biri failin icra hareketine başlaması ile suçla korunan hukuki değeri üzerinde gerçekleşen tehlikedir. Objektif teori olarak da adlandırılan bu görüşte, tehlikeye maruz kalan korunan hukuki değeri esas alındığı için hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması şarttır. Diğer görüş olan sübjektif teori, failin tehlikeliliğini esas aldığı için mutlak işlenemez suçlarda dahi teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını kabul eder. Yani failin suç işleme kastı ile harekete geçmiş olması cezalandırılması için yeterlidir. Hareketin suç işlemeye elverişli olup olmadığı önem arz etmez. Objektif ve sübjektif teorinin birlikte benimsendiğı karma teoriler de söz konusudur. Hukukumuzda objektif teoriye yakın bir sistem benimsenmiştir.⁷⁹³

Teşebbüs, TCK m. 35’te “*kişi, işlemeyi kastettiğı bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*” şeklinde yer almıştır. ETCK’da yer alan eksik ve tam teşebbüs ayrımının benimsenmediğı bu hükme göre teşebbüsten bahsedebilmek için failin suç işleme kastı olmalı, bu suçun icrasına elverişli hareketlerle başlamalı, failin elinde olmayan sebeplerle suç tamamlanamamalı ya da netice gerçekleşmemelidir.⁷⁹⁴

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs mümkündür. Mağdurun hareket hürriyetini sınırlandırmak için icra hareketlerine başlayan failin, elinde olmayan sebeplerle sonuca ulaşamaması durumunda teşebbüsten bahsedilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda suçun tamamlanmış hâlden faili sorumlu tutabilmek için ihlalin göz ardı edilemeyecek bir süre devam etmesi gerekir.

⁷⁹² ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 384.

⁷⁹³ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 385- 387, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 439- 441.

⁷⁹⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 329 vd.

Yani hürriyeti tahdidin mütemadi suç niteliği gereği hak ihlalinin belli bir süre devam etmesi aranmakta ve bu şart sağlanmadığında teşebbüs hükümleri uygulanmaktadır.⁷⁹⁵ Ancak bir diğer görüş hürriyetin sınırlandırıldığı süre çok kısa da olsa, mağdur iradi olarak hareket etme imkânını kaybettiği anda suçun tamamlandığını ileri sürmekte ve bu sebeple teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağını kabul etmektedir. Teşebbüs hükümlerinin uygulanması için mağdurun hürriyetine kavuşması, suçun tamamlanma ve bitme anı arasında değil, suçun icra hareketlerine başlandığı, ancak henüz tamamlanmadığı anda olmalıdır.⁷⁹⁶

⁷⁹⁵ TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 84; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 273, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 414, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2007, s. 360, ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 396. “Katılanın aşamalarındaki anlatımlarına, kaçamaklı savunmaya, tanık beyanına, keşfe, olay yeri krokisine, bilirkişi raporuna ve dosya içeriğine göre olay günü fındık tarlasına gitmekte olan katılanın yanına gelen sanık tarafından patika yoldan 4 metre içeriye fındık bahçesine zorla götürüldüğü, katılanın bağırmasıyla tanık Mehmet’in sesi duyularak olay yerine gelip seslenmesi üzerine sanığın katılanı bırakıp kaçtığı anlaşılmış ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmakla, 5237 sayılı TCK’nun 109. maddesinin 765 sayılı Yasadan farklı olarak bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma şeklindeki suçun unsurlarının farklı şekilde düzenlenmesi karşısında, suçun oluşması için sanığın mağdureyi kendi hakimiyet alanına almasının gerekmediği, ancak olayın oluş süresi ve katılanın taşındığı mesafe dikkat alındığında tanığın gelmesi üzerine eylemine son veren sanığın fiilinin çocuğu zorla cinsel amaçlı hürriyetinden yoksun kılmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, eylemin yer temini niteliğinde olduğu, götürülen mesafenin çok kısa olduğu ve patika yoldan rahatlıkla görüldüğünden bahisle sanığın beraetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.” Y. 5. CD., 9.7.2010, E. 2008/3393, K. 2010/6108 (akt. ÖNCEL, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 77).

⁷⁹⁶ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1204- 1205, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 283- 284, ÇAKMUT, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, s. 598- 599. Aynı yönde DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 138. “TCK’nun 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kılınması olarak tanımlandığı, suçun oluşumu veya tamamlanması için sanığın mağdureyi kendi hakimiyet alanına alması veya yerin buna elverişli olmasının gerekmediği, dosya kapsamına göre sanığın bulunduğu caddede mağdureye yaklaşp arkasından sarı olarak sürüklemek suretiyle yakında bulunan işyeri ve apartman arasındaki boşluğa cinsel amaçla götürdüğü, bunun sonucunda bulunduğu yeri değiştirme olanağı ortadan kaldırılmış olduğundan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğu ve mahkemenin kabul ve nitelendirmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşıldığından, tebliğnamedeki olay yerinde keşif yapılarak hakimiyet kurmaya elverişli olup olmadığının saptanması gerektiği yönündeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” Y. 5. CD., 10.10.2010, E. 2010/203, K. 2010/5929, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2010-203.htm&kw=`2010/203`#fm>, Erişim Tarihi: 7.5.2016. “Tüm dosya kapsamına göre, sanıkların mağdure ... ile mağdur ...’ı zorla araca bindirerek yaklaşık bir kilometre ileride bulunan petrol istasyonu yakınına kadar götürdükten sonra burada olayı ihbar alan jandarma görevlilerince yakalandıkları ve mevcut haliyle sanıkların her iki mağdura yönelik icra hareketlerini tamamladıkları anlaşıldığından, tebliğnamedeki, mağdure ...’ye yönelik eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir; 5237 Sayılı TCK’nın 109/2 ve 109/3-b maddelerinin tatbiki ile tayin edilen 4 yıl hapis cezası, aynı Kanunun 109/5. maddesi uyarınca yarı oranında arttırıldığında cezanın 6 yıl yerine 5 yıl hapis olarak belirlenmesi suretiyle eksik ceza tayini, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Y. 14. CD., 15.3.2016, E. 2014/3152, K. 2016/2491, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2014-3152.htm&kw=109#fm>, Erişim tarihi: 7.5.2016.

Mağdurun başına çuval geçiren failin mağduru kaçırmaya çalışırken, mağdurun ağırlığı ve etraftaki insanların bakışları⁷⁹⁷ ya da mağdurun yakınlarının gelmesi sebebiyle olay yerinde bırakıp kaçması⁷⁹⁸ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenleme ve teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını gerektirir.

Fail suçu işlemekten dışarıdan bir baskı olmaksızın kendi rızası ile vazgeçerse gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacak, o ana kadar gerçekleştirilen davranışlar bir suç oluşturursa sadece bundan sorumlu tutulacaktır.⁷⁹⁹

B. İştirak

Tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin aralarında anlaşmaları ve buna uygun olarak sonucu etkileyecek şekilde fiile katkıda bulunmaları suretiyle işlenmesi durumunda iştirak hâlinde işlenen suçlardan bahsedilir.⁸⁰⁰ Bir kişinin işleyebileceği bir suça birden fazla kişinin katılmış veya yardım etmiş olması cezai sorumluluklarını nasıl etkileyecektir? Burada sorumluluğu tespit ederken, suç tipinde yer alan icra hareketlerini kimin gerçekleştirdiği, icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin bu kararı vermesinde kimlerin ne şekilde katkı sağladığı ve icra hareketlerinin yapılmasında kimlerin, ne şekilde katkı sağladığını dikkate almak gerekmektedir.⁸⁰¹

Bazı suçların ise tek kişi tarafından işlenmesi mümkün değildir. Tipe uygun bir suç fiilinden bahsedebilmek için birden fazla kişinin bulunmasının şart olduğu

⁷⁹⁷ ARTUÇ, *Kişilere karşı Suçlar*, s. 856.

⁷⁹⁸ POLAT, *Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar*, s. 352. “Otomobil ile Konya'dan Akşehir'e giden sanıkların, saat 19:15'de katılanlara ait evin zilini çaldıkları, yakınan Azize tarafından aralanan kapıyı açarak zorla içeri giren sanık Ali'nin elinde bulunan kuru sıkı tabanca ile bağırarak yardım isteyen Azize Parpar'a bağırmasını söyleyip, kolluğa olayı bildirmek isteyen Abdullah Parpar'ın elinde bulunan telsiz telefonu alması ve olay sırasında balkona saklanan katılan Kismet'i evde arayarak, sesleri duyan tanıkların gelmesi ve diğer sanığın "gidelim başımızı derde sokacaksınız" demesiyle, olay yerinden telefon sanıkta kalmış olduğu halde ayrılmalrı ve kendilerini bekleyen araçla uzaklaşmaları şeklinde gerçekleşen eylem, bir bütün halinde yakınan Kismet'i kaçırmaya kalkışma ve bu suça katılma niteliğinde olduğu halde, kaçırmadan beraat, mala zarar vermeden ise sanık Ali'nin hükümlülüğüne karar verilmesi,” Y. 6. CD., 21.6.2005, E. 2003/1786, K. 2005/6069, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=6cd-2003-1786.htm&kw=2003/1786#fm>, Erişim Tarihi: 7.5.2016.

⁷⁹⁹ ARTUÇ, *Kişilere karşı Suçlar*, s. 856.

⁸⁰⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 473, ÖZGENÇ, İzzet, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 1996, 19 vd., ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 443, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 472, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 295- 296.

⁸⁰¹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 414.

suçlarda zorunlu iştirakten bahsedilir. Bunlar da kendi içinde çok failli suçlar ve zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸⁰²

Hukukumuzda iştirak faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır. Tipik fiili gerçekleştiren kişi fail olarak adlandırılmakta, tipik fiilden farklı bir şekilde suçun işlenişine katkı sağlayan kişi ise şerik olarak kabul edilmektedir. Genel olarak faillik müstakil, müşterek ve dolaylı faillik kavramlarını kapsamaktadır. Şeriklik ise azmettirme⁸⁰³ ve yardım etme olarak ikiye ayrılmakta ve suça tipik fiil dışında katkı sağlayan bu kişilerin sorumlulukları failin fiili gerçekleştirmesine bağlı olarak belirlenmektedir.⁸⁰⁴ Hangi durumlarda kişinin yardım eden sıfatına sahip olacağı kanunda düzenlenmiştir.⁸⁰⁵

Failin sorumluluğunu genişleten iştirak müessesinden⁸⁰⁶ bahsedebilmek için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Öncelikle suçun işlenmesi için gerekli olandan fazla sayıda kişinin çeşitli hareketlerle suçun işlenişine katkı sağlaması aranacaktır. Buna göre ilk şart birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen birden fazla harekettir. Ayrıca söz konusu hareketlerin netice ile arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Nedensellik değeri olarak ifade edilebilecek ikinci şartı oluşturur. Suç işlemek üzere harekete geçmiş birbirinden habersiz birçok kişinin hareketi iştirak müessesini uygulamayı gerektirmez. Bu kişilerin birlikte suç işleme

⁸⁰² ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2011, s. 441.

⁸⁰³ “(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. (2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz. (3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.” **5237 s. TCK m. 38.**

⁸⁰⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 625- 626. “Sanık Hamza'nın mağdureyi kaçırmak K... ilinde bulunan kardeşi diğer sanık Mustafa'nın evinde bir süre alıkoyarak nitelikli cinsel istismarda bulunduğu ve bu sırada Mustafa'nın eşi olan sanık Elif'in de evde olduğu anlaşılmış ise de, aile yapısı içindeki konumu, sosyal ve kültürel durumu itibarıyla eşi ve onun kardeşi olan öteki sanıklar ve fiilleri üzerinde bir etkinliğinin olamayacağı, bu durumda suçlara bilinçli ve eylemli olarak katıldığına ilişkin aleyhinde bir kanıt bulunmadığı gözetilerek beraeti yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,” Y. 5. CD., 5.10.2009, E. 2009/10391, K. 2009/10980, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2009-10391.htm&kw='2009/10391'`#fm>, Erişim Tarihi: 8.5.2016.

⁸⁰⁵ “Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek. b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak. c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” **5237 s. TCK m. 39/2.**

⁸⁰⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 474.

iradesi ile hareket etmiş olması da gerekir. Yani üçüncü şart olarak iştirak iradesi aranacaktır. Son olarak fiilin icrasına başlanması gerektiği söylenebilir.⁸⁰⁷ Ceza hukukunda sorumluluktan bahsedebilmek için failin icra hareketlerine başlayarak cezalandırılabilir alana girmesi zorunludur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna bütün iştirak şekillerinde katılmak mümkündür. Suçun mütemadi suç niteliği, diğer suçlardan farklı olarak suç tamamlandıktan sonra, ancak sona erme anından önce de suça iştirak edilmesini mümkün kılmaktadır. Bu durumun tek istisnası azmettirmedir.⁸⁰⁸ Tamamlanan bir suçta suç işleme kararı önceden verildiği için azmettirme şeklinde iştirak mümkün olmayacak, ancak temadinin devam ettiği süre boyunca diğer iştirak türleri gerçekleşebilecektir.⁸⁰⁹ Doktrinde suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş olan failin, suç tamamlandıktan sonra nitelikli hâlini gerçekleştirmeye azmettirilmesi durumunda da azmettirme hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.⁸¹⁰ Bununla birlikte bir suçun nitelikli hâllerine azmettirmenin suçun basit hâlinden bağımsız bir suç olmadığı gerekçesine dayanan başka bir görüşe göre failin böyle bir durumda yardım eden ya da müşterek fail olarak sorumlu tutulması mümkündür.⁸¹¹

Hürriyeti tahdit suçuna faillik şeklinde iştirak edilmesi, yani birden fazla kişinin suçun icrai hareketlerini birlikte gerçekleştirmesi TCK m. 109/3-b bendinde nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir.⁸¹²

C. İctima

Kural olarak failin fiili sonucu kanuni tarife uygun olan kaç netice meydana geldi ise o kadar suç oluşmuştur ve fail her birinden ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Bu neticeler failin tek bir hareketi ya da hareketlerinden kaynaklanabilir. Bu durumda dört ihtimal söz konusu olacaktır. Bir fiil bir ihlalle sonuçlanmıştır ve bu durumda suçların

⁸⁰⁷ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 493 vd.

⁸⁰⁸ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 419- 420, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1205- 1206, DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 142.

⁸⁰⁹ DURSUN, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, s. 142.

⁸¹⁰ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 420, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1206.

⁸¹¹ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 98, dipnot 309.

⁸¹² POLAT, *Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar*, s. 352, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1794, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 243, ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1205.

içtimaına yol açan bir durum ortaya çıkmaz. İkinci ihtimalde bir fiil birden fazla ihlale yol açmıştır ve bu ihlaller tek bir hukuka aykırılıktan kaynaklandığı için fikri içtima söz konusu olacaktır. Birden fazla fiilin tek bir ihlal oluşturduğu üçüncü ihtimalde ise bileşik suç hükümleri uygulanacaktır. Birden fazla fiilin birden fazla ihlale sebep olduğu durumda birden fazla suç oluşacak ve suçların içtimaindan değil, cezaların içtimaindan bahsedilecektir.⁸¹³

Buna göre ceza hukukunda benimsenen “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” ilkesinden ayrılan içtima kuralları ⁸¹⁴ hukukumuzda üç başlıkta incelenebilir. Kişinin işlediği suçun, bir başka suçun ağırlaştırıcı sebebi ya da unsurunu oluşturduğu bileşik suç (TCK m. 42), bir kişiye karşı aynı suçun farklı zamanlarda aynı kişi tarafından işlendiği zincirleme suç (TCK m. 43/1) ve tek fiille birden fazla suçun işlendiği fikri içtima (TCK m. 43/2, 44) içtima kuralları uygulanacaktır.⁸¹⁵

Kanunda bazı durumlarda bazı suçların diğerleri ile birleştirilip, yeni bir suç oluşturulduğu ya da bir suçun diğerinin ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir. Bileşik suç olarak adlandırılan bu suçlarda fail yalnızca karma suçtan sorumlu olmakta, diğer suçlardan cezalandırılmamaktadır.⁸¹⁶ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cebir veya tehdit kullanılması, suçun cinsel amaçla işlenmesi ve suç sonucunda kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan hâllerine girmeyen derecede yaralamanın meydana gelmesi durumunda böyledir. Suçun işlenmesinde cebir ve tehdide başvurulması hürriyeti tahdit suçunun ağırlaştırıcı sebebi hâline gelmiştir. Ancak kullanılan cebir, suçun işlenmesi için zorunlu olan sınırı aşmış ve kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan hâllerinden birini meydana getirmiş ise her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁸¹⁷

Hangi durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hangi durumda cebir suçunun oluşacağı konusunda tartışmalar vardır. Görüşlerden biri failin kastından hareket edilmesi gerektiği, failin kastı mağdurun hürriyetini sınırlayarak onu bir şey

⁸¹³ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 397- 398.

⁸¹⁴ SANCAR, Türkan Yalçın, *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin Yay., 1995, s. 15, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 682.

⁸¹⁵ SANCAR, Türkan Yalçın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, *TBBT*, S. 70, Y. 2007, s. 246, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 682- 683.

⁸¹⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 684.

⁸¹⁷ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 68.

yapmaya ya da yapmamaya zorlamak ise cebir, sadece mağdurun hareket özgürlüğünü sınırlandırmak ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşacağı şeklindedir. Diğer görüş ise fail mağduru bir şey yapmaya ya da yapmamaya zorlamak için hürriyetini kısıtladığında fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı yönündedir.⁸¹⁸ Tek bir fiille kanunun birden fazla hükmünü ihlal etme anlamına gelen fikri içtimada, ihlal edilen suçlardan cezası ağır olandan fail cezalandırılmaktadır. Fikri içtimada birden fazla hükmü uygulama imkânı varken kanun koyucu en ağır suçtan ceza verilmesini istemiştir.⁸¹⁹

Fail cinsel amaçla mağdurun hürriyetini kısıtlar ancak cinsel suçlardan herhangi birini işlemezse TCK m. 109/5 hükmü kapsamında tek bir suçtan cezalandırılacaktır. Bununla birlikte mağdurun hürriyetini sınırlama amacına uygun olarak failin cinsel suçlardan birini işlemesi hâlinde gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve failin her iki suçtan sorumlu olacaktır. Ancak mağdurun hürriyetinin sınırlandırıldığı süre cinsel suçu işlemek için zorunlu olan süreden daha uzun değilse ise fikri içtima hükümlerinden bahsedilebilir.⁸²⁰ Yargıtay bu durumda yalnızca cinsel suçlardan ceza vermektedir.⁸²¹

Kara, hava, deniz nakil vasıtalarının kaçırılması suçlarında bu vasıtalarda bulunan yolcuların ve personelin hürriyeti sınırlandırılmaktadır. TCK m. 223/4'e göre suçun işlenmesinde kişilerin hürriyetinin sınırlandırılması dolayısıyla fail TCK m. 109'dan da cezalandırılacaktır.⁸²²

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu farklı zamanlarda aynı kişiye karşı, birden fazla defa ve aynı suçu işleme kararıyla işlenirse zincirleme suçtan bahsedilecektir. Mağdur failin hâkimiyet alanından uzaklaşmış, sonra tekrar fail mağdurun hürriyetini kısıtlamıştır.⁸²³ Birden fazla defa işlenen suç için ağırlaştırılmış tek bir ceza verilmektedir.

⁸¹⁸ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 284- 285.

⁸¹⁹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 456- 457.

⁸²⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 415.

⁸²¹ YAŞAR, GÖKCEN, ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, III, s. 3628- 3629.

⁸²² MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 450, PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1794, PARLAR, HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 244, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 285.

⁸²³ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 857.

Fail bir eylemle birden fazla kişinin hürriyetini kısıtlarsa, aynı neviden fikri içtima söz konusu olacak, TCK m. 43/2 gereği fail tek suçtan cezalandırılacaktır. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılabilecektir. Sözlüsünün evden çıkmasına engel olmak isteyen kişinin, arkadaşları ile birlikte olduğunu bilmesine rağmen kapıyı üzerlerine kilitlemesi durumunda bu hüküm uygulanacaktır.⁸²⁴ Yargıtay kararları zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması yönündedir.⁸²⁵

IV. YAPTIRIM

TCK'nın m. 109/1'de suçun temel şeklinin yaptırımı “bir yıldan beş yıla kadar hapis” cezası olarak düzenlenmiştir. 2. fıkra düzenlenilen nitelikli hâllerin varlığı hâlinde ceza “iki yıldan yedi yıla kadar hapis” olarak belirlenmiştir. Maddenin 3. fıkrasında belirtilen hâllerin gerçekleşmesi durumunda üstteki fıkralara göre tayin edilen cezalar bir kat arttırılmaktadır. Suçun işlenmesiyle mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybı da olmuşsa, fail hakkında ayrıca “bin güne kadar adli para cezasına” hükmedilecektir. Suçun cinsel amaçla işlenmesi hâlinde verilecek ceza yukarıdaki fıkralara göre yarı oranında arttırılacaktır. Son fıkradaki nitelikli hâl gerçekleşirse, gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve fail ayrıca 87. madde uyarınca cezalandırılacaktır.

Kanunda nitelikli hâller düzenlenirken “indirilir”, “arttırılır”, “hükmolunur” gibi ifadeler yer verilmiş olması, bu hükümleri uygulama konusunda hâkimin takdir yetkisinin olmadığını göstermektedir.⁸²⁶

⁸²⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2012, s. 414.

⁸²⁵ ARTUÇ, *Kişilere karşı Suçlar*, s. 857. “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdur sayısınınca tatbik edileceği gözetilmeden tek suç kabulü ile sanığın cezasında 5237 sayılı Yasanın 43. Maddesi uyarınca artırım yapılması ve cinsel amaç unsuru bulunduğu halde 5237 sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Y. 5. CD., 15.8.2006, E. 2006/6484, K. 2006/6738 (akt. ARTUÇ, *Kişilere karşı Suçlar*, s. 857, dipnot 1257). “Sanık hakkında, her iki mağdura yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve mağdura yönelik cinsel taciz suçunun açıklaması yapılarak bu suçlardan dava açıldığı, sanığın mağdura yönelik cinsel taciz suçundan açılmış bir dava bulunmadığı halde, iddianame ile dava açtırmadan sanık hakkında mağdura yönelik cinsel taciz suçundan da hüküm kurulmak suretiyle CMK. 225. maddesine aykırı davranılması, yasaya aykırıdır.... Mağdurlar Utku ve İsmail'i cinsel amaçlı olarak hürriyetinden yoksun kılan sanığın eyleminin iki ayrı suç oluşturduğu gözetilmeden tek suç kabul edilerek teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması,” Y. 5. CD., 11.2.2009, E. 2008/16170, K. 2009/1518, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2008-16170.htm&kw=11.2.2009#fm>, Erişim Tarihi: 9.5.2016.

⁸²⁶ ÖZGÜVEN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 146.

TCK'nın 110. maddesinde yer alan etkin pişmanlık şartlarının gerçekleşmesi durumunda failin cezası üçte ikisine kadar indirilmektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bir tüzel kişi yararına işlenmesi hâlinde ise kanunun 111. maddesine göre tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. TCK m. 60'ta düzenlenmiş olan bu tedbirler kanunda ayrıca belirtildiği durumlarda uygulanacaktır.⁸²⁷

Failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediği zaman on iki yaşından küçük olması, on iki - on beş yaş aralığında olmakla birlikte sağır ve dilsiz olması durumunda, on beş yaşını tamamlamış ve gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmaması hâlinde cezalandırılmaz. Hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunabilir. On iki - on beş yaş aralığında ya da on beş on sekiz yaş aralığında, algılama yeteneği gelişmiş failin ise cezasında indirimle gidilmektedir. Geçici sebeplerle algılama ve irade yeteneği azalmış ya da ortadan kalkmış olan fail ise bu durumun oluşmasında kusuru yoksa cezalandırılmaz.

V. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu resen takip edilmektedir. 5235 sayılı Adli yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 10- 14'e göre yargılamayı yapmakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mütemadi suç niteliği, suçun sona erdiği anı ve işlendiği yeri tespit etmek bakımından önemlidir. 5271 sayılı CMK m. 12/2'de kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesinin yetkili olduğu ifade edilmiştir.⁸²⁸ Zamanaşımı süresi bakımından ise suçun işlendiği anın

⁸²⁷ “(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. (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.” **5237 s. TCK m. 60.**

⁸²⁸ “... kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ... yer mahkemesi yetkilidir.” **5271 s. CMK m. 12/2.**

belirlenmesi gerekir. Müttemadi bir suçta zamanaşımı süresi yine temadinin kesildiği andan itibaren başlayacaktır.⁸²⁹



⁸²⁹ “Zamanaşımı, ... kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ... günden itibaren işlemeye başlar.”
5237 s. TCK m. 66/6.

SONUÇ

Anayasanın 19. maddesi ile koruma altına alınan kişi hürriyeti, kanunlarda da düzenlenerek, hem daha somut bir görünüme kavuşturulmuş hem de ihlali durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlar açıkça ortaya konulmuştur. Temel yasal düzenlemelerden kabul edilebilecek olan Türk Ceza Kanunu da bunlardan biridir. 5237 sayılı TCK m. 109’da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olarak düzenlenen hareketler, 765 sayılı ETCK’da 179 başta olmak üzere yaklaşık on maddede ele alınmıştır. 5237 sayılı TCK düzenlemesinde, karmaşık nitelikte olan birçok suç tipinin tek maddede düzenlenmesi ve suçun maddi unsurunun *“hukuka aykırı olarak bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma”* şeklinde somutlaştırılmış olması belirlilik ilkesi bakımından hükme katkı sağlamıştır. ETCK’da suç olarak öngörülen hareket daha geniş kapsamlı görünmesine rağmen, uygulama mağdurun bir yere gitmesi ya da bir yerde kalmasının hukuka aykırı olarak engellenmesi şeklinde olduğu için, hükmün kapsamının daraldığı yönündeki görüşlere hak vermek mümkün değildir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hukuki konusu kişinin bir yerde kalma ya da bir yere gitme konusunda karar verme yani bulunmak istediği yeri iradi olarak seçme hürriyetidir. Hukuki hareket edebilme imkânının korunması söz konusudur. Dolayısıyla suça ilişkin düzenleme ile kişinin karar verme ve bu karara göre hareket edebilme hürriyeti güvence altına alınmıştır. Bu da iradi ve bilinçli olarak karar verme ve bu kararı dışa yansıtma olarak açıklanan, iç ve dış hürriyeti kapsayan bir koruma alanı anlamına gelmektedir. Belli bir yönde hareket etme iradesini açıklayan kişinin iradesine uygun davranmasına engel olmak suretiyle aktüel, hareket hürriyetinin kısıtlandığının farkında olmayan mağdurun farazi iradesine uygun davranması engellenmek suretiyle potansiyel hareket hürriyeti suçla korunan değer kapsamındadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, failin özel bir niteliğe sahip olması aranmadığından, herkes bu suçun faili olabilir. Suç failinin bazı özelliklere sahip olması cezayı ağırlaştıran nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda kamu görevlisi olan kimsenin bu yetkisini kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma

suçunu işlemesi, suçun altsoy, üstsoy veya eş tarafından işlenmesi ya da birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi hâlinde faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Bu suçta iştirak türlerini tümü mümkündür. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu dolaylı fail sıfatıyla da işlenebilir. İftira ve yalan tanıklık suçlarında fail üçüncü bir kişiyi araç olarak kullanarak mağdurun hürriyetinin kısıtlarsa, ayrıca hürriyeti tahdit suçundan da sorumlu olacaktır. Kanun koyucu bazı durumlarda da faile verilecek cezanın arttırılmasını öngörmüştür.

Hükümde mağdur için ayırt edici bir nitelik aranmadığından, kişisel hürriyeti kısıtlanan herhangi bir kişi bu suçun mağduru olabilir. Mağdurun, failin üstsoy, altsoy veya eşi olması ya da kamu görevlisi olması ve bu sıfatı nedeniyle hürriyetinin kısıtlanmış olması hâlinde faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Suçla aktüel hareket hürriyeti yanında potansiyel hareket hürriyetinin de korunması, hareket hürriyetine sahip olmayan sakat, ağır hasta, baygın, sarhoş veya uyuyan bir kişinin veya küçük bir çocuğun da hürriyeti tahdit suçunun mağduru olabileceğini göstermektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hareket, birini, hukuka aykırı olarak “*bir yere gitmek*” ya da “*bir yerde kalmak*” hürriyetinden yoksun bırakmak şeklinde ifade edilmiştir. Yoksun bırakmak ifadesiyle anlaşılması gereken, bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinin sınırlandırılması, yer değiştirme veya hareket etme olanağının tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılmasıdır. Suç kişinin yer değiştirmesi ya da istediği yerde kalmasını engellemeye yönelik her türlü hareketle işlenebilir. Bir sebeple özgürlüğü sınırlandırılmış olan mağdur ikinci bir sınırlandırmaya maruz kaldığında da bu suç oluşacaktır. Cezaevi ya da hastanede bulunan bir hükümlü ya da hastanın bulunduğu yerde iple bağlanması hürriyeti tahdit suçudur. Suçun kişinin bir yerde kalmasını engellemek şeklinde işlenmesinde Yargıtay farklı kriterler de aradığından uygulama ile suçun koruma alanını daraltmıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu icrai ve ihmali hareketle işlenebilecek bir suçtur. Kanunda ihmali hareketle işlenebilecek üç suç tipi sayılmış olmakla birlikte, bu durumu diğer suçlar bakımından sınırlayıcı bir husus olarak görmemek gerekir. Dolayısıyla failin suç işlemeye yönelik iradesi ve korunan hukuki değerin ihlal edilmiş olması yeterli görülerek, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için kanunda ihmali hareketle işlenebileceğinin belirtilmesini beklememek gerekir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, hürriyeti tahdit süresinin uzun ya da kısa olmasının, suça bir etkisi yoktur. Bununla birlikte anlık, çok kısa süreli bir ihlal de hürriyeti tahdit suçunu oluşturmayacaktır. Yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mütemadi suç niteliğindedir ve hürriyetten yoksun kalmanın, hukuken önemli kabul edilebilecek bir süre devam etmesi gerekir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bir kişinin, hukuka aykırı olarak bir yere gitmesine ya da bir yerde kalmasına engel olmayı bilme ve isteme, suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. Kanuni düzenlemede hukuka aykırı olarak ifadesine yer verilmiş olması, Yargıtay kararlarının aksine, suçun işlenmesinde özel kastın aranacağı anlamına gelmemektedir. Cinsel amaçla mağdurun hürriyetinin sınırlandırılması özel kasta örnek verilebilir. Failin cinsel saikle mağduru bir yere kapatması ya da ayrılmasına engel olması hâlinde özel kast vardır ve failin cezası ağırlaştırılacaktır. Ancak suçun basit şekli için böyle bir saik aranmamaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak için ya da suçun devamı süresince, hürriyeti kısıtlanan mağdurun direncini kırmak amacıyla cebir, tehdit veya hile kullanılması, suçun nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir. Fail, cebir kullanma sırasında mağdurda kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan hâllerine sebep olursa, kasten yaralama suçundan da cezalandırılacaktır. Ayrıca mağdurun direncini kırmak için silah kullanılması, failin sahip olduğu kamu görevinden kaynaklanan nüfuzu kullanması ya da suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi de cezayı ağırlaştıran nitelikli hâl olarak öngörülmüştür.

Suçun nitelikli hâli olarak cinsel amaçla işlenmesi, mağdurun evlenme amacı ile hürriyetinin sınırlandırılmasını kapsamamaktadır. Evlenme amacı, cinsel bir unsur taşımakla birlikte, doğrudan kaba bir cinsellik içermemektedir. Ayrıca 765 sayılı ETCK m. 429 ve 430'da şehvet hissi veya evlenme maksadına açıkça yer verilmesine rağmen, 5237 sayılı TCK'da yalnızca cinsel amaçtan bahsedilmesi evlenmenin bu fıkra kapsamında olmadığını göstermektedir. Yargıtay istikrarlı bir şekilde aksi yönde karar vermektedir.

Etkin pişmanlık kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için cezayı azaltan şahsi sebep olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu ceza soruşturması başlamadan önce işlediği suçtan pişmanlık duyan faili, fiilinin sonuçlarını ortadan kaldırmaya teşvik

etmek istemiştir. Fail, bu suç nedeniyle ceza soruşturması başlamadan önce, mağdurun şahsına zarar vermeksizin ve kendiliğinden, mağduru güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezası indirilecektir. Yargıtay, failin mağdurun direncini kırmak amacıyla cebir kullanması ve TCK m. 86 kapsamında mağdura zarar vermesi durumunda, diğer şartları varsa etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir. Hürriyeti tahdit kapsamında kalan bir yaralama söz konusu ise ayrı bir suç oluşmadığından etkin pişmanlık hükümlerini uygulamaya engel olacak bir zarar da oluşmamıştır.



KAYNAKÇA

KİTAPLAR

AKGÜNDÜZ, Ahmed, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare- Ceza Usul- Vergi- Devletler Umumi)*, C. I, İstanbul, 2011.

ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

ARMAĞAN, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., 2006.

ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yay., 2008.

ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, 2010.

ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 2015.

AYDIN, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Beta Yay., 10. Baskı, 2013.

AYDIN, Nurullah, *Türk Suç ve Ceza Hukuku*, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2009.

AYBAY, Rona, “İnsan Hakları’nda Birinci Öncelik: ‘Koruma’ ve ‘Önleyicilik’”, *Mehmet Ali Aybar Sempozyumları 1997-2002 Özgürleşmenin Sorunları*, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, 2003.

BAYTEMİR, Erdal, *Açıklamalı İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yay., 2007.

BEKAR, Elif, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hâli*, Ankara, Seçkin Yay., 2013.

BİRSİN, Mehmet, *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, İstanbul, Düşün Yay., 2012.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yay., Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı, 2011.

DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 7. Baskı, 2011.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Ankara, Filiz Kitabevi, 1985, s. 107 vd.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983, s. 7.

DÖNMEZER, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 12. Baskı.

DÖNMEZER, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, 1983.

ERDOĞAN, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara, Orion Kitabevi, 2011.

EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. II, Ankara, Bilim Yay., 1968.

EREM, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C. I, Ankara, Bilim Yay., 1968.

EREM, Faruk, *Hürriyet ve Suç*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1952.

EREM, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C. III, Ankara, Seçkin Yay., 1985.

EREM, Faruk, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C. II, Ankara, Seçkin Yayınları, 1993.

ERSOY, Yüksel, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK. m. 201 ve 275 sayılı Kanunun İlgili Hükümleri)*, Ankara, AÜSBF Yayınları, No:345, 1973,

ERZEN, Edip Ünal, *Hürriyet Nedir ve Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler*, Bursa, 1938.

GERÇEKER, Hasan, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. I, Ankara, 2011.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti*, Ankara, AÜSBF Yay., No: 81-63, 1958.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları İle Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, C. II, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., 1988.

GÜLŞEN, Recep, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, Ankara, Seçkin Yay., 2007.

GÜNDEL, Ahmet, *5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş Ve Müstehcen Yayın Suçları*, Ankara, Seçkin Yay., 2009.

GÜNDOĞDU, Raşit ADIGÜZEL, Niyazi, ÖNAL, Ebul Faruk, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle): Şemseddin Sami*, İstanbul, İdeal Kültür ve Yay., 2011.

GÜNEŞ, Seyithan, *Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., No: 159, 1998.

GÜR, A. Refik, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, 3. Baskı, Sebil Yay., 1993.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, USA Yay., 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, USA Yay., 2010.

HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 16. Baskı, 2013.

HAKERİ, Hakan, *Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini*, Ankara, Seçkin Yay., 1999.

HATEMİ, Hüseyin, *İslam Hukuku Dersleri*, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012.

HOBBS, Thomas, *Leviathan*, çev: LİM, Semih Kazım, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 2. Baskı, 1995.

İÇEL, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Yenilenmiş 6. Baskı, Beta Yay., 2014.

İLHAN, Cengiz, *Mecelle Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yay., 2003.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Alman Ceza Hukukuna Giriş, Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi, Ceza Hukuku Sınırları*, Çev. Feridun YENİSEY, İstanbul, Beta Yay., 2. Baskı, 2007.

KABOĞLU, İbrahim Özden, *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, 1989.

KANGAL, Zeynel T., *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara, Seçkin Yay., 2010.

KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Yetkin Yay., 7. Baskı, 1993.

KARAKEHYA, Hakan, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Ankara, Savaş Yay., 2010.

KARAMAN, Hayreddin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, C. I, İstanbul, Ensar Yay., 2010.

KATOĞLU, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin Yay., 2003.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 3. Baskı, 2010.

KÖROĞLU, Hasan, *Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)*, Ankara, Adil Yay., 1996.

KUNTER, Nurullah, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.

KUNTER, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949..

KUZU, Burhan, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.

MALKOÇ, İsmail, *Açıklamalı ve İctihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, C. I, Ankara, Malkoç Kitabevi, , 2008.

MERAN, Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yay., 2005,

MUMCU, Ahmet, KÜZECİ, Elif, *İnsan hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Ankara, Yenilenmiş 7. Baskı, 2011.

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

ÖKTEM, M. Niyazi, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1977.

ÖNDER, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta Yay., 3. Baskı, 1991.

ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

ÖZBEK, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar*, C. II, Ankara, Seçkin Yay., 2008.

ÖZBEK, V. Özer, KANBUR, M. Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 2. Baskı, 2011.

ÖZBEK, V. Özer, KANBUR, M. Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 4. Baskı, 2012.

ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara, Seçkin Yay., 1985.

ÖZEN, Muharrem, *Hâkimin Cezai Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yay., 1. Baskı, 2004.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 6. Baskı, 2011.

ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yay., 1996.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara, 3. Baskı, 2006.

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, 2011.

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, 2008.

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları*, Ankara, Adalet Yay., 2008.

POLAT, Halil, *5237 Sayılı TCK'da Yer Alıp Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar*, Ankara, Adalet Yay., 2009.

SANCAR, Türkan Yalçın, *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin Yay., 1995.

SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 5. Baskı, 2005.

ŞAHİN, Meral EKİCİ, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2012.

ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, Vedat Yay., 2006.

TAHIROĞLU, Bülent, *Roma Hukukunda Iniuria*, İstanbul, İstanbul Kutulmuş Matbaası, 1969.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, M. Ruhan, ÖNOK, Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., 5. Baskı, 2007.

TEZCAN, Durmuş, *Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989.

TOROSLU, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970.

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınları, 19. Baskı, 2013.

Türkçe Sözlük, (Türk Dil Kurumu Yayını), 7. Baskı, Ankara 1983.

TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 3. Baskı, 1969.

URUŞAK, Uğur, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2010.

ÜÇÖK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

ÜZÜLMEZ, İlhan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj Ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

YAŞAR, Osman, *Uygulamada ve Öğretide Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar*, Ankara, Seçkin Yay., 2001.

YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. III, Ankara, 2010.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

YURTCAN, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yay., 3. Baskı, 2012.

MAKALELER

AKBULUT, İlhan, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, *AÜHFD*, C. 52, S. 1, Y. 2003, s. 167- 181

ALACAKAPTAN, Uğur, “Haksız Tutma ve Yakalama Hâllerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, *AÜHFD*, C. XVIII, S. 1-4, Ayrı Baskı, Y. 1961, s. 185-221.

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

ARTUK, M. Emin, YENİDÜNYA, A. Caner, “Türk Ceza hukukunda Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma Suçları”, *TBBT*, S. 54, Y. 2004, s. 105- 137.

BOZDOĞAN, Berrin AKBULUT, “Kaçırma ve Alıkoyma Suçları”, *SÜHFD*, *Milenyum Armağanı*, C. 8, Y. 2000, S. 1-2, s. 313- 351.

CENTEL, Nur, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol- Yakalama- Tutuklama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, İstanbul, 2006, s. 841-878.

CİHAN, Erol, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)”, *İÜHFM*, C. XLI, S. 1-2, 1975, s. 47-69.

CİHAN, Erol, “Cebir Kullanma Cürmü (TCK m. 108)”, İstanbul, İÜHF Yay., No:573, 1978.

ÇAKMUT, Özlem YENERER, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2013, C. 19, S. 2, 587- 602.

ÇAKMUT, Özlem YENERER, “Cebir Suçu (TCK m. 108)”, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 16.4.2016

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

ÇINAR, Ali Rıza, ŞAHBAZ İbrahim, “Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1/4, Y. 1996, s. 47-66.

DEMİRBAŞ, Timur, “Kişi Güvenliği”, *İÜHFM*, C.43, S. 1-4, Y. 1979, s. 149- 172.

EREM, “Faruk, Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar”, *AÜHFD*, C. VIII S. 1-2, Y. 1951, s. 73- 89.

ERMAN, Sahir, “Çalışma Hürriyetinin Tahdidi ve Men’i Suçu”, *İÜFHM*, C. 18, S. 3-4, Y. 1952, s. 680- 707.

ERMİŞ, Münip, “Yeni TCK ve CMK Hükümleri Işığında Hekimlik Uygulamaları ve Suç Türleri”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_957.htm, Erişim Tarihi:12.01. 2016.

EŞİTLİ, Ezgi AYGÜN, “Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti”, *TBBD*, S. 106, Y. 2013, s. 277- 290.

FEYZİOĞLU, Metin, “Angla Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlemelerinde Habeas Corpus Kurumu”, *AÜHFD*, C. XXXIV, S. 1-4, Y. 1995, s. 665- 688.

GÖKCEN, Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar (5237 Sayılı TCK. m. 106–122)”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>.

GÜLŞEN, Recep, “Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu”, *İÜHFM*, C. 71, S. 1, Y. 2013, s. 589-606.

GÜRİZ, Adnan, “İrade Hürriyeti”, *AÜHFD*, Y. 1965-1966, C. 22-23, S. 1-4, s. 635–673.

HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukukunda Önemli Hareketler”, *TBBD*, S. 69, Y. 2007, s. 55- 96.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, “Hürriyete Karşı Suçlar”, *Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’A Armağan*, C. II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 2711–2759.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, GÜNGÖR, Devrim “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *TBBD*, S. 69, Y. 2007, s. 21–50.

İÇER, Zafer, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 1, Y. 2012, s. 179-226.

JEZE, Gaston, “Ferdî Hürriyetler”, Çev. Mukbil, ÖZYÖRÜK, *AÜHFD*, C. III, S. 1, Y. 1946, s. 214- 217.

KAPANI, Münici, “Cumhuriyet Döneminde İnsan Hakları”, *AÜHFD*, C. XXXI, S. 1-4, Y. 1974, s. 9- 21.

KEYMAN, Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *AÜHFD*, C. 40, S. 1-4, Y. 1988, s. 121- 171.

KİZİROĞLU, Serap KESKİN, “Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan*, İstanbul, Beta Yay., 2014, s. 421- 448.

ÖNDER, Ayhan, “Mütemadi Suç”, *İÜHFM*, C. 29, S. 1-2, Y. 1963, s. 75-120.

ÖZEK, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İÜHFM*, C. XXIX, S. 4, Y. 1964’den ayrı Baskı, s. 933-995.

SANCAR, Türkan Yalçın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, *TBBD*, S. 70, Y. 2007, s. 244- 259.

SAVCI, Bahri, “Türk Devletlerinde Tarihi Akış İçinde İnsan Hakları”, *ASBFD*, C. XXXI, Y. 1996, s. 83-99.

SÖZÜER, Adem, “Tehdit Suçu”, *İÜHFM*, C. 54, S. 1- 4, s. 125- 146.

SURLU, Mehmet Handan, “Tarihsel gelişiminin Işığında Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklamanın Tazmini (Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat)”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. I, s. 675- 684.

TATAR, Dilara Buket, ŞAHİN, Fatma Süzgün, “Osmanlı Devleti Klasik Döneminden Pozitif Metinlerde İnsan Hakları Anlayışına Geçiş”, in: İlyas DOĞAN, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı* VI. Bölüm, Ankara, Astana Yay., 2013, s. 113- 133.

USTA, Sevgi, “Anne Babanın Tedip Hakkı”, *İÜSBFD*, 1994, S. 8, s. 15-18.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *EÜHFD*, C. 10, S. 3-4, Y. 2006, s. 203- 235.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1183- 1210.

YILDIRIM, Akif, “İftira Suçu”, *TBBD*, S. 69, Y. 2007, S. 177-210.

TEZLER

AKIN, Özgül, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

DURSUN, İsmail, *Hürriyeti Tahdit Suçu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.

GÖKCEN, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987.

GÜLŞEN, Recep, *Hürriyeti Tahdit Suçu (TCK m. 179-180)*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000.

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

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

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>

www.tbmm.gov.tr

www.kazanci.com